

ISSN 1897-5577
ONLINE ISSN 2545-0271

IUS NOVUM

VOL. 13
NUMER 4
2019

PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ

DOI: 10.26399/IUSNOVUM.V13.4.2019

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 A. 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/>

Czasopismo jest indeksowane w bazie „European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences (ERIH PLUS)”.

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; wydawnictwo@lazarski.edu.pl

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

<i>Michał Leciak, Natalia Daško</i> Food fraud – perspektywa kryminologiczna i granice reakcji karnej w Polsce	17
<i>Jacek A. Dąbrowski</i> Odpowiedzialność za przestępną zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencję w prawidłowość jego pomiaru (art. 306a k.k.)	37
<i>Maria Gołda-Sobczak</i> Używanie słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym jako wykroczenie	61
<i>Maciej Kruk</i> Pojęcie „włamanie” w świetle transakcji zbliżeniowej – uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 22 marca 2017 r., III KK 349/16.....	77
<i>Adam Jakuszewicz</i> Adopcja przez osoby o orientacji homoseksualnej w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka.....	99
<i>Marcin Sobota, Bartosz Jawecki</i> Prawne aspekty procedury określenia opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym	123
<i>Rett R. Ludwikowski</i> Handel globalny czy strategiczny? Kilka refleksji nad stylem prowadzenia polityki wewnętrznej i zagranicznej przez prezydenta Donalda Trumpa.....	145
<i>Marcin Kryński</i> Rola kultury prawnej w kształtowaniu standardów etyki zawodowej sędziego... ..	175
<i>Piotr Brzeziński</i> Umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych.....	199

Jacek Kosonoga

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2018 r., II KK 10/18.....	213
--	-----

Małgorzata Sekuła-Lelono

Uwagi na tle uchwały Sądu Najwyższego z 19 października 2018 r., III CZP 45/18.....	227
--	-----

Noty o Autorach.....	253
----------------------	-----

CONTENTS

ARTICLES

Michał Leciak, Natalia Daško

Food fraud: criminological perspective and limits of penal response
in Poland 17

Jacek A. Dąbrowski

Liability for illegal tampering with a motor vehicle odometer reading or
interference into its proper mileage measurement (Article 306a CC). 37

Maria Gołda-Sobczak

Use of indecent words in a public place as a misdemeanour 61

Maciej Kruk

Burglary in the context of contactless transactions: comments on the Supreme
Court judgment of 22 March 2017, III KK 349/16 77

Adam Jakuszewicz

Adoption by homosexuals in the light of modern standards of human rights
protection 99

Marcin Sobota, Bartosz Jawecki

Legal aspects of the procedure for determining the fee for water services
under new Water 123

Rett R. Ludwikowski

Global or strategic trade? Some observations on President Donald Trump's
style of making domestic and foreign policy 145

Marcin Kryński

Role of legal culture in developing standards of judges' professional ethics ... 175

Piotr Brzeziński

Personal data processing contract 199

Jacek Kosonoga

Gloss on the Supreme Court ruling of 24 January 2018, II KK 10/18 213

Małgorzata Sekuła-Lelono

Comments in relation to the resolution of the Supreme Court
of 19 October 2018, III CZP 45/18. 227

Notes on the Authors. 253

ÍNDICE

ARTÍCULOS

<i>Michał Leciak, Natalia Daško</i>	
Food fraud – perspectiva criminológica y límites de reacción penal en Polonia . . .	17
<i>Jacek Dąbrowski</i>	
Responsabilidad por la modificación delictiva de kilometraje de un vehículo mecánico o interferencia en medición correcta de cuentakilómetros (art. 306a del código penal)	37
<i>Maria Gołda-Sobczak</i>	
Uso de palabras indecentes en lugar público como falta	61
<i>Maciej Kruk</i>	
El concepto de “fractura” en los pagos sin contacto – comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017, III KK 349/16	77
<i>Adam Jakuszewicz</i>	
Adopción por personas homosexuales a la luz de estándares actuales de protección de derechos humanos	99
<i>Marcin Sobota, Bartosz Jawecki</i>	
Aspectos legales del proceso de determinación de pago por los servicios de agua en la nueva ley de aguas	123
<i>Rett R. Ludwikowski</i>	
Comercio global o estratégico – unas reflexiones sobre la forma de llevar la política interior y exterior del presidente Donald Trump	145
<i>Marcin Kryński</i>	
El papel de cultura jurídica en la formación de estándares de ética profesional de juez	175
<i>Piotr Brzeziński</i>	
Contrato de encargo de tratamiento de datos personales	199

Jacek Kosonoga

Comentario del auto del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018,
II KK 10/18 213

Małgorzata Sekuła-Lelono

Comentarios de acuerdo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2018,
III CZP 45/18. 227

Notas sobre Autores. 253

СОДЕРЖАНИЕ

СТАТЬИ

- Михал Лецяк, Наталья Дасько*
Контрафакция продуктов питания: уголовно-правовой аспект
и границы уголовной ответственности в Польше 17
- Яцек А. Домбровский*
Ответственность за преступное изменение показаний счетчика
пробега автотранспортного средства или нарушение правильности
его измерений (ст. 306а УК) 37
- Мария Голда-Собчак*
Использование непристойных слов в общественном месте как
правонарушение 61
- Мацей Крук*
Понятие «кража со взломом» в контексте бесконтактной транзакции:
комментарии в связи с приговором Верховного суда от 22 марта 2017 года,
III KK 349/16 77
- Адам Якушевич*
Усыновление детей лицами гомосексуальной ориентации в свете
современных норм в области защиты прав человека 99
- Марцин Собота, Бартош Явецкий*
Правовые аспекты порядка определения оплаты за водоснабжение
в новом законодательстве о водопользовании 123
- Ретт. Р. Людвиковский*
Глобальная или стратегическая торговля: несколько замечаний
о стиле проведения внутренней и внешней политики президентом
Дональдом Трампом 145

Марцин Крынский

Роль правовой культуры в формировании норм профессиональной
этики судьи. 175

Петр Бжезиньский

Договор о поручении обработки персональных данных 199

Яцек Косонога

Комментарий к постановлению Верховного суда от 24 января 2018 года,
II KK 10/18 213

Малгожата Секула-Лелено

Комментарии по поводу постановления Верховного суда от
19 октября 2018 года, III CZP 45/18. 227

Сведения об Авторах. 253

INHALTSVERZEICHNIS

ARTIKEL

Michał Leciak, Natalia Daško

Food fraud – eine kriminologische Perspektive und die Grenzen der strafrechtlichen Reaktion in Polen. 17

Jacek A. Dąbrowski

Die Haftung für die gesetzeswidrige Manipulation von Kilometerzählern, d.h. die Änderung der tatsächlichen Kilometerleistung von Kraftfahrzeugen und den Eingriff in die korrekte, vorschriftsmäßige Messung der Kilometerleistung (Artikel 306a des polnischen Strafgesetzbuches). 37

Maria Gołda-Sobczak

Verwendung von Obszönitäten in der Öffentlichkeit als Ordnungswidrigkeit 61

Maciej Kruk

Das Konzept des „Einbruchs“ in Bezug auf kontaktlose Zahlungsvorgänge – Anmerkungen vor dem Hintergrund des Obersten Gerichtshofs der Republik Polen vom 22. März 2017, Aktenzeichen III KK 349/16. 77

Adam Jakuszewicz

Adoption durch Homosexuelle unter Berücksichtigung der aktuellen Standards für den Schutz der Menschenrechte. 99

Marcin Sobota, Bartosz Jawecki

Rechtliche Aspekte des Verfahrens zur Festsetzung der Gebühr für Wasserdienstleistungen im neuen Wasserrecht. 123

Rett R. Ludwikowski

Globaler oder strategischer Handel – einige Überlegungen zum Stil der Gestaltung der Innen- und Außenpolitik durch US-Präsident Donald Trump. . . . 145

Marcin Kryński

Die Rolle der Rechtskultur bei der Festlegung berufsethischer Standards für Richter. 175

Piotr Brzeziński

Der Vertrag über die Datenverarbeitung im Auftrag 199

Jacek Kosonoga

Glosse zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Republik Polen
vom 24. Januar 2018, II KK 10/18..... 213

Małgorzata Sekuła-Lelono

Anmerkungen zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Republik
Polen vom 19. Oktober 2018, III CZP 45/18 III CZP 45/18..... 227

Vermerke über Autoren..... 253

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

Michał Leciak, Natalia Daško

Fraude alimentaire – perspective criminologique et limites de la réponse pénale en Pologne. 17

Jacek A. Dąbrowski

Responsabilité de la modification criminelle de la lecture de l'odomètre d'un véhicule automobile ou de l'ingérence dans l'exactitude de son mesure (art. 306a du Code pénal) 37

Maria Gołda-Sobczak

Utiliser des mots indécents dans un lieu public comme une infraction 61

Maciej Kruk

La notion de «l'effraction» à la lumière d'une transaction sans contact – commentaires dans le contexte de l'arrêt de la Cour suprême du 22 mars 2017, III KK 349/16. 77

Adam Jakuszewicz

Adoption par des personnes homosexuelles à la lumière des normes contemporaines des droits de l'homme 99

Marcin Sobota, Bartosz Jawecki

Aspects juridiques de la procédure de détermination de la redevance pour les services d'eau dans la nouvelle loi sur l'eau. 123

Rett R. Ludwikowski

Commerce mondial ou stratégique – quelques réflexions sur le style de politique intérieure et étrangère poursuivi par le président Donald Trump 145

Marcin Kryński

Le rôle de la culture juridique dans l'élaboration des normes d'éthique professionnelle des juges. 175

Piotr Brzeziński

Contrat de sous-traitance des données personnelles 199

Jacek Kosonoga

Commentaire à la décision de la Cour suprême du 24 janvier 2018, II KK 10/18 213

Małgorzata Sekuła-Lelono

Commentaires concernant la résolution de la Cour suprême du 19 octobre 2018, III CZP 45/18. 227

Notes sur les Auteurs 253

INDICE

ARTICOLI

Michał Leciak, Natalia Daško

Food fraud: prospettiva criminologica e confini della reazione penale
in Polonia 17

Jacek A. Dąbrowski

Responsabilità per il reato di modifica dell'indicazione del contachilometri
di un autoveicolo o ingerenza nella correttezza della sua misura
(art. 306a del Codice penale) 37

Maria Gołda-Sobczak

Utilizzo di parole indecenti in un luogo pubblico come contravvenzione 61

Maciej Kruk

Il concetto di "effrazione" alla luce delle transazioni di prossimità:
osservazioni sullo sfondo della sentenza della Corte Suprema del
22 marzo 2017, III KK 349/16 77

Adam Jakuszewicz

L'adozione da parte di persone con orientamento omosessuale alla luce degli
standard contemporanei di tutela dei diritti dell'uomo 99

Marcin Sobota, Bartosz Jawecki

Aspetti giuridici della procedura di determinazione delle tariffe dei servizi
idrici nel nuovo diritto delle acque. 123

Rett R. Ludwikowski

Commercio globale o strategico: alcune riflessioni sullo stile di conduzione
della politica interna ed estera da parte del presidente Donald Trump 145

Marcin Kryński

Il ruolo della cultura giuridica nella formazione degli standard di etica
professionale del giudice. 175

Piotr Brzeziński

Il contratto di affidamento del trattamento dei dati personali 199

Jacek Kosonoga

Glossa all'ordinanza della Corte Suprema del 24 gennaio 2018, II KK 10/18 ... 213

Małgorzata Sekuła-Lelono

Osservazioni sullo sfondo della delibera della Corte Suprema del 19 ottobre 2018,
III CZP 45/18. 227

Note sugli Autori 253

FOOD FRAUD – PERSPEKTYWA KRYMINOLOGICZNA I GRANICE REAKCJI KARNEJ W POLSCE

NATALIA DAŚKO*, MICHAŁ LECIAK**

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.41/m.leciak/n.dasko

FOOD FRAUD. UJĘCIE ZJAWISKA

Sektor rolno-spożywczy jest jednym z największych sektorów gospodarczych w Unii Europejskiej, zapewniającym ponad 44 miliony miejsc pracy i wartym 715 miliardów euro rocznie¹. Z tych też względów jest jednym z najbardziej podatnych na nadużycia, tj. fałszowanie produktów spożywczych i napojów oraz inne oszukańcze praktyki żywnościowe. Problem sfalszowanej żywności dotyka Unię Europejską w coraz większym stopniu, mimo wysokich standardów unijnych regulacji w obszarze bezpieczeństwa żywności i żywienia. Nie ma statystyk pozwalających precyzyjnie określić skalę fałszerstw w tej branży, jednakże według wszelkich dostępnych danych zjawisko to ma charakter narastający².

Oszustwa w branży spożywczej pozostają w dużej mierze niewykryte, zwłaszcza gdy nie powodują bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia bądź życia i nie wywołują incydentów ściągających uwagę opinii publicznej. Przeciętny konsument nie poświęca wiele uwagi kupowanym przez siebie produktom spożywczym, nie analizuje ich właściwości i nie użytkuje ich przez długi okres, jak ma to miejsce np. w wypadku odzieży czy sprzętu elektronicznego. Najczęściej stwierdza jedynie, czy dany produkt mu smakuje, czy nie, a dopiero szczegółowe badania mogą potwierdzić skład produktu i ewentualne fałszerstwo. Z tych względów wykrywa-

* Dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, e-mail: leciak@umk.pl; ORCID: 0000-0002-2462-5545.

** Dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, ; e-mail: ndasko@umk.pl; ORCID: 0000-0001-9122-4883.

¹ Parlament Europejski, *Report on the Food Crisis, Fraud in the Food Chain and the Control Thereof (2013/2091(INI))*, 2013, s. 4.

² *Ibidem*, s. 5, 7.

nie oszukańczych praktyk w tej branży, podobnie jak w przypadku branży farmaceutycznej, jest znacznie trudniejsze niż w innych.

Zjawisko, które można określić fałszowaniem żywności (ang. *food fraud*), obejmuje wiele różnego rodzaju praktyk. Jako najważniejsze można wskazać: podrabianie żywności, tj. oznaczanie gorszej jakości produktów (najczęściej ich opakowań) podrobionym lub oryginalnym znakiem towarowym, którego sprawca nie ma prawa używać, czy nieuprawnione oznaczanie produktów oznaczeniem geograficznym; zastępowanie składników (często tych najważniejszych) tańszymi lub gorszej jakości alternatywami, czy nawet substancjami niebezpiecznymi; niewłaściwe etykietowanie w zakresie składu, np. poprzez pominięcie jakichś składników; niewłaściwe etykietowanie gatunków zwierząt wykorzystywanych w produktach mięsnych lub owocach morza; niewłaściwe etykietowanie wagi; sprzedaż zwykłej żywności jako ekologicznej (organicznej, bio); nieuprawnione używanie logotypu jakości określającego np. pochodzenie lub dobrostan zwierząt; etykietowanie ryb akwakultury jako złowionych w środowisku naturalnym lub wprowadzanie na rynek niższej odmiany ryb pod nazwą wyższej kategorii lub droższego gatunku oraz fałszowanie daty przydatności produktu do spożycia i wprowadzanie do obrotu żywności fałszywie oznakowanej, często już przeterminowanej³.

PODRABIANIE ŻYWNOSCI W ŚWIETLE UNIJNYCH STATYSTYK ORGANÓW CELNYCH

Szacuje się, że globalny obrót podrobionymi artykułami spożywczymi i napojami naruszającymi prawa własności intelektualnej, w tym przede wszystkim prawa ochronne na znaki towarowe, a także oznaczenia geograficzne, ma wartość 49 miliardów dolarów rocznie⁴. Brakuje jednak danych określających skalę tego zjawiska w Unii Europejskiej. Raporty Komisji Europejskiej dotyczące działań organów celnych w zakresie egzekwowania praw własności intelektualnej na granicach UE pozwalają natomiast analizować aktualne trendy tego zjawiska w regionie.

W 2017 r. organy celne zatrzymały na granicach UE rekordową liczbę – ponad 8 milionów podrobionych artykułów spożywczych i alkoholu. Tym samym żywność stanowiła najliczniejszą grupę (24%) wśród wszystkich zatrzymanych podrobionych towarów. Dopiero na dalszych miejscach znalazły się: zabawki (11%), papierosy (9%), a jeszcze dalej, na piątym miejscu, odzież (7%). Liczby te pokazują nowy, niepokojący trend, bowiem dotychczas najliczniejsze kategorie podróbek zatrzymywanych na granicach UE stanowiły: odzież, obuwie i akcesoria. Tymczasem od 2016 r. obser-

³ Ibidem, s. 7. Por. N. Martín, L. Quackelbeen, M. Simonato, *Food Regulation and Criminal Justice*, International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd–26th September 2016, s. 120 i n.; M.R. McGuire, T.J. Holt, *The Routledge Handbook of Technology, Crime and Justice*, London 2017, s. 295 i n.

⁴ European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Counterfeiting of Foodstuff, Beverages and Agricultural Products*, 2016, s. 3.

wowlany jest dynamiczny wzrost podrobionych artykułów spożywczych i napojów oraz papierosów⁵.

Tabela 1. Artykuły spożywcze i napoje zatrzymane przez organy celne na granicach UE w 2017 r. z podziałem na liczbę i wartość rynkową

Kategoria	Liczba zatrzymanych artykułów	Rynkowa wartość oryginalnych odpowiedników artykułów (w euro)
Artykuły spożywcze	7 519 574	2 274 866
Alkohol	415 670	237 654
Inne napoje	97 171	90 572

Źródło: Komisja Europejska, *Report on the EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights: Results at The EU Border 2017*, Luksemburg 2018, s. 20.

Głównym krajem pochodzenia podrobionych artykułów spożywczych (oraz innych kategorii podróbek), zatrzymywanych co roku na granicach UE są Chiny (88%)⁶. Natomiast zaskakująco duża liczba sfałszowanej żywności zatrzymanej w 2017 r. na granicach UE pochodziła z Syrii (w większości były to cukierki)⁷. Trudno jednoznacznie stwierdzić, czy Syria faktycznie jest miejscem produkcji – co wydawałoby się trudne z uwagi na panującą tam sytuację polityczno-gospodarczą – czy też posłużyła jedynie jako kraj tranzytowy dla transportu podróbek ze sfałszowaną dokumentacją handlową.

Tabela 2. Artykuły spożywcze i napoje zatrzymane przez organy celne na granicach UE w 2017 r. z podziałem na kraje pochodzenia

Kategoria	Liczba artykułów, które nie zostały zwolnione, w %, z podziałem na kraj pochodzenia		
Artykuły spożywcze	Chiny 79,87%	Hongkong 8,19%	Syria 7,02%
Alkohol	Mołdawia 90,40%	Ukraina 6,29%	Nieznane 2%
Inne napoje	USA 100%	–	–

Źródło: Komisja Europejska, *Report on the EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights: Results at The EU Border 2017*, Luksemburg 2018, s. 23.

⁵ Komisja Europejska, *Report on the EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights: Results at The EU Border 2017*, Luksemburg 2018, s. 6.

⁶ Z uwagi na specjalny status administracyjny Hongkongu w statystykach unijnych jest on umiarywany jako osobny od Chin.

⁷ Komisja Europejska, *Report on the EU Customs...*, op. cit., s. 15.

Duża liczba zatrzymanej w 2017 r. na granicach UE podrobionej żywności pokazuje zmiany jakie zaszły w procederze podrabiania towarów w branży spożywczej. Z działalności niewielkich rozmiarów, sprowadzającej się głównie do chałupniczych wyrobów alkoholowych, stał się on wyrafinowanym przemysłem prowadzonym na wielką skalę.

Większość podrobionej żywności produkowana jest poza UE, głównie w Chinach. Jednak zatrzymania nielegalnych artykułów spożywczych i napojów eksportowanych z Afryki czy Ameryki Południowej pokazują, że problem nie ogranicza się do jednego obszaru geograficznego. W zależności od kraju pochodzenia stosowane są różne metody transportu podróbek na teren UE. Przykładowo Chiny eksportują duże ilości towarów podzielonych na przesyłki (ładunki) o niskiej wartości jednostkowej, natomiast przykładowo Panama eksportuje stosunkowo niewielką liczbę towarów w przesyłkach o wysokich wartościach jednostkowych. Analiza zatrzymań wskazuje jednak, że zdecydowana większość przesyłek zawierających podrobioną żywność wysyłana jest masowo – drogą morską lub lądową⁸.

Falszerze często zmieniają szlaki transportu towarów z Azji i Bliskiego Wschodu do Europy, aby zmniejszyć ryzyko zatrzymania. W tym celu podrobiona żywność transportowana jest przez kilka państw, zaś jako punkty wejścia do Europy wybierane są często kraje, w których łatwiej przejść kontrolę celną, np. Włochy czy państwa Europy Środkowo-Wschodniej, w tym Polska. Dodatkowo towary opatrzone są najczęściej sfalszowanymi dokumentami handlowymi. W wielu przypadkach te same firmy logistyczne wykorzystywane są do transportu legalnych i nielegalnych produktów. Międzynarodowe grupy przestępcze, zapewniając im stały i wysoki dochód, wywierają jednocześnie wpływ na stosowane przez te firmy standardy postępowania np. w zakresie kontroli produktów i związanych z nimi dokumentów⁹.

W ostatnich latach wzrosła także produkcja podrobionej żywności na terenie Europy. Wynika to z faktu, że mimo większego ryzyka na etapie produkcji, koszty transportu i dystrybucji oraz ryzyka z nimi związane są znacznie niższe. Tego rodzaju miejsca produkcji to najczęściej ukryte, np. w lasach, średniej wielkości fabryki, w których do pracy wykorzystywani są niejednokrotnie nielegalni imigranci¹⁰.

DYSTRYBUCJA SFALSZOWANEJ ŻYWNOCI

Dystrybucja sfalszowanej żywności możliwa jest na dwóch rodzajach rynków: pierwotnym lub wtórnym. W wypadku rynku pierwotnego chodzi o wprowadzenie konsumentów w błąd w taki sposób, by byli oni przekonani, że nabywają towar oryginalny, pełnowartościowy, dobrej jakości itd.¹¹ Aby to osiągnąć, sfalszowana żywność musi w jak największym stopniu przypominać oryginalną oraz być dystrybuowana za pomocą takich kanałów dystrybucji, które nie budzą większych

⁸ European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Counterfeiting of Foodstuff...*, op. cit., s. 3.

⁹ *Ibidem*, s. 11.

¹⁰ *Ibidem*, s. 4.

¹¹ N. Daśko, *Prawnokarna ochrona znaków towarowych*, Warszawa 2017, s. 37.

wątpliwości potencjalnych nabywców co do ich charakteru, czyli np. w sklepach (stacjonarnych lub internetowych). Tymczasem zwłaszcza handel elektroniczny jest jedną z ważniejszych przyczyn dynamicznego wzrostu zjawiska fałszowania żywności. Robiąc zakupy przez Internet, konsument nie może ocenić właściwości danego produktu. Natomiast same witryny internetowe sklepów (czy innych punktów internetowej sprzedaży) często wyglądają bardzo profesjonalnie i nie budzą żadnych podejrzeń potencjalnego nabywcy¹².

Z kolei na rynku wtórnym fałszerze nie zmagają się do oszukiwania nabywców w odniesieniu do oryginalności czy jakości towarów i nie ukrywają ich charakteru¹³. Artykuły spożywcze i alkohol nie cieszą się jednak na takim rynku większą popularnością. Trudno nawet wyobrazić sobie motywy, którymi mieliby kierować się konsumenci dobrowolnie i świadomie kupujący sfałszowaną żywność. W rezultacie większość takiej żywności i napojów musi na pewnym etapie przedostać się do legalnego łańcucha dostaw¹⁴. W tym celu sfałszowana żywność opatrywana jest często wysokiej jakości etykietami i opakowaniami, niejednokrotnie identycznymi jak w przypadku towarów oryginalnych, bowiem to te elementy mogą przede wszystkim wzbudzić podejrzenia potencjalnego nabywcy. Rzadziej będą to sam smak lub jakość produktu. Co więcej, konsumenci, nabywając towary codziennego użytku, jakimi są artykuły spożywcze i alkohol, nie przywiązują nadmiernej wagi do oceny produktu, jak ma to miejsce np. w wypadku towarów luksusowych, które klient, z uwagi na cenę, jaką ma zapłacić, ogląda wielokrotnie i uważnie.

Ponadto fałszerze wybierają takie miejsca dystrybucji, które są bardziej podatne na przenikanie sfałszowanej żywności, cechując się zwłaszcza wielopoziomą strukturą łańcucha dostawy ułatwiającą infiltrację. W przypadku żywności i napojów takimi punktami są przede wszystkim restauracje, bary, uliczne budki z jedzeniem i kluby nocne, głównie dlatego, że konsumenci nie mają w nich dostępu do opakowanych produktów, a spożywając przygotowane danie czy podany napój, nie są w stanie ocenić oryginalności czy jakości poszczególnych składników¹⁵.

ZAANGAŻOWANIE PRZESTĘPCZOŚCI ZORGANIZOWANEJ

Produkcją i dystrybucją sfałszowanej żywności zajmują się przede wszystkim zorganizowane grupy przestępcze. W proceder zaangażowane są silne struktury hierarchiczne, jak np. mafia i luźne sieci przestępcze, które często ze sobą współpracują. Współpraca ta, z uwagi na charakter tej działalności, ma charakter międzynarodowy. Organy ścigania i organizacje zaangażowane w walkę z fałszowaniem żywności identyfikują wielość powiązań między grupami przestępczymi z różnych

¹² Ibidem, s. 60–62.

¹³ Ibidem, s. 37.

¹⁴ European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Counterfeiting of Foodstuff...*, op. cit., s. 3.

¹⁵ Ibidem, s. 7.

państw. Główną rolę w procederze odgrywają chińskie, włoskie i tureckie grupy przestępcze, które współpracują z lokalnymi strukturami przestępczymi na terenie poszczególnych państw¹⁶.

Za dużym zainteresowaniem grup przestępczych fałszowaniem żywności stoi duży zysk. Analiza różnych obszarów ich działalności pokazuje, że zyski uzyskiwane przez organizacje przestępcze z procederu podrabiania towarów (wszystkich kategorii) przewyższają te płynące z handlu narkotykami¹⁷.

Z uwagi na silną pozycję i duże wpływy grup przestępczych we Włoszech fałszowanie żywności jest tam szczególnym problemem. Według raportu Coldiretti (związku rolników), opartego na rezultatach śledztw prowadzonych przez wyspecjalizowane służby do walki z przestępstwami w produkcji i handlu żywnością, w 2018 r. o 59% wzrosła liczba wykrytych przestępstw związanych z fałszowaniem żywności. Łączne obroty grup przestępczych wprowadzających do obrotu fałszowaną żywność szacowane są na poziomie 24 miliardów euro rocznie¹⁸. Według innego raportu, przygotowanego przez agencję Ansa, sama tylko Cosa Nostra zarabia na fałszowaniu żywności 14 miliardów euro rocznie¹⁹.

Zaangażowanie grup przestępczych w proceder fałszowania żywności nie wynika tylko z możliwości uzyskiwania dużych zysków, ale również z tego, że ta działalność obciążona jest znacznie mniejszym ryzykiem, gdyż przestępczość związana z podrabianiem towarów, w tym fałszowaniem żywności, cieszy się zdecydowanie mniejszym zainteresowaniem organów ścigania w stosunku do innych obszarów aktywności zorganizowanych grup przestępczych. Co więcej, proceder ten daje grupom przestępczym możliwość prania brudnych pieniędzy, które reinwestowane są następnie w legalną działalność²⁰.

Wyłaniający się w ostatnich latach *modus operandi* grup przestępczych (zwłaszcza we Włoszech) polega na nabywaniu legalnych przedsiębiorstw spożywczych w celu zmniejszenia ryzyka prowadzonej działalności i umożliwienia swobodnego reinwestowania pieniędzy w inne, nielegalne aktywności. Takie przedsiębiorstwa spożywcze, kontrolowane przez zorganizowaną przestępczość, mogą konkurować na rynku z legalnymi przedsiębiorstwami, a inne podmioty, np. supermarkety, kupują od nich produkty spożywcze w przekonaniu, że nabywają legalne towary, od legalnych firm. Przykładem obrazującym ten model działalności była sprawa „króla mozzarelli” Giuseppego Mandary. Jak ustaliły organy ścigania, „The Mandara Group”, największy włoski producent mozzarelli di buffala, był kontrolowany przez Camorrę od 1983 r. Podobnie głośną była sprawa Euromilk, przedsiębiorstwa produkującego mleko, które zostało nabyte

¹⁶ Ibidem, s. 19.

¹⁷ N. Daško, *Prawnokarna ochrona...*, op. cit., s. 85–86; European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Counterfeiting of Foodstuff...*, op. cit., s. 19.

¹⁸ A. Mandel, *We Włoszech żywność fałszowana jest na potęgę*, https://www.rp.pl/Przemysl-spozywczy/190219560-We-Wloszech-zywnosc-falszowana-jest-na-potege.html?fbclid=IwAR09_NiVG7SKZqoyBhViMLb1Mpx7Mhq1fBUj5d-OfjVCpPjbV-X5NHqRAKs (dostęp: 18.02.2019).

¹⁹ N. Daško, *Prawnokarna ochrona...*, op. cit., s. 101.

²⁰ Ibidem, s. 90–93.

przez mafię na potrzeby stworzenia łańcucha dystrybucji, tj. w celu dostarczenia mleka (sfalszowanego) do supermarketów²¹.

KATEGORIE NAJCZĘŚCIEJ FAŁSZOWANEJ ŻYWNOŚCI

Żywność, która najczęściej jest przedmiotem nieuczciwych praktyk, to: oliwa z oliwek, ryby, produkty ekologiczne, zboża, miód, kawa, herbata, przyprawy, wino, niektóre soki owocowe, mleko oraz mięso²².

Pierwszą głośną sprawą, która zwróciła uwagę opinii publicznej, ale także organów Unii, na skalę zjawiska fałszowania żywności, była afera z koniną, która wybuchła w Europie w 2013 r. Sprawa fałszowania wołowiny wyszła na jaw, gdy w Irlandii i Wielkiej Brytanii stwierdzono domieszkę koniny w wołowych hamburgerach. Po kontrolach przeprowadzonych na szeroką skalę okazało się, że fałszowana wołowina występowała także w innych krajach Europy, w tym w Polsce. Fałszowania dopuszczali się najczęściej pośrednicy. Firmy, które kupowały mięso z ubojni, zafałszowywały je po czym odsprzedawały producentom różnego rodzaju produktów mięsnych²³. Warto zaznaczyć, że konina dość często pojawia się w sprawach dotyczących fałszowania żywności, gdyż jedną z nieuczciwych praktyk w tym zakresie jest wprowadzanie do obrotu mięsa od koni traktowanych fenylbutazonem jako jadalnego mięsa końskiego²⁴.

Kolejnym głośnym incydentem w obszarze fałszowania żywności był sprawa fipronilu. W 2017 r. w piętnastu krajach Unii Europejskiej, a także w Szwajcarii i Hongkongu, stwierdzono skażenie jaj i mięsa drobiowego fipronilem, do którego doszło poprzez stosowanie tego związku do zwalczania roztoczy wśród kur²⁵.

Oszukańcze praktyki na dużą skalę odnotowywane są także w branży rybnej; w 2016 r., z uwagi na skalę zjawiska, tej kwestii przyglądała się także Komisja Europejska. Pierwsza z powszechnych nielegalnych praktyk w tej branży polega na sprzedaży tuńczyka jako świeżego, podczas gdy powinien być sprzedawany jako konserwowy. Jedynie tuńczyk złowiony przez statki zdolne do zamrożenia go w temperaturze -18°C i utrzymywania tej temperatury przez cały czas, aż do przybycia do miejsca przeznaczenia, może być sprzedawany jako świeży. Natomiast tuńczyk, który utrzymywany był w solance (-9°C) powinien być konserwowany. Z kolei druga powszechna nielegalna praktyka to zmiana koloru tuńczyka za pomocą dodatków (legalnych substancji, jak np. ekstrakt warzywny, sól, lub też nielegalnych, jak np. tlenek węgla). Dodatki te zmieniają kolor ryby, po to, by można było wprowadzać ją do obrotu jako świeżą. Unijna Dyrekcja Generalna ds.

²¹ European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Counterfeiting of Foodstuff...*, op. cit., s. 19.

²² Parlament Europejski, *Report on the Food Crisis...*, op. cit., s. 7.

²³ Afera z koniną: poważne kłopoty przedsiębiorców, <https://www.polskieradio.pl/7/1691/Artykul/792304,Afera-z-konina-powazne-klopoty-przedsiębiorców> (dostęp: 11.02.2019).

²⁴ Parlament Europejski, *Report on the Food Crisis...*, op. cit., s. 4.

²⁵ Komisja Europejska, *The EU Food Fraud Network and the System for Administrative Assistance & Food Fraud, Annual Report 2017*, s. 15.

Zdrowia i Bezpieczeństwa Żywności oszacowała, że zysk wygenerowany dzięki tym praktykom wynosi 200 mln euro rocznie²⁶.

Problem zafalszowań na dużą skalę dotyczy również miodu, będącego jednym z najczęściej podrabianych produktów. W 2017 r. Komisja Europejska zajmowała się tym zjawiskiem po licznych zgłoszeniach o stwierdzeniu zafalszowań miodu parafiną i stearyną, a także związanych z tym alergiami i powikłaniami zdrowotnymi²⁷.

Dynamicznie rozwijają się fałszerstwa łączone z trendem zdrowego odżywiania, opartego na żywności ekologicznej. Od 2015 r. odnotowano szybki wzrost nieuprawnionego etykietowania produktów etykietami „eco”, „bio” oraz „organic” i sprzedaży ich po wyższych cenach detalicznych, gdy w istocie nie spełniają one standardów stawianych takim produktom²⁸. Chodzi m.in. o warzywa, owoce, sery, oliwę, mąkę, a zwłaszcza jaja klatkowe sprzedawane jako jaja ekologiczne²⁹.

Kolejnymi popularnymi przykładami fałszerstw jest sprzedaż soli drogowej jako soli spożywczej, stosowanie tłuszczów skażonych dioksynami w produkcji pasz dla zwierząt i błędne znakowanie produktów rybnych i z owoców morza³⁰.

Dużym obszarem nadużyć w branży spożywczej jest rynek alkoholowy. Do jednych z częstszych i najbardziej niebezpiecznych fałszerstw w tym zakresie należy stosowanie alkoholu metanolowego w spirytusie. Innym przykładem jest wykorzystywanie butelek oryginalnych producentów alkoholi i napełnianie ich alkoholem gorszej jakości. W 2016 r. w Grecji zidentyfikowano nielegalną produkcję alkoholu opierającą się na tej metodzie, obejmującą aż trzy nielegalne fabryki podrabiające znane znaki towarowe producentów alkoholu. Alkohol był produkowany w Grecji przy użyciu oryginalnych pustych butelek przemycanych z Bułgarii. W sumie organy ścigania zatrzymały 7439 butelek i 4000 podrobionych etykiet. Grupa przestępcza zajmująca się produkcją współpracowała z inną siecią przestępczą kierowaną przez zastępcę dyrektora sieci sklepów zwolnionych z licencji. Alkohol, głównie whisky i wódka, sprzedawano w barach i klubach nocnych w regionie Attica³¹.

Od 2011 r. Europol, we współpracy z Interpolem, przeprowadza cyklicznie operację „OPSON” mającą na celu zwalczanie podrabianych i niespełniających norm produktów żywnościowych. W ostatniej edycji, OPSON VI, przeprowadzonej w okresie od grudnia 2016 r. do marca 2017 r., wzięło udział 65 państw (22 państwa członkowskie UE i 43 państwa spoza UE) oraz 20 partnerów prywatnych. W trakcie całej operacji OPSON VI zajęto 13 tys. 407,6 tony, 26 mln 336 tys. 305,3 litra i 11 mln 118 tys. 832 sztuki podrobionej lub niespełniającej norm żywności i napojów. Łączna wartość tych nielegalnych produktów wynosiła około 236 milionów euro. Działania prowadzone w ramach OPSON VI doprowadziły do likwidacji siedmiu zorganizowanych grup przestępczych, zajmujących się produkcją nielegalnej żywności i przemyceniem towarów. Jeżeli chodzi o kategorie produktów zajętych w trakcie operacji, to

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem, s. 16.

²⁸ 2017 *Situation Report on Counterfeiting and Piracy in the European Union. A Joint Project Between Europol and the European Union Intellectual Property Office*, s. 49.

²⁹ Parlament Europejski, *Report on the Food Crisis...*, op. cit., s. 4.

³⁰ Ibidem.

³¹ 2017 *Situation Report...*, op. cit., s. 50.

na pierwszym miejscu znalazł się alkohol (w poprzedniej edycji, OPSON V, były to dodatki, takie jak oleje, przyprawy i sosy). Organy ścigania zamknęły co najmniej 183 nielegalnych fabryk alkoholi i zatrzymały wiele materiałów produkcyjnych, od specjalnych maszyn rozlewniczych po podrabiane znaki akcyzy, nakrętki czy etykiety. Z kolei drugą kategorią zajętych towarów pod względem ilości było mięso (ponad 5 ton)³².

KONSEKWENCJE DLA KONSUMENTÓW

Sfałszowane produkty spożywcze nie spełniają żadnych kryteriów jakości i zagrażają zdrowiu i bezpieczeństwu konsumentów. Sfałszowana żywność produkowana i dystrybuowana jest w warunkach niespełniających odpowiednich norm, np. sanitarnych, niewyposażone w odpowiednie urządzenia do produkcji żywności, niezapewniające odpowiedniej temperatury przechowywania itd.

Sfałszowana żywność może być przeterminowana, może zawierać składniki toksyczne, zanieczyszczone czy inne nieodpowiednie dla spożywania przez ludzi. Sfałszowane produkty spożywcze mogą powodować zgony, zatrucia, nieodwracalne uszkodzenia zdrowia, alergie i inne powikłania.

POTRZEBA REAKCJI KARNOPRAWNEJ

Powyżej nakreślony obraz funkcjonowania rynku fałszowania żywności oraz towarzyszące mu zjawiska powodują konieczność refleksji w przedmiocie ewentualnej reakcji karnej w tym zakresie. Analiza krajowych rozwiązań normatywnych wydaje się zatem konieczna, by stwierdzić, czy mogą one stanowić wystarczający i skuteczny mechanizm zapobiegania i zwalczania opisywanego zjawiska. Już na początek można zasygnalizować, że w Polsce reakcja w obrębie prawa represyjnego co do sprawców zachowań związanych z *food fraud* opiera się na konstrukcjach typów przestępstw, wykroczeń oraz deliktów administracyjnych.

Wśród wielu kategorii wspomnianych zachowań na pierwszy plan wysuwają się te związane z podrabianiem żywności w drodze oznaczania określonych produktów podrobionym lub oryginalnym znakiem towarowym. Chodzi o czyn sprawcy, który nie ma prawa takiego znaku używać. Podobny charakter mają zachowania związane z nieuprawnionym oznaczaniem produktów oznaczeniem geograficznym. W tym zakresie polskie ustawodawstwo przewiduje pewien kompleks regulacji karnoprawnych przewidzianych przede wszystkim w Ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej³³.

Za najistotniejszą z nich – z perspektywy podjętej problematyki – należy uznać przepis art. 305 ust. 1–3 Ustawy. Na jego gruncie zabrania się oznaczania

³² Europol & Interpol, *Operation Opson VI. Targeting Counterfeit and Substandard Foodstuff and Beverage. December 2016–March 2017*, s. 3.

³³ Dz.U. z 2017 r., poz. 776.

towaru podrobionym znakiem towarowym, w tym podrobionym znakiem towarowym Unii Europejskiej, zarejestrowanym znakiem towarowym lub znakiem towarowym Unii Europejskiej, przez tego sprawcę, który nie ma prawa go używać lub też tego, który dokonuje obrotu towarami oznaczonymi takimi znakami. Co ważne, sprawca taki musi każdorazowo działać w celu wprowadzenia tak oznaczonego towaru do obrotu. W tym zakresie ustanowiono zagrożenie karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 305 ust. 1). Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełnienia takiego przestępstwa stałe źródło dochodu albo dopuszcza się go w stosunku do towaru o znacznej wartości, to podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5 (art. 305 ust. 3). Wprowadzono także wypadek mniejszej wagi zagrożony karą grzywny (art. 305 ust. 2). W razie skazania sprawcy czynu z art. 305 ust. 3 sąd orzeka przepadek na rzecz Skarbu Państwa materiałów i narzędzi, a także środków technicznych, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Jeżeli zaś takie materiały, narzędzia albo środki techniczne nie były własnością sprawcy, to sąd może orzec ich przepadek na rzecz Skarbu Państwa. Orzekanie takiego środka ma też charakter fakultatywny w razie skazania za przestępstwo z art. 305 ust. 1 i 2. Wówczas przepadek na rzecz Skarbu Państwa obejmuje materiały i narzędzia, a także środki techniczne, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, chociażby nie były własnością sprawcy (art. 306 ust. 1 i 2).

Analiza praktyki wymiaru sprawiedliwości w sprawach o przestępstwa z art. 305 wymienionej Ustawy unaocznia jednak fakt, że proceder podrabiania towarów w Polsce rozwija się poza kontrolą organów ścigania³⁴. Te bowiem koncentrują się na zwalczaniu handlu podrobionymi produktami, pozostawiając poza przedmiotem zainteresowania zachowania związane z produkcją. Dodatkowo symboliczne grzywny orzekane przez sądy krajowe nie powstrzymują od popełniania opisanych wyżej przestępstw, które często realizowane są w ramach funkcjonowania zorganizowanych grup przestępczych. Nie bez znaczenia jest też fakt, że przytoczone przestępstwa są ścigane na wniosek pokrzywdzonego (art. 310 Ustawy)³⁵.

Ustawodawca uznaje omawiane kategorie zachowań za przestępstwo także na gruncie Kodeksu karnego. Zwraca w tym zakresie uwagę głównie art. 306 Kodeksu karnego – karalności poddano czyny związane z podrabianiem lub przerabianiem znaków identyfikacyjnych. Czyn taki zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 3. Wymaga wyjaśnienia, że wśród znaków identyfikacyjnych można umieścić znaki towarowe. Nie należy więc w tego typu wypadkach wykluczać kwalifikacji kumulatywnej art. 306 KK i art. 305 Ustawy Prawo własności przemysłowej³⁶.

Zachowania związane z podrabianiem żywności w drodze oznaczania jej podrobionym znakiem towarowym można ponadto oceniać jako wybrane typy wykroczeń. Przede wszystkim dotyczy to regulacji wysłowionej na gruncie art. 24 Ustawy z dnia

³⁴ Zob. N. Daśko, *Prawnokarna ochrona...*, op. cit., s. 227 i n.

³⁵ *Ibidem*, s. 193–195.

³⁶ Zob. M. Gałązka, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 1428 i n.

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji³⁷. W ujęciu tego przepisu zabronione jest takie zachowanie się sprawcy, który za pomocą technicznych środków reprodukcji kopiuje zewnętrzną postać produktu lub tak skopiowany wprowadza do obrotu, stwarzając tym możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu, czym wyrządza poważną szkodę przedsiębiorcy. Istotą takiego czynu jest więc naśladownictwo produktów żywnościowych innych przedsiębiorców, przy wykorzystaniu ich renomy, pozycji rynkowej, rezultatów pracy itd. Zachowanie takie zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jest ono ścigane na wniosek pokrzywdzonego.

Z powyższego wynika zatem, że reakcja karna krajowego ustawodawcy w zakresie zwalczania procederu oznaczania żywności podrobionym znakiem towarowym jest względnie szeroka. Obejmuje przy tym typy zarówno przestępstw, jak i wykroczeń. Jeżeli jednak wziąć pod uwagę skalę przestępczego procederu i charakter podmiotów jej dokonujących, tj. fakt zaangażowania podmiotów zbiorowych, przestępczości zorganizowanej, rzadko zaś indywidualnych sprawców, można mieć zastrzeżenia nie tylko co do efektywności ścigania, ale też funkcjonującego zagrożenia karnego i przyjętego trybu ścigania niektórych takich zachowań³⁸.

Druga rozbudowana grupa czynów związanych z *food fraud* dotyczy przede wszystkim oszukiwania co do pochodzenia produktu, jego jakości, ilości, zastępowania składników żywności tańszymi lub gorszej jakości alternatywami, niewłaściwego jej etykietowania w zakresie składu itd. Reakcja karna polskiego ustawodawcy w tym zakresie jest dość rozbudowana.

Gdy mowa o reakcji karnej w obrębie funkcjonujących w tym zakresie typów przestępstw, to szeroki kompleks czynów zabronionych stworzył ustawodawca w przepisach Ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia³⁹. Karalnością objęto zachowania związane z produkcją lub wprowadzaniem do obrotu środka spożywczego szkodliwego dla zdrowia lub życia człowieka, a także środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego, suplementu diety lub nowej żywności. Czyny takie stanowią przestępstwa (art. 96 ust. 1–4). Jeżeli sprawca produkuje lub wprowadza do obrotu środek spożywczy zepsuty lub zafałszowany, to podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Wtedy, gdy sprawca dopuszcza się wymienionego przestępstwa w stosunku do środków spożywczych o znacznej wartości, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 3 (art. 97 ust. 1–2). Przewidziano nadto szeroki katalog wykroczeń na gruncie art. 100 ust. 1–2 wymienionej Ustawy, gdzie zakazuje się m.in. używania do produkcji lub wprowadzania do obrotu środka spożywczego po upływie terminu przydatności do spożycia lub daty minimalnej trwałości⁴⁰.

³⁷ Dz.U. z 2018 r., poz. 419.

³⁸ Zob. szerzej: W. Pływaczewski, R. Płocki (red.), *Nielegalny rynek żywności. Skala zjawiska i możliwości przeciwdziałania*, Szczytno 2013.

³⁹ Dz.U. z 2018 r., poz. 1541. Zob. szerzej: M. Szwejkowska, E. Zębek, M. Kurzyński, *Uwarunkowania unijne oraz karnoprawne produkcji lub wprowadzania do obrotu żywności niebezpiecznej: część pierwsza*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29, s. 19 i n.

⁴⁰ Zob. C. Kąkol, *Prawonkarnie aspekty ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8, s. 304 i n.

Ponownie wyobrazić można sobie realizację znamion przestępstwa ze wspomnianego tu art. 306 k.k. Obejmuje on bowiem karalnością także usuwanie, podrabianie lub przerabianie daty produkcji żywności oraz jej przydatności do spożycia. Jak wspomniano, zagrożenie karne wiąże się z karą pozbawienia wolności do lat 3. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że tego typu zachowania sprawcy mogą powodować niebezpieczeństwo dla życia i zdrowia człowieka, a zatem aktualizować odpowiedzialność karną na podstawie – między innymi – art. 160 § 1–3 k.k., art. 165 § 1 pkt 2 k.k., art. 156–157 k.k.

Skoro tak opisywane zachowania mogą mieć charakter oszukańczy, to nie sposób ponadto wykluczyć wypełnienia znamion przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k. Jeżeli jednak sprawca, przy sprzedaży towaru lub świadczeniu usług, oszukuje nabywcę żywności co do ilości, wagi, miary, gatunku, rodzaju lub ceny, a nabywca poniósł lub mógł ponieść szkodę nieprzekraczającą 100 złotych, to w grę wejdzie odpowiedzialność za wykroczenie z art. 134 § 1 k.w. Czyn taki zagrożony jest karą aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny. Ustawodawca przewidział zarazem karalność usiłowania, podżegania i pomocnictwa (art. 134 § 3 k.w.).

Dodatkowo reakcja na omawiane formy zachowań dotyczy wykroczeń przewidzianych na gruncie wspomnianej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zwraca w tej mierze uwagę typ wykroczenia, którego istotą jest głównie wprowadzające w błąd oznakowanie produktów (art. 25 ust. 1). Błąd taki dotyczyć może pochodzenia produktu żywnościowego (np. kraju produkcji), jego ilości (np. ilości sztuk), składników (np. ilości tłuszczów roślinnych) itd. W myśl art. 25 wymienionej Ustawy, karze grzywny lub karze aresztu podlega ten sprawca, który oznaczając lub wbrew obowiązkowi nie oznaczając towarów albo usług, wprowadza klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów lub usług albo nie informuje o ryzyku, jakie wiąże się z korzystaniem z nich, i naraża w ten sposób klientów na szkodę. Przydatność tej konstrukcji normatywnej w zakresie skutecznego zwalczania *food fraud* wydaje się jednak niesatysfakcjonująca, zważywszy między innymi na niskie zagrożenie karne, które nie spełnia swojej funkcji zapobiegawczej, a także tryb ścigania na żądanie pokrzywdzonego (art. 27 Ustawy).

W świetle powyższego zwraca uwagę fakt, że te typy czynów zabronionych, które w swoich znamionach wyraźnie nawiązują do fałszowania żywności, mają jedynie charakter wykroczeń. Taka reakcja karna wydaje się z oczywistych względów niewystarczająca.

Prócz dwóch wspomnianych grup zachowań związanych z *food fraud* reakcja karna w tym zakresie koncentruje się wreszcie na regulacjach ustaw szczególnych. Jest ona zdecydowania zróżnicowana.

I tak na gruncie Ustawy z dnia 18 października 2006 r.⁴¹ o wyrobieniu napojów spirytusowych oraz o rejestracji i ochronie oznaczeń geograficznych napojów spirytusowych powołano typy przestępstw, które mogą mieć oszukańczy charakter. Są one związane m.in. z:

⁴¹ Dz.U. z 2019 r., poz. 268.

- wprowadzaniem do obrotu napojów spirytusowych oznaczonych oznaczeniem geograficznym, którego sprawca nie jest uprawniony używać (art. 41 ust. 1–4);
- wyrabianiem napojów spirytusowych niezgodnie ze sposobem produkcji, warunkami technologicznymi lub parametrami jakościowymi (art. 42 ust. 1–3);
- oznaczaniem napojów spirytusowych niezgodnie z wymaganiami w zakresie ich definicji lub opisu, lub prezentacji, lub wprowadzaniem ich do obrotu (art. 43 ust. 1–3).

W Ustawie z dnia 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych⁴² natomiast poddano karalności niezwykle rozbudowany kompleks zachowań, które mogą mieć czasami oszukańczy charakter (art. 40 ust. 1–5). Stanowią one jednak jedynie wykroczenia, zagrożone karą grzywny. To samo właściwie można powiedzieć o regulacjach karnych Ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina⁴³, gdzie uznano za wykroczenia niektóre zachowania związane z przemysłem winiarskim, także te o charakterze oszukańczym.

Trudno więc znaleźć w obrębie opisywanych zachowań określoną koncepcję po stronie ustawodawcy w zakresie trybu i formy reakcji karnej. Wydaje się, że przyjęty model razi przypadkowością rozwiązań, w tym co do uznania danego czynu za przestępstwo lub wykroczenia, rozmiaru zagrożenia karnego czy trybu ścigania. Potwierdzeniem tego może być jednocześnie fakt, że wiele innych, zbliżonych swym charakterem zachowań, ustawodawca uznał za delikty administracyjne. Przykładem mogą być zachowania opisane w art. 25 ust. 1–2 Ustawy z dnia 25 czerwca 2009 r. o rolnictwie ekologicznym⁴⁴ oraz w art. 58b ust. 1–5 Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o rejestracji i ochronie nazw i oznaczeń produktów rolnych i środków spożywczych oraz o produktach tradycyjnych⁴⁵.

Należy wreszcie wyraźnie podkreślić, że zaprezentowany krajowy system reakcji karnej w zasadzie nie uwzględnia konstrukcji czynów zabronionych nawiązujących bezpośrednio do sprowadzania na teren Rzeczypospolitej Polskiej „sfalszowanej” żywności. Jak natomiast wskazano wcześniej, skala tego typu zachowań, m.in. w odniesieniu do produktów spożywczych pochodzących z rynku azjatyckiego, jest ogromna.

PODSUMOWANIE

W świetle przedstawionych rozważań potrzeba reakcji karnej na zjawisko nazywane *food fraud* nie powinna dziwić. Funkcjonujące w Polsce rozwiązania karne, mogące stanowić narzędzia jego zwalczania, mają wprawdzie rozbudowany charakter, jednak razić może ich wybiórczy i pozbawiony przemyślanej koncepcji charakter. Decyzja ustawodawcy co do uczynienia określonego zachowania zwią-

⁴² Dz.U. z 2018 r., poz. 2164.

⁴³ Dz.U. z 2018 r., poz. 1159.

⁴⁴ Dz.U. z 2017 r., poz. 1054.

⁴⁵ Dz.U. z 2017 r., poz. 1168.

zanego z fałszowaniem żywności przestępstwem, wykroczeniem albo deliktem administracyjnym wydaje się jednocześnie zupełnie przypadkowa. Powołanie dla zwalczania wielu tego typu praktyk wyłącznie typów wykroczeń jest bez wątpienia rozwiązaniem niewystarczającym. Fakt zaangażowania w *food fraud* podmiotów zbiorowych, a także zorganizowanej przestępczości, uzasadnia w pełni takie twierdzenie. Grożąca sprawcy opisanych wyżej czynów kara wydaje się przy tym na tyle symboliczna, że trudno w istocie mówić o jej prewencji. Przeszkodą dla skutecznej walki z omawianym zjawiskiem jest również wymagająca korekty praktyka organów ścigania.

Nie pozostaje w tej mierze wystarczającym pocieszeniem fakt, że trudno mówić współcześnie o skutecznej walce ze sprawcami *food fraud* także w innych państwach europejskich. Skala fałszerstw na rynku żywności w Europie systematycznie powiększa się⁴⁶. Krajowi ustawodawcy nie są natomiast, póki co, w stanie przeciwstawić im odpowiedniego systemu środków reakcji prawnej, w tym karnoprawnej, oraz sprawnie funkcjonującego aparatu ścigania⁴⁷.

BIBLIOGRAFIA

- 2017 *Situation Report on Counterfeiting and Piracy in the European Union. A Joint Project Between Europol and the European Union Intellectual Property Office.*
- Daśko N., *Prawnokarna ochrona znaków towarowych*, Warszawa 2017.
- European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Counterfeiting of Foodstuff, Beverages and Agricultural Products*, 2016.
- Europol & Interpol, *Operation Opson VI. Targeting Counterfeit and Substandard Foodstuff And Beverage. December 2016–March 2017.*
- Gałązka M., w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- https://www.foodnavigator.com/Article/2019/03/05/Food-fraud-It-takes-scandals-higher-penalties-and-greater-surveillance-to-catch-cheats?utm_source=copyright&utm_medium=OnSite&utm_campaign=copyright (dostęp: 28.03.2019).
- <https://www.polskieradio.pl/7/1691/Artykul/792304,Afera-z-konina-powazne-klopoty-przedsiębiorców> (dostęp: 11.02.2019).
- Kakol C., *Prawnokarne aspekty ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8.
- Komisja Europejska, *Report on the EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights: Results at the EU Border 2017*, Luksemburg 2018.
- Komisja Europejska, *The EU Food Fraud Network and the System for Administrative Assistance & Food Fraud, Annual Report 2017.*

⁴⁶ https://www.foodnavigator.com/Article/2019/03/05/Food-fraud-It-takes-scandals-higher-penalties-and-greater-surveillance-to-catch-cheats?utm_source=copyright&utm_medium=OnSite&utm_campaign=copyright (dostęp: 28.03.2019).

⁴⁷ Zob. Komisja Europejska, *The EU Food Fraud Network and the System for Administrative Assistance & Food Fraud, Annual Report 2017*; por. N. Lord, C.J. Flores Elizondo, J. Spencer, *The Dynamics of Food Fraud: The Interactions Between Criminal Opportunity and Market (Dys)Functionality in Legitimate Business*, „Criminology and Criminal Justice” 2017, vol. 17, iss. 5, s. 605–623.

- Lord N., Flores Elizondo C.J., Spencer J., *The Dynamics of Food Fraud: The Interactions Between Criminal Opportunity and Market (Dys)Functionality in Legitimate Business*, "Criminology and Criminal Justice" 2017, vol. 17, iss. 5.
- Mandel A., *We Włoszech żywność fałszowana jest na potęgę*, https://www.rp.pl/Przemysl-spozywczy/190219560-We-Wloszech-zywnosc-falszowana-jest-na-potege.html?fbclid=I-wAR09_NiVG7SKZqoyBhViMLb1Mpx7Mhq1fBUj5d-OfjVCpPjbV-X5NHqRAKs (dostęp: 18.02.2019).
- Martín N., Quackelbeen L., Simonato M., *Food Regulation and Criminal Justice*, International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd–26th September 2016.
- McGuire R., Holt T.J., *The Routledge Handbook of Technology, Crime and Justice*, London 2017.
- Parlament Europejski, *Report on the Food Crisis, Fraud in the Food Chain and the Control Thereof (2013/2091(INI))*, 2013.
- Pływaczewski W., Płocki R. (red.), *Nielegalny rynek żywności. Skala zjawiska i możliwości przeciwdziałania*, Szczytno 2013.
- Szwejkowska M., Zębek E., Kurzyński M., *Uwarunkowania unijne oraz karnoprawne produkcji lub wprowadzania do obrotu żywności niebezpiecznej: część pierwsza*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29.

FOOD FRAUD: CRIMINOLOGICAL PERSPECTIVE AND LIMITS OF PENAL RESPONSE IN POLAND

Summary

The agriculture and food industry, which is one of the biggest sectors of the European Union economy, is extremely vulnerable to fraud connected with counterfeiting foodstuff and beverages as well as other fraudulent practices concerning nutrition. Regardless of the high EU standards of regulations in the field of food and nutrition safety, the scale of fraud in this area is constantly growing. The spectrum of potential fraudulent practices is very wide and at the same time covers, inter alia, labelling poorer quality products with a forged or original trademark, substituting cheaper ingredients and dangerous substances for the necessary ones, inappropriate labelling with respect to contents, e.g., by skipping some ingredients, inappropriate labelling of weight or types of animal meat used in meat products or seafood, or selling traditional food as organic. At present national legislators in the European Union member states still show little interest in combating those activities with the use of penal repression instruments. The analysis of Polish normative solutions confirms this observation. On the European scale, the problem also consists in law enforcement agencies' little interest in efficient prosecution of this type of crime.

Keywords: food, food industry, customer, fraud, criminal liability

FOOD FRAUD – PERSPEKTYWA KRYMINOLOGICZNA I GRANICE REAKCJI KARNEJ W POLSCE

Streszczenie

Sektor rolno-spożywczy jako jeden z największych sektorów gospodarczych w Unii Europejskiej należy do niezwykle podatnych na nadużycia związane z fałszowaniem produktów spożywczych i napojów oraz inne oszukańcze praktyki żywnościowe. Pomimo wysokich standardów unijnych regulacji w obszarze bezpieczeństwa żywności i żywienia, skala nadużyć w tym obszarze systematycznie rośnie. Spektrum możliwych oszukańczych praktyk w tym zakresie jest zarazem niezwykle szerokie i obejmuje między innymi oznaczanie gorszej jakości produktów podrobionym lub oryginalnym znakiem towarowym, zastępowanie składników tańszymi lub substancjami niebezpiecznymi, niewłaściwe etykietowanie w zakresie składu, np. poprzez pominięcie jakichś składników, niewłaściwe etykietowanie wagi lub gatunków zwierząt wykorzystywanych w produktach mięsnych lub owocach morza czy też sprzedaż zwykłej żywności jako ekologicznej. Zainteresowanie ustawodawców krajowych w państwach Europy zwalczaniem tego procederu przy zastosowaniu instrumentarium represji karnej jest póki co niewielkie. Analiza polskich rozwiązań normatywnych istotnie potwierdza takie spostrzeżenie. W skali europejskiej problemem pozostaje także znikome zainteresowanie organów ścigania efektywnym zwalczaniem tego typu przestępczości.

Słowa kluczowe: żywność, branża spożywcza, konsument, fałszerstwo, odpowiedzialność karna

FOOD FRAUD – PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y LÍMITES DE REACCIÓN PENAL EN POLONIA

Resumen

El sector agrario y alimenticio – como uno de los más grandes sectores económicos en la Unión Europea – resulta muy susceptible de abusos relacionados con la falsificación de productos alimenticios y bebidas, así como de otras prácticas alimenticias fraudulentas. A pesar de alto estándar de regulaciones comunitarias sobre seguridad de alimentos y alimentación, la escala de abusos en esta área está creciendo sistemáticamente. El abanico de posibles prácticas fraudulentas en este ámbito es muy amplio e incluye, entre otras, etiquetar productos de peor calidad con marca registrada original o falsa, sustituir ingredientes por más baratos o por sustancias peligrosas, etiquetar indebidamente la composición, p. ej. mediante la eliminación de algunos ingredientes, etiquetar impropriadamente el peso o clase de animales utilizados en productos cárnicos o marisco, o bien vender productos normales como ecológicos. El interés de legisladores nacionales en los países de Europa en luchar contra este fenómeno con el uso de herramientas de represión penal de momento no es elevado. El análisis de soluciones normativas polacas confirma tal conclusión. En la escala europea el problema interesa poco a los órganos de persecución para luchar contra este tipo de delincuencia.

Palabras claves: alimentos, sector alimenticio, consumidor, falsedad, responsabilidad penal

КОНТРАФАКЦИЯ ПРОДУКТОВ ПИТАНИЯ: УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ И ГРАНИЦЫ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ПОЛЬШЕ

Резюме

Агропродовольственный сектор, являющийся одним из крупнейших секторов экономики Европейского союза, чрезвычайно уязвим для мошенничества, связанного с подделкой продуктов питания и напитков либо введением потребителя в заблуждение. Несмотря на высокие стандарты законодательства ЕС, касающегося безопасности питания и пищевых продуктов, масштабы мошенничества в этой сфере неуклонно растут. При этом спектр возможных мошеннических действий чрезвычайно широк и включает в себя, в частности, маркировку менее качественной продукции поддельными или оригинальными товарными знаками, замену ингредиентов более дешевыми аналогами или опасными для здоровья веществами, указание состава, не соответствующего действительности (например, сознательный пропуск определенных ингредиентов), неправильная маркировка веса либо указание ложной информации о видах животных, используемых при производстве мясных продуктов или морепродуктов, либо продажа обычных продуктов питания как органических. К сожалению, интерес национальных законодателей европейских стран к борьбе с этим явлением с привлечением уголовно-правовых инструментов невысок. Анализ нормативных решений, существующих в Польше, в основном, подтверждает правильность этого наблюдения. В общеевропейском масштабе сохраняется также проблема незначительного интереса правоохранительных органов к обеспечению эффективной борьбы с этим видом преступности.

Ключевые слова: продукты питания, пищевая промышленность, потребитель, контрафакция, уголовная ответственность

FOOD FRAUD – EINE KRIMINOLOGISCHE PERSPEKTIVE UND DIE GRENZEN DER STRAFRECHTLICHEN REAKTION IN POLEN

Zusammenfassung

Der Agrar- und Ernährungssektor gehört – als einer der größten Wirtschaftszweige in der Europäischen Union – im Zusammenhang mit der Fälschung von Lebensmitteln und Getränken und anderen betrügerischen Lebensmittelpraktiken zu den betrugsanfälligsten Branchen. Trotz der strengen europäischen Standards der Lebensmittelsicherheit und Ernährung steigt das Ausmaß des Betrugs in diesem Sektor systematisch an. Das Spektrum der gängigen Betrugspraktiken in diesem Bereich ist gleichwohl äußerst breit und schließt unter anderem die Kennzeichnung von Produkten minderer Qualität mit gefälschten oder originale Marken, den Ersatz hochwertiger und *hochpreisiger* Inhaltsstoffe durch billigere Inhaltsstoffe oder gefährliche Stoffe, die falsche Kennzeichnung der Zusammensetzung, beispielsweise durch Auslassen von Inhaltsstoffen, eine falsche Angabe des Gewichts oder der in Fleisch oder Meeresfrüchten verwendeten tierischen Ausgangsstoffe oder auch den Verkauf konventionell erzeugter Nahrungsmittel als Bio-Lebensmittel aus ökologischer Landwirtschaft ein. Das Interesse der nationalen europäischen Gesetzgeber, diese Praxis mit Instrumenten der

strafrechtlichen Verfolgung zu bekämpfen, ist bislang allerdings gering. Durch eine Analyse der polnischen gesetzgeberischen Entscheidungen wird dieser Eindruck noch bestätigt. Auf europäischer Ebene ist und bleibt das geringe Interesse der Strafverfolgungsbehörden an einer wirksamen Bekämpfung dieser Straftaten ein Problem.

Schlüsselbegriffe: Lebensmittel, Lebensmittelindustrie, Verbraucher, Betrug, strafrechtliche Verantwortlichkeit

FRAUDE ALIMENTAIRE – PERSPECTIVE CRIMINOLOGIQUE ET LIMITES DE LA RÉPONSE PÉNALE EN POLOGNE

RÉSUMÉ

Le secteur agroalimentaire – en tant que l'un des plus importants secteurs économiques de l'Union européenne – est extrêmement vulnérable à la fraude liée à la falsification de produits alimentaires et de boissons et à d'autres pratiques alimentaires frauduleuses. Malgré les normes strictes de la réglementation européenne en matière de sécurité alimentaire et de nutrition, l'ampleur de la fraude dans ce domaine augmente systématiquement. L'éventail des pratiques frauduleuses possibles dans ce domaine est extrêmement vaste et comprend, entre autres, l'étiquetage de produits de qualité inférieure avec une marque contrefaite ou d'origine, le remplacement d'ingrédients par des substances moins chères ou dangereuses, un étiquetage incorrect en termes de composition, par exemple en omettant certains ingrédients, un étiquetage incorrect du poids ou de l'espèce d'animaux utilisés dans les produits à base de viande ou de fruits de mer, ou la vente d'aliments ordinaires en tant que produits biologiques. L'intérêt des législateurs nationaux des pays européens de lutter contre ces pratiques à l'aide d'instruments de répression pénale est jusqu'à présent insignifiant. L'analyse des solutions normatives polonaises confirme significativement cette observation. À l'échelle européenne, l'intérêt des services répressifs à lutter efficacement contre ce type de criminalité reste problématique.

Mots-clés : alimentation, industrie alimentaire, consommateur, contrefaçon, responsabilité pénale

FOOD FRAUD: PROSPETTIVA CRIMINOLOGICA E CONFINI DELLA REAZIONE PENALE IN POLONIA

Sintesi

Il settore agroalimentare, in quanto uno dei maggiori settori economici dell'Unione Europea, è estremamente soggetto ad abusi legati alla falsificazione di prodotti alimentari e bevande, nonché ad altre pratiche alimentari fraudolente. Nonostante gli standard elevati delle regolamentazioni comunitarie nel settore della sicurezza alimentare e nutrizionale, la scala degli abusi in questo settore cresce sistematicamente. Lo spettro delle possibili pratiche fraudolente

in questo ambito è estremamente ampio e comprende tra l'altro l'etichettatura di prodotti di peggior qualità con marchi di qualità imitati o originali, la sostituzione con ingredienti più economici o con sostanze pericolose, la scorretta etichettatura sulla composizione, ad esempio omettendo qualche ingrediente, la scorretta indicazione del peso o del tipo di animale utilizzato in prodotti di carne o di frutti di mare oppure la vendita di alimenti normali come biologici. L'impegno dei legislatori nazionali negli stati dell'Europa nella lotta contro questi meccanismi utilizzando strumenti di repressione penale è finora molto ridotto. L'analisi delle soluzioni normative polacche conferma essenzialmente questa osservazione. Su scala europea rimane un problema il marginale impegno delle forze dell'ordine nella lotta efficace contro questo tipo di criminalità.

Parole chiave: alimenti, settore alimentare, consumatore, falsificazione, responsabilità penale

Cytuj jako: Leciak M., Daško N., Food fraud: criminological perspective and limits of penal response in Poland [*Food fraud – perspektywa kryminologiczna i granice reakcji karnej w Polsce*], „*Ius Novum*” 2019, vol. 13, nr 4, s. 17–35. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.41/m.leciak/n.dasko

Cite as: Leciak, M., Daško, N. (2019). 'Food fraud: criminological perspective and limits of penal response in Poland'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 17–35. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.41/m.leciak/n.dasko

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPNĄ ZMIANĘ WSKAZANIA DROGOMIERZA POJAZDU MECHANICZNEGO LUB INGERENCJĘ W PRAWIDŁOWOŚĆ JEGO POMIARU (ART. 306A K.K.)

JACEK A. DĄBROWSKI*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.42/j.a.dabrowski

1. KSZTAŁTOWANIE SIĘ ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA PRZESTĘPNĄ INGERENCJĘ WE WSKAZANIA DROGOMIERZA POJAZDU

Artykuł 306a k.k. został dodany do Ustawy karnej przez art. 2 pkt 2 Ustawy z dnia 15 marca 2019 r.¹ i wszedł w życie z dniem 25 maja 2019 r. Przesłanki stypizowane w art. 306a § 1 i 2 k.k. nie miały swojego wcześniejszego odpowiednika w przepisach Ustawy karnej. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego przepisów penalizujących bezskutkowe cofanie lub inną ingerencję we wskazania licznika przebiegu w pojeździe mechanicznym jest jednym z elementów wykonania postanowień Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/45 UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie okresowych badań zdatności do ruchu drogowego pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz uchylającej dyrektywę 2009/40 WE². Z punktu widzenia omawianej instytucji znaczenie ma w szczególności deklaracja zawarta w pkt. 25 Preambuły dyrektywy, zgodnie z którym:

oszustwo polegające na fałszowaniu przebiegu powinno być traktowane jako przestępstwo podlegające sankcji, ponieważ manipulacja przebiegiem może prowadzić do błędnej oceny stanu zdatności do ruchu drogowego pojazdu. Wykrywanie manipulacji lub ingerencji w stan licznika powinno być łatwiejsze dzięki rejestrowaniu przebiegu w świadectwie zdatności do ruchu drogowego oraz dostępowi diagnostów do tych informacji.

* Dr, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie, starszy asystent sędziego w Izbie Karnej Sądu Najwyższego; e-mail: jacek.dabrowski@lazarski.pl; ORCID: 0000-0002-4908-4167.

¹ Ustawa z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny, Dz.U. z 2019 r., poz. 870.

² Dz. Urz. UE L 127 z 2014 r., s. 51 i n.

Art. 8 ust. 6 Dyrektywy nakazuje, by stwierdzone manipulacje mechanizmem drogomierza w celu zmniejszenia lub zafałszowania przebiegu pojazdu podlegały skutecznym, proporcjonalnym, odstrasżającym i niedyskryminującym sankcjom.

Wprowadzenie przepisów penalizujących zachowania polegające na nieuprawnionej ingerencji w drogomierz pojazdu mechanicznego wymagało skorelowania z regulacjami o charakterze administracyjnym, związanymi z technicznym badaniem przebiegu pojazdu. Treść przepisów Ustawy z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz Ustawy – Kodeks karny wskazuje, że w przedmiotowej kwestii ustawodawca zdecydował się na transpozycję postanowień Dyrektywy 2014/45 UE w szerokim zakresie. Wprowadzono bowiem dodatkowe, nieznane do tej pory mechanizmy umożliwiające ujawnienie stanu drogomierza pojazdu (także niezarejestrowanego), względnie – faktu jego wymiany w Centralnej Ewidencji Pojazdów (art. 80a ust. 2 pkt 3 lit. c, art. 80b ust. 1 pkt 21–22 p.r.d.) nie tylko przez stacje kontroli pojazdów (art. 80ba ust. 1 pkt 6 p.r.d.), ale także, co stanowi istotne *novum*, przez organy upoważnione do przeprowadzania kontroli drogowej, tj. przez właściwą jednostkę organizacyjną Policji, Straży Granicznej, Inspekcji Transportu Drogowego, Żandarmerii Wojskowej lub Służby Celno-Skarbowej (art. 80ba ust. 1 pkt 6a p.r.d.). Służby zostały uprawnione do dokonania, w toku kontroli drogowej, odczytu wskazania drogomierza pojazdu, drogomierza pojazdu holowanego oraz drogomierza pojazdu przewożonego wraz z jednostką miary, a kierującego pojazdem zobowiązano do umożliwienia uprawnionemu organowi kontroli dokonania tych czynności (art. 129 ust. 2 pkt 4a, art. 129l ust. 1 i 2 p.r.d.). Wzmocnieniem tych rozwiązań było również sformalizowanie wymiany drogomierza pojazdu. Jest ona dopuszczalna tylko wtedy, gdy drogomierz nie odmierza przebiegu pojazdu w sytuacji, w której ze względu na przeznaczenie drogomierza powinien ten przebieg odmierzać lub gdy jest konieczna wymiana elementu pojazdu, z którym drogomierz jest nierozdzielnie związany (art. 81a i 81b p.r.d.).

Tak ujęte spektrum rozwiązań stanowi kompleksowe rozwiązanie umożliwiające praktyczne ujawnianie przypadków cofania lub innej nieuprawnionej ingerencji we wskazania licznika przebiegu w pojeździe mechanicznym oraz penalizacji takich zachowań jako występków i należy je bez wątpienia ocenić pozytywnie. W swych założeniach regulacje powinny zwalczać powszechnie dotychczas spotykaną, a często wręcz zorganizowaną w ramach sformalizowanej działalności gospodarczej, przy tym nieakceptowaną społecznie praktykę ingerencji w rzeczywisty przebieg pojazdu. Praktyki takie stanowią bowiem swoiste przedpole do popełnienia dalszych czynów zabronionych, np. z art. 286 § 1 k.k.

2. PRZEDMIOT OCHRONY

Dokonując określenia przedmiotu ochrony wszystkich typów przestępstwa z art. 306a k.k., uwzględnić należy, towarzyszącą wprowadzeniu tego przepisu do ustawy karnej, zmianę intytulacji rozdziału XXXVI k.k., w którym zamieszczono art. 306a, z „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu” na „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”. Zasadnie dostrzega się w piśmiennictwie, że nowelizacja ma zatem cha-

rakter systemowy, zaś aktualne brzmienie tytułu rozdziału w pełni oddaje charakter chronionych dóbr prawnych, którymi są: obrót gospodarczy jako całość oraz interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym³. Z powyższego wynika, iż bezpośrednim przedmiotem ochrony jest zarówno prawidłowość obrotu gospodarczego polegającego na obrocie używanymi pojazdami, jak i ochrona interesów majątkowych nabywców takich pojazdów, które mogą zostać naruszone przez fakt nabycia pojazdu z zaniżonym przebiegiem, a więc towaru, którego jedna z cech została w oszukańczy sposób ukryta. Przepis chroni także interesy majątkowe osób obowiązanych do zapłaty użytkownikowi pojazdu określonych świadczeń wynikających z liczby przejechanych kilometrów, do czego nawiązano wcześniej. Nie ma przy tym znaczenia, czy zachowanie sprawcze miało miejsce w obrocie gospodarczym, to jest pomiędzy przedsiębiorcami, czy cywilnoprawnym, rozumianym w ten sposób, że przynajmniej jedna strona nie działa w ramach prowadzonej działalności gospodarczej⁴.

Przepis nie chroni innych dóbr prawnych. Zarówno preambuła, jak i pozostałe regulacje Dyrektywy 2014/45 UE wskazują, że eliminacja z obrotu, a więc także z ruchu drogowego pojazdów o sfalszowanym przebiegu, wyeksploatowanych, niespełniających wymagań ekologicznych i niezapewniających pełnego poziomu bezpieczeństwa czynnego i biernego, czego ich użytkownicy najczęściej są nieświadomi, ma wpływ na bezpieczeństwo ruchu drogowego. Okoliczność ta nie świadczy jednak, że to dobro prawne, współcześnie uznawane za odrębne i autonomiczne dobro prawne, związane ze wzrastającą rolą ruchu drogowego we współczesnym życiu oraz z koniecznością zaakcentowania wagi bezpieczeństwa tego ruchu⁵, chronione jest również przez przepisy art. 306a k.k.

Przestępstwa grupowane są w rozdziały ze względu na tożsame lub podobne dobra chronione⁶, zaś na rodzajowy przedmiot ochrony bezpośrednio wskazuje tytuł rozdziału, w jakim zamieszczono poszczególne typy przestępstw. Ponadto całościową, kompletną i wewnątrznie spójną regulację w zakresie penalizacji czynów atakujących bezpieczeństwo ruchu drogowego stanowią przepisy rozdziału XXI k.k. wraz z przepisem art. 355 k.k. oraz przepisy rozdziału XI k.w. Normy te mają charakter *lex specialis* wobec innych przepisów o charakterze prawnokarnym⁷.

³ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 1, s. 84.

⁴ Ibidem.

⁵ A. Bachrach, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*, Warszawa 1974, s. 288; A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1985, s. 292; Z. Szmidt, *Administracyjnoprawna działalność MO w ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Warszawa 1981, s. 12; K. Rajchel, *Porządek i bezpieczeństwo w ruchu drogowym*, Rzeszów 1997, s. 15; R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 63; R. Hałas, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), F. Ciepły, M. Gałązka, R. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 813; T. Razowski, *Uwagi wprowadzające do rozdziału XXI k.k.*, w: J. Giezek (red.), D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2014.

⁶ R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe...*, op. cit., s. 62.

⁷ K. Buchała, w: I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, *System prawa karnego*, t. IV, cz. 1, Warszawa 1985, s. 268; idem, *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Bydgoszcz 1997, s. 132–133, 361; W. Mąciór, *Problemy przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1968,

3. TYPY PRZESTĘPSTWA

Przestępstwo z art. 306a k.k. występuje w czterech typach. Dwóch typach podstawowych (art. 306a § 1 i 2) oraz dwóch typach uprzywilejowanych⁸ (art. 306a § 3 k.k.), na co wskazuje ujęcie ich w odrębnej jednostce redakcyjnej przepisu i odwołanie się do znamienia „wypadku mniejszej wagi”, którego konsekwencją jest złagodzona sankcja w stosunku do przestępstw rodzajowych⁹.

W art. 306a § 1 k.k. określono typ podstawowy przestępstwa, przewidujący dwa rodzaje czynności sprawczych: zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencję w prawidłowość jego pomiaru.

Art. 306a § 2 k.k. określa drugi typ podstawowy przestępstwa, kryminalizujący zachowanie, które można nazwać quasi-podżeganiem, polegające na zleceniu wykonania czynu opisanego w § 1.

Typy uprzywilejowane przewidziane w art. 306a § 3 k.k., w aspekcie czynności sprawczych, odwołują się do znamion typów podstawowych, zaś znamieniem konstytutywnym jest „wypadek mniejszej wagi”¹⁰. Nie jest to pojęcie obce Kodeksowi karnemu, jednak do tej pory nie zdecydowano się na ujęcie tego terminu w drodze definicji legalnej. W orzecnictwie za wypadek mniejszej wagi tradycyjnie uznaje się uprzywilejowaną postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego, lecz charakteryzującą się przewagą łagodzących elementów przedmiotowo-podmiotowych¹¹. Chodzi o przypadki, w których stopień społecznej szkodliwości oraz wina sprawcy są wprawdzie niższe niż w wypadku typu podstawowego, ale nie osiągają poziomu znikomości. Wypadek mniejszej wagi jest stanem pośrednim między brakiem treści materialnej przestępstwa a stanem uznawanym za przestępstwo typu podstawowego¹². Omawiany wypadek stanowi przykład typu uprzywilejowanego nieokreślonego. Łagodniejsza sankcja nie została określona normatywnie, a zależy może od różnych cech zdarzenia, pozostawionych ocenie organu procesowego. Problem braku znamienia uprzywilejowującego zostaje więc zastąpiony przez „czynnik aksjologiczny”¹³.

nr 35, s. 22; W. Radecki, *Zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego przez nietrzeźwych kierowców*, „Nowe Prawo” 1975, nr 10–11, s. 1305; idem, *Przestępstwa narażenia życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo w Kodeksie karnym PRL z 1969 r.*, Wrocław 1977, s. 77; J. Kochanowski, *Zagadnienia przestępstw drogowych i przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, Warszawa 1990, s. 43; Uchwała SN z dnia 15 lutego 1977 r., VII KZP 22/76, OSNKW 1977, Nr 3, poz. 17; E. Szwedek, *Głosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 1977 r.*, VII KZP 22/76, OSPiKA 1978, Nr 1, s. 25–27; A. Bachrach, *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*, Warszawa 1974, s. 257–258; idem, *Reglamentacja prawna bezpieczeństwa ruchu drogowego*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 5, s. 78; wyrok SN z dnia 20 lutego 2008 r., V KK 313/07, KZS 2009, Nr 11, poz. 13 z glosą A. Ważnego, „Paragraf na Drodze” 2009, nr 10, s. 5–11.

⁸ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 85–86.

⁹ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 1976, nr 1–2, s. 110; T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w prawie polskim*, Warszawa 1982, s. 142; B.J. Stefańska, *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017, nr 1, s. 49–51.

¹⁰ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 214.

¹¹ Wyrok SN z 9 października 1996 r., V KKN 79/96, OSNKW 1997, nr 3–4, poz. 27; Uchwała SN z 22 grudnia 1978 r., VII KZP 23/77, OSNKW 1979, nr 1–2, poz. 1; Uchwała SN z 15 lipca 1971 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, nr 11 poz. 163.

¹² Wyrok SA w Krakowie z 5 czerwca 2002 r., II AKa 128/02, KZS 2002, nr 6, poz. 16.

¹³ W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 1976, nr 1–2, s. 110.

Relatywizując powyższe rozważania do znamion czynów określonych w art. 306a § 1 i 2 k.k., uznać należy, że z wypadkiem mniejszej wagi możemy mieć do czynienia w razie zaistnienia okoliczności o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym. W pierwszej grupie zachowania zasługujące na uprzywilejowane potraktowanie sprawcy mogą sprowadzać się do (zarówno w aspekcie dokonania, jak i „zlecenia”):

- nieznacznej modyfikacji przebiegu pojazdu, np. nieprzekraczającej 10% rzeczywistego stanu licznika;
- korekcji przekraczającej granice zdrowego rozsądku, zwłaszcza w kontekście wieku i wcześniejszego przeznaczenia pojazdu, np. cofnięcia licznika w dziesięcioletnim samochodzie używanym wcześniej jako taksówka do poziomu 100 000 km;
- zmianę stanu drogomierza pomimo odzwierciedlenia rzeczywistego jego stanu w udostępnionych publicznie rejestrach Centralnej Ewidencji Pojazdów lub dokumentacji samego pojazdu, np. wydrukach potwierdzających okresowe przeglądy czy badania techniczne;
- modyfikację nieudolną, umożliwiającą łatwe wykrycie, widoczną „na pierwszy rzut oka” nawet przez niedoświadczoną osobę, np. poprzez pozostawienie dostrzegalnych śladów ingerencji w zapis drogomierza.

W aspekcie podmiotowym za wypadek mniejszej wagi mogą zostać potraktowane przede wszystkim zachowania, które nie zostały podjęte w ramach zorganizowanej działalności gospodarczej, o charakterze incydentalnym, oraz te podjęte bez determinacji do sprzedaży pojazdu czy podjęcia innych działań powiązanych z prawidłowością funkcjonowania drogomierza, a więc – bez intencji wprowadzenia kogokolwiek w błąd co do rzeczywistych jego wskazań.

4. STRONA PRZEDMIOTOWA

Czynność sprawcza czynu z art. 306a § 1 k.k. obejmuje: a) zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub b) ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru. Spójnik „lub” wyraża alternatywę łączną, czyli dopuszcza możliwość współwystępowania sytuacji komunikowanych przez obie części zdania połączonego tym spójnikiem. Najczęściej bowiem ingerencja w prawidłowość pomiaru drogomierza będzie w konsekwencji prowadzić do zmiany jego wskazania.

Penalizowane są wyłącznie działania mające na celu zafałszowanie wskazania, to znaczy doprowadzenie do sytuacji, w której stan licznika nie jest tożsamy z rzeczywistie przejechanym dystansem. Powstaje wątpliwość, czy w rachubę wchodzi wyłącznie działanie, tzn. zachowanie aktywne, czy też omawiane przestępstwo może zostać popełnione także przez zaniechanie, polegające w szczególności na umyślnym poruszaniu się pojazdem z niesprawnym drogomierzem, który – w wyniku usterki mechanicznej lub elektronicznej – w ogóle zaprzestał dokonywania pomiaru („zatrzymał się”), albo zaprzestał dokonywać pomiaru prawidłowego. Wydaje się, że uzmysłowiona akceptacja takiego stanu rzeczy i korzystanie (zwiększanie przebiegu) pojazdu połączone ze świadomością, iż faktu tego nie rejestruje drogomierz,

z punktu widzenia skutku przestępstwa niczym nie różni się od innych sposobów bezprawnej zmiany wskazania stanu drogomierza, może tylko z wyjątkiem rozciągnięcia samego procesu w czasie. Wydaje się więc, że zachowanie takie wyczerpuje znamię o którym stanowi art. 306a § 1 in princ. k.k. Rozważenia wymaga jednak podstawa prawna takiej odpowiedzialności, skoro – zgodnie z art. 2 k.k. – odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. Poniesienie odpowiedzialności karnej uwarunkowane byłoby więc usytuowaniem właściciela lub posiadacza pojazdu mechanicznego w pozycji gwaranta nienastąpienia skutku, którym byłaby zmiana wskazania drogomierza w stosunku do rzeczywiście przejechanego dystansu. Źródeł prawnego obowiązku w tym zakresie poszukiwać można z jednej strony w treści art. 66 ust. 2 p.r.d., zgodnie z którym urządzenia i wyposażenie pojazdu powinny być utrzymywane w należyłym stanie oraz działać sprawnie i skutecznie. Dyspozycję tego przepisu uszczegóławia m.in. § 11 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 31 grudnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia¹⁴, w świetle którego pojazd samochodowy wyposaża się w szczególności w licznik przebiegu pojazdu (drogomierz). Wywiązanie się z obowiązku posiadania sprawnego drogomierza podlega kontroli w ramach okresowych badań technicznych pojazdu, zaś – o czym już wspomniano – wyraźne oznaki manipulacji licznikiem (oszustwo), względnie stwierdzenie, iż drogomierz wyraźnie nie działa, mogą zostać ocenione przez diagnostę za usterki istotne, tzn. usterki techniczne mogące naruszać bezpieczeństwo ruchu drogowego i ochrony środowiska (§ 2 ust. 4 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 26 czerwca 2012 r. w sprawie zakresu i sposobu przeprowadzania badań technicznych pojazdów oraz wzorów dokumentów stosowanych przy tych badaniach¹⁵). Względy powyższe przemawiają za przyjęciem, iż użytkownik pojazdu mechanicznego ma, co do zasady, obowiązek poruszania się pojazdem m.in. ze sprawnym drogomierzem. W takiej sytuacji posłużenie się w art. 81a p.r.d. sformułowaniem: „wymiana drogomierza jest dopuszczalna” odczytywać należy jako powinność w tym zakresie. W takim układzie, a także – argumentując posiłkowo – wobec wprowadzenia sformalizowanej procedury odczytu stanu licznika, i to również w trakcie rutynowej kontroli drogowej, trudno jest przyjąć, by właściciel lub posiadacz pojazdu nie miał obowiązku zapewnienia sprawnego działania licznika, a więc nie był odpowiedzialny za jego prawidłowe wskazania. Przemawia za tym również wykładnia celowościowa wzajemnie powiązanych przepisów art. 81a i art. 81b p.r.d. Jeżeli bowiem przyjąć, że ten ostatni przepis nakłada – pod groźbą kary za wykroczenie z art. 97 k.w. – obowiązek przedstawienia w stacji kontroli pojazdów w celu dokonania odczytu wskazania nowo wymienionego, sprawnego i właściwego dla danego typu pojazdu drogomierza, to dyspozycja tego przepisu w stosunku do osób, które na taki krok się nie zdecydowały, akceptując poruszanie się z uszkodzonym drogomierzem, stanowiłaby wyłącznie pustą normę. Taka

¹⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 2022 z późn. zm.

¹⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 776 z późn. zm.

interpretacja wydaje się przekreślać istotę nowych unormowań, których rolą jest wyeliminowanie wszystkich, a nie selektywnie wybranych wypadków manipulowania stanem licznika.

Dlatego trudno *a priori* odrzucić założenie o możliwości popełnienia czynu z art. 306a § 1 k.k. także przez zaniechanie dostosowania się do wymagań poruszania się pojazdem sprawnym, w tym również – z prawidłowo działającym drogomierzem, i doprowadzenia w ten sposób do skutku w postaci bezprawnej zmiany stanu wskazania tego urządzenia. Z tego względu za zbyt wąski uznać należy pogląd, że chodzi wyłącznie o zachowanie polegające na fizycznym, realnym oddziaływaniu na odnotowane wskazania licznika¹⁶.

Zarówno zmiana wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego, jak i ingerencja w prawidłowość jego pomiaru mają charakter skutkowy. Rezultatem działania sprawcy jest w pierwszym przypadku uzyskanie stanu, w którym drogomierz wskazuje przebieg niezgodny z rzeczywistym dystansem pokonanym przez pojazd. W drugim – skutkiem jest stan, w którym drogomierz, poddany uprzedniej ingerencji sprawcy, przestaje funkcjonować prawidłowo i spełniać swoje konstrukcyjne przeznaczenie – zarówno poprzez całkowite wstrzymanie dokonania pomiaru, jak i przez dokonywanie pomiaru nieodpowiadającego rzeczywistości, zawyżonego bądź zaniżonego w stosunku do rzeczywistego.

4.1. ZMIANA WSKAZANIA DROGOMIERZA

Drogomierz jest urządzeniem odmierzającym i – w konstrukcyjnym założeniu – trwale rejestrującym przejechany przez pojazd dystans w jednostkach miary, którymi mogą być kilometry lub mile. W odniesieniu do tej ostatniej jednostki – chodzi o tzw. miłę międzynarodową, stanowiącą pozaukładową (imperialną) jednostkę odległości, stosowaną w krajach anglosaskich¹⁷ i wynoszącą w przybliżeniu 1,609 km. Najważniejszą rolą drogomierza jest umożliwienie oceny stanu technicznego pojazdu, który zmniejsza się m.in. proporcjonalnie do liczby przejechanych kilometrów. W konsekwencji ma znaczenie także dla bezpiecznego uczestniczenia w ruchu drogowym oraz spełnienia wymagań dotyczących wpływu na środowisko.

Przepisy rozporządzenia w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia przewidują, że w drogomierz musi być wyposażony tylko pojazd samochodowy (§ 11 ust. 1 pkt 4). Drogomierz nie stanowi obowiązkowego wyposażenia ciągnika rolniczego, pojazdu wolnobieżnego, motoroweru ani pojazdu szynowego (arg. ex art. 2 pkt 32-34, 44, 46 p.r.d. oraz § 46 w zw. z § 44 cyt. Rozporządzenia w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia).

Lektura znamion określonych w art. 306a § 1 k.k. wskazuje, że jego zakresem przedmiotowym objęto nie tylko pojazdy mechaniczne, w stosunku do których zachodzi wymóg ich wyposażenia w drogomierz. Chodzi o każdy pojazd mechaniczny z zainstalowanym drogomierzem, obojętnie, czy wynika to z fabrycznej

¹⁶ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 86.

¹⁷ M.in. w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, Zjednoczonym Królestwie, Kanadzie, Australii, Nowej Zelandii, Republice Południowej Afryki.

konstrukcji takiego pojazdu, czy też drogomierz stanowi wyposażenie dodatkowe, zamontowane np. z woli jego właściciela. Podzielić zatem należy stanowisko, że ustawowe znamiona przestępstwa z art. 306a k.k. wyczerpuje podjęcie czynności wykonawczej także w odniesieniu do pojazdu mechanicznego niebędącego pojazdem samochodowym, o ile jest on wyposażony w drogomierz, chociaż nie jest to obowiązkowe¹⁸.

Zmiana wskazania drogomierza obejmuje każdą czynność polegającą na wprowadzeniu zmian we wskazaniach stanu przebiegu pojazdu, w odniesieniu do pojazdów współczesnych, których układy elektroniczne implementują tzw. standard OBDII (On-Board Diagnostic level 2)¹⁹. Zmiana stanu licznika następuje przy pomocy komputera PC połączonego przez specjalny interfejs ze złączem diagnostycznym w pojeździe²⁰. Aktualnie firmy tworzące oprogramowanie do modyfikowania stanu licznika często tworzą własne urządzenia stanowiące zintegrowany interfejs i uproszczony komputer. Urządzenia takie zostały zaprojektowane do obsługi samochodów wielu marek, również najnowszych modeli²¹ i często oferują dodatkowe funkcje, jak np. programowanie dodatkowych kluczyków²². Produkty te są często wzajemnie podrabiane i jedno urządzenie o tych samych właściwościach może być produkowane pod różnymi markami, co utrudnia określenie właściwego producenta urządzenia, niemniej nie stwarza zainteresowanym większego problemu przy jego zakupie oraz obsłudze. Instrukcje do posługiwania się nimi z łatwością można znaleźć zarówno na stronach www, jak i na specjalistycznych forach motoryzacyjnych. Również sprzedający bardzo często zaznaczają, że zapewniają pełne wsparcie pozakupowe.

Ze względu na wspomniane wyżej, w zasadzie nieograniczone możliwości inżynierii w komputerowy zapis stanu licznika, mniejsze znaczenie praktyczne ma inżynieria w sam tylko układ elementów ciekłokrystalicznych drogomierza cyfrowego²³.

¹⁸ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 92; M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), M. Budynik-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, *Kodeks karny. Komentarz do art. 306a k.k.*, Warszawa 2019, teza 7.

¹⁹ System elektronicznego dostępu do danych dotyczących stanu poszczególnych układów pojazdu. Stanowi obowiązkowe wyposażenie pojazdów: sprzedawanych po 1 stycznia 1996 w USA; po 1 stycznia 2001 w Unii Europejskiej; po 1 stycznia 2002 w Polsce, a z silnikiem Diesla sprzedawanych po 1 stycznia 2003 w Unii Europejskiej. Samochody wyposażone w system OBDII posiadają charakterystyczne 16-pinowe złącze diagnostyczne umożliwiające połączenie z komputerowymi programami diagnostycznymi, zob. S. Wierzbicki, *Procedury diagnozowania pojazdów samochodowych zgodnych z normą OBD II*, „Diagnostyka” 2003, vol. 28, s. 47–52; dyrektywa 98/69/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 października 1998 r. odnosząca się do środków mających zapobiegać zanieczyszczeniu powietrza przez emisje z pojazdów silnikowych i zmieniająca dyrektywę Rady 70/220/EWG, Dz. Urz. UE L 350, 28/12/1998, s. 1–57.

²⁰ Np. program VAG K+CAN K Can Commander 1.4 służący m.in. do korekty liczników w starszych modelach pojazdów z grupy Volkswagen AG wraz z odpowiednim interfejsem (kablem) jest oferowany na polskich i chińskich platformach handlowych w cenie niekiedy nieprzekraczającej 10 dolarów.

²¹ Np. urządzenie Super DSP III DSP3 Odometer Correction Tool jest, według deklaracji producenta, przeznaczone do pojazdów marki Audi, VW, Skoda, Seat, Bentley, Mercedes, Land Rover, Jaguar, Volvo, Porsche i obsługuje modele z lat 2010–2017. Koszt urządzenia na platformie dhgate.com wynosi 455 dolarów.

²² Np. urządzenie OBDSTAR X100 PROS Auto Key Programmer; koszt urządzenia na platformie aliexpress.com wynosi 245 dolarów.

²³ Ibidem.

Bezprawna zmiana stanu drogomierza może również przybrać postać ingerencji czysto mechanicznej. Taki sposób działania sprawcy może dotyczyć wyłącznie pojazdów starszych, niewyposażonych w elektroniczne systemy rejestracji przebiegu. Działanie sprawcy polega na podłączeniu zegara z licznikiem do silniczka imitującego przemieszczanie się pojazdu. Intencją sprawcy jest doprowadzenie drogomierza do stanu przekraczającego 999 999 km (w niektórych starszych pojazdach – 99 999 km), kiedy następuje wyzerowanie stanu licznika, a następnie dalszego oczekiwania na pożądaną wartość. Inną metodą jest rozsuniecie – zawierających poszczególne cyfry – bębneków (wałeczków), aby nie zazębiały się, a następnie ułożenie ich na nowo²⁴. Metoda ta może znaleźć zastosowanie do pojazdów zabytkowych lub kolekcjonerskich. Ich wartość drastycznie rośnie, im mniejszy jest przebieg. W piśmiennictwie prezentowany jest również pogląd odmienny, zgodny z którym nie jest przestępnym zachowaniem zmiana wskazań drogomierza lub ingerencja w prawidłowość pomiaru tego urządzenia w wypadku pojazdów historycznych. Argumentuje się, że specyfika tych pojazdów, a także ich eksploatacja oraz utrzymanie ich żywotności i funkcjonalności wymagają wręcz ingerencji w mechanizmy odpowiedzialne za jazdę i jej bezpieczeństwo²⁵. Stanowisko to jest niezrozumiałe w kontekście bezprawnego korygowania stanu licznika, które nie jest zachowaniem wpływającym ani na jazdę, ani na bezpieczeństwo ruchu. Niezasadnie przyjmuje się, że w wypadku tego rodzaju pojazdów, ich przebieg wpływa w minimalnym stopniu, albo wręcz nie wpływa w ogóle na wartość rynkową²⁶. Jest rzeczą oczywistą, że przebieg nie stanowi wyłącznego kryterium, którym kieruje się nabywca takiego pojazdu. Dostrzec należy jednak, iż wśród miłośników starej motoryzacji często poszukiwane są, i zyskują najwyższą cenę, pojazdy, które w ogóle nie poruszały się po drogach (często chodzi o tzw. „youngtimery”), przy czym nie ma znaczenia, czy spełniają one formalne kryterium „pojazdu zabytkowego”, o którym stanowi art. 2 pkt 39 p.r.d. Pojazd zabytkowy podlega ponadto badaniu co do zgodności z warunkami technicznymi przed pierwszą rejestracją na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 81 ust. 11a p.r.d.). Nie istnieją więc racje przemawiające za wyłączeniem z przedmiotu zachowań określonych w art. 306a § 1 lub 2 k.k. jakiegokolwiek pojazdu mechanicznego wyposażonego w drogomierz.

Wątpliwości budzi z jednej strony odpowiedzialność z art. 306a § 1 k.k. za zachowanie polegające na wymianie drogomierza pojazdu w sytuacji, w której nowo zamontowany drogomierz pokazuje wskazanie właściwe dla pojazdu, z którego został wymontowany, a nie pojazdu do którego został zamontowany. Argumentowano, odwołując się do wykładni gramatycznej przepisu, że zachowanie takie nie powoduje zmiany wskazania samego licznika²⁷. Z drugiej strony, w motywach ustawodawczych, jak się wydaje – nieprzypadkowo, podniesiono, że możliwe jest orzeczenie przepadku przedmiotów, które służyły nie tylko do nieuprawnionej

²⁴ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 86–87.

²⁵ Ibidem, s. 92; M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., Komentarz do art. 306a, teza 7.

²⁶ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 92.

²⁷ M. Kulik, w: M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., Komentarz do art. 306a, teza 3.

ingerencji we wskazania drogomierza, ale także do jego nieuprawnionej wymiany²⁸. Skoro więc ustawodawca dopuszcza orzeczenie przepadku takich przedmiotów, jako służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa, to jasne jest, że za takie uważa także nieuprawnioną wymianę licznika.

W rzeczywistości problem ma charakter bardziej złożony, zarówno w świetle przedmiotu ochrony przestępstwa, jak i *ratio legis* kompleksu uregulowań normatywnych, obligujących m.in. do zgłoszenia faktu wymiany drogomierza i odnotowania jego aktualnego wskazania, celem zrekonstruowania rzeczywistego przebiegu pojazdu, ale także podstawowych zasad odpowiedzialności karnej.

Intencją ustawodawcy było wyeliminowanie oszukańczego ukrywania cechy pojazdu, jaką jest jego rzeczywisty przebieg, nie zaś wyłącznie ingerencji w sam drogomierz. Gdy sprawca dokonuje zamontowania w pojeździe innego drogomierza, z mniejszym wskazaniem, w warunkach innych niż określone w art. 81a p.r.d., lub nie dopełnia wymagań stawianych w art. 81b p.r.d., ustawodawca, jak wynika z motywów projektu noweli, zdaje się nie wykluczać zarówno realizacji znamion wykroczenia z art. 97 k.w., jak i przestępstwa z art. 306a § 1 k.k.²⁹. Także w literaturze podniesiono, iż obowiązek przedstawienia pojazdu w stacji kontroli pojazdów w celu dokonania odczytu wskazania nowo wymienionego drogomierza (art. 81b ust. 1 p.r.d.) ma na celu zniwelowanie oszustwa związanego z przebiegiem pojazdu dokonywanego nie w formie podstawowej, tj. za pomocą ingerencji we wskazania oryginalnego drogomierza (np. poprzez cofnięcie jego wskazań o żadaną wartość, wstrzymanie jego pracy lub spowolnienie pomiaru), a za pomocą zamontowania w pojeździe innego licznika, z mniejszym wskazaniem, pod pozorem rzekomej usterki pierwotnego licznika³⁰.

Wydawać by się mogło, iż odpowiedzialność za wykroczenie z art. 97 k.w. ograniczona jest do niewywiązania się z wyżej wskazanego obowiązku, a nie wszystkich konsekwencji wymiany licznika na nieodzwoiercedlający rzeczywistego przebiegu. Czysto teoretycznie, zwłaszcza w odniesieniu do popularnych marek pojazdów, można wyobrazić sobie rozwój rynku używanych wskaźników ze zintegrowanym drogomierzem – z określonym, z reguły niższym przebiegiem – jako alternatywę do kryminalizowanego aktualnie procederu cofania liczników. Z punktu widzenia interesów majątkowych np. nabywcy pojazdu mechanicznego, trudno zaakceptować, by osoba montująca taki licznik, celem ukrycia rzeczywistego przebiegu pojazdu, odpowiadała wyłącznie za wykroczenie, podczas gdy skutek jej działania jest *de facto* identyczny z tym kryminalizowanym przez przepis art. 306a § 1 k.k. Biorąc za punkt odniesienia przebieg pojazdu, do którego został zamontowany inny licznik, nieodzwoiercedlający realnego kilometrażu, bez dopełnienia warunków z art. 81a p.r.d. i wymogów z art. 81b p.r.d., rezultat działania sprawcy jest identyczny ze zmianą stanu licznika zamontowanego uprzednio, a w konsekwencji – stwarza możliwość wywołania u innej osoby fałszywego przekonania o tym przebiegu, zagrażając w ten sposób jej interesom majątkowym.

²⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym, oraz Ustawy – Kodeksu karny, druk sejmowy nr 2878, s. 5.

²⁹ Ibidem, s. 7.

³⁰ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 88.

Taka interpretacja zdaje się jednak przeczyć podstawowej zasadzie określoności przepisów prawa karnego (*nullum crimen sine lege scripta* oraz *nullum crimen sine lege certa*), gwarantowanej nie tylko w Konstytucji oraz Kodeksie karnym, lecz także w aktach prawa międzynarodowego (art. 7 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³¹, art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych³²). Nakazuje ona, by czyn zabroniony został określony szczegółowo przez ustawę oraz zakazuje stosowania w prawie karnym analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy³³. Trafnie podkreśla się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, iż prawo karne pełni z jednej strony funkcję ochronną, z drugiej jednak ma zabezpieczać jednostkę przed ingerencją w jej prawa przez władzę pod pretekstem wykonywania funkcji ochronnej (funkcja gwarancyjna). Podstawowym instrumentem realizującym funkcję gwarancyjną jest zasada określoności czynu zabronionego przez ustawę³⁴.

Argumentacja ta zasługuje na pełną akceptację i nie zezwala na rozszerzające traktowanie znamion art. 306a § 1 i 2 k.k., bez względu na cel przyświecający ustawodawcy. Wymiana drogomierza pojazdu mechanicznego wbrew przepisom ustawy, w celu ukrycia rzeczywistego przebiegu tego pojazdu, powinna więc zostać odrębnie skryminalizowana. Tego jednak nie uczyniono, a więc założenia legislacyjne w omawianym zakresie nie zostały **w pełni zrealizowane**.

4.2. INGERENCJA W PRAWIDŁOWOŚĆ POMIARU DROGOMIERZA

Ingerowaniem w prawidłowość pomiaru drogomierza jest każde zachowanie zakłócające prawidłowy pomiar przebiegu pojazdu. Pojęcie to należy analizować szeroko, z możliwie najszerszym uwzględnieniem intencji ustawodawcy. Nie chodzi tylko o zakłócanie poprawnego funkcjonowania drogomierza. Istotna jest ingerencja nie w sam drogomierz, ale prawidłowość jego pomiaru. Pomiar prawidłowy to liczba rzeczywiście pokonanych pojazdem kilometrów (mil). Znamię to należy więc odnosić do rzeczywistego przebiegu pojazdu. Przepis art. 306a k.k., jak wspomniano wcześniej, ma w swym założeniu chronić m.in. interesy majątkowe nabywców pojazdów mechanicznych, które mogą zostać naruszone przez fakt nabycia pojazdu z zaniżonym przebiegiem – nie zaś nieprawidłowo działającym, bo poddanym bezprawnej ingerencji, drogomierzem.

W tym wypadku czynność sprawcza sprowadza się do posłużenia się różnego rodzaju urządzeń blokujących, spowalniających lub przyspieszających, trwale bądź czasowo, działanie drogomierza. Może polegać na mechanicznym rozłączeniu drogomierza z układem jezdnym pojazdu lub ingerencji elektronicznej. W tym ostatnim zakresie możliwości są praktycznie nieograniczone. Możliwe jest więc programowe wyłączenie sterownika lub grupy sterowników odpowiedzialnych za pomiar bądź modyfikację parametrów ich pracy, fałszujących wskazania drogomierza w odniesieniu do realnego przebiegu.

³¹ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

³² Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

³³ Wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2000 r., II KKN 335/99, LEX nr 50896.

³⁴ Postanowienie SN z dnia 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08, OSNKW 2009, nr 2, poz. 15.

Ingerencja w prawidłowość pomiaru nie musi być skierowana na elementy samego drogomierza. Do zafałszowania prędkości, a więc także – wskazań drogomierza – dochodzi także w razie zamontowania – nieprzewidzianych w homologacji pojazdu – zamienników kół o innej średnicy, o ile oczywiście ustalono, że taki był zamiar sprawcy. Przykładowo³⁵, zamontowanie w pojeździe, w którym producent przewidział koła w rozmiarze 205 (szerokość opony)/ 55 (profil opony stanowiący procent jej szerokości) na felgach o średnicy 16 cali opon o 20 mm węższych (tj. w rozmiarze 185/55/R16) spowoduje zaniżenie wskazywanej prędkości, a więc w dalszej perspektywie – także przebiegu pojazdu, skoro ta ostatnia wartość wyliczana jest na podstawie prędkości w danej chwili. Różnica między średnicami porównywanych kół to jedynie 22 mm (–3,61%). Jest to z pozoru niewiele, jednak po takiej zamianie prędkościomierz pojazdu jadącego w rzeczywistości z prędkością 100 km/h wskaże 96,4 km/h. Na każde przejechane 100 km także drogomierz będzie pokazywał wartość o niemal 4 kilometry mniejszą. Analogicznie, drogomierz pojazdu z rzeczywistym przebiegiem 500 000 km (który to przebieg nie jest niczym nadzwyczajnym w wypadku tzw. pojazdów użytkowych), wskaże w rzeczywistości 480 000 km, a więc wartość zaniżoną o 20 000 km.

Z przyczyn oczywistych poza zakresem kryminalizacji pozostaje ingerencja wynikająca z istoty pomiaru, a więc polegająca na normalnym przemieszczaniu się pojazdem, które przecież zwiększa stan przejechanych kilometrów.

Określenie przedmiotu czynności wykonawczej terminem (zrostem) „drogomierz” oznaczać może wyłącznie licznik przejechanego dystansu (drogi). Wykluczona jest karalność bezprawnej manipulacji licznikiem dokonującym pomiaru godzin pracy silnika, stosowanym m.in. w pojazdach wolnobieżnych, wózkach widłowych i ciągnikach rolniczych. Jest to bowiem licznik jednostek czasu (tzw. motogodzin), a nie drogi. Nie ma znaczenia, że w takich pojazdach to ten licznik, a nie licznik przebiegu w kilometrach (milach) ma pierwszorzędne znaczenie dla oceny stanu technicznego maszyny³⁶.

W odniesieniu do przestępstwa określonego w art. 306a § 2 k.k. w grę wchodzi zlecenie innej osobie wykonania którejkolwiek z wyżej opisanych czynności, co zostało przedstawione w części poświęconej typom omawianego przestępstwa.

Ujęcie redakcyjne tego przepisu oceniono negatywnie, zasadnie uznając, iż tak określone znamię sprawcze zaburza spójność terminologiczną Kodeksu karnego³⁷. Dekomponuje ono również wewnętrzną systematykę Kodeksu. Trafnie podnieszono, iż trudne do wyobrażenia jest, by „zlecenie” popełnienia czynu zabronionego z art. 306a § 1 k.k. mogło, w jakimkolwiek aspekcie, wyjść poza ramy podżegania do tego przestępstwa (art. 18 § 2 k.k.), podlegającego karze w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo (art. 19 § 1 k.k.)³⁸. Odmienne zagadnienie to ocenił ustawodawca. Jak bowiem wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy

³⁵ Kalkulator zamienników kół, <https://www.oponeo.pl/narzedzia/zamienniki-opon#replacementsCalculator> (dostęp: 12.11.2019).

³⁶ *Uzasadnienie...*, op. cit., s. 3.

³⁷ M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., Komentarz do art. 306a, teza 8.

³⁸ *Ibidem*.

nowelizującej, podżeganie nie wyczerpuje wszystkich stanów faktycznych mogących wystąpić w sprawach związanych z ingerencją we wskazania drogomierza. Dla ustalenia, że w sprawie doszło do podżegania, muszą być bowiem spełnione dwa warunki: zamiar bezpośredni podżegacza (który chce, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego) i nakłanianie przez niego innej osoby do popełnienia przestępstwa. W takiej konfiguracji przepis z art. 18 § 2 k.k. nie obejmuje jednak sytuacji, gdy właściciel lub posiadacz pojazdu tylko godzi się na propozycję bezpośredniego sprawcy fałszowania wskazań drogomierza, jedynie akceptując złożoną mu ofertę, w żaden jednak sposób nie nakłaniając bezpośredniego sprawcy do jej wypełnienia. W takim właśnie przypadku, bez penalizacji czynności zlecenia, właściciel lub posiadacz pojazdu nie ponosiłby odpowiedzialności karnej za swoje zachowanie, choć świadomie zaakceptował nieuprawnioną ingerencję we wskazania drogomierza swojego pojazdu³⁹.

Argumentacja ta nie przekonuje. „Zlecić” („zlecać”) z punktu widzenia leksykalnego oznacza „nałożyć na kogoś obowiązek zrobienia czegoś, powierzyć komuś wykonanie jakiejś pracy, polecać”⁴⁰. Termin „zlecenie” to rzeczownik odczasownikowy (od „zlecać”). Oznacza „polecenie (komuś) wykonania czegoś”⁴¹, „rozporządzenie, rozkaz, polecenie”⁴². Z powyższego wynika, że do istoty zlecenia należy aktywność po stronie zlecającego, a nie bierna akceptacja sugestii zleceniobiorcy. Chodzi więc o czynność polegającą na powierzeniu do wykonania zadania, którego rezultatem jest zmiana wskazania drogomierza lub zakłócenie prawidłowości jego pomiaru. Opisana w motywach ustawodawcy sytuacja akceptacji złożonej oferty modyfikacji stanu licznika może być rozpatrywana w kategoriach współsprawstwa czynu z art. 306a § 1 k.k., w żadnym zaś wypadku „zlecenia w zamiarze ewentualnym”.

„Zlecenie” innej osobie popełnienia czynu z art. 306a § 1 k.k. uznać należy za jedną z form podżegania, niejako wyjętą przed nawias w odniesieniu do innych postaci tej niesprawczej formy popełnienia przestępstwa, zagrożoną taką samą karą, jak postać sprawcza. Nie sposób przyjąć, że ustawodawca wyłączył w ten sposób odpowiedzialność za „klasyczne” podżeganie do popełnienia czynu zabronionego z art. 306a § 1 k.k., a więc przyjmujące inną postać niż zlecenia dokonania czynności tam określonych. Podżeganie do popełnienia przestępstwa z tego przepisu może zatem przybrać jakąkolwiek postać nakłaniania z zamiarem bezpośrednim, ale z wyłączeniem zlecenia. W rachubę wchodzi więc złożenie propozycji, zachęty, sugestii, rady, prośby, zlecenia, polecenia, groźby⁴³, pozostające niekiedy w kumulatywnym zbiegu z innymi przepisami ustawy karnej.

Ujęcie normatywne art. 306a § 2 k.k. może stwarzać praktyczne wątpliwości interpretacyjne związane z niesprawczymi postaciami popełnienia przestępstwa

³⁹ *Uzasadnienie...*, op. cit., s. 4.

⁴⁰ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2006, t. T-Ż, s. 1009; W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1958–1969, <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: 11.11.2019).

⁴¹ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik...*, op. cit., s. 1009.

⁴² W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego...*, op. cit.

⁴³ V. Konarska-Wrzosek, w: V. Konarska-Wrzosek (red.), A. Lach, J. Lachowski T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, *Kodeks karny. Komentarz do art. 18*, Warszawa 2019, teza 15.

i kwalifikacją prawną takich zachowań, np. czy kierownik warsztatu samochodowego oferującego „usługę” bezprawnej modyfikacji stanu licznika, wydający polecenie pracownikowi dokonania takiego czynu, odpowiadać będzie za sprawstwo kierownicze przestępstwa z art. 306a § 1 k.k., czy też za przestępstwo kwalifikowane z art. 306a § 2 k.k.

Dopuszczyć należy odpowiedzialność sprawcy zlecającego modyfikację stanu licznika, nie tylko sprawcy bezpośredniego, ale – za pośrednictwem innej osoby – nawet takiego, który nie jest mu znany. Chodzi o domaganie się, by to ktoś inny nakłonił określoną osobę trzecią do popełnienia czynu z art. 306a § 1 k.k. Jest to bowiem sytuacja analogiczna z „podżeganiem do podżegania”, którego karalność jest zasadniczo akceptowana w doktrynie i w orzecznictwie⁴⁴.

Jeżeli przyjąć, że zlecenie czynności jest szczególną formą podżegania, to uznać należy, że również ma charakter skutkowy⁴⁵. Omawianym skutkiem jest wywołanie u sprawcy zamiaru (chęci, woli, decyzji) dokonania czynu zabronionego, przy czym nie jest konieczne podjęcie przez podżeganego jakichkolwiek czynności w kierunku realizacji tego zamiaru⁴⁶.

Kolejnym problemem wydaje się, czy w stosunku do „zlecającego” wspomniany czyn zabroniony znajdują zastosowanie przepisy art. 22–23 k.k., w szczególności jeżeli w grę mogłoby wchodzić nadzwyczajne złagodzenie kary czy odstąpienie od jej wymierzenia, co – w wypadkach określonych w tych przepisach – może mieć miejsce wobec podżegacza. Odrębne uregulowanie „zlecenia” popełnienia przestępstwa stanowi szczególne, względem przepisów o podżeganiu, uregulowanie, a w związku z tym, jako *lex specialis*, wyłącza ich stosowanie w odniesieniu do ogólnych przepisów określających zasady odpowiedzialności karnej, w tym także tych łagodzących odpowiedzialność podżegacza, a nawet gwarantujących jego bezkarność⁴⁷.

⁴⁴ G. Rejman, w: G. Rejman (red.), E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 627; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 262; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 99; J. Giezek, w: J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 167–168; P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, Komentarz do art. 1–116, Warszawa 2012, s. 361–362; B.J. Stefańska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 218–219; wyrok SN z dnia 3 grudnia 1964 r., VI KO 36/62, OSPiKA 1966/10, poz. 12; Uchwała SN 21 października 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003/11–12, poz. 89; wyrok TK 17 lipca 2014 r., SK 35/12; wyrok SA w Warszawie z dnia 31 marca 2017 r., II AKa 450/16, LEX nr 2295317.

⁴⁵ Odmienne i nietrafnie A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1998, s. 183; wyrok SN z dnia 2 października 2002 r., IV KKN 109/00, „Prokuratura i Prawo – wkładka” 2003, nr 3, poz. 2.

⁴⁶ V. Konarska-Wrzosek, w: V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., Komentarz do art. 18, teza 16; J. Giezek, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 164 i 166; P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 347; B.J. Stefańska, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 218; wyroki SN: z dnia 28 listopada 2006, III KK 156/06; z dnia 20 września 2007 r., III KK 149/07, LEX nr 420451.

⁴⁷ B.J. Stefańska, *Zagrożenie karne za podżeganie i pomocnictwo*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12, s. 28–35.

5. PODMIOT

We wszystkich typach przestępstwo ma charakter powszechny (*delictum commune*). Ustawodawca nie ujął dodatkowych ograniczeń zawężających krąg sprawców przestępstwa z art. 306a k.k. czy określających szczególne cechy podmiotu.

W praktyce najczęściej sprawcami czynu zdefiniowanego w art. 306a § 1 k.k. będą osoby, które dokonują zmiany wskazań licznika w ramach zorganizowanej, choć niekoniecznie sformalizowanej, działalności gospodarczej. W dobie spopularyzowania handlu detalicznego między Polską a Chinami, w szczególności poprzez platformę *aliexpress.com*, urządzenia do korekty stanu licznika praktycznie dowolnego współczesnego samochodu są osiągalne dla każdego, a nie jedynie dla osób „wtajemniczonych”, oferujących usługi wyspecjalizowane. Oznacza to, że krąg potencjalnych sprawców omawianego przestępstwa może być bardzo szeroki. Wskazują na to z jednej strony wskaźniki sprzedaży tych urządzeń i możliwe do prześledzenia komentarze kupujących z Polski, w których wyrażają oni zadowolenie z rezultatów działania. Z drugiej zaś – ożywione dyskusje prowadzone na forach motoryzacyjnych miłośników poszczególnych marek samochodów, w których bardzo łatwo można znaleźć instrukcje posługiwania się omawianymi urządzeniami czy programami. Ze względu na umiarkowaną trudność dokonania zmiany wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencji w prawidłowość jego pomiaru, nie można wykluczyć, że sprawcami tego przestępstwa będą sami właściciele czy posiadacze pojazdów zainteresowani zmianą stanu licznika, np. przed planowaną sprzedażą pojazdu, zwrotem pojazdu leasingodawcy (w sytuacji, w której umowa leasingu określa maksymalną liczbę przejechanych kilometrów), czy – do czego nawiązano wcześniej – osoby, których dochody lub inne benefity, np. w postaci zwrotu kosztów paliwa, uzależnione są od liczby przejechanych kilometrów (przedstawiciele handlowi, osoby wykonujące transport osób lub rzeczy). Nie ma znaczenia, czy sprawca dopuszcza się kryminalizowanego zachowania na własny, czy czyjś rachunek. Nie jest także istotna forma prawna, w ramach której taka działalność jest podejmowana, ani szczególne kwalifikacje, którymi miałby wykazywać się podmiot.

Sprawcą zlecenia innej osobie zmiany wskazania licznika lub ingerencji w prawidłowość jego pomiaru (art. 306a § 2 k.k.) jest osoba, z inicjatywy której ma nastąpić nieuprawniona ingerencja w stan drogomierza. Będzie to także najczęściej właściciel lub posiadacz pojazdu mechanicznego, ale może być to także osoba trudniąca się sprzedażą, najmem czy sprowadzaniem używanych pojazdów.

6. STRONA PODMIOTOWA

Przestępstwo zarówno w typach podstawowych, jak i – uprzywilejowanym może zostać popełnione jedynie umyślnie.

Zarówno zmianę stanu drogomierza, jak i dokonanie przestępnej ingerencji w prawidłowość jego pomiaru można popełnić z zamiarem bezpośrednim. Sprawca chce zafałszować rzeczywisty przebieg pojazdu i podejmuje ukierunkowane na popełnienie tego zachowania działania sprawcze.

W odniesieniu do karalnej ingerencji w prawidłowość pomiaru drogomierza (art. 306a § 1 *in fine* k.k.), nie jest wykluczone, by przestępstwo mogło zostać również popełnione w zamiarze ewentualnym. Pogląd ten jest akceptowany w piśmiennictwie⁴⁸. Zamiar ten często zwykle towarzyszy innemu dążeniu człowieka, czasem nawet nieprzestępnemu⁴⁹. Sprawca bierze więc pod uwagę możliwość popełnienia tego przestępstwa (godzi się na to), przy czym nie stanowi to pierwszoplanowego motywu jego działania. Warunkiem odpowiedzialności jest przy tym ustalenie realnej świadomości możliwości zrealizowania znamion czynu zabronionego (ich przewidywania i akceptowania). Niewystarczające jest, by rezultat zachowania był jedynie możliwy do wyobrażenia⁵⁰.

Pobudką może być np. chęć dokonania określonych zmian, mających – w założeniu właściciela – unowocześnienie czy zmodyfikowanie pojazdu (poddanie go tzw. „tuningowi”). Przykładowo, montując w pojeździe koła w rozmiarze niemieszczącym się w homologacji, sprawca może mieć świadomość, że modyfikacja taka wpłynie na prawidłowość pomiaru drogomierza, jednak jego bezpośrednim celem jest zmiana walorów wizualnych pojazdu.

Czyn polegający na zleceniu czynności, o której mowa w art. 306a § 1 k.k. (art. 306a § 2 k.k.), może być popełniony tylko z zamiarem bezpośrednim. Skoro, jak wspomniano, istotą zlecenia jest inicjatywa ze strony zlecającego, to trudno wyobrazić sobie, by przyjmowała ona postać wyłącznie biernej akceptacji oferty. Podany w motywach ustawodawczych przykład, zgodnie z którym właściciel lub posiadacz pojazdu tylko godzą się na propozycję bezpośredniego sprawcy fałszowania wskazań drogomierza, jedynie akceptując złożoną mu ofertę, w żaden jednak sposób nie nakłaniając bezpośredniego sprawcy do jej wypełnienia, miałby realizować znamiona zlecenia w zamiarze ewentualnym, jest – jak wskazano wcześniej – nietrafny, albowiem zachowanie takie nie realizuje znamienia „zlecenia”, a w rachubę może wchodzić wówczas wyłącznie popełnienie czynu z art. 306a § 1 k.k. w adekwatnej postaci zjawiskowej.

7. ZBIEG PRZEPISÓW

Manipulacja wskazaniem drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencja w prawidłowość jego pomiaru stanowią z reguły pierwszy z etapów przestępstwa oszustwa, przy czym przedmiotem wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu jest stan przebiegu pojazdu. Kryminalizacją objęte jest przedpole naruszenia dobra prawnego, które – pomimo ujęcia art. 286 k.k. i art. 306a k.k. w oddzielnych rozdziałach Kodeksu karnego – ma zbliżony charakter. Mamy więc do czynienia z tzw. kryminalizacją uproszczoną, której istotą jest objęcie normą prawnokarną niektórych zachowań zastępczych, ukrytych za zachowaniami kryminalizowa-

⁴⁸ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 93.

⁴⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 11 lipca 2002 r., II AKa 143/02, OSA 2003, z. 4, poz. 29.

⁵⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 stycznia 2011 r., II AKa 451/10, LEX nr 785464; wyrok SA w Lublinie z dnia 8 grudnia 2008 r., II AKa 287/08, KZS 2009, z. 2, poz. 44.

nymi, zamiast tych, które są trudne do udowodnienia, albo by zapobiec czynom, o większym ładunku społecznej szkodliwości⁵¹. Penalizacja zachowań określonych w art. 306a k.k. wynika z praktycznych trudności w udowodnieniu znamion oszustwa polegającego np. na sprzedaży pojazdu mechanicznego z celowo zaniżonym, w stosunku do rzeczywistego, wskazaniem drogomierza i doprowadzeniu w ten sposób nabywcy do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, poprzez zawyżenie rzeczywistej wartości pojazdu. O ile oczywista jest praktyka zmniejszania wskazania przebiegu pojazdu w celu zwiększenia jego atrakcyjności dla potencjalnego nabywcy⁵², o tyle konsekwencją działań sprawczych wymienionych w art. 306a k.k. może być również zwiększenie stanu licznika, w szczególności pojazdu służbowego, celem upozorowania przejechania większej liczby kilometrów i uzyskania z tego tytułu określonych profitów (premii u przedstawiciela handlowego, zwrotu wartości paliwa, które w rzeczywistości nie zostało zużyte itp.).

Przepis art. 286 § 1 k.k. nie obejmuje jednak swą zawartością normatywną zachowań określonych w art. 306a k.k. i nie oddaje całego ładunku społecznej szkodliwości czynu. Nie można także przyjąć, że w popełnienie czynu kwalifikowanego z przepisu pochłaniającego (art. 286 § 1 k.k.) jest wkalkulowane naruszenie innego przepisu – w tym wypadku art. 306a § 1–3 k.k.⁵³ Pomimo zatem iż fałszowanie stanu drogomierza stanowi z reguły środek do popełnienia przestępstwa oszustwa, zasadnie przyjmuje się, że między tymi przepisami nie zachodzi relacja *lex consumens derogat legi consumptae*⁵⁴. Ponieważ art. 306a k.k. nie zostaje pochłonięty przez art. 286 § 1 k.k., naruszenie jego dyspozycji winno zostać uwzględnione w kwalifikacji prawnej wyżej omawianych zachowań.

Wszystkie typy czynów określone w art. 306a k.k. mogą zatem pozostawać w zbiegu kumulatywnym (art. 11 § 2 k.k.) z przepisem art. 286 § 1 k.k., a w wypadku pojazdów o znacznej wartości kwalifikacja winna uwzględniać także art. 294 § 1 k.k.

8. ZAGROŻENIE KARNE

Oba typy podstawowe (art. 306a § 1 i 2 k.k.) są zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Takie zagrożenie zostało przewidziane w § 1 omawianego przepisu, zaś w § 2 posłużono się klauzulą „Tej samej karze podlega”, co odniesiono do występku stypizowanego w § 1.

Typy uprzywilejowane, modyfikujące sankcję za typy podstawowe w razie zaistnienia wypadku mniejszej wagi, zagrożone zostały karami alternatywnymi: grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

⁵¹ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 67; idem, *Typizacja uproszczona*, „*Studia Iuridica*” 1982, nr 10, s. 75; idem, *Uproszczone formy penalizacji*, „*Prokuratura i Prawo*” 1975, nr 8–9, s. 75.

⁵² *Uzasadnienie...*, op. cit., s. 1–3; D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 82–83.

⁵³ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 336.

⁵⁴ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 93; M. Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., Komentarz do art. 306a, teza 12.

Określenie sankcji karnej za czyn z art. 306a § 1 k.k. uznać należy za adekwatne do stopnia społecznej szkodliwości zachowań, choć w piśmiennictwie prezentowany jest również pogląd przeciwny⁵⁵. Nie bez racji za punkt wyjścia w określeniu sankcji w uzasadnieniu projektu ustawy uznano zagrożenie karą przestępstwa materialnego fałszu dokumentu (art. 270 § 1 k.k.). Drogomierz jest bowiem urządzeniem dokumentującym przebieg pojazdu, tylko czyniącym to w szczególnej formie, ukierunkowanej na przystępne, jednoznaczne wskazanie, z którym zapoznać może się każdy użytkownik.

Adekwatna jest również sankcja za występki z art. 306a § 2 k.k. Niezależnie od przedstawionych wcześniej wątpliwości, konsekwentnie należy uznać, że zlecenie, jako szczególna forma podżegania, podlegać powinna – zgodnie z klauzulą generalną – karze w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo. Zagrożenie to odpowiada również przewidzianemu za przestępstwo podrabiania lub przerabiania dokumentu w wypadku mniejszej wagi (art. 270 § 2a k.k.).

Ustawowe zagrożenie karą pozbawienia wolności (od 3 miesięcy do lat 5) za przestępstwo w typach podstawowych, a także zdefiniowanie typów uprzywilejowanych (art. 306a § 3 k.k.), zagrożonych grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, stwarza sądowi możliwość elastycznego i pozbawionego nieuzasadnionych ograniczeń normatywnych doboru adekwatnej i sprawiedliwej kary, wszechstronnie uwzględniającej okoliczności podmiotowo-przedmiotowe (art. 53 k.k.).

W stosunku do sprawcy czynu, który popełnia przestępstwo w ramach zorganizowanej działalności, można również orzec środki karne: zakaz wykonywania określonego zawodu (art. 41 § 1 k.k.) lub zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.).

Trafnie podkreśla się w uzasadnieniu projektu ustawy, że skazanie za przestępstwo powinno skutkować orzeczeniem przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.), tj. m.in. wszystkich urządzeń, przedmiotów, w tym komputerów, testerów diagnostycznych, interfejsów, kabli diagnostycznych, adapterów i elektronicznych modułów oraz oprogramowania, które służyły do nieuprawnionej ingerencji we wskazania drogomierza⁵⁶. Omówione wcześniej wątpliwości odnieść należy natomiast do przedmiotów służących lub przeznaczonych lub do jego nieuprawnionej wymiany. Analogicznie uznać należy, że przypadkowi może ulec drogomierz wskazujący zafalszowany przebieg, albowiem wypełnia on kryterium przedmiotu pochodzących bezpośrednio z przestępstwa.

W rachubę może wchodzić zarówno wypadek przedsiębiorstwa, którego działalność opierała się na popełnianiu opisywanego przestępstwa, albo był to jeden z elementów jego działalności, o ile sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości (art. 44a k.k.), jak i wypadek korzyści majątkowej lub jej równowartości (art. 45 k.k.).

Nie jest natomiast możliwe orzeczenie przepadku pojazdu, albowiem nie mieści się on w żadnej z ustawowo określonych przedmiotowych podstaw przepadku.

⁵⁵ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, op. cit., s. 94–95.

⁵⁶ *Uzasadnienie...*, op. cit., s. 5.

BIBLIOGRAFIA

- Andrejew I., *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988.
- Andrejew I., Kubicki L., Waszczyński J., *System prawa karnego*, t. IV, cz. 1, Warszawa 1985.
- Bachrach A., *Przestępstwa i wykroczenia drogowe w nowym prawie polskim*, Warszawa 1974.
- Bachrach A., *Reglamentacja prawna bezpieczeństwa ruchu drogowego*, „Prokuratura i Prawo” 1972, nr 5.
- Bojarski T., *Odmiany podstawowych typów przestępstw w prawie polskim*, Warszawa 1982.
- Buchała K., *Przestępstwa i wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Bydgoszcz 1997.
- Buchała K., Zoll A., *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1998.
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1958–1969.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. T–Ż, Warszawa 2006.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2008.
- Gardocki L., *Typizacja uproszczona*, „Studia Iuridica” 1982, nr 10.
- Gardocki L., *Uproszczone formy penalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 1975, nr 8–9.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Giezek J. (red.), Gruszecka D., Kłaczyńska N., Łabuda G., Muszyńska A., Razowski T., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2012, 2014.
- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), Ciepły F., Gałązka M., Hałas R., Hyps S., Szeleszczuk D., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Gubiński A., *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1985.
- Kochanowski J., *Zagadnienia przestępstw drogowych i przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji*, Warszawa 1990.
- Konarska-Wrzosek V. (red.), Lach A., Lachowski J., Oczkowski T., Zgoliński I., Ziółkowska A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Maćior W., *Problemy przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1968, nr 35.
- Mozgawa M. (red.), Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019.
- Radecki W., *Przestępstwa narażenia życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo w kodeksie karnym PRL z 1969 r.*, Wrocław 1977.
- Radecki W., *Zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego przez nietrzeźwych kierowców*, „Nowe Prawo” 1975, nr 10–11.
- Rajchel K., *Porządek i bezpieczeństwo w ruchu drogowym*, Rzeszów 1997.
- Rejman G. (red.), Bieńkowska E., Kunicka-Michalska B., Wojciechowska J., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999.
- Stefańska B.J., *Wypadek mniejszej wagi w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2017, nr 1.
- Stefańska B.J., *Zagrożenie karne za podżeganie i pomocnictwo*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 12.
- Stefański R.A., *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Szeleszczuk D., *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 1.
- Szmidt Z., *Administracyjnoprawna działalność MO w ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego*, Warszawa 1981.

- Szwedek E., *Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 1977 r.*, VII KZP 22/76, OSPiKA 1978, Nr 1.
- Ważny A., *Glosa do wyroku SN z dnia 20 lutego 2008 r.*, V KK 313/07, „Paragraf na Drodze” 2009, nr 10.
- Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999.
- Wierzbicki S., *Procedury diagnozowania pojazdów samochodowych zgodnych z normą OBD II*, „Diagnostyka” 2003, vol. 28.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 1976, nr 1–2.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–116*, Warszawa 2012.

LIABILITY FOR ILLEGAL TAMPERING WITH A MOTOR VEHICLE ODOMETER READING OR INTERFERENCE INTO ITS PROPER MILEAGE MEASUREMENT (ARTICLE 306A CC)

Summary

The article presents the characteristics of a new type of offence consisting in the alteration of the reading on an odometer of a motor vehicle or interference into its proper measurement of mileage (Article 306a CC). Following a traditional pattern, it describes the development of this institution, the object of protection, types of the offence and its subjective aspect. The article determines the subject and features of the subjective aspect. It also discusses possible concurrence of provisions and penalties involved. The introduction of criminal liability for conduct consisting in illegal tampering with the reading on an odometer is well-grounded, however, the normative approach to the institution is not perfect and does not cover all types of conduct aimed at concealment of actual mileage of a motor vehicle, which can hamper efficient combating the “clocking.” It is in particular noticed that there is a lack of statutory grounds for penalising the replacement of an odometer in order to conceal the actual mileage, which violates the statutory provisions. The separate classification of “commissioning” the activities specified in Article 306a § 1 CC is criticised because it destructs the terminological coherence and the systematic organisation of the Criminal Code.

Keywords: substantive criminal law, altering the reading on an odometer, interference into proper measurement of an odometer, replacement of an odometer

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA PRZESTĘPNĄ ZMIANĘ WSKAZANIA DROGOMIERZA POJAZDU MECHANICZNEGO LUB INGERENCJĘ W PRAWIDŁOWOŚĆ JEGO POMIARU (ART. 306A K.K.)

Streszczenie

W artykule dokonano charakterystyki nowego przestępstwa, polegającego na zmianie wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub dokonaniu ingerencji w prawidłowość jego pomiaru (art. 306a k.k.). Według tradycyjnie przyjętego schematu opisano kształt

towanie się tej instytucji, przedmiot ochrony przepisu, typy przestępstwa i jego stronę przedmiotową. Określono podmiot oraz znamiona strony podmiotowej. Omówiono także możliwy zbieg przepisów oraz zagrożenie karne. Wprowadzenie odpowiedzialności karnej za zachowania polegające na bezprawnej manipulacji stanem drogomierza jest uzasadnione, jednak ujęcie normatywne instytucji nie jest doskonałe i nie obejmuje wszystkich zachowań ukierunkowanych na ukrycie rzeczywistego przebiegu pojazdu mechanicznego, co może utrudnić skuteczną walkę z procederem „cofania liczników”. Dostrzeżono w szczególności brak ustawowych podstaw do ukarania za dokonanie, wbrew przepisom ustawy, wymiany drogomierza, w celu ukrycia rzeczywistego przebiegu pojazdu mechanicznego. Krytycznie oceniono także odrębne stypizowanie „zlecenia” czynności wymienionych w art. 306a § 1 k.k. jako zaburzające spójność terminologiczną i systematykę Kodeksu karnego.

Słowa kluczowe: prawo karne materialne, zmiana wskazania drogomierza, ingerencja w prawidłowość pomiaru drogomierza, wymiana drogomierza

RESPONSABILIDAD POR LA MODIFICACIÓN DELICTIVA DE KILOMETRAJE DE UN VEHÍCULO MECÁNICO O INTERFERENCIA EN MEDICIÓN CORRECTA DE CUENTAKILÓMETROS (ART. 306A DEL CÓDIGO PENAL)

Resumen

El artículo describe el nuevo delito que consiste en trucar cuentakilómetros de un vehículo mecánico o en intervenir en su medición correcta (art. 306a del código penal). Según el esquema tradicional, se analizan los antecedentes de esta institución, bien jurídico protegido por el precepto, tipos de delitos, y su parte objetiva. Se determina el sujeto activo y elementos de la parte subjetiva, así como los posibles concursos de normas y la sanción. La introducción de la responsabilidad penal por la conducta que consiste en manipulación antijurídica de cuentakilómetros es fundada, sin embargo la regulación normativa de la institución no es ideal y no incluye todas posibles conductas que tiendan a ocultar el kilometraje real de un vehículo mecánico, lo que puede dificultar la lucha contra la falsificación de cuentakilómetros. En particular, faltan las bases legales para sancionar el cambio ilegal de cuentakilómetros con el fin de ocultar el kilometraje real de un vehículo mecánico. Se valora críticamente la tipificación por separado del hecho de encargar la ejecución de acciones enumeradas en el art. 306a § 1 del código penal, dado que trastorna la cohesión terminológica y sistemática del código penal.

Palabras claves: derecho penal, modificación de cuentakilómetros, interferencia en la medición correcta de cuentakilómetros, cambio de cuentakilómetros

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ПРЕСТУПНОЕ ИЗМЕНЕНИЕ ПОКАЗАНИЙ СЧЕТЧИКА ПРОБЕГА АВТОТРАНСПОРТНОГО СРЕДСТВА ИЛИ НАРУШЕНИЕ ПРАВИЛЬНОСТИ ЕГО ИЗМЕРЕНИЙ (СТ. 306А УК)

Резюме

В статье описывается новый состав преступления, состоящий в изменении показаний счетчика пробега транспортного средства (одометра) или нарушении правильности его измерения (ст. 306а УК). В соответствии с принятой схемой, описывается формирование данного института, предмет правовой охраны, виды данного преступления, а также его объективная сторона. Уточнены субъект и характеристики субъективной стороны преступления. Обсуждается также возможность совпадения норм права, а также уголовные санкции за преступление. Введение уголовной ответственности за действия, заключающиеся в незаконном воздействии на состояние счетчика пробега, представляется обоснованным. Однако, то, как институт ответственности за это преступление отражен в нормах права, оставляет желать лучшего. Существующее законодательство не охватывает всех видов действий, направленных на сокрытие фактического пробега транспортного средства, что может препятствовать эффективной борьбе с преступной практикой „скручивания пробега”. В частности, автор отмечает, что не существует законных оснований для применения санкций за замену (в нарушение положений закона) счетчика пробега с целью сокрытия фактического пробега транспортного средства. Автор также критикует отдельную классификацию «заказа» на выполнение действий, предусмотренных в ст. 306а § 1 УК, на том основании, что она нарушает терминологическую последовательность и систематику уголовного кодекса.

Ключевые слова: материальное уголовное право, изменение показаний счетчика пробега, нарушение правильной работы счетчика пробега, замена счетчика пробега

DIE HAFTUNG FÜR DIE GESETZESWIDRIGE MANIPULATION VON KILOMETERZÄHLERN, D.H. DIE ÄNDERUNG DER TATSÄCHLICHEN KILOMETERLEISTUNG VON KRAFTFAHRZEUGEN UND DEN EINGRIFF IN DIE KORREKTE, VORSCHRIFTSMÄSSIGE MESSUNG DER KILOMETERLEISTUNG (ARTIKEL 306A DES POLNISCHEN STRAFGESETZBUCHES)

Zusammenfassung

In dem Artikel werden die Merkmale einer neuen Straftat gekennzeichnet, die darin besteht, dass der Kilometerzähler eines Kraftfahrzeugs manipuliert und die tatsächliche Kilometerleistung geändert wird oder in die korrekte, vorschriftsmäßige Messung der Kilometerleistung Eingriff genommen wird (Artikel 306a des polnischen Strafgesetzbuches). Nach dem herkömmlichen Schema werden die Gestaltung dieses Rechtsinstituts (Instruments), der Schutzgegenstand im Sinne der Vorschrift, die Kategorien der Straftat und ihre objektiven Tatbestände beschrieben. Bezeichnet werden außerdem der Gegenstand und die Merkmale *des objektiven Tatbestands*. Ebenfalls erörtert werden das mögliche Zusammentreffen verschie-

dener Rechtsvorschriften und die drohenden strafrechtlichen Sanktionen. Die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für rechtswidriges Verhalten in Form der widerrechtlichen Manipulation eines Kilometerzählers ist gerechtfertigt. Der normative Rahmen des Rechtsinstituts ist dabei jedoch alles andere als perfekt und deckt nicht das gesamte Verhaltensspektrum ab, das darauf abzielt, die tatsächliche Laufleistung eines Kraftfahrzeugs zu verschleiern, wodurch eine wirksame Bekämpfung des „Tacho-Zurückstellens“ erschwert wird. Insbesondere wird auf das Fehlen gesetzlicher Strafgründe für den gesetzeswidrigen Austausch eines Kilometerzählers zur Verschleierung der tatsächlichen Kilometerlaufleistung eines Kraftfahrzeugs hingewiesen. Kritisch bewertet wird auch die separate Kategorisierung der „Beauftragung“ mit den in Artikel 306a § 1 des polnischen Strafgesetzbuches aufgeführten Handlungen, die als Verstoß gegen die terminologische Kohärenz und die Systematik des Strafgesetzbuches betrachtet wird.

Schlüsselwörter: materielles Strafrecht, Manipulation des Kilometerzählers, Änderung der tatsächlichen Kilometerleistung, Eingriff in die korrekte, vorschriftsmäßige Messung der Kilometerleistung, Austausch des Kilometerzählers

RESPONSABILITÉ DE LA MODIFICATION CRIMINELLE DE LA LECTURE DE L'ODOMÈTRE D'UN VÉHICULE AUTOMOBILE OU DE L'INGÉRENCE DANS L'EXACTITUDE DE SON MESURE (ART. 306A DU CODE PÉNAL)

Résumé

L'article caractérise un nouveau infraction consistant à modifier la lecture de l'odomètre d'un véhicule automobile ou à interférer avec l'exactitude de sa mesure (article 306a du code pénal). Selon le schéma traditionnellement adopté, la formation de cette institution, le sujet de la protection de la disposition, les types de crime et son sujet ont été décrits. Le sujet et les éléments constitutifs subjectifs ont été précisés. Un concours éventuel de dispositions légales et une menace pénale ont également été discutés. L'introduction de la responsabilité pénale pour le comportement impliquant la manipulation illégale du compteur kilométrique est justifiée, cependant, l'approche normative de l'institution n'est pas parfaite et ne couvre pas tous les comportements visant à masquer le kilométrage réel d'un véhicule automobile, ce qui peut entraver la lutte efficace contre le «renversement de compteur». En particulier, l'absence de motif légal de punition pour avoir effectué, contrairement aux dispositions de la loi, le remplacement d'un compteur kilométrique afin de masquer le kilométrage réel d'un véhicule automobile a été constatée. La stipulation séparée de « l'ordre » des activités énumérées à l'art. 306a § 1 du code pénal, comme perturbant la cohérence terminologique et la systématique du code pénal, a également fait l'objet d'une évaluation critique.

Mots-clés : droit pénal matériel, modification de la lecture de l'odomètre, ingérence dans l'exactitude de la mesure de l'odomètre, remplacement de l'odomètre

RESPONSABILITÀ PER IL REATO DI MODIFICA DELL'INDICAZIONE DEL CONTACHILOMETRI DI UN AUTOVEICOLO O INGERENZA NELLA CORRETTEZZA DELLA SUA MISURA (ART. 306A DEL CODICE PENALE)

Sintesi

Nell'articolo si è analizzato il nuovo reato consistente nella modifica dell'indicazione del contachilometri di un autoveicolo o nell'ingerenza nella correttezza della sua misura (art. 306a del Codice penale). Secondo lo schema tradizionalmente assunto si è descritta la formazione di tale istituzione, l'oggetto di tutela della norma, il tipo di reato e la sua sostanza. È stato definito il soggetto e gli elementi soggettivi. È stato anche descritto un possibile concorso di norme e un rischio penale. L'introduzione della responsabilità penale per comportamenti consistenti nella manipolazione illecita dello stato del contachilometri è motivata, tuttavia l'aspetto normativo dell'istituzione non è perfetto e non comprende tutti i comportamenti mirati a nascondere l'effettivo chilometraggio dell'autoveicolo, il che può ostacolare una lotta efficace alla pratica della manomissione del contachilometri. È stata notata in particolare l'assenza di basi giuridiche per punire la sostituzione del contachilometri, in contrasto alle norme della legge, al fine di nascondere l'effettivo chilometraggio dell'autoveicolo. È stata valutata criticamente anche la classificazione distinta di "affidamento" delle azioni indicate nel art. 306a § 1 del Codice penale, in quanto turbativa della coerenza terminologica e della sistematicità del codice penale.

Parole chiave: diritto penale sostanziale, modifica dell'indicazione del contachilometri, ingerenza nella correttezza della misura del contachilometri, sostituzione del contachilometri

Cytuj jako: Dąbrowski J.A., Liability for illegal tampering with a motor vehicle odometer reading or interference into its proper mileage measurement (Article 306a CC) [Odpowiedzialność za przestępną zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencję w prawidłowość jego pomiaru (art. 306a k.k.)], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 37–80. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.42/j.a.dabrowski

Cite as: Dąbrowski, J.A. (2019). 'Liability for illegal tampering with a motor vehicle odometer reading or interference into its proper mileage measurement (Article 306a CC)'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 37–80. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.42/j.a.dabrowski

UŻYWANIE SŁÓW NIEPRYZWOITYCH W MIEJSCU PUBLICZNYM JAKO WYKROCZENIE

MARIA GOŁDA-SOBCZAK*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.43/m.golda-sobczak

1. ZACHOWANIE NIEOBYCZAJNE

W treści art. 141 Kodeksu wykroczeń (dalej: k.w.) ustawodawca objął ochroną obyczajność publiczną, penalizując umieszczanie w miejscu publicznym nieprzyzwoitego ogłoszenia, napisu lub rysunku, a także używanie w miejscu publicznym słów nieprzyzwoitych. Tego typu działania niewątpliwie godzą w obyczajność publiczną, chronioną zarówno w rozdziale XVI Kodeksu wykroczeń, jak i, o czym zwykło się zapominać, w rozdziale XXV Kodeksu karnego, w którym stypizowano przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Zarówno doktryna jednak, jak i – ze zrozumiałych względów – judykatura, poświęcają uwagę pierwszym z nich, a więc czynom godzącym w wolność seksualną. Na tym tle jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że obyczajność to podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie kontaktów i związków seksualnych¹. W doktrynie pojęcie obyczajności traktowane jest szerzej, jako sposób zachowania się w określonej grupie społecznej, który jest akceptowany przez tę grupę i którego naruszenie wywołuje negatywną reakcję tej grupy². Pojawić się tu muszą natychmiast wątpliwości wynikające z faktu, że określone zachowanie może być akceptowane przez jakąś grupę społeczną, ale potępiane przez inną. W doktrynie podkreśla się niekiedy, że zachowaniem nieobyczajnym jest takie zachowanie,

* Dr hab., profesor UAM, Instytut Kultury Europejskiej Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: mgolsob@amu.edu.pl; ORCID: 0000-0002-3854-7007

¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 1977 r. VII KZP 30/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 58.

² M. Zbrojewska, w: T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 648.

które obiektywnie rzecz biorąc, jest zdolne do wywołania zgorszenia³. Problem w tym, że, jak wiadomo, oceny nigdy nie mają charakteru obiektywnego, a są subiektywne. Można próbować je racjonalizować, uznawać, że większość społeczeństwa lub jakieś grupy społecznej podziela taką ocenę, ale z natury rzeczy istnieje tu wyraźna relatywność. Nie wchodząc głębiej w problem obyczajności publicznej, która jest przedmiotem ochrony w rozdziale XVI Kodeksu wykroczeń, wypada zgodzić się jednak z refleksją Leszka Falandysza, stwierdzającego, że rozdział XVI Kodeksu wykroczeń „odgrzebuje teologiczne zgorszenie maluczkich i mieszczańskie szlachetne oburzenie, ucząc cnoty pod groźbą kary”⁴.

W doktrynie podkreśla się, że czyn nieobyczajny należy identyfikować z czynem niemoralnym, wskazując, że czyn nieobyczajny jest czynem kolidującym z poczuciem publicznej moralności i wstydlivości⁵. Zauważyć jednak należy, że termin „moralność” ma wiele znaczeń, a „normy moralne” mają ogólnikowy dyrektywny charakter i nie są nazbyt dokładnie sprecyzowane ani skodyfikowane. Zgodzić się należy z konstatacją, że jakkolwiek sfery zastosowania norm prawnych i norm moralnych w znacznej części się pokrywają, to jednak istnieją pewne dziedziny, które są regulowane bardzo ogólnie przez prawo, natomiast szczegółowo – przez normy moralne⁶. Wskazuje się jednak, że obyczajność chroniona w rozdziale XVI Kodeksu wykroczeń nie dotyczy ocen moralnych zachowania w kategoriach dobra i zła, lecz zasad współżycia w społeczeństwie⁷. W gruncie rzeczy w pojęciu „obyczajność publiczna” mieszczą się normy obyczajowe zmieniające się wraz z upływem czasu. W przeszłości, jeśli wierzyć przekazom pamiętnikarskim, zachowaniem wysoce nieobyczajnym był publiczny pocałunek, publiczne palenie przez kobietę papierosów, a nawet – samotne przechadzki niewiast w parku czy samotne przybycie do kawiarni, później noszenie przez kobiety spodni, co stało się dzisiaj normą i nikogo już nie gorszy ani nie szokuje, podobnie jak dwuczęściowe skąpe kostiumy kąpielowe. Oczywiście puryści stojący na straży swoiście pojmowanej moralności czy obyczajności uznają nadal, iż nieobyczajnym wybrykiem, w rozumieniu 140 k.w., jest opalanie się plażowiczek topless. Stwierdza się przy tym, że czyny określone w art. 140 k.w. nie wymagają zaistnienia stanu oburzenia bądź zniesmaczenia. Jeśli jednak tak jest, to kim jest podmiot określający, że dany czyn jest nieobyczajny

³ D. Egierska-Miłoszewska, *Nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w. w teorii i praktyce)*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1979, nr 4–5, s. 70; M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 723; A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, wyd. 4, Warszawa 1980, s. 336–337.

⁴ L. Falandysz, *Mała, natarczywa obyczajność*, „Gazeta Sądowa i Penitencyjna” 1970, nr 17, s. 10. Zob. także J. Kulesza, w: P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 914.

⁵ M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *Kodeks wykroczeń. Popularny komentarz*, Warszawa 1982, s. 170.

⁶ M. Ossowska, *Normy moralne. Próba systematyzacji*, Warszawa 1970, s. 230–236; W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 8–15; Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972, s. 12–16; R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1998, wyd. 2, s. 173–187. Por. także J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach 1991; idem, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995.

⁷ J. Kulesza, w: P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, op. cit., s. 914

i gdzie należy szukać kryteriów obyczajności⁸? Kto decyduje o tym, że jakieś zachowanie ma charakter nieobyczajny? Wprawdzie w literaturze podkreśla się, że wykroczenie z art. 140 k.w. jest wykroczeniem bezskutkowym, to jednak przywołuje się zwykle poglądy, że nieobyczajnym wybrykiem jest też czyn prostacki, grubiański i rubaszny jako czyn nieprzyzwoity, sprzeciwiający się w sposób rażący dobrem obyczajom, lekceważący otoczenie i wywołujący nastrój oburzenia i potępienia ze strony osób go potępiających⁹. Tak więc część autorów gotowa jest jednak przyjąć, że czyn nieobyczajny ma wywołać skutek w postaci oburzenia¹⁰.

W doktrynie dość szeroko rozważa się pojęcie zachowania nieobyczajnego, nie dostrzegając jednak różnic między zachowaniem nieobyczajnym a nieobyczajnym wybrykiem, o jakim mowa w treści art. 140 k.w., a działaniem nieprzyzwoitym w postaci umieszczania w miejscu publicznym nieprzyzwoitego ogłoszenia, napisu lub rysunku, albo używania słów nieprzyzwoitych, o czym mowa w treści art. 141 k.w. Zgodzić się należy ze stanowiskiem, że zachowanie nieobyczajne to zachowanie niezgodne z dobrymi obyczajami, niemoralne, nieprzyzwoite, niestosowne. Człowiek nieobyczajny to osoba niemoralna, nieprzyzwoita, której obce są dobre zwyczaje¹¹. Zachowanie nieprzyzwoite to w znaczeniu potocznym zachowanie nieskromne, bezwstydné, niewłaściwe. Nieprzyzwoitość to niemoralność, nieskromność, niezgodność z panującymi normami i zasadami, łamanie panujących norm obyczajowych, zasad i etykiety¹². Zdaniem M. Zbrojewskiej nieprzyzwoite zachowanie to takie, które pozostaje w niezgodzie z panującymi w społeczeństwie zasadami etyczno-moralnymi¹³. Według J. Piórkowskiej-Flieger uznanie czegoś za nieprzyzwoite zależy w większym stopniu, niż w przypadku innych znamion

⁸ Na tle szeroko komentowanej sprawie zakończonej uwolnieniem od odpowiedzialności plażowiczek opalających się topless wywodzono, że zachowanie tych kobiet nikogo nie gorszyło i nie wywoływało jakichkolwiek negatywnych komentarzy. Nie mogli się z nim jednak pogodzić interweniujący policjanci. Zob. R. Krajewski, *Oceny prawne topless*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 112. Por. także M. Derlatka, *Czy opalanie topless to nieobyczajny wybryk?*, „Jurysta” 2008, nr 10, s. 36; M. Zbrojewska, w: T. Grzegorzczak, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, op. cit., s. 648. Pogląd B. Kurzępy, że każdy przypadek publicznego prezentowania nagości wypełnia znamiona wykroczenia, razi obskurancą punitwnością. Por. B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 475. Co należy bowiem rozumieć przez pojęcie „nagości”? Czy jest nim prezentowanie przez kobietę ubraną w długą suknię głębokiego dekoltu na klatce piersiowej bądź na plecach, nawet sięgającego do pośladków, czy też może pokazywanie ud powyżej kolan w krótkiej spódnicy, spod której jako element stroju wychodzą żabki pończoch? Czy nagość prezentuje mężczyzna paradujący na publicznej plaży w skąpych slipkach, opinających przyrodzenie, zamiast długąsznych bokserów?

⁹ W. Radecki, *Oceny publicznego pijaństwa w sprawie wykroczeń*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1984, nr 2, s. 52.

¹⁰ J. Kulesza w: P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, op. cit., s. 917. Podobnie J. Piórkowska-Flieger, w: T. Bojarski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 573.

¹¹ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2003, s. 935–936. Warto zauważyć, że nieco wcześniejszy *Słownik języka polskiego* pod red. M. Szymczaka nie zna i nie definiuje terminu „nieobyczajny”.

¹² M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1988, s. 354. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny...*, t. 2, op. cit., s. 956.

¹³ M. Zbrojewska, w: T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 648.

nieostrych, występujących w Kodeksie wykroczeń, od wrażliwości oceniającego¹⁴. Wskazuje się jednak także, że ocena znamienia nieprzyzwoitości winna być oparta na zobiektywizowanych kryteriach i odwoływać się do przeważających ocen społecznych. Zależać ma ona od panujących w społeczeństwie zmiennych poglądów w pierwszym rzędzie estetycznych, a nie przede wszystkim etycznych¹⁵.

2. NIEOBYCZAJNOŚĆ PUBLICZNA

Stwierdzenia tu przytoczone zmierzają do ukazania relatywności pojęcia obyczajności publicznej i związanych z tym zachowań nieobyczajnych, czyli uznawanych za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, wywołujących oburzenie bądź potępienie, a także – negatywne oceny. Dalsze wywody dotyczyć będą, zgodnie z tytułem art. 141 k.w., w szczególności pojęcia „nieprzyzwoitości” oraz „słów nieprzyzwoitych”. Oczywiście strona przedmiotowa wspomnianego przepisu dotyczy nie tylko używania słów nieprzyzwoitych, ale także umieszczania nieprzyzwoitego ogłoszenia, napisu lub rysunku. Ocena, czy rysunek lub obraz są nieprzyzwoite, a co za tym idzie budzą oburzenie, zgorszenie, jest relatywna. Dziś nikomu nie przychodzi do głowy, przynajmniej na razie, aby za nieprzyzwoity uznać *Szał Władysława Podkowińskiego*, prezentujący nagą kobietę na rozszalałym rumaku, obrazów: Francisca Goi *Maja naga*, Jacopa Tintorreta *Danae*, François Boucher’a *Herakles i Onfale*, Johanna Heinricha Füssliego *Koszmar*, Jean-Auguste’a-Dominique’a Ingresa *Wielka odaliska*, Jean-Jules-Antoine’a Lecomte du Nouÿ’a *Biała niewolnica*, Édouarda Maneta *Śniadanie na trawie* bądź tegoż *Olimpia*, Edgara Degasa *Kąpiel w miednicy* czy Henriego de Toulouse-Lautreca *W salonie przy rue Des Moulins* bądź Henriego Gervex *Rolla*. Tymczasem obrazy te po stworzeniu uznawane były za nieprzyzwoite, budziły zgorszenie, a część odbiorców domagała się, i to bardzo gwałtownie, ich usunięcia z miejsc, gdzie były prezentowane.

3. PORNOGRAFIA A NIEOBYCZAJNOŚĆ

Pojawia się tu problem rozróżnienia między sytuacją, którą ustawodawca uznaje w treści art. 141 k.w. za wykroczenie, a pornografią kryminalizowaną w art. 202 § 1, 3, 4b k.k. Niewątpliwie przekaz pornograficzny może być uznany za nieprzyzwoity. Jeżeli tego typu przekaz miałby formę rysunku i zostałby umieszczony w miejscu publicznym tak przez twórcę, jak i jakkolwiek inną osobę, to należałoby uznać, że takie działanie wyczerpuje znamiona art. 141 k.w. Byłoby to jednak publiczne prezentowanie treści pornograficznych, a więc wyczerpywałoby znamiona art. 202 § 1 k.k., a w sytuacji, gdy taka prezentacja obejmowałaby osobę małoletniego, bądź

¹⁴ J. Piórkowska-Flieger, w: T. Bojarski, *Kodeks...*, op. cit., s. 573.

¹⁵ J. Kulesza, w: P. Daniluk (red.) *Kodeks wykroczeń...*, op. cit., s. 323, aprobuując wcześniejsze stanowisko W. Radeckiego. Zob. W. Radecki, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej*, „Służba MO” 1976, nr 3, s. 321.

związana by była z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem, wypełniałaby znamiona art. 202 § 3 k.k.

Zauważyć jednak należy, że w treści art. 141 k.w. ustawodawca zrecznie ominął rażącoję pojęcie pornografii, wskazując jedynie, że wykroczeniem jest umieszczenie w miejscu publicznym nieprzyzwoitego rysunku. Użycie terminu „rysunek” musi rodzić jednak wątpliwości. Wbrew pozorom termin „rysunek” nie jest jednoznaczny. W odbiorze potocznym rysunkiem jest coś, co zostało nakreślone przy użyciu: ołówka, piórka, węgla, kredy bądź pasteli. W myśl słowników języka polskiego pod tym pojęciem należy rozumieć „kontur, zarys, kształt czegoś”¹⁶. Rysować to „kreślić kontury, podobiznę czegoś lub kogoś za pomocą kresek, linii”¹⁷. Pojawić się musi więc pytanie, czy za rysunek można uznać obraz olejny, akwarelę, grafikę – niezależnie od użytej techniki? Taką identyfikację rysunku z tymi formami każdy historyk sztuki niewątpliwie odrzuciłby. Czy jednak wyczerpywałby znamiona wykroczenia art. 141 k.w. ktoś, kto w miejscach publicznych rozwiesiłby, reprodukcje wspomnianych wyżej obrazów, rysunki artystów prezentujących np. kobiety w pozach uznawanych, przez część pruderyjnych odbiorców, za nieprzyzwoite? Czy może takie działania uznać wypada za wyczerpujące znamiona rozpowszechniania pornografii? Wreszcie czy ekspozycja i oferowanie do sprzedaży obrazów przedstawiających całkowicie nagie modelki, np. w okolicy Bramy Floriańskiej w Krakowie, to wykroczenie z art. 141 k.w.? Takie obrazy wywołują niejednokrotnie agresję ze strony przypadkowych odbiorców, wyrażających swoje niezadowolenie werbalnie, wyzywających artystów, grożących im ogniem piekielnym, a nawet pluących w kierunku obrazów. To zachowanie wskazuje na to, że uznają one obrazy za nieprzyzwoite, łamiące kanony obyczajowe, bezwstydne, gorszące. Budzą one ich sprzeciw.

Przed organami ścigania, a następnie sądami pojawić się więc musi problem oceny prawnokarnej takiej prezentacji i odpowiedzi na pytania, czy tego typu działania są rozpowszechnianiem pornografii, czy też jedynie wykroczeniem z art. 141 k.w. Ewentualnie, czy nie zachodzi tu zbieg art. 141 k.w. z art. 202 § 1, 3, albo 4b k.k. w zakresie czynności sprawczej prezentowania treści pornograficznych. W wypadku art. 202 § 1 k.k. wystarczające będzie publiczne prezentowanie treści pornograficznych osobom, które sobie tego nie życzą. W odniesieniu do sytuacji stypizowanych w art. 202 § 3 bądź 4b k.k. wypełniać znamiona przestępstw będzie samo prezentowanie. W rezultacie do rozstrzygnięcia pozostanie kwestia, czy każdy rysunek pornograficzny w rozumieniu art. 202 k.k. jest nieprzyzwoity oraz czy możliwe są sytuacje, kiedy nieprzyzwoity rysunek, o jakim mowa w art. 141 k.w., nie będzie pornograficzny.

Jakkolwiek obsceniczne obrazy towarzyszą cywilizacji ludzkiej od samego zarania dziejów, to jednak pornografia jako czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa pojawiła się dopiero w epoce nowożytnej. Terminem „pornografia” określa się

¹⁶ M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 1989, s. 154; S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 2003, s. 1106.

¹⁷ M. Szymczak (red.), *Słownik...*, op. cit., s. 154; S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 2, op. cit., s. 1105.

„pisma, druki, przedstawienia teatralne, filmy, zdjęcia, obrazy, rysunki i inne przedmioty o treści nieprzyzwoitej, obliczone na wywoływanie podniecenia erotycznego u odbiorców”¹⁸. Nieco odmiennie tłumaczy ten termin *Uniwersalny słownik języka polskiego* pod red. St. Dubisza, wskazując, że pornografia to „pisma, filmy, zdjęcia, itp., pokazujące nagie ciało (często z odsłoniętymi organami płciowymi), stosunki seksualne w sposób naruszający społeczne normy obyczajowe”. W doktrynie zwykło się odróżniać pornografię „twardą” od „miękkiej”. Pornografia miękka, według tego słownika, to „pornografia łagodna, pozbawiona agresji i patologii”. Natomiast pornografia twarda to „pornografia pełna agresji, przedstawiająca często patologiczne stosunki płciowe”¹⁹. Niekiedy wyróżnia się w literaturze dodatkowo pornografię dziecięcą (pedofilię). Wskazuje się zwykle, że określenie „pornografia” pochodzi od greckiego słowa *porno*, używanego na określenie prostytutki, i słowa *graphos* – „pisać”. Określenie to nie było jednak znane w klasycznej grece²⁰. Od połowy XIX wieku termin „pornografia” używany był w nieco innym niż obecnie znaczeniu i określano nim utwory literackie, a także naukowe, które zajmowały się zjawiskiem prostytutki. Odnoszono termin ten także do sztuk teatralnych i sztuk operowych, których tematem były kurtyzany²¹. W literaturze podnosi się, że określenia tego użyto prawdopodobnie po raz pierwszy na początku XIX wieku w stosunku do powieści *Justyna, czyli nieszczęścia cnoty* markiza Donatiena-Alphonse’a-François de Sade’a. Zauważyć należy, że de Sade pozostawił trzy wersje *Justyny*. Pierwsza z nich, *Niedole cnoty (Les Infortunes de la vertu)*, napisana została w 1787 r., a wydano ją dopiero w 1930, druga, zatytułowana *Justyna, czyli nieszczęścia cnoty*, została wydana w 1791, trzecia – najobszerniejsza – opublikowana została w 1797 r. pod tytułem *Justyna – nowa Justyna*²². Według Briana McNaira pornografia w dzisiejszym rozumieniu tego słowa zaistniała w Europie dopiero w 1530 r., wraz opublikowaniem przez włoskiego poetę Aretino

¹⁸ Zob. M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1988, s. 823.

¹⁹ Zob. S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 2003, s. 387. J.R. Kirk zalicza do pornografii twardej treści, które ukazują akty bestialskie, tortury, oddawanie moczu, kazirodztwo, zniewalanie, gwałt, pseudodziecięcą pornografię oraz sadomasochizm. Do pornografii miękkiej – stosunek dopochwowy między jedną kobietą a jednym mężczyzną. J.R. Kirk, *Szkodliwość pornografii*, Gdańsk 1998, s. 3. J. Warylewski zwraca uwagę, że w tym ujęciu brak miejsca na pornografię dziecięcą. Zob. J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, w: M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 23. Z.L. Starowicz do pornografii miękkiej zalicza ekspozycję genitalną, praktyki masturbacyjne, stosunki w różnych pozycjach i typowe w danej obyczajowości zachowania seksualne. Jako pornografię twardą traktuje treści ze scenami przemocy, pedofilii i zoofilii. Por. Z.L. Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 408–409.

²⁰ Zob. F.S.P. Dufour, *Historia prostytutki od czasów najdawniejszych do XX w.*, t. 1, *Czasy przedchrześcijańskie*, Gdynia 1997, s. 63–131 i n.; C. Reinsberg, *Obyczaje seksualne starożytnych Greków*, Gdynia 1998, s. 68–107.

²¹ H.N. Parker, *Love’s Body Anatomized: The Ancient Erotic Handbooks and the Rhetoric of Sexuality*, w: A. Richlin (red.), *Pornography and Representation in Ancient Rome*, New York 1992, s. 90; A. Krawulska-Ptaszyńska, *Spoleczne skutki upowszechnienia pornografii*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 1, s. 145.

²² Zob. M. Bratuń, *Posłowie*, w: *Justyna, czyli nieszczęścia cnoty*, Łódź 1987, s. 238–239. Por. także K. Matuszewski, *Sade. Msza okrucieństwa*, Gdańsk 2008, s. 42–45. Zob. też M. Praz, *Zmysły, śmierć i diabeł w literaturze romantycznej*, Gdańsk 2010, s. 106–111; R. Shattuck, *Zakazana wiedza. Od Prometeusza do pornografii*, Kraków 1999, s. 277 i n.

serii sonetów o treści pornograficznej, które rozpowszechniano wraz z szesnastoma śmiałymi ilustracjami Geromano, ucznia samego Rafaela²³.

Warto zauważyć, iż człowiek poszukuje treści erotycznych, obscenicznych, a nawet pornograficznych. Powody tych poszukiwań są dość różnie interpretowane, zarówno na gruncie seksuologii, psychologii, jak i historii sztuki. Nie neguje się jednak faktu, że „zapotrzebowanie” na tego rodzaju przesłania istnieje²⁴. Odróżnienie sztuki od erotyzmu jest więc niezwykle trudne²⁵. Nie da się także zaprzeczyć, że zarówno treści pornograficzne, jak i te, które nazywamy tylko „erotycznymi”, w dużej mierze bazują na nagości, na obrazie nagiego ciała człowieka, zwłaszcza kobiety w trakcie aktu seksualnego. W literaturze podkreśla się, iż sama nagość przybliży odbiorcę do odpychającego centrum erotyzmu, aczkolwiek nie zawsze kojarzy się i nie musi kojarzyć się z nieprzyzwoitością aktu płciowego²⁶. Wynalazek fotografii w znaczącym stopniu wpłynął na jej rozpowszechnienie przez, jak stwierdza się w literaturze, naiwny realizm towarzyszący zdjęciom, które odnosiły się do sytuacji niedostępnych codziennemu oglądowi, a nie dość realistycznie oddawanych poprzez obrazy i ryciny²⁷. Zdjęcia nagich postaci zwróciły uwagę na konieczność określenia granic między erotyką a pornografią²⁸. Jeszcze większy wpływ na rozwój zjawiska pornografii miał film, który wymagał znacznie mniejszego niż fotografia udziału wyobraźni. Zasadnicza różnica polegała jednak na tym, że zdjęcia zwykle odbierano prywatnie, natomiast film odtwarzany był w obecności szerszej widowni. Dlatego, jak stwierdza L.M. Nijakowski, dla rozwoju pornografii filmowej istotne znaczenie miały: stopień liberalizmu systemu prawnego w danym kraju i swoboda obyczajowa²⁹. Wraz z rozwojem kinematografii zaczął kształtować się system cenzury filmowej, także o charakterze obyczajowym³⁰. Zauważa się także, że przekazy

²³ Zob. idem, *Mediated Sex. Pornography & Postmodern Culture*, Londyn–Nowy Jork–Sydney–Auckland 1996, s. 42–43. Zob. także J. Warylewski, uwagi do art. 202 k. k., w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, komentarz do art. 117–221*, t. I, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 1100–1101. Por. także J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 189–191.

²⁴ Zob. idem, *Historia erotyzmu*, Warszawa 2008, s. 227 i n.

²⁵ Zob. G. Bataille, *Erotyzm*, Gdańsk 1999, s. 140.

²⁶ B. McNair, *Seks, demokratyzacja pożądania i media, czyli kultura obnażania*, Warszawa 2004, s. 41 i n.; G. Bataille, *Historia erotyzmu*, op. cit., s. 199 i n. Stwierdza się nawet, że: „Z męskiego punktu widzenia najprzyjemniejszym wątkiem w dziejach ludzkości jest ten dotyczący rozbierania się i ubierania kobiety. Zakrywanie i odkrywanie ciała jest jednym z najprostszych i najbardziej ekscytujących działań ludzkości. Podniecające jest nie tylko to, co można zobaczyć, ale przede wszystkim to, co myślimy, że można zobaczyć”, zob. G. Sieczkowski, *Cały ten seks. Kroniki podkasane*, Warszawa 2008, s. 1.

²⁷ S. Sikora, *Fotografia między dokumentem a symbolem*, Izabelin 2004, *passim*; L.M. Nijakowski, *Pornografia...*, op. cit., s. 161–164.

²⁸ M. Filar, *Pornografia a sztuka*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10. Zob. także B. Kunicka-Michalska, *Pornografia i wykorzystywanie nieletnich w Internecie. Regulacje polskiego kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4 (166), s. 77–108.

²⁹ Już w wilhelmińskich Niemczech przedstawienie nagiego ciała człowieka było całkowicie niedozwolone. Zob. L.M. Nijakowski, *Pornografia...*, op. cit., s. 170.

³⁰ W 1915 r. Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, uznał, że film jest przedsięwzięciem o charakterze komercyjnym, a więc nie mają w stosunku do niego zastosowania przepisy, stojące na straży wolności słowa. Pozwoliło to na działanie licznych komisji o charakterze cenzorskim, tworzenie kodeksów mających na celu ochronę moralności. Dopiero na kanwie

erotyczne, a zwłaszcza pornograficzne, koncentrują się na pokazywaniu kobiety w stanie uniesienia, a celem pornografii nie jest zrozumienie źródła i natury tych uniesień, ani ich przeżywania, lecz ich oswojenie³¹.

4. SEKSUALIZACJA KULTURY

Seksualizacja kultury związana z szeroką zmianą społeczną, będąca – jak stwierdza się w literaturze – pochodną przełomowych wynalazków technologicznych oraz nacisków komercyjnych, prowadzi m.in. do medialnej dostępności seksu, obscenicznego zainteresowania nagością, ekshibicjonizmu. Środki społecznego przekazu tworzą kulturę, w której publiczna nagość, voyeuryzm są dozwolone. Epatują nagością nie tylko pisma uznawane za pornograficzne, lecz także te, które zaliczane są do czasopism poważnych, a nawet popularno-naukowych³². Podkreśla się, że w latach dziewięćdziesiątych XX wieku, „dotrzymując kroku postmodernistycznym nastrojom tej dekady, pornograficzna ikonografia w obfity sposób zamieszczała przyjemne erotyczne obrazki jako przedstawienia mody, a nie pornografii”³³. Okazało się w tym czasie, iż roznegliżowane modelki na okładkach i towarzyszące im „obiecujące”, przesyccone erotyzmem zapowiedzi artykułów w sposób znakomity wpływają na zwiększenie sprzedaży czasopism. Dodać należy, że niejako przy okazji stwierdzono, że odwoływanie się do nagości i seksu, czasem powiązanego z ironią i humorem, jest dobrym zabiegiem w reklamowaniu różnych towarów. Rozwój fotografii, fotografia cyfrowa, pozwalająca na daleko idącą manipulację, doprowadziły do głębokich przemian społecznych, zwłaszcza w momencie, kiedy pozornie anonimowy, a w każdym razie uchodzący za takowy, Internet pozwolił na masowe rozpowszechnianie tego typu zdjęć³⁴. Warto zauważyć, że postrzeganie nagości nie jest niezależne od norm kulturowych. Interpretacja wizerunku nagiego człowieka zależy od punktu widzenia lub ram, jakie przyjmują odbiorcy. W litera-

sprawy z 1952 r. *Burstyn przeciwko Wilson* przyznano filmowi ochronę, odchodząc od koncepcji cenzury prewencyjnej. Ostatecznie jednak nastąpiło to w 1965 roku. Od tej chwili przeciwnicy rozpowszechniania filmu muszą dowieść, że ma on charakter „obsceniczny”. Nadal jednak funkcjonuje system klasyfikacji filmów, podobny do tego, który znany jest w Polsce w Ustawie o radiofonii i telewizji. Zob. D.B. Sova, *125 zakazanych filmów. Historia cenzury w kinie*, Warszawa 2006, s. 15.

³¹ Zob. A. Giddens, *Przemiany intymności. Seksualność, miłość i erotyzm we współczesnych społeczeństwach*, Warszawa 2006, s. 146. Por. także: A. Moye, *Pornography*, w: A. Metcalf, M. Humpries, *The Sexuality of Men*, Londyn 1985, s. 68 i n.

³² Ważną datą dla problematyki pornografii było ukazanie się w 1953 r. pisma „Playboy”. Por. J.R. Petersen, *Stulecie seksu. Historia rewolucji seksualnej 1900–1999 według „Playboya”*, Poznań 2002, *passim*. Zob. także B. McNair, *Seks, demokratyzacja...*, op. cit., s. 5, 21.

³³ *Ibidem*, s. 159.

³⁴ K. Olechnicki, *Fotoblogi, pamiętniki z opcją przekazu. Fotografia i fotoblogerzy w kulturze konsumpcyjnej*, Warszawa 2009, s. 83–102; L. Manovich, *Język nowych mediów*, Warszawa 2006, s. 124–127; B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełniane za pośrednictwem systemu informacyjnego*, Warszawa 2004, s. 89; Z. Lew-Starowicz, *Seks w sieci i nie tylko*, Kraków 2003, s. 58 i n.

turze wskazuje się, że mogą być to ramy sztuki, pornografii, informacji i reklamy. Istotą wydaje się być seksualizacja wstydu³⁵.

W literaturze podkreśla się, że emocja estetyczna, jakiej doznaje się, obcując z dziełem sztuki, oglądając obraz czy czytając książkę, nie eliminuje innych emocji, w tym także emocji erotycznych. Niewątpliwie seks inspiruje twórców, zarówno wielkich pisarzy, jak i malarzy bądź figuratywnych rzeźbiarzy. W strofach Owidiusza, François Rabelais'go, w *Romeo i Julii* Shakespeare'a, w *Tristanie i Izoldzie*, w *Madame Bovary* Gustava Flauberta, w niektórych fraszkach Jana Kochanowskiego, Ignacego Krasickiego, Kacpra Twardowskiego, w *Dziejach grzechu* i w *Walce z szatanem* Stefana Żeromskiego, w płótnach Rubensa, Boticellego, Tycjana, w *Szale* Podkowińskiego, w *Mai nagiej* Francesca Goi, dopatrzeć się by można nie tylko erotyzmu, sprośności, ale przy odpowiednim nasileniu złej woli – także pornografii. Mógłby ktoś stwierdzić, że wspomniane w tym miejscu obrazy to rysunki nieprzyzwoite, oczywiście pod warunkiem, że uznamy obraz olejny za rysunek.

Warto zastanowić się, czy istotnie państwo środkami karnymi winno zwalczać przekazy wizualne, kierując się jedynie tym, że przedstawiają one postać nagiego człowieka, najczęściej kobiety? Czy konieczne jest angażowanie organów ścigania i sądów w tym tylko celu, aby zadowolić garstkę, motywowanych najczęściej religijnie, polityków, duchownych czy działaczy społecznych, dopatrujących się wszelkiego zła w nagiej postaci człowieka?

5. SŁOWA NIEPRYZWOITE

Nieprzyzwoite słowa to, jak wskazuje się w doktrynie, z reguły słowa wulgarne albo obelżywe³⁶. W doktrynie można zauważyć spór odnośnie do podstaw oceny nieprzyzwoitości słowa. Zdaniem R. Krajewskiego uznanie słowa za nieprzyzwoite zależy od stanowiska oceniającego. Wskazuje on, że częstokroć słowa używane przez osoby młodsze nie są w środowisku takich osób traktowane jako nieprzyzwoite, mogą tak być jednak postrzegane przez osoby starsze. Autor ten zauważa również, że słowa używane w określonym kręgu środowiskowym nie budzą zgorszenia, nie są odbierane jako wulgarne bądź obelżywe, ale w innych kręgach personalnych mogą uchodzić za wulgarne. Podkreśla on, że wszelkich ocen w zakresie nieprzyzwoitości słowa należy dokonywać *in concreto*, a nie *in abstracto*³⁷. W tej sytuacji koniecznym byłoby badanie zarówno tego, kim jest sprawca, w jakim jest wieku z jakiego kręgu społecznego bądź towarzyskiego się wywodzi, jak i do kogo kieruje przekaz, który może być uznawany za nieprzyzwoity w rozumieniu art. 141 k.w. Odmienne stanowisko prezentuje J. Kulesza, wskazując, że nie ma znaczenia ocena dokonywana przez osoby młodsze w sytuacji, gdy słowa uznawane przez nie za przyzwoite są wypowiedzane w miejscu publicznym, a przez ogół są uznawane za

³⁵ L.M. Nijakowski, *Pornografia...*, op. cit., s. 328; B.A. Eck, *Nudity and Framing: Classifying Art, Pornography, Information and Ambiguity*, "Sociological Forum" 2001, vol. 16, no. 4, s. 604.

³⁶ M. Zbrojewska, w: T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń...*, op. cit., s. 649.

³⁷ R. Krajewski, *Karnoprawna ochrona języka polskiego*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 14.

nieprzyzwoite. Decydujący według niego jest fakt używania takich słów w miejscu publicznym, przy czym indywidualna ocena i przyjęte zwyczaje i normy językowe nie mają znaczenia ze względu na potencjalny konflikt z wolnością, od przekazu nieprzyzwoitego innych osób. Stwierdza on dalej, że treść art. 141 k.w. ma na celu ochronę obyczajności publicznej „nakierowanej zarówno na ochronę wartości cennej dla społeczeństwa jako całości, jak i jej indywidualnych członków”. Opowiada się przy tym za potrzebą przyjęcia jakiegoś obiektywnego kryterium, aczkolwiek przyznaje, że może być to trudne do osiągnięcia³⁸. Wątpliwym wydaje się jednak pogląd M. Czyżaka, dowodzącego, że ocena słów wulgarnych czy obraźliwych jako nieprzyzwoitych jest jednoznaczna z tego względu, że rażą one uczucia innych osób³⁹. To ostatnie stanowisko wydaje się mocno dyskusyjne, gdyż nie wszystkie słowa używane przez użytkowników przestrzeni publicznej rażą odczucia innych osób.

Warto zauważyć, że problem ochrony języka polskiego doczekał się aktu normatywnego rangi ustawy. Reguluje go Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim⁴⁰. W treści tego aktu normatywnego w art. 3 ust. 1 wskazano, że ochrona języka polskiego polega m.in. na dbaniu o poprawne jego używanie, doskonaleniu sprawności językowej, stwarzaniu warunków do właściwego rozwoju jako narzędzia międzyludzkiej komunikacji, i co ważne z punktu widzenia podjętego tematu, przeciwdziałaniu jego wulgaryzacji. Pod pojęciem „przeciwdziałania” należy rozumieć przeciwstawianie się czemuś, a więc w tym wypadku wulgaryzacji, zapobieganie jakiemuś działaniu⁴¹. Wulgaryzacja to czynienie czegoś wulgarnym, ordynarnym, prostackim, grubiańskim, pozbawionym delikatności, dobrego smaku, przyzwoitości⁴². Wulgaryzm to wyraz lub związek frazeologiczny uznawany przez użytkowników języka za nieprzyzwoity, prostacki, ordynarny, rażący pod względem moralnym lub estetycznym. Wulgaryzmy odbierane są jako brak kultury i szacunku dla odbiorcy⁴³.

Skutkiem przyjęcia tej ustawy była nowelizacja Ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. prawo prasowe⁴⁴ i nałożenie na redaktorów naczelnych dzienników i czasopism w treści art. 25 ust. 4 obowiązku dbałości o poprawność języka materiałów

³⁸ J. Kulesza, w: P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, op. cit., s. 925.

³⁹ M. Czyżak, *Kilka uwag o odpowiedzialności wykroczeniowej za nieobyczajne zachowanie się w eterze*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 7–8, s. 101.

⁴⁰ Dz.U. z 2011 r., Nr 43, poz. 224 ze zm. W literaturze zwraca się uwagę, że ustawodawca uznał język ojczysty za godny ochrony prawnej i wart szczególnej pielęgnacji w życiu publicznym, określając język polski jako podstawowy element narodowej tożsamości i dobro kultury narodowej. Odwołał się także do doświadczeń historycznych, nawiązał do procesów globalizacji, podkreślając istotne znaczenie ochrony języka polskiego dla zachowania i rozwoju różnorodnej kulturowo Europy. Postanowił również, że ochrona tego języka jest obowiązkiem wszystkich organów władzy publicznej, a więc także sądów.

⁴¹ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny...*, t. 3, op. cit., s. 632.

⁴² Idem, *Uniwersalny...*, t. 4, op. cit., s. 547; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 1989, s. 779. Zob. także P. Czarnecki, *Komentarz do art. 3 ustawy o języku polskim*, Warszawa 2014.

⁴³ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz...*, op. cit., s. 489.

⁴⁴ Dz.U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 ze zm.

prasowych oraz przeciwdziałania jego wulgaryzacji, a na dziennikarzy – w art. 12 ust. 1 pkt. 3 obowiązku dbałości o poprawność języka i unikania wulgaryzmów⁴⁵.

W doktrynie zauważa się, że współczesna polszczyzna coraz częściej zdaje się akceptować wyrażenia i zwroty uznawane jeszcze niedawno za trywialne i wulgarne. Dostrzec jednak należy także proces odwrotny. Słowa dziś dość powszechnie uważane za wulgarne niegdyś nie miały takiego charakteru. Przykładem mogą być *Fraszki* Jana Kochanowskiego, ale przecież nie tylko, gdyż od posługiwania się słowem dziś wulgarnym nie stronili w przeszłości wybitni poeci i pisarze⁴⁶.

Używanie słów wulgarnych i nieprzyzwoitych zdaje się być współcześnie przejawem pewnej mody. Wydaje się, że prawdziwa, aczkolwiek niepoparta badaniami jest konstatacja, iż u podstaw jej leży pewna moda. W środowisku młodzieżowym jest to chęć zaprezentowania się jako człowiek wyluzowany, wolny od konwensów, niewywyższający się. Pobieżne obserwacje środowiska studenckiego, młodzieży w środkach komunikacji masowej przekonują, że wspomniane słowo traktowane obecnie jako swoisty „przerywnik” lub „lepiszcze” między kolejnymi zdaniem bądź równoważnikami zdań używane jest zarówno przez mężczyzn, jak i, niestety, przez dziewczyny i kobiety. Co ciekawe, sięgają doń ludzie wiekowo i pokoleniowo starsi, starający się zyskać poklask społeczny, chcący uchodzić w oczach określonych grup za komunikatywnych, swojskich. Nie usprawiedliwia to w najmniejszym stopniu posługiwania się takimi terminami. Należy jednak podkreślić, że ściganie sprawców wykroczeń z art. 141 k.w. nie może być selektywne. Niedopuszczalna wydaje się praktyka niezauważania używania wulgaryzmów, słów nieprzyzwoitych i ordynarnych przez grupę młodzieży, niezważającą na obecność innych, matek z dziećmi, przechodniów, ludzi starszych, patroli policji bądź służby ochrony kolei. Takie wybiórcze stosowanie prawa zdaje się dowodzić pewnej bezradności organów ścigania i chęci posłużenia się przepisami Kodeksu wykroczeń tylko w odniesieniu do osób nieakceptowanych przez jakąś grupę społeczną bądź polityczną.

Niewątpliwie za niedopuszczalne wypada uznać używanie słów wulgarnych i obelżywych jako wyzwisk kierowanych pod adresem konkretnej osoby. W takim wypadku sprawca niewątpliwie wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 216 § 1 k.k. Jednak zupełnie inny charakter ma posługiwanie się takimi słowami jako

⁴⁵ Zob. w tym przedmiocie J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 485–489.

⁴⁶ J. Kochanowski, *O łąziebnikach; Na matematyka; J.A. Morsztyn, Małżeństwo*, w: *Fraszki to wszystko. Mała antologia dawnej fraszki polskiej*, wybór i wstęp A. Pomorski, Warszawa 2004, s. 11, 21, 57. Nie wzdragał się przed użyciem wulgaryzmu także A. Fredro w obszerniejszym tekście odnalezionym w Bibliotece Jagiellońskiej w 2016 r., którego sam tytuł zawiera dosadny wulgaryzm, słowo „k...”, z którego przytoczeniem nie godzili się recenzenci niniejszego artykułu. Istnienie omawianego wulgaryzmu odnotowuje już *Słownik polszczyzny XVI wieku*. Zob. w tym przedmiocie M. Grochowski, *Słownik polskich przekleństw i wulgaryzmów*, Warszawa 2017; J. Lewinson, *Słownik seksualizmów polskich*, Warszawa 2017. O hipokryzji i świętoszkowości niektórych strażników czystości języka polskiego świadczy przygoda, jaka spotkała dzieło Gabriela Garcíi Márqueza, którego książkę *Memoria de mis putas tristes* przetłumaczono jako *Rzecz o mych smutnych dziwkach*, nie bacząc na brzmienie tytułu w języku hiszpańskim, byle tylko nie posłużyć się słowem „k...”.

swoistym „lepiszczem” językowym, traktowanie ich jako przerywników pozwalających na skupienie myśli na dalszej frazie przekazu.

Ściganie za używanie słów wulgarnych w gruncie rzeczy mija się z celem. Nigdy nie uda się organom ścigania oskarżyć wszystkich posługujących się słowami nieprzyzwoitymi w miejscach publicznych. Selektywne oskarżanie tylko niektórych, np. zajmujących wysokie pozycje w hierarchii społecznej, uznane zostanie za godzące w poczucie sprawiedliwości. Samo używanie słów nieprzyzwoitych spotyka się z bardzo ograniczonym potępieniem ze strony opinii publicznej.

BIBLIOGRAFIA

- Bataille G., *Erotyzm*, Gdańsk 1999.
- Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Bratuń M., *Posłowie, w: Justyna, czyli nieszczęścia cnoty*, Łódź 1987.
- Derlatka M., *Czy opalanie topless to nieobyczajny wybryk?*, „Jurysta” 2008, nr 10.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2003.
- Dufour F.S.P., *Historia prostytucji od czasów najdawniejszych do XX w.*, t. 1, „Czasy przedchrześcijańskie”, Gdynia 1997.
- Eck B.A., *Nudity and Framing: Classifying Art., Pornography, Information and Ambiguity*, „Sociological Forum” 2001, vol. 16, no. 4.
- Egierska-Miłoszewska D., *Nieobyczajny wybryk (art. 140 k.w. w teorii i praktyce)*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1979, nr 4–5.
- Falandysz L., *Mała, natarczywa obyczajność*, „Gazeta Sądowa i Penitencyjna” 1970, nr 17.
- Filar M., *Pornografia a sztuka*, „Nowe Prawo” 1978, nr 10.
- Giddens A., *Przemiany intymności. Seksualność, miłość i erotyzm we współczesnych społeczeństwach*, Warszawa 2006.
- Gubiński A., *Prawo wykroczeń*, wyd. 4, Warszawa 1980.
- Historia erotyzmu*, Warszawa 2008.
- Kirk J.R., *Szkodliwość pornografii*, Gdańsk 1998.
- Krajewski R., *Karnoprawna ochrona języka polskiego*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 14.
- Krajewski R., *Oceny prawne topless*, „Ius Novum” 2013, nr 4.
- Krawulska-Ptaszyńska A., *Spółeczne skutki upowszechnienia pornografii*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 1.
- Kulesza J., w: P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Kunicka-Michalska B., *Pornografia i wykorzystywanie nieletnich w Internecie. Regulacje polskiego kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze” 2005, nr 4 (166).
- Kunicka-Michalska B., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełniane za pośrednictwem systemu informacyjnego*, Warszawa 2004.
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Lang W., *Prawo i moralność*, Warszawa 1989.
- Lew-Starowicz Z., *Seks w sieci i nie tylko*, Kraków 2003.
- Manovich L., *Język nowych mediów*, Warszawa 2006.
- Matuszewski K., *Sade. Msza okrucieństwa*, Gdańsk 2008.
- McNair B., *Seks, demokratyzacja pożądania i media, czyli kultura obnażania*, Warszawa 2004.

- Moye A., *Pornography*, w: A. Metcalf, M. Humpries, *The Sexuality of Men*, Londyn 1985.
- Olechnicki K., *Fotoblogi, pamiętniki z opcją przekazu. Fotografia i fotoblogerzy w kulturze konsumpcyjnej*, Warszawa 2009.
- Ossowska M., *Normy moralne. Próba systematyzacji*, Warszawa 1970.
- Parker H.N., *Love's Body Anatomized: The Ancient Erotic Handbooks and the Rhetoric of Sexuality*, w: A. Richlin (red.), *Pornography and Representation in Ancient Rome*, New York 1992.
- Petersen J.R., *Stulecie seksu. Historia rewolucji seksualnej 1900–1999 według „Playboya”*, Poznań 2002.
- Piórkowska-Flieger J., w: T. Bojarski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Praz M., *Zmysły, śmierć i diabeł w literaturze romantycznej*, Gdańsk 2010.
- Radecki W., *Oceny publicznego pijaństwa w sprawie wykroczeń, „Zagadnienia Wykroczeń”* 1984, nr 2.
- Radecki W., *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej, „Służba MO”* 1976, nr 3.
- Reinsberg C., *Obyczaje seksualne starożytnych Greków*, Gdynia 1998.
- Sarkowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, wyd. 2, Kraków 1998.
- Shattuck R., *Zakazana wiedza. Od Prometeusza do pornografii*, Kraków 1999.
- Sieczkowski G., *Cały ten seks. Kroniki podkasane*, Warszawa 2008.
- Sikora S., *Fotografia między dokumentem a symbolem*, Izabelin 2004.
- Sova D.B., *125 zakazanych filmów. Historia cenzury w kinie*, Warszawa 2006.
- Starowicz Z.L., *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000.
- Stelmach J., *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach 1991.
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1988.
- Warylewski J., *Pornografia – próba definicji*, w: M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011.
- Zbrojewska M., w: T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2013.
- Zduńczyk M., Kulczycki J., *Kodeks wykroczeń. Popularny komentarz*, Warszawa 1982.
- Ziemiński Z., *Etyczne problemy prawoznawstwa*, Wrocław 1972.

USE OF INDECENT WORDS IN A PUBLIC PLACE AS A MISDEMEANOUR

Summary

An offence involving in the use of indecent words in a public place is one of the acts classified in Chapter XVI Misdemeanour Code that violates public decency. Its subject matter consists in placing an obscene announcement, inscription or drawing or using obscene words in a public place. Both the notion of public morality and the sign of indecency are indeterminate in nature. Similarly, the concept of an “obscene word” is not very precise. Both public morality and obscenity are highly relative, perceived differently by different social groups and considered more or less acceptable depending on the age of the audience. The pursuit of offences involving the use of indecent words cannot, however, be selective. One should distinguish between the use of vulgar words as an insult and a specific “interlude.”

Keywords: misdemeanour, public decency, indecent words, pornography, profanity

UŻYWANIE SŁÓW NIEPRYZWOITYCH W MIEJSCU PUBLICZNYM JAKO WYKROCZENIE

Streszczenie

Wykroczenie polegające na używaniu w miejscu publicznym słów nieprzyzwoitych jest jednym z czynów stypizowanych w rozdziale XVI Kodeksu wykroczeń godzących w obyczajność publiczną. Jego stroną przedmiotową polega na umieszczeniu nieprzyzwoitego ogłoszenia, napisu lub rysunku, albo używaniu słów nieprzyzwoitych. Zarówno pojęcie obyczajności publicznej, jak i znamię nieprzyzwoitości mają charakter niedookreślony. Podobnie mało precyzyjne jest pojęcie „słowa nieprzyzwoitego”. Zarówno obyczajność publiczna, jak i nieprzyzwoitość są wysoce relatywne, postrzegane są różnie przez różne grupy społeczne i uznawane za mniej lub bardziej dopuszczalne w zależności od wieku odbiorcy. Ściganie wykroczeń polegających na używaniu słów nieprzyzwoitych nie może być jednak selektywne. Odróżnić należy posługiwanie się słowem wulgarnym jako wyzwiskiem od traktowania go jako swoisty „przerywnik”.

Słowa kluczowe: wykroczenie, obyczajność publiczna, słowa nieprzyzwoite, pornografia, wulgaryzmy

USO DE PALABRAS INDECENTES EN LUGAR PÚBLICO COMO FALTA

Resumen

La falta que consiste en el uso de palabras indecentes en lugar público es uno de los hechos tipificado en el capítulo XVI y viola la decencia pública. Consiste en colocar un anuncio, inscripción o dibujo obsceno o en el uso de palabras indecentes. Tanto el concepto de la decencia pública como el elemento de indecencia no son precisos. También acontece esto con el concepto de “la palabra indecente”. Tanto la decencia pública como la indecencia son muy relativos, pueden entenderse de diferente manera por diferentes grupos sociales y considerarse más o menos aceptables dependiendo de la edad del interlocutor. La persecución de faltas consistentes en el uso de palabras indecentes no puede ser sin embrago selectiva. Hay que diferenciar entre usar una palabrota como invectiva y entre usarla como de cierto modo “la palabra pausa”.

Palabras claves: falta, decencia pública, palabra indecente, pornografía, palabrotas

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ НЕПРИСТОЙНЫХ СЛОВ В ОБЩЕСТВЕННОМ МЕСТЕ КАК ПРАВОНАРУШЕНИЕ

Резюме

Правонарушение, состоящее в использовании непристойных слов в общественном месте, является одним из деяний против общественной нравственности, предусмотренных в главе XVI. Его предметная сторона заключается в размещении непристойного объявления, надписи или рисунка, а также в использовании непристойных выражений в устной речи. При этом понятия общественной нравственности и непристойности имеют недостаточно определенный характер. Расплывчатым является и понятие «непристойное слово». Как общественная нравственность, так и непристойность являются весьма относительными понятиями, которые по-разному воспринимаются различными социальными и возрастными группами. Однако, преследование правонарушений, состоящих в использовании непристойных выражений, не может быть избирательным. Следует также различать использование ненормативной лексики в качестве оскорбления от её использования в качестве своеобразной «связки».

Ключевые слова: правонарушение, общественная нравственность, непристойные слова, порнография, ненормативная лексика

VERWENDUNG VON OBSZÖNITÄTEN IN DER ÖFFENTLICHKEIT ALS ORDNUNGSWIDRIGKEIT

Zusammenfassung

Die Ordnungswidrigkeit von massiv gegen geltende Normen verstoßenden sprachlichen Äußerungen in der Öffentlichkeit ist eine der in Kapitel XVI typisierten strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Sittlichkeit. Der sachliche Geltungsbereich schließt anstößige Veröffentlichungen, Schriftzüge oder bildliche Darstellungen sowie obszöne sprachliche Äußerungen ein. Sowohl der Begriff der öffentlichen Sittlichkeit, als auch das Merkmal der Anstößigkeit sind dabei nicht näher bestimmt. Ebenso ist der Begriff „Obszönität“ eher unscharf. Sowohl die öffentliche Sittlichkeit, als auch die Anstößigkeit sind in hohem Maße relativ und werden von verschiedenen sozialen Gruppen unterschiedlich wahrgenommen und je nach Alter des Empfängers als mehr oder weniger akzeptabel betrachtet. Die Verfolgung von Delikten in Form der Verwendung von Obszönitäten darf jedoch nicht selektiv erfolgen. Es sollte zwischen der Verwendung vulgärer Ausdrücke als Beleidigung und Obszönitäten unterschieden werden, die als eine Art „Füllwort“ behandelt werden.

Schlüsselwörter: Vergehen, Ordnungswidrigkeit, öffentliche Sittlichkeit, Obszönitäten, Pornographie, Vulgärsprache

UTILISER DES MOTS INDÉCENTS DANS UN LIEU PUBLIC COMME UNE INFRACTION

Résumé

Une infraction impliquant l'utilisation de mots indécents dans un lieu public est l'un des actes envisagés au chapitre XVI et constitue une violation de la moralité publique. Son objet consiste à placer une annonce, une inscription ou un dessin indécent, ou à utiliser des mots indécents.

Le concept de morale publique et la marque d'indécence sont indéterminés. De même, la notion de « mot indécent » n'est pas très précise. La moralité publique et l'indécence sont très relatives, perçues différemment par différents groupes sociaux et considérées plus ou moins acceptables en fonction de l'âge du destinataire. La poursuite d'infractions impliquant l'utilisation de mots indécents ne peut toutefois être sélective. Une distinction doit être faite entre utiliser un mot vulgaire comme une insulte et le traiter comme une sorte « d'un intermède ».

Mots-clés : infraction, moralité publique, mots indécentes, pornographie, vulgarités

UTILIZZO DI PAROLE INDECENTI IN UN LUOGO PUBBLICO COME CONTRAVVENZIONE

Sintesi

La contravvenzione consistente nell'utilizzo di parole indecenti in un luogo pubblico è una delle azioni tipizzate nel capitolo XVI lesive del buon costume. Il suo elemento sostanziale consiste nella pubblicazione di un annuncio, di una scritta o di un disegno indecente o nell'utilizzo di parole indecenti. Sia il concetto di buon costume che quello di indecenza hanno un carattere non completamente definito. Analogamente è poco preciso il concetto di "parola indecente". Sia il buon costume che l'indecenza sono qualcosa di estremamente relativo e vengono percepiti diversamente da diversi gruppi sociali e considerati più o meno ammissibili a seconda dell'età del destinatario. La repressione delle contravvenzioni consistenti nell'utilizzo di parole indecenti non può tuttavia essere selettiva. Bisogna distinguere l'utilizzo di una parola volgare come insulto dal trattarla come uno specifico "intercalare".

Parole chiave: contravvenzione, buon costume, parole indecenti, pornografia, volgarità

Cytuj jako: Gołda-Sobczak M., Use of indecent words in a public place as a misdemeanour [Używanie słów nieprzyzwoitych w miejscu publicznym jako wykroczenie], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 61–76. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.43/m.golda-sobczak

Cite as: Gołda-Sobczak, M. (2019). 'Use of indecent words in a public place as a misdemeanour'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 61–76. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.43/m.golda-sobczak

**POJĘCIE „WŁAMANIE” W ŚWIETLE
TRANSAKCJI ZBLIŻENIOWEJ –
UWAGI NA TLE WYROKU SN Z 22.03.2017,
III KK 349/16**

MACIEJ KRUK*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.44/m.kruk

Niejednokrotnie tekst aktu prawnego, pozornie klarowny dla osoby nieposiadającej wykształcenia prawniczego, zyskuje istotnie się różniące znaczenie poprzez specyficzne rozumienie danego terminu w praktyce prawniczej. Zjawisko to jest szczególnie widoczne w wypadku pojęć, które zyskały autonomiczne znaczenie w języku prawnym, czy też pojęć nieostrych, które z samej swojej istoty nabierają treści wraz z kolejnymi ich użyciami, zarówno w praktyce orzeczniczej, jak i w pracach doktrynalnych.

Powodów takiego stanu rzeczy jest wiele. Wskazać można chociażby na atrybuty języka naturalnego, takie jak polisemia czy homonimia. Nie bez znaczenia jest również charakterystyka samego języka prawnego jako języka specjalistycznego¹. Ponadto doniosłą rolę w tym zakresie odgrywa wpływ pragmatyki na semantykę i związana z nim kontekstowość znaczenia, czy też oddziaływanie innych czynników pozajęzykowych². Należy również zwrócić uwagę na właściwości wynikające z potrzeb poszczególnych dogmatyk prawa, które operują swoistymi siatkami pojęciowymi, niejednokrotnie niezrozumiałymi dla przeciętnych użytkowników języka.

Właśnie ostatni z przytoczonych wyżej przykładów ma najbliższy związek z zagadnieniem, które będzie stanowiło oś niniejszego tekstu. Inspiracją i jednocześnie podstawą dokonywanej analizy jest wyrok SN z 22 marca 2017 r., stwierdzający,

* Mgr prawa, Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, e-mail: m.kruk@wpia.uw.edu.pl; ORCID: 0000-0002-9980-5364

¹ J. Pieńkos, *Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – prawo w języku*, Warszawa 1999, s. 64–77; S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego*, Warszawa 2017, s. 129 i n. Na temat relacji języka prawnego do języka etnicznego por. również T. Gizbert-Studnicki, *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa–Kraków 1986, s. 35–42.

² Por. A. Malinowski, *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006, s. 21.

że skuteczne wykonanie transakcji zbliżeniowej skradzioną kartą płatniczą wypełnia znamiona normy wynikającej z art. 279 § 1 k.k., tj. kradzieży z włamaniem³.

Tekst został podzielony na dwie zasadnicze części. W pierwszej kolejności zarysowana zostanie ewolucja rozumienia pojęcia „włamanie” w prawie karnym. Na szczególne uwzględnienie w tym zakresie zasługuje analiza wypracowanych przez orzecznictwo i doktrynę karnistyczną elementów konstytutywnych kradzieży z włamaniem. Druga część pracy będzie bezpośrednio dotyczyć tytułowego wyroku Sądu Najwyższego. Zestawienie spostrzeżeń wypływających z pierwszej części z egzegezą uzasadnienia wyroku pozwoli na komentarz do wniosków interpretacyjnych sformułowanych przez Sąd. Aprobacie linii orzeczniczej rozwijającej autonomiczne znaczenie pojęcia „włamanie” w prawie karnym towarzyszyć będą zastrzeżenia co do prawidłowej oceny mechanizmów rządzących zbliżeniovymi transakcjami płatniczymi.

ROZUMIENIE POJĘCIA „WŁAMANIE” W PRAWIE KARNYM

Zanim uwaga zostanie skierowana na zagadnienie ewolucji pojęcia „włamania” w praktyce prawniczej, wypada się odnieść do powszechnego rozumienia tego terminu. Tym sposobem wyraźniej zauważalne będą rozbieżności w stosunku do jego rozumienia prawniczego. Ponadto należy zgodzić się z opinią, że nie wydaje się pożądane zupełne pominięcie rozumienia słownikowego przy interpretacji przepisów prawa karnego⁴.

W literaturze wskazuje się, że cechą charakterystyczną powszechnego rozumienia „włamania” jest element akcentujący intensywność użycia siły fizycznej zastosowanej w celu usunięcia przeszkody utrudniającej dostęp do mienia⁵. Kolejnym elementem, który łączy się z takim rozumieniem tego pojęcia, jest wymóg, aby przełamanie zabezpieczenia skutkowało uzyskaniem dostępu do pomieszczenia zamkniętego. Tezy te znajdują odzwierciedlenie w definicjach zawartych w słownikach języka polskiego. Przykładowo, *Słownik języka polskiego PWN* podaje następującą definicję czasownika „włamać się”: „dostać się do zamkniętego pomieszczenia siłą, niszcząc urządzenia zabezpieczające; też: otworzyć siłą skrytkę, kasę itp. w celach rabun-

³ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 2017 r., III KK 349/16, OSNKW 2017, z. 9, poz. 50. Orzeczenie to doczekało się już komentarzy doktrynalnych – zarówno aprobujących: D. Krakowiak, *Płatność zbliżeniowa a kradzież z włamaniem. Glosa do wyroku SN z 22 marca 2017 r.*, III KK 349/16, LEX/el. 2017; S. Łagodziński, *Glosa do wyroku SN z 22 marca 2017 r.*, III KK 349/16, „Palestra” 2018, nr 9, s. 95–103; jak i krytycznych: Z. Kukuła, *Dokonanie płatności skradzioną kartą bankomatową. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 22.03.2017 r.*, III KK 349/1, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 7–8, s. 174–179; A. Lach, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r.*, sygn. III KK 349/161, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 5, s. 170–175; R. Sosik, *Wykorzystanie skradzionej karty płatniczej do wykonania płatności zbliżeniowych. Glosa do wyroku SN z dnia 22 marca 2017 r.*, III KK 349/16, „Glosa” 2018, nr 2, s. 121–127.

⁴ Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny i orzecznictwa sądów polskich*, „Nowe Prawo” 1967, nr 7–8, s. 902.

⁵ L. Wilk, *Komentarz do art. 279*, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II. *Komentarz art. 222–316*, Warszawa 2017, s. 635.

kowych”⁶. Jest ona zbieżna z wynikami badań ankietowych przeprowadzonych w 1966 r. przez J. Wróblewskiego, w świetle których włamanie charakteryzowane jest w powszechnym rozumieniu przez dwie czynności: użycie siły fizycznej i przełamanie zabezpieczenia⁷. Jak widać, wpływ ponad pół wieku nie zmienił zasadniczo rozumienia słowa „włamanie” w tym zakresie.

Warte zauważenia jest jednak, że w porównaniu do dekad powojennych, kiedy to termin „włamanie” po raz pierwszy zagościł w prawie karnym materialnym⁸, w powszechnym rozumieniu pojawiło się drugie znaczenie, będące następstwem potrzeby opisanego zjawisk związanych z rozwojem technologicznym. Mianowicie we wspomnianym *Słowniku języka polskiego PWN* podaje się jako drugą następującą definicję czasownika „włamać się”: „po pokonaniu zabezpieczeń bezprawnie odczytać lub zapisać dane w komputerze lub w sieci komputerowej”⁹. Kwestia ta zostanie jeszcze rozwinięta w dalszej części wywodu, jednak już teraz należy zasygnalizować, że jest to nowość, mająca istotne znaczenie w kontekście omawianego orzeczenia. Jednocześnie warto zastrzec, że odwołanie do definicji słownikowych w żadnym wypadku nie ma charakteru przesądającego o prawidłowości lub nieprawidłowości danego rozumienia. Zgodzić się należy z głosami przestrzegającymi przed instrumentalnym traktowaniem słowników w interpretacji prawniczej, znanym pod pojęciem *dictionary shopping*¹⁰. Wykorzystanie słowników w procesie ustalania znaczenia danego sformułowania może jednak służyć pomocą w celu poszukiwania potencjalnych linii użycia. Właśnie w takim zamiarze zostało zastosowane powyżej, dostarczając materiału porównawczego do badania rozumienia terminu „włamanie” w ujęciu prawniczym, do którego tym samym przejdziemy w następnej kolejności.

Na wstępie tej części zaznaczyć należy, że nadawanie pojęciom językowym autonomicznych znaczeń w praktyce prawnej, a także rozszerzanie zakresów takowych funkcjonuje w literaturze pod pojęciem „technicyzacji”, względnie „terminologizacji”¹¹. Zjawisko to ma miejsce w rozpatrywanym przypadku i jego akceptacja jest

⁶ *Słownik języka polskiego PWN*, wersja internetowa, www.sjp.pwn.pl/sjp/wlamac-sie;2536858 (dostęp: 19.10.2019).

⁷ J. Wróblewski, *Kradzież z włamaniem. Z zagadnień rozumienia tekstów prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1966, z. 2, s. 235.

⁸ Po raz pierwszy pojawił się on w art. 1 § 3 lit. c Dekretu z 4 marca 1953 r. o wzmożeniu ochrony własności społecznej (Dz.U. z 1953 r., Nr 17, poz. 68), który stanowił: „Kto zagarnia mienie społeczne (...) dokonując kradzieży z włamaniem, podlega karze więzienia od lat 2 do lat 10”.

⁹ *Słownik języka polskiego PWN*, op. cit. Zasygnalizować w tym momencie należy znaczne podobieństwo pomiędzy tak ujętą definicją a znamieniami przestępstwa zawartymi w art. 287 § 1 k.k. (oszustwo komputerowe). Jest to jeden z czynników wpływających na rozbieżność orzecznictwa w zakresie kwalifikacji czynów zabronionych związanych z transakcjami z użyciem karty płatniczej. Por. P. Opitek, *Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 2, s. 77–105. Na temat instytucji zawartej w art. 287 k.k. por. obszernie: P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 11–12, s. 43–75.

¹⁰ M. Matczak, *Why Judicial Formalism is Incompatible with the Rule of Law*, „Jurisprudence and Legal Philosophy eJournal” 2016, t. 8, z. 66, s. 24.

¹¹ S. Żółtek, *Znaczenie...*, op. cit., s. 145.

powszechna w judykaturze Sądu Najwyższego¹². W nauce prawa karnego wskazuje się, że dyskusja wokół znamion przestępstwa kradzieży z włamaniem od początku koncentrowała się na dwóch elementach: przełamaniu przez sprawcę zabezpieczenia w dostępie do przedmiotu kradzieży oraz zlokalizowaniu przedmiotu zaboru w pomieszczeniu zamkniętym¹³. Ograniczmy więc przedmiot zainteresowania do tych właśnie punktów, ze względu na ich istotną z perspektywy niniejszej analizy rolę.

Mniej wątpliwości dostarcza pierwszy z wyżej wymienionych elementów. Przede wszystkim obecnie bez zastrzeżeń przyjmuje się, że użycie siły fizycznej nie jest wymogiem koniecznym pokonania przez sprawcę zabezpieczenia w dostępie do mienia¹⁴. Trafnie podkreśla się, że wymóg spełnienia tego kryterium w sposób nieuzasadniony nagradzałby sprawców działających w sposób bardziej wyrafinowany¹⁵. Jednolita akceptacja tego stanowiska jest następstwem ewolucji w obrębie orzecznictwa rozpoczętej już na przełomie lat pięćdziesiątych i sześćdziesiątych, a także konsekwencją rozstrzygnięcia sporu zwolenników tzw. teorii niebezpieczeństwa i tzw. teorii zabezpieczenia na korzyść tych drugich¹⁶. Zwrócić jednak należy uwagę na potencjalnie problematyczną szerokość ujęcia przyjętej teorii, w świetle której głównym elementem jest fakt przeciwstawiania się woli dysponenta, a nie fakt przełamywania przeszkód materialnych, realnie broniących dostępu do pomieszczenia¹⁷. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuacje, wyłączając te, w których właściciel rzeczy wyzbywa się jej z zamiarem porzucenia, w których właściciel przynajmniej konkludentnie nie manifestowałby, że dany przedmiot należy do niego¹⁸.

Dla elementu przełamywania zabezpieczeń w dostępie do rzeczy nie ma znaczenia, czy ochrona mienia ma charakter elektroniczny, czy cyfrowy¹⁹. Jest to słuszne stanowisko, gdyż w związku z rozwojem technologicznym zabezpieczenia o takim charakterze są w powszechnym użyciu. Niewłaściwe byłoby różnicowanie kwalifikacji prawnej czynu w zależności od tego, czy, przykładowo, sprawca włamuje się do pomieszczenia hotelowego, do którego wejście uzyskuje się poprzez użycie odpowiedniej karty elektromagnetycznej, czy też tradycyjnego klucza mechanicznego. Także zabezpieczenia elektroniczne powiązane z kodem dostępu uważane są za swoisty odpowiednik fizycz-

¹² P. Nasuszny, *Treść i zakres pojęcia włamania jako okoliczności kwalifikującej przestępstwo kradzieży podstawowej w ujęciu doktryny i orzecznictwa sądowego*, w: L. Bogunia (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XIII, Wrocław 2003, s. 137. Por. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2006 r., III KK 358/06, OSNKW 2007, z. 2, poz. 17.

¹³ A. Marek, T. Oczkowski, *Kradzież z włamaniem*, w: R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 9. *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, Warszawa 2015, s. 86.

¹⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Kradzież z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1981, nr 10–12, s. 80–81.

¹⁵ P. Nowak, *Wykładnia znamienia „włamanie” na gruncie art. 279 § 1 Kodeksu karnego*, „Palestra” 2013, nr 7–8, s. 97.

¹⁶ A. Marek, T. Oczkowski, *Kradzież...*, op. cit., s. 88–92.

¹⁷ D. Pleńska, *Glosa do uchwały SN z 3.12.1966 r.*, VI KZP 42/66, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1968, nr 2, s. 83.

¹⁸ P. Nowak, *Wykładnia...*, op. cit., s. 97.

¹⁹ T. Oczkowski, *Komentarz do art. 279*, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 1663. Por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2004 r., V KK 144/04, OSNK 2004, z. 1, poz. 1533.

nego zamknięcia dostępu²⁰. Istotne jest jednak, że za zabezpieczenie poczytywana jest tylko taka przeszkoda, która ma charakter specjalny, utrudniający dostęp do rzeczy. Poza tym zakresem pozostają więc tzw. zwykłe zamknięcia²¹.

Wobec powyższego wydaje się, że elementem mogącym sprawić więcej trudności w zakresie kwalifikacji wypełnienia znamion przestępstwa kradzieży z włamaniem, jest ten drugi – określający miejsce, do którego zabezpieczenie (fizyczne, elektroniczne lub cyfrowe) ma bronić dostępu. W szczególności jest to uwarunkowane zasygnalizowaną tu obszernością przyjętej przez orzecznictwo oraz doktrynę teorii zabezpieczenia. Odrzucenie teorii niebezpieczeństwa, kładącej nacisk na realność i skuteczność zabezpieczenia na rzecz kierunku interpretacji dopuszczającej, by zabezpieczenie stanowiła każda przeszkoda, która w sposób jednoznaczny wskazuje na wolę dysponenta mienia zakazującego poprzez to zabezpieczenie dostępu do mienia osobom nieuprawnionym²², powoduje znaczne zbliżenie się typu kwalifikowanego kradzieży z włamaniem do typu podstawowego kradzieży zwykłej. Przy tak ujętym znaczeniu przeszkody nie ma bowiem większych przeciwwskazań, aby zakwalifikować jako kradzież z włamaniem zabór portfela z zabezpieczonej zasuniętym zamkiem błyskawicznym kieszeni ofiary. Zasunięcie zamka jednoznacznie przecież wskazuje na przejaw woli dysponenta mieniem ograniczenia dostępu do kieszeni osobom nieuprawnionym. Naturalnie interpretacja ta została celowo przerysowana, a co za tym idzie oczywiście nieprawidłowa. Przykład ten wypukla jednak wagę precyzyjnego określenia przestrzeni, do której zabezpieczenie ma bronić dostępu.

W klasycznym ujęciu za zasadniczą cechę kradzieży z włamaniem uznaje się umieszczenie przedmiotu zaboru w pomieszczeniu zamkniętym, przez które należy rozumieć ograniczenie określonej przestrzeni elementem konstrukcji²³. Zgodnie przyjmuje się przy tym, że pomieszczenie zamknięte musi być wytworem celowej aktywności ludzkiej²⁴. Określenie „pomieszczenie zamknięte” wyłącza jednocześnie spod kwalifikacji wolne przestrzenie, nawet jeżeli dostęp do nich jest ograniczony poprzez instalację struktur porządkowych, takich jak płoty, bariery, żywopłoty lub inne ogrodzenia, chociaż można spotkać też poglądy sprzeciwiające się takiej interpretacji²⁵. Wątpliwości klasyfikacyjnych jest skądinąd o wiele więcej, by wymienić chociażby spore zróżnicowanie poglądów dotyczące kategorii tzw. innych pomieszczeń zamkniętych, takich jak pojemniki (opakowania), zbiorniki czy urządzenia

²⁰ L. Wilk, *Komentarz...*, op. cit., s. 644.

²¹ P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko mieniu: przegląd problematyki, orzecznictwo (SN 1918-2000, piśmiennictwo, Kraków 2002, s. 48.*

²² A. Marek, T. Oczkowski, *Kradzież...*, op. cit., s. 89.

²³ W. Gutekunst, *O położeniu przedmiotu wykonawczego kradzieży z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1956, nr 11–12, s. 54.

²⁴ Działalność człowieka w tym zakresie może polegać też na odpowiednim przystosowaniu schowków i pomieszczeń wytworzonych przez naturę lub zwierzęta. Por. Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, Warszawa 1970, s. 22–23.

²⁵ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 279*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. III. Komentarz do art. 278–363*, wyd. 4, Warszawa 2016, s. 84. Spory te w rodzimej literaturze mają już bardzo długą historię – por. T. Dukiet-Nagórska, *Kradzież...*, op. cit., s. 75–77.

przesyłowe (rurociągi), których wspólną cechą jest to, że ich podstawową funkcją jest przechowywanie mienia, umożliwienie transportu itp.²⁶

Wątpliwości dotyczące prawidłowej klasyfikacji „pomieszczenia zamkniętego”, jakkolwiek mające istotne konsekwencje dla praktyki orzeczniczej, nie są jednak zagadnieniem relewantnym dla niniejszego artykułu. Jest nim natomiast postulat aktualizacji wykładni pojęcia „włamanie”, wnoszący o kwalifikację zachowania polegającego na przełamaniu zabezpieczeń na komputerze lub systemie komputerowym, elektronicznych urządzeniach bankowych (bankomatach) i dokonania dzięki temu zaboru pieniędzy, jako czynu przestępnego z art. 279 § 1 k.k., a nie art. 288 § 1 k.k. (oszustwo komputerowe)²⁷. Przytoczyć należy w tym miejscu stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 9 września 2004 r., sygn. V KK 144/04, według którego zabezpieczenie elektroniczne związane z kodem dostępu stanowi *sui generis* zamknięcie dostępu dla każdej osoby, która zamierza władać rzeczą, także dla osoby uprawnionej, i jest to wobec tego swoisty ekwiwalent fizycznego zamknięcia rzeczy w pomieszczeniu. Włamaniem więc jest nie tylko pokonanie przeszkody materialnej, ale również przełamanie zabezpieczeń elektrycznych, elektronicznych czy komputerowych²⁸.

Odnosząc się do tego stanowiska, wydaje się, że mamy w tym miejscu do czynienia z pomieszaniem dwóch różnych elementów: zabezpieczenia w dostępie do mienia i miejsca położenia samego mienia, do którego dostęp jest blokowany. Jak zostało wyrażone powyżej, w pełni należy podzielić pogląd zrównujący zabezpieczenia typu fizycznego z zabezpieczeniami typu elektronicznego lub cyfrowego. Uwaga ta jest z pewnością zasadna w stosunku do mienia znajdującego się w pomieszczeniu zamkniętym. W podawanych przykładach odmienna jest jednak lokalizacja rzeczy. Dokonania zaboru pieniędzy poprzez uzyskanie dostępu do systemu komputerowego czy elektronicznej bazy danych nie można traktować identycznie jak uzyskania dostępu do pomieszczenia zamkniętego lub tzw. innego pomieszczenia zamkniętego²⁹. Miejsca położenia rzeczy są bowiem w tych wypadkach diametralnie różne – pierwsze istnieją wirtualnie, są ciągiem danych numerycznych podlegającym zasadom odpowiednich języków programowania, drugie natomiast istnieją fizycznie, mają swoje określone miejsce w przestrzeni. Powyższe nie oznacza jednak, że sam kierunek rozumowania jest niewłaściwy. Wymaga on po prostu uzasadnienia. Nie może za nie służyć natomiast podanie argumentu o zrównaniu zabezpieczeń fizycznych z elektronicznymi lub cyfrowymi, gdyż dotyka on odrębnego zagadnienia – przeszkody w dostępie do mienia, nie zaś lokalizacji rzeczy.

²⁶ Kategoria ta została po raz pierwszy wyróżniona w literaturze przez Z. Bożyczkę. Por. Z. Bożyczko, *Kradzież z włamaniem...*, op. cit., s. 25–26.

²⁷ A. Marek, T. Oczkowski, *Kradzież...*, op. cit., s. 98.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2004 r., V KK 144/04, OSNK 2004, z. 1, poz. 1533.

²⁹ Na tę okoliczność zwracają również uwagę M. Wiśniewski i M. Żukowska, zauważając, że w dotychczasowych orzeczeniach, w których została przyjęta kwalifikacja wykonania nieuprawnionej transakcji zbliżeniowej kartą płatniczą jako kradzieży z włamaniem, sądy unikały odpowiedzi na pytanie o status konta bankowego jako zamkniętego pomieszczenia. Por. M. Wiśniewski, M. Żukowska, *Współczesne problemy rozumienia pojęcia „włamanie” na gruncie przepisu art. 279 § 1 k.k.*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 19 (1), s. 73.

Przy poszukiwaniu uzasadnienia dla rozciągnięcia zakresu znaczeniowego pojęcia kradzieży z włamaniem, tak aby obejmowałyby ono także czyny powiązane z uzyskaniem dostępu do danych komputerowych zawartych na kontach bankowych i podobnych, pomocą posłużyć może odwołanie się do drugiego, nowszego znaczenia słowa „włamanie” w języku potocznym. Gwoli przypomnienia, włamaniem w powszechnym rozumieniu jest także bezprawne odczytanie lub zapisanie danych w komputerze lub w sieci komputerowej, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń. Wydaje się, że wystarczającym argumentem na rzecz rozszerzenia wykładni przedmiotowego znamienia jest konstatacja, że język prawny podąża w tym zakresie za językiem powszechnym, akceptując nowo powstałe znaczenie pojęcia „włamanie”. Tym sposobem, obok pomieszczenia zamkniętego lub tzw. pomieszczenia zamkniętego, dopuszczalną lokalizacją mienia, wchodzącą w zakres pojęcia „włamanie” w rozumieniu prawnym, stają się również dane zapisane w komputerze lub w sieci komputerowej. Drugi zasadniczy element kradzieży z włamaniem, tj. pokonanie zabezpieczeń w dostępie do mienia, pozostaje bez zmian. Ze względów oczywistych przeszkody te będą miały jednak zawsze charakter elektroniczny lub cyfrowy.

Zbliżając się już do przedmiotu sprawy rozpatrywanej przez Sąd Najwyższy, należy pochylić się nad możliwością kwalifikacji zaboru pieniędzy wskutek użycia karty płatniczej jako kradzieży z włamaniem³⁰. Transakcje kartą płatniczą podlegają z reguły uniwersalnemu systemowi czterostronnemu, w którym uczestniczą cztery podmioty (wydawca, akceptant, instytucje rozliczeniowe i posiadacze kart), a sam proces przebiega wieloetapowo³¹. Większych problemów nie nastręcza zagadnienie lokalizacji rzeczy. Poprawny przebieg transakcji kartą płatniczą umożliwia klientowi dostęp do środków zgromadzonych na rachunku bankowym powiązanim z używaną kartą³². Rachunek bankowy natomiast nie jest niczym innym niż danymi w systemie komputerowym określonego banku, w których zmiany są dokonywane na zasadach określonych w umowie zawartej między właścicielem rachunku a prowadzącym rachunek oraz ogólnych warunkach prowadzenia i obsługi rachunków bankowych danego banku. Nie ulega więc wątpliwości, że dokonanie zaboru pieniędzy poprzez nieuprawnioną zmianę w zapisie danych wypełnia wyżej podane kryteria lokalizacji mienia przy przestępstwie kradzieży z włamaniem.

Do rozważenia zatem pozostaje kwestia spełnienia drugiego zasadniczego wymogu dotyczącego kradzieży z włamaniem, tj. przełamania zabezpieczenia w dostępie do mienia. Z punktu widzenia procesów teleinformatycznych zacho-

³⁰ Na temat problematyki statusu prawnego karty płatniczej w prawie karnym zob. rozważania zawarte w: R. Kędziora, *Charakter prawny kart płatniczych w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12, s. 59–69.

³¹ P. Opitek, *Kwalifikacja...*, op. cit., s. 82–83. Ze względu na stopień skomplikowania sekwencji, odniesienia do aspektów technicznych transakcji będą dokonywane wyłącznie w zakresie niezbędnym dla prowadzenia argumentacji. Szczegółowa analiza przebiegu transakcji i związanych z nią kwestii technicznych znajduje się w cytowanej pracy P. Opitka.

³² Karta jest powiązana z rachunkiem bankowym w przypadku kart debetowych, inaczej się rzecz przedstawia w wypadku kart kredytowych czy przedpłaconych. Różnica pomiędzy tymi typami kart płatniczych nie ma jednak znaczenia przy ocenie zagadnienia będącego przedmiotem artykułu. Także w razie nieuprawnionego użycia karty kredytowej lub przedpłaconej dochodzi do zmian danych teleinformatycznych, a mikroprocesor nie pełni funkcji zabezpieczenia.

dzących podczas transakcji z użyciem karty płatniczej zasadne jest przyjęcie, że rolę zabezpieczenia z pewnością wypełnia kod dostępu. Uwierzytelnienie dokonywane przez mikroprocesor zainstalowany w karcie odbywa się za pomocą dwóch informacji: znanej posiadaczowi karty (tj. PIN-u) oraz unikatowego klucza bezpieczeństwa zapisanego w chipie³³. Klucz bezpieczeństwa stanowi integralną część karty, zaś jego użycie odbywa się automatycznie, toteż trudno poczytywać, że pełni on rolę zabezpieczenia. Odmienne rzecz wygląda w wypadku personalnego kodu dostępu. Jeżeli do przeprowadzenia transakcji wymagane jest podanie kodu dostępu³⁴, to niemożliwa jest jej skuteczna realizacja bez wprowadzenia do terminala płatniczego odpowiadającego mu ciągu cyfr. Ponadto na użytkowniku karty ciąży określone obowiązki związane z niedostępnianiem osobom postronnym sekwencji kodu, a rażące niedbalstwo w tym zakresie może doprowadzić do jego nieograniczonej odpowiedzialności za nieautoryzowane transakcje płatnicze³⁵. W świetle powyższego nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać zabór pieniędzy dokonany wskutek nieuprawnionego użycia karty płatniczej za wypełniający znamiona przestępstwa opisanego w art. 279 § 1 k.k., pod warunkiem, że w trakcie tego działania doszło do przełamania zabezpieczenia w postaci kodu dostępu.

UWAGI NA TLE ORZECZENIA III KK 349/16

Tym samym dochodzimy do problemu, z którym musiał się zmierzyć Sąd Najwyższy w tytułowym orzeczeniu, tj. zagadnienia kwalifikacji prawnej transakcji zbliżeniowej, polegającej na zaborze mienia wskutek dokonania transakcji kartą płatniczą w sposób bezpośredni³⁶, niewymagającej przy tym użycia kodu dostępu. W rzeczonym wyroku Sąd Najwyższy uznał, że transakcje tego typu spełniają znamiona kradzieży z włamaniem. Przypatrzmy się więc bliżej przedstawionym w uzasadnieniu argumentom na poparcie tej decyzji.

W pierwszym rzędzie Sąd Najwyższy wyraził opinię, iż kierunek, zgodnie z którym akcent w zakresie wykładni terminu „włamanie” położony zostaje na sam fakt przełamania zabezpieczeń zamykających dostęp do mienia i zarazem jednoznacznie manifestujących wolę dysponenta mienia niedopuszczenia do niego niepowołanych osób, zasługuje na aprobatę³⁷.

Po przeprowadzeniu przybliżenia rozumienia pojęcia kradzieży z włamaniem w orzecznictwie, Sąd Najwyższy przeszedł do najbardziej interesującego nas zagad-

³³ P. Opitek, *Kwalifikacja...*, op. cit., s. 87.

³⁴ Będzie to miało miejsce przy większości przypadków płatności bezpośrednich, wyłączając transakcje zbliżeniowe do kwoty 50 zł oraz te wymagające autoryzacji poprzez wykonanie podpisu zgodnego z podpisem widniejącym na karcie płatniczej (metoda ta jest jednak już rzadko wykorzystywana).

³⁵ Por. art. 46 ust. 3 Ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, Dz.U. z 2011 r., Nr 199, poz. 1175 (tj. opracowany na podstawie Dz.U. z 2016 r., poz. 1572, 1997; z 2017 r., poz. 1089), dalej: UUP.

³⁶ Tzn. niewykorzystujący pośrednictwa systemów płatności internetowej itp.

³⁷ Tym samym jednoznacznie opowiadając się za przedstawioną teorią zabezpieczenia.

nienia, tj. kwestii kwalifikacji transakcji płatniczych dokonanych z użyciem cudzej karty płatniczej. Przedstawił on jako „utrwalony w orzecznictwie i niekwestionowany w piśmiennictwie” pogląd, według którego transakcje bankowe wymagające podania kodu PIN uznać należy za kradzież z włamaniem³⁸. Następnie skład orzekający poddał pod rozagę istotę funkcji, jaką spełnia kod dostępu, dochodząc do wniosku, że kod PIN „jest oczywiście istotnym zabezpieczeniem dostępu do środków zgromadzonych przez właściciela karty płatniczej, ale zabezpieczeniem dodatkowym. Tym pierwotnym bowiem jest konstrukcja karty płatniczej, która zawiera mikroprocesor umożliwiający dokonywanie wszelkich transakcji, w tym również zbliżeniowych, bez użycia kodu PIN”. Wobec tego Sąd Najwyższy uznał, że samo przybliżenie karty płatniczej do terminalu skutkuje przedostaniem się do rachunku bankowego właściciela karty, co jest równoznaczne z przełamaniem bariery elektronicznej w systemie bankowej płatności bezgotówkowej. Takie zachowanie z kolei, zdaniem składu orzekającego, wypełnia znamiona włamania w drodze przełamania zabezpieczeń elektronicznych i zaboru mienia w postaci wartości pieniężnych zapisanych w systemie informatycznym banku.

Powyższe stanowisko wymaga komentarza. Istotnym elementem przedstawionego wyводу jest stwierdzenie, że pierwotnym zabezpieczeniem środków zgromadzonych na rachunku bankowym jest sama konstrukcja karty płatniczej, ściślej zaś – zainstalowany w niej mikroprocesor. Zdaniem autora tego artykułu jest to dyskusyjna teza. Analiza aspektów technicznych transakcji pieniężnej z użyciem karty płatniczej nie wskazuje bowiem, aby mikroprocesor miał pełnić funkcję zabezpieczenia. Najłatwiej będzie to wykazać na przykładzie transakcji kartowej z użyciem kodu dostępu, następnie zaś zestawzić tak uzyskane informacje z przebiegiem transakcji zbliżeniowej niewymagającej podania kodu PIN. Mikroprocesor pełni funkcję swoistego mózgu sterującego całym procesem, gdyż to on jest odpowiedzialny za wymianę danych z terminalem od strony karty płatniczej dzięki oprogramowaniu, które kontroluje odczyt i zapis danych w pamięci elektronicznej³⁹. Sam proces uwierzytelnienia natomiast jest dokonywany za pomocą unikatowego klucza bezpieczeństwa zapisanego w chipie oraz wpisania na klawiaturze terminala prawidłowego kodu PIN⁴⁰. W przypadku wystąpienia nieprawidłowości w trakcie autoryzacji do transakcji nie dochodzi. Uchybienie natomiast może dotyczyć w tym wypadku tylko niepoprawnego podania kodu dostępu lub, co jest już dość rzadką praktyką, wykonania podpisu niezgodnego ze wzorem umieszczonym na karcie⁴¹. W przypadku transakcji zbliżeniowych do wysokości 50 zł wymóg autoryzacji kodem lub podpisem co do zasady nie obowiązuje. Zwraca więc uwagę, że rolę przeszkody w dostępie do środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku

³⁸ Jest to zgodne z przedstawionym we wcześniejszej części artykułu stanowiskiem autora.

³⁹ Por. P. Opitek, *Kwalifikacja...*, op. cit., s. 87–88.

⁴⁰ Ibidem s. 87.

⁴¹ Kolejną możliwością jest stwierdzenie przez akceptanta braku uprawnień do posługiwania się danym instrumentem płatniczym przez płatnika w wypadku transakcji przeprowadzanych z udziałem czynnika ludzkiego. Taki odpowiednik na akceptancie ciąży na podstawie rozdziału 6 UUP. Praktyka życia codziennego pokazuje jednak, że takie przypadki należą do rzadkości – z reguły karta nie opuszcza nawet dłoni płatnika.

bankowym właściciela karty pełni wymóg wykonania uwierzytelnienia⁴². Samemu mikroprocesorowi, choć steruje on procesem od strony technicznej, nie sposób przypisać roli zabezpieczenia⁴³, gdyż w przypadkach transakcji niewymagających autoryzacji jest on, a właściwie karta, której jest integralną częścią, bezbronnym narzędziem w rękach aktualnego posiadacza⁴⁴. Może on przykładać kartę płatniczą do terminali płatniczych, nie napotykając przy tym żadnej rzeczywistej przeszkody, pod warunkiem, że wartość dokonywanych płatności nie przekracza 50 zł i nie został przekroczony limit na dokonywanie transakcji zbliżeniowych ustanowiony przez bank⁴⁵.

Wydaje się, że właśnie względ na ten brak zabezpieczenia był jedną z przyczyn wydania przez Radę ds. Systemu Płatniczego rekomendacji ograniczenia odpowiedzialności płatnika za nieautoryzowane transakcje bezstykowe do równowartości kwoty 50 euro⁴⁶. Jest to zauważalne ograniczenie odpowiedzialności w stosunku do przewidzianej ustawowo kwoty trzykrotnie wyższej, która pozostaje aktualna w przypadku transakcji chipowych⁴⁷. Przeprowadzane badania regulacji obowiązujących na rynku bankowym pokazują, że już na początku 2015 r. banki dostosowały się do zaleceń Rady ds. Systemu Płatniczego⁴⁸.

Oponenci przedstawionego poglądu mogą argumentować, opierając się na założeniach teorii zabezpieczenia, że istota włamania nie sprowadza się do rzeczywistego przełamania przeszkody chroniącej dostępu do rzeczy, lecz na zachowaniu, którego podstawową cechą jest nieposzanowanie wyrażonej przez dysponenta rzeczy woli zabezpieczenia jej przed innymi osobami⁴⁹. Wystarczające w tym rozumieniu jest istnienie zewnętrznej bariery jednoznacznie sygnalizującej, że celem zainstalowania było wykluczenie dostępu do danego przedmiotu przez

⁴² Na okoliczność braku przełamывanego zabezpieczenia przy transakcjach zbliżeniowych zwracają uwagę komentatorzy w glosach krytycznych do orzeczenia Sądu Najwyższego, wymienieni w przypisie nr 3, a także Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 27 listopada 2018 r., II AKa 307/18, opublikowanym w „Kwartalniku Sądowym Apelacji Gdańskiej” 2019, nr 1, s. 197–213.

⁴³ W tym duchu Sąd Apelacyjny w Gdańsku, który w cytowanym wyroku II AKa 307/18 stwierdza, że „mikroprocesor znajdujący się na karcie stanowi jedynie indyferentny z punktu widzenia znamion określonych w art. 279 § 1 k.k. mechanizm umożliwiający komunikowanie się z systemem informatycznym banku, który wydał kartę i realizację płatności za pomocą karty płatniczej”.

⁴⁴ Stwierdzenie to jest prawdziwe przynajmniej w odniesieniu do transakcji zbliżeniowych w wysokości do 50 zł realizowanych w różnego typu kasach i automatach samoobsługowych. W transakcjach z udziałem czynnika ludzkiego zawsze istnieje prawdopodobieństwo interwencji akceptanta.

⁴⁵ Por. J. Blikowska, *Zadłużenie offline kartą płatniczą. Na koncie może powstać debet*, <http://www.rp.pl/Jak-zarzadzac-wydatkami/310029982-Zadluzenie-offline-karta-platnicza-Na-koncie-moze-powstac-debet.html> (dostęp: 19.10.2019).

⁴⁶ Por. Komunikat prasowy dotyczący rekomendacji Rady ds. Systemu Płatniczego w zakresie bezpieczeństwa kart zbliżeniowych z dnia 30 września 2013 r., https://www.nbp.pl/systemplatniczy/rada/20130930_rsp_rekomendacje.pdf (dostęp: 19.10.2019).

⁴⁷ Por. art. 46 ust. 2 UUP.

⁴⁸ W. Boczoń, *Złodziej nie wyczyści już konta kartą zbliżeniową*, <https://prnews.pl/zlodziejnie-wyczysci-juz-konta-karta-zblizeniowa-4208> (dostęp: 19.10.2019).

⁴⁹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz...*, op. cit., s. 80.

osoby nieuprawnione⁵⁰. Zastosowanie tej interpretacji w odniesieniu do nieautoryzowanych transakcji bezstykowych niewymagających podania kodu dostępu jest jednak problematyczne z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, jak zostało już wykazane, w przypadku transakcji zbliżeniowych ciężko doszukać się jakiegokolwiek realnie istniejącego zabezpieczenia, ewentualnie przeszkody. Nietrafne jest traktowanie jako takiego mikroprocesora, ponieważ pełni on odmienne funkcje w procesie transakcji i nie stanowi jakiegokolwiek przeszkody w jej realizacji, o ile nie towarzyszy temu wymóg autoryzacji kodem PIN. Zwraça uwagę brak charakterystycznej dla kradzieży z włamaniem dwuetapowości zachowania – przełamania zabezpieczenia i następnie zaboru w celu przywłaszczenia⁵¹. Również z praktyki orzeczniczej i komentarzy doktryny wynika, że nie może być mowy o włamaniu wtedy, gdy dostęp do rzeczy nie wymaga jakiegokolwiek realnego wysiłku⁵². Po drugie, jak zostało zasygnalizowane we wcześniejszej części wywodu, traktowanie każdego przejawu nieposzanowania woli dysponenta rzeczy jako istotnego w kontekście kwalifikacji zachowania jako kradzieży z włamaniem byłoby zbyt szerokim pojęciem koncepcji włamania, gdyż w zasadzie tylko w wypadku porzucenia rzeczy jej właściciel nie manifestuje, że nie chce, aby miały do niej dostęp osoby nieuprawnione⁵³. Nie można, przykładowo, zasadnie uznać wizerunek imienia i nazwiska właściciela na karcie płatniczej za przejaw woli ustanowienia zabezpieczenia przed potencjalną ingerencją osób nieuprawnionych. Należy raczej przychylić się do stanowiska, że decydując się na kartę płatniczą z funkcją płatności zbliżeniowych, użytkownik karty świadomie podejmuje ryzyko związane z brakiem zabezpieczenia transakcji bezstykowych do określonej kwoty⁵⁴.

Komentując zagadnienie kradzieży z włamaniem, warto jeszcze odnieść się do uwag zawartych w, skądinąd powoływanym przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu omawianego orzeczenia, niedawno opublikowanym tekście T. Buchańca⁵⁵. Autor wskazuje w nim, że w orzecznictwie i doktrynie prawa cywilnego dominujący jest pogląd, iż środki pieniężne znajdujące się na rachunku bankowym nie stanowią własności posiadacza tego rachunku, lecz samego banku, posiadaczowi zaś przysługuje jedynie roszczenie wobec banku o ich zwrot na każde jego żądanie⁵⁶. Skutkiem tego, z punktu widzenia prawa cywilnego, sprawca nie rozdysonowuje środkami

⁵⁰ Por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 8 października 2002 r., VIII AKa 505/02, „Prokuratura i Prawo – wkładka” 2004, nr 10, poz. 21.

⁵¹ A. Lach, *Glosa...*, op. cit., s. 172.

⁵² Tytułem przykładu, nie jest włamaniem, jeżeli sprawca dostaje się do pomieszczenia, otwierając drzwi pozostawionym kluczem w zamku lub gdy drzwi są zamknięte urządzeniem, które każdy może otworzyć; nie można też uznać za włamanie, jeżeli sprawca dostał się do pomieszczenia poprzez niezabezpieczony inny otwór umożliwiający swobodny dostęp do określonego wnętrza. Por. A. Marek, T. Oczkowski, *Kradzież...*, op. cit., s. 92 oraz zawarte tamże literaturę oraz orzecznictwo.

⁵³ Por. L. Hochberg, *Rzecz o włamaniu*, „Nowe Prawo” 1956, nr 9, s. 78.

⁵⁴ Tak SA w Gdańsku, II AKa 307/18; R. Sosik, *Wykorzystanie...*, op. cit., s. 125.

⁵⁵ T. Buchaniec, *Nieuprawnione posłużenie się cudzą kartą płatniczą w celu realizacji płatności w technologii zbliżeniowej – problematyka subsumpcji zachowania sprawcy pod właściwy przepis ustawy karnej*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny” 2016, nr 2 (31), s. 51–62.

⁵⁶ A. Kawulski, *Prawo bankowe – komentarz*, Warszawa 2013, s. 263–268.

pieniężnymi posiadacza rachunku bankowego, lecz samego banku, z czym skorelowana jest zmiana stanu wierzytelności przysługującej posiadaczowi rachunku wobec banku⁵⁷.

Przyjęcie rozumienia cywilistycznego pociągałoby za sobą istotne konsekwencje. Po pierwsze, przedmiotem czynności wykonawczej przy przestępstwie kradzieży jest „cudza rzecz ruchoma”. Pojęcie to natomiast jest zakresowo węższe niż pojęcie „mienia” i nie obejmuje praw majątkowych, w tym wierzytelności⁵⁸. Natomiast szkoda posiadacza karty polega właśnie na zmniejszeniu wysokości przysługującej mu wierzytelności. W takim rozumieniu znamię przedmiotu czynności wykonawczej może być, co prawda, wypełnione poprzez uznanie za takie pieniądze banku, jednak w takim wypadku zmianie podlega tożsamość pokrzywdzonego w opisie czynu zabronionego⁵⁹. W związku z tym wysuwa się postulat traktowania jako pokrzywdzonych dwóch podmiotów: osoby fizycznej i banku⁶⁰. Po drugie, w trakcie realizacji transakcji kartowej sprawca nie wchodzi w posiadanie pieniędzy, lecz powoduje ich transfer między rachunkami bankowymi, co jest zdecydowanie bliższe pojęciu rozporządzenia mieniem występującym w art. 286 § 1 k.k. niż zaborowi rzeczy ruchomej⁶¹.

Argumentację prowadzoną przez autora można podsumować jako odnoszącą się do kwestii znaczenia pojęcia prawnego w tzw. przypadkach międzygałęziowych⁶² – modyfikacji ulega w nich przyjęta kolejność zastosowania dyrektyw semantycznych⁶³. Trafnie podkreśla się w literaturze, że dla prawa karnego w tej sytuacji najważniejszym zadaniem jest ustalenie chronionego dobra prawnego w celu wyboru takiego znaczenia, które będzie mogło najpełniej dane dobro zabezpieczyć⁶⁴.

Odnosząc się do wyżej wyrażonych argumentów, Sąd Najwyższy nie uznaje za zasadne przyjęcia cywilistycznego rozumienia instytucji rachunku bankowego, zgodnie z którym nieuprawnione dokonanie transakcji bezstykowej cudzą kartą płatniczą jest bezgotówkowym rozliczeniem pieniężnym, którego skutkiem jest dokonanie zmiany stanu wierzytelności jaka przysługuje posiadaczowi rachunku wobec banku⁶⁵. Sąd Najwyższy formułuje swoje stanowisko w następującym fragmencie:

niezależnie bowiem od tego kto finalnie doznaje uszczerbku w efekcie działania osoby nieuprawnionej do posługiwania się kartą płatniczą, a co wynika z odrębnych regulacji i na co sprawca nie ma wpływu ani zapewne nie jest tego świadom, bezsporne jest, że doko-

⁵⁷ T. Buchanec, *Nieuprawnione...*, op. cit., s. 54.

⁵⁸ Ibidem, s. 55.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ M. Wiśniewski, M. Żukowska, *Współczesne...*, op. cit., s. 73.

⁶¹ T. Buchanec, *Nieuprawnione...*, op. cit., s. 56

⁶² Ma to miejsce wtedy, kiedy pojęcie ukształtowane przez doktrynę określonej gałęzi prawa zostaje wykorzystane na potrzeby normy karnej. Por. S. Żółtek, *Znaczenie...*, op. cit., s. 394 i n.

⁶³ Por. P. Wiatrowski, *Dyrektywowy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego...*, op. cit., s. 59–94.

⁶⁴ S. Żółtek, *Znaczenie...*, op. cit., s. 395. Por. również rozważania Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 29 sierpnia 2012 r., V KK 419/11, OSNKW 2012, z. 12, poz. 133.

⁶⁵ Por. M. Porzycki, *Komentarz do art. 63*, w: F. Zoll (red.), *Prawo bankowe – komentarz*, t. I, Kraków 2005, s. 554.

nując płatności skradzioną kartą, doprowadza do zmniejszenia aktywów na rachunku właściciela karty. W istocie dokonuje więc włamania w drodze przełamania zabezpieczeń elektronicznych i zaboru mienia w postaci wartości pieniężnych zapisanych w systemie informatycznym banku, mimo że fizycznie nie obejmuje ich w posiadanie, otrzymując w zamian ich ekwiwalent w postaci towaru czy usługi.

Należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego. Przeszczepienie instytucji rachunku bankowego uformowanej na potrzeby obrotu cywilnoprawnego nie byłoby użyteczne dla potrzeb karnistyki. Dla prawa karnego istotnym zdarzeniem jest dokonanie nieuprawnionej transakcji kartą płatniczą, do której dostęp w sposób niepowołany uzyskał sprawca, skutkującej uszczupleniem środków pieniężnych na rachunku właściciela karty. Traktowanie tej sytuacji jako rozporządzenia wierzytelnością właściciela wobec banku pociągałoby za sobą niepotrzebne komplikacje. Stosunki posiadacza rachunku bankowego z instytucją finansową są uregulowane odrębnymi regulacjami, przede wszystkim umową zawartą pomiędzy tymi podmiotami, i nie leży w sferze zainteresowania prawa karnego wkraczanie w tę materię. Pomimo słuszności postulatu traktowania pojęć prawnych jednakowo, bez względu na gałąź prawa, do której się odnoszą⁶⁶, wydaje się, że w tym wypadku niezgodność pomiędzy prawem cywilnym a prawem karnym jest uzasadniona.

UWAGI KOŃCOWE

Pochylając się nad ewolucją rozumienia obecnego art. 279 § 1 k.k. w praktyce orzeczniczej, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że proces rozszerzania zakresu znaczeniowego pojęcia „włamanie” można porównać do działania efektu kuli śnieżnej. Z początkowo dość wąskiego ujęcia z każdą upływającą dekadą termin ten obejmuje coraz większą różnorodność stanów faktycznych. Oczywiście, zjawisko to samo w sobie nie świadczy o błędnym kierunku praktyki orzeczniczej. Nierzadko wręcz można uznać taki stan rzeczy za pożądaný i konieczny w kontekście nieustannej pogoni prawa za uciekającą rzeczywistością. Wydaje się, że jedynym racjonalnym zaleceniem, jakie można sformułować wobec tego zjawiska, jest przestrzeżenie przed próbami generalizacji i zachęcenie do dokonywania ocen *ad casum*. Taki też był zamysł powziętego w niniejszym tekście przedsięwzięcia.

Bez cienia wątpliwości zagadnienie kwalifikacji prawnej przestępstw związanych z użyciem kart płatniczych jest wysoce wymagające. Świadczy o tym fakt, że w obecnym stanie prawnym, w zależności od okoliczności działania przestępnego (np. uwzględnienie udziału akceptanta, sposobu uwierzytelnienia transakcji, rodzaju zastosowanego zabezpieczenia elektronicznego), może ono wypełniać znamiona trzech, czy nawet czterech (jeśli zaliczymy zwykły typ kradzieży), norm prawa karnego⁶⁷. Ponadto do rzetelnej oceny zachowania sprawcy niezbędne jest posiadanie wiedzy na temat funkcjonowania kart płatniczych od strony technicz-

⁶⁶ S. Żółtek, *Znaczenie...*, op. cit., s. 394–397.

⁶⁷ Mowa o normach wyprowadzanych z art. 278 § 1, 279 § 1, 286 § 1 i 287 § 1 k.k. Por. P. Opitek, *Kwalifikacja...*, op. cit., s. 88–105; M. Wiśniewski, M. Żukowska, *Współczesne...*, op. cit., s. 72–74.

nej. Potrzeba spełnienia szeroko wyrażanego w doktrynie postulatu – do którego, wnioskując z tez zawartych w uzasadnieniu wyroku, zapewne przychyliły się również Sąd Najwyższy – wprowadzenia dopasowanych do specyfiki zagadnienia unormowań dotyczących przestępstw dokonywanych w związku z użyciem kart płatniczych wydaje się bezdyskusyjna⁶⁸. Sąd Najwyższy, stając przed niełatwym zadaniem adaptacji tekstu ustawy niedostosowanego do rzeczywistej praktyki społecznej, postawił na kontynuację stopniowego rozszerzania zakresu znaczeniowego pojęcia „włamanie” w prawie karnym, postanawiając, że znamiona czynu zabronionego, którego podstawę stanowi art. 279 § 1 k.k., spełnia także nieuprawniona realizacja transakcji zbliżeniowej niewymagająca podania kodu PIN.

Jak wynika jednak z przeprowadzonej we wcześniejszej części wywodu analizy, brak wymogu podania kodu dostępu skutkuje niemożnością zadośćuczynienia przez działanie sprawcy jednemu z dwóch konstytutywnych elementów przyjmowanego w karnistyce pojęcia „włamanie”, mianowicie konieczności przełamania zabezpieczenia w dostępie do mienia. Sąd Najwyższy, przyjmując, że mikroprocesor pełni funkcję zabezpieczenia, koncentruje się na tożsamości celu i sposobu działania sprawcy w wypadku dokonywania transakcji kartowej z użyciem kodu PIN lub bez tego elementu, konkludując, że nie ma on wpływu na kwalifikację prawną⁶⁹. Zdaniem autora tego artykułu jest to rozumowanie błędne. Zostało to spowodowane nieprawidłową oceną roli mikroprocesora w procesie transakcji płatniczej i niedostrzeżeniem faktu, że kod dostępu stanowi jedyne realne zabezpieczenie chroniące posiadacza karty przed uszczupleniem jego stanu majątkowego w okolicznościach nieuprawnionego użycia karty płatniczej. Kazus ten pokazuje, że pozornie mało znaczący niuans techniczny może mieć doniosłe znaczenie w wypadku dokonywania ocen dotyczących kwalifikacji prawnej czynów związanych z nowościami technologicznymi. W szczególności ma to duże znaczenie w obrębie prawa karnego, które ze swej istoty wymaga szczególnej dbałości o staranne różnicowanie sytuacji do siebie podobnych, jednak nietożsamy.

W przedmiotowej sprawie określony wniosek interpretacyjny doprowadził do kwalifikacji czynu sprawcy jako przestępstwa typu kwalifikowanego. Warto odnotować, że za uzasadnienie dla wyższej karalności w przypadku kradzieży z włamaniem podaje się takie przyczyny jak zwiększenie braku poszanowania dla cudzej własności czy też sposób działania sprawcy polegający na większym nasileniu złej woli, większej zuchwałości niż u zwykłego złodzieja kradnącego cudze mienie w celu przywłaszczenia⁷⁰. Zestawiając te argumenty z przebiegiem transakcji zbliżeniowej, staje się wyraźne, dlaczego doktryna i orzecznictwo w trakcie kilkudziesięcioletniej praktyki wypracowały rozumienie pojęcia „włamanie” wymagające

Na rozbieżności w kwalifikacji prawnej nieuprawnionego użycia karty płatniczej w trybie zbliżeniowym w praktyce orzeczniczej wskazuje R. Sosik, *Wykorzystanie...*, op. cit., s. 124.

⁶⁸ Tak również Z. Kukuła, *Dokonywanie...*, op. cit., s. 179. Por. przeciwne stanowisko wyrażone w: M. Wiśniewski, M. Żukowska, *Współczesne...*, op. cit., s. 75. Warto jednak wskazać, że wniosek ten Autorzy odnoszą do treści art. 279 § 1 k.k., a nieuprawnione wykonanie transakcji zbliżeniowej kartą płatniczą postulują kwalifikować jako przestępstwo stypizowane w art. 278 § 1 k.k.

⁶⁹ Podobnie w głosie aprobującej S. Łagodziński, *Glosa...*, op. cit.

⁷⁰ Por P. Nowak, *Wykładnia...*, op. cit., s. 95 i literatura tam zawarta.

przełamania choćby minimalnego zabezpieczenia, które można uznać za przejaw woli dysponenta mieniem niedopuszczenia do niego osób trzecich⁷¹.

Do rozważenia w tym kontekście pozostaje ponadto zgodność przyjętego rozwiązania z zasadą *nullum crimen sine lege* w aspekcie *certa*. Szczególnie wątpliwe wydaje się, czy z punktu widzenia potencjalnych sprawców możliwe jest jednoznaczne odtworzenie ustawowego zespołu znamion typu czynu zabronionego. Innymi słowy, powstaje pytanie, czy sprawca czynu polegającego na dokonaniu płatności zbliżeniowej może jednoznacznie stwierdzić, czy jego zachowanie wypełnia znamiona przestępstwa kradzieży z włamaniem. Zagadnienie dotyczy więc tzw. funkcji wewnętrznej określoności czynu⁷². Za potwierdzenie wątpliwości w tym zakresie może posłużyć dotychczasowa rozbieżność w orzecznictwie sądów niższych instancji w podobnych sprawach.

Wreszcie zauważyć należy, że rezygnacja z twierdzenia, iż na gruncie transakcji zbliżeniowej dochodzi do przełamania zabezpieczenia, oznaczać musi przeniesienie problemu na grunt prawa wykroczeń. Materialna wartość uszczerbku powstającego w wyniku transakcji zbliżeniowej nigdy nie przekroczy bowiem kwoty przepoławiającej kradzież i tym samym uzasadniającej jej zakwalifikowanie jako przestępstwo (art. 278 § 1 k.k.), o ile nie zajdzie sytuacja działania w ramach czynu ciągłego⁷³.

Analiza tytułowego zagadnienia wskazuje na tak istotne wątpliwości, iż niezwłoczna ingerencja ustawodawcy w omawianym zakresie wydaje się niezbędna. Obecnie istniejący stan prawny, zwłaszcza w obliczu rozbieżności orzeczniczych, stwarza wysoce niepożądany stan niepewności prawnej. Za dodatkowe potwierdzenie tej potrzeby może służyć fakt, że już po wydaniu tytułowego orzeczenia Sąd Apelacyjny w Gdańsku w cytowanym już wyroku z 27 listopada 2018 r., sygn. akt II AKa 307/18, zajął odmienne niż Sąd Najwyższy stanowisko odnośnie do kwalifikacji dokonania płatności zbliżeniowej jako kradzieży z włamaniem.

BIBLIOGRAFIA

- Blikowska J., *Zadłużenie offline kartą płatniczą. Na koncie może powstać debet*, <http://www.rp.pl/Jak-zarzadzac-wydatkami/310029982-Zadluzenie-offline-karta-platnicza-Na-koncie-moze-powstac-debet.html> (dostęp: 19.10.2019).
- Boczoń W., *Złodziej nie wyczyści już konta kartą zbliżeniową*, <http://prnews.pl/zlodziej-nie-wyczysci-juz-konta-karta-zblizeniowa-4208> (dostęp: 19.10.2019).

⁷¹ Na temat konsekwencji ukonstytuowania kradzieży z włamaniem jako przestępstwa typu kwalifikowanego por. również trafne uwagi T. Dukiet-Nagórskiej, w: T. Dukiet-Nagórska, *Kradzież...*, op. cit., s. 83–85.

⁷² Por. T. Sroka, *Komentarz do art. 42 ust. 1*, w: M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 1033–1034.

⁷³ Por. jednak rozważania A. Lacha, który argumentuje, że po nowelizacji Ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r., poz. 768, można przyjąć, że właściwym przepisem do kwalifikowania zaboru środków pieniężnych zapisanych na rachunku jest art. 278 § 1 k.k., bez względu na wysokość wyrządzonej szkody. Por. A. Lach, *Glosa...*, op. cit., s. 172–174.

- Bożyczko Z., *Kradzież z włamaniem i jej sprawca*, Warszawa 1970.
- Bożyczko Z., *Kradzież z włamaniem w świetle doktryny i orzecznictwa sądów polskich*, „Nowe Prawo” 1967, nr 7–8.
- Buchaniec T., *Nieuprawnione posłużenie się cudzą kartą płatniczą w celu realizacji płatności w technologii zbliżeniowej – problematyka subsumpcji zachowania sprawcy pod właściwy przepis ustawy karnej*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny” 2016, nr 2 (31).
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Komentarz do art. 279*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III. *Komentarz do art. 278–363*, wyd. 4, Warszawa 2016.
- Dukiet-Nagórska T., *Kradzież z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1981, nr 10–12.
- Gizbert-Studnicki T., *Język prawny z perspektywy socjolingwistycznej*, Warszawa–Kraków 1986.
- Gutekunst W., *O położeniu przedmiotu wykonawczego kradzieży z włamaniem*, „Nowe Prawo” 1956, nr 11–12.
- Hochberg L., *Rzecz o włamaniu*, „Nowe Prawo” 1956, nr 9.
- Kardas P., *Oszustwo komputerowe w Kodeksie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 11–12.
- Kardas P., Satko J., *Przestępstwa przeciwko mieniu: przegląd problematyki, orzecznictwo (SN 1918–2000), piśmiennictwo*, Kraków 2002.
- Kawulski A., *Prawo bankowe – komentarz*, Warszawa 2013.
- Kędziora R., *Charakter prawny kart płatniczych w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12.
- Komunikat prasowy dotyczący rekomendacji Rady ds. Systemu Płatniczego w zakresie bezpieczeństwa kart zbliżeniowych z dnia 30 września 2013 r., https://www.nbp.pl/system-płatniczy/rada/20130930_rsp_rekomendacje.pdf (dostęp: 19.10.2019).
- Krakowiak D., *Płatność zbliżeniowa a kradzież z włamaniem. Glosa do wyroku SN z 22 marca 2017 r.*, III KK 349/16, LEX/el. 2017.
- Kukuła Z., *Dokonanie płatności skradzioną kartą bankomatową. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 22.03.2017 r.*, III KK 349/1, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 7–8.
- Lach A., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r.*, sygn. III KK 349/161, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 5.
- Łagodziński S., *Glosa do wyroku SN z 22 marca 2017 r.*, III KK 349/16, „Palestra” 2018, nr 9.
- Oczkowski T., *Komentarz do art. 279*, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2017.
- Opitek P., *Kwalifikacja prawna przestępstw związanych z transakcjami kartą płatniczą*, „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 2.
- Malinowski A., *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006.
- Marek A., Oczkowski T., *Kradzież z włamaniem*, w: R. Zawłocki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 9. *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, Warszawa 2015.
- Matczak M., *Why Judicial Formalism is Incompatible with the Rule of Law*, “Jurisprudence and Legal Philosophy eJournal” 2016, t. 8, z. 66.
- Nasuszny P., *Treść i zakres pojęcia włamania jako okoliczności kwalifikującej przestępstwo kradzieży podstawowej w ujęciu doktryny i orzecznictwa sądowego*, w: L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XIII, Wrocław 2003.
- Nowak P., *Wykładnia znamienia „włamanie” na gruncie art. 279 § 1 Kodeksu karnego*, „Palestra” 2013, nr 7–8.
- Pieńkos J., *Podstawy juryslingwistyki. Język w prawie – prawo w języku*, Warszawa 1999.

- Pleńska D., *Glosa do uchwały SN z 3.12.1966 r., VI KZP 42/66, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych”* 1968, nr 2, s. 83.
- Porzycki M., *Komentarz do art. 63, w: F. Zoll (red.), Prawo bankowe – komentarz, t. I, Kraków 2005. Słownik języka polskiego PWN, wersja internetowa, www.sjp.pwn.pl (dostęp: 19.10.2019).*
- Sosik R., *Wykorzystanie skradzionej karty płatniczej do wykonania płatności zbliżeniowych. Glosa do wyroku SN z dnia 22 marca 2017 r., III KK 349/16, „Glosa”* 2018, nr 2.
- Sroka T., *Komentarz do art. 42 ust. 1, w: M. Safjan, L. Bosek, Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86, Warszawa 2016.*
- Wiatrowski P., *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego, Warszawa 2013.*
- Wilk L., *Komentarz do art. 279, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II. Komentarz art. 222–316, Warszawa 2017.*
- Wiśniewski M., Żukowska M., *Współczesne problemy rozumienia pojęcia „włamania” na gruncie przepisu art. 279 § 1 k.k., „Studia Prawnicze i Administracyjne”* 2017, nr 19 (1).
- Wróblewski J., *Kradzież z włamaniem. Z zagadnień rozumienia tekstów prawnych, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny”* 1966, z. 2.
- Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego, Warszawa 2017.*

BURGLARY IN THE CONTEXT OF CONTACTLESS TRANSACTIONS: COMMENTS ON THE SUPREME COURT JUDGMENT OF 22 MARCH 2017, III KK 349/16

Summary

The aim of this paper is to provide an analysis of the concept of burglary in the Polish criminal law, with a particular emphasis on the legal qualification of illicit contactless transactions performed using another person's payment card. The judgment of the Polish Supreme Court of 22 March 2017, III KK 349/16, has been the starting point and the basis for the analysis. According to the judgment, a payment card transaction performed by an unauthorised person using contactless technology, which does not require an access code, constitutes the crime of burglary. In the first part of this paper, the author outlines the evolution of the term “burglary” in the Polish criminal law, with an emphasis on the constituent elements of burglary as developed in judicial practice and in the criminal law doctrine. The second part is directly concerned with the court case mentioned in the title. It contains commentaries on the Supreme Court judgment based on the conclusions reached in the first part of the paper. In the final remarks, the author makes an assessment of the legal qualification adopted by the Supreme Court in its judgment. The importance of the element of burglary that consists in breaking at least a minimum protection when committing the crime is emphasized. A juxtaposition of the solution adopted by the Court with the requirements of the *nullum crimen sine lege certa* principle leads to postulating a need for legislative intervention in the matter.

Key words: burglary, contactless payment, another person's payment card, minimum protection

POJĘCIE „WŁAMANIE” W ŚWIETLE TRANSAKCJI ZBLIŻENIOWEJ – UWAGI NA TLE WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 22 MARCA 2017 R., III KK 349/16

Streszczenie

Artykuł ma na celu analizę pojęcia „włamanie” w polskim prawie karnym, ze szczególnym uwzględnieniem kwalifikacji prawnej nieuprawnionych transakcji zbliżeniowych cudzą kartą płatniczą. Bezpośrednią inspiracją i zarazem osią niniejszego tekstu jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2017 r., sygn. akt. III KK 349/16. Stwierdzono w nim, że zapłata kartą płatniczą przez nieuprawnionego dokonana w sposób zbliżeniowy, niewymagający podania kodu dostępu, wypełnia znamiona przestępstwa kradzieży z włamaniem. Pierwsza część artykułu zarysowuje ewolucję pojęcia „włamanie” w polskim prawie karnym, z naciskiem położonym na wypracowane przez orzecznictwo i doktrynę karnistyczną elementy konstytutywne kradzieży z włamaniem. Druga część pracy odnosi się bezpośrednio do powołanego wyroku, stanowiąc jego komentarz w świetle wniosków wyciągniętych z części pierwszej. Uwagi końcowe poddają ocenie kwalifikację prawną dokonaną przez Sąd Najwyższy w analizowanej sprawie, akcentując wagę elementu przełamania co najmniej minimalnego zabezpieczenia. Zestawienie rozwiązania przyjętego przez Sąd z wymogami zasady *nullum crimen sine lege certa* prowadzi do wyrażenia potrzeby prawnego uregulowania omawianej kwestii.

Słowa kluczowe: kradzież z włamaniem, transakcja zbliżeniowa, cudza karta płatnicza, minimalne zabezpieczenie

EL CONCEPTO DE “FRACTURA” EN LOS PAGOS SIN CONTACTO – COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 MARZO DE 2017, III KK 349/16

Resumen

El artículo tiene por objetivo el análisis del concepto “fractura” en derecho penal polaco, teniendo en cuenta la calificación legal de pagos sin contacto no autorizados, con tarjeta ajena. La sentencia del Tribunal Supremo de 22.03.2017, III KK 349/16, es inspiración directa y eje del presente artículo. En dicha sentencia se considera que el pago sin contacto con tarjeta por una persona no autorizada, que no requiera el código, cumple con los elementos del tipo de robo con fractura. La primera parte del artículo presenta la evolución del concepto “fractura” en derecho penal polaco, enfocándose en los elementos constitutivos de robo con fractura considerados por la jurisprudencia y doctrina penal. La segunda parte se refiere directamente a la sentencia citada, siendo un comentario a la luz de conclusiones de la primera parte. Las consideraciones finales valoran la calificación legal efectuada por el Tribunal Supremo en el caso analizado, acentuando la importancia del elemento que consiste en romper al menos protección mínima. La comparación de la solución adoptada con los requisitos resultantes del principio *nullum crimen sine lege* en su aspecto *certa* resalta la necesidad de intervención del legislador.

Palabras claves: robo con fractura, pago sin contacto, tarjeta ajena, protección mínima

ПОНЯТИЕ «КРАЖА СО ВЗЛОМОМ» В КОНТЕКСТЕ БЕСКОНТАКТНОЙ
ТРАНЗАКЦИИ: КОММЕНТАРИИ В СВЯЗИ С ПРИГОВОРОМ ВЕРХОВНОГО
СУДА ОТ 22 МАРТА 2017 ГОДА, III КК 349/16

Резюме

Целью статьи является анализ понятия «кража со взломом» в польском уголовном праве с учетом юридической квалификации несанкционированных бесконтактных транзакций с использованием чужой платежной карты. Непосредственным поводом для написания статьи и ее отправным пунктом стал приговор Верховного суда от 22 марта 2017 г., номер дела III КК 349/16. В нем утверждается, что оплата платежной картой, осуществленная неправомочным лицом бесконтактным способом, для которого не требуется код доступа, соответствует составу преступления «кража со взломом». В первой части статьи описывается эволюция понятия «кража со взломом» в польском уголовном праве. Особое внимание уделено конститутивным элементам кражи со взломом в соответствии с судебными прецедентами и доктриной уголовного права. Вторая часть работы относится непосредственно к вышеупомянутому приговору. В ней содержатся комментарии к приговору, учитывающие выводы, сделанные в первой части. В заключение автор дает оценку юридической классификации, принятой Верховным судом по рассматриваемому делу, подчеркивая важность присутствия элемента взлома хотя бы минимального уровня защиты. Сопоставление принятого решения с требованиями, вытекающими из принципа *nullum crimen sine lege* в аспекте *certa*, приводит к выводу о необходимости законодательного урегулирования обсуждаемой проблемы.

Ключевые слова: кража со взломом, бесконтактная транзакция, чужая платежная карта, минимальный уровень защиты

DAS KONZEPT DES „EINBRUCHS“ IN BEZUG AUF KONTAKTLOSE
ZAHLUNGSVORGÄNGE – ANMERKUNGEN VOR DEM HINTERGRUND DES
URTEILS DES OBERSTEN GERICHTSHOFS DER REPUBLIK POLEN
VOM 22. MÄRZ 2017, AKTENZEICHEN III KK 349/16

Zusammenfassung

Ziel dieses Artikels ist es, das Konzept des „Einbruchs“ im polnischen Strafrecht, mit besonderem Augenmerk auf die rechtliche Qualifizierung unbefugter kontaktloser Zahlungsvorgänge mit einer fremden Geldkarte, einer Analyse zu unterziehen. Als direkte Anregung und Achse des Texts diente das Urteil Sąd Najwyższy (Oberster Gerichtshof), der höchsten Instanz in Zivil- und Strafsachen in der Republik Polen vom 22.03.2017 mit dem Aktenzeichen III KK 349/16. In diesem wird festgestellt, dass die kontaktlose Kartenzahlung durch eine nicht dazu befugte Person, bei der keine Eingabe eines Zugangscodes/PIN erforderlich ist, den Tatbestand eines Diebstahls mit Einbruch erfüllt. Im ersten Teil des Artikels wird ein Überblick über die Evolution des Konzepts des „Einbruchs“ im polnischen Strafrecht geliefert, wobei den von der Rechtsprechung und *Strafrechtsdoktrin* entwickelten konstitutiven Elemente des Diebstahls mit Einbruch besondere Beachtung geschenkt wird. Der zweite Teil der Arbeit nimmt dann direkt auf das angeführte Gerichtsurteil Bezug und kommentiert die gerichtliche Entscheidung vor dem Hin-

tergrund der im ersten Teil gezogenen Schlüsse. In den abschließenden Bemerkungen erfolgt eine Bewertung der rechtlichen Qualifikation durch das Oberster Gerichtshof in der analysierten *Strafsache*, wobei das Gewicht des Elements der Überwindung von wenigstens minimalen Schutzvorkehrungen betont wird. Die Gegenüberstellung der gewählten Vorgehensweise mit den Erfordernissen des Grundsatzes *Nullum crimen sine lege* in Bezug auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz *certa* (Notwendigkeit einer hinreichenden Bestimmtheit des Gesetzes) unterstreicht die Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber in dieser Hinsicht tätig wird.

Schlüsselwörter: Diebstahl mit Einbruch, kontaktlose Zahlungsvorgang, fremde Geldkarte, Mindestschutzvorkehrung

LA NOTION DE «L'EFFRACTION» À LA LUMIÈRE D'UNE TRANSACTION SANS CONTACT – COMMENTAIRES DANS LE CONTEXTE DE L'ARRÊT DE LA COUR SUPRÊME DU 22 MARS 2017, III KK 349/16

Résumé

Cet article vise à analyser le concept de «l'effraction» en droit pénal polonais, en mettant l'accent sur la qualification juridique des transactions sans contact non autorisées avec des cartes de paiement d'autrui. L'inspiration directe et en même temps l'axe de ce texte a été l'arrêt de la Cour suprême du 22 mars 2017, réf. n° III KK 349/16. Il indique que le paiement au moyen d'une carte de paiement par une personne non autorisée, effectué sans contact et ne nécessitant pas de code d'accès, remplit les signes d'un vol avec effraction. La première partie de l'article décrit l'évolution de la notion de «l'effraction» en droit pénal polonais, en mettant l'accent sur les éléments constitutifs du vol avec effraction développés par la jurisprudence et la doctrine pénale. La deuxième partie de l'article se réfère directement à l'arrêt cité, constituant ainsi son commentaire à la lumière des conclusions tirées de la première partie. Les remarques finales évaluent la classification juridique faite par la Cour suprême dans le cas analysé, soulignant l'importance de l'élément de rupture d'au moins la sécurité minimale. La comparaison de la solution adoptée avec les exigences découlant du principe *de nullum crimen sine lege certa* souligne la nécessité d'une intervention du législateur dans le domaine traité.

Mots-clés : vol avec effraction, transaction sans contact, carte de paiement d'autrui, sécurité minimale

IL CONCETTO DI "EFFRAZIONE" ALLA LUCE DELLE TRANSAZIONI DI PROSSIMITÀ: OSSERVAZIONI SULLO SFONDO DELLA SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA DEL 22 MARZO 2017, III KK 349/16

Sintesi

L'articolo ha lo scopo di analizzare il concetto di "effrazione" nel diritto penale polacco, con particolare attenzione alla classificazione giuridica delle transazioni di prossimità non autorizzate con una carta di pagamento altrui. Ispirazione diretta nonché asse portante del presente

testo è la sentenza della Corte Suprema del 22 marzo 2017, protocollo del fascicolo III KK 349/16. In essa si è affermato che il pagamento con carta di pagamento da parte di persona non autorizzata, effettuato con modalità a prossimità, che non richiede la fornitura del codice di accesso, configura il reato di furto con effrazione. La prima parte dell'articolo tratteggia l'evoluzione del concetto di "effrazione" nel diritto penale polacco, concentrando l'attenzione sugli elementi costitutivi del furto con effrazione elaborati dalla giurisprudenza e della dottrina penalistica. La seconda parte del lavoro fa riferimento diretto alla sentenza richiamata, e costituisce un suo commento alla luce delle conclusioni derivanti dalla prima parte. Le osservazioni finali sottopongono a valutazione la classificazione giuridica effettuata dalla Corte Suprema nel procedimento analizzato, sottolineando il peso dell'elemento di forzatura di una quantomeno minima protezione. L'accostamento della soluzione assunta con i requisiti derivanti dal principio *nullum crimen sine lege certa* sottolinea la necessità di intervento del legislatore nell'ambito descritto.

Parole chiave: furto con effrazione, transazione di prossimità, carta di pagamento altrui, protezione minima

Cytuj jako: Kruk M., Burglary in the context of contactless transactions: comments on the Supreme Court judgment of 22 March 2017, III KK 349/16 [Pojęcie „włamanie” w świetle transakcji zbliżeniowej – uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 22 marca 2017 r., III KK 349/16], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 77–97. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.44/m.kruk

Cite as: Kruk, M. (2019). 'Burglary in the context of contactless transactions: comments on the Supreme Court judgment of 22 March 2017, III KK 349/16'. Ius Novum, vol. 13 (4), 77–97. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.44/m.kruk

ADOPCJA PRZEZ OSOBY O ORIENTACJI HOMOSEKSUALNEJ W ŚWIETLE WSPÓŁCZESNYCH STANDARDÓW OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

ADAM JAKUSZEWICZ*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.45/a.jakuszewicz

1. WPROWADZENIE

Kwestia prawno-rodzinnego statusu osób o orientacji homoseksualnej oraz tworzonych przez nie związków należy do zagadnień budzących w polskim społeczeństwie liczne kontrowersje. Jednym z problemów stanowiących przedmiot sporu jest kwestia prawnej dopuszczalności adopcji dzieci przez tę grupę osób¹. Zarówno wśród ogółu społeczeństwa polskiego, jak i w piśmiennictwie prawniczym przeważa pogląd, że adopcja przez osoby homoseksualne nie jest możliwa do pogodzenia z koniecznością ochrony dobra dziecka. Prognoza, że osoby o orientacji homoseksualnej będą w imię równości domagały się „prawa” do adopcji, jest niekiedy przywoływana jako argument-straszak przeciwko instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci². Twierdzi się mianowicie, że jeżeli powie się „A”,

* Dr, adiunkt w Instytucie Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy; e-mail: jakuszewicz@ukw.edu.pl; ORCID: 0000-0002-7094-5822.

¹ M. Ukleja, *Rodziny z wyboru. Homoseksualny związek jako współczesna alternatywa rodziny – analiza zjawiska*, „Acta Universitatis Lodzianae. Folia Sociologica” 2014, nr 51, s. 124; Centrum Badań Opinii Społecznej, Komunikat z badań nr 174/2017, Stosunek do osób o orientacji homoseksualnej i związków partnerskich, b.m.w., grudzień 2017, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_174_17.PDF (dostęp: 18.12.2018).

² Zob. na przykład T. Królak, *Prof. A. Zoll: homoseksualiści zawalczą o prawo do adopcji*, wywiad z A. Zollem, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/prof-andrzej-zoll-homoseksualisci-zawalcza-o-prawo-do-adopcji/ks38h> (dostęp: 07.05.2018). W literaturze prawniczej podobny pogląd wyraził B. Banaszkiwicz, który argumentuje, że ustawodawca polski stoi przez następującą alternatywą: „albo trwanie przy stanowisku, że niemażeńskie współżycie dwojga ludzi jest ich sprawą ściśle prywatną i nie podlega instytucjonalizacji prawnej, albo wkroczenie na drogę, która zaczyna się ustanowieniem jakiegoś «miniparamażeństwa», a kończy się – o ile ta droga w ogóle ma koniec – realizacją idei *marriage pour tous*, łącznie z prawem do adopcji dzieci”, a polska opinia publiczna na problem adopcji dzieci przez homoseksualistów jest wszak bardzo wyczulona”.

czyli wprowadzi się do systemu prawa instytucję związku partnerskiego dla osób tej samej płci, to – jak uczy doświadczenie innych krajów – będzie trzeba powiedzieć „B”, czyli przyznać takim związkom prawo ubiegania się o adopcję. Ponadto w piśmiennictwie wyrażono pogląd, że uznanie prawnej możliwości adopcji dzieci przez osoby i pary homoseksualne stoi w sprzeczności z podstawowymi prawami człowieka. Szczególnie dobitnie pogląd ten wyraził L. Wiśniewski, zdaniem którego:

Dominujący liczebnie heteroseksualiści i nieliczni homoseksualiści są to dwie odrębne grupy społeczne o przeciwstawnych rolach społecznych w procesie gwarantowania najbardziej podstawowego i naturalnego prawa człowieka – prawa do zachowania gatunku i do wychowywania dzieci przez rodziców – matkę i ojca. Tylko ten jeden argument wskazuje wystarczająco, że postulat legalizacji związków par homoseksualnych nie ma nic wspólnego z ochroną praw człowieka. Przeciwnie – godzi w niewrażliwe prawo człowieka do założenia rodziny składającej się z kobiety i mężczyzny oraz ich dzieci. Nieuzasadnione jest więc domaganie się równoprawnego traktowania związków partnerskich homoseksualistów ze związkami małżeńskimi heteroseksualnymi albo podobnych praw do adopcji dzieci. Te dwa związki ludzi są zupełnie nieporównywalne³.

Powyższe stanowisko daje asumpt do podjęcia analizy kwestii przysposobienia dzieci przez osoby homoseksualne z perspektywy współczesnych standardów z zakresu ochrony praw człowieka. Szczególnie istotne jest przy tym ustalenie, czy odmowa zgody na adopcję wyłącznie ze względu na orientację homoseksualną kandydata na rodzica adopcyjnego w sytuacji gdy, jak ma to miejsce w Polsce, prawo przewiduje możliwość przysposobienia dziecka przez osobę samotną, daje się pogodzić z zasadą równego traktowania. Zarówno bowiem zwolennicy, jak i przeciwnicy adopcji dzieci przez osoby homoseksualne odnoszą się do tej zasady, przy czym, jak zasygnalizowano powyżej, zróżnicowanie osób homoseksualnych w dostępie do adopcji bywa uzasadniane na podstawie konieczności realizacji zasady dobra dziecka. Z tego względu dla rozstrzygnięcia kwestii zgodności odmowy prawa ubiegania się o adopcję przez osoby homoseksualne z zakazem dyskryminacji decydujące znaczenie będzie miała ocena wpływu przysposobienia przez takie osoby na prawidłowy rozwój dziecka. Jeżeli bowiem by się okazało, że osoby o orientacji homoseksualnej nie dają wystarczającej gwarancji prawidłowego wychowania dziecka, to wówczas powoływanie się przez nie na zasadę równości byłoby pozbawione podstaw.

Rozstrzygnięcie powyższej kwestii w odniesieniu do prawa polskiego staje się jeszcze bardziej istotne, gdy weźmie się pod uwagę, że prawną możliwość przysposobienia dziecka przez osoby i/lub pary homoseksualne przewiduje ustawodawstwo coraz większej liczby państw. Obecnie możliwość ubiegania się o adopcję przez pary homoseksualne dopuszcza ustawodawstwo 27 państw świata, przy czym znamienne jest, że na przyjęcie tego rozwiązania zdecydowały się przede wszystkim kraje wysoko rozwinięte, należące do europejskiego kręgu kulturo-

Zob. B. Banaszewicz, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach Artykułu 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3, s. 640.

³ L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne*, w: R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 160.

wego⁴. Ponadto w niektórych krajach⁵ ustawodawca zezwala na przysposobienie przez osobę pozostającą w jedнопłciowym związku partnerskim dziecka drugiego partnera, nie przewiduje zaś możliwości adopcji wspólnej przez pary jedнопłciowe. Wskazana tendencja do poszerzania kręgu osób, którym prawo przyznaje możliwość wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie dziecka, na pary homoseksualne znalazła odzwierciedlenie w regulacjach prawno-międzynarodowych tworzonych w ramach Rady Europy. Podczas gdy w Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci z 1967⁶ możliwość adopcji została wyraźnie ograniczona do małżeństw oraz osób samotnych⁷, w Zrewidowanej Konwencji o przysposobieniu dzieci z 2008 zakres uprawnionych o ubieganie się o adopcję został znacznie poszerzony. Zgodnie bowiem z art. 7 Zrewidowanej Konwencji: „Prawo powinno dopuszczać możliwość przysposobienia dziecka przez: a) dwie osoby odmiennej płci i. będące małżeństwem, bądź ii. jeśli prawo wewnętrzne przewiduje taką możliwość, które zawarły wspólnie zarejestrowany związek partnerski; b) przez jedną osobę”. Poza tym państwa-strony mają swobodę rozciągnięcia stosowania konwencji na pary jednej płci, które są małżeństwem, bądź zawarły zarejestrowany związek partnerski, oraz na pary osób płci odmiennej i pary jedнопłciowe żyjące wspólnie w stabilnych związkach. Wprowadzenie do Zrewidowanej Konwencji przywołanego postanowienia spowodowane było faktem, że to właśnie ograniczenie w Konwencji z 1967 r. kręgu osób mogących ubiegać się o adopcję do małżeństw heteroseksualnych stanowiło przyczynę jej wypowiedzenia przez Szwecję (a następnie – częściowo – przez Wielką Brytanię oraz Norwegię). Obawiając się, by kolejne państwa nie wypowiedziały konwencji, podjęto prace nowelizacyjne, które zakończyły się umieszczeniem w jej tekście cytowanych wyżej przepisów⁸.

⁴ Adopcja przez pary homoseksualne możliwa jest w większości krajów Europy Zachodniej, Stanach Zjednoczonych, Kanadzie, Australii i Nowej Zelandii, a także w niektórych krajach Ameryki Łacińskiej, Izraelu oraz RPA, zob. A. Carroll, L.R. Mendos, *State-Sponsored Homophobia 2017: A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2017, <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>, s. 72 i n. (dostęp: 30.04.2018). Lista państw zamieszczona w przywołanym opracowaniu nie obejmuje Niemiec oraz Australijskiego Terytorium Północnego. Możliwość adopcji dzieci przez osoby homoseksualne została bowiem tam przewidziana po jego opublikowaniu.

⁵ Chorwacja, Estonia, Szwajcaria, Włochy.

⁶ W stosunku do Polski konwencja weszła w życie 22 września 1996 r., Dz.U. z 1999 r., Nr 99, poz. 1157.

⁷ Art. 6 przywołanej konwencji ma następujące brzmienie: „1. Prawo nie powinno dopuszczać innej możliwości przysposobienia dziecka, jak tylko bądź przez dwie osoby pozostające w związku małżeńskim, niezależnie od tego, czy przysposabiają one równocześnie czy kolejno, bądź przez jedną osobę. 2. Prawo nie powinno zezwalać na ponowne przysposobienie dziecka, z wyjątkiem jednej lub więcej następujących sytuacji: (a) przysposobienia przez małżonka przysposabiającego, (b) śmierci dotychczasowego przysposabiającego, (c) rozwiązania dotychczasowego przysposobienia, (d) ustania dotychczasowego przysposobienia”.

⁸ A.N. Schulz, *O współczesnych dylematach tworzenia międzynarodowych standardów Rady Europy dotyczących relacji pomiędzy rodzicami i dziećmi*, „Acta Iuris Stetinensis, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821, s. 490 i n. Obecnie, wśród siedmiu państw, które ratyfikowały Zrewidowaną Konwencję, zastrzeżenia wyłączające taką możliwość złożyły Rumunia i Ukraina, a także Holandia dla terytorium Aruby i Curaçao.

2. REGULACJA PRAWNEJ MOŻLIWOŚCI ADOPCJI PRZEZ OSOBY HOMOSEKSUALNE W PRAWIE POLSKIM

Na wstępie należy zauważyć, że ustanowienie stosunku rodzinnego pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym należy do wyłącznej kompetencji sądu, kierującego się zasadą dobra dziecka. Osoba ubiegająca się o adopcję nie ma więc w tym zakresie żadnego uprawnienia, a tym bardziej roszczenia. Nie można więc mówić o prawie do adopcji w znaczeniu prawa podmiotowego, a ewentualne ustanowienie takiego prawa byłoby jednoznaczne z uprzedmiotowieniem dziecka⁹. Możliwość ubiegania się o przysposobienie dziecka można natomiast porównać do uprawnień ujętych w formule „równego dostępu”. Przykładem takiego prawa jest prawo dostępu do służby publicznej gwarantowane w art. 60 Konstytucji RP, na podstawie którego można jedynie żądać sprawiedliwej oceny przydatności kandydata do służby publicznej, co jednak nie oznacza, iż przysługuje mu roszczenie do bycia przyjętym. Podobnie stworzenie więzi prawnej między przysposabiającym a przysposobionym powinno być wynikiem pozytywnej oceny zdolności potencjalnych rodziców adopcyjnych do wypełnienia obowiązków wynikających z przysposobienia dziecka. Stąd pozycja zarówno osób homoseksualnych, jak i heteroseksualnych w odniesieniu do adopcji powinna być ujmowana nie tyle w kategoriach prawa, ile raczej w kategoriach zdolności do bycia przysposabiającym¹⁰.

Ustawodawca polski przewiduje możliwość wspólnego przysposobienia dziecka jedynie przez małżonków (art. 115 k.r.o.), nie jest więc dopuszczalna adopcja przez parę niebędącą małżeństwem, w tym parę osób tej samej płci. Ponadto istnieje możliwość przysposobienia przez jedną osobę, „jeżeli jej kwalifikacje osobiste uzasadniają przekonanie, że będzie należycie wywiązywała się z obowiązków przysposabiającego” (art. 114¹ k.r.o.)¹¹. *De iure* możliwe jest więc przysposobienie dziecka przez homoseksualną osobę samotną, przynajmniej w przypadku, gdy orientacja seksualna takiej osoby nie zostanie ujawniona. Rodzi się natomiast pytanie, czy organy adopcyjne mogą odmówić zgody na przysposobienie wyłącznie z powodu homoseksualnej orientacji kandydata na rodzica adopcyjnego, w wypadku gdy okoliczność ta jest im znana. Innymi słowy, należy rozważyć, czy orientacja homoseksualna *per se* stanowi negatywną przesłankę przysposobienia.

W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, że „ze względu na dobro dziecka przysposabiającym nie może być osoba o skłonnościach do pedofilii, a także o orientacji homoseksualnej. Przysposobienie bowiem przez takie osoby pozostaje

⁹ T. Sokołowski, *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, w: M. Andrzejewski, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 105.

¹⁰ A. Śledzińska-Simon, *Adopcja dzieci przez osoby homoseksualne*, w: R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 143.

¹¹ Należy jednak wziąć pod uwagę, że kierując się zasadą dobra dziecka, „dla dzieci zakwalifikowanych do adopcji szuka się przede wszystkim pełnych rodzin, składających się z obojga rodziców”. Przysposobienie przez osobę samotną należy więc do sytuacji wyjątkowych. Zob. odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 20167 w sprawie przysposobienia dziecka, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaIresc.xsp?key=32CD30D4> (dostęp: 04.05.2018).

wałoby bowiem w sprzeczności z zasadą dobra dziecka¹² (sic!). Uderzające w tej wypowiedzi jest to, że do kategorii osób niekwalifikujących się do roli rodziców adopcyjnych autor „jednym tchem” zalicza osoby o skłonnościach pedofilskich, które obiektywnie mogą wyrządzić dziecku krzywdę, oraz osoby homoseksualne. Takie zestawienie może wręcz sugerować, że autor, sytuując orientację seksualną w sąsiedztwie pedofilii, postrzega zjawisko homoseksualizmu jako niebezpieczne zboczenie.

Pogląd, iż przysposobienie dziecka przez osobę o orientacji homoseksualnej pozostaje w sprzeczności z zasadą dobra dziecka, reprezentuje także M. Prucnal-Wójcik¹³. Autorka jednakże przyznaje, że wobec braku wyraźnego przepisu w prawie polskim zakazującego przysposobienia dziecka przez osobę o orientacji homoseksualnej, za uprawniony można by uznać także pogląd przeciwny.

Ponadto niektórzy autorzy argumentują, iż przeciwko uznaniu prawnej możliwości adopcji dzieci przez osoby homoseksualne w polskim ustawodawstwie przemawiają racje konstytucyjno-prawne, a mianowicie preferowany przez polskiego ustrojodawcę model rodziny¹⁴, wyrażony w art. 18 Konstytucji RP. Zdaniem E. Holewińskiej-Łapińskiej, opierając się na celowościowej wykładni tego przepisu, można wręcz dopatrywać się konstytucyjnego zakazu przysposobienia przez osobę homoseksualną. Przywołane postanowienie Konstytucji RP gwarantuje opiekę i ochronę małżeństwu, będącemu związkiem kobiety i mężczyzny, z czego można wnioskować, że z analogicznej opieki i ochrony nie mogą korzystać związki osób niebędących małżeństwem, w tym trwale związki osób tej samej płci¹⁵. Wskazana interpretacja art. 18 Konstytucji RP implikuje przyjęcie zwięzającej wykładni konstytucyjnej zasady równości oraz zakazu niedyskryminacji. Jeżeli bowiem możliwość ubiegania się o adopcję przez osoby homoseksualne wynikałaby z zasady równego traktowania, to wówczas należałoby uznać, że w imię równości z punktu widzenia państwa założenie rodziny na podstawie związku małżeńskiego oraz związku nieposiadającego statusu małżeństwa jest jednakowo pożądane. W ten sposób dochodzi jednak „do unieważnienia fundamentalnej, systemowej preferencji dla małżeństwa jako podstawy rodzicielstwa i czynnika «rodzinnotwórczego»: sugeruje się, że w naszej układance małżeństwo–rodzina–macierzyństwo–rodzicielstwo pierwszy element może być zastąpiony przez jakiś inny, o ile ten zostanie uznany za ekwiwalentny z małżeństwem”¹⁶.

¹² K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2018, omówienie art. 114¹ (Legalis).

¹³ M. Prucnal-Wójcik, *Omówienie art. 1141*, w: K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO, Tom V*, Warszawa 2017, pkt. 20–20.3 (Legalis).

¹⁴ E. Holewińska-Łapińska, w: T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, Warszawa 2011, s. 528. Aprobująco: M. Prucnal-Wójcik, *Omówienie art. 1141...*, op. cit., pkt. 20–20.3; J. Gajda, „Adopcja” przez pary homoseksualne. *Aspekty prawne*, w: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 121.

¹⁵ E. Holewińska-Łapińska, w: T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego...*, op. cit., s. 528, przypis 83.

¹⁶ B. Banaszkiwicz, *Małżeństwo jako związek kobiety...*, op. cit., s. 617.

Nie negując jednak zakładanego przez cytowanego autora funkcjonalnego i aksjologicznego związku małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa¹⁷, można by przyjąć, że umożliwienie adopcji przez osoby o orientacji homoseksualnej oraz pary jedнопłciowe odbiega wprawdzie od konstytucyjnej wizji rodziny opartej na małżeństwie, jest jednak akceptowalne, o ile nie koliduje z dobrem dziecka. Na takim właśnie stanowisku stanął ustawodawca zwykły; skoro bowiem Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje możliwość przysposobienia przez osobę samotną, to odpada argument, że w interesie dziecka leży tylko adopcja przez parę małżonków (przy założeniu, że adopcja przez parę konkubentów nie daje gwarancji stabilności relacji rodzinnej i z tego powodu jest dopuszczalna). Jak zauważa A. Śledzińska-Simon, w opinii ustawodawcy zwykłego adopcja przez osobę samotną jest „kolejną optymalną sytuacją, zgodnie z zasadą, iż lepsza rodzina nietypowa niż żadna”¹⁸. Wychodząc z powyższego założenia, cytowana autorka twierdzi, że rozstrzygającym kryterium oceny, czy dana osoba kwalifikuje się jako rodzic adopcyjny, jest zdolność do dbania o interesy dziecka, nie zaś jej orientacja seksualna. Z punktu widzenia zakazu dyskryminacji orientacja seksualna nie powinna więc być traktowana *per se* jako przesłanka wyłączająca zdolność do przysposobienia dziecka. Poniższe rozważania mają na celu ustalenie, w jakim stopniu stanowisko to można uzasadnić na podstawie współczesnych standardów ochrony praw człowieka, odwołując się zwłaszcza do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

3. ADOPCJA PRZEZ OSOBY O ORIENTACJI HOMOSEKSUALNEJ A PRAWO DO ZAŁOŻENIA RODZINY

W świetle orzecznictwa Trybunału nie ulega wątpliwości, że prawa do ubiegania się o przysposobienie dziecka nie można wyprowadzić z prawa do poszanowania życia prywatnego, mimo że prawo to obejmuje swoim zakresem m.in. prawo do tworzenia i rozwijania relacji z innymi osobami, zwłaszcza w sferze emocjonalnej. Możliwość ubiegania się o adopcję nie wynika także z prawa do poszanowania życia rodzinnego, gwarantowanego w art. 8 ust. 1 Konwencji. Przepis ten odnosi się bowiem do już istniejących więzi rodzinnych, toteż nie obejmuje swoim zakresem samego pragnienia do założenia rodziny¹⁹. Rodzi się natomiast pytanie, czy prawa do ubiegania się o adopcję nie można by wyprowadzić z prawa do założenia rodziny, które, obok prawa do zawarcia małżeństwa, gwarantowane jest w art. 12 Konwencji. Taką wykładnię prawa do założenia rodziny przyjęli twórcy Zasad Yogyakarty²⁰; zgodnie z zasadą nr 24 „każdy ma prawo do założenia rodziny nie-

¹⁷ Ibidem, s. 613.

¹⁸ A. Śledzińska-Simon, *Adopcja dzieci przez osoby homoseksualne...*, op. cit., s. 145.

¹⁹ E.B. p. Francji, par. 32.

²⁰ Zasady Yogyakarty to zbiór 29 pryncypiów mających charakter wykładni doktrynalnej międzynarodowych przepisów praw człowieka w zakresie, w jakim regulują kwestie odnoszące się do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej. Celem przyświecającym twórcom dokumentu była zatem rekonstrukcja międzynarodowych standardów ochrony. Zasady Yogyakarty stanowią

zależnie od orientacji seksualnej". W celu realizacji tego prawa państwa powinny „podjąć wszelkie niezbędne środki prawne, administracyjne i inne w celu zapewnienia prawa do założenia rodziny, również poprzez dostęp do adopcji lub wspomaganej prokreacji (w tym sztucznego zapłodnienia), bez dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową”²¹.

Wydaje się, że przywołana interpretacja prawa do założenia rodziny gwarantowanego na mocy międzynarodowych konwencji ochrony praw człowieka jest zbyt szeroka i stanowi nie tyle rekonstrukcję obowiązujących standardów ochrony, ile raczej propozycję *de lege ferenda*²². Należy bowiem przyjąć, że prawo do założenia rodziny w rozumieniu zarówno art. 23 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, jak i art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi konsekwencję zawartego małżeństwa i przysługuje tylko małżonkom. Przywołane przepisy nie obejmują natomiast swoim zakresem prawa osób samotnych lub osób pozostających w związkach partnerskich do założenia rodziny poprzez prokreację lub adopcję²³.

W piśmiennictwie polskim pogląd przeciwny do stanowiska sformułowanego przez twórców Zasad Yogyakarty został wyrażony przez T. Smyczyńskiego, który twierdzi, iż pożycia par osób tej samej płci w ogóle nie można oceniać w kategoriach rodzinnych. Nie istnieje bowiem „żadna cecha takiego pożycia, która uzasadniałaby jego rodzinno-prawną regulację, w szczególności cechą taką nie jest współżycie seksualne takiej pary, budzące zresztą wątpliwości co do swego natu-

rezultat międzynarodowego spotkania ekspertów praw człowieka zorganizowanego w dniach 6–9 listopada 2006 r. przez International Service for Human Rights oraz International Commission of Jurists na Uniwersytecie Gadżah Mada w Yogyakarcie (Indonezja). Każdej zasadzie towarzyszą szczegółowe zalecenia dotyczące jej implementacji, skierowane do państw. Zob. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – geneza i znaczenie*, w: K. Remin (red.), *Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, s. 17 i n., <http://docplayer.pl/403153-Zasady-yogyakarty-zasady-stosowania-miedzynarodowego-prawa-praw-czlowieka-w-stosunku-do-orientacji-seksualnej-oraz-tozsamosci-plciowej.html> (dostęp: 05.05.2018).

²¹ Tekst zasad według przekładu A. Bodnara i in. zamieszczonego w: K. Remin (red.), *Zasady stosowania międzynarodowego prawa...*, op. cit., s. 48.

²² Podobne stanowisko na temat zasad Yogyakarty w ogólności sformułował R. Wieruszewski, który twierdzi, że „lektura niektórych zasad może nasuwać wątpliwości co do tego, czy jest to w istocie rekonstrukcja, czy może raczej konstrukcja”. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – geneza i znaczenie...*, op. cit., s. 18.

²³ L. Garlicki, omówienie art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w: L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom I, Komentarz do art. 1–18*, Warszawa 2010, s. 722. Wydaje się, że podobny pogląd reprezentuje także M.A. Nowicki, który komentując art. 12 Konwencji w odniesieniu do prawa do założenia rodziny, ogranicza się do stwierdzenia, iż „rodzina utworzona w wyniku małżeństwa korzysta ze szczególnej ochrony na podstawie tego artykułu”. Zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 666. Odmienne stanowisko w tej kwestii reprezentuje natomiast Ch. Grabenwarter, który utrzymuje, iż prawo do założenia rodziny jest wprawdzie ściśle powiązane z prawem do małżeństwa, jednakże zawarcie małżeństwa nie powinno być postrzegane jako warunek realizacji prawa do założenia rodziny. Prawo to gwarantowane jest więc niezależnie od stanu cywilnego rodziców. Por. Ch. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights. Commentary*, München 2014, s. 321.

ralnego charakteru”²⁴. Zdaniem tegoż autora formy pożycia rodzinnego rodziny małej nie mogą być przedmiotem wyboru stosownie do życzenia zainteresowanych. Nie jest to bowiem ani towar, ani model normatywny, które można poszerzać, albo zawężać w zakresie obowiązków, uprawnień i ich skutków na różnych płaszczyznach prawnych. „Dla stosunków rodzinnopravných ojca i matki, które zapewniają ochronę rodzinie, w tym zwłaszcza dzieciom, (...) ustawodawca nie może tworzyć kilku modeli do wyboru”²⁵.

Istnienie samoistnego (niezwiązanego z prawem do zawarcia małżeństwa) prawa do założenia rodziny zakładali natomiast twórcy Karty Praw Podstawowych. W Wyjaśnieniach do Karty stwierdzono bowiem, że ustawodawca krajowy może uznać „inne możliwości utworzenia rodziny niż zawarcie małżeństwa”²⁶. W świetle Karty rodzina (jej założenie) nie jest postrzegana jako możliwa konsekwencja wyłącznie zawarcia małżeństwa, lecz także jako skutek pozostawania w innym związku uznanym przez prawo oraz jako następstwo nieformalnej kohabitacji, mającej cechę trwałości²⁷. Należy jednak wziąć pod uwagę, że intencją twórców art. 9 Karty nie było stworzenie wspólnego standardu międzynarodowego. Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa oraz założenia rodziny przewidziana przez Kartę została przyznana tylko w takim zakresie, w jakim prawa te gwarantowane są w ustawodawstwie krajowym.

4. ADOPCJA PRZEZ OSOBY O ORIENTACJI HOMOSEKSUALNEJ W ŚWIETLE ZASADY RÓWNEGO TRAKTOWANIA

Argumentem najczęściej przytaczanym przez zwolenników przyznania prawnej możliwości adopcji przez osoby homoseksualne jest twierdzenie, że odmowa takiej możliwości stanowi naruszenie wobec tych osób zakazu dyskryminacji. Wielu autorów stoi jednak na stanowisku, iż odmienne traktowanie osób homoseksualnych w zakresie dostępu do adopcji uzasadnione jest ochroną interesu dziecka. Pogląd taki wyraził także Europejski Trybunał Praw Człowieka – w nieaktualnym już – orzeczeniu w sprawie *Fretté p. Francji*²⁸. Zdaniem Trybunału: „Nawet jeżeli

²⁴ T. Smyczyński, *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, w: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 75.

²⁵ *Ibidem*, s. 76.

²⁶ *Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych*, Dz. Urz. UE 2007/C 303/02.

²⁷ I.C. Kamiński, omówienie artykułu 9 Karty Praw Podstawowych UE, w: A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 315.

²⁸ Wyrok z dnia 26 lutego 2002 r., nr skargi 36515/ 97. Skarżącym w sprawie był samotny mężczyzna o orientacji homoseksualnej. Podnosił on, że odrzucając jego wniosek o stwierdzenie zdolności do ubiegania się o przysposobienie dziecka wyłącznie na podstawie jego orientacji seksualnej, władze dopuściły się względem niego dyskryminacji, przez co naruszyły art. 14 (zakaz równego traktowania) w zw. z art. 8 ust. 1 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) Konwencji. Zgodnie z ustaleniami instytucji adopcyjnych skarżący posiadał odpowiednie kwalifikacje psychiczne i intelektualne niezbędne do wypełniania roli rodzica

decyzja o odmowie zgody na adopcję byłaby oparta wyłącznie lub przede wszystkim na orientacji seksualnej osoby wnioskującej, nie można mówić o dyskryminacji w takim zakresie, w jakim podstawowym czynnikiem wziętym pod uwagę jest interes adoptowanego dziecka²⁹.

Na uzasadnienie szkodliwego wpływu wychowania przez osoby homoseksualne dla interesu dziecka przytacza się w piśmiennictwie rozmaite argumenty. Najważniejszym z nich jest twierdzenie, że dla prawidłowego wychowania dziecka optymalnym środowiskiem jest rodzina złożona z rodziców obojga płci. W ten sposób dziecko ma możliwość „pełnego” zrozumienia istoty płciowości człowieka, różnic pomiędzy kobietą i mężczyzną oraz komplementarności obu płci w ich wzajemnych relacjach. Ponieważ wartości przekazywane dziecku w procesie wychowania są immanentnie związane z płcią każdego z rodziców, dziecko wychowywane przez osoby tej samej płci nie będzie miało możliwości otrzymania całego „pakietu” wartości niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania. Osoby tej samej płci, mimo najlepszych starań, nie są bowiem w stanie przekazać dziecku wszystkich niezbędnych wartości³⁰.

Z powyższym stanowiskiem polemizuje A. Śledzińska-Simon. Zdaniem autorki, pary homoseksualne mogą wpisać się w model „mama–tata–dziecko”, jeżeli uwzględni się kategorię płci społecznej „określanej przez postawę życiową, typ charakterologiczny, rodzaj wykonywanych prac domowych i zawodu”³¹.

Pośrednie stanowisko w tej kwestii zajął natomiast T. Pietrzykowski, który nie wyklucza wprawdzie możliwości przyznania parom homoseksualnym prawa ubiegania się o przysposobienie dziecka, postrzega ją jednak jako mniejsze zło w porównaniu z sytuacją, gdy dziecko musiałoby zostać umieszczone w ośrodku wychowawczym. Zdaniem autora, postulat zapewnienia dzieciom pozbawionym rodzin możliwie najlepszych warunków wychowania przemawia za tym, aby w wypadku dokonywania wyboru, czy dziecko ma być przysposobione przez parę osób różnej czy tej samej płci, priorytet przyznać parze heteroseksualnej. Nie

adopcyjnego. Ponadto władze nie stwierdziły żadnej konkretnej okoliczności dotyczącej sposobu życia wnioskodawcy, występowanie której mogłoby stanowić zagrożenie dla interesu dziecka. Mimo to uznały, że ze względu na dokonany przez skarżącego „wybór stylu życia” nie daje on, z punktu widzenia psychologicznego, wychowawczego oraz rodzinnego wystarczających gwarancji stworzenia dziecku odpowiedniego domu.

²⁹ Ibidem, par. 36.

³⁰ J. Gajda, „Adopcja” przez pary homoseksualne..., op. cit., s. 118. Przytoczony argument wydaje się z jednej strony zdroworozsądkowy i *prima facie* trudno odmówić mu pewnej siły przekonywania. Z drugiej jednak cechuje go pewna ogólnikowość; autor nie wskazuje, jakie konkretne umiejętności i kompetencje składają się na zakładane przez niego *minimum minimorum* wartości, które dziecko musiałoby otrzymać, aby mogło prawidłowo funkcjonować. Trudności nastręcza już samo określenie wszystkich koniecznych warunków „prawidłowego” rozwoju. Ponadto autor nie wyszczególnia, jakie konkretnie wartości przekazuje dziecku kobieta, których nie potrafi przekazać mężczyzna (i odwrotnie), a przede wszystkim nie wykazuje związku przyczynowego pomiędzy ewentualnym „deficytem” wartości przekazywanych dziecku przez wychowujące je osoby tej samej płci a ryzykiem, iż jego rozwój będzie „nieprawidłowy”.

³¹ A. Śledzińska-Simon, *Adopcja dzieci przez osoby homoseksualne...*, op. cit., s. 148.

oznacza to jednak, że każda konkretna para heteroseksualna *ex definitione* stanowi właściwszy wybór niż każda para osób homoseksualnych³².

Przedstawione stanowiska w kwestii przyznania prawnej możliwości ubiegania się o przysposobienie dziecka wydają się intuicjonistyczne. Uderzające jest bowiem to, że zwolennicy poszczególnych rozwiązań nie przytaczają na ich poparcie żadnych ustaleń naukowych. Jest to o tyle istotne, że, jak słusznie wskazuje A. Śledzińska-Simon, dobro dziecka, będące przesłanką rozstrzygającą przy podejmowaniu decyzji w sprawie adopcji, jest pojęciem nieostrym, które organy adopcyjne wypełniają treścią, rozpatrując konkretny wniosek o przysposobienie. Tym samym należy ono do kategorii pojęć, których znaczenie może zależeć od przekonań, uprzedzeń czy stereotypów podmiotów orzekających o przysposobieniu³³.

Do stanu badań na temat omawianej kwestii odniósł się natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka w przywołanej już sprawie Fretté p. Francji. Trybunał zauważył, że celem przysposobienia jest zapewnienie rodziny dziecku, a nie dziecka rodzinie, dlatego państwo powinno zagwarantować, aby dzieci były oddawane do adopcji wyłącznie osobom, które mogą zapewnić dziecku „najbardziej odpowiedni dom pod każdym względem”³⁴. Następnie Trybunał stwierdził, że stanowiska ekspertów, zwłaszcza psychiatrów i psychologów, w sprawie wpływu wychowania dzieci przez jednego lub oboje rodziców o orientacji homoseksualnej na ich rozwój są podzielone, przy czym liczba badań na ten temat – dotychczas przeprowadzonych – jest ograniczona. Poza tym, opinie w tej kwestii różnią się zarówno w poszczególnych krajach, jak i na arenie międzynarodowej. Wobec powyższego, władze krajowe były uprawnione, aby uznać, że prawo skarżącego do uzyskania upoważnienia do ubiegania się o adopcję doznaje ograniczeń ze względu na interes dzieci. Biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia ochrony interesu dziecka oraz fakt, że przy dokonywaniu wyważenia kolidujących interesów władzom przysługuje szeroki margines swobody, Trybunał uznał, że władze nie naruszyły zasady proporcjonalności. W konsekwencji odmienne potraktowanie skarżącego zostało uznane za obiektywnie i racjonalnie uzasadnione, przeto zakaz dyskryminacji nie został wobec niego naruszony³⁵.

Argument odwołujący się do rozbieżności opinii w środowisku naukowym w kwestii wpływu wychowania przez osoby homoseksualne na rozwój dziecka został natomiast nieuwzględniony, a właściwie milcząco pominięty, przez Trybunał w uzasadnieniu wyroku w sprawie E.B. p. Francji, rozpoznanej sześć lat później, mimo iż argument ten został przedłożony przez rząd³⁶. Trybunał, powołując się na wcześniejsze orzecznictwo, uznał, że odmienne traktowanie osoby ze względu na orientację seksualną może być uzasadnione jedynie wtedy, gdy wymagają tego „szczególnie przekonujące i ważne powody”³⁷. W ocenie Trybunału w rozpatrywanej sprawie powody takie nie istniały. Z orzeczenia E.B. p. Francji wynika więc,

³² K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 321.

³³ A. Śledzińska-Simon, *Adopcja dzieci przez osoby homoseksualne...*, op. cit., s. 145.

³⁴ Wyrok w sprawie Fretté p. Francji, op. cit., par. 34.

³⁵ Ibidem, 35 i n.

³⁶ Wyrok Wielkiej Izby z 22 stycznia 2008 r., nr skargi nr 43546/02E, par. 66.

³⁷ Ibidem, par. 91.

że Trybunał nie ma już wątpliwości co do kwestii, że wychowanie przez osoby homoseksualne nie jest dla dziecka szkodliwe.

Na poglądy środowiska naukowego w omawianej kwestii powołał się także niemiecki Związkowy Sąd Konstytucyjny. W uzasadnieniu wyroku z 19 lutego 2013 r. w sprawie adopcji przez osoby homoseksualne Sąd wziął pod uwagę, że dziesięć z jedenastu instytucji, w tym organizacje reprezentujące psychologów i pedagogów, które wyraziły w sprawie swoje stanowisko, uważa taką adopcję za korzystną dla dziecka. Jedna z opinii cytowanych przez sędziów zaczyna się zdaniem: „Należy zakładać, że dorośli homoseksualiści są kompetentnymi rodzicami”³⁸. Badania dotyczące wpływu na rozwój dziecka okoliczności, że jest ono wychowywane przez rodziców tej samej płci, przeprowadzono także w wielu innych krajach, przede wszystkim w Europie Zachodniej oraz Stanach Zjednoczonych³⁹. Tytułem przykładu, w 2005 roku Amerykańskie Towarzystwo Pediatriczne powołało do życia komitet, mający na celu dokonanie oceny dotychczasowych badań dotyczących prawnego, finansowego oraz psychiczno-społecznego zdrowia i dobrostanu dzieci wychowywanych w rodzinach homoseksualnych. Komitet doszedł do wniosku, że badania prowadzone na przestrzeni 25 lat, pokazują „brak związku pomiędzy orientacją seksualną rodziców a stopniem ich emocjonalnego oraz psychospołecznego przystosowania”⁴⁰. Co więcej, obecnie w środowisku naukowym można mówić o istnieniu konsensusu co do kwestii, że dzieci wychowywane przez pary jedнопłciowe rozwijają się tak samo dobrze jak dzieci par heteroseksualnych⁴¹.

³⁸ 1 BvR 3247/09, punkty uzasadnienia 25–32, www. 1 BvR 3247/09 (dostęp: 10.04.2018).

³⁹ Na przykład: World Association for Sexual Health, *Position Statement: Co-Adoption of Children by Same Sex Couples*, 2013, <http://www.worldsexology.org/position-statement-co-adoption-of-children-by-same-sex-couples/> (dostęp: 18.12.2018); American Psychological Association, *Sexual Orientation, Parents, & Children*, 2004, <https://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (dostęp: 18.12.2018); Psychological Society of Ireland: *Psychological Society of Ireland President warns of the detrimental emotional consequences the Marriage Equality Debate may have*, 2015, <http://archive.is/ck2xu> (dostęp: 18.12.2018); Ordem dos Psicólogos Portugueses, *Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais*, https://www.ordemdopsicologos.pt/ficheiros/documentos/relataorio_de_evidencia_cientifica_psicologica_sobre_as_relaes_aoes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_familias.pdf (dostęp: 18.12.2018).

⁴⁰ D.E. Newton, *Same-sex Marriages. A Reference Handbook*, Santa Barbara 2010, s. 60. Cytowany autor wymienia ponadto wiele innych niezależnych instytucji, które prowadziły tego rodzaju badania i doszły do podobnych wniosków.

⁴¹ J. Adams, R. Light, *Scientific Consensus, the Law, and Same Sex Parenting Outcomes*, „Social Science Research” 2015, no. 53, s. 300–310. Na istnienie konsensusu w środowisku naukowym w kwestii braku szkodliwości adopcji przez osoby homoseksualne dla rozwoju dzieci wskazuje także B. Wojciszke: „Dla dzieci takie rozwiązanie nie ma żadnych negatywnych konsekwencji. Jednoznacznie stwierdzają to wyniki dotychczasowych badań, w których porównywano rozwój dzieci wychowywanych przez partnerów tej samej i różnej płci. Tych badań nie ma na razie zbyt wiele – jest ich kilkadziesiąt – niemniej są metodologicznie poprawne, można więc na ich podstawie formułować prawomocne wnioski. Te wnioski są jasne: jeśli chodzi o przystosowanie psychologiczne, czyli tak zwane zdrowie psychiczne, rozumiane jako brak zaburzeń, prawidłowy rozwój poznawczy, tożsamość płciową – dzieci wychowywane przez pary homoseksualne nie ustępują w żaden sposób dzieciom z rodzin heteroseksualnych”. Por. *Dzieci dla gejów. Rozmowa Tomasza Stawiszyńskiego z profesorem Bogdanem Wojciszke*, Newsweek.pl, 21 czerwca 2011, <https://www.newsweek.pl/polska/dzieci-dla-gejow/6bnt5e4> (dostęp: 18.12.2018).

Oprócz tego należy zauważyć, że wymogu zapewnienia przez potencjalnego rodzica adopcyjnego wzorca płci przeciwnej nie można pogodzić z przewidzianą przez ustawodawcę prawną możliwością ubiegania się o adopcję przez osobę samotną. Na takim stanowisku stanął Trybunał w sprawie E.B. p. Francji⁴². Sprawa dotyczyła zgodności odrzucenia wniosku skarżącej pozostającej w stabilnym związku homoseksualnym o wydanie upoważnienia na przysposobienie dziecka z art. 14 w zw. z art. 8 ust. 1 Konwencji. Skarżąca złożyła wniosek o pozwolenie na adopcję, zaznaczając, że jej partnerka nie jest zainteresowana jej planami przysposobienia dziecka. Wniosek skarżącej został odrzucony m.in. z powodu braku wzorca męskiego w jej najbliższym otoczeniu. Odnosząc się do wskazanego argumentu, Trybunał słusznie zauważył, że stawianie przez organy adopcyjne przed kandydatem na rodzica adopcyjnego wymogu zapewnienia dziecku wzorca płci przeciwnej może w rzeczywistości unicestwić możliwość ubiegania się o pozwolenie na adopcję przez osobę samotną, którą wszak przewiduje prawo krajowe. Ponadto, zdaniem Trybunału, istnieje niebezpieczeństwo, że powyższy wymóg będzie wykorzystywany przez władze jako pretekst do ukrycia rzeczywistych przyczyn odmowy związanych z orientacją homoseksualną osoby wnioskującej⁴³, zwłaszcza że, jak podnosiła skarżąca, rząd, na którym spoczywa ciężar dowodu zasadności ingerencji w prawa gwarantowane w Konwencji, nie przedstawił danych statystycznych, z których by wynikało, iż wymóg ten był stosowany w odniesieniu do ubiegających się o adopcję kobiet, które nie pozostawały w związku z partnerem płci męskiej⁴⁴. Wobec powyższego Trybunał stwierdził, iż władze krajowe dopuściły się dyskryminacji wobec skarżącej i przez to naruszyły art. 14 art. w zw. z 8 ust. 1 Konwencji. Jak jednak słusznie zauważył Ł. Kułaga, w omawianej sprawie Trybunał nie podjął pogłębionej oceny zasadności wymogu zapewnienia przysposobionemu dziecku wzorca obojga płci z punktu widzenia konieczności zapewnienia najlepszego interesu dziecka. W ten sposób Trybunał odszedł od poglądu przyjętego w sprawie Fretté p. Francji⁴⁵.

Przeciw dopuszczalności adopcji przez pary homoseksualne przywoływany jest także argument odwołujący się do negatywnych postaw większości społeczeństwa w kwestii adopcji przez osoby homoseksualne. Zdaniem E. Holewińskiej-Łapiń-

⁴² Wyrok Wielkiej Izby z 22 stycznia 2008 r., nr skargi nr 43546/02.

⁴³ Ibidem, par. 71.

⁴⁴ Ibidem, par. 48. Drugim argumentem przytoczonym przez władze na uzasadnienie odmowy udzielenia skarżącej zgody na ubieganie się o adopcję był ambiwalentny stosunek do tego zamierzenia jej partnerki. W sytuacji bowiem, gdy wnioskujący o adopcję zamieszkuje wraz z partnerem, postawa tego partnera wobec adopcji powinna zostać uwzględniona przy ustaleniu, czy została spełniona przesłanka ochrony najlepszego interesu dziecka. Dotyczy to także sytuacji, gdy skutek adopcji pomiędzy dzieckiem a partnerem osoby wnioskującej nie powstaje żaden stosunek prawny. W opinii Trybunału nie ma dowodu, że ocena potencjalnej roli partnerki w życiu dziecka opierała się na kryteriach związanych z orientacją seksualną skarżącej. W tym zakresie nie doszło więc do naruszenia zakazu dyskryminacji. Trybunał stanął jednak na stanowisku, że skoro obie przesłanki odrzucenia wniosku przyczyniły się do całościowej oceny sytuacji skarżącej, bezprawność jednej z nich powoduje bezprawność całej decyzji. Pogląd ten należy uznać za wysoce kontrowersyjny i trudno go podzielić. Został on poddany słusznej w zdaniach odrębnych do przywołanej sprawy.

⁴⁵ Ł. Kułaga, *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 stycznia 2008 r. w sprawie E.B. przeciwko Francji (nr skargi 43546/02)*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 6 (89), s. 255.

skiej, „wydaje się, że w Polsce z reguły za sprzeczne z dobrem dziecka byłoby uznane przysposobienie go przez osobę o orientacji homoseksualnej, gdy zważy się, że w badaniu opinii publicznej tylko 6% respondentów dopuszczało taką możliwość, 90% zaś ją odrzucało. W szczególności taka ocena zapewne dotyczyłaby kandydata na przysposabiającego pozostającego w związku partnerskim z osobą tej samej płci”⁴⁶. Powyższy pogląd opiera się na założeniu, że pojęcie „dobra dziecka” ma charakter relatywny, co oznacza, iż jednym z czynników wyznaczających jego treść są poglądy na ten temat reprezentowane przez większość danego społeczeństwa, przy czym autorka nie wymaga, aby poglądy te były oparte na racjonalnych podstawach. Taka relatywizacja pojęcia dobra dziecka jest o tyle niepokojąca, że nie można wykluczyć, iż negatywna postawa społeczna wobec adopcji przez osoby o orientacji homoseksualnej stanowi wyraz nieuzasadnionych obaw lub uprzedzeń. Treść rozwiązań prawnych powinna natomiast opierać się na racjonalnych przesłankach, a przede wszystkim na aktualnej wiedzy naukowej dotyczącej dziedziny objętej daną regulacją prawną. W odniesieniu do omawianej kwestii, jak wskazano powyżej, znaczna większość badań stwierdza, że wychowanie dziecka przez osoby o orientacji seksualnej nie wpływa negatywnie na jego rozwój.

Ponadto autorzy odwołujący się do stanowiska większości społeczeństwa w kwestii adopcji dzieci przez osoby homoseksualne ostrzegają, że dzieci wychowywane przez takie osoby prawdopodobnie stałyby się ofiarami nietolerancji, doświadczając braku akceptacji, niechęci, a być może i agresji ze strony rówieśników, ich rodziców, a nawet nauczycieli⁴⁷. Nie bagatelizując tego niebezpieczeństwa, trudno jednak nie dostrzec, że stosowanie takiego rodzaju rozumowania mogłoby doprowadzić do niepożądanych skutków społecznych. Na podstawie tego argumentu można by bowiem twierdzić na przykład, że w społeczeństwie charakteryzującym się dużym stopniem nietolerancji religijnej należałoby zakazać wychowywania dzieci w religiach mniejszościowych i budzących w społeczeństwie niechęć, aby kierując się ich dobrem, uchronić je od negatywnych skutków nietolerancji. Należy więc z całą mocą podkreślić, że w wypadku gdy poglądy większości społeczeństwa nie opierają się na racjonalnych przesłankach, zaś formułowane przez ową większość oceny moralne nie są osadzone w uniwersalnych wartościach, *vox populi* nie może być podnoszona do rangi *vocis Dei*. Dotyczy to zwłaszcza społeczeństw demokratycznych, które obowiązane są do zapewnienia ochrony słusznych praw mniejszości. Biorąc zaś pod uwagę wychowawczą funkcję prawa, warto powtórzyć za L. Petrażyckim, że „prawo rozumne jest szkołą moralności”⁴⁸, zaś „rozumna polityka prawa wytwarza lub przyspiesza postęp moralny”⁴⁹.

⁴⁶ E. Holewińska-Łapińska, w: T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego...*, op. cit., s. 528. Według najnowszych badań CBOS na pytanie: „Czy Pana(i) zdaniem pary gejów i lesbijek, czyli dwóch osób tej samej płci pozostających ze sobą w intymnym związku, powinny mieć prawo adoptować dzieci?” respondenci odpowiedzieli w następujący sposób: tak – 11%, nie – 84%, trudno powiedzieć – 5%. Centrum Badań Opinii Społecznej, op. cit., s. 4, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_174_17.PDF (dostęp: 30.04.2018).

⁴⁷ J. Gajda, „Adopcja” przez pary homoseksualne..., op. cit., s. 120.

⁴⁸ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968, s. 29.

⁴⁹ Ibidem.

Z powyższych rozważań wynika, że wobec braku wystarczających racji uzasadniających odmienne traktowanie osób o orientacji homoseksualnej w dostępie do adopcji, odmowa takim osobom możliwości ubiegania się o przysposobienie wyłącznie na podstawie ich orientacji seksualnej stanowi naruszenie zakazu dyskryminacji. Należy jednak zauważyć, że wniosek ten odnosi się tylko do sytuacji, gdy prawo krajów przewiduje możliwość adopcji przez osobę samotną. Nie ma natomiast obowiązku zrównania uprawnień osób homoseksualnych w zakresie dostępu do adopcji z uprawnieniami przysługującymi w tym zakresie wyłącznie małżonkom, o ile system prawa krajowego nie przewiduje instytucjonalizacji małżeństw osób tej samej płci.

Zagadnienie to ilustruje sprawa *Gas i Debois p. Francji*⁵⁰ dotycząca odmowy zgody na adopcję dziecka skarżącej przez jej partnerkę. Władze uzasadniały odmowę, twierdząc, że w tym wypadku adopcja nie byłaby zgodna z interesem dziecka, ponieważ wiązałaby się z utratą władzy rodzicielskiej przez matkę z jednoczesnym przeniesieniem jej na jej partnerkę. W świetle prawa krajowego dzielenie władzy rodzicielskiej w wyniku adopcji było możliwe jedynie w przypadku przysposobienia dziecka biologicznej matki lub ojca przez małżonka. Przed Trybunałem skarżące zarzucały, że władze dopuściły się wobec nich nieusprawiedliwionej dyskryminacji, bo chociaż nie były małżeństwem, w odniesieniu do kwestii adopcji dzieci znajdowały się w analogicznej sytuacji co małżonkowie. Trybunał nie podzielił tego argumentu, zauważając, że małżeństwo nadaje osobom, które je zawarły, szczególny status prawny, z którego wynikają określone skutki osobiste, społeczne i prawne. Państwa strony nie mają zaś obowiązku umożliwienia zawierania małżeństw przez osoby homoseksualne⁵¹. Trybunał zauważył ponadto, że także pary heteroseksualne niebędące małżeństwem narażone są na odmowę adopcji z tych samych powodów co skarżące. Wobec tego Trybunał uznał, że w niniejszej sprawie art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji nie został naruszony⁵².

Do przeciwnego wniosku Trybunał doszedł natomiast w sprawie *X i inni p. Austrii*⁵³. Podobnie jak miało to miejsce w sprawie *Gas i Debois p. Francji*, sprawa dotyczyła odmowy adopcji dziecka przez partnerkę jego biologicznej matki. W myśl prawa krajowego w wypadku adopcji przez jedną osobę rodzic adopcyjny zastępował rodzica tej samej płci. Wskutek uwzględnienia wniosku skarżącej więź prawna pomiędzy dzieckiem a jego biologiczną matką uległaby więc zerwaniu, jednocześnie utrzymana by została więź prawna pomiędzy dzieckiem a jego ojcem. Sąd krajowy rozpoznający sprawę uznał przy tym, iż nie ma potrzeby zastępowania ojca dziecka rodzicem adopcyjnym, zwłaszcza że dziecko utrzymywało z nim regularne kontakty. Jednocześnie sąd nie zbadał kwestii, czy, jak twierdziły skarżące, istniały wyjątkowe okoliczności uzasadniające nieuwzględnienie odmowy zgody ojca na adopcję. Przed Trybunałem skarżące podniosły zarzut dyskryminacji, twierdząc, że nie istniały obiektywne i racjonalne powody uzasadniające obowiązywanie przepi-

⁵⁰ Wyrok z dnia 15 marca 2012 r., nr skargi 25951/07.

⁵¹ Ibidem, par. 68.

⁵² Ibidem, par. 69 i n.

⁵³ Wyrok Wielkiej Izby z dnia 19 lutego 2013 r., nr skargi 19010/07.

sów prawnych, które przewidywały możliwość adopcji dziecka jednego z partnerów przez drugiego partnera w przypadku par heteroseksualnych, niezależnie od tego, czy pozostają w związku małżeńskim, możliwość taka nie istniała natomiast w przypadku par jedнопłciowych.

Trybunał uznał, że relację pomiędzy partnerkami, tworzącymi ustabilizowany związek, a dzieckiem, z którym dzieliły dom, należy zakwalifikować jako „życie rodzinne” w rozumieniu art. 8 ust. 1 Konwencji, dlatego w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie art. 14 w związku z art. 8. Ponadto Trybunał wskazał, że odmienne traktowanie ze względu na orientację seksualną wymaga uzasadnienia na podstawie szczególnie przekonujących i ważkich racji, przy czym margines swobody oceny przysługujący władzom krajowym w tego rodzaju sprawach jest wąski. Trybunał zauważył także, że na podstawie konwencji nie można zaakceptować odmiennego traktowania uzasadnianego wyłącznie względami orientacji seksualnej⁵⁴.

Zdaniem Trybunału, w odniesieniu do zamiaru przysposobienia dziecka jednego partnera przez drugiego pary homoseksualne znajdują się w istotnie podobnej sytuacji co pary heteroseksualne niebędące małżeństwem⁵⁵. Skarżący więc zostali przez władze potraktowani odmiennie niż pary heteroseksualne. Nie chodzi przy tym o rozstrzygnięcie kwestii adopcji dziecka przez pary homoseksualne *in abstracto*, lecz o wąsko określony problem zarzucanej dyskryminacji par homoseksualnych w porównaniu z niezwiązanymi małżeństwem parami homoseksualnymi w sytuacji adopcji dziecka partnera⁵⁶. Sprawa ta różniła się od sprawy Gas i Debois p. Francji w tym sensie, że w myśl prawa francuskiego adopcja dziecka partnera nie była dostępna zarówno dla par heteroseksualnych niebędących małżeństwem, jak i dla par jedнопłciowych⁵⁷.

Rząd uzasadniał odmienne traktowanie par homoseksualnych koniecznością ochrony tradycyjnej rodziny. Trybunał uznał wprawdzie ten cel za uprawniony, zaznaczył jednak, że konwencja jako „żywy instrument” musi być interpretowana z uwzględnieniem aktualnych warunków. Państwo, dokonując wyboru środków ochrony rodziny oraz zabezpieczając poszanowanie życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 ust. 1, musi brać pod uwagę zmiany zachodzące we współczesnych społeczeństwach, w tym fakt, że nie istnieje jeden wiodący sposób prowadzenia życia prywatnego i rodzinnego⁵⁸. Zdaniem Trybunału, rząd nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów ani wyników badań naukowych wskazujących, że rodzina z dwojgiem rodziców tej samej płci nie byłaby w stanie w odpowiedni sposób zaspokoić interesów dziecka. Jeżeli chodzi o kwestię przysposobienia, to osoby żyjące w parach jedнопłciowych mogą być tak samo odpowiednie lub nieodpowiednie jak te żyjące w parach heteroseksualne⁵⁹. Trybunał uznał więc, że odmienne

⁵⁴ Ibidem, par. 99.

⁵⁵ Ibidem, par. 112.

⁵⁶ Ibidem, par. 127.

⁵⁷ Ibidem, par. 131.

⁵⁸ Ibidem, par. 138 i n.

⁵⁹ Ibidem, par. 142.

traktowanie skarżących nie miało obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia, wobec tego orzekł, iż władze krajowe naruszyły art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji.

Przedstawione orzeczenie Trybunału potwierdza, że jeżeli władze krajowe zdecydują się rozszerzyć możliwość adopcji na pary niebędące małżeństwem oraz osoby samotne, to przepisy krajowe nie powinny prowadzić do dyskryminacji osób o orientacji homoseksualnej. Z przepisów konwencji nie wynika jednak obowiązek dokonania przez władze krajowe instytucjonalizacji małżeństw homoseksualnych czy też zagwarantowania możliwości przysposobienia dzieci przez osoby niebędące małżeństwem.

5. ADOPCJA DZIECI PRZEZ OSOBY HOMOSEKSUALNE A PRAWO DZIECKA DO OCHRONY JEGO TOŻSAMOŚCI

Na koniec warto zwrócić uwagę na implikacje, jakie w kwestii adopcji dzieci przez pary homoseksualne niesie ze sobą prawo dzieci do ochrony ich tożsamości. Prawo to należy uwzględnić wśród szerokiego katalogu elementów składających się na dobro dziecka. Obowiązek państw podejmowania działań mających na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości został przewidziany w art. 8 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, przy czym wskazany przepis nie zawiera definicji pojęcia „tożsamość”. Zdaniem J. E. Doek, skonstruowanie definicji pojęcia tożsamości dla celów prawnych wydaje się niemożliwe. Jednocześnie autor przytacza rozumienie tego pojęcia zaproponowane przez E. Eriksona, zgodnie z którym tożsamość to „subiektywne poczucie jednostki, że nieprzerwanie jest ona tą samą osobą”⁶⁰.

Z kolei zdaniem T. Sokołowskiego jednym z elementów tożsamości człowieka jest tożsamość rodzajowa, rozumiana jako świadomość pochodzenia od rodziców, kobiety i mężczyzny. Jednym z celów adopcji jest ochrona wskazanego aspektu tożsamości poprzez nawiązanie więzi z osobami mającymi pełnić społeczną rolę matki i ojca. „Innymi słowy, dziecko musi mieć możliwość «utożsamiania się», czyli identyfikowania się ze swoimi przybranymi rodzicami”⁶¹, którzy w pewien sposób uosabiają rodziców genetycznych. Jako przykład nieuwzględnienia nakazu ochrony tożsamości dziecka cytowany autor przytacza orzeczenie, na mocy którego dwójkę rodzeństwa w wielu szkolnym po tragicznej śmierci ich rodziców powierzono rodzinie adopcyjnej, składającej się z osób tej samej płci. Trudno nie zgodzić się ze stanowiskiem autora, że poprzez umieszczenie dzieci w zupełnie odmiennym środowisku wychowawczym w sposób jaskrawy została naruszona zasada ciągłości wychowania dziecka, o której mowa w art. 20 ust. 3 Konwencji o prawach dziecka. Taka radykalna zmiana środowiska wychowawczego dziecka niewątpliwie prowadzi do zakłócenia lub szkód w sferze jego tożsamości⁶².

⁶⁰ J.E. Doek, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Articles 8–9*, Boston 2006, s. 10.

⁶¹ T. Sokołowski, *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa...*, op. cit., s. 105.

⁶² *Ibidem*, s. 108. Autor nie podaje przy tym sygnatury przywołanego orzeczenia.

Oceny wpływu przysposobienia na kształtowanie świadomości dziecka należy jednak dokonywać w odniesieniu do okoliczności konkretnej sprawy. Niebezpieczeństwo przerwania niezakłóconego rozwoju świadomości dziecka nie pojawi się z pewnością w sytuacji przysposobienia dzieci we wczesnym wieku, przedstawiony powyżej stan faktyczny należy więc do sytuacji wyjątkowych. Jak zresztą zauważył Europejski Trybunał Praw Człowieka, wychowanie przez osobę homoseksualną ma wprawdzie wpływ na rozwój moralny i psychiczny dziecka, przede wszystkim na jego tożsamość, lecz nie można stwierdzić definitywnie, że jest to wpływ negatywny⁶³.

6. PODSUMOWANIE

Niekwestionowanym celem adopcji jest stworzenie optymalnego środowiska wychowawczego dla dzieci, które tego potrzebują. Z tego względu nie jest możliwe wyprowadzanie „prawa” do adopcji z prawa do założenia rodziny, czy też z prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego. Określenie kręgu osób uprawnionych do ubiegania się o adopcję należy więc do władz krajowych, aczkolwiek stanowione przez nie przepisy adopcyjne nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego. Przestrzeganie zakazu dyskryminacji w zakresie dostępu do adopcji powinno mieć miejsce także w płaszczyźnie stosowania prawa.

W świetle aktualnego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka różnicowanie ze względu na orientację seksualną uzasadnione jest wyłącznie w sytuacji, gdy istnieją ku temu szczególnie ważne powody. W kwestii dopuszczalności przysposobienia przez osoby homoseksualne powodem takim mógłby być wzgląd na dobro dziecka przy założeniu, że istnieje niebezpieczeństwo, iż wychowanie dziecka przez osoby homoseksualne mogłoby wpłynąć niekorzystnie na jego rozwój. Takie stanowisko przeważa obecnie w prawniczym piśmiennictwie polskim. W środowisku naukowym dominuje natomiast pogląd, że orientacja seksualna rodziców nie stanowi czynnika stwarzającego zagrożenie dla prawidłowego funkcjonowania dziecka. Odmowa orzeczenia adopcji wyłącznie z powodu orientacji homoseksualnej kandydata na rodzica adopcyjnego stanowi więc naruszenie zasady równego traktowania w sytuacji, gdy prawo krajowe przewiduje możliwość ubiegania się o adopcję przez osobę samotną.

Wyłączenie osób o orientacji homoseksualnej z kręgu uprawnionych do ubiegania się o adopcję nie stanowiłoby dyskryminacji w wypadku, gdyby ustawodawca krajowy, uznający wyłącznie małżeństwa heteroseksualne, ograniczyłby możliwość adopcji do par pozostających w związku małżeńskim. Małżeństwo nadaje bowiem tworzącym je osobom szczególny status, przy czym uprawnienia wynikające z tego statusu mogą mieć charakter ekskluzywny, czyli przysługiwać jedynie małżonkom. Skoro w świetle aktualnych standardów prawno-międzynarodowych władze nie mają obowiązku instytucjonalizacji małżeństw osób tej samej płci, osoby pozostające w heteroseksualnym związku małżeńskim znajdowałyby

⁶³ Wyrok w sprawie Frette p. Francji, op. cit., par. 42.

się w sytuacji nieporównywalnej z osobami samotnymi oraz osobami pozostającymi w związkach innego rodzaju, niezależnie od ich składu podmiotowego oraz uznania przez prawo.

BIBLIOGRAFIA

- Adams J., Light R., *Scientific Consensus, the Law, and Same Sex Parenting Outcomes*, „Social Science Research” 2015, no. 53.
- American Psychological Association, *Sexual Orientation, Parents, & Children*, 2004, <https://www.apa.org/about/policy/parenting.aspx> (dostęp: 18.12.2018).
- Banaszkiewicz B., *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach Artykułu 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3.
- Carroll A., Mendos L.R., *State-Sponsored Homophobia 2017: A World Survey of Sexual Orientation Laws: Criminalisation, Protection and Recognition*, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report> (dostęp: 30.04.2018).
- Centrum Badania Opinii Społecznej, *Stosunek do osób o orientacji homoseksualnej i związków partnerskich*, b.m.w. 2017, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2017/K_174_17.PDF (dostęp: 02.05.2018).
- Doek J.E., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Articles 8–9*, Boston 2006.
- Dzieci dla gejów*. Rozmowa Tomasza Stawiszyńskiego z profesorem Bogdanem Wojciszke, *Newsweek.pl*, 21 czerwca 2011, <https://www.newsweek.pl/polska/dzieci-dla-gejow/6bnt5e4>, (dostęp 18.12.2018).
- Gajda J., „Adopcja” przez pary homoseksualne. *Aspekty prawne*, w: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013.
- Garlicki L., omówienie art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom I, Komentarz do art. 1–18*, Warszawa 2010.
- Grabenwarter Ch., *European Convention on Human Rights. Commentary*, München 2014.
- Holewińska-Łapińska E., w: T. Smyczyński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, Warszawa 2011.
- Kamiński I.C., omówienie artykułu 9 Karty Praw Podstawowych UE, w: A. Wróbel, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Królak T., wywiad z A. Zollem, *Prof. A. Zoll: homoseksualiści zawalczą o prawo do adopcji*, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/prof-andrzej-zoll-homoseksualisci-zawalcza-o-prawo-do-adopcji/ks38h> (dostęp: 07.05.2018).
- Kułaga Ł., *Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 22 stycznia 2007 r. w sprawie E.B. przeciwko Francji (nr skargi 43546/02)*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 6 (89), s. 255.
- Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010.
- Ordem dos Psicólogos Portugueses, *Relatório de Evidência Científica Psicológica sobre Relações Familiares e Desenvolvimento Infantil nas Famílias Homoparentais*, <https://www.ordemdo->

- psicologos.pt/ficheiros/documentos/relatorio_de_evidancia_cientifica_psicologica_sobre_as_relaa_aoes_familiares_e_o_desenvolvimento_infantil_nas_familias.pdf (dostęp: 18.12.2018).
- Osajda K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO, Tom V*, Warszawa 2017 (Legalis).
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki polityki prawa*, Warszawa 1968.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2018, wydanie 5, Legalis.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005.
- Psychological Society of Ireland, *Psychological Society of Ireland President warns of the detrimental emotional consequences the Marriage Equality Debate may have*. 2015, <http://archive.is/ck2xu> (dostęp: 18.12.2018).
- Newton D.E., *Same-sex Marriages. A Reference Handbook*, Santa Barbara 2010.
- Schulz A.N., *O współczesnych dylematach tworzenia międzynarodowych standardów Rady Europy dotyczących relacji pomiędzy rodzicami i dziećmi*, „Acta Iuris Stetiniensis, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2014, nr 821.
- Smyczyński T., *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, w: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 75.
- Sokołowski T., *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, w: M. Andrzejewski, *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013.
- Śledzińska-Simon A., *Adopcja dzieci przez osoby homoseksualne*, w: R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009.
- Ukleja M., *Rodziny z wyboru. Homoseksualny związek jako współczesna alternatywa rodziny – analiza zjawiska*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Sociologica” 2014, nr 51.
- Wieruszewski R., *Zasady Yogyakarty – geneza i znaczenie*, w: K. Remin (red.), *Zasady stosowania międzynarodowego prawa człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, <http://docplayer.pl/403153-Zasady-yogyakarty-zasady-stosowania-miedzynarodowego-prawa-praw-czlowieka-w-stosunku-do-orientacji-seksualnej-oraz-tozsamosci-plciowej.html> (dostęp: 05.05.2018).
- Wiśniewski L., *Zdanie odrębne*, w: R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009.
- World Association for Sexual Health, *Position Statement: Co-Adoption of Children by Same Sex Couples*, 2013, <http://www.worldsexology.org/position-statement-co-adoption-of-children-by-same-sex-couples/> (dostęp: 18.12.2018).

ADOPTION BY HOMOSEXUALS IN THE LIGHT OF MODERN STANDARDS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Summary

The objective of the paper is to examine the issue of admissibility of adoption by homosexuals from the perspective of relevant human rights. In this context, it is crucial to establish whether a refusal to give permission to adopt a child solely on the grounds of an applicant's sexual orientation would constitute a breach of the principle of non-discrimination where

the legal system provides for the possibility of applying for adoption by an unmarried individual. Different treatment of homosexual persons with regard to access to adoption is perceived by many scholars as justified considering the principle of the best interest of a child. It seems, however, that this justification lacks sufficient support in scientific research into the influence of upbringing by homosexual persons on the child's development. Taking into account the European Court of Human Rights case law, it must be recognised that homosexual orientation should not be regarded as a condition that by itself rules out the possibility of adoption, at least in case where a legal system admits such a possibility with regard to single individuals. On the other hand, the legal capacity to adopt a child can be derived neither from the right to respect for one's private and family life nor from the right to found a family.

Keywords: adoption, ban on discrimination on grounds of sexual orientation, child's best interest, right to found a family

ADOPCJA PRZEZ OSOBY O ORIENTACJI HOMOSEKSUALNEJ W ŚWIETLE WSPÓŁCZESNYCH STANDARDÓW OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest analiza kwestii dopuszczalności adopcji dzieci przez osoby homoseksualne z perspektywy poszczególnych praw człowieka. W tym kontekście szczególnie istotną kwestią jest ustalenie, czy w sytuacji, gdy prawo przewiduje możliwość przysposobienia przez osobę samotną, odmowa zgody na adopcję wyłącznie ze względu na orientację homoseksualną stanowi naruszenie zakazu dyskryminacji. Odmienne traktowanie tej kategorii osób w dostępie do adopcji bywa uzasadniane ze względu na konieczność realizacji zasady dobra dziecka. Wydaje się jednak, że uzasadnienie to nie ma wystarczającego oparcia w wynikach badań na temat wpływu wychowania przez osoby homoseksualne na rozwój dziecka. Uwzględniając aktualne orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, należy uznać, że orientacja homoseksualna osoby ubiegającej się o adopcję nie powinna być traktowana *per se* jako przesłanka wyłączająca możliwość adopcji przynajmniej w wypadku, gdy prawo krajowe dopuszcza możliwość przysposobienia przez osoby samotne. Nie jest natomiast możliwe wyprowadzenie prawa do adopcji z prawa do założenia rodziny czy też z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Słowa kluczowe: adopcja, zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, dobro dziecka, prawo do założenia rodziny

ADOPCIÓN POR PERSONAS HOMOSEXUALES A LA LUZ DE ESTÁNDARES ACTUALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Resumen

El artículo analiza la admisibilidad de adopción de niños por personas homosexuales desde la perspectiva de derechos humanos en concreto. En este marco es muy importante determinar si en el caso cuando la ley prevea la posibilidad de adoptar por una persona sin pareja, la denegación de adopción únicamente debido a la homosexualidad constituirá la infracción de prohibición de discriminación. El tratamiento diferente de esta categoría de personas para acceder a la adopción se justifica por la necesidad de ejecución del principio del bien de niño. Sin embargo, parece que este fundamento no tiene apoyo suficiente en los resultados de estudios sobre la influencia de educación por personas homosexuales al desarrollo del niño. Tomando en cuenta la jurisprudencia actual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay que estimar que la homosexualidad de la persona que solicita adopción no debería considerarse *per se* como requisito que excluye la posibilidad de adoptar, por lo menos en caso cuando la legislación nacional admita la posibilidad de adoptar por las personas sin pareja. No es posible deducir el derecho a la adopción del derecho de constituir una familia, o bien del derecho a respetar la vida privada y familiar.

Palabras claves: adopción, prohibición de discriminación debido a orientación sexual, bien del niño, derecho a constituir una familia

УСЫНОВЛЕНИЕ ДЕТЕЙ ЛИЦАМИ ГОМОСЕКСУАЛЬНОЙ ОРИЕНТАЦИИ В СВЕТЕ СОВРЕМЕННЫХ НОРМ В ОБЛАСТИ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Резюме

Целью данной работы является анализ допустимости усыновления детей лицами гомосексуальной ориентации с точки зрения индивидуальных прав человека. В этом контексте особенно важно установить, является ли отказ в усыновлении ребенка одиноким лицом (при условии, что закон предусматривает возможность такого усыновления) исключительно по причине его гомосексуальной ориентации нарушением запрета на дискриминацию. Особый подход к этой категории лиц в вопросе усыновления иногда обосновывают необходимостью sobлюдения принцип наилучшего обеспечения интересов ребенка. Представляется, однако, что такое обоснование недостаточно подкреплено результатами исследований того, как воспитание лицами гомосексуальной ориентации влияет на развитие ребенка. С учетом существующих решений Европейского суда по правам человека следует признать, что гомосексуальная ориентация претендента на усыновление ребенка сама по себе не может рассматриваться в качестве причины для отказа в усыновлении, по крайней мере, в тех случаях, когда национальное законодательство допускает усыновление одинокими лицами. В то же самое время, право на усыновление не может следовать из права на создание семьи или из права на неприкосновенность частной и семейной жизни.

Ключевые слова: усыновление, запрет дискриминации по признаку сексуальной ориентации, интересы ребенка, право на создание семьи

ADOPTION DURCH HOMOSEXUELLE UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER AKTUELLEN STANDARDS FÜR DEN SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE

Zusammenfassung

Ziel dieser Arbeit ist die Analyse der Zulässigkeit der Adoption von Kindern durch Homosexuelle unter dem Gesichtspunkt der individuellen Menschenrechte. In diesem Zusammenhang ist es insbesondere wichtig zu prüfen, ob die Verweigerung der Adoption allein aufgrund der homosexuellen Ausrichtung einer Person in der Situation, wenn die Möglichkeit der Annahme an Kindes statt durch eine alleinstehende Person gesetzlich vorgesehen ist, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellt. Eine Ungleichbehandlung dieser Personengruppe beim Zugang zur Adoption kann, aufgrund der Notwendigkeit gerechtfertigt sein, dass dem Grundsatz des Kindeswohls Rechnung zu tragen ist. Es scheint jedoch, dass diese Rechtfertigung durch die Ergebnisse der Studien zu den Auswirkungen der Erziehung durch Homosexuelle auf die Entwicklung eines Kindes nicht hinreichend belegt ist. Unter Berücksichtigung der aktuellen einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist davon auszugehen, dass die homosexuelle Ausrichtung eines Adoptionsantragstellers nicht *per se* als Voraussetzung angesehen werden kann, die die Möglichkeit einer Annahme an Kindes statt ausschließt, zumindest dann nicht, wenn das nationale Recht eine Adoption durch alleinstehende Person zulässt. Aus dem Recht, eine Familie zu gründen oder dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens lässt sich jedoch kein Recht auf Adoption ableiten.

Schlüsselwörter: Adoption, Verbot der Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung, Kindeswohl, Recht, eine Familie zu gründen

ADOPTION PAR DES PERSONNES HOMOSEXUELLES À LA LUMIÈRE DES NORMES CONTEMPORAINES DES DROITS DE L'HOMME

Résumé

Le but de cette étude est d'analyser la question de l'admissibilité de l'adoption des enfants par des personnes homosexuelles du point de vue des droits de l'homme individuels. Dans ce contexte, il est particulièrement important de déterminer si, lorsque la loi prévoit la possibilité d'adoption par une seule personne, le refus d'admettre l'adoption uniquement sur la base de l'orientation homosexuelle constitue une violation de l'interdiction de la discrimination. Un traitement différent de cette catégorie de personnes lors de l'accès à l'adoption peut être justifié par la nécessité de mettre en œuvre le principe du bien de l'enfant. Cependant, il semble que cette justification ne soit pas suffisamment étayée par les résultats d'études sur l'impact de l'éducation de l'enfant par des personnes homosexuelles sur son développement. Compte tenu de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, il convient de considérer que l'orientation homosexuelle du demandeur d'adoption ne doit pas être considérée en soi comme une condition excluant la possibilité d'adoption, du moins lorsque la législation nationale autorise l'adoption par une seule personne. Cependant, le droit d'adopter ne peut pas découler du droit de fonder une famille ou du droit au respect de la vie privée et familiale.

Mots-clés : adoption, interdiction de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, bien de l'enfant, droit de fonder une famille

L'ADOZIONE DA PARTE DI PERSONE CON ORIENTAMENTO OMOSESSUALE ALLA LUCE DEGLI STANDARD CONTEMPORANEI DI TUTELA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sintesi

L'obiettivo del presente elaborato è l'analisi della questione dell'ammissibilità dell'adozione di bambini da parte di persone omosessuali, nella prospettiva dei singoli diritti dell'uomo. In tale contesto la questione particolarmente essenziale è stabilire se nelle situazioni in cui la legge permette la possibilità di adozione da parte di una persona sola, il diniego all'adozione esclusivamente a motivo dell'orientamento omosessuale costituisca una violazione del divieto di discriminazione. Un diverso trattamento di questa categoria di persone nell'accesso all'adozione viene talvolta giustificato a motivo della necessità di realizzare il principio del bene del bambino. Sembrerebbe tuttavia che tale giustificazione non trovi sufficiente sostegno nei risultati degli studi sull'effetto dell'educazione da parte di persone omosessuali sullo sviluppo del bambino. Considerando l'attuale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo bisogna riconoscere che l'orientamento omosessuale della persona che desidera adottare non deve essere considerato di per se come una condizione che escluda la possibilità di adozione, perlomeno nel caso in cui il diritto nazionale ammette la possibilità di adozione da parte di persone sole. Non è possibile estrapolare il diritto all'adozione dal diritto di creare una famiglia o dal diritto al rispetto alla vita privata e familiare.

Parole chiave: adozione, divieto di discriminazione a motivo dell'orientamento sessuale, bene del bambino, diritto a creare una famiglia

Cytuj jako: Jakuszewicz A., Adoption by homosexuals in the light of modern standards of human rights protection [Adopcja przez osoby o orientacji homoseksualnej w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 99–121. DOI:10.26399/iusnovum.v13.4.2019.45/a.jakuszewicz

Cite as: Jakuszewicz, A. (2019). 'Adoption by homosexuals in the light of modern standards of human rights protection'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 99–121. DOI:10.26399/iusnovum.v13.4.2019.45/a.jakuszewicz

PRAWNE ASPEKTY PROCEDURY OKREŚLENIA OPŁATY ZA USŁUGI WODNE W NOWYM PRAWIE WODNYM

MARCIN SOBOTA*, BARTOSZ JAWECKI**

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.46/m.sobota/b.jaweck

WSTĘP

W ramach Ustawy z dnia 20.07.2017 r. Prawo wodne¹ (dalej: n.p.w.) w sposób nowatorski została przez ustawodawcę uregulowana procedura określenia opłaty za usługi wodne. W ramach niniejszego opracowania autorzy poddają analizie przepisy prawa w tym zakresie. Rozważania obejmują przede wszystkim kwestie związane z określeniem momentu wszczęcia postępowania administracyjnego w ramach przedmiotowego postępowania. Nadto autorzy zwracają uwagę na wątpliwości interpretacyjne związane ze szczególną formą, w ramach której zostaje nałożony na podmiot obowiązek dokonania opłaty z tytułu wykonywania usług wodnych – informacja, natomiast w wypadku kwestionowania zasadności tego rozstrzygnięcia, forma jego zaskarżenia, tj. reklamacja. Istotnym problemem badawczym pozostaje także kwestia zakresu stosowania procedury administracyjnej w ramach postępowania ustalającego wysokość opłaty za usługi wodne, a w konsekwencji wątpliwości związane z momentem wydania decyzji administracyjnej jako merytorycznego zakończenia postępowania administracyjnego. Autorzy konfrontują przyjęte rozwiązania prawne m.in. z uregulowaniami zawartymi w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 02.04.1997 r.² (dalej: Konstytucja RP).

* Dr, adiunkt w Instytucie Architektury Krajobrazu na Wydziale Inżynierii Kształtowania Środowiska i Geodezji Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu, adwokat, e-mail: marcin.sobota@upwr.edu.pl; ORCID: 0000-0002-5126-7472

** Dr hab. inż., prof. w Instytucie Architektury Krajobrazu na Wydziale Inżynierii Kształtowania Środowiska i Geodezji Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu, e-mail: bartosz.jaweck@upwr.edu.pl; ORCID: 0000-0002-4277-0412

¹ Dz.U. z 2018 r., poz. 2268 z późn. zm.

² Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Przyjęta przez autorów metoda badawcza zakłada wykorzystanie tak danych pierwotnych (przede wszystkim aktów prawnych), jak i danych wtórnych, a więc orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, sądów administracyjnych, komentarzy do przepisów prawa powszechnie obowiązujących oraz różnego rodzaju opracowań z zakresu szeroko rozumianego prawa administracyjnego, w tym w szczególności prawa wodnego. Dopiero po zgromadzeniu odpowiedniej ilości danych możliwe są: prawidłowa agregacja, porównywanie i podsumowanie. Przyjęta metoda badawcza polega na gromadzeniu i wstępnej selekcji przepisów prawa, orzeczeń, poglądów doktryny (metoda komparystyczna), a następnie na analizowaniu ich treści i opracowaniu wniosków badawczych (metoda analityczna). Prezentowane poglądy autorów oparte są przede wszystkim na wykładni przepisów prawa, dokonywanej w ujęciu literalnym, celowościowym, a także również historycznym. Artykuł ma charakter polemiczny.

USŁUGI WODNE W NOWYM PRAWIE WODNYM

Legalna definicja „usług wodnych” pojawiła się polskim prawodawstwie w nowelizacji Ustawy z dnia 18.07.2001 r. Prawo wodne³, w ramach której dodany został m.in. art. 113b ust. 7 – Ustawa z dnia 05.01.2011 r. o zmianie Ustawy Prawo wodne oraz niektórych innych ustaw⁴, która weszła w życie 18.03.2011 r. Artykuł ten stanowił: „usługi wodne oznaczają działalność umożliwiającą gospodarstwom domowym, instytucjom publicznym i podmiotom gospodarczym zaspokojenie ich potrzeb wodnych, w szczególności przez: 1) utrzymywanie i kształtowanie zasobów wodnych, przede wszystkim przez piętrzenie, pobór, magazynowanie, uzdatnianie i dystrybucję wody; 2) odbieranie, oczyszczanie i odprowadzanie ścieków”. Definicja ta stanowiła w dużej mierze powtórzenie postanowień art. 2 pkt 38 Dyrektywy 2000/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2000 r. ustanawiającej ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej⁵ (dalej: Dyrektywa Wodna).

W nowym prawie wodnym brak legalnej definicji „usług wodnych”, choć już w uzasadnieniu do projektu tego aktu prawnego⁶ pojęcie „usług wodnych” pojawiło się 74 razy, zaś w tekście uchwalonej ustawy n.p.w. pojawia się ono 120 razy.

Przede wszystkim zwrócić należy uwagę na treść art. 35 ust. 1 n.p.w., zgodnie z którym: „usługi wodne polegają na zapewnieniu gospodarstwom domowym, podmiotom publicznym oraz podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą możliwości korzystania z wód w zakresie wykraczającym poza zakres powszech-

³ Dz.U. z 2001 r., Nr 115, poz. 229 z późn. zm.

⁴ Dz.U. z 2011 r., Nr 32, poz. 59.

⁵ Dz. Urz. UE L, nr 327, s. 1; art. 2 pkt 38: „Usługi wodne” oznaczają wszystkie usługi, które gospodarstwom domowym, instytucjom publicznym lub każdej działalności gospodarczej umożliwiają: a) pobór, piętrzenie, magazynowanie, uzdatnianie i dystrybucję wód powierzchniowych lub podziemnych; b) odbieranie i oczyszczanie ścieków, które następnie odprowadzane są do wód powierzchniowych.

⁶ Uzasadnienie rządowego projektu nowe prawo wodne, druk sejmowy nr 1529, 25.04.2017 r.

nego korzystania z wód, zwykłego korzystania z wód oraz szczególnego korzystania z wód". Art. 35 ust. 3 n.p.w. określa natomiast katalog usług wodnych, tj.:

1. pobór wód podziemnych lub wód powierzchniowych;
2. piętrzenie, magazynowanie lub retencjonowanie wód podziemnych i wód powierzchniowych oraz korzystanie z tych wód;
3. uzdatnianie wód podziemnych i powierzchniowych oraz ich dystrybucję;
4. odbiór i oczyszczanie ścieków;
5. wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi, obejmujące także wprowadzanie ścieków do urządzeń wodnych;
6. korzystanie z wód do celów energetyki, w tym energetyki wodnej;
7. odprowadzanie do wód lub do urządzeń wodnych – wód opadowych lub roztopowych, ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące do odprowadzania opadów atmosferycznych albo w systemy kanalizacji zbiorczej w granicach administracyjnych miast;
8. trwałe odwadnianie gruntów, obiektów lub wykopów budowlanych oraz zakładów górniczych, a także odprowadzanie do wód – wód pochodzących z odwodnienia gruntów w granicach administracyjnych miast;
9. odprowadzanie do wód lub do ziemi wód pobranych i niewykorzystanych.

Powyższe unormowanie należy skonfrontować z przepisem art. 268 ust. 1 n.p.w., wskazującym, które z powyższych usług wodnych (art. 35 ust. 3) zostały objęte obowiązkiem ponoszenia opłat z tytułu ich wykonywania⁷, natomiast w art. 269 ust. 1 n.p.w. ustawodawca wprowadza dodatkowy katalog innych czynności, z którymi również łączy obowiązek ponoszenia opłat za usługi wodne⁸. Takie „nadprogramowe” uregulowanie zakresu opłat za usługi wodne budzi zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji i spójności aktu prawnego. W tym wypadku mamy do czynienia z opłatami nazwanymi przez ustawodawcę „opłatami za usługi wodne”, które w rzeczywistości nie dotyczą usług wodnych (wymienio-

⁷ Art. 268 n.p.w.: „Opłaty za usługi wodne uiszcza się za:

- 1) pobór wód podziemnych lub wód powierzchniowych;
- 2) wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi;
- 3) odprowadzanie do wód:
 - a) wód opadowych lub roztopowych ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące do odprowadzania opadów atmosferycznych albo systemy kanalizacji zbiorczej w granicach administracyjnych miast,
 - b) wód pochodzących z odwodnienia gruntów w granicach administracyjnych miast;
- 4) pobór wód podziemnych i wód powierzchniowych na potrzeby chowu i hodowli ryb oraz innych organizmów wodnych;
- 5) wprowadzanie do wód lub do ziemi ścieków z chowu lub hodowli ryb oraz innych organizmów wodnych.

⁸ Art. 269 ust. 1 n.p.w.: opłatę za usługi wodne uiszcza się także za:

- 1) zmniejszenie naturalnej retencji terenowej na skutek wykonywania na nieruchomości o powierzchni powyżej 3500 m² robót lub obiektów budowlanych trwale związanych z gruntem, mających wpływ na zmniejszenie tej retencji przez wyłączenie więcej niż 70% powierzchni nieruchomości z powierzchni biologicznie czynnej na obszarach nieujętych w systemy kanalizacji otwartej lub zamkniętej;
- 2) wydobywanie z wód powierzchniowych, w tym z morskich wód wewnętrznych wraz z wodami wewnętrznymi Zatoki Gdańskiej oraz wód morza terytorialnego, kamienia, żwiru, piasku oraz innych materiałów, a także wycinanie roślin z wód lub brzegu.

nych enumeratywnie w art. 35 ust. 1 n.p.w.), natomiast bezspornie czynności objęte obowiązkiem opłaty na podstawie przepisu art. 269 ust. 1 n.p.w. stanowią przykłady szczególnego korzystania z wód, wskazanego wprost w art. 34 pkt 4 i 8 n.p.w.⁹

Opłata za usługi wodne za pobór wód składa się z opłaty stałej oraz opłaty zmiennej, uzależnionej od ilości wód pobranych¹⁰, z zastrzeżeniem, że opłaty stałej nie ponosi się za pobór wód do celów rolniczych lub leśnych na potrzeby nawadniania gruntów i upraw oraz na potrzeby chowu i hodowli ryb oraz do celów elektrowni wodnych¹¹, natomiast opłatę za usługi wodne za odprowadzanie do wód – wód pochodzących z odwodnienia gruntów w granicach administracyjnych miast ponosi się wyłącznie w formie opłaty stałej¹².

Wysokość opłaty stałej za:

1. pobór wód podziemnych,
2. pobór wód powierzchniowych,
3. odprowadzanie do wód:
 - a. wód opadowych lub roztopowych ujętych w otwarte lub zamknięte systemy kanalizacji deszczowej służące do odprowadzania opadów atmosferycznych albo systemy kanalizacji zbiorczej w granicach administracyjnych miast,
 - b. wód pochodzących z odwodnienia gruntów w granicach administracyjnych miast,
4. wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi –
ustalają Wody Polskie oraz przekazują podmiotom obowiązującym do ponoszenia opłat za usługi wodne w formie informacji rocznej, zawierającej także sposób obliczenia tej opłaty¹³. Podmiot obowiązany do ponoszenia opłat za usługi wodne wnosi opłatę stałą (roczną) na rachunek bankowy Wód Polskich w 4 równych ratach kwartalnych nie później niż do końca miesiąca następującego po upływie każdego kwartału¹⁴. Jeżeli podmiot obowiązany do ponoszenia opłat za usługi wodne zaniechał wykonania powyższego obowiązku, właściwy organ Wód Polskich określa wysokość opłaty stałej w drodze decyzji¹⁵, co więcej, zaskarżenie takiej decyzji nie wstrzymuje jej wykonania¹⁶. Podmiot obowiązany do dokonania opłaty za usługi wodne jest również uprawniony do złożenia – w terminie 14 dni od dnia otrzymania informacji – reklamacji, jeżeli nie zgadza się z wysokością opłaty¹⁷. Reklamację składa się do tego samego podmiotu, który przesłał informację, ten zaś ma 14 dni na jej rozpoznanie¹⁸. W tym wypadku możliwe są dwa orzeczenia:
 1. uznanie reklamacji, co skutkuje tym, że Wody Polskie albo wójt, burmistrz lub prezydent miasta przekazują podmiotowi obowiązującemu do ponoszenia opłat

⁹ M. Białek, D. Chojnacki, T. Grabarczyk, *Opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 26.

¹⁰ Art. 270 ust. 1 n.p.w.

¹¹ Art. 270 ust. 2 n.p.w.

¹² Art. 270 ust. 2 n.p.w.

¹³ Art. 271 ust. 1 n.p.w.

¹⁴ Art. 271 ust. 6 n.p.w.

¹⁵ Art. 271 ust. 7 n.p.w.

¹⁶ Art. 271 ust. 8 n.p.w.

¹⁷ Art. 273 ust. 1 n.p.w.

¹⁸ Art. 273 ust. 4 n.p.w.

za usługi wodne nową informację, zawierającą także sposób obliczenia opłaty za usługi wodne¹⁹,

2. w razie nieuznania reklamacji w całości lub uznania reklamacji w części, właściwy organ Wód Polskich albo wójt, burmistrz lub prezydent miasta określają wysokość opłaty za usługi wodne w drodze decyzji²⁰, od której to decyzji przysługuje stronie bezpośrednio skarga do sądu administracyjnego (w dalszej części opracowania autorzy będą jedynie odwoływać się rozstrzygnięć wydawanych przez Wody Polskie).

Wysokość opłaty zmiennej zależy od ilości pobranej wody, ilości i jakości odprowadzonych ścieków oraz ilości odprowadzanych wód do wód, przy założeniu, że okresem rozliczeniowym pozostaje kwartał. Podobnie jak ma to miejsce w wypadku poboru opłaty stałej, to Wody Polskie określają wysokość opłaty zmiennej i przekazują podmiotowi zainteresowanemu dane w tym zakresie w formie informacji, zawierającej również sposób jej wyliczenia²¹. Z uwagi na fakt, iż tym przypadku niezbędne pozostaje ustalenie rzeczywistego wykorzystania wód lub ścieków, odbywa się to na podstawie odczytu wskazań przyrządów pomiarowych lub na podstawie danych z systemów pomiarowych. Ustawodawca przesądził, że podmiot obowiązany do ponoszenia opłat za usługi wodne jest winien zapewnić odrębny pomiar ilości pobieranych wód podziemnych oraz pobieranych wód powierzchniowych, natomiast odczytu wskazań przyrządów pomiarowych dokonuje pracownik Wód Polskich²². Kolejne etapy procedury poboru opłaty zmiennej za usługi wodne pozostają zbieżne z przedstawioną tu procedurą poboru opłaty stałej²³, tak w zakresie złożenia reklamacji, jak i procedury odwoławczej.

PROCEDURA ADMINISTRACYJNA USTALENIA OPŁATY ZA USŁUGI WODNE

Powyższe uregulowania wskazują jednoznacznie, że w nowym prawie wodnym wydanie decyzji administracyjnej *expressis verbis* w ramach procedury ustalania opłaty za usługi wodne odbywa się w sytuacji:

1. braku wpłaty przez podmiot obowiązany kwoty określonej w informacji w terminie 14 dni od dnia doręczenia tej informacji²⁴ – następnie przysługuje odwołanie w trybie ustawy z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego²⁵ (dalej: k.p.a.) do organu wyższego stopnia²⁶;

¹⁹ Art. 273 ust. 5 n.p.w.

²⁰ Art. 273 ust. 6 n.p.w.

²¹ Art. 272 ust. 17 n.p.w.

²² Art. 272 ust. 11-14 n.p.w.

²³ Art. 272 ust. 17-26 n.p.w.

²⁴ Art. 271 ust. 7 i art. 272 ust. 19 n.p.w.

²⁵ Dz.U. z 2017 r., poz. 1257 z późn. zm.

²⁶ Art. 271 ust. 8 i art. 272 ust. 26 n.p.w.

2. braku uwzględnienia w całości reklamacji złożonej przez podmiot obowiązany²⁷ – następnie przysługuje skarga do sądu administracyjnego²⁸.

Zakończenie postępowania administracyjnego merytorycznym rozstrzygnięciem w przewidzianej przez k.p.a. formie, czyli decyzji administracyjnej, bez wątplenia przesądza o fakcie wcześniejszego wszczęcia postępowania administracyjnego oraz stosowaniu zasad procedury administracyjnej określonej w k.p.a.²⁹ Przepisy n.p.w. nie określają odmiennych reguł w tym wypadku, a więc stronie – podmiotowi obowiązanyemu – przysługuje w szczególności prawo do wglądu w akta sprawy na każdym jego etapie czy też prawo zgłaszania wniosków dowodowych, z zastrzeżeniem przepisu art. 273a n.p.w.³⁰ Nadto organ administracji powinien podjąć wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli, zgodnie z regułą określoną w art. 7 k.p.a., a więc zasadą prawdy obiektywnej, która znajduje swoje odzwierciedlenie w szczególności w przepisach k.p.a. dotyczących postępowania dowodowego³¹. Zarazem nie możemy tracić z pola widzenia przepisu art. 12 k.p.a., który stanowi, że organy administracji publicznej powinny działać w sprawie wnikliwie i szybko, posługując się możliwie najprostszymi środkami prowadzącymi do jej załatwienia, zaś sprawy, które nie wymagają zbierania dowodów, informacji lub wyjaśnień, powinny być załatwiane niezwłocznie. Ten pozorny konflikt pomiędzy wnikliwością a szybkością należy tłumaczyć jako nakaz możliwie szybkiego działania organów, jednak bez uszczerbku dla wnikliwości postępowania, tj. bez uszczerbku dla realizacji zasady prawdy materialnej³². Zarazem, jak podkreśla M. Kotulska:

zasada ta nakłada na organy administracji publicznej obowiązek prowadzenia postępowania w taki sposób, aby nie można im było zarzucić zbędnej zwłoki, opieszałości w podejmowanych czynnościach procesowych. Szybkość nie oznacza jednak pośpiechu za wszelką cenę, nie jest celem samym w sobie, lecz metodą poszukiwania prawdy obiektywnej. Postępowanie powinno przebiegać szybko, ale tylko do momentu, do którego szybkość nie będzie kolidowała z wnikliwością organu, polegającą na konieczności wyjaśnienia wszystkich okoliczności w sprawie³³.

Przenosząc te rozważania na grunt przepisów n.p.w., stwierdzić należy, że w wypadku postępowania, w ramach którego dochodzi do wydania decyzji administracyjnej, winny znaleźć zastosowanie przepisy k.p.a., określające m.in. upraw-

²⁷ Art. 273 ust. 6 n.p.w.

²⁸ Art. 273 ust. 8 n.p.w.

²⁹ W szczególności art. 6–16 k.p.a.

³⁰ Art. 273a n.p.w.: W przypadku złożenia reklamacji, o której mowa w art. 273 ust. 1, przepisów art. 10 § 1 oraz art. 61 § 4 Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego nie stosuje się.

³¹ M.in. art. 70, 73, 75, 77, 78, 80, 81, 95 § 1 k.p.a. – F. Elżanowski, w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 27.08.2018).

³² J. Małanowski, w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op. cit.

³³ M. Kotulska, *Czas a postępowanie administracyjne*, w: J. Niczyporuk (red.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego. Na 50-lecie kpa*, Lublin 2010, s. 424.

nienia strony postępowania. O słuszności takiego twierdzenia przesądza m.in. fakt, że ustawodawca wprost określił w art. 271 ust. 8 i art. 272 ust. 26 n.p.w. możliwość zaskarżenia decyzji, nie wskazując szczególnego trybu w tym zakresie, co w sposób oczywisty nakazuje, w związku z wydaniem decyzji administracyjnej, złożenie odwołania w trybie k.p.a. W ocenie autorów zaś nie sposób znaleźć racjonalnych przesłanek, dla których postępowanie w I instancji oraz w II instancji w ramach postępowania administracyjnego miało się odbywać w ramach odmiennych procedur.

Zarazem, z uwagi na specyfikę postępowania obejmującego ustalenie opłaty za usługi wodne, ustawodawca zdecydował, że sprawy te w dużej mierze nie wymagają zbierania dowodów, a przede wszystkim opierają się na wyliczeniu opłaty na podstawie danych zawartych w przepisach powszechnie obowiązujących lub dokumentach (opłata stała), bądź też danych zebranych przez pracowników Wód Polskich, lub na podstawie oświadczeń podmiotów obowiązanych do ponoszenia opłat za usługi wodne za poszczególne kwartały³⁴ (opłata zmienna), co pozwala, na bazie przepisu art. 12 ust. 2 k.p.a., zastosować swoistą procedurę uproszczoną zakończoną wydaniem informacji. Na szczególną uwagę zasługują zastrzeżenia poczynione w uzasadnieniu wyroku WSA w Szczecinie z 02.07.2018 r., gdzie opłaty za usługi wodne (kształtujące nowy system finansowania gospodarki wodnej) zostały zaliczone do danin publicznych, podobnie jak wcześniej odbywało się to w wypadku opłat za korzystanie ze środowiska³⁵.

³⁴ Art. 552 ust. 2 n.p.w.: Ustalenie wysokości opłaty za usługi wodne w okresie od dnia wejścia w życie ustawy do dnia 31 grudnia 2020 r. następuje na podstawie:

- 1) określonego w pozwoleniu wodnoprawnym albo w pozwoleniu zintegrowanym celu i zakresu korzystania z wód;
- 2) pomiarów dokonywanych przez organy administracji w ramach kontroli gospodarowania wodami lub ustaleń z przeglądów pozwoleń wodnoprawnych;
- 3) pomiarów dokonywanych przez organy administracji w ramach kontroli pozwoleń zintegrowanych.

ust. 2a. Ustalenie wysokości opłaty za usługi wodne w okresie do dnia 31 grudnia 2020 r. następuje również na podstawie:

- 1) odczytów z przyrządów pomiarowych dokonywanych w ramach kontroli gospodarowania wodami albo
- 2) oświadczeń podmiotów obowiązanych do ponoszenia opłat za usługi wodne, za poszczególne kwartały.

ust. 2b. Podmioty obowiązane do ponoszenia opłat za usługi wodne są obowiązane składać oświadczenia, o których mowa w ust. 2a pkt 2, zgodnie z wzorami zamieszczonymi w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Wód Polskich:

- 1) Wodom Polskim w celu ustalenia wysokości opłat, o których mowa w art. 272 ust. 1–7 i 9 oraz art. 275 ust. 8 pkt 2 i 4,
- 2) wójtowi, burmistrzowi lub prezydentowi miasta, w celu ustalenia wysokości opłaty, o której mowa w art. 272 ust. 8

– w terminie 30 dni od dnia, w którym upływa dzień przypadający na koniec każdego kwartału, z tym że oświadczenia za IV kwartał 2020 r. podmioty korzystające z usług wodnych składają w terminie do dnia 14 stycznia 2021 r.

³⁵ Wyrok WSA w Szczecinie z 02.07.2018 r., II SA/Sz 514/18, Legalis, nr 1807646 – „Przepisy ustawy Prawo wodne, kształtujące nowy system finansowania gospodarki wodnej, pozwalają na stwierdzenie, że opłaty za usługi wodne należy zaliczyć do danin publicznych, podobnie jak wcześniej opłaty za korzystanie ze środowiska. Nie jest to zatem świadczenie zależne od

Przyjęcie założenia, że mamy do czynienia ze wszczętym postępowaniem administracyjnym, zgodnie z art. 104 § 1 i 2 k.p.a., skutkuje tym, że rozstrzygnięcie merytoryczne winno przybrać formę decyzji administracyjnej. Natomiast ustawodawca postanowił, że w pierwszej kolejności nałoży na podmiot obowiązany obowiązek w formie informacji. Ustawodawca na tym etapie postępowania nie zdecydował się na wskazanie w ustawie formy rozstrzygnięcia – w formie decyzji administracyjnej – pomimo faktu iż w ocenie autorów procedura, która przecież tak podmiotowo, jak i przedmiotowo pozostaje tak sama, aż do czasu zakończenia postępowania, dopiero po spełnieniu innych przesłanek ustawowych wiąże się z wydaniem decyzji administracyjnej. Podkreślić należy, że procedura poboru opłaty za usługi wodne stanowi – w ocenie autorów – sprawę indywidualną administracyjną, a więc sytuację, gdy właściwy i kompetentny do podjęcia decyzji stosowania prawa i ustanowienia nią jednostkowej normy prawnej będzie organ administracji publicznej w znaczeniu ustrojowym lub funkcjonalnym³⁶. W ocenie autorów trafnie definiuje sprawę indywidualną W. Dawidowicz – jako „zespół okoliczności faktycznych i prawnych, w których organ administracji państwowej stosuje normę prawa administracyjnego w celu ustanowienia po stronie określonego podmiotu (podmiotów) sytuacji prawnej w postaci udzielenia (odmowy udzielenia) żądanego uprawnienia albo w postaci obciążenia z urzędu określonym obowiązkiem”³⁷. Bezspornie natomiast, w przypadku braku kwestionowania przez podmiot obowiązany wysokości opłaty za usługi wodne, to informacja stanowi ostateczną podstawę wymiaru opłaty i tym samym przesądza o obowiązku strony.

Zasadne pozostaje rozważanie, jak traktować przyjętą przez ustawodawcę formę informacji w związku z toczącym się postępowaniem administracyjnym. W tym miejscu należy przytoczyć poglądy doktryny oraz orzecznictwo, które w sposób jednolity definiują decyzję administracyjną jako:

jednostronne rozstrzygnięcie organu administracji państwowej o wiążących konsekwencjach obowiązującej normy prawnej dla indywidualnie określonego podmiotu i konkretnej sprawy, podjęte przez ten organ w sferze stosunków zewnętrznych³⁸

байдз тэж

woli podmiotu, lecz od zakresu podmiotowego i przedmiotowego ustawy „podatkowej”. Klasyfikację tą potwierdza dyspozycja art. 300 ustawy Prawo wodne, która z woli ustawodawcy nakazuje do ponoszenia opłat za usługi wodne stosować odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, z wyjątkami określonymi we wskazanych przepisach. Skoro tak, to nałożenie obowiązku świadczeń tego rodzaju oznacza ingerencję w prawo dysponowania środkami pieniężnymi należącymi do majątku podmiotu obciążonego tym obowiązkiem. Dlatego przepisy regulujące problematykę danin publicznych i ich stosowanie musi być zgodne z całokształtem obowiązujących norm i zasad konstytucyjnych”.

³⁶ B. Adamiak, w: B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 28.08.2018).

³⁷ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1989, s. 7–8.

³⁸ Zob. wyrok NSA z 22.09.1983 r., SA/Wr 367/83, ONSA 1983 nr 2, poz. 75; P. Majczak, *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, „Ius Novum” 2016, nr 4, s. 375–382.

jako jednostronne i władcze oświadczenie woli organu administracji publicznej w rozumieniu k.p.a., oparte na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, skierowane do konkretnego zewnętrznego adresata, rozstrzygające sprawę indywidualną tegoż adresata, podjęte w trybie przewidzianym przez k.p.a. oraz posiadające formę i strukturę ustaloną przez prawo procesowe³⁹.

Również orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego jednoznacznie podkreśla, że pismo pochodzące od organu administracji, skierowane na zewnątrz i w sposób władczy rozstrzygające o prawach i obowiązkach prawnych podmiotów występujących w obrocie (osób fizycznych i prawnych) w sprawie indywidualnej, niemające formy decyzji, jest decyzją administracyjną, choćby dla rozstrzygnięcia takiego nie było podstawy prawnej⁴⁰.

Powyższe zastrzeżenia nakazują stwierdzić, iż wydane przez organ administracji publicznej pismo, niezależnie od nadanej mu przez organ nazwie – po spełnieniu określonych przesłanek, a więc gdy mamy do czynienia ze sprawą podwójnie skonkretyzowaną: co do osoby (podmiotu) oraz co do sytuacji (praw lub obowiązków z zakresu prawa administracyjnego, których sprawa dotyczy), nadto jest skierowane na zewnątrz i w sposób władczy rozstrzyga o prawach lub obowiązkach podmiotu występującego w obrocie, jest decyzją administracyjną⁴¹. Z uwagi na to w ocenie autorów brak jest racjonalnych legislacyjnych przesłanek uzasadniających wprowadzony przez ustawodawcę dualizm w zakresie nazewnictwa przyjętych rozstrzygnięć. Oczywiście przyjęte rozwiązanie ma doniosłe skutki procesowe, gdyż wydanie decyzji administracyjnej skutkuje merytorycznym rozstrzygnięciem sprawy i w konsekwencji zamknięciem czynności w I lub II instancji, a ponieważ organ administracyjny – zgodnie z art. 110 k.p.a. – jest związany własną decyzją, to tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie może, lub musi, ponownie zająć się tą samą sprawą. Mając na uwadze te uregulowania, rozstrzygnięcie w tej samej sprawie dla organu, który wydał przedmiotową decyzję – co do zasady – nie jest możliwe⁴². Nadto wynikająca z przepisu art. 110 k.p.a. gwarancja trwałości decyzji administracyjnych, w zestawieniu z treścią art. 109 k.p.a., oznacza, że wiązanie organu administracji własną decyzją trwa aż do ustania jej mocy obowiązującej, tzn. do chwili, gdy decyzja ta zostanie uchylona, zmieniona lub wygaśnie⁴³.

W ramach procedury zawartej w nowym prawie wodnym wydanie i przesłanie rozstrzygnięcia w formie informacji kończy postępowanie w sprawie ustalenia wysokości opłaty za usługi wodne lub też stanowi podstawę do złożenia reklamacji, która przecież powoduje, że ten sam podmiot ponownie bada sprawę na skutek

³⁹ R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 30.08.2018).

⁴⁰ Zob. wyrok NSA z 21.02.1994 r., I SAB, publ., „Glosa” 1996, nr 2, poz. 25 z głosem aprobującą B. Adamiak, J. Borkowskiego, publ. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1995, nr 11, poz. 222; wyrok NSA z 24.07.2014 r., I OSK 898/13, Legalis, nr 1068530.

⁴¹ Zob. wyrok NSA z 09.01.1995 r., I SA 2257/93, ONSA 1997, nr 2, poz. 15; wyrok NSA z 11.07.1994 r., IV SA 974/93, „Wokanda” 1994, nr 11, s. 4; M. Dyl, w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op. cit.

⁴² B. Adamiak, w: B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op. cit.

⁴³ Wyrok WSA w Warszawie z 14.10.2009 r., II SA/Wa 818/09, Legalis, nr 271181.

złożonych zarzutów przez podmiot obowiązany, a następnie dopiero ewentualnie wydaje decyzję administracyjną, co w ocenie autorów stoi w sprzeczności z prezentowaną dotychczas linią orzecniczą oraz poglądami doktryny.

Wskazać jednak należy, iż ustawodawca w przepisie art. 271 ust. 1 oraz w art. 272 ust. 11 n.p.w. podkreśla, że to Wody Polskie (a nie organ Wód Polskich) ustalają, a następnie przekazują podmiotowi obowiązanemu w formie informacji wysokość opłaty za usługi wodne. Takie uregulowanie mogłoby sugerować, że nie mamy na tym etapie procedury do czynienia ani z postępowaniem administracyjnym, ani z decyzją administracyjną, brak tutaj organu administracji, który przecież wydaje decyzję administracyjną. Jednakże zwrócić należy uwagę na dotychczasową praktykę Wód Polskich⁴⁴, w ramach której informacje o wysokości opłat za usługi wodne są wydawane jednak przez organ Wód Polskich, tj. dyrektorów zarządu zlewni Wód Polskich, zaś zgodnie z przepisem art. 14 ust. 2 n.p.w. do postępowania przed organami, o których mowa w ust. 1 pkt 3–6, tj. przed m.in. dyrektorem zarządu zlewni Wód Polskich, stosuje się przepisy k.p.a.⁴⁵

Powyższe zastrzeżenia nakazują rozważanie kolejnych wątpliwości natury prawnej, które dotyczą procedury postępowania reklamacyjnego, a więc sytuacji, gdy podmiot obowiązany nie zgadza się wysokością opłaty i decyduje się zakwestionować jej wysokość wskazaną w informacji. Podobnie jak miało miejsce w wypadku pierwotnego wydania informacji, n.p.w. nakazuje wnieść reklamację również do Wód Polskich⁴⁶, i w przypadku uznania reklamacji, ponowną informację wydają znów Wody Polskie. Jedynie w razie nieuwzględnienia reklamacji ustawodawca przesądził, że to organ Wód Polskich wydaje decyzję administracyjną określającą wysokość opłaty za usługi wodne, co czyni aktualnymi również na tym etapie wątpliwości co do charakteru toczącego się postępowania i uprawnień, które ewentualnie przysługują podmiotowi obowiązanemu⁴⁷.

Liczne wątpliwości natury prawnej budzą również uregulowania, które przesądza, że tryb reklamacyjny przysługuje tylko raz w danym okresie rozliczeniowym co do opłaty zarówno stałej, jak i zmiennej. Takie uregulowanie oznacza, że reklamacja przysługuje – w przypadku opłaty stałej – jeden raz w roku (przy płatności rozłożonej na cztery kwartalne raty), natomiast w wypadku opłaty zmiennej – jeden raz na kwartał. Tym samym podmiot obowiązany, chcąc zakwestionować wysokość np. czwartej raty opłaty stałej, musi tego dokonać już po doręczeniu mu informacji

⁴⁴ Wyrok WSA w Szczecinie z 02.07.2018 r., II SA/Sz 514/18, Legalis, nr 1807646; wyrok WSA w Gdańsku z 28.06.2018 r., II SA/Gd 288/18, Legalis, nr 1806120.

⁴⁵ Nadto należy przytoczyć w tym miejscu przepis art. 14 ust. 6 pkt. 2 n.p.w., który stanowi m.in., że w sprawach należących do zakresu działania Wód Polskich organem właściwym w rozumieniu przepisów Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego jest m.in. Dyrektor Zarządu Zlewni Wód Polskich, ale jedynie w sprawach decyzji, o których mowa art. 271 ust. 7, art. 272 ust. 19, art. 273 ust. 6, art. 275 ust. 15 i 19, art. 281 ust. 7, a więc w sytuacji, w której ustawodawca wprost odwołuje się jedynie do wydania decyzji administracyjnych, nie zaś wydania informacji przez Wody Polskie.

⁴⁶ Art. 273 ust. 1 n.p.w.

⁴⁷ Art. 273a n.p.w. przesądza jedynie, iż w wypadku złożenia reklamacji, o której mowa w art. 273 ust. 1, nie stosuje się tylko i wyłącznie przepisów art. 10 § 1 oraz art. 61 § 4 k.p.a., co nakazuje przyjąć, iż pozostałe przepisy k.p.a. mają zastosowanie.

ustalającej wysokość całej rocznej opłaty (a więc przed upływem pierwszego kwartału). Co więcej, ustawodawca wprost nie rozstrzyga kwestii częściowego uznania reklamacji. Wykładania celowościowo nakazuje przyjąć, że tylko uznanie reklamacji w całości skutkuje wydaniem nowej informacji rocznej określającej wysokość opłaty zgodnie z wyliczeniem podmiotu obowiązanego. W myśl przyjętego rozwiązania ustawowego winno to być rozstrzygnięcie ostateczne (niezaskarżalne), o czym przesądza fakt, że podmiot obowiązany może złożyć tylko jedną reklamację w okresie rozliczeniowym. Z uwagi na brak decyzji administracyjnej ustawodawca wprost nie przewidział drogi odwoławczej w trybie k.p.a. w przedmiotowej sytuacji, przyjmując założenie, że uwzględnienie reklamacji oznacza zgodę podmiotu obowiązanego na zapłatę opłaty w ustalonej wysokości⁴⁸. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy uznanie reklamacji będzie jedynie częściowe lub np. zostanie uwzględnione, ale z innych przyczyn niż te wskazane w reklamacji. Dla przykładu należy wskazać sytuacje, w których np. podstawy prawne lub faktyczne (zarzuty) reklamacji okazały się słuszne, natomiast samo wyliczenie opłaty przez organ administracyjny było prawidłowe, bądź też sytuacje, w których choć zarzuty okazały się niesłuszne, ale organ rozpatrujący reklamację chce dokonać zmiany wcześniejszych wyliczeń opłaty, gdyż dopatrywał się własnego błędu – z którym to rozstrzygnięciem przecież nie musi zgodzić się podmiot obowiązany. W omawianej sytuacji nie możemy tracić z pola widzenia przepisu art. 7a k.p.a., który wprowadza zasadę „przyjaznej interpretacji przepisów” (*in dubio pro libertate*)⁴⁹, co jednak nie zmienia faktu, iż w ocenie autorów zasadne pozostaje przyjęcie założenia, że w takiej sytuacji niezbędne jest wydanie decyzji administracyjnej w celu umożliwienia stronie złożenia odwołania (już w trybie k.p.a.). Jakikolwiek bowiem rozstrzygnięcie będzie miało miejsce w drodze decyzji administracyjnej, to wola strony – podmiotu obowiązanego – winna decydować ostatecznie, czy zapadłe rozstrzygnięcie jest korzystne i czy uwzględni jej interes w całości. Szczególnie że wysokość wyliczonej opłaty za korzystanie z wód może znacznie się różnić w zależności od przyjętych do obliczeń założeń wyjściowych, o czym autorzy pisali w innej publikacji⁵⁰.

Prowadzone tu rozważania i przyjęte założenia muszą prowadzić do odpowiedzi na jeszcze jedno ważne pytanie, a mianowicie: kiedy dochodzi do wszczęcia przedmiotowego postępowania administracyjnego? Aby móc na nie odpowiedzieć, należy w pierwszej kolejności ustalić moment ewentualnego wszczęcia postępowania administracyjnego. Zgodnie z przepisem art. 61 ust. 1 k.p.a., wszczęcie postępowania administracyjnego następuje na żądanie strony lub postępowanie jest wszczynane z urzędu. O tym, w jakiej formie dochodzi do wszczęcia postępowania

⁴⁸ Zob. K. Filipek, M. Kucharski, P. Michalski, *Nowe prawo wodne najważniejsze zmiany dla gmin i przedsiębiorstw wodno-kanalizacyjnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 92–94.

⁴⁹ Na dopuszczalność stosowania tego przepisu k.p.a. w ramach postępowania o ustalaniu wysokości opłat za usługi wodne wskazuje WSA w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 lipca 2018 r., sygn. akt II SA/Sz 514/18, publ. Legalis.

⁵⁰ B. Jawecki, M. Sobota, E. Burszta-Adamiak, *The Influence New Legal Regulations on the Manner of Determining and the Amount of the Fee For Discharging Rainwater and Snowmelt to Waters, „Ekonomia i Środowisko”* (Economics and Environment) 2019, no. 1 (68), s. 37–56.

administracyjnego, decydują w pierwszej kolejności przepisy prawa materialnego⁵¹. Natomiast w sytuacji, gdy normy prawa administracyjnego nie przesadzają *expresis verbis*, w jaki sposób dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem w tym zakresie przyjmuje się, że gdy przedmiotem jest przyznanie uprawnienia – postępowanie oparte jest na zasadzie skargowości, natomiast gdy przedmiotem jest nałożenie obowiązku – postępowanie wszczynane jest z urzędu⁵². Jak podkreśla się w orzecznictwie, za datę wszczęcia postępowania z urzędu należy przyjąć pierwszą czynność urzędową wobec strony lub czynność podjętą w sprawie przez organ administracji publicznej z urzędu⁵³, a nadto z faktem podjęcia takiej czynności powiązane musi być powiadomienie o niej strony⁵⁴.

W wypadku opłaty stałej za usługi wodne pierwszy moment, w którym podmiot obowiązany dowiaduje się o nałożonym na niego obowiązku zapłaty za usługi wodne, to moment doręczenia mu informacji rocznej o wysokości opłaty za usługi wodne, co ewentualnie przesądza o wszczęciu postępowania administracyjnego w tej dacie – w danej konkretnej sprawie. Oczywiście organ administracji, aby móc ustalić wysokość opłaty stałej, musi dysponować odpowiednimi danymi, w szczególności:

1. jednostkową stawką opłaty stałej,
2. maksymalną ilość wody, która może być pobrana (wyrażona w m³/s) – wynikająca z pozwolenia wodnoprawnego lub pozwolenia zintegrowanego,
3. wielkością dostępnych zasobów wód podziemnych lub wielkość SNQ dla wód powierzchniowych,
4. czasem wyrażonym w dniach.

Jednakże z uwagi na fakt, że podmiot obowiązany nie bierze udziału w tych działaniach organu administracji, nie jest o nich nawet powiadamiany, nie ma jakichkolwiek uprawnień na tym etapie, co więcej – ustawodawca nie określa terminu, w jakim te czynności organu administracji mają zostać wykonane, to nie sposób uznać, że już na tym etapie dochodzi do wszczęcia postępowania administracyjnego.

Inaczej natomiast sytuacja wygląda w wypadku opłaty zmiennej za usługi wodne, która co do zasady stanowi iloczyn opłaty stałej oraz ilości pobranej wody i tym samym niezbędne są dodatkowe czynności organu administracji w celu określenia ilości pobranej wody. Art. 272 ust. 11 n.p.w. stanowi, że ustalenie ilości poboru wód

⁵¹ Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 1995, s. 166.

⁵² Zob. wyrok NSA z 24.05.2001 r., IV SA 599/99, niepubl.; wyrok NSA z 25.10.2006 r., II OSK 1257/05, Legalis, nr 232954; wyrok NSA z 27.02.2007 r., II OSK 314/06, Legalis, nr 116402; wyrok NSA z 03.03.2006 r., I OSK 991/05, Legalis nr 271465; wyrok NSA z 22.03.2006 r., II GSK 28/06, Legalis, nr 241315; wyrok WSA w Białymstoku z 02.10.2007 r., II SA/Bk 471/07, Legalis, nr 101593; R. Stankiewicz, w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego...*, op. cit.

⁵³ Zob. wyrok NSA z 13.10.1999 r., IV SA 1364/97, niepubl.; wyrok NSA z 20.01.2010 r., II OSK 321/09, Legalis, nr 224515.

⁵⁴ Zob. postanowienie NSA z 04.03.1981 r., SA 654/81, ONSA 1981, nr 1, poz. 15; wyrok NSA z 26.10.1999 r., III SA 7955/98, Legalis, nr 62631.

może nastąpić na podstawie odczytu wskazań przyrządów pomiarowych lub na podstawie danych z systemów pomiarowych, zaś odczytu wskazań przyrządów pomiarowych dokonuje pracownik Wód Polskich⁵⁵. Tym samym uznać należy, że w tym wypadku może dojść do sytuacji, gdy podmiot obowiązany o podjęciu w stosunku do niego czynności przez organ administracyjny, w związku z wymierzeniem opłaty zmiennej, dowie się od pracownika Wód Polskich. Autorzy mają jednak wątpliwości, czy takie działania pracownika Wód Polskich można uznać za działania w konkretnej sprawie indywidualnej. Nie sposób bowiem wykluczyć sytuacji, gdy dokonane pomiary zostaną wykorzystane również na potrzeby innych postępowań administracyjnych – np. kontrolnych. Przyjęcie takiego założenia nakazuje przyjąć rozwiązanie takie jak w przypadku opłaty stałej, a więc że mamy do czynienia ze wszczęciem postępowania wraz z podjęciem pierwszej czynności w sprawie, czyli doręczeniem informacji pomiotowi obowiązanemu.

Rozważenia w analizowanym aspekcie wymaga również sytuacja faktyczna, o której mowa w art. 552 ust. 2a n.p.w.⁵⁶, tj. ustalenie wysokości opłaty za usługi wodne (w okresie do 31 grudnia 2020 r.) na podstawie oświadczeń podmiotów obowiązanych do uiszczania opłat za usługi wodne. W ocenie autorów również w tym przypadku nie dochodzi do wszczęcia postępowania już na etapie składania takiego oświadczenia, albowiem za taką czynność może być uznana jedynie pierwsza czynność urzędowa wobec strony lub czynność podjęta przez organ, co w niniejszej sytuacji nie ma miejsca.

Takie ukształtowanie momentu wszczęcia procedury administracyjnej może budzić zasadnicze wątpliwości natury prawnej (również konstytucyjnej), albowiem strona jest pozbawiona wpływu na toczące się postępowanie i o jego wszczęciu, a zarazem rozstrzygnięciu, dowiaduje się równocześnie z doręczeniem informacji zawierającej wymiar opłaty za usługi wodne.

WNIOSKI – WĄTPLIWOŚCI NATURY KONSTYTUCYJNEJ

Już w toku prac legislacyjnych nad nowym prawem wodnym podnoszone było, przede wszystkim przez przedstawicieli środowisk branżowych, że ustalone reguły określenia wysokości opłat za usługi wodne stanowią naruszenie zasad wyznaczonych przez przepisy k.p.a., w szczególności z uwagi na przepis art. 14 ust. 2 n.p.w.⁵⁷ Nadto zwracano uwagę, że reklamacja jest przecież rozpatrywana przez beneficjenta opłaty, tj. Wody Polskie⁵⁸. Również Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu miało wątpliwości w tym zakresie, podkreślając, że zawarta w projekcie n.p.w. procedura ustalania opłat za usługi wodne ustanawia wiele wyjątków od ogólnego postępo-

⁵⁵ Art. 272 ust. 14 n.p.w.

⁵⁶ Art. 552 ust. 2a dodany Ustawą z dnia 20.07.2018 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 1722), która wchodzi w życie 20.09.2018 r.

⁵⁷ Zapis wideo posiedzenia Podkomisji Nadzwyczajnej do Rozpatrzenia Rządowego Projektu Nowego Prawa Wodnego (druk nr 1529) z 09.06.2017 r., ok. godz. 10:00.

⁵⁸ Zapis wideo posiedzenia Podkomisji Nadzwyczajnej do Rozpatrzenia Rządowego Projektu Nowego Prawa Wodnego (druk nr 1529) z 27.6.2017 r., ok. godz. 12:59.

wania administracyjnego uregulowanego w k.p.a. Zarazem możliwość odstąpienia od zasady dwuinstancyjności w wypadku ustalenia opłaty w drodze decyzji wydanej na skutek nieuwzględnienia reklamacji wymaga bardziej wyraźnego i jednoznacznego potwierdzenia, przy jednoczesnym założeniu, że rozwiązanie takie może budzić wątpliwości konstytucyjne, choć istnieją argumenty przemawiające za dopuszczalnością takiego rozwiązania⁵⁹. Autorzy w pełni podzielają przedstawione powyżej wątpliwości w zakresie zgodności przedmiotowych przepisów z zasadami prawnymi uregulowanymi w tak w k.p.a., jak i w Konstytucji RP.

Wprawdzie przepisy Konstytucji RP w art. 78 ustanawiają zasadę dwuinstancyjności, zastrzegając jednocześnie, że ustawa może przewidywać wyjątki od tej reguły. O tym, w jakim kształcie i w jakim zakresie ustanowienia takiego ograniczenia jest możliwe, przesądza zarówno orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego⁶⁰, jak i poglądy doktryny, które przede wszystkim podkreślają, że wyjątki, o których mowa w art. 78 zd. 2 Konstytucji RP, najczęściej konfrontowane są z ograniczeniami, których dotyczy art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁶¹. Ustawodawca zatem przesądził, że 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 lub 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. Mając na uwadze powyższe, odstępstwo od reguły dwuinstancyjności może nastąpić jedynie w ustawie, stanowić wyjątek, nadto musi być wyraźne i jednoznaczne. Najczęściej powoływaną podstawą pozostaje wzgląd na porządek publiczny⁶², a w szczególności sprawność i szybkość postępowania, które to jednak reguły postępowania nie uzasadniają całkowitego poświęcenia ochrony praw podmiotowych i w każdym przypadku należy rozważyć, czy sprawności i szybkości postępowania nie można osiągnąć za pomocą innych mechanizmów ustawowych, bez konieczności ograniczenia rozstrzygnięcia o prawach i wolnościach tylko w ramach I instancji. Mając na uwadze te zastrzeżenia, stwierdzić należy, że pozorny konflikt pomiędzy przedłużającym się postępowaniem – na skutek złożenia odwołania od decyzji administracyjnych – a dążeniem do zapewnienia sprawności i prawidłowości powinien być rozstrzygany zawsze,

⁵⁹ M. Bajor-Stachańczyk, *Opinia prawna w sprawie zgodności przepisów rządowego projektu ustawy – Prawo wodne (druk sejmowy nr 1529) wprowadzających procedury postępowania administracyjnego w tym zakresie opłat przewidzianych w projekcie) z zasadami postępowania administracyjnego*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Warszawa 2017.

⁶⁰ Zob. wyroki TK z: 17.02.2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, nr 2, poz. 7; z 18.10.2004 r., P 8/04., OTK-A 2004, nr 9, poz. 92; z 14.10.2010 r., K 17/07, OTK-A 2010, nr 8, poz. 75; z 03.07.2012 r., K 22/09, OTK-A 2012, nr 7, poz. 74; z 06.12.2011 r., SK 3/11, OTK-A 2011, nr 10, poz. 113; z 08.10.2013 r., K 30/11, OTK-A 2013, nr 7, poz. 98; z 22.10.2013 r., SK 14/13, OTK-A 2013, nr 7, poz. 100; z 26.11.2013 r., SK 33/12, OTK-A 2013, nr 8, poz. 124; postanowienie TK z 03.10.2005 r., TS 81/05, OTK-B 2006, nr 1, poz. 40.

⁶¹ Zob. P. Grzegorzczak, K. Weitz, w: M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 31.08.2018).

⁶² Zob. wyrok TK z 26.11.2013 r., SK 33/12, Legalis, nr 740185.

albo prawie zawsze, na rzecz ochrony prawa do zaskarżenia kosztem sprawności, szybkości i efektywności postępowania⁶³.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę na brak konsekwencji normodawcy n.p.w., gdyż w rzeczywistości mamy do czynienia z dwoma odrębnymi trybami postępowania, w ramach których odmiennie określone zostały uprawnienia podmiotu obowiązane do ponoszenia opłaty za usługi wodne. Pierwszy z trybów postępowania zakłada nałożenie obowiązku zapłaty w drodze informacji wydanej przez Wody Polskie, a następnie, w przypadku kwestionowania jej wysokości, złożenie reklamacji i dopiero w wyniku jej nieuwzględnienia wydanie decyzji wymiarowej, od której służy jedynie skarga do sądu administracyjnego. W drugim trybie brak dokonania opłaty w wymiarze określonym w informacji wydanej przez Wody Polskie w określonym ustawowo terminie skutkuje wydaniem decyzji administracyjnej, od której przysługuje odwołanie w trybie k.p.a.

Jak wynika ze słów przedstawicielstwa Ministerstwa Środowiska, przekazanych opinii publicznej podczas posiedzenia Podkomisji Nadzwyczajnej do Rozpatrzenia Rządowego Projektu Nowego Prawa Wodnego w dniu 22 czerwca 2017 r.⁶⁴, intencją projektodawcy n.p.w. było m.in. ograniczenie możliwości kwestionowania rozstrzygnięcia w zakresie wymiaru opłat za usługi wodne. W aktualnym stanie prawnym to Wody Polskie kontrolują w całości przebieg tego postępowania, tak w przypadku złożenia reklamacji, jak i kwestionowania decyzji wymiarowej na skutek braku zapłaty w terminie⁶⁵. Przypomnieć bowiem należy, że w wypadku złożenia reklamacji rozpatruje ją ten sam podmiot, a następnie przysługuje od razu skarga do sądu administracyjnego, co w praktyce oznacza postępowanie jednoinstancyjne w fazie administracyjnej wraz ze wszelkimi wątpliwościami przede wszystkim w zakresie zgodności z Konstytucją RP. Natomiast w razie braku zapłaty opłaty za usługi wodne określonej w informacji odwołanie złożone w trybie k.p.a. rozpatrywane jest również w ramach struktury Wód Polskich.

Na powyższe wątpliwości natury konstytucyjnej nakładają się zarzuty w zakresie formy rozstrzygnięcia o obowiązkach podmiotu obowiązane nakładanego w formie informacji, a więc instytucji, która w ocenie ustawodawcy nie stanowi decyzji administracyjnej, nie służy od niej odwołanie w trybie administracyjnym i w ogóle nie mamy do czynienia z postępowaniem administracyjnym na tym etapie procedury.

Jak zostało wykazane, w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych, które rozstrzygają na podstawie przepisów n.p.w., takie stanowisko nie może zostać uznane za zasadne. *De facto* informacja zostaje wydana przez organ Wód Polskich, co więcej, składy orzekające sądów administracyjnych podkreślają, że opłaty

⁶³ Zob. P. Grzegorzczak, K. Weitz, w: M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP...*, op. cit.

⁶⁴ Zapis wideo posiedzenia Podkomisji Nadzwyczajnej do Rozpatrzenia Rządowego Projektu Nowego Prawa Wodnego (druk nr 1529) z 22.06.2017 r., ok. godz. 17:24 – „Jest zarzut, że powinna to być decyzja. Ja wiem dlaczego – bo wtedy byście państwo mogli od razu od decyzji się odwoływać i po sądach się z nami, no, z Wodami Polskimi, prowadzić wieloletnie procesy, ale informacja jest jak najbardziej przyjęta przez Rządowe Centrum Legislacji. Nawet była zalecana i tutaj pozostawiamy przy tymże zapisie”.

⁶⁵ Art. 14 ust. 1–6 n.p.w.

za usługi wodne stanowią daninę publiczną⁶⁶ i ich stosowanie musi być zgodne z całokształtem obowiązujących norm i zasad konstytucyjnych. W ocenie autorów również to przesądza o fakcie, że informacja o wysokości opłaty za usługi wodne może stanowić w rzeczywistości decyzję administracyjną wydawaną w ramach procedury administracyjnej. Przyjęcie jednak takiego założenia w obecnym stanie prawnym wymaga niewątpliwie zmian ustawowych, normodawca przewidział bowiem odmienny sposób kwestionowania zasadności rozstrzygnięcia zawartego w informacji, a więc reklamację, która m.in. z uwagi na brak dewolutywności nie może być traktowana jak odwołanie w trybie k.p.a. Nadto zasadne pozostaje rozważenie w takim wypadku zmian legislacyjnych, w ramach których podmiot obowiązany byłby powiadamiany o wszczętym w stosunku do niego postępowaniu administracyjnym.

Autorzy wyrażają pogląd, że w aktualnym stanie prawnym, do czasu ukształtowania jednolitego orzecznictwa w tym zakresie – ewentualnie zmian legislacyjnych, zasadne pozostaje – w przypadku woli kwestionowania wysokości opłaty za usługi wodne – przyjęcie drogi, w ramach której przysługuje tryb odwoławczy w ramach k.p.a., a następnie skarga do sądu administracyjnego, czyli po otrzymaniu informacji o wysokości opłaty zaniechanie jej uiszczania, a następnie po otrzymaniu decyzji ustalającej wysokość opłaty odwołanie się od niej do organu II instancji, w dalszej kolejności skarga do sądu administracyjnego. Autorzy podkreślają, iż przyjęcie takiego sposobu działania zapewnia zachowanie dwuinstancyjności w ramach postępowania administracyjnego – zgodnie z przepisem art. 78 zd. 1 Konstytucji RP.

BIBLIOGRAFIA

- Adamiak B., w: B. Adamiak, J. Borkowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 28.08.2018).
- Bajor-Stachańczyk M., *Opinia prawna w sprawie zgodności przepisów rządowego projektu ustawy – Prawo wodne (druk sejmowy nr 1529) wprowadzających procedury postępowania administracyjnego w tym w zakresie opłat przewidzianych w projekcie) z zasadami postępowania administracyjnego*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Warszawa 2017.
- Białek M., Chojnacki D., Grabarczyk T., *Opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Dawidowicz W., *Zarys procesu administracyjnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1989.
- Dyl M., w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 30.08.2018).
- Elżanowski F., w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 27.08.2018).

⁶⁶ Co potwierdza art. 300 n.p.w. odsyłający do przepisów Ustawy z dnia 29.08.1997 r. Ordynacja podatkowa, tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 800 z późn. zm.

- Filipek K., Kucharski M., Michalski P., *Nowe prawo wodne najważniejsze zmiany dla gmin i przedsiębiorstw wodno-kanalizacyjnych*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Grzegorzczak P., Weitz K., w: M. Safian, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1–86*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, , <http://www.legalis.pl> (dostęp: 31.08.2018).
- Janowicz Z., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo PWN, Warszawa 1995.
- Jawecki B., Sobota M., Burszta-Adamiak E. *The Influence New Legal Regulations on the Manner of Determining and the Amount of the Fee For Discharging Rainwater and Snowmelt to Waters*, „*Ekonomia i Środowisko*” (Economics and Environment) 2019, no. 1 (68), s. 37–56.
- Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2017, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 30.08.2018).
- Kotulska M., *Czas a postępowanie administracyjne*, w: J. Niczyporuk (red.), *Kodyfikacja postępowania administracyjnego. Na 50-lecie kpa*, Lublin 2010.
- Majczak P., *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, „*Ius Novum*” 2016, nr 4.
- Malanowski J., w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 27.08.2018).
- Stankiewicz R., w: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, <http://www.legalis.pl> (dostęp: 30.08.2018).

LEGAL ASPECTS OF THE PROCEDURE FOR DETERMINING THE FEE FOR WATER SERVICES UNDER NEW WATER LAW

Summary

The authors of this article analyse legal aspects of the procedure connected with determining charges for water services regulated in the new Water Law Act. First of all, the authors indicate interpretational doubts related to a specific form of decision-making procedure and also related to appeal procedure. The authors interpret legal regulations connected with the specific form used by the legislator within this procedure, i.e. “information” through which the Polish Water Management Enterprise (Wody Polskie) notifies the obliged entities of the amount of charge for water services. What is more, the authors try to attribute formal and legal status to such form of decision-making. An issue related to applying provisions of the Administrative Procedure Code within aforementioned procedure is also considered in relation to passing on the administrative decision and also to the appeal procedure. Under the applied research method, the authors refer to the interpretation of legal provisions, views of representatives of the doctrine, and the Constitutional Tribunal and administrative courts’ case law.

Keywords: water law, water services, charges for water services, annual information, administrative procedure, administrative decision

PRAWNE ASPEKTY PROCEDURY OKREŚLENIA OPŁATY ZA USŁUGI WODNE W NOWYM PRAWIE WODNYM

Streszczenie

W pracy przedstawiono prawne aspekty związane z procedurą określania wysokości opłat za usługi wodne na gruncie przepisów nowego prawa wodnego. Autorzy przede wszystkim zwracają uwagę na wątpliwości interpretacyjne związane zarówno ze szczególną formą rozstrzygnięcia wydawaną w toku postępowania, jak i trybem odwoławczym w ramach tej procedury. Dokonują wykładni przepisów prawa związanych ze szczególną formą wykorzystaną przez ustawodawcę w ramach przedmiotowego postępowania, tj. „informacja”, za pośrednictwem której Wody Polskie przekazują podmiotom obowiązanych do ponoszenia opłat za usługi wodne wysokość tej opłaty. Nadto autorzy podejmują próbę przypisania tej formie rozstrzygnięcia formalnego statusu prawnego w ramach obowiązującego porządku prawnego. Rozważają także, w jakim zakresie, w ramach badanej procedury, znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego w związku z wydaniem decyzji administracyjnej, a także na gruncie postępowania odwoławczego. W przyjętej metodzie badawczej autorzy przede wszystkim opierają się na wykładni przepisów prawa, poglądach doktryny i bazują na orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów administracyjnych.

Słowa kluczowe: prawo wodne, usługi wodne, opłaty za usługi wodne, informacja roczna, postępowanie administracyjne, decyzja administracyjna

ASPECTOS LEGALES DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN DE PAGO POR LOS SERVICIOS DE AGUA EN LA NUEVA LEY DE AGUAS

Resumen

El artículo presenta los aspectos legales relacionados con el proceso de determinación de la cuota a pagar por los servicios de agua en virtud de la nueva ley de aguas. Los autores sobre todo llaman la atención a las dudas interpretativas de la forma especial de la decisión emitida durante el proceso, así como la vía de impugnación en el marco de dicho proceso. Los autores interpretan los preceptos relativos a la forma especial utilizada por el legislador en el marco del proceso en cuestión, o sea, “información” mediante la cual Las Aguas Polacas transmiten el importe a los sujetos obligados a pagar por los servicios de agua. Además, los autores intentan asignar a esta forma de decisión formal de estatus legal en el ordenamiento jurídico vigente. Los autores contemplan también en qué ámbito, en el proceso examinado, se aplicarán los preceptos del código de procedimiento administrativo en relación con la emisión de acto administrativo, también en la segunda instancia. En los métodos de investigación utilizados, los Autores sobre todo se basan en la interpretación de los preceptos, posturas en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal de Constitución y de tribunales administrativos.

Palabras claves: derecho de aguas, pago por servicio de aguas, información anual, procedimiento administrativo, acto administrativo

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПОРЯДКА ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОПЛАТЫ ЗА ВОДОСНАБЖЕНИЕ В НОВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ О ВОДОПОЛЬЗОВАНИИ

Резюме

В статье рассмотрены правовые аспекты, связанные с порядком определения размера оплаты за водоснабжение на основании положений нового законодательства о водопользовании. Авторы, в первую очередь, указывают на интерпретационные неясности, связанные с особой формой решения, принимаемого в ходе разбирательства, а также с порядком обжалования в рамках данной процедуры. Авторы приводят толкование положений права, относящихся к особой форме решения, предусмотренной законодателем для соответствующего разбирательства, а именно, к «справке», с помощью которой государственный орган управления водным хозяйством «Польские воды» сообщает субъектам, обязанным оплачивать услуги водоснабжения, сумму этой платы. Кроме этого, делается попытка определить формально-правовой статус данной особой формы решения в рамках существующей правовой системы. Авторы также рассматривают вопрос о том, в какой степени в рамках данной процедуры применимы положения административно-процессуального кодекса относительно вынесения административного решения и порядка обжалования. Принятый авторами метод исследования основан, прежде всего, на толковании положений законодательства, существующей правовой доктрине, а также на решениях Конституционного суда и административных судов.

Ключевые слова: законодательстве о водопользовании, услуги водоснабжения, оплата услуг водоснабжения, годовая справка, административное производство, административное решение

RECHTLICHE ASPEKTE DES VERFAHRENS ZUR FESTSETZUNG DER GEBÜHR FÜR WASSERDIENSTLEISTUNGEN IM NEUEN WASSERRECHT

Zusammenfassung

In dem Papier werden die rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem Verfahren zur Bestimmung der Gebühren für Wasserdienstleistungen auf Grundlage der Bestimmungen des neuen Wasserrechts dargelegt. Die Autoren weisen vor allem auf Zweifel und Bedenken hinsichtlich der Auslegung im Zusammenhang mit der besonderen Form der im Laufe des Verfahrens erlassenen Entscheidung und der Rechtsbehelfsentscheidung im Rahmen dieses Verfahrens hin. Die Autoren interpretieren die gesetzlichen Bestimmungen in Bezug auf die vom Gesetzgeber im Rahmen des fraglichen Verfahrens verwendete Sonderform, d.h. der „Auskunft“, mittels der die staatliche Wasserwirtschaft *Wody Polskie* den zur Entrichtung der Abgaben für Wasserdienstleistungen verpflichteten Unternehmen, die Höhe dieser Gebühr mitteilen. Darüber hinaus versuchen die Autoren, dieser Form des Bescheids einen förmlichen rechtlichen Status innerhalb der geltenden Rechtsordnung zuzuordnen. Die Autoren erwägen außerdem, inwieweit im Rahmen des geprüften Verfahrens im Zusammenhang mit dem Ergehen einer Verwaltungsentscheidung sowie auf Grundlage eines Rechtsmittelverfahrens die Bestimmungen der polnischen Verwaltungsverfahrensordnung Anwendung finden. Bei

der angewandten Untersuchungsmethode stützen sich die Autoren in erster Linie auf die Auslegung von Rechtsvorschriften, die Ansichten der Rechtslehre und lehnen sich in ihrer Argumentation an die Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichtshofes und der polnischen Verwaltungsgerichte an.

Schlüsselwörter: Wasserrecht, Wasserdienstleistungen, Abgaben bzw. Gebühren für Wasserdienstleistungen, Jährliche Auskunft, Verwaltungsverfahren, Verwaltungsentscheidung

ASPECTS JURIDIQUES DE LA PROCÉDURE DE DÉTERMINATION DE LA REDEVANCE POUR LES SERVICES D'EAU DANS LA NOUVELLE LOI SUR L'EAU

Résumé

Le document présente les aspects juridiques liés à la procédure de détermination du montant des redevances pour les services de l'eau en vertu des dispositions de la nouvelle loi sur l'eau. En premier lieu, les auteurs attirent l'attention sur les doutes d'interprétation liés à la forme particulière de la décision rendue au cours de la procédure, ainsi qu'à la procédure de recours dans le cadre de cette procédure. Les auteurs interprètent les dispositions de la loi relatives à la forme spéciale utilisée par le législateur dans le cadre de la procédure en question, c'est-à-dire « l'information », par laquelle les « Eaux Polonaises » communiquent le montant de redevance pour les services de l'eau aux entités tenues de la payer. En outre, les auteurs tentent d'attribuer un statut juridique formel à cette forme de règlement en vertu de la loi applicable. Les auteurs examinent également dans quelle mesure, dans le cadre de la procédure en cours d'examen, les dispositions du Code de procédure administrative s'appliquent lorsqu'une décision administrative est rendue ainsi que dans une procédure de recours. Dans la méthode de recherche adoptée, les auteurs s'appuient principalement sur l'interprétation de dispositions légales, d'opinions doctrinales, ainsi que sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel et des tribunaux administratifs.

Mots clés : loi sur l'eau, services de l'eau, redevances pour les services de l'eau, information annuelle, procédure administrative, décision administrative

ASPETTI GIURIDICI DELLA PROCEDURA DI DETERMINAZIONE DELLE TARIFFE DEI SERVIZI IDRICI NEL NUOVO DIRITTO DELLE ACQUE

Sintesi

Nel lavoro sono stati presentati gli aspetti giuridici legati alla procedura di determinazione delle tariffe dei servizi idrici alla luce delle norme del nuovo diritto delle acque. Gli autori soprattutto fanno notare i dubbi interpretativi legati alla particolare forma di decisione emessa attraverso il procedimento, così come alla modalità di impugnazione nell'ambito di tale procedura. Gli autori eseguono l'interpretazione delle norme del diritto legate alla forma

particolare utilizzata dal legislatore nell'ambito del provvedimento in oggetto, ossia la cosiddetta "informazione" attraverso la quale l'azienda statale Wody Polskie trasmette ai soggetti obbligati al pagamento per i servizi idrici l'importo di tale tariffa. Inoltre gli autori tentano di attribuire a tale forma di decisione uno status giuridico formale, nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente. Gli autori riflettono anche su quale ambito, nell'ambito della procedura esaminata, trovino applicazione le norme del codice di procedura amministrativa legate al rilascio di una decisione amministrativa, così come sulla base della procedura di impugnazione. Nel metodo di studio assunto gli autori si basano soprattutto sull'interpretazione delle norme del diritto, sulle opinioni della dottrina, così come sulla giurisprudenza del Tribunale costituzionale e dei tribunali amministrativi.

Parole chiave: diritto delle acque, servizi idrici, tariffe dei servizi idrici, informazione annuale, procedimento amministrativo, decisione amministrativa

Cytuj jako: Sobota M., Jawecki B., Legal aspects of the procedure for determining the fee for water services under new Water Law [Prawne aspekty procedury określenia opłaty za usługi wodne w nowym prawie wodnym], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 123–143. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.46/m.sobota/b.jawecki

Cite as: Sobota, M., Jawecki, B. (2019). 'Legal aspects of the procedure for determining the fee for water services under new Water Law'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 123–143. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.46/m.sobota/b.jawecki

HANDEL GLOBALNY CZY STRATEGICZNY – KILKA REFLEKSJI NAD STYLEM PROWADZENIA POLITYKI WEWNĘTRZNEJ I ZAGRANICZNEJ PRZEZ PREZYDENTA DONALDA TRUMPA

RETT R. LUDWIKOWSKI*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.47/r.r.ludwikowski

WSTĘP

Przygotowanie do druku niniejszego artykułu wynika z refleksji komentatora obserwującego transformację priorytetów Stanów Zjednoczonych za prezydentury Donalda Trumpa. Zmiany w stylu prowadzenia polityki zagranicznej i wewnętrznej polegają w pierwszej kolejności na kombinacji założenia, że interesy ekonomiczne Ameryki mają pierwszoplanowe znaczenie, ze skłonnością do trywializacji szkodliwości „wojen handlowych” dla interesów samych Amerykanów.

Kontrowersyjność tej koniunkcji uzasadnia postawienie kolejnych bardziej szczegółowych pytań: Do jakiego stopnia „polityka strategiczna” (używając terminologii doradców Trumpa), prowadzona z perspektywy korzyści jednego kraju, zastępuje politykę globalną? Czy prezydent Trump jest przede wszystkim biznesmanem, czy strategiem politycznym? Czy dyskutowana przez ekspertów od prawa amerykańskiego możliwość impeachmentu lub nawet przedstawienia kryminalnych zarzutów urzędującemu prezydentowi jest realna, czy też jest jedynie częścią kolorytu politycznej sceny Stanów Zjednoczonych?¹ Jakie są perspektywy reelekcji prezydenta, którego doradca prawny, Michael Cohen, zostaje skazany na trzy lata pozbawienia wolności, a wielu kolejnych współpracowników czeka na wyniki śledztwa

* Dr, prof. em., Dyrektor Programu Handlu Międzynarodowego i Biznesu, Columbus School of Law, Katolicki Uniwersytet Ameryki w Waszyngtonie; e-mail: ludwikowski@cua.edu; ORCID: 0000-0001-7457-3096

¹ Warto w tej kwestii skierować czytelnika do artykułu znakomitego amerykańskiego profesora Longina Pastusiaka, *Pętla wokół Trumpa się zaciska*, „Angora-Peryskop” 2019, nr 3, s. 71.

prowadzonego w sprawie kolaboracji z Rosją w trakcie prezydenckiej kampanii wyborczej?²

DYLEMAT PRZEDWYBORCZY DONALDA TRUMPA: CZY ERA GLOBALIZACJI DOBIEGA KOŃCA?

Wykładowca nauk politycznych, prawa międzynarodowego, prawa międzynarodowego obrotu gospodarczego i wielu pokrewnych dyscyplin może odnotować, że terminy takie jak internacjonalizacja, globalizacja, regionalizacja czy globalizacja wywołują zrozumiały do pewnego stopnia zamęt terminologiczny u słuchaczy wykładu. Odpowiedź na pytanie, czym różnią się nurty lub doktryny promujące, przykładowo, wartości internacjonalne lub globalne, nie jest prosta. Terminy te z pozoru brzmią podobnie, w istocie jednak musimy założyć, że sam fakt używania ich oznacza, że różnice między nimi są równie ważne jak podobieństwa³.

Dla zrozumienia dylematów polityków pierwszych dekad XXI wieku warto rozpocząć nasze rozważania od kilku niemal szkolnych wyjaśnień. Należy przypomnieć Czytelnikowi, że termin „internacjonalizm” został spopularyzowany w XX wieku przez powstające międzynarodowe organizacje, takie jak przykładowo w okresie międzywojennym Liga Narodów czy po II wojnie światowej – Organizacja Narodów Zjednoczonych. Ich pierwszoplanowym zadaniem była próba znalezienia alternatyw dla epoki, w której rodziły się koncepcje „państw narodowych” wraz z chroniącymi ich interesy doktrynami nacjonalistycznymi. „Internacjonalizm” miał w największym skrócie oznaczać ochronę wartości wspólnych wszystkim narodom i przeciwstawienie się politycznemu, ekonomicznemu czy etniczemu izolacjonizmowi.

² 22 marca 2019 r. R. Mueller przedłożył Wiliamowi Barrowi, Prokuratorowi Generalnemu US, raport o śledztwie w sprawie ingerencji Rosji w amerykańskie wybory prezydenckie. Mueller, poprzednio szef FBI, został powołany 17 maja 2017 r. przez Zastępcę Prokuratora Generalnego, R. Rosensteina, na stanowisko Specjalnego Oficera Śledczego (*Special Counsel*) w wyżej wymienionej sprawie. Po niemal 2 latach dochodzenia i po złożeniu aktów oskarżenia między innymi przeciwko Paulowi Manafortowi, szefowi kampanii prezydenckiej Trumpa, i przeciw Michaelowi Flynnowi, Doradcy Prezydenta od Spraw Bezpieczeństwa, raport nie dostarczył nowych informacji dotyczących śledztwa. Dalsze przesłuchania Muellera w komisjach Kongresowych również nie wniosły nic nowego. Konkluzje jego raportu można ograniczyć do dwóch stwierdzeń: po pierwsze, jego dochodzenie nie mogło doprowadzić do oskarżenia urzędującego prezydenta; po drugie, zebrany materiał nie mógł prowadzić do wniosku, że prezydent został przez komisję Muellera „usprawiedliwiony” (*exonerated*) lub wykluczony z listy osób, które mogłyby używać środków wpływających na rezultat wyborów. Co do szczegółów dochodzenia por. D. Gregorian, J. Ainsley, *Mueller Submits Report on Trump Investigation to AG Barr, No New Charge. The Transmission of the Document Ends a Lengthy Probe Into the President and Russian Interference in the Campaign*, News, <https://www.nbcnews.com/politics/justice-department/mueller-sends-report-trump-investigation-ag-barr-n974006> (dostęp: 25.08.2019).

³ Szerszy komentarz na temat porównania podstawowych tez globalistów i zwolenników regionalizmu – por. A.C. Kacowicz, *Regionalization, Globalization, and Nationalism*, grudzień 1998; https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/262.pdf (dostęp: 25.08.2019). Wyczerpująca bibliografia książek i artykułów poświęconych wizjom globalnego świata i świata regionów zob. R.R. Ludwikowski, *Handel Międzynarodowy*, wyd. 4, Warszawa 2019, s. 528–534.

Chociaż historycy szukają korzeni trendów globalizacyjnych w średniowieczu i odrodzeniu, to współczesny globalizm łączy się zazwyczaj ze spopularyzowaną w ostatnich dekadach XX wieku obserwacją, że wspólne wartości łączą nie tylko narody, ale przede wszystkim – poszczególnych ludzi. Trudno przecież zaprzeczyć, że, przykładowo, ochrona praw człowieka, ochrona środowiska naturalnego, zdrowia, zasobów żywnościowych jest ważna dla każdego człowieka.

Antyglobaliści, podważając jednak podstawowe założenia zwolenników globalizacji, wskazują, że wymienione wyżej wartości mogą być cenne dla wszystkich ludzi, ale nie może to przysłonić faktu, że ich hierarchizacja może się różnić, a kultura, tradycje czy religijne priorytety mogą obniżać akceptację założeń globalizacyjnych. Założenie, że przykładowo ochrona praw człowieka może zyskiwać powszechną akceptację, nie oznacza, by dla wszystkich etnicznych grup w rozmaitych regionach świata wolność była ważniejsza od równości, a powszechnie akceptowaną podstawą wszystkich praw była godność istoty ludzkiej.

Oczywiście problemy z globalizacją prawa, politycznych standartów czy wzorców najlepszych ekonomicznych programów można mnożyć, niemniej z tych dyskusji wyłaniają się dwie wizje światowego porządku: w wypadku globalizacji jest to wizja układu kierowanego z jednego ośrodka koordynacyjnego, a jeśli chodzi o alternatywną koncepcję „świata wysp” – z rozmaitych regionów, zgadzających się co do listy wspólnych wartości, ale różniących się w kwestii stopnia ich ważności.

Na pograniczu postaw globalistów i zwolenników regionalizacji rodziła się doktryna glocalizacji próbująca pogodzić obie wizje świata. Zakłada ona, że lista wartości może być wspólna, ale drogi do ich ochrony – rozmaite.

Przełom XX i XXI wieku przyniósł dalsze ataki antyglobalistów na podstawowe tezy programów prezentowanych przez globalistyczne organizacje międzynarodowe, takie jak Układ Ogólny w Sprawie Cel i Handlu (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), zastąpiony w znacznym stopniu przez Światową Organizację Handlu (World Trade Organization – WTO), oraz międzynarodowe banki, takie jak Bank Światowy (World Bank – WB) i Międzynarodowy Fundusz Walutowy (International Monetary Fund – IMF). Wskazywano, że wolnohandlowe założenia globalistów nie sprawdzają się w praktyce; współczesne kraje, na czele ze Stanami Zjednoczonymi, potrzebują nie wolnego handlu, ale – więcej handlu. Zasady demokratyczne, które miała krzewić globalizacja, nie mogą być realizowane przez banki światowe, w których system decyzyjny jest w istocie niedemokratyczny.

Eksperti od stosunków międzynarodowych wyjaśniali, że zwiększenie potencjału handlowego wymaga nowej strategii, która oznacza politykę zróżnicowaną w zależności od celów i interesów partnerów handlowych. Termin „strategia” nabierał stopniowo niemal magicznego znaczenia. Zwolennicy tego trendu podkreślali, że po pierwsze, ujednoclenie przepisów handlowych, które dokonało się pod protektorem GATT i WTO, przynosi aktualnie więcej szkody niż korzyści. Stany Zjednoczone przez wiele lat nie chciały zaakceptować wszystkich reguł GATT i były ciągle atakowane za ich nieprzestrzeganie. Obecnie sieć dwustronnych umów może lepiej służyć interesom amerykańskim niż sieć wielostronnych porozumień podpisanych pod auspicjami WTO. Po drugie, w polityce wewnętrznej kraje muszą wypracować wiele taktyk chroniących rodzimy przemysł przed szkodliwymi skut-

kami konkurencji lub przed państwami lepiej przystosowującymi swoje korporacje do zmieniających się warunków handlowych. Konkluzja była klarowna – era handlu globalnego dobiega końca i musi zostać zastąpiona przez mechanizmy handlu strategicznego⁴.

AMERYKAŃSKI SYSTEM WYBORCZY Z PERSPEKTYWY PREZYDENCKICH WYBORÓW W 2016 R.

Wybory prezydenckie z 2016 r. potwierdziły powyższą refleksję, uzasadniając pytania: jaki stopień legitymacji społecznej daje prezydentowi swobodę potrzebną do wypracowania odpowiedniej strategii w dziedzinie polityki zagranicznej? Czy nowo wybrany prezydent Donald Trump taką akceptację społeczną posiadał? Czy prezydent ma być przede wszystkim strategiem politycznym, czy biznesmenem?⁵

Przypomnijmy, że Donald Trump wygrał wybory głosami 304 elektorów, podczas gdy Hillary Clinton uzyskała jedynie 227 głosów⁶. Niemniej, po przeliczeniu głosów wyborców, okazało się, że na Clinton głosowało 2 864 974 osób więcej niż na Trumpa, co oznacza 2,1% ogólnej liczby oddanych głosów. Margines różnicy między wynikami w kolegium elektorskim i w głosowaniu powszechnym (*popular vote*) był znaczny, chociaż fakt jego istnienia nie jest bynajmniej wyjątkowy. Należy przypomnieć, że w 2000 r. – przegrywając wybory prezydenckie głosami elektorskimi – Al Gore uzyskał w powszechnym głosowaniu ponad pół miliona głosów więcej niż zwycięski G.W. Bush. Wygraną tego ostatniego musiał potwierdzić Sąd Najwyższy USA⁷.

Ogłoszenie rezultatu wyborów z 2016 r. zapoczątkowało falę konfliktów politycznych, wykraczającą znacznie poza normalny w USA scenariusz powyborczy. W odpowiedzi na demonstracje uliczne przeciwników Trumpa, nowy prezydent ogłosił, że wynik wyborów powszechnych został zafalszowany przez miliony imigrantów nielegalnie głosujących i przebywających w USA. W celu udowodnienia własnej tezy, że różnica między wynikiem głosowania elektorów a wynikiem głosowania powszechnego była skutkiem pogwałcenia proce-

⁴ Szerszy komentarz na temat alternatywnych strategii handlowych zob. A.V. Deardorff, R.M. Stern, M.N. Greene, *The Implications of Alternative Trade Strategies for the United States*, w: *The New International Economic Order. A U.S. Response*, Nowy York 1979, s. 78–108.

⁵ Próbując odpowiedzieć na te pytania, autor korzystał z fragmentów swojego artykułu: *Demokracja elektorska i populistyczna z perspektywy wyboru D. Trumpa na Prezydenta USA*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 1.

⁶ Siedmiu elektorów zagłosowało na kandydatów spoza głównych partii. Szerzej o podsumowaniu wyników zob. *Presidential Election Results: Donald J. Trump Wins*, „New York Times”, 10.02.2017, <https://www.nytimes.com/elections/results/president> (dostęp: 25.08.2019).

⁷ Szerzej zob. R.R. Ludwikowski, *Aspekty prawne wyborów prezydenta w Stanach Zjednoczonych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4, s. 33–45. Por. także: E. Kilgore, *Final Results for the Presidential Popular Vote*, „Daily Intelligencer”, 20.12.2016, <http://nymag.com/intelligencer/2016/12/the-final-final-final-results-for-the-popular-vote-are-in.html> (dostęp: 25.08.2019).

dur wyborczych, Trump powołał Komisję do Spraw Przepięstw Wyborczych⁸. Organ ten nie udowodnił jednak, że doszło do wykroczeń podważających ostateczny wynik wyborów⁹.

Zanim przejdziemy do analizy pierwszych decyzji nowego prezydenta, należy odnotować, że legitymacja (w rozumieniu akceptacji społecznej) przejętej przez niego władzy była niska. Każda elekcja prezydenta w USA zakończona zwycięstwem jednego kandydata w wyborach powszechnych, a drugiego w wyborach elektorskich prowadzi do konfliktów międzypartyjnych, masowych demonstracji, niezadowolenia obywateli rozczarowanych amerykańskim systemem wyborczym, a nawet do prób impeachmentu urzędującego prezydenta¹⁰. Badania porównawcze wykazują również, że amerykański model kolegium elektorskiego nie zyskuje uznania nawet w krajach o systemie prezydenckim lub półprezydenckim. Trudno więc zaprzeczyć, że niedoskonałość samego systemu wyborów pośrednich była jednym z powodów powyborczych problemów odnotowanych w USA.

Czytelnik niniejszego artykułu musi sobie zdawać sprawę z faktu, że konstytucja Stanów Zjednoczonych, mimo jej gloryfikacji jako najlepszej i najwcześniejszej ustawy zasadniczej na świecie, posiada wiele luk, które przez ponad 200 lat były starannie tuszowane przez amerykańskich konstytucjonalistów. Niemniej, mimo pozornie „obrazoburczego” charakteru tych uwag, nie można pominąć obserwacji, że elastyczność amerykańskiej konstytucji w wielu wypadkach oznacza jej niejasność.

AMERYKAŃSKI SYSTEM ELEKTORSKI I JEGO WPLYW NA LEGITYMACJĘ PREZYDENTA PRZEGRYWAJĄCEGO WYBORY POWSZECHNE

W wielu artykułach stawialiśmy pytania: czy, przykładowo, podział władz i podział funkcji między organami państwa jest w Stanach Zjednoczonych dostatecznie jasny?; czy Sąd Najwyższy może zadecydować o wyborze prezydenta Stanów Zjednoczo-

⁸ A. Vitali, P. Alexander, K. O'Donnell, *Trump Establishes Voter Fraud Commission*, NBC News, 11.05.2017, <http://www.nbcnews.com/politics/white-house/trump-establish-vote-fraud-commission-n757796> (dostęp: 25.08.2019); *A Fraudulent Commission on Voter Fraud*, „Burlington County Times”, 21.05.2017,

<http://www.burlingtoncountytimes.com/8e2ceb04-d810-51dc-bb3a-729f11717e35.html> (dostęp: 25.08.2019).

⁹ Latem 2019 roku Trump wrócił do argumentów, że proces wyborczy w Stanach jest wypaczony i w rezultacie osłabił jego pozycję w poprzednich wyborach, por. M. Waldman, *Trump's Voter Fraud Fantasy*, „Brennan Center for Justice”, 22.08.2019. Por. także: J. Lemon, *Trump 'Damaging' Our Democracy With Baseless Voter Fraud Claims*, *Federal Election Commission Chair Warns*, „Newsweek”, 22.08.2019, <https://www.newsweek.com/trump-damaging-democracy-voter-fraud-claims-federal-election-commission-chair-1454995> (dostęp: 22.08.2019).

¹⁰ E. Perez, *Sources: White House Lawyers Research Impeachment*, CNN Politics, 19.05.2017, <http://edition.cnn.com/2017/05/19/politics/donald-trump-white-house-lawyers-research-impeachment/index.html> (dostęp: 22.08.2019).

nych?; czy tak zwane „impeachable offenses” (powody uzasadniające postawienie prezydenta lub urzędnika państwowego w stan oskarżenia przed Kongresem) są dostatecznie wyjaśnione przez interpretację konstytucji lub przez decyzje sądowe?¹¹

Te same pytania stawiali doradcy wkraczającego na scenę polityczną prezydenta. Wskazywali oni, że niezależnie od argumentów Trumpa upierającego się przy tezie, iż wykroczenia wyborcze były głównym powodem jego relatywnie słabszego poparcia wśród indywidualnych wyborców, amerykański system wyborów elektorskich zaważył na wizerunku polityka wprowadzającego na arenę międzynarodową doktrynę handlu strategicznego w miejsce handlu globalnego.

Spróbujmy skupić się przez chwilę nad tą refleksją, ograniczając się w tym miejscu jedynie do przykładu wyjaśniającego w wielkim skrócie jeden z mechanizmów sprzyjających kształtowaniu się różnic między wynikami głosowania elektorskiego i głosowania w wyborach powszechnych.

Przypomnijmy, że model wyboru prezydenta, ustalony przez Konwencję Filadelfijską, został wprowadzony do sekcji I art. II konstytucji federalnej. Stanowi ona, że każdy stan będzie miał tyle głosów elektorskich, ile ma miejsc w Senacie i Izbie Reprezentantów, co oznacza co najmniej trzy głosy¹². Ogólna liczba głosów elektorskich wynosi 538, z tego 435 głosów odpowiada liczbie mandatów w Izbie Reprezentantów, 100 głosów liczbie senatorów, a trzy głosy (zgodnie z XXIII poprawką do konstytucji USA) zostały dodatkowo przyznane stołecznemu Dystryktowi Kolumbii, który znajduje się na terenie metropolitalnym Waszyngtonu. Aby zwyciężyć, kandydat musi zatem uzyskać co najmniej 270 głosów. Nie można więc wykluczyć sytuacji, że głosy zostaną podzielone równo (269 na 269) i wtedy prawo wyboru przejdzie na Izbę Reprezentantów.

W wypadku braku poparcia większości elektorów, zgodnie z Poprawką XII do konstytucji, Izba Reprezentantów wybiera prezydenta z trzech kandydatów, którzy uzyskali największą liczbę głosów elektorskich; Senat w podobnej sytuacji decyduje między dwoma kandydatami na wiceprezydenta¹³.

Na początku historii USA elektorów wybierały legislatury stanowe, obecnie są oni wybierani przez wyborców. W praktyce oznacza to, że każdy stan oddaje wszystkie swoje głosy elektorskie zwyciężającemu kandydatowi na prezydenta. Zadecydowało o tym wprowadzenie od 1836 r. zasady *unit rule*, zgodnie z którą zwycięzca bierze wszystkie głosy stanowych elektorów¹⁴.

¹¹ Szczegółowe argumenty dotyczące pewnych niejasności amerykańskiej konstytucji autor przedstawił w artykule: *Czy najlepsza na świecie? Kilka refleksji sceptycznych o konstytucji Stanów Zjednoczonych*, w: *Ustroje, Tradycje, Porównania. Księga Jubileuszowa dedykowana prof. Marianowi Grzybowskiemu*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 240–248.

¹² Elektorami nie mogą zostać: ani kongresman, ani senator, ani osoba piastująca urząd w administracji państwa.

¹³ Poprawkę wprowadzono w 1824 r., gdy żaden z kandydatów nie uzyskał większości głosów kolegium elektorskiego. W tej sytuacji prawo wyboru prezydenta przeszło na Izbę Reprezentantów, w której trzynastu stanowych delegacji wybrało J.Q. Adamsa, siedem delegacji głosowało na A. Jacksona, trzy za W. Crawfordem. Wówczas to J.Q. Adams został prezydentem, chociaż A. Jackson uzyskał większą ogólną liczbę głosów wyborców.

¹⁴ Por. *House of Representatives Committee on the Judiciary Subcommittee on the Constitution Subcommittee Hearing on Proposals for Electoral College Reform: H.J. Res. 28 and H.J. Res. 43*,

Oceniając tę koncepcję w świetle kryteriów populacyjnych, trzeba przyznać, że gdyby każdy stan (mając dwóch senatorów) uzyskiwał prawo do dwóch elektorów, to wówczas doszłoby do nierównej dystrybucji elektorskich głosów. Przykładowo, w ośmiu najbardziej zaludnionych stanach 54% wyborców całego kraju wybierałoby szesnastu senatorów i dzięki temu zyskiwałoby prawo do szesnastu głosów elektorskich. Równocześnie w ośmiu najmniej zaludnionych stanach trzy procent wyborców całego kraju miałoby takie samo prawo do wyboru szesnastu senatorów i w związku z tym prawo do wysłania do kolegium szesnastu elektorów¹⁵.

Przedstawiony tu hipotetyczny scenariusz prowadzi do obserwacji, że kandydat zdobywający głosy elektorskie w kilku słabo zaludnionych stanach ma przewagę nad konkurentem uzyskującym poparcie elektorów w mniejszej ilości stanów o największej populacji¹⁶.

NAJWAŻNIEJSZE ZAŁOŻENIE STRATEGICZNE: „NAJPIERW AMERYKA”

Przechodząc do analizy procesu kształtowania się strategii politycznej Trumpa, należy podkreślić, że u jej podstaw leżało powtarzane w niezliczonych wariantach założenie, iż prezydent działa w interesie narodu amerykańskiego (*in the interest of the people*). Niewątpliwie było jednak tak, że interes ten interpretował on sam.

W swoich zeznaniach przed Komisjami Kongresu tezę o trosce prezydenta o interesy narodu podważał jego osobisty prawnik Michael Cohen, skazany za oszustwa wynikające z chęci pomnożenia własnych korzyści, kłamstwa przed Kongresem i pogwałcenie praw rządzących kampanią prezydencką. Cohen, określany mianem „prezydenckiego *fixera*”, pracował dla Trumpa przez ponad 10 lat jako „człowiek od zadań specjalnych”. Twierdził on, że wszystko, co czynił, było z bezpośredniego polecenia szefa lub dla jego ochrony¹⁷.

Ogłoszenie rezultatów wyborów prezydenckich w 2016 r. w Stanach Zjednoczonych zaskoczyło, jak twierdził Cohen, samego kandydata na prezydenta i wielu

September 4, 1997. Wyjątkiem są tu stany Maine oraz Nebraska, w których głosy wyborców mogą być rozdzielane według specjalnego klucza, zwanego *district method*. System ten oznacza, że jedynie dwa z czterech elektorskich głosów w Maine i dwa z pięciu głosów w Nebrasce są zagwarantowane dla zwycięskiego kandydata. Reszta głosów może być rozdysponowana proporcjonalnie do liczby głosów oddanych na partię. Sytuacja podobna mogłaby się zdarzyć, gdyby w poszczególnych dystryktach wygrali różni kandydaci, co do tej pory się nie wydarzyło.

¹⁵ Szerzej zob. N.W. Polsby, A.B. Wildavsky, *Presidential Elections. Strategies of American Electoral Politics*, New York 1968, s. 242 i n.

¹⁶ Przykładowo, w wyborach w 2016 r. Hilary Clinton, wygrywając bezpośrednie wybory w samej Kalifornii, uzyskała przewagę ponad 4 milionów głosów, której Trump, zdobywający głosy elektorskie w kilku mniejszych stanach, nie był w stanie zrównoważyć. Dla szczegółowego wyjaśnienia tego dylematu należy odesłać Czytelnika do publikacji autora analizującego przykłady amerykańskich anomalii wyborczych: *Aspekty prawne wyborów prezydenta w Stanach Zjednoczonych...*, op. cit., przypis 8, s. 33–45.

¹⁷ Zob. A. Desiderio, *Cohen Testimony on Trump: 'He Is a Racist. He Is a Conman. He Is a Cheat.'* „Politico”, 27.02.2019, <https://www.politico.com/story/2019/02/26/cohen-trump-racist-conman-cheat-1189951> (dostęp: 22.08.2019).

komentatorów obserwujących proces wyborczy. Wizja polityki Donalda Trumpa zakładająca, że interesy Ameryki muszą przeważać nad priorytetami reszty świata, choć niewątpliwie znacząco przyczyniła się do jego zwycięstwa nad Hilary Clinton, zapoczątkowała jednak serię konfliktów daleko wykraczających poza rutynowe powyborcze spory między demokratami i republikanami.

Przywódcy kampanii wyborczej nowego prezydenta zadbali, by jego wizja świata stała się doktryną ilustrującą w sposób klarowny amerykański protekcyjizm, ocierający się o charakterystyczną dla Trumpa megalomanię narodową. W 2017 r. jego doradcy stworzyli Komitet Akcji Politycznej o nazwie America First Policies, który miał za zadanie przeznaczenie 100 milionów dolarów w 2018 r. na reklamę prezydenckiej doktryny. Jako Super PAC (Political Action Committee) organizacja zbiera fundusze przeznaczone na poparcie celów uznanych obiegowo za publiczne. Oficjalnie PAC jest instytucją niedochodową (*non-profit organization*), która nie finansuje programów partyjnych, niemniej może przykładowo wspierać akcje osłabiające pozycje lokalnych przeciwników politycznych¹⁸.

NOWA EDYCJA „PRAKTYKANTA”? „JESTEŚ ZWOLNIONY”

Już w trakcie kampanii wyborczej rodziło się pytanie, czy tradycyjny frazes: „Jesteś zwolniony”, kończący prowadzony przez Trumpa program telewizyjny „Praktykant” (Apprentice) będzie przewodnim hasłem nowego prezydenta? *Reality show*, prezentujący Trumpa jako modelowego inwestora decydującego o zdolnościach wybranych kandydatów do kariery biznesowej, ukształtował w opinii publicznej jego wizerunek jako bezwzględnego decydenta arbitralnie deklarującego, co jest najlepsze dla oglądających *show* widzów.

Obserwacja procesu selekcyjnego współpracowników nowego szefa państwa potwierdziła hipotezy, że przeniesie on na sferę polityki doświadczenia utrwalone przez jego udział w telewizyjnych programach rozrywkowych¹⁹.

Natychmiast po inauguracji oczekiwania te sprawdziły się niemal w pełni; amerykańska polityka rządowa zaczęła do złudzenia przypominać sceny z „Praktykanta”. Po 10 dniach urzędowania Trump zwolnił Sally Yates, pełniącą obowiązki Prokuratora Generalnego. Yates raportowała, że Doradca do Spraw Bezpieczeństwa, Michael Flynn, nie ujawnił szczegółów swojego spotkania z rosyjskim ambasadorem w USA, Sergey Kislyakiem. Flynn, po miesiącu urzędowania, 13 lutego 2017 r., zrezygnował ze stanowiska. Po miesiącu od przejścia obowiązków prezydenta, Trump zwolnił Preet Bharara, federalnego oskarżyciela w Południowym Dystrykcie Nowego Yorku, który rozpoczął śledztwo w sprawie Toma Price’a – Trump

¹⁸ Więcej „informacji o roli PAC-ów por. *Outside Spending: Frequently Asked Questions About 501(c)(4) Groups*, <https://www.opensecrets.org/outsidespending/faq.php> (dostęp: 22.08.2019). Komentarz o roli American First Action por. Z. Stern, *America First Policies*, <https://www.factcheck.org/2018/04/america-first-policies/> (dostęp: 20.04.2018).

¹⁹ P.W. Stevenson, *President Trump Has Now Fired 3 Officials Who Were Investigating His Campaign or Administration*, „The Washington Post”, 10.05.2017.

planował tego ostatniego nominować na Sekretarza od Spraw Zdrowia i Usług Społecznych.

Kolejnym celem prezydenta stał się szef FBI, James Comey, który naraził się republikańskiej administracji, ogłaszając, że jego biuro prowadzi dochodzenie w sprawie interwencji rosyjskich hackerów w amerykańskie wybory oraz tajnych kontaktów najbliższych doradców Trumpa z przedstawicielami rosyjskiego rządu. W odpowiedzi Trump, 9 maja 2017 r., zwolnił Comeya ze stanowiska dyrektora FBI. Niemal rok później (17 kwietnia 2018 r.) Comey opublikował książkę *Lojalność wyższego rządu: prawda, kłamstwo i przywództwo*²⁰. Prezentujący rozmaite pikantne momenty z życia Trumpa, Comey konkluduje w wywiadach, że jest on „osobą o przeciętnej inteligencji (...) moralnie nieodpowiednią do sprawowania stanowiska prezydenta”²¹. Jeszcze poważniejszym przetasowaniem rządowym było zwolnienie Rexa Tillersona, Sekretarza Stanu, który oficjalnie nazwał Trumpa kretynem (*moron*)²².

Podsumowując te obserwacje, warto podkreślić, że Donald Trump, wkraczający do światowej polityki w styczniu 2017 roku jako 45. prezydent Stanów Zjednoczonych, wnosił do niej niewątpliwie doświadczenie biznesowe, które pozwoliło mu skutecznie wykorzystać odziedziczoną i pomnożoną przez inwestycje nieruchomościowe fortunę. Wchodził jednak do polityki w atmosferze skandali, których najlepszym przykładem była afera związana z jego kontaktami ze Stormy Daniels (prawdziwe nazwisko: Stephanie Clifford), aktorką kabaretowych programów dla dorosłych. Przecieki dotyczące do prasy już w trakcie kampanii wyborczej wiadomości miał zatuszować wspomniany już wyżej Michael Cohen, który przygotował ugodę z aktorką, płacąc jej rzekomo ze swoich funduszy 130 tysięcy dolarów²³.

²⁰ Książka opublikowana przez The Macmillan Press, N.Y. stała się z dnia na dzień bestsellerem; szerzej por. B. Stelter, *James Comey's Book Is Already a Best Seller, With Trump's Help*, CNN Media, <http://money.cnn.com/2018/03/18/media/james-comey-book-best-seller/index.html> (dostęp: 22.08.2019). Dla poznania atmosfery panującej w Białym Domu po wyborze Trumpa warto polecić Czytelnikowi również wydaną w polskiej edycji książkę Michaela Wolffa, *Ogień i Furia, Biały Dom Trumpa*, Warszawa 2018.

²¹ Szerzej: G. Lyons, *Blindsided By Moral Vanity, James Comey Still Doesn't Get It*, The National Memo, 17.04.2018. Komentarz w polskiej prasie zob. P. Milewski, *Pierwszy glina USA donosi na swojego szefa*, „Newsweek”, N.J. nr 20, 13.05.2018.

²² K. Collins, B. Starr, J. Zeleny, E. Landers, K. Liptak, *Tensions Escalate After Tillerson Calls Trump 'Moron'*. CNN Politics, 5.10.2017

²³ Cohen zeznał w Kongresie pod przysięgą, że Trump zwrócił mu sumę wypłaconą Daniels dla zatuszowania afery. Aktorka potwierdziła aferę w wywiadach do prasy, niemniej w marcu 2018 r. wniosła pozew do sądu o uznanie umowy za nieważną z powodu braku podpisu samego prezydenta. Dnia 7 marca 2019 r. Cohen również złożył skargę do sądu, twierdząc, że suma zapłacona mu przez Organizację Trumpa nie obejmowała jego adwokackiego wynagrodzenia. Zob. J. Palazzolo, M. Rothfeld, *Trump Lawyer Used Private Company, Pseudonyms to Pay Porn Star 'Stormy Daniels' Michael Cohen Created Limited Liability Company Just Before \$130,000 Payment*, „The Wall Street Journal”, 18.01.2018, <https://www.wsj.com/articles/trump-lawyers-payment-to-porn-star-was-reported-as-suspicious-by-bank-1520273701?tesla=y&mod=e2tw> (dostęp: 22.08.2019). Zob. także: C. Dolmetsch, *Michael Cohen Sues Trump Organization in Bid for Lawyer Fees*, Bloomberg, <https://www.msn.com/en-xl/northamerica/northamerica-top-stories/michael-cohen-sues-trump-organization-in-bid-for-lawyer-fees/ar-BBUvhjX?ocid=spartandhp> (dostęp: 22.08.2019).

Nie ma potrzeby mnożenia przykładów obrazujących atmosferę sprzyjającą wymianie epitetów między prezydentem i jego podwładnymi²⁴. Ważniejszym problemem było i jest pytanie, czy nowy prezydent posiada rzeczywiście plan i strategię, którą można odróżnić od *ad hoc* podejmowanych decyzji politycznych.

WOJNA O MUR GRANICZNY. CZĘŚCIOWE ZAMKNIĘCIE OPERACJI SŁUŻB FEDERALNYCH I OGŁOSZENIE STANU WYJĄTKOWEGO

Już w czasie kampanii wyborczej Trump zapowiadał, że postawi ścianę (*wall*) odgradzającą Stany Zjednoczone od Meksyku. Jego zdaniem fizyczna bariera znacznie zredukuje przemyt narkotyków, handel ludźmi, i ograniczy ilość przestępstw popełnianych w Stanach przez przechodzących nielegalnie przez granicę kryminalistów. Dodatkowo w czasie kampanii wyborczej Trump zapowiedział, że za wybudowanie 3100 km ściany zapłaci Meksyk²⁵, a Stany oszczędzą ogromną sumę pieniędzy dotąd wydawanych na oddziały wojska i inspektorów ICE (Immigration Custom Enforcing), pilnujących przestrzegania przepisów imigracyjnych.

Gdy stało się oczywiste, że meksykański sąsiad nie czuje się odpowiedzialny za południowoamerykańskie karawany zmierzające przez jego terytorium ku granicy ze Stanami, Trump zapowiedział, że nałoży wyższe cła na meksykańskie towary i z uzyskanych funduszy będzie kontynuował budowę ściany.

Następnym wariantem tego projektu było wykorzystanie do budowy światłowodów (*fiber optic wall*) i próba przekonania Meksykanów, że dostęp do nowych technologii będzie dla nich korzystny²⁶.

Gdy i ta koncepcja nie wydała się zbyt atrakcyjna dla Meksyku, w czasie negocjacji budżetu, na początku roku fiskalnego 2019, Trump zdecydował, że dołoży do swojego projektu sumę od 18 do 20 miliardów dolarów, która miała zostać przeznaczona na wydatki związane z obronnością państwa²⁷.

Rodziły się jednak nowe przeszkody. W trakcie *midterm elections*, 6 listopada 2018 r., układ sił w Kongresie się zmienił. Demokraci, którzy uzyskali większość w Izbie Reprezentantów, pod kierownictwem Nancy Pelosi, nie chcieli uznać argumentów Republikanów, że projekt ściany został zapoczątkowany przez demokratycznych prezydentów. Wprawdzie Trump obniżył do 5,7 miliarda dolarów sumę,

²⁴ Komentując wpływ epitetów używanych przez Trumpa w jego wiadomościach wysyłanych na Twitterze na studentów, M. Stetz zadaje pytanie, czy kultura jest martwa w epoce Trumpa (*Is civility dead in Trump age?*). Zob. M. Stetz, *Why We Hate Trump*, „National Jurist” 2018, vol. 28, no. 1, s. 18.

²⁵ *Donald Trump's Mexico Wall: Who Is Going to Pay For It?*, BBC News, 6.02.2017, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37243269> (dostęp: 22.08.2019).

²⁶ C. Treleavent, „A Border Wall” Trump, Pelosi, and Mexico's President All Could Love, Medium Co., 4.03.2018, <https://medium.com/@ctreleaven/a-border-wall-trump-pelosi-and-mexicos-president-all-could-love-af5a7ec46dd4> (dostęp: 15.08.2019).

²⁷ *Everything We Know About Donald Trump's Proposed Border Wall*, Bloomberg, 19.01.2018, <http://fortune.com/2018/01/19/donald-trump-border-wall> (dostęp: 15.08.2019).

której żądał od Kongresu, ale gdy w odpowiedzi Nancy Pelosi stwierdziła, że na ten cel Izba nie wyłoży nawet dolara, Trump opuścił spotkanie negocjacyjne. Wydawało się, że prezydent powtarza manewr Reagana ze spotkania z Gorbaczowem w Reykjavíku w październiku 1986 r., które amerykański prezydent opuścił, prowokując administracje obu krajów do przenegocjowania i ostatecznie podpisania w 1988 r. zmodyfikowanego Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty.

W kolejnej próbie zaangażowania Demokratów w finansowanie koncepcji ochrony południowej granicy Trump zaproponował, że w ślad za oczekiwaniami przywódców konkurencyjnej partii zgodzi się na nadanie praw dzieciom przywiezionym nielegalnie do Stanów i odseperowanym od rodziców (tzw. *Dreamers*)²⁸. Ta propozycja również została odłożona do dalszych negocjacji, gdy Izba Reprezentantów zaproponowała prowizorium budżetowe, w którym jedynie 1,3 miliarda dolarów zostało przeznaczona na ogólne wydatki dotyczące ochrony kraju. W odpowiedzi Trump zagroził częściowym zamknięciem operacji federalnych służb, co rzeczywiście nastąpiło 22 grudnia 2018 r.²⁹

Sytuacja przypominała „zapaść fiskalną” z października 2013 r., która nastąpiła w rezultacie prób zablokowania przez Republikanów reformy zdrowotnej, określanej popularnie jako *Obama care*. Z braku dostępu do funduszy rząd federalny ogłosił *shutdown*, czyli zawiesił wiele ze swoich aktywności, zamykając parki narodowe, muzea i przestał wypłacać pensje dla ponad 800 tysięcy pracowników federalnych³⁰.

Podobna karuzela „amerykańskich paradoksów” zaczęła się kręcić ponownie w 2018 roku. Nie można tu przedstawić wszystkich szczegółów walk Trumpa z Kongresem. Zresztą celem tego artykułu nie jest zaprezentowanie pełnego kalendarium wypadków, a jedynie charakterystyka „stylu prezydowania” Donalda Trumpa. Spróbujmy więc wyeksponować jedynie najważniejsze momenty tych starć.

Shutdown z 2018 r., najdłuższy w historii Stanów Zjednoczonych, trwał 35 dni³¹. Był on faktycznie nieuchronny po oświadczeniu Charlesa Schumana, przywódcy demokratycznej mniejszości w Senacie, że dalsze negocjacje z prezydentem, zmieniającym nieustannie swoje warunki, są niemożliwe. „To jest tak – stwierdził senator – jakbyśmy próbowali rozmawiać z pudingiem Jell-O”³².

²⁸ Szerzej zob. *Listy do wydawcy „Washington Post”, ‘Dreamers’ and Trump’s Dream of a Wall*, „Washington Post”, 26.12.2018, https://www.washingtonpost.com/opinions/dreamers-and-trumps-dream-of-a-wall/2018/12/26/9fd77a80-07b9-11e9-8942-0ef442e59094_story.html?utm_term=.20bab13d0163 (dostęp: 15.08.2019).

²⁹ USA: *Senat przyjął prowizorium budżetowe, by uniknąć zawieszenia rządu*, Youtube, 20.12.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=gJNMidJNRfo> (dostęp: 15.08.2019).

³⁰ Por. artykuł autora prezentujący szczegóły kryzysu z końca 2013 r.: *Początki i zmierzch filibusteringu w Stanach Zjednoczonych*, w: J. Majchrowki, A. Zięba (red.), *Pravo konstytucyjne. Doktryny ustrojowe. Partie polityczne. Śladami idei Marka Sobolewskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2015, s. 113–142.

³¹ *Shutdown* trwał od 22 grudnia 2018 do 25 stycznia 2019 r., do momentu, gdy Izba Repezentantów zaproponowała na dwa i pół tygodnia budżetową przedpłatę.

³² 10 marca 2019 r. Trump przedstawił swój projekt budżetu na rok 2020 i zażądał 8,6 miliarda dolarów, <https://www.politico.com/latest-news-updates/government-shutdown-2019> (dostęp: 15.08.2019). Szczegółowy raport na temat negocjacji poprzedzających *shutdown* por. M. McConnell, *Senate will be back Sunday and “as long as it takes” – live updates*, CBS News,

Nie widząc możliwości uzyskania funduszy z budżetu federalnego na ochronę południowej granicy, Trump sięgnął po swój ostateczny argument – ogłoszenie stanu wyjątkowego. Trump odwołał się do uprawnień przyznanych przez Kongres prezydentowi w uchwalonym w 1976 r. Akcie wprowadzającym narodowy stan wyjątkowy³³. W 1977 Kongres uchwalił dodatkowy statut International Economic Emergency Powers Act, który pozostawiał faktycznie do uznania prezydenta decyzję, czy sytuacja w państwie wymaga koniecznej i natychmiastowej reakcji. Do chwili obecnej prezydenci odwołali się do tego Aktu 58 razy i trzeba przyznać, że wielokrotnie nie miało to bezpośredniego związku z zagrożeniem (zewnętrznym lub wewnętrznym) bezpieczeństwa państwa³⁴.

Dla Trumpa wprowadzenie *national emergency* oznaczało, że będzie mógł bez zgody Kongresu przesunąć na konstrukcję ściany fundusze przeznaczone ogólnie na bezpieczeństwo państwa, bez konkretnego wskazania, że mogą zostać użyte na ochronę południowej granicy. Trump dość nieostrożnie stwierdził, że „odwołanie się do Aktu z 1976 r. nie byłoby konieczne gdyby...”. Oczywiście „gdyby” oznaczało negatywny rezultat negocjacji z Demokratami w Izbie Reprezentantów, niemniej przywódcy tej partii zaatakowali decyzję prezydenta pod pretekstem, że sam stwierdził, iż nie było tu żadnego stanu konieczności (*emergency*)³⁵.

Dalsza karuzela wypadków, dezorientująca zarówno samych Amerykanów, jak i zagranicznych obserwatorów, kręciła się coraz szybciej³⁶. Demokraci z sukcesem zaatakowali podstawę prawną deklaracji o stanie konieczności w Izbie, a w Senacie nieoczekiwanie poparło demokratyczną faksję 12 republikańskich senatorów. Zgodnie z zapowiedziami Trump zawetował uchwały obu Izb i amerykańscy prawnicy zostali postawieni przed mało realną możliwością, że antyprezydencka opozycja uzyska dwie trzecie głosów potrzebnych do przewyciężenia prezydenckiego weta. Następną opcją było zaatakowanie konstytucyjności deklaracji o *emergency* w sądach, tu jednak, jak twierdził Trump, ostateczną instancją jest Sąd Najwyższy,

21.01.2018, <https://www.cbsnews.com/news/government-shutdown-2018-01-20-live-updates-live-stream/> (dostęp: 15.08.2019).

³³ International Emergency Economic Powers Act, 50 U.S. Code Chapter 35 – I, codified in 1977. The National Emergencies Act (Pub. L. 94–412, 90 Stat. 1255, enacted September 14, 1976, codified at 50 U.S.C. § 1601–1651). Szczegółowe porównanie obu aktów: R. Higgs, C. Twight, *National Emergency and the Erosion of Private Property Rights*, „Independent Institute”, 1.01.1987, <http://www.independent.org/publications/article.asp?id=124> (dostęp: 15.08.2019).

³⁴ Por. szerzej: D. Paul, C. Itkowitz, *What Exactly Is a National Emergency? Here's What That Means and What Happens Next*, Washington Post, 15.2.2019 https://www.washingtonpost.com/politics/2019/02/15/what-exactly-is-national-emergency-heres-what-that-means-what-happens-next/?utm_term=.75eae91c812a (dostęp: 15.08.2019).

³⁵ Trump stwierdził: “I didn’t need to do this, but I’d rather do it much faster”. Zob. P. Baker, *Trump Declares a National Emergency, and Provokes a Constitutional Clash*, „The New York Times”, 15.02.2019. <https://www.nytimes.com/2019/02/15/us/politics/national-emergency-trump.html> (dostęp: 15.08.2019).

³⁶ Szczegółowy raport zob. A. Bolton, *Senate Talks Collapse on Avoiding Trump Showdown Over Emergency Declaration*, <https://www.msn.com/en-us/news/politics/senate-talks-collapse-on-avoiding-trump-showdown-over-emergency-declaration/ar-BBUJzPa?ocid=spartandhp> (dostęp: 15.08.2019).

w którym sędziowie o konserwatywnej orientacji mają większość. W tej, jak się zdało, patowej sytuacji opozycja wróciła do możliwości impeachmentu prezydenta.

IMPEACHMENT. ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA I POLITYCZNA PREZYDENTA

Jak już wspominaliśmy we wstępnej części tego artykułu, możliwość zastosowania procedury impeachmentu przeciwko Trumpowi była brana pod uwagę przez demokratycznych kongresmenów i żywo komentowana przez media. Trudno wszak nie zastanowić się, do jakiego stopnia możliwość taka była realna?

Konstytucja USA, Art. II Sekcja IV stanowi, że: „prezydent, wiceprezydent i każdy funkcjonariusz cywilny Stanów Zjednoczonych zostaje usunięty z urzędu w razie postawienia go w procesie impeachmentu w stan oskarżenia i skazania za zdradę, przekupstwo lub inne ciężkie przestępstwa albo wykroczenia”³⁷. Jest to niewątpliwie krótka sekcja Konstytucji, niemniej należy podkreślić, że niemal każde użyte w niej słowo zostało poddane niezwykle intensywnej interpretacji przez sądy i ekspertów od doktryn politycznych i prawnych. Mimo tego należy również przyznać, że na wiele pytań, łącznie z postawionym powyżej, trudno do tej chwili udzielić jednoznacznej odpowiedzi.

Uczestnicy Konwencji Filadelfijskiej, przygotowujący projekt konstytucji, mieli poważne problemy z ustaleniem, jaką rolę powinna spełniać judykatura w procesie impeachmentu, kto jest „funkcjonariuszem cywilnym”, a w szczególności jaka jest definicja „ciężkich przestępstw i wykroczeń” (*impeachable offenses*). Wobec braku jednoznacznego stanowiska wyjaśnienie tych kwestii pozostawiono do interpretacji praktycznej, która wobec relatywnie niewielkiej ilości przykładów impeachmentu pokrywała niejasności odwołaniem się do „elastyczności” (*flexibility*) konstytucji³⁸. Prezydent Gerald Ford, podsumowując dyskusje nad interpretacją „*impeachable offenses*”, konkludował w 1970 r., że „są one tym, co uzna w danym momencie historii większość Izby Reprezentantów”³⁹.

Wracając do możliwości przeprowadzenia procesu impeachmentu przeciwko Trumpowi, należy stwierdzić, że mimo powtarzanych przez komentatorów refleksji o możliwym postawieniu prezydenta w stan oskarżenia przed Kongresem, jego ewentualne *impeachable offenses* nie zostały potwierdzone do momentu pracy nad tym

³⁷ Zob. <http://constitutionus.com/> (dostęp: 15.08.2019).

³⁸ Historia USA odnotowuje tylko trzy próby impeachmentu prezydentów. Andrew Jackson został poddany temu procesowi za pogwałcenie Tenure of Office Act i Army Appropriation Act. Senat nie zdecydował jednak pozytywnie w sprawie jego oskarżenia. Richard Nixon zrezygnował z urzędu przed rozpoczęciem postępowania impeachmentu i został ułaskawiony przez swojego następcę, Geralda Forda. Bill Clinton zawarł ugodę ze specjalnie powołanym do tej sprawy prokuratorem, Robertem Rayem. Zgodnie z nią Clinton nie został oskarżony o krzywoprzysięstwo i utrudnianie prac wymiaru sprawiedliwości; zapłacił natomiast grzywnę 25 tysięcy dolarów i odebrano mu na 5 lat prawo wykonywania zawodu prawnika w Arkansas.

³⁹ M.J. Franck, *Ford, the Court, and Impeachment*, „National Review”, 28.12.2006, <https://www.nationalreview.com/bench-memos/ford-court-and-impeachment-matthew-j-franck/> (dostęp: 15.08.2019).

artykułem, a sam fakt posiadania większości głosów przez Republikanów w Senacie redukowało znacząco nadzieje Demokratów na możliwe usunięcie z urzędu prezydenta. Z kolei bez zakończenia procesu impeachmentu oskarżenie prezydenta za przestępstwa kryminalne byłoby niemożliwe⁴⁰.

W tej kwestii Sąd Najwyższy, w trakcie postępowania przeciwko Prezydentowi Nixonowi, stwierdził jedynie, że przywilej władzy wykonawczej (*executive privilege*) do ochrony praw do odmowy przedstawienia dowodów prokuratorom badającym dowody w sprawie impeachmentu nie może mieć skutków prawnych. Niemniej, zgodnie z interpretacją amerykańskich sądów, przed decyzją Kongresu prezydent nie może zostać aresztowany lub pozbawiony wolności w trakcie sprawowania urzędu⁴¹. Trump, podsumowując rozbieżności w opiniach Demokratów, w marcu 2019 r. kpiąco dziękował Nancy Pelosi za potwierdzenie bezsilności Izby Reprezentantów w tej kwestii⁴².

DWA KROKI W PRZÓD I KROK W TYŁ. STRATEGIA CZY CHAOS W RELACJACH MIĘDZYNARODOWYCH?

Szukając odpowiedzi na pytanie o strategię Trumpa, warto spojrzeć na jego pierwsze decyzje dotyczące umów międzynarodowych⁴³. Tuż przed wyborami Trump zapowiedział, że zastąpi wielostronne układy przez dwustronne porozumienia. Zgodnie z tym planem, pierwszym krokiem po wyborach było wycofanie się Stanów Zjednoczonych z umowy Trans-Pacific Partnership. Układ wynegocjowany przez administrację prezydenta Obamy miał rozwinać handlową współpracę między 11 amerykańskimi i azjatyckimi krajami⁴⁴. Amerykańscy eksperci handlowi zaczęli stawiać pytania o motywację decyzji prezydenta dotyczących zerwania dalszych kilku zasadniczych dla Stanów Zjednoczonych umów i nałożenia wyższych ceł na liczne towary importowane. „Pod pozorem troski o bezpieczeństwo – pisał Dan Ikenson z liberalnego Cato Institute – Trump roznieca pożar protekcyjizmu”. Ekonomiści z amerykańskich think tanków podkreślali, że wyższe cła uderzą przede wszystkim w amerykański przemysł samochodowy, a generalnie w lokalnych kon-

⁴⁰ Zob. <https://constitution.com/articles-impeachment-richard-m-nixon/> (dostęp: 15.08.2019).

⁴¹ Zob. *Nixon v. Fitzgerald*, 457 US 731 (1982); także: R.R. Ludwikowski, *Politicization and Judicialization of the U.S. Chief Executive's Political and Criminal Responsibility: A Threat to Constitutional Integrity or a Natural Result of the Constitution's Flexibility?*, „American Journal of Comparative Law” 2002, vol. L, Supplement, s. 420.

⁴² D. Jackson, *Donald Trump Mocks Impeachment, Says He 'Greatly Appreciates' Nancy Pelosi's Statement*, „USA Today”, 3.03.2019, <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2019/03/13/trump-mocks-impeachment-says-he-appreciates-pelosi-statement/3148819002/> (dostęp: 15.08.2019). Więcej informacji na temat impeachmentu prezydenta w prawie amerykańskim zob. R.R. Ludwikowski, *Politicization and Judicialization...*, op. cit. s. 404–436.

⁴³ Uwagi zawarte w tym podrozdziale zostały zaczerpnięte z rozdziału IV książki autora: *Handel międzynarodowy*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 30–49.

⁴⁴ Komentarz zob. Y. Saba, *Donald Trump to Withdraw US From Trans-Pacific Partnership*, „Politico”, 22.01.2016.

sumentów. Przestrzegano, że środki odwetowe odbiją się na eksporcie towarów rolniczych, za co zapłacą amerykańscy farmerzy.

Trudno stwierdzić, czy groźby Trumpa były wynikiem przemyślanej strategii, czy też chaotycznej próby udowodnienia, że prezydent Stanów może być nieprzewidywalny i robić „dwa kroki w przód i jeden krok w tył”.

Za drugą optyką polityki Trumpa przemawiał dalszy rozwój wypadków na międzynarodowej handlowej szachownicy. Dnia 16 lutego 2018 r. Departament Handlu Stanów Zjednoczonych (The Department of Commerce – DOC) przedłożył prezydentowi rekomendacje wskazujące na konieczność nałożenia wyższych cel na importowane produkty stalowe i na towary z aluminium. Raport powoływał się na przepisy Sekcji 232 Aktu o Ekspansji Handlowej (Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962), która zabraniała amerykańskiej administracji redukcji lub eliminacji cel na importowane towary, jeżeli taka polityka stanowiłaby zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego⁴⁵.

W tym momencie prezydent zaczął rozważać inny wariant decyzyjny. Pod groźbą wojny handlowej z Unią Europejską i krajami NAFTA zaczął on opóźniać nałożenie wyższych cel na Kanadę, Meksyk i kraje Unii. Wyglądało na to, że Stany powtórzą pomyłkę G.W. Busha z 2002 roku⁴⁶. Eksperti handlowi zaczęli ponownie stawiać pytania, czy „polityka handlowa” Trumpa ewoluuje, czy też prezydent chaotycznie zmienia swoje stanowisko.

Wkrótce najbliżsi partnerzy Stanów, Francja i Anglia, zostali wyłączeni z sankcji dotyczących importu produktów stalowych, a Meksyk i Kanada przygotowywały się na negocjacje nowej wersji Północno-Amerykańskiego Traktatu Wolnohandlowego (NAFTA).

Dnia 31 maja 2018 r. Trump wykonał jednak następny ruch i odwołał specjalne przywileje Stanów Zjednoczonych, wyłączające Kanadę, Meksyk i kraje Unii Europejskiej z kar celnych, które doknęły eksporterów produktów z aluminium i stali. Administracja amerykańska motywowała tę decyzję słabym postępem negocjacji z Unią i krajami NAFTA. Komentatorzy uznali ten zwrot w polityce USA za „wewnętrzny sabotaż” (*self-sabotage*) i za powrót Trumpa do udziału w wojnach handlowych. Sam Trump z właściwą sobie nonszalancją skomentował ten kolejny

⁴⁵ Sekcja 232 jest skodyfikowana w U.S. Code › Title 19 › Chapter 7 › Subchapter II › Part IV › § 1862, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/19/1862> (dostęp: 15.08.2019).

⁴⁶ Pytanie dotyczące możliwości wykluczenia z listy krajów dotkniętych sankcjami Trumpa „ważnych politycznych partnerów” Stanów Zjednoczonych było z punktu widzenia ekspertów od handlu międzynarodowego niesłychanie drażliwe. Szukając precedensowych przykładów, należy przypomnieć decyzję prezydenta George’a W. Busha z 2002 r. o nałożeniu 30% cła na towary stalowe. Z listy krajów dotkniętych sankcjami wykluczono państwa NAFTA (Meksyk, Kanadę) i kilka krajów rozwijających się, takich jak Argentyna, Tajlandia i Turcja. Decyzja o nałożeniu dodatkowych cel przez Stany Zjednoczone została przedłożona do weryfikacji Światowej Organizacji Handlowej (WTO) przez Unię Europejską, do której dołączyły Brazylia, Chiny, Japonia, Korea, Szwajcaria i Tajwan. Organ do Rozstrzygania Sporów WTO (Dispute Settlement Body – DSB) uznał, że nałożenie dodatkowych cel nie nastąpiło w okresie zwiększonego importu wymaganego do zastosowania przepisów o zabezpieczeniach (*safeguards*) i dodatkowo dotknęło tylko wyselekcjonowanych partnerów handlowych. Ciało Apelacyjne WTO potwierdziło decyzję DSB i dla uniknięcia kar odwetowych administracja Busha częściowo wycofała się z polityki zabezpieczeń dla przemysłu stalowego.

zwrot w swojej strategii handlowej, pisząc na Twitterze: „W obecnej chwili handel ‘fair’ należałoby nazwać handlem głupców, gdyby nie oznaczał on handlu opartego na zasadach wzajemności” (*Fair Trade is now to be called Fool Trade if it is not Reciprocal*).

Podobne manewry Trump wykonał w stosunku do Chin, którym zarzucał manipulacje walutowe i kradzież amerykańskich patentów. Przez moment wydawało się, że Chiny ugną się pod naciskiem gróźb Trumpa i zaproponują znaczne koncesje dla amerykańskiego importu. Końcem maja 2018 r. Pekin zapowiedział obniżenie do 15% ceł na amerykańskie, europejskie i japońskie samochody. Ogłoszono również możliwość zawieszenia skierowanych przeciwko Stanom Zjednoczonym postępowań antidumpingowych (*antidumping investigations*) i postępowań neutralizujących subsydia (*counterwailing investigations*).

Dwa tygodnie później nieusatisfakcjonowany Trump ogłosił, że Stany nakładają dodatkowe cła na towary chińskie warte 50 miliardów dolarów. Chiny odpowiedziały nałożeniem dodatkowych ceł, a obie strony zapowiedziały użycie dodatkowych sankcji⁴⁷.

Podane wyżej przykłady handlowych manewrów Trumpa nie wyczerpują listy jego „strategicznych akcji”. Obserwując je, trzeba przyznać, że Trump uczył się sam i jego decyzje z czasem były mniej chaotyczne i bardziej przewidywalne przez handlowych partnerów Stanów Zjednoczonych. Zresztą trudno nie zaobserwować, że przywódcy krajów, z którymi Trump nawiązał bliższe kontakty, uczyli się od niego również. Wystarczy podać przykład amerykańskich relacji z Koreą Północną. Po dwóch spotkaniach z przywódcą tego kraju, Kim Dzong Unem, media konkludowały, że proces denuklearyzacji Korei nie usprawiedliwia optymistycznych oczekiwań Trumpa. W odpowiedzi na potwierdzenie Trumpa, że spotkania nie przyniosły spodziewanych rezultatów, Kim Dzong Un zapowiedział natychmiast przygotowania do kolejnych – zawieszonych na czas negocjacji – testów nuklearnych⁴⁸.

KONKLUZJE

Każdy artykuł, łącznie z tym tekstem, ma kilka zadań do spełnienia. Po pierwsze, zamierzeniem autora winno być wskazanie pytań, które, na podstawie obiegowo znanych informacji, może zadać Czytelnik. Pytania porządkują poddany pod analizę materiał i próba odpowiedzi na nie jest głównym celem artykułu. Zakończenie

⁴⁷ Por. D. Szymański, *Donald Trump, wykonując jeden ruch, zdradził prawdziwe powody zaostrenia konfliktu z Chinami*, „Busines Insider Polska”, <https://businessinsider.com.pl/finanse/makroekonomia/wojna-handlowa-usa-chiny-prawdziwe-zamiary-donald-trumpa/2dehn48> (dostęp: 15.08.2019).

⁴⁸ *North Korea Says Kim Jong Un Mulling Resumption of Nuclear and Missile Tests*, CBS News, 15.03.2019, <https://www.cbsnews.com/news/north-korea-kim-jong-un-us-nuclear-tests-missiles-donald-trump-pompeo-bolton/?bcmt=1> (dostęp: 15.08.2019). Podobną strategię przyjęły Chiny, rozpoczynając – wobec przedłużających się targów ze Stanami – negocjacje handlowe z Włochami. Por. C. Balmer, *China’s Xi Looks to Strengthen Italian Ties, Evokes Ancient Trade Routes*, Reuters, 22.03.2019, <https://www.reuters.com/article/us-italy-china-president/chinas-xi-looks-to-strengthen-italian-ties-evokes-ancient-trade-routes-idUSKCN1R318U> (dostęp: 25.08.2019).

pracy, obok podsumowania zaprezentowanych tez, zawiera zazwyczaj znaczną liczbę ocen i ewentualnych prognoz, które mogą uzasadnić podjęcie dalszych badań nad przedstawioną tematyką.

W ślad za tymi uwagami spróbujmy krótko uwypuklić zarówno kilka pozytywnych, ale i mniej imponujących cech charakteryzujących „styl prowadzenia polityki” przez Donalda Trumpa.

Po pierwsze, warto podkreślić, że Trump pozostanie w pamięci komentatorów jako jeden z najbardziej aktywnych amerykańskich szefów państwa. Mimo dostojnego wieku (w momencie inauguracji miał 70 lat) trzeba przyznać, że jego dzienny kalendarz był zazwyczaj wypełniony po brzegi wydarzeniami w których brał udział.

Po drugie, wskazując z kolei na krytykowane cechy charakterologiczne prezydenta, należy powiedzieć, że wiele z jego publicznych wystąpień wykraczało poza normalne kanony kultury politycznej. Swoista dla niego megalomania nie pozwalała mu przyznać, że nawet polityk piastujący jego stanowisko może się czegoś uczyć. Niewątpliwie nabierał jednak stopniowo praktycznych umiejętności i w pozornym chaosie jego zmieniających się decyzji można było z czasem dopatrzeć się strategii politycznej.

Po trzecie, nietrudno nie zgodzić się z opinią Cohena, wskazującą, że interesy Amerykanów były prezydentowi obce i że hasło: „Ameryka najpierw” było jedynie jego strategiczną etykietką. Czyniąc to zastrzeżenie, trzeba jednak zauważyć, że realizacja kryjącej się za tym hasłem polityki wciągała Stany Zjednoczone w wir nacjonalistycznych, antyglobalistycznych i protekcyjnistycznych sporów. Trump, jak staraliśmy się wskazać powyżej, mimo przestróg komentatorów zaangażował Stany Zjednoczone w wielką ilość lekceważonych przez niego „wojen handlowych”. Niektóre z nich wygrywał, ale w innych za skutki jego ryzykownych decyzji mieli zapłacić w przyszłości sami Amerykanie⁴⁹.

Po czwarte, nie ma wątpliwości, że ekonomia Stanów Zjednoczonych za czasów pierwszej połowy prezydentury Trumpa, czyli w okresie pracy nad tym artykułem, była w pełni rozkwitu. Protekcyjnizm, mimo całego krytycyzmu zwolenników wolnego handlu, zdawał się dostarczać pobudek amerykańskim biznesmenom, którzy mogli przenieść swoje inwestycje z powrotem do Stanów. Przyrost GDP (Gross Domestic Product) był faktycznie znaczny i ilość nowych miejsc pracy wydawała się imponująca.

W drugim kwartale 2019 r. wzrost produktu krajowego (PKB, ang. GDP) był niższy i spadł z 3,1 % do 2,1%⁵⁰. Komentatorzy z Partii Demokratycznej zaczęli silniej podkreślać szkody, jakie ponieśli amerykańscy farmerzy przez handlową wojnę z Chinami. Media sprzyjające Trumpowi nawoływały do dalszych negocjacji z Pekinem i do włączenia do nich Unii Europejskiej; odrzucano jednak zdecydowanie sugestie, że Stanom grozi recesja gospodarcza⁵¹.

⁴⁹ Por. szerzej: P. Coy, *Where Will Trade War Take Us? The Damage From Trump's Disruptive Policies Will Take Years to Repair*, „Bloomberg Business Week”, 24.07.2018, s. 12–14.

⁵⁰ Dane za *Trading Economics – US GDP*, <https://tradingeconomics.com/united-states/gdp> (dostęp: 22.08.2019).

⁵¹ Dnia 25 sierpnia, przed rozpoczęciem we Francji szczytu G7, Trump stwierdził, że żałuje jedynie, iż nie nałożył wcześniej wyższych cel na Chiny i (odwołując się do poprzednio wspomnianego Aktu z 1977 r.) zachęcił inwestorów amerykańskich do wyprowadzenia

Po piąte, w rezultacie upolitycznienia zarówno przez Trumpa, jak i Demokratów sporu o ochronę południowej granicy Stanów, Ameryka podzieliła się na dwa obozy, których starcia osłabiały skuteczność słusznych prób wzmocnienia przez prezydenta bezpieczeństwa państwa.

Wiele innych reform Trumpa, mających odpowiedzieć na problemy przeciętnych obywateli Stanów, budziło również wątpliwości. Przykładowo, modyfikacja systemu podatkowego spotkała się z szeroką krytyką podatników. Zapowiadane, zgodnie z konserwatywnymi programami, rzekome obniżenie podatków przyniosło zupełnie odwrotne rezultaty. Faktycznie, wypełnienie skomplikowanych corocznych raportów podatkowych stało się nieco prostsze, ale dotychczasowe możliwości ulg podatkowych, tak zwane *itemized deductions*, zostały zastąpione przez *standard deductions*, co spowodowało, że miliony podatników utraciły możliwość uzyskania zwrotu nadpłaconych podatków i musiały zapłacić wyższe podatki stanowe.

Antyglobalistyczne trendy w polityce Trumpa budziły jeszcze więcej krytycznych uwag ekspertów handlowych. Artykuł ten trzeba zamknąć konkluzją, że próby ignorowania instancji rozjemczych Światowej Organizacji Handlu, a nawet struktur Organizacji Narodów Zjednoczonych, wydawały się cofać Stany Zjednoczone w zamierzchłe czasy izolacjonizmu⁵².

BIBLIOGRAFIA

- A World Without a U.N.* (red. Buron Yale Pines), The Heritage Foundation, Washington 1984.
- Abbott F.M., *Regional Integration Mechanisms in the Law of the United States*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 1993, vol. 1/1, Autumn.
- Bachus J., Lester S., Zhu H., *Disciplining China’s Trade Practices at the WTO*, „Policy Analysis – CATO Institute” 2018, no. 856, 15.11.
- Barfield C., *In Crippling the WTO, the U.S. Disarms Weapons Against Chinese High-tech Protectionism*, „American Enterprise Institute”, 18.12.2018.
- Bhagwati J.N. (red.), *The New International Economic Order: The North-South Debate*, Cambridge 1977.
- Bhala R., *Dictionary of International Trade Law*, Newark–New York 2008.
- Bhala R., *International Trade Law Handbook*, Miamisburg 2001.
- Bhala R., *International Trade Law: Theory and Practice*, Miamisburg 2000.
- Bhala R., *The Law of Foreign Exchange*, Carolina Academic Press, Durham 1997.
- Bhala R., *Modern GATT Law*, Sweet & Maxwell, London 2005.

kapitałów z tego kraju, co spowodowało znaczne turbulencje na amerykańskiej giełdzie. Por. szerzej: A. Cone, *G7 Summit: Trump ‘Regrets’ Not Raising Tariffs On China Sooner*, World News, 25.08.2019, https://www.upi.com/Top_News/World-News/2019/08/25/G7-summit-Trump-regrets-not-raising-tariffs-on-China-sooner/6021566737930/ (dostęp: 22.08.2019).

⁵² Por. przykładowo: J. Bachus, S. Lester, H. Zhu, *Disciplining China’s Trade Practices at the WTO*, „Policy Analysis – CATO Institute” 2018, no. 856, 15.11., s. 1–33; także: C. Barfield, *In Crippling the WTO, the U.S. Disarms Weapons Against Chinese High-Tech Protectionism*, „American Enterprise Institute”, 18.12.2018, s. 1–3.

- Bhala R., Frisch D., *Global Business Law: Principles and Practice*, Carolina Academic Press, Durham 1999.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1985.
- Bowett D.W., *Claims Between States and Private Entities*, „Catholic University Law Review” 1986, vol. 35.
- Brudnikowski A., *Międzynarodowe stosunki gospodarcze*, Warszawa 2003.
- Buczowski S., Nowakowski Z.K., *Prawo obrotu uspołecznionego*, Warszawa 1974.
- Bush J., *Europe Must Find a way to Domesticate its own Tigers*, „The Times”, Economic View, 21.07.1994.
- Calus A., *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985.
- Calus A., *Źródła prawa handlowego w wysoko rozwiniętych państwach kapitalistycznych*, Warszawa 1986.
- Capling A., Low P., *Governments. Non-State Actors and Trade-Policy Making*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Chow D.C.K., Schoenbaum T.J., *International Business Transactions*, St. Paul 2008.
- Cline W.R., *Trade Policy and Global Poverty*, Center for Global Development, Washington 2004.
- Coy P., *Where Will Trade war Take US? The Damage from Trump's Disruptive Policies Will Take Years to Repair*, „Bloomberg Business Week”, 24.07.2018.
- Deardorff A.V., Stern R.M., Greene M.N., *The Implications of Alternative Trade Strategies for the United States*, w: D.B.H. Denoon (red.), *The New International Economic Order. A U.S. Response*, New York 1979.
- Denoon D.B.H. (red.), *The New International Economic Order. A U.S. Response*, New York 1979.
- Destler I.M., *American Trade Politics*, Washington 1992.
- Destler I.M., *International Financial Statistics: Supplement on Trade Statistics*, Washington 1988.
- Falk R.A., *A New Paradigm for International Legal Studies: Prospects and Proposals*, w: R. Falk, F. Kratochwil, S. Mendlovitz, *International Law: A Contemporary Perspective*, Princeton 1985.
- Falk R.A., Kim S.S., Mendlovitz S.H., *Toward a Just World Order*, Boulder 1982.
- Feenstra R.C., Taylor A.M., *International Economics*, New York 2010.
- Feilmeth A.X., *The Law of International Business Transactions*, St. Paul 2009.
- Folsom R.H., Gordon M.W., Spanogle J.A., *International Business Transactions*, 7th ed., St. Paul 2004.
- Folsom R.H., Gordon M.W., Spomogle J.A., *Principles of International Business Transactions, Trade and Economic Relations*, St. Paul 2005.
- GATT. Trade Policy Review Mechanism. United States, 1994.
- Gelberg L., *Zarys prawa międzynarodowego*, Warszawa 1977.
- Gregorian D., Ainsley J., *Mueller Submits Report on Trump Investigation to AG Barr, no new Charge. The Transmission of the Document ends a Lengthy Probe into the President and Russian Interference in the Campaign*, News, <https://www.nbcnews.com/politics/justice-department/mueller-sends-report-trump-investigation-ag-barr-n974006> (dostęp: 25.08.2019).
- Grimwade N., *International Trade*, London–New York 2000.
- Gurtov M., *Global Politics in the Human Interest*, New York 1988.
- Helpman E., *Understanding Global Trade*, Cambridge 2011.
- Hiscox M.J., *International Trade and Political Conflict: Commerce, Coalitions and Mobility*, Princeton University Press, Princeton 2002.
- Hołowiński J., *Międzynarodowe prawo handlowe dla ekonomistów*, Warszawa 1982.

- Jackson J.H., Davey W.J., Sykes A.O. Jr., *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*, St. Paul 2008.
- Jakubowski J., Tomaszewski M., Tynel A., Wiśniewski A., *Zarys międzynarodowego prawa handlowego*, Warszawa 1983.
- Katner W.J., *Komercjalizacja i prywatyzacja. Komentarz*, Warszawa 2003.
- Katner W.J. (red.), *Podmioty gospodarcze 1992. Zbiór przepisów prawa gospodarczego (stan prawny na 1 kwietnia 1992 r.)*, Warszawa 1992.
- Katzenstein P.J., *A World of Regions: America, Europe, and East Asia*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 1993, vol. I.
- Kim S., *The Quest for a Just World Order*, Boulder 1984.
- Kindleberger Ch.P., *International Economics*, Homewood 1976.
- Kłafkowski A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1964.
- Kłosiński K., Masłowski A., *Globalizacja sektora usług w Polsce*, Warszawa 2005.
- Kotyński J., *Globalizacja i integracja europejska. Szanse i zagrożenia dla polskiej gospodarki*, Warszawa 2005.
- Kravis I.B., Heston A., Summers R., *World Product and Income: International Comparisons of Real Gross Product*, Baltimore 1982.
- Kruczalak K., *Prawo handlowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1994.
- Krugman P.R., Obstfeld M., Melitz M., *International Economics*, 9th ed., Boston 2011.
- Kuroda M., *Strengthening Japan – US Cooperation and the Concept of Japan – US Free Trade Agreements, Free Trade Areas U.S. Trade Policy* (red. J.J. Schott), Washington 1989.
- Lankosz K., Chorośnicki M., Czubik P., *Walka z terroryzmem w świetle prawa międzynarodowego*, Bielsko-Biała 2004.
- Lester S., Mercurio B., Davies A., *World Trade Law. Text, Materials and Commentary*, Oxford 2018.
- Ludwikowski R.R., *Ameryka – świat biznesu*, Kraków 1991.
- Ludwikowski R.R., *Aspekty prawne wyborów prezydenta w Stanach Zjednoczonych*, „Państwo i Prawo” 2001, no. 4.
- Ludwikowski R.R., *Czy najlepsza na świecie? Kilka refleksji sceptycznych o konstytucji Stanów Zjednoczonych*, w: P. Mikuli, A. Kulig, J. Karp, G. Kuca (red.), *Ustroje. Tradycje i porównania. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marianowi Grzybowskiemu*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015.
- Ludwikowski R.R., *Demokracja elektorcka i populistyczna z perspektywy wyboru D. Trumpa na Prezydenta USA*, „Państwo i Prawo” 2018, no. 1.
- Ludwikowski R.R., *Handel międzynarodowy*, 4th ed., Warszawa 2019.
- Ludwikowski R.R., *Początki i zmierzch filibusteringu w Stanach Zjednoczonych*, w: J. Majchrowki, A. Zięba (red.), *Prawo konstytucyjne. Doktryny ustrojowe. Partie polityczne. Śladami idei Marka Sobolewskiego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2015.
- Ludwikowski R.R., *Politicization and Judicialization of the U.S. Chief Executive’s Political and Criminal Responsibility: A Threat to Constitutional Integrity or a Natural Result of the Constitution’s Flexibility?*, „American Journal of Comparative Law” 2002, vol. L, Supplement.
- Ludwikowski R.R., *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego. Handel międzynarodowy*, t. 1, Warszawa 1996.
- Ludwikowski R.R., *Regulacje handlu i biznesu międzynarodowego. Międzynarodowe transakcje biznesowe*, t. 2, Warszawa 1998.

- Lyons G., *Blindsided by Moral Vanity. James Comey Still Doesn't get it*, „The National Memo”, 17.04.2018.
- Manak I., *The Damage Done by Trump's Trade Wars Will Outlast his Presidency*, „CATO Trade Chronicles”, 7.08.2018.
- Marczuk S., Sowa K. (red.), *Studia nad transformacją polskiej gospodarki*, t. 1, Rzeszów 1993.
- McDougal M., Laswell H., Chen L., *Human Rights and World Public Order*, New Haven 1980.
- McNair L., *The Law of Treaties*, Oxford 1961.
- Mennon P.K., *An Introduction to the Law of Treaties*, Cave Hill 1992.
- Miklaszewski S., Mesjasz L., Molendowski E., Małecki P., Pera J., Bieda M., Garlińska-Bielawska J., *Międzynarodowe stosunki gospodarcze u progu XXI wieku*, DIFIN Centrum Doradztwa i Informacji, Warszawa 2003.
- Milewski P., *Pierwszy glina USA donosi na swojego szefa*, „Newsweek” 2018, no. 20, 13.05.
- Milner H.V., Rosendorff B.P., *International Trade and Domestic Politics: the Domestic Sources of International Trade Agreements and Institutions*, w: E. Benvenisti, M. Hirsch (red.), *The Impact of International Law on International Cooperation: Theoretical Perspectives*, Cambridge 2004.
- Munko A., Rybowski W., *Współczesne tendencje w międzynarodowej polityce handlowej*, „Handel Zagraniczny” 1992, no. 1–2.
- Neuman G.R., *Adjustment Assistance for Trade-Displaced Workers*, w: D.B.H. Denoon (red.), *The New International Economic Order. A U.S. Response*, New York 1979.
- Pasternak K., *Zarys zarządzania gospodarką*, Warszawa 2005.
- Pastusiak L., *Pętla wokół Trumpa się zaciska*, „Angora-Peryskop” 2019, no. 3, 20.01.
- Pazdan M., *Rezolucja bazylijska z 1991 r. w sprawie autonomii woli w zakresie umów zawieranych w międzynarodowym obrocie handlowym*, „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1993, vol. 17, Katowice.
- Polsby N.W., Wildavsky A.B., *Presidential Elections. Strategies of American Electoral Politics*, New York 1968.
- Restatement of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul 1987.
- Reuvid J., Sherlock J., *The International Trade: An Essential Guide to the Principles and Practice of Export*, London–Philadelphia 2011.
- Ripert G. (red. E. Rablot), *Traite elementaire de droit commercial*, Paris 1989.
- Rivera-Batiz L., Oliva M.A., *International Trade, Strategies and Evidence*, Oxford 2004.
- Rymarczyk J. (red.), *Handel zagraniczny*, Warszawa 2005.
- Saba Y., *Donald Trump to Withdraw US from Trans-Pacific Partnership*, „Politico”, 22.01.2016.
- Scharf M., *The Law of International Organization*, Durham 2001.
- Shaw M.N., *International Law*, Cambridge 1991.
- Steiner J., Vagts D.F., *Transnational Legal Problems*, Mineola 1986.
- Stephan III P.B., Wallace D. Jr., Roin J.A., *International Business and Economics. Law and Policy*, Charlottesville 1993.
- Stetz M., *Why we Hate Trump*, „National Jurist” 2018, vol. 28, no. 1.
- Stevenson P.W., *President Trump has now Fired 3 Officials who were Investigating his Campaign or Administration*, „The Washington Post”, 10.05.2017.
- Stowell A.M., *US International Trade Laws*, Washington 1986.
- Surrey S.W., Wallace D. Jr., *A Lawyer Guide to International Business Transactions* (cz. 1 i 2), Philadelphia 1980.
- Surrey W.S., Wallace D. Jr., *International Business Transactions*, Philadelphia 1980.

- Swan A.C., Murphy J.F., *Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations*, New York 1991.
- Świerkocki J., *Zarys międzynarodowych stosunków gospodarczych*, Warszawa 2004.
- Taylor J., *NAFTA's Green Accords: Sound and Fury Signifying Little*, „Policy Analysis” 1993, no. 198, 17.11.
- The Globalization of Law, Politics, and Markets, Implications for Domestic Law Reform* (symposium), „Indiana Journal of Global Legal Studies” 1993, vol. 1.
- Touval S., *Why the U.N. Fails: It Cannot Mediate*, „Foreign Affairs” 1994, vol. 73/5, wrzesień–październik 1994.
- Trebilcock M.J., Howse R., *The Regulations of International Trade*, London 1999.
- Triqueros I., *A Free Trade Agreement Between Mexico and the United States?*, w: J.J. Schott (red.), *Free Trade Areas. U.S. Trade Policy*, Washington 1989.
- Vagts D.F., *Transnational Business Problems*, Cambridge 1986.
- Vishny P.H., *International Trade for Nonspecialist*, Philadelphia 1992.
- Waldman M., *Trump's Voter Fraud Fantasy*, „Brennan Center for Justice”, 22.08.2019.
- Walker R., *One World/Many Worlds: Struggles for a Just World Peace*, Boulder 1988.
- Weston B.H., Falk R.A., Charlesworth H., Strauss A.L., *International Law and World Order. A Problem-oriented Coursebook*, St. Paul 2006.
- Weston B.H., Falk R.A., D'Amato A. (red.), *Basic Documents in International Law and World Order*, St. Paul 1990.
- Winiarz J. (red.), *Prawo obrotu gospodarczego*, Warszawa 1987.
- Włodyka S., *Prawo gospodarcze. Zarys systemu*, Warszawa 1982.
- Włodyka T., *Dwa dwudziestolecia gospodarki rynkowej w Polsce*, Warszawa 2008.
- Włodyka T. (red.), *Polityka gospodarcza*, Warszawa 2007.
- Wolff M., *Fire and Fury: Inside the Trump White House*, Henry Holt and Co., 2018 (wydanie polskie: *Ogień i Furia. Biały Dom Trumpa*, Warszawa 2018).
- Wonnacott P., Lutz M., *Is There a Case for Free Trade Areas?*, w: J.J. Schott (red.), *Free Trade Areas. U.S. Trade Policy*, Washington 1989.
- Yoo J.H., *More Free Trade Areas: A Korean Perspective*, w: J.J. Schott (red.), *Free Trade Areas. U.S. Trade Policy*, Washington 1989.
- Zalewski L., *Sposoby zawierania umów w handlu międzynarodowym*, „Rzeczpospolita” 1993, no. 66.

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

- A Fraudulent Commission on Voter Fraud*, Burlington County Times, 21.05.2017, <http://www.burlingtoncountytimes.com/8e2ceb04-d810-51dc-bb3a-729f11717e35.html>.
- Baker P., *Trump Declares a National Emergency, and Provokes a Constitutional Clash*, The New York Times, 15.02.2019, <https://www.nytimes.com/2019/02/15/us/politics/national-emergency-trump.html>.
- Balmer C., *China's Xi Looks to Strengthen Italian Ties, Evokes Ancient Trade Routes*, Reuters, 22.03.2019, <https://www.reuters.com/article/us-italy-china-president/chinas-xi-looks-to-strengthen-italian-ties-evokes-ancient-trade-routes-idUSKCN1R318U>.

- Bolton A., *Senate Talks Collapse on Avoiding Trump Showdown over Emergency Declaration*, 13.03.2019, <https://www.msn.com/en-us/news/politics/senate-talks-collapse-on-avoiding-trump-showdown-over-emergency-declaration/ar-BBUJzPa?ocid=spartandhp>.
- Collins K., Starr B., Zeleny J., Landers E., Liptak K., *Tensions Escalate after Tillerson Calls Trump "Moron"*, CNN Politics, 5.10.2017, <https://edition.cnn.com/2017/10/04/politics/tillerson-trump-moron/index.html>
- Comey J., *A Higher Loyalty: Truth, Lies and Leadership*, Macmillan Press, New York 2018.
- Cone A., *G7 Summit: Trump "Regrets" not Raising Tariffs on China Sooner*, World News, 25.08.2019, https://www.upi.com/Top_News/World-News/2019/08/25/G7-summit-Trump-regrets-not-raising-tariffs-on-China-sooner/6021566737930/.
- Desiderio A., *Cohen Testimony on Trump: "He is a Racist. He is a Conman. He is a Cheat"*, Politico, 27.02.2019, <https://www.politico.com/story/2019/02/26/cohen-trump-racist-conman-cheat-1189951>.
- Dolmetsch C., *Michael Cohen Sues Trump Organization in Bid for Lawyer Fees*, Bloomberg, <https://www.msn.com/en-xl/northamerica/northamerica-top-stories/michael-cohen-sues-trump-organization-in-bid-for-lawyer-fees/ar-BBUvhJx?ocid=spartandhp>.
- Donald Trump's Mexico Wall: Who is Going to Pay for it?*, BBC News, 6.02.2017, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37243269>.
- "Dreamers" and Trump's Dream of a Wall*, 26.12.2018, https://www.washingtonpost.com/opinions/dreamers-and-trumps-dream-of-a-wall/2018/12/26/9fd77a80-07b9-11e9-8942-0ef442e59094_story.html?utm_term=.20bab13d0163.
- Everything we Know About Donald Trump's Proposed Border Wall*, Bloomberg, 19.01.2018, <http://fortune.com/2018/01/19/donald-trump-border-wall>.
- Franck M.J., *Ford, the Court, and Impeachment*, National Review, 28.12.2006, <https://www.nationalreview.com/bench-memos/ford-court-and-impeachment-matthew-j-franck/>.
- Higgs R., Twight C., *National Emergency and the Erosion of Private Property Rights*, Independent Institute, 1.01.1987, <http://www.independent.org/publications/article.asp?id=124>.
- Jackson D., *Donald Trump Mocks Impeachment, Says he "Greatly Appreciates" Nancy Pelosi's Statement*, USA Today, 3.03.2019, <https://www.usatoday.com/story/news/politics/2019/03/13/trump-mocks-impeachment-says-he-appreciates-pelosi-statement/3148819002/>.
- Kacowicz A.C., *Regionalization, Globalization, and Nationalism*, December 1998; https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/262.pdf.
- Kilgore E., *Final Results for the Presidential Popular Vote*, Daily Intelligencer, 20.12.2016, <http://nymag.com/intelligencer/2016/12/the-final-final-final-results-for-the-popular-vote-are-in.html>.
- Lemon J., *Trump "Damaging" our Democracy with Baseless Voter Fraud Claims. Federal Election Commission Chair Warns*, Newsweek, 22.08.2019, <https://www.newsweek.com/trump-damaging-democracy-voter-fraud-claims-federal-election-commission-chair-1454995>.
- McConnell: *Senate Will be Back Sunday and "as Long as it Takes"* – live updates 21.01.2018, CBS News, <https://www.cbsnews.com/news/government-shutdown-2018-01-20-live-updates-live-stream/>.
- North Korea Says Kim Jong Un Mulling Resumption of Nuclear and Missile Tests*, CBS News, 15.03.2019, <https://www.cbsnews.com/news/north-korea-kim-jong-un-us-nuclear-tests-missiles-donald-trump-pompeo-bolton/?bcmt=1In>.

- Outside Spending: Frequently Asked Questions About 501(c)(4) Groups*, <https://www.opensecrets.org/outsidespending/faq.php>.
- Palazzolo J., Rothfeld M., *Trump Lawyer Used Private Company, Pseudonyms to Pay Porn Star "Stormy Daniels". Michael Cohen Created Limited Liability Company just Before \$130,000 Payment*, The Wall Street Journal, 18.01.2018, <https://www.wsj.com/articles/trump-lawyers-payment-to-porn-star-was-reported-as-suspicious-by-bank-1520273701?tesla=y&mod=e2tw>.
- Paul D., Itkowitz C., *What Exactly is a National Emergency? Here's What that Means and What Happens Next*, Washington Post, 15.02.2019, https://www.washingtonpost.com/politics/2019/02/15/what-exactly-is-national-emergency-heres-what-that-means-what-happens-next/?utm_term=.75eae91c812a.
- Perez E., *Sources: White House Lawyers Research Impeachment*, CNN Politics, 19.05.2017, <http://edition.cnn.com/2017/05/19/politics/donald-trump-white-house-lawyers-research-impeachment/index.html>.
- Presidential Election Results: Donald J. Trump Wins*, New York Times, 10.02.2017, <https://www.nytimes.com/elections/results/president>.
- Stelter B., *James Comey's Book is Already a Best Seller, with Trump's Help*, CNN Media, <http://money.cnn.com/2018/03/18/media/james-comey-book-best-seller/index.html>.
- Stern Z., *America First Policies*, <https://www.factcheck.org/2018/04/america-first-policies/>.
- Szymański D., *Donald Trump, wykonując jeden ruch, zdradził prawdziwe powody zaostrożenia konfliktu z Chinami*, Business Insider Polska, 4.04.2018, <https://businessinsider.com.pl/finanse/makroekonomia/wojna-handlowa-usa-chiny-prawdziwe-zamiary-donald-trumpa/2dehn48>.
- Trading Economics-US GDP, <https://tradingeconomics.com/united-states/gdp>.
- Treleaven C., *"A Border Wall" Trump, Pelosi, and Mexico's President All Could Love*, 4.03.2018, Medium Co. <https://medium.com/@ctreleaven/a-border-wall-trump-pelosi-and-mexicos-president-all-could-love-af5a7ec46dd4>.
- USA: *Senat przyjął prowizorium budżetowe, by uniknąć zawieszenia rządu*, YouTube, 20.12.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=gJNMidJNRfo>.
- Vitali A., Alexander P., O'Donnell K., *Trump Establishes Voter Fraud Commission*, NBC News, 11.05.2017, <http://www.nbcnews.com/politics/white-house/trump-establish-vote-fraud-commission-n757796>.

GLOBAL OR STRATEGIC TRADE? SOME OBSERVATIONS ON PRESIDENT DONALD TRUMP'S STYLE OF MAKING DOMESTIC AND FOREIGN POLICY

Summary

The article refers to the main theses of the author's fourth edition of *Handel międzynarodowy* published by C.H. Beck. It is a handbook that, due to its didactic nature, only updates information about the regulations of global and regional international trade. The preparation of this article for publication results from the reflections of a commentator who observes the transformation of the United States' priorities during Donald Trump's presidency. An observer of trade policy must consider whether we deal with a "new era" in international trade. The answer to this question, whether positive or not, is subject to agreement. Nevertheless, the inclination of President Trump,

a helmsman of the policy of the most important partner in international trade, to trivialise “trade wars” and emphasise that the US interests are of crucial importance is unquestionable and justifies asking successive detailed questions: To what extent does strategic trade, carried out from the perspective of one country’s benefits, substitutes for global trade? Is President Trump first of all a businessman or a political strategist? Is the possibility of impeachment or even bringing criminal charges against the president who is in office, which is discussed by American law experts, realistic or is it part of the nature of the United States’ political scene? What are the prospects for re-election of the president, whose personal counsel, Michael Cohen, has been sentenced to three years’ imprisonment and a number of other associates are waiting for the results of an investigation into the collaboration with Russia during the presidential electoral campaign?

Keywords: globalisation and regionalisation, internationalism, glocalisation, anti-globalism, strategic trade, protectionism and isolationism, impeachment, national economic emergency, electoral democracy and populist democracy, recession

HANDEL GLOBALNY CZY STRATEGICZNY? KILKA REFLEKSJI NAD STYLEM PROWADZENIA POLITYKI WEWNĘTRZNEJ I ZAGRANICZNEJ PRZEZ PREZYDENTA DONALDA TRUMPA

Streszczenie

Artykuł nawiązuje do głównych tez będącego w druku (Wydawnictwo C.H. Beck) IV wydania *Handlu międzynarodowego*, autorstwa R.R. Ludwikowskiego. Książka ta jest podręcznikiem, który ze względu na jego dydaktyczny charakter aktualizuje jedynie informacje o regulacjach globalnego i regionalnego międzynarodowego obrotu gospodarczego. Przygotowanie do druku niniejszego artykułu wynika z refleksji komentatora obserwującego transformacje priorytetów Stanów Zjednoczonych za prezydentury Donalda Trumpa. Obserwator polityki handlowej musi się zastanowić, czy mamy do czynienia z „nową erą” w handlu międzynarodowym. Odpowiedź na to pytanie – twierdząca lub przecząca – jest sprawą umowną, niemniej skłonność prezydenta Trumpa, a więc sternika polityki najważniejszego partnera międzynarodowych stosunków handlowych, do trywializacji możliwości „wojen handlowych” i do podkreślania, że interesy ekonomiczne Ameryki mają pierwszoplanowe znaczenie, jest niepodważalna i uzasadnia postawienie kolejnych, bardziej szczegółowych pytań: Do jakiego stopnia handel strategiczny, prowadzony z perspektywy korzyści jednego kraju, zastępuje handel globalny? Czy prezydent Trump jest przede wszystkim biznesmem czy strategiem politycznym? Czy dyskutowana przez ekspertów od prawa amerykańskiego możliwość impeachmentu lub nawet przedstawienia kryminalnych zarzutów urzędującemu prezydentowi jest realna, czy też jest jedynie częścią kolorytu politycznej sceny Stanów Zjednoczonych? Jakie są perspektywy reelekcji prezydenta, którego doradca prawny, Michael Cohen, zostaje skazany na trzy lata pozbawienia wolności, a wielu kolejnych współpracowników czeka na wyniki śledztwa prowadzonego w sprawie kolaboracji z Rosją w trakcie prezydenckiej kampanii wyborczej?

Słowa kluczowe: globalizacja i regionalizacja, internacjonalizm, glocalizacja, antyglobalizm, handel strategiczny, protekcjonizm i izolacjonizm, impeachment, stan wyższej konieczności gospodarczej, demokracja elektorska i demokracja populistyczna, recesja

COMERCIO GLOBAL O ESTRATÉGICO – UNAS REFLEXIONES SOBRE LA FORMA DE LLEVAR LA POLÍTICA INTERIOR Y EXTERIOR DEL PRESIDENTE DONALD TRUMP

Resumen

El artículo hace referencia a tesis principales de la IV edición del “Comercio Internacional” que actualmente está en imprenta en la editorial C.H. Beck, escrito por el presente autor. El libro mencionado es un manual que, debido a su carácter didáctico, únicamente actualiza la información sobre regulación global y regional de tráfico económico internacional. La elaboración del presente artículo resulta de la reflexión del comentador que observa la transformación de prioridades de los Estados Unidos durante la presidencia de Donald Trump. El observador de la política comercial ha de pensar si estamos ante la “nueva era” en el comercio internacional. La respuesta a esta pregunta – tanto positiva como negativa – es una cuestión convencional, sin embargo la inclinación del Presidente Donald Trump, el piloto de la política del socio más importante de relaciones mercantiles internacionales a trivializar la posibilidad de “guerras comerciales” y a subrayar que los intereses económicos de América tienen importancia primordial es indiscutible y da pie a más preguntas detalladas. ¿Hasta qué punto el comercio estratégico, llevado desde la perspectiva de beneficio de un país sustituye el comercio global? ¿Será el presidente Trump sobre todo el hombre de negocios o estrategia político? ¿Es real la posibilidad de impeachment debatida por expertos de derecho americano o incluso la posibilidad de imputarle al presidente actual la comisión de delitos o bien sólo forma parte de la escena política colorida de los Estados Unidos? ¿Cuáles son las perspectivas de reelección del presidente, cuyo asesor legal Michael Cohen está condenado a la pena de 3 años de privación de libertad y numerosos sus colaboradores están esperando a los resultados de investigación sobre la colaboración con Rusia durante la campaña presidencial electoral?

Palabras claves: globalización y regionalización, glocalización, antiglobalización, comercio estratégico, proteccionismo y aislacionismo, impeachment, estado de necesidad económico, democracia electoral y democracia populista, recesión

ГЛОБАЛЬНАЯ ИЛИ СТРАТЕГИЧЕСКАЯ ТОРГОВЛЯ: НЕСКОЛЬКО ЗАМЕЧАНИЙ О СТИЛЕ ПРОВЕДЕНИЯ ВНУТРЕННЕЙ И ВНЕШНЕЙ ПОЛИТИКИ ПРЕЗИДЕНТОМ ДОНАЛЬДОМ ТРАМПОМ

Резюме

В статье нашли отражение основные тезисы учебника *Handel międzynarodowy* [Международная торговля] того же авторства, четвертое издание которого готовится к печати в издательстве С.Н. Веck. В силу дидактического характера указанной книги в очередном ее издании обновлена только информация, касающаяся регулирования международного торгового обмена на глобальном и региональном уровнях. Данная статья стала результатом размышлений автора, возникших в ходе наблюдения за трансформацией приоритетов США под руководством президента Дональда Трампа. Наблюдатель, интересующийся внешнеторговой политикой, не может не задуматься,

имеем ли мы здесь дело с «новой эрой» в международной торговле? Конечно, как положительный, так и отрицательный ответ на этот вопрос носил бы довольно условный характер. Тем не менее, нельзя отрицать, что президент Трамп, который определяет политику одного из основных участников международного торгового обмена, имеет склонность часто прибегать к «торговым войнам». Он постоянно подчеркивает, что первостепенное значение должны иметь экономические интересы Америки. В этой связи возникает ряд более конкретных вопросов. В какой степени стратегическая торговля, проводимая с точки зрения выгоды одной страны, занимает место глобальной торговли? Является ли президент Трамп, главным образом, бизнесменом или политическим стратегом? Является ли реальной обсуждаемая экспертами по американскому праву возможность импичмента действующего президента или даже предъявление ему уголовных обвинений, или же это всего лишь колоритный элемент американской политической сцены? Каковы перспективы переизбрания президента, юридический советник которого, Майкл Коэн, приговорен к трем годам лишения свободы, а ряд других его сотрудников ожидает результатов расследования по делу сговора с Россией в ходе президентской избирательной кампании?

Ключевые слова: глобализация и регионализация, интернационализм, глокализация, антиглобализм, стратегическая торговля, протекционизм и изоляционизм, импичмент, экономическая необходимость, электоральная и популистская демократия, экономический спад

GLOBALER ODER STRATEGISCHER HANDEL – EINIGE ÜBERLEGUNGEN ZUM STIL DER GESTALTUNG DER INNEN- UND AUSSENPOLITIK DURCH US-PRÄSIDENT DONALD TRUMP

Zusammenfassung

Der Artikel nimmt auf die wichtigsten These der im Druck befindlichen, bei C.H. Beck erscheinenden 4. Auflage von *Handel międzynarodowy* [Internationaler Handel] des Autors dieses Artikels Bezug. Das genannte Buch ist ein Lehrbuch, das aufgrund seines didaktischen Charakters Informationen zu den Regelungen für den globalen und regionalen internationalen Wirtschaftskreislauf lediglich aktualisiert. Die Druckvorlage dieses Artikels folgt den Reflexionen eines Kommentators, der die Verschiebung bei den US-Prioritäten unter der Präsidentschaft von Donald Trump beobachtet. Jeder Beobachter der Handelspolitik muss sich die Frage stellen, ob wir es mit einer „neuen Ära“ des internationalen Handels zu tun haben? Über die Antwort auf diese Frage – bejahend oder verneinend – lässt sich ausgiebig diskutieren, doch ist die Neigung von Präsident Trump, d.h. des politischen Steuermanns des wichtigsten Partners in den internationalen Handelsbeziehungen, die Möglichkeiten von „Handelskriegen“ zu trivialisieren und zu betonen, dass die wirtschaftlichen Interessen Amerikas stets Vorrang haben, nicht zu bestreiten und rechtfertigt weitere tieferbohrende Fragen: Inwieweit ersetzt der aus Perspektive des Nutzens für ein bestimmtes Land betriebene strategische Handel den globalen Handel? Ist Präsident Trump in erster Linie Geschäftsmann oder eher politischer Strategie? Ist die von US-amerikanischen Rechtsexperten diskutierte Möglichkeit einer Amtsenthebung oder der strafrechtlichen Verfolgung des amtierenden Präsidenten als real zu betrachten oder gehört diese nur zum Kolorit der politischen Landschaft in den USA? Wie stellen sich die Aussichten für die Wiederwahl des Präsidenten dar, dessen Rechtsberater

Michael Cohen zu drei Jahren Haft verurteilt wurde und von dem mehrere weitere Mitarbeiter auf die Ergebnisse der Untersuchung zur Zusammenarbeit während des Präsidentschaftswahlkampfes mit Russland warten?

Schlüsselwörter: Globalisierung und Regionalisierung, Internationalismus, Glokalisierung, Antiglobalismus, strategischer Handel, Protektionismus und Abschottung, Amtsenthebung, wirtschaftlicher Notstand, Wahldemokratie und populistische Demokratie, Rezession

COMMERCE MONDIAL OU STRATÉGIQUE – QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LE STYLE DE POLITIQUE INTÉRIEURE ET ÉTRANGÈRE POURSUIVI PAR LE PRÉSIDENT DONALD TRUMP

Résumé

L'article fait référence aux thèses principales de la 4^{ème} édition de *Handel międzynarodowy* [Commerce international] de l'auteur de cet article en cours d'impression par C.H. Beck. Le livre est un manuel qui, en raison de sa nature didactique, ne fait que mettre à jour les informations sur les réglementations en matière de chiffre d'affaires économique international mondial et régional. La préparation de cet article pour impression résulte de la réflexion d'un commentateur observant la transformation des priorités des États-Unis sous la présidence de Donald Trump. Un observateur de la politique commerciale doit déterminer s'il s'agit d'une « nouvelle ère » dans le commerce international. La réponse à cette question – affirmative ou négative – est arbitraire, mais l'inclination du président Trump, un dirigeant de la politique du principal partenaire des relations commerciales internationales, à banaliser les possibilités de « guerres commerciales » et à souligner que les intérêts économiques de l'Amérique sont d'une importance primordiale est incontestable et justifie de poser des questions plus spécifiques: Dans quelle mesure le commerce stratégique, conduit du point de vue des avantages d'un pays, remplace-t-il le commerce mondial? Le président Trump est-il avant tout un homme d'affaires ou un stratège politique? La possibilité de mise en accusation ou même de poursuites pénales contre le président en exercice discutée par des experts du droit américain est-elle réelle ou s'agit-il simplement de la couleur de la scène politique américaine? Quelles sont les perspectives de réélection du président, dont le conseiller juridique, Michael Cohen, est condamné à trois ans d'emprisonnement et plusieurs autres collaborateurs attendent les résultats de l'enquête sur la collaboration avec la Russie pendant la campagne pour l'élection présidentielle?

Mots-clés : mondialisation et régionalisation, internationalisme, glocalisation, anti-mondialisation, commerce stratégique, protectionnisme et isolationnisme, impeachment, condition économique de nécessité supérieure, démocratie électorale et démocratie populiste, récession

COMMERCIO GLOBALE O STRATEGICO: ALCUNE RIFLESSIONI SULLO STILE DI CONDUZIONE DELLA POLITICA INTERNA ED ESTERA DA PARTE DEL PRESIDENTE DONALD TRUMP

Sintesi

L'articolo fa riferimento alle tesi principali della IV Edizione di *Handel międzynarodowy* [Commercio Internazionale] in corso di stampa da parte di C.H. Beck, dell'autore del presente articolo. Il libro richiamato è un manuale, che a motivo del suo carattere didattico, aggiorna solamente le informazioni sulle regolamentazioni del commercio internazionale globale e regionale. La preparazione alla stampa del presente articolo deriva dalla riflessione del commentatore che osserva le trasformazioni delle priorità degli Stati Uniti durante la presidenza di Donald Trump. L'osservatore della politica commerciale deve domandarsi, se abbiamo a che fare con una "nuova era" nel commercio internazionale. La risposta a questa domanda, affermativa o negativa, è una questione di convenzione, tuttavia la tendenza del presidente Trump, e quindi del timoniere della politica del più importante partner dei rapporti commerciali internazionali, a banalizzare la possibilità di "guerre commerciali" e a sottolineare che gli interessi economici dell'America hanno un'importanza di primo piano è indiscutibile e giustifica il porsi successive domande, più dettagliate. Fino a che grado il commercio strategico, condotto con la prospettiva dei vantaggi per un unico paese, sostituirà il commercio globale? Il presidente Trump è soprattutto un uomo d'affari o uno stratega politico? La possibilità di impeachment o addirittura di accuse penali al presidente in carica, discussa dagli esperti di diritto americano, è reale o costituisce solamente parte del folklore della scena politica degli Stati Uniti? Quali sono le prospettive di rielezione del presidente, il cui consulente legale, Michael Cohen, è stato condannato a 3 anni di reclusione e una serie di altri collaboratori attendono i risultati di un'indagine condotta sulla questione della collaborazione con la Russia durante la campagna elettorale presidenziale?

Parole chiave: globalizzazione e regionalizzazione, internazionalismo, glocalizzazione, anti-globalizzazione, commercio strategico, protezionismo e isolazionismo, impeachment, stato di necessità economica, democrazia elettorale e populismo, recessione

Cytuj jako: Ludwikowski R.R., Global or strategic trade? Some observations on President Donald Trump's style of making domestic and foreign policy [Handel globalny czy strategiczny? Kilka refleksji nad stylem prowadzenia polityki wewnętrznej i zagranicznej przez prezydenta Donalda Trumpa], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 145–173. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.47/r.r.ludwikowski

Cite as: Ludwikowski, R.R. (2019). 'Global or strategic trade? Some observations on President Donald Trump's style of making domestic and foreign policy'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 145–173. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.47/r.r.ludwikowski

ROLA KULTURY PRAWNEJ W KSZTAŁTOWANIU STANDARDÓW ETYKI ZAWODOWEJ SĘDZIEGO

MARCIN KRYŃSKI*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.48/m.krynski

WPROWADZENIE – DYLEMATY DEFINICYJNE

Prawo jest jednym z najważniejszych elementów kultury¹ – to bowiem jej wytwór, a także potężnym czynnikiem kulturotwórczym. Prawo i kultura są ze sobą powiązane i oddziałują na siebie wzajemnie na wiele różnych sposobów. Powiązania prawa i kultury analizowane są zazwyczaj na dwa sposoby – albo rozpatruje się wyłącznie pojęcie tzw. kultury prawnej, albo zestawia się ze sobą pojęcia prawa i kultury w celu wskazania zależności zachodzących między tymi pojęciami². Ta dwoistość refleksji nad pojęciem prawa i kultury wynika poniekąd stąd, że niezwykle trudno jest dokonać objaśnienia samego pojęcia kultury jako takiej. Ten stan rzeczy w dobitny sposób uwidacznia stwierdzenie socjologa niemieckiego Johanna Hardera, który w przedmowie do *Myśli o filozofii dziejów* pisał: „Nie ma nic bardziej nieokreślonego niż słowo kultura”³.

Kultura w swym pierwotnym łacińskim rozumieniu oznacza: „«uprawę» polegającą na przekształcaniu naturalnego bytu przyrody i człowieka w stan praktycznie użyteczny, a moralnie i intelektualnie pozytywny”⁴. Początkowo pojęcie to odno-

* Mgr prawa, doktorant na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku; e-mail: marcin-krynski2@wp.pl; ORCID: 0000-0002-6610-3673

¹ Cyt. za: K. Pałeczki, *O pojęciu kultury prawnej*, „Studia Socjologiczne” 1972, nr 2, s. 205.

² O. Kucharski, *Koncepcje kultury prawnej w naukach prawnych*, „Disputationes Ethicae. Etyka a Prawo – Etyka działania” 2007, nr 3, s. 71.

³ Cyt. za: A. Kłoskowska, *Socjologia kultury*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007, s. 19.

⁴ A. Kłoskowska, *Kultura. Zagadnienia istoty kultury. Kultura a natura*, w: W. Kwaśniewicz (red.), *Encyklopedia Socjologii*, t. 2 lit. K–N, Oficyna Naukowa, Warszawa 1999, s. 100.

siło się więc do uprawy roli, lecz w niedługim czasie zaczęło być wykorzystywane w sensie metaforycznym także do innych dziedzin – np. Cyceon pisał o „kulturze duszy”⁵. W znaczeniu potocznym przez kulturę rozumie się pewne wybrane dziedziny, takie jak: literatura, plastyka, muzyka, teatr, kino. Termin ten nie odnosi się z kolei do religii, nauki czy techniki. W innym sensie przez kulturę rozumie się dziedzinę obyczajów – np. kulturalne zachowanie się przy stole, kulturę pracy, kulturę współżycia⁶.

Współcześnie przyjmuje się nawet, że termin „kultura” nie posiada jednej spójnej i akceptowalnej powszechnie definicji. Ta niepewność sprzyja powstawaniu wielu prac, w których autorzy podjęli się zdefiniowania tego zawilego pojęcia. Jedną z najbardziej znanych jest praca Alfreda Kroebera i Clyde’a Kluckhohna. Jej autorzy zdecydowali się na zbiorcze zestawienie ponad 200 definicji kultury zawartych w pracach antropologicznych, dysertacjach z dziedziny innych nauk społecznych i humanistycznych. Próba ustalenia jednej spójnej definicji spowodowała, że wyszczególniono sześć aspektów na podstawie których definiuje się kulturę, a są nimi: ujęcie opisowo-wyliczające, historyczne, normatywne, psychologiczne, strukturalne i genetyczne⁷. Zgodnie z tym wzorcem najpełniejsze polskie opracowanie definicji kultury przedstawiła Antonina Kłoskowska w książce *Socjologia kultury*⁸.

Ogólnie rzecz ujmując, można stwierdzić, iż definicje socjologiczne łączą kilka elementów i uznają, że kultura jest cechą społeczeństwa, a nie jednostki. Stąd też kształtuje życie społeczne i nadaje mu odpowiednią strukturę. Kulturą jest wszystko, czego uczy się człowiek w trakcie życia społecznego i co jest przekazywane poprzez pokolenia. Zdaniem Ralpa Lintona, kultura jest „społecznym dziedzictwem członków społeczeństwa”⁹. Natomiast Norman Goodman i Gary T. Marx nazwali kulturę „świadomym, społecznie przekazywanym dziedzictwem wytworów, wiedzy, wartości i oczekiwań normatywnych, które to dziedzictwo pomaga członkom danego społeczeństwa radzić sobie z pojawiającymi się problemami”¹⁰.

Marshall Sahlins pisał, że kulturą są schematy znaczeń, będące własnym ludzkim wytworem. Cechą człowieka żyjącego w materialnym świecie dzielnym z innymi organizmami, jest to swoiste podporządkowanie sposobu życia tym właśnie schematom¹¹.

W socjologii występuje też pogląd, że: „kultura wywodzi się z natury w wymiarze filogenetycznym. (...) Jednakże w wymiarze ontogenetycznym, w rozwoju praktycz-

⁵ J. Szacki, *Kultura*, w: J. Wojnowski (red.), *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 15, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, s. 181.

⁶ Ibidem.

⁷ M. Borucka-Arctowa, *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej i społecznej o kulturze*, „Studia Prawnicze” 2002, z. 1 (151), s. 5.

⁸ A. Kłoskowska, *Socjologia kultury*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.

⁹ R. Linton, *Kulturowe podstawy osobowości*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1975, s. 67.

¹⁰ Cyt. za: N. Goodman, *Wstęp do socjologii*, tł. J. Polak, J. Ruszkowski, U. Zielińska, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 1997, s. 37.

¹¹ A. Kłoskowska, *Kultura. Zagadnienia istoty kultury*. *Kultura a natura*, w: W. Kwaśniewicz (red.), *Encyklopedia Socjologii*, t. 2 lit. K–N..., op. cit., s. 100.

nie dostępnych empirycznemu badaniu ludzkich jednostek, kultura nie może być wyprowadzona wprost z natury¹². Stanowi to tyle, że w jakimś sensie kultura wywodzi się, pochodzi z natury. Nie oznacza to jednak, że wykształciła się ona wyłącznie w wyniku przemian zachodzących w naturze. W związku z tym kultura jest czymś w rodzaju jednej z pochodnych natury, ale się od niej wprost nie wywodzi¹³.

Z kolei Edward B. Tylor uważa, że: „Kultura lub cywilizacja to złożona całość obejmująca wiedzę, wierzenia, sztukę, prawo, moralność, obyczaje i wszystkie inne zdolności i nawyki nabyte przez człowieka jako członka społeczeństwa”¹⁴.

Ponieważ definicja kultury w rozumieniu Tylora obejmuje wiele różnych obszarów ludzkiej aktywności, łącznie z prawem i moralnością, z tego powodu stanowi będzie ona podstawę dalszych rozważań dotyczących kultury i prawa, a także kultury prawnej.

Definicja kultury prawnej, podobnie jak pojęcie kultury także następują trudności definicyjne. Do prawoznawstwa definicję kultury prawnej¹⁵ wprowadził Bronisław Wróblewski¹⁶. Określił on, że kultura prawna to: „aktualizowanie lub urzeczywistnianie w zachowaniu się wartości prawnych, sprawiedliwościowych oraz słusznościowych i pożytkowych, w postaci stosowanej do poprzednich”¹⁷.

Natomiast w latach sześćdziesiątych, choć często posługiwano się terminem „kultury prawnej”, to jednak nie podejmowano się określenia znaczenia tego pojęcia, tylko używano go w znaczeniu intuicyjnym, przyjmując, że jest to: przestrzeganie prawa, ocena prawa, świadomość prawna, postawy związane ze stosowaniem i tworzeniem prawa czy też praworządność¹⁸.

Obecnie nierzadko jako synonimu „kultury prawnej” używa się „świadomości prawnej”. Pojęcia te nie są jednak jednoznaczne znaczeniowo i niejednokrotnie nie dokonuje się ich świadomego rozgraniczenia¹⁹. Stąd też istnieje co najmniej kilka definicji „kultury prawnej”.

Koncepcje kultury prawnej w nauce polskiej dzieli się na cztery zasadnicze grupy:

- socjologiczno-prawne (B. Boruckiej-Arctowej, A. Gryniuka, K. Pałeckiego),
- historyczno-prawne (S. Russockiego, i S. Grodzkiego),
- komparatystyczno-prawne (R. Tokarczyka),
- filozoficzno-prawne (W. Gromskiego)²⁰.

Według Marii Boruckiej-Arctowej najbardziej „niepodważalną i użyteczną” dla określenia definicji kultury prawnej jest normatywna koncepcja kultury, wywodząca się z badań antropologicznych. Przy czym przez kulturę Autorka rozumie:

¹² Ibidem, s. 101.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Cyt. za: A. Kłosowska, *Socjologia kultury...*, op. cit., s. 22.

¹⁵ Ściśle: B. Wróblewski używa pojęcia „kultura prawnicza”. Jest to zapewne związane z kształtowaniem się terminu „kultura prawna”.

¹⁶ Cyt. za: O. Kucharski, *Koncepcje kultury prawnej...*, op. cit., s. 72.

¹⁷ B. Wróblewski, *Studia z dziedziny prawa i etyki*, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1934, s. 423; Cyt. za: O. Kucharski, *Koncepcje kultury prawnej...*, op. cit., s. 72.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ M. Borucka-Arctowa, *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej...*, op. cit., s. 6.

²⁰ O. Kucharski, *Koncepcje kultury prawnej...*, op. cit., s. 74.

„całokształt normatywnych wzorów postępowania, społecznie akceptowanych, wyuczonych i przekazywanych z pokolenia na pokolenie za pomocą symboli znaczeniowych”. Na tej podstawie, bazując na autorskich badaniach M. Boruckiej-Arctowej, można zdefiniować kulturę prawną jako:

całokształt normatywnych wzorów zachowania i wartości związanych z tymi normami, społecznie zaakceptowanych, wyuczonych (czy też raczej przyjętych w drodze interakcji i wzajemnych kontaktów między osobami i grupami osób), przekazywanych za pomocą symboli znaczeniowych bądź w obrębie jednego pokolenia (diachronicznie), bądź z pokolenia na pokolenie (synchronicznie), a więc gdy przekazywanie to ma cechy trwałości²¹.

Natomiast Krzysztof Pałęcki proponuje, aby w najbardziej ogólnym ujęciu nazwać „kulturą prawną zespół społecznie dokonywanych działań symbolicznych realizujących zawarte w prawie wzory działań symbolicznych”²². Równocześnie Autor ten, co zasługuje na szczególne podkreślenie, dokonał systematycznego uporządkowania używanych określeń „kultura prawna”. Wyróżnił:

1. rozumienie kultury prawnej jako miernika przestrzegania prawa (z pewną odmianą używania tego pojęcia jako miernika popularności postawy legalistycznej w danym społeczeństwie),
2. rozumienie kultury prawnej jako miernika stopnia internalizacji norm prawnych,
3. rozumienie kultury prawnej jako miernika wiedzy o prawie,
4. rozumienie kultury prawnej jako miernika poziomu świadomości prawnej,
5. rozumienie kultury prawnej jako miernika zachowania ciągłości historycznej prawa²³.

K. Pałęcki wskazuje przy tym, że pojęcia „kultura prawna” używa się także dla scharakteryzowania działalności osób profesjonalnie zajmujących się prawem, co ma istotne znaczenie dla prowadzonych rozważań. Używając pojęcia „kultura prawna” w odniesieniu do działalności osób profesjonalnie zajmujących się prawem, można wyróżnić co najmniej dwa sposoby rozumienia tego pojęcia:

- a) kultura prawna jako miernik praworządności – w tym znaczeniu mówi się o kulturze prawnej, gdy organy stosujące prawo kierują się w swoim postępowaniu w sposób ścisły postanowieniami prawa i unikają takiej manipulacji przepisami, która klóciłaby się z założeniami leżącymi u podstaw tego prawa; b) kultura prawna jako miernik sprawności funkcjonowania organów stosujących prawo – w tym znaczeniu mówi się o kulturze prawnej wówczas, gdy proces stosowania prawa przebiega szybko i gdy prowadzi niezawodnie do efektów prawnie pożądaných²⁴.

Należy dodać, że K. Pałęcki wyróżnia także pojęcie „kultury prawniczej”. Zdaniem Autora o kulturze prawniczej mówi się w odniesieniu do całego społeczeństwa, tj. o prawnych działaniach symbolicznych realizowanych przez całe społeczeń-

²¹ M. Borucka-Arctowa, *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej...*, op. cit., s. 15; O. Kucharski, *Koncepcje kultury prawnej...*, op. cit., s. 74–75.

²² K. Pałęcki, *O użyteczności pojęcia kultura prawna*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2, s. 70.

²³ Ibidem, s. 72.

²⁴ Ibidem, s. 73.

stwo (chodzi o prawne działania symboliczne realizowane w różnych konkretnych sytuacjach przez różnych członków społeczeństwa). W tym kontekście szczególne znaczenie ma wiedza o kulturze prawnej tych członków społeczeństwa, którzy profesjonalnie stosują prawo. K. Pałęcki tę grupę ludzi określa prawnikami, przez co rozumie wszystkie osoby zawodowo stosujące prawo. W związku z tym określa kulturę prawniczą jako „ogół prawnych działań symbolicznych dokonywanych przez prawników w ramach ich działalności zawodowej w określonym przeciągu czasu”²⁵.

Tak określona kultura prawnicza, zdaniem K. Pałęckiego, jest „integralną częścią społecznej kultury prawnej i jej wyróżnienie jest wyłącznie zabiegiem metodologicznym, ułatwiającym prowadzenie odpowiednich badań”²⁶.

W zasadzie można uznać, że między kulturą prawną a kulturą prawniczą nie ma różnicy rzeczowej, ale występuje raczej różnica zakresu. Według S. Tochowicza w wypadku kultury prawnej:

mamy do czynienia z ogółem prawnych działań symbolicznych, realizowanych przez całą populację podlegającą określonej regulacji prawnej. Natomiast [w kulturze prawniczej – przyp. M.K.] z takimi prawami, działaniami symbolicznymi, które dokonywane są przez prawników. Jednak owi prawnicy potraktowani zostali nader szeroko²⁷.

Ponadto pojęcia „kultura prawna” używa się także dla scharakteryzowania działalności osób zajmujących się profesjonalnie prawem.

Natomiast historyczno-prawne ujęcie kultury prawnej zaproponowali Stanisław Russocki i Stanisław Grodziski.

Jak twierdzi Anna Rosner, Stanisław Russocki dociekał „czy i w jakim stopniu (...) odrębność polityczno-ustrojowa [znajduje – przyp. M.K.] swe odbicie w stosunkach i normach prawnych”²⁸. Z tego powodu swoje przemyślenia teoretyczne Russocki o kulturze prawnej weryfikował i egzemplifikował instytucjami prawnymi i ich społecznym odbiorem na Mazowszu – uważał je za region specyficzny, który „zachował w swym ustroju wiele elementów charakterystycznych dla okresu rozdrobnienia feudalnego”²⁹. To zainteresowanie Russockiego historią prawa i historią społeczną stało się podstawą sformułowania definicji kultury prawnej rozumianej jako:

zespół splecionych ze sobą postaw i zachowań – tak indywidualnych, jak i zbiorowych – a także ich rezultatów wobec prawa, czyli powinności, reguł, norm narzucanych, wyposażonych w stosowną sankcję i systematycznie egzekwowanych przez właściwy danej społeczności autorytet, a wynikających z podzielanego przez tę zbiorowość systemu wartości, rzeczony zespół postaw, zachowań i ich rezultatów, podzielany, przyswajany, a także przekazywany innym pod postacią wzorów, służy zarazem w sposób obiektywny i symboliczny do przekształcania zbiorowości ludzkich w odrębną, świadomą tego stanu rzeczy społeczność³⁰.

²⁵ Ibidem, s. 73–74.

²⁶ Ibidem, s. 74.

²⁷ S. Tochowicz, *Kultura prawna oraz kultura prawnicza jako elementy działań nauczyciela*, „Studia Pedagogiczne” 1985, nr 13, s. 186.

²⁸ A. Rosner, *Profesor Stanisław Russocki (1930–2002)*, „Rocznik Mazowiecki” 2003, nr 15, s. 164.

²⁹ Ibidem.

³⁰ S. Russocki, *Wokół pojęcia kultury prawnej*, „Przegląd Humanistyczny” 1986, nr 11/12, s. 16.

Najbardziej popularną jest definicja „kultury prawnej” zaproponowana przez Stanisława Grodziskiego. Według niego „kulturę prawną” można zdefiniować jako: „przejawiające się w społeczeństwie, indywidualne i zbiorowe postawy wobec prawa, zarówno w rozumieniu egzekwującego sprawiedliwość aparatu, jego instytucji jak i konkretnych norm prawnych wyznaczających owe granice stref wolności i zakazu”³¹. Badacze zorientowani na ten typ refleksji moralnej w prawie uznają, iż w kulturze prawnej zawiera się pojęcie etyki zawodowej³². Oczywiście nasuwa się w tym miejscu wniosek, że taka wizja kultury prawnej oraz etyka prawnicza rozumiana jako etyka zawodowa prawników uzupełniają się. Relacja ta polega między innymi na tym, że dzięki stosowaniu zasady moralnej odpowiedzialności prawników za prawo, a więc i kulturę prawną, oraz dzięki „przyjęciu postawy realizującej tę zasadę możliwe jest zarówno samoograniczenie dominujących w tej kulturze prawników, jak i uzyskanie przez nich zaufania społecznego będącego formą legitymizacji ich działań lub po prostu tę legitymizację zastępującego”³³.

Natomiast koncepcję kultury prawnej Romana Tokarczyka klasyfikuje się w kategorii komparatystyczno-prawnego ujęcia tego zagadnienia, ponieważ kulturę prawną interpretuje w kontekście wielorakich związków z religią – moralnością – prawem i związku te przyjmuje za podstawowe kryterium wyodrębniania kultur prawnych świata³⁴. Stąd też kultura prawna poprzez:

wprowadzenie prawa do świata kultury, czyli tego wszystkiego co stworzył człowiek, w odróżnieniu od tego, co stworzyła sama natura skłaniać musi do posługiwania się dużymi osiągnięciami filozofii kultury i nauk o kulturze do opisywania i oceniania makro-jednostek prawa³⁵.

Z kolei W. Gromski skonstruował swoją filozoficzno-prawną koncepcję kultury prawnej na podstawie dokonań J. Kmity. W. Gromski stoi na stanowisku, że jedną z funkcji kultury prawnej jest autonomia prawa, która wyznacza aksjologiczne granice aktów instrumentalności prawa oraz kształtuje niektóre warunki jego skuteczności³⁶.

Zdaniem Autora w pewnym sensie można posługiwać się terminem „kultura prawna” dla wyjaśnienia granic i skuteczności instrumentalnego charakteru prawa. Należy jednak czynić to ostrożnie, ze względu na fakt, że kultura prawna „nabiera określonego charakteru ideologicznego”. Dynamika europejskiej kultury prawnej zdeterminowana jest potrzebami społeczeństwa postindustrialnego, które nie przejawia jednorodnych przekonań normatywnych i dyrektywalnych. Przekonania te

³¹ S. Grodziski, *Z dziejów staropolskie kultury prawnej*, Universitas, Kraków 2004, s. 10.

³² A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 64–72.

³³ P. Skuczynski, *Status etyki prawniczej*, LexisNexis, Warszawa 2010, s. 262 i n.

³⁴ R. Tokarczyk, *Zmiany tradycji i postępu w prawie*, „Teki Komisji Prawniczej” 2008, t. I, PAN, Warszawa 2008, s. 193.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ M. Smolak, *Jak prawo łączy się ze światem. Uwagi na marginesie książki W. Gromskiego Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, r. LXIII, z. 3, Poznań, s. 191.

tworzą daną kulturę prawną. Kultura prawna nabiera charakteru konserwatywnego, a nawet zachowawczego. Uważa się nawet, że jednym z warunków skrajnej autonomiczności prawa jest odrzucenie norm wynikających z danej kultury prawnej, którą traktuje się wówczas jako pozytywistyczną i opresyjną z natury³⁷.

W. Gromski przyjął, że „instrumentalny charakter prawa «z natury» wyznaczony przez jego użycie implikuje analizę jego charakteru z punktu widzenia teorii aktów mowy, intencji i woli użytkownika prawa”. W jej wyniku powstaje problem, w jaki sposób w aktach mowy dochodzi do wyłonienia powszechnie obowiązujących kategorii pojęciowych i sposobów rozumienia wspólnych dla wszystkich „użytkowników” prawa. Należy zastanowić się, jaki element stanowi pomost pomiędzy prawem a jego użyciem. Okazało się, że jest nim właśnie europejska kultura prawna ujęta w sposób normatywny³⁸.

Kulturę prawną danej społeczności można analizować z punktu widzenia zewnętrznego i wewnętrznego. Zewnętrzny punkt widzenia dotyczy występowania obserwowanych prawidłowości, rządzących zachowaniami [społeczeństw] będących oznaką reguł danej kultury prawnej. Natomiast wewnętrzny punkt widzenia opiera się na wolicjonalnym i poznawczym elemencie umożliwiającym zidentyfikowanie reguł danej kultury prawnej. Jest to zatem podejście refleksyjne i krytyczne z punktu widzenia reguł charakterystycznych dla danej kultury prawnej. Przejawy danej kultury prawnej mogą być postrzegane także bezrefleksyjnie jako uzewnętrznienie określonych zachowań, stanów rzeczy, albo też zdarzeń niezależnych od ludzkiej woli i poznania. Genezą tych zachowań mogą więc być obyczaj, przyzwyczajenie. Z tego względu pojęcie kultury prawnej bywa postrzegane jako konserwatywne, ponieważ: „prawo, jego tworzenie, i stosowanie traktowane jest jako praktyka lokalna dokonywana przez małe społeczności i przez to przeczy istnieniu kultury prawnej jako zespołu idei, wartości i przekonań, czy też dyrektyw postępowania danej wspólnoty politycznej”³⁹.

Paweł Skuczyński natomiast uważa, że jeśli refleksyjność i założenie o moralnej odpowiedzialności są cechami samych instytucji współczesnego świata, a kultura, która w ich ramach powstaje musi tę refleksyjność umożliwiać i odpowiedzialność tę realizować, to znaczy, że etyka powinna opierać się na krytycznym namyśle nad własnymi działaniami zawodowymi w relacji do całej kultury prawnej. Zdaniem Skuczyńskiego zatem:

Etyka ta musi zobowiązywać do spojrzenia na te działania i kulturę prawną jakby z zewnątrz – „jakby”, ponieważ w omawianym ujęciu podmiot nie może się uwolnić od swojego społeczeństwa. Takie quasi-zewnętrzne spojrzenie możliwe jest dzięki typowym dla etyki zawodowej procedurom, takim jak dystans ról⁴⁰.

³⁷ Ibidem, s. 194.

³⁸ Ibidem, s. 195–196.

³⁹ Ibidem, s. 196.

⁴⁰ P. Skuczyński, *Jakiej etyki potrzebuje sprofesjonalizowana kultura prawna?* Ten referat został wygłoszony pod tytułem: *Jakiej etyki potrzebuje juryscentryzm?* podczas konferencji „Perspektywy juryscentryzmu” zorganizowanej przez Katedrę Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego, s. 101.

Dzięki nim jednostki mogą zrozumieć pełnione przez siebie w społeczeństwie role, w tym role zawodowe, oraz „uświadomić sobie, które elementy ich tożsamości są efektem działania w ramach określonych instytucji. (...) Można więc powiedzieć, że (...) rozwiązaniem jest etyka dystansu, to bowiem dystans umożliwia realizację zasady moralnej odpowiedzialności”⁴¹. Zobowiązuje ona jednostki do krytycznego podejścia do własnych ról zawodowych oraz dyskursów dotyczących tychże ról, w szczególności celów i wartości dla nich centralnych. „W dyskursach takich może zostać wypracowana wizja ulepszenia danej instytucji, a więc idea regulatywna, która jest elementem refleksyjności instytucji. Etyka odpowiedzialności jest etyką dystansu, ponieważ dystans do własnego działania umożliwia działanie odpowiedzialne”⁴².

ETYKA ZAWODOWA SĘDZIEGO

Częścią obszerniejszego przedmiotu etyki prawniczej jest etyka sędziego. Jako etyka zawodu sędziego dostosowuje ogólniejsze normy etyki prawniczej do bardziej szczegółowych sytuacji związanych z tym zawodem. Jej zadaniem jest wskazanie na sposób wykonywania zawodu sędziego, który można scharakteryzować jako dobry etycznie. Rolą etyki zawodu sędziego jest także skonfrontowanie właściwych moralnie metod wykonywania tego zawodu z zachowaniami, którym można przypisać przymiot złych etycznie, a zatem niemoralnych. Etyka sędziego w zamyśle ma przede wszystkim zapobiegać postępowaniu sędziego w sposób moralnie naganny, czyli nieetyczny. W społeczeństwie występuje również przekonaniem, zgodnie z którym w odniesieniu do sędziów możemy mówić o wyższym prestiżu, który im towarzyszy, w porównaniu do innych zawodów prawniczych. Jest to zapewne związane z przeświadczeniem, że zawód sędziego uchodzi za zwieńczenie zawodów prawniczych, a piastowanie tej funkcji stanowi ukoronowanie kariery prawniczej⁴³. Sędziowie, wypełniając odmienne funkcje niż inni prawnicy, „związani są normami moralnymi dostosowanymi do tych funkcji. Obcuja oni z normami etyki prawniczej na wiele sposobów: niekiedy normy te pokrywają się w całości lub częściowo z normami prawnymi albo normami etykiety, niekiedy zaś posiadają byt samodzielny”⁴⁴.

Można, więc stwierdzić, że etyka zawodowa sędziego określa, jak sędziowie powinni postępować i jak łączyć stosowanie wiedzy zawodowej z wartościami dobra moralnego, przy jednoczesnym odrzucaniu zła moralnego. Treści etyki zawodowej sędziego wyznacza rola społeczna przypisywana sędziom, w związku z którą oczekiwania społeczne wobec sędziego są szczególne, dotyczą bowiem jego samoodpowiedzialności moralnej, a gdy ta zawodzi, odpowiedzialności moralnej i prawnej. Aby ograniczyć sytuacje, w których samoodpowiedzialność moralna sędziego nie

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 115, 118.

⁴⁴ Ibidem, s. 115.

była zagrożona, stworzono kodyfikacje służące egzekwowaniu postaw moralnych zgodnych z etyką zawodową sędziego. Dokonało się to dopiero w początkach XX wieku, wówczas pojawiły się regulacje prawne odnoszące się do etyki sędziego w postaci zespołów norm moralnych⁴⁵.

ETYKA SĘDZIEGO I KULTURA PRAWNA

Zagadnienia etyki sędziego, jego podejścia do wykonywanego zawodu oraz kultury prawnej mającej ścisły związek z misją wykonywaną przez sędziów nabierają szczególnego znaczenia także współcześnie – do niedawna toczył się bowiem spór dotyczący regulacji obejmujących Trybunał Konstytucyjny. W wielu środowiskach pojawiały się różnorakie, często sprzeczne ze sobą argumenty. Przytoczyć tu można dwa całkowicie różne stanowiska dotyczące sumienia sędziego. Jedno – ówczesnego kandydata na Sędziego TK, który obecnie pełni już tę funkcję – prof. Zbigniewa Jędrzejewskiego, i drugie – ówczesnej pierwszej prezes TK prof. Małgorzaty Gersdorf. Profesor Zbigniew Jędrzejewski, odpowiadając na serię pytań o jego opinie w sprawie toczącego sporu, odparł: „Gdybym odpowiedział, pani ogłosiłaby, że jestem PiS-owskim kandydatem i będę orzekał tak czy inaczej; po co pani chce wykazać, że jestem niedobrym PiS-owcem?”⁴⁶. Chwilę później uzupełnił swoją wypowiedź o to, że będzie orzekał zgodnie z sumieniem, ważąc racje za i przeciw⁴⁷. Według prof. Jerzego Zajadło prof. Zbigniew Jędrzejewski zdystansował się, odwołując się jedynie do „bliżej nieokreślonych zakamarków swojego sumienia” i nie odpowiedział wprost⁴⁸. Z kolei prof. Małgorzata Gersdorf w jednym z listów do Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK napisała, że:

Chciałabym prosić wszystkich polskich sędziów, aby mieli odwagę. Dzisiaj nie są oni jedynie „ustami ustawodawcy” lecz – powiem to bez cienia patosu i przesady – depozytariuszami wartości polskiej demokracji, a przy tym piastunami władzy publicznej. (...) Niech zatem sądy występują z pytaniami prawnymi, kiedy widzą złe prawo (...). Warto przypomnieć myśli św. Tomasza z Akwinu, który przyznał, iż mogą być takie prawa, które „nie obowiązują w sumieniu”, a są w istocie bezprawne. Nie może bowiem być nic ważniejszego niż obecność po właściwej stronie: po stronie własnego prawnego sumienia⁴⁹.

Z pewnością stanowisko prof. Małgorzaty Gersdorf nie jest uchYLENIEM od zadanego pytania. Jest to apel mający jednoznaczny przekaz, w którym dobitnie zwrócono uwagę na niezwykle ważną zasadę odwołującą się do sumienia sędziego. Chodzi tu o regułę, iż przepisy, które w oczywisty sposób naruszają prawo naturalne i przyrodzone godności każdego człowieka, są niezgodne z sumieniem i zdrowym

⁴⁵ Ibidem, s. 119.

⁴⁶ Cyt. za: J. Zajadło, *Różne sumienia sędziego*, „Gazeta Wyborcza”, 26.04.2016, nr 97 (8704), s. 7.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

rozsądkiem sędziego stają się bezprawiem, którego sędzia pod żadnym pozorem nie powinien stosować.

Jak zauważył prof. Jerzy Zajadło: „w sumieniu sędziego nie chodzi o wierność własnym indywidualnym poglądom, chodzi o wierność wartościom leżącym u podstaw demokratycznego państwa prawa”⁵⁰.

ZASADY ETYKI ZAWODOWEJ SĘDZIEGO

Pomimo faktu że problematyka etyki sędziego i roli kultury prawnej wpływającej na tą etykę jest ciągle aktualna, to jednak przez wiele lat brakowało w Polsce spisanych regulacji dotyczących zasad etyki zawodowej sędziów. Samo zagadnienie ma w naszym kraju bogatą tradycję. Od dawna postulowano bowiem stworzenie zbioru kształtującego podstawowe zasady etyki sędziego, określano, czym miałby się on charakteryzować, a nawet przedstawiano pewne konkretne propozycje regulacji. Z całą pewnością jedną z pierwszych prób wskazania najważniejszych kanonów etyki sędziowskiej i nadania im normatywnego charakteru było przemówienie posła na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej w XVII lub XVIII wieku. Autor wypowiedzi, którego nazwisko nie zachowało się, w 17 kanonach zawarł zalecenia, które następnie rozwinął w uwagach szczegółowych. Często wykorzystywał do tego paremie łacińskie i refleksje prawników różnych pokoleń⁵¹.

Postulaty dotyczące opracowania zbioru zasad etyki zawodowej sędziów w formie uporządkowanych, skodyfikowanych regulacji zaczęły pojawiać się już w okresie międzywojennym. W 1938 roku zwracano uwagę, że „przed młodymi sędziami staje tyle naraz zagadnień i obowiązków, że za niezmiernie celowe uznać by należało danie do rąk tym ludziom czegoś w rodzaju «Kodeksu Etyki» obowiązującego w sądownictwie”⁵². Mimo zgłaszanych postulatów zarówno projekt *Kodeksu Postępowania Sądownictwa Polskiego*, jak i *Kodeksu Etyki Obowiązującej w Sądownictwie* nie stały się prawnie obowiązujące⁵³. W piśmiennictwie tego okresu zwracano również uwagę na rangę zawodu sędziego, który powinien być traktowany ze szczególną powagą i szacunkiem. Z tego powodu środowisko sędziowskie uznało, że również poza salą sądową sędzia winien zachować swoiste elementy ubioru świadczące o wykonywanym zawodzie, budzące należyty respekt także w sytuacjach prywatnych. Argumentując swoje stanowisko, sędziowie jako przykład podawali funkcjonariuszy innych służb państwowych, którzy posiadali mundury. Innym zagadnieniem, które u współczesnego czytelnika może wzbudzić zdziwienie, była poruszana kwestia niedostatecznej zniżki kolejowej dla członków tzw. magistratury sądowej⁵⁴.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ J.R. Kubiak, *Wokół idei kodeksu etyki zawodowej sędziów*, „Palestra” 1995, nr 39/3–4 (447–448), s. 78.

⁵² E. Merle, *Z dezyderatów sądowych. O etykę zawodową*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik Poświęcony Zagadnieniom Społeczno-Prawnym i Zawodowym” 1938, nr 12, s. 962–963.

⁵³ R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza...*, op. cit., s. 127.

⁵⁴ A. Stankiewicz, *Sądownicze troski*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik Poświęcony Zagadnieniom Społeczno-Prawnym i Zawodowym” 1938, nr 12, s. 964–965.

Godne podkreślenia jest, iż w dwudziestoleciu międzywojennym wyróżniono doniosłe wartości, którymi musi kierować się sędzia przy podejmowaniu orzeczeń. Szczególnie ważna jest zasada niezawisłości sędziowskiej. Niezawisłość sędziowska bowiem musi być wolna od wyjątków. Nie można więc być pod pewnym względem niezależnym, natomiast pod każdym innym – zależnym. W ówczesnym piśmiennictwie występuje pogląd, że niezawisłość sędziowska powinna obejmować nie tylko każdy poszczególny wyrok sędziego, lecz także całą jego pracę zawodową – a nawet całe jego życie. Niezawisłość sędziowska nie może być traktowana jako prawo sędziego, ponieważ jest to jeden z jego obowiązków, który nie może być uznawany za przywilej⁵⁵.

Natomiast w drugiej połowie XX wieku zwracano uwagę, że sędziowie i prokuratorzy jako przedstawiciele zawodów zaufania publicznego nie mają kodeksu etyki zawodowej⁵⁶. W toku publicznej debaty wyłonił się pogląd, że konieczna jest kodyfikacja etyki zawodowej wszystkich profesji, nie tylko zawodu sędziego; m.in. Roman Łyczywek stwierdził, że: „Nie widzę podziału między zawodami na te, które będą kształtowały własne systemy etyki zawodowej i na te, które tego nie będą czyniły. Będą to czyniły w miarę okrzepnięcia swej funkcji społecznej, wszystkie zawody”⁵⁷. Odmienne stanowisko w sprawie przeprowadzania kodyfikacji etyki poszczególnych zawodów prezentował Władysław Biegański. Twierdził, że: „pomysł skodyfikowania norm etycznych i nadania im znaczenia praw obowiązujących, pomysł wprowadzenia procedury prawnej do spraw etycznych nie może prowadzić do zamierzonego celu, mianowicie do podniesienia poziomu etyki zawodowej”⁵⁸.

Współcześnie samoregulacyjne, autonomiczne ujęcia etyki sędziego przeciwstawiane są opracowaniom regulacyjnym, heteronomicznym. Jako samoregulację można uznać m.in. unormowania pochodzące od Stowarzyszenia Sędziów Polskich „IUSTITIA”. Regulacyjne ujęcia etyki prawniczej pochodzą spoza środowiska sędziowskiego i zostały zawarte m.in. w Ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵⁹.

Stowarzyszenie Sędziów Polskich „IUSTITIA” swoje regulacje dotyczące etyki sędziego wyraziło, tworząc tzw. *Zbiór Zasad Postępowania Sędziów*. Zbiór ten składa się z rozbudowanej preambuły, po której następują trzy części: zasady ogólne postępowania sędziów, zasady pełnienia służby, zasady zachowania sędziego poza służbą. Jak stanowi preambuła, celem zbioru jest „ustanowienie kryteriów oceny zachowania się sędziów oraz norm etycznego ich postępowania”⁶⁰. Na podstawie sformułowanych Zasad Postępowania Sędziów wyróżniono główne cechy, którymi powinien charakteryzować się dobry sędzia. Spośród nich szczególnie ważne są:

⁵⁵ A. Bobkowski, *Niezawisłość sędziowska a chwila obecna*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik Poświęcony Zagadnieniom Społeczno-Prawnym i Zawodowym” 1938, nr 10, s. 752–753.

⁵⁶ K. Kąkol, *Przy redakcyjnym stole. O etyce zawodowej*, „Prawo i Życie” 1966, nr 1 (253), s. 3.

⁵⁷ R. Łyczywek, *Kilka problemów etyki zawodowej*, „Prawo i Życie” 1966, nr 3 (255), s. 4.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070.

⁶⁰ R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza...*, op. cit., s. 127.

bezstronność powiązana z wiedzą, uczciwość, godność, bezinteresowność oraz równe traktowanie stron procesu⁶¹.

W 2003 roku Krajowa Rada Sądownictwa jako organ prawnie umocowany zmieniła nazwę i zmodyfikowała opracowany przez „IUSTITIA” *Zbiór Zasad Etyki Zawodowej Sędziów*⁶². Dokument ten został uchwalony na podstawie wyraźnego ustawowego upoważnienia na mocy Uchwały nr 16/2003 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 19 lutego 2003 r. w sprawie uchwalenia zbioru zasad etyki zawodowej sędziów. Ze względu na charakterystykę przedmiotu regulacji nie jest on jednak i nie może być aktem enumeratywnie określającym zasady etyki zawodu sędziego. Normy wynikające z omawianego dokumentu są jedynie próbą doprecyzowania i skonkretyzowania, a w pewnym zakresie także uzupełnienia zasad deontologii zawodowej obecnych w Ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁶³. Regulacje zawarte w tym zbiorze nie mają autonomicznego charakteru, tym samym nie mogą stanowić konkurencji dla norm ustawowych⁶⁴. W nowym wydany *Zbiorze Zasad Etyki Zawodowej Sędziów* uznano, że szczególną uwagę należy przypisać wartościom takim jak: bezzwłoczne podejmowanie czynności, zachowanie niezawisłości i bezstronności, zrozumiałe motywowanie orzeczeń, kulturalny przebieg postępowania sądowego⁶⁵. Jeśli zaś chodzi o stosunek sędziów do prawa, to uznano, iż niezwykle istotne znaczenie ma § 16 wymienionego zbioru, zgodnie z którym: „Sędzia nie może żadnym swoim zachowaniem stwarzać nawet pozorów nierespektowania porządku prawnego”⁶⁶. Oznacza to, że powinien respektować porządek prawny zgodny z aktualnym stanem prawnym⁶⁷. Mimo rozbudowania *Zbioru Zasad Etyki Zawodowej Sędziów* dokument ten nie jest katalogiem zamkniętym, ponieważ sędzia, ze względu na samoodpowiedzialność moralną, powinien unikać wszelkich zachowań, które mogą przynieść ujmę jego godności, nawet jeśli nie zostały one zawarte w *Zbiorze Zasad Etyki Zawodowej Sędziów*⁶⁸.

Z tego względu stworzenie polskiego kodeksu etyki zawodowej sędziów było w równej mierze potrzebne tak samym sędziom, jak i całemu polskiemu społeczeństwu. Informuje on bowiem obywateli, czego należy domagać się od sędziów i czego można oczekiwać po ich zachowaniu. Kodeks etyki zawodowej sędziów służy

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2016 r., poz. 2062 ze zm.

⁶⁴ G. Ławnikowicz, *Etyka sędziego w czasie przełomu ustrojowego*, w: A. Machnikowska (red.), *Legitymizacja władzy sądowniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016, s. 89.

⁶⁵ R. Tokarczyk, *Etyka prawnicza...*, op. cit., s. 127.

⁶⁶ Załącznik do uchwały Nr 16/2003 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 19 lutego 2003 r. *Zbiór Zasad Etyki Zawodowej Sędziów*, s. 5.

⁶⁷ Zasady etyki zawodowej, etyka zawodowa sędziów, w: G. Borkowski (red.), *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Wzajemne relacje i oczekiwania*, Oficyna Wydawnicza VERBA, Lublin 2012, s. 273.

⁶⁸ M. Dziurnikowska-Stefańska, *Opinie sędziów o potrzebie kodyfikacji zasad etyki zawodowej*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika etyka nauczyciela zawodu prawniczego*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006, s. 195.

nie tylko sędziom, ale także osobom spoza środowiska – mogą oni dzięki niemu odnieść rzeczywiste zachowanie sędziego do standardów zapisanych w kodeksie⁶⁹.

PRZYMIOTY SĘDZIEGO

Kultura prawna jako całokształt normatywnych wzorów zachowania i wartości związanych z tymi normami, społecznie zaakceptowanymi, przekazywanymi z pokolenia na pokolenie stanowi niejako fundament sprecyzowanego profilu sędziego. Stąd też kultura prawna sędziego jako organu stosującego prawo przejawia się przede wszystkim w cechach, jakie powinny charakteryzować działanie sędziego. Niepodważalna jest opinia, według której sędzia musi być niezawisły i bezstronny w orzekaniu. Powinien zachować taką postawę nie tylko podczas pełnienia swego urzędu, ale również w życiu. Dzięki temu jego bezstronność i neutralność nie będą budziły wątpliwości. Sędzia nie może być też osobą podatną na różnego rodzaju presje i naciski, w jego działalności nie może być także widoczne poczucie zagrożenia i strachu. Jest to niezwykle istotne, ponieważ sędzia podatny na wpływ innych osób mógłby zostać w łatwy sposób zmanipulowany i jego orzeczenia mogłyby zostać pozbawione waloru bezstronności. Współcześnie istotnym zagrożeniem dla sędziów jest działalność mediów, które bardzo często próbują wpływać na działalność niezawisłych sądów⁷⁰. Sędzia musi być również osobą niezależną wewnątrz, a więc przy orzekaniu potrafić uwolnić się od osobistych preferencji, subiektywnych sympatii, emocji i przekonań⁷¹. Działalność sędziego powinna charakteryzować się również odwagą związaną z ogromną odpowiedzialnością, którą ponosi sędzia z uwagi na wydawane przez siebie orzeczenia. Musi umieć poradzić sobie z różnorodnymi konsekwencjami i przykrościami ze strony społeczeństwa, które mogą go spotkać w sytuacji, gdy któryś z jego wyroków obywatele odbiorą jako niesprawiedliwy, choć prawnie uzasadniony i właściwy⁷². Występuje również pogląd, zgodnie z którym jednym z przymiotów sędziego powinno być męstwo, nieco podobne w swoim potocznym znaczeniu do odwagi. Jest ono jedną z tzw. cnót kardynalnych, zwanych inaczej cnotami głównymi, w skład których wchodzi jeszcze: roztropność, sprawiedliwość oraz umiarkowanie. Sędzia powinien być mężny, ponieważ tylko to daje mu możliwość zachowania niezawisłości w orzekaniu. Należy przez to rozumieć, że sędzia powinien charakteryzować się przede wszystkim niezależnością i niezawisłością myślenia. Jest to niezwykle istotne, ponieważ żyjemy w czasach, w których każdemu z nas – nie tylko sędziom – próbuje się narzucić, czy nawet wmówić, jedynie słuszny sposób myślenia. Pomimo że wiele osób ostatecznie przyjmuje narzucany światopogląd, a zatem ulega presji, to sędzia ma obowiązek przeciwstawić się i nie ulegać tego rodzaju naciskom. Warto zwrócić także uwagę na problem występowania tzw. niesprawiedliwego prawa. Wielki

⁶⁹ Ibidem, s. 199.

⁷⁰ M. Romer, *Etyka sędziego*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika...*, op. cit., s. 34.

⁷¹ M. Safjan, *Etyka zawodu sędziowskiego*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika...*, op. cit., s. 47–48.

⁷² M. Romer, *Etyka sędziego*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika...*, op. cit., s. 34–35.

myśliciel i prawnik niemiecki Gustav Radbruch określał takie prawo mianem „ustawowego bezprawia”. Są to sytuacje, w których obowiązujący przepis jest sprzeczny z podstawowymi prawami człowieka i fundamentalnym poczuciem sprawiedliwości. Stąd też „mężny” sędzia nie powinien wahać się i zastosować rozwiązanie – wyjątkowe, czy wręcz ekstremalne, a więc odmówić zastosowania tej normy jako sprzecznej z podstawowym systemem wartości⁷³.

Najważniejsza z cnót kardynalnych to roztropność, którą w tym kontekście postrzega się jako synonim mądrości. Jest ona absolutnie niezbędna, wymagana od każdego sędziego, natomiast osoba jej nieposiadająca nie może zostać uznana za zdolną do sądenia innych. Kolejną cnotą kardynalną jest sprawiedliwość. Nieodzownym jej elementem jest opieranie się wyłącznie na faktach. Przy ustalaniu faktów należy być wnikliwym, a także powinno się przejawiać wszechstronność przeprowadzonych dociekań i ocen. Prawo jest nierozzerwalnie związane z faktami. Sprawiedliwość jest niezwykle istotna w zawodzie sędziego, gdyż podstawowym zadaniem w ramach tego zawodu jest dokonywanie subsumpcji, czyli przyporządkowywanie danego stanu faktycznego do należycie wyinterpretowanej normy prawnej. Czasami jest to zadanie niezwykle trudne, ze względu na rozbudowane i skomplikowane regulacje, które są nierzadko nowelizowane. Sytuacja ta stwarza korzystne okoliczności dla przesadnego formalizmu, traktowania przepisów literalnie – wyłącznie z perspektywy wykładni językowej. Może to rodzić groźne konsekwencje w postaci wyroków wydawanych wyłącznie na podstawie powierzchownego znaczenia przepisów. Z tego względu, zdaniem Antoniego Górskiego, sędzia sprawiedliwy to taki, który potrafi tego niebezpieczeństwa uniknąć dzięki głębokiej, wszechstronnej i wieloaspektowej analizie przeprowadzonej nie tylko z perspektywy od człowieka i jego czynu do przepisu, ale także od przepisu do człowieka⁷⁴.

Istotą cnoty umiaru jest kontrolowanie swoich emocji. Sędzia musi zawsze umieć je opanować – nie tylko w czasie rozpraw, ale również z racji sprawowanego urzędu w życiu prywatnym, poza salą rozpraw. Chodzi tu również o skrupulatne wysłuchanie każdej ze stron procesu – tak aby nie stworzyć chociażby pozorów stronniczości. Niebagatelne znaczenie przypisać również należy umiejętnością jaką jest kulturalne zwracanie się do osób uczestniczących w procesie, co bez wątplenia manifestuje traktowanie ich w sposób podmiotowy. Umiar jest jednak najbardziej istotny w czasie podejmowania decyzji, które mają fundamentalne znaczenie dla danej sprawy, takich jak: przypisanie winy i jej rodzaju, określenie wymiaru kary, naprawienie szkody, ustalenie wysokości odszkodowania lub zadośćuczynienia. Sędzia musi wówczas w rozważny sposób – z umiarem – dokonać analizy i podjąć ostateczne decyzje. Podobnie podczas formułowania uzasadnienia umiar powinien odgrywać istotną rolę i rozstrzygać o formie i treści argumentacji wykorzystanej w uzasadnieniu⁷⁵.

Sędzia zawsze powinien kierować się maksymalnym obiektywizmem w odniesieniu do spraw, którymi się zajmuje. Sądzę, że jest to najtrudniejsze co do spraw

⁷³ A. Górski, *Triada cnót sędziowskich*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2010, nr 3 (8), s. 49–50.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 50.

karnych, bowiem w społeczeństwie panuje mylne przeświadczenie, że sędzia powinien wymierzać wobec przestępców zawsze możliwie najwyższą karę, bo tylko w ten sposób może należycie przyczynić się do zrealizowania jej celów. Zdaniem Marii Romer – jest to oczywiście myślenie nieprawidłowe – sędzia powinien zawsze wydawać rozstrzygnięcia, które w jego przekonaniu będą odpowiednie do stopnia winy sprawcy i będą przyczyniać się do realizacji celów kary⁷⁶.

POSTRZEGANIE SĘDZIÓW W SPOŁECZEŃSTWIE

Zgodnie z zasadą moralnej odpowiedzialności prawników za prawo, a więc i kulturę prawną, niezwykle ważne jest w kulturze sędziów uzyskanie przez nich zaufania społecznego będącego formą legitymizacji ich działań.

Tymczasem w społeczeństwie coraz mniej osób ufa sędziom, darzy ich poważaniem. Można tu przytoczyć badania przeprowadzone przez CBOS. W 1999 roku duże poważanie w stosunku do sędziów deklarowało 66% badanych. W 2004 roku zaobserwowano niewielki wzrost, ponieważ 69,9% badanych darzyło sędziów respektem. Jednakże w latach następnych ujawnił się wyraźny spadek zaufania społecznego do judykatury. W 2008 roku tylko 62% respondentów uznawało rangę zawodu sędziego⁷⁷. Z kolei w 2013 roku tylko 60% społeczeństwa darzyło sędziów respektem⁷⁸.



Źródło: opracowanie własne na podstawie badań CBOS.

⁷⁶ M. Romer, *Etyka sędziego*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika...*, op. cit., s. 34–35.

⁷⁷ E. Łojko, *Wizerunek zawodu sędziego w opiniach sędziów, prawników i społeczeństwa*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2010, nr 4 (9), s. 65.

⁷⁸ Na podstawie Komunikatu z badań CBOS dotyczącego prestiżu zawodów (BS/164/2013) wydanego w 2013 roku. Badania przeprowadzono w dniach 1–12 sierpnia 2013 na liczącej 904 osoby reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski, s. 3.

Na podstawie badań przeprowadzonych w 2008 roku spośród 33 zawodów, których prestiż badano (CBOS), zawód sędziego plasuje się na 11. pozycji. Wyższym prestiżem od sędziego cieszą się nie tylko takie zawody jak: profesor uniwersytetu (84%) czy też lekarz (73%), ale także: strażak, pielęgniarka, inżynier pracujący w fabryce, a nawet robotnik wykwalifikowany (tokarz, murarz). Kierowca autobusu znajduje się tuż za sędzią i może cieszyć się poważaniem 61% społeczeństwa⁷⁹. W 2013 roku było jeszcze gorzej: sędzia zajmował 15. miejsce w rankingu poważania poszczególnych zawodów na 30 badanych profesji. Na pierwszym miejscu znalazł się strażak (87%), zaś tuż za nim uplasował się profesor uniwersytetu (82%). Należy nadmienić, że przed sędzią znalazły się takie zawody jak: rolnik indywidualny na średnim gospodarstwie (69%) czy księgowy (63%)⁸⁰.

W 2016 roku przeprowadzono badania dotyczące uczciwości i rzetelności zawodowej przedstawicieli poszczególnych zawodów w opinii społeczeństwa. Zdaniem 27% respondentów rzetelność i uczciwość sędziów można określić jako bardzo niską lub raczej niską; 41% badanych oceniło rzetelność sędziów jako średnią lub przeciętną. Zaledwie 3% respondentów bardzo wysoko oceniło rzetelność i uczciwość sędziów pracujących w sądach. Należy uznać, że ogólnie rzecz biorąc, zdecydowanie częściej ocenia się sędziów negatywnie. W miarę upływu lat, generalnie sędziowie, w kwestii uczciwości i rzetelności, oceniani są coraz gorzej. W 1997 roku średnia ich ocen w skali od 1 do 5 wyniosła 3,02, natomiast w 2016 – już tylko 2,85. Warto jednak odnotować, iż dostrzega się nieznaczną zmianę tego trendu, ponieważ ocena sędziów uległa poprawie w latach 2006–2016 i wzrosła ze średniej wynoszącej 2,76 do 2,85⁸¹.

Natomiast z badań CBOS przeprowadzonych w lutym 2017 roku na liczącej 1016 osób reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski⁸² wynika, że respondenci zapytani o ogólny stosunek do sędziów najczęściej (45% wskazań, od 2012 roku spadek o 6 punktów procentowych) określają go jako ambiwalentny. Według CBOS można przypuszczać, że w znacznej mierze jest to rezultat ograniczonych doświadczeń w kontaktach z sądami. Niespełna jedna czwarta (24%) ma do sędziów stosunek negatywny, a ponad jedna piąta (22%, wzrost o 3 punkty) – pozytywny. Chociaż we wszystkich grupach społeczno-demograficznych najczęstsze są oceny neutralne, relatywnie najgorzej o polskich sędziach wypowiadają się badani o względnie niskich dochodach *per capita* (31%), mieszkający w miastach liczących

⁷⁹ Na podstawie Komunikatu z badań prestiżu zawodów wydanego w styczniu 2009 roku. Badania przeprowadzono w listopadzie 2008 roku na liczącej 1050 osób reprezentatywnej próbie losowej mieszkańców Polski, s. 2; E. Łojko, *Wizerunek zawodu sędziego...*, op. cit., s. 65.

⁸⁰ Na podstawie Komunikatu z badań CBOS dotyczącego prestiżu zawodów (BS/164/2013) wydanego w 2013 roku. Badania przeprowadzono w dniach 1–12 sierpnia 2013 na liczącej 904 osoby reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski, s. 3.

⁸¹ Na podstawie Komunikatu z badań CBOS dotyczącego Społecznej oceny uczciwości i rzetelności zawodowej (nr 34/2016) z 2016 roku. Badania przeprowadzono w dniach 3–10 lutego 2016 roku na liczącej 1000 osób reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski, s. 2, 6.

⁸² Na podstawie Komunikatu z badań CBOS dotyczącego Społecznej oceny wymiaru sprawiedliwości (nr 31/2017). Badania przeprowadzono metodą wywiadów bezpośrednich (*face-to-face*) wspomaganych komputerowo (CAPI) w dniach 2–9 lutego 2017, s. 1.

od 100 tys. do 500 tys. ludności (30%). Przy tym z ustaleń CBOS wynika, iż osobisty kontakt z wymiarem sprawiedliwości wpływa tylko w niewielkim stopniu na stosunek do polskich sędziów⁸³.

Tabela 1. Poważanie sędziów w społeczeństwie w opinii studentów

Badania z 1997 r.		Badania z 2008 r.	
I rok	V rok	I rok	V rok
(n=202)	(n=138)	(n=365)	(n=216)
78,7%	87%	77%	87%

Źródło: E. Łojko, *Wizerunek zawodu sędziego w opiniach sędziów, prawników i społeczeństwa*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2010, nr 4 (9), s. 66.

Zupełnie inaczej traktowani są sędziowie wśród młodych prawników (chodzi tu o prawników pracujących od 4 do 5 lat w zawodzie, absolwentów wydziałów prawa) – 78,3% procenta spośród nich darzyło sędziów najwyższym respektem. Jednocześnie spośród wszystkich zawodów prawniczych młodzi absolwenci wydziałów prawa największym poważaniem darzyli właśnie sędziów⁸⁴. Studenci prawa natomiast stoją na stanowisku, że spośród zawodów prawniczych najwyższy szacunek w społeczeństwie mają właśnie sędziowie. Opinia ta była prezentowana przez coraz to wyższy procent studentów w zależności od roku, na którym studiowali (por. Tabela 1). Studenci poszczególnych lat uważają, że społeczeństwo darzy sędziów coraz wyższym szacunkiem⁸⁵.

Sami sędziowie są również świadomi, że spadł ich prestiż. Twierdziło tak aż 67,2% spośród badanych sędziów, z których więcej niż co czwarty (26,9%) był o tym zdecydowanie przekonany⁸⁶.

Pozostając w nurcie podjętych rozważań związanych z rolą kultury prawnej w kształtowaniu standardów etyki zawodowej sędziów, warto przywołać myśl R. Jessopa, według którego każda „idea” stwarza pewne ramy pojęciowe, które mają jednostce bądź zbiorowości ludzkiej umożliwiać radzenie sobie z rzeczywistością⁸⁷. Stanowisko to znajduje również zastosowanie do etyki zawodowej sędziego.

⁸³ Na podstawie Komunikatu z badań CBOS dotyczącego społecznej oceny wymiaru sprawiedliwości (nr 31/2017). Badania przeprowadzono metodą wywiadów bezpośrednich (*face-to-face*) wspomaganymi komputerowo (CAPI) w dniach 2–9 lutego 2017, s. 10–11.

⁸⁴ E. Łojko, *Role i zadania prawników w zmieniającym się społeczeństwie: raport z badań*, Wydawnictwo Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2005, s. 137.

⁸⁵ Idem, *Wizerunek zawodu sędziego...*, op. cit., s. 66.

⁸⁶ Ibidem, s. 66.

⁸⁷ Cyt. za: W.J. Wołpiuk, *Kultura prawna z perspektywy dystynkcji między cywilizacją a kulturą*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, t. XXXI, s. 179.

Jak wynika z powyżej przeprowadzonej analizy, prawo jest wytworem kultury oraz jest jednym ze znaczących składników kultury. Przy czym prawo rozumiane jako określony zbiór przepisów zawiera pewną ilość wzorów symbolicznych. Oznacza to, że podejmowane według wzorów prawnych działania są znakami przekazującymi treści abstrakcyjne.

Szczególne jednak znaczenie ma wiedza o kulturze prawnej tych członków społeczeństwa, którzy profesjonalnie stosują prawo – w tym sędziów. Społeczna waga prawnych działań symbolicznych dokonywanych przez sędziów wynika przede wszystkim z tego, że w bardzo wielu przypadkach jedynie ich działania mogą wywoływać określone skutki – realizować stany rzeczy konwencjonalnie przypisane tym działaniom. Stąd też działania sędziego dokonywane w toku stosowania prawa są nadzwyczaj ważne, ponieważ są to działania, w których odzwierciedla się jego kultura prawnicza, co ma istotne znaczenie w kształtowaniu standardów etyki zawodowej sędziego.

Zgodnie z przedstawionymi koncepcjami kultury prawnej można uznać, że kultura prawna jest „trzecim” elementem między prawem i jego użyciem. Dzięki temu kultura prawna pełni niejako rolę społeczno-regulującą. Pozwala to na podejmowanie działań prawnych, których istotą jest realizacja określonych wartości (np. wartości państwa prawa), a także działań, których celem nie jest realizacja określonej wartości, lecz osiągnięcie uprzednio zaplanowanych celów⁸⁸. Chodzi bowiem o to, aby kultura prawna organów, które stosują prawo, nie pozostawała w sprzeczności z ogólnie przyjętymi systemami wartości i służyła społeczeństwu. Jest to niezwykle istotne w kontekście niezawisłości sędziowskiej, tym bardziej że współcześnie uwiadcza się coraz bardziej intensywny wpływ polityki na działalność sędziowską.

BIBLIOGRAFIA

- Bobkowski A., *Niezawisłość sędziowska a chwila obecna*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik Poświęcony Zagadnieniom Społeczno-Prawnym i Zawodowym”, red. K. Fleszyński, Warszawa 1938, nr 10.
- Borkowski G. (red.), *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Wzajemne relacje i oczekiwania*, Oficyna Wydawnicza VERBA, Lublin 2012.
- Borucka-Arctowa M., *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej i społecznej o kulturze*, „Studia Prawnicze” 2002, z. 1 (151), red. A. Bierć, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa.
- Dziurnikowska-Stefańska M., *Opinie sędziów o potrzebie kodyfikacji zasad etyki zawodowej*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika etyka nauczyciela zawodu prawniczego*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006.
- Goodman N., *Wstęp do socjologii*, tł. J. Polak, J. Ruskowski, U. Zielińska, Wydawnictwo Zysk i S-ka, Poznań 1997.
- Górski A., *Triada cnót sędziowskich*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2010, nr 3 (8) wrzesień, Wolters Kluwer, Warszawa.
- Grodziski S., *Z dziejów staropolskiej kultury prawnej*, Universitas, Kraków 2004.

⁸⁸ M. Smolak, *Jak prawo łączy się ze światem...*, op. cit., s. 197.

- Kąkol K., *Przy redakcyjnym stole. O etyce zawodowej*, „Prawo i Życie” 1966, nr 1 (253), red. K. Kąkol, Zrzeszenie Prawników Polskich, Warszawa.
- Kłoskowska A., *Kultura. Zagadnienia istoty kultury. Kultura a natura*, w: A. Kłoskowska, *Socjologia kultury*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2007.
- Komunikat z badań CBOS dotyczący prestiżu zawodów wydany w styczniu 2009 roku. Badania przeprowadzono w listopadzie 2008 roku na liczącej 1050 osób reprezentatywnej próbie losowej mieszkańców Polski.
- Komunikat z badań CBOS dotyczący prestiżu zawodów (BS/164/2013) wydany w 2013 roku. Badania przeprowadzono w dniach 1–12 sierpnia 2013 na liczącej 904 osoby reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski.
- Kozak A., *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.
- Kubiak J.R., *Wokół idei kodeksu etyki zawodowej sędziów*, „Palestra” 1995, nr 39/3–4 (447–448), s. 77–97.
- Kucharski O., *Koncepcje kultury prawnej w naukach prawnych*, „Disputationes Ethicae. Etyka a Prawo – Etyka Działania” 2007, red. T. Grabińska, nr 3, Częstochowa.
- Kwaśniewicz W. (red.), *Encyklopedia Socjologii*, t. 2 lit. K–N, Oficyna Naukowa, Warszawa 1999.
- Linton R., *Kulturowe podstawy osobowości*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1975.
- Ławnikowicz G., *Etyka sędziego w czasie przelomu ustrojowego*, w: *Legitymizacja władzy sądowniczej*, red. A. Machnikowska, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2016.
- Łojko E., *Role i zadania prawników w zmieniającym się społeczeństwie: raport z badań*, Wydawnictwo Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2005.
- Łojko E., *Wizerunek zawodu sędziego w opiniach sędziów, prawników i społeczeństwa*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2010, nr 4 (9), grudzień, Wolters Kluwer, Warszawa.
- Łyczywek R., *Kilka problemów etyki zawodowej*, „Prawo i Życie” 1966, nr 3 (255), red. K. Kąkol, Zrzeszenie Prawników Polskich, Warszawa.
- Merle E., *Z dezyderatów sądowych. O etykę zawodową*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik Poświęcony Zagadnieniom Społeczno-Prawnym i Zawodowym” 1938, red. K. Fleszyński, nr 12, Warszawa.
- Pałeczki K., *O pojęciu kultury prawnej*, „Studia Socjologiczne” 1972, nr 2, red. W. Markiewicz, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa.
- Pałeczki K., *O użyteczności pojęcia kultura prawna*, „Państwo i Prawo” 1974, nr 2.
- Romer M., *Etyka sędziego*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika etyka nauczyciele zawodu prawniczego*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006. Rosner A., *Profesor Stanisław Russocki (1930–2002)*, „Rocznik Mazowiecki” 2003, nr 15.
- Russocki S., *Wokół pojęcia kultury prawnej*, „Przegląd Humanistyczny” 1986, nr 11/12, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Safjan M., *Etyka zawodu sędziowskiego*, w: E. Łojko (red.), *Etyka prawnika etyka nauczyciela zawodu prawniczego*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006.
- Skuczyński P., *Jakiej etyki potrzebuje profesjonalizowana kultura prawna?* Ten referat został wygłoszony pod tytułem: *Jakiej etyki potrzebuje juryscentryzm?* podczas konferencji „Perspektywy juryscentryzmu” zorganizowanej przez Katedrę Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Skuczyński P., *Status etyki prawniczej*, LexisNexis, Warszawa 2010.

- Smolak M., *Jak prawo łączy się ze światem. Uwagi na marginesie książki W. Gromskiego Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, r. LXIII, z. 3, Poznań.
- Stankiewicz A., *Sądownicze troski*, „Głos Sądownictwa. Miesięcznik Poświęcony Zagadnieniom Społeczno-Prawnym i Zawodowym” 1938, nr 12, red. K. Fleszyński, Warszawa.
- Szacki J., *Kultura*, w: J. Wojnowski (red.), *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 15, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003.
- Tokarczyk R., *Etyka prawnicza*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Tokarczyk R., *Zmiany tradycji i postępu w prawie*, „Teki Komisji Prawniczej” 2008, t. I, PAN, Warszawa.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070).
- Wołpiuk W.J., *Kultura prawna z perspektywy dystynkcji między cywilizacją a kulturą*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, t. XXXI.
- Wróblewski B., *Studja z dziedziny prawa i etyki*, Kasa im. Mianowskiego, Warszawa 1934.
- Zajadło J., *Różne sumienia sędziego*, „Gazeta Wyborcza” 2016, nr 97 (8704), 26.04., Warszawa.
- Załącznik do uchwały Nr 16/2003 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 19 lutego 2003 r. *Zbiór Zasad Etyki Zawodowej Sędziów*.

ROLE OF LEGAL CULTURE IN DEVELOPING STANDARDS OF JUDGES' PROFESSIONAL ETHICS

Summary

The aim of the article was to define the role of the legal culture in development of the standards of judges' professional ethics, to indicate the most representative definitions of culture and legal culture, and to specify the most important characteristics of judges required both in their work and in private life. The discussion covers also the issue of the legitimacy and significance of elaborating the most important principles of the judges' professional ethics in the form of a code both in the past and present. The article presents the problem of the prestige of the judicial profession as viewed by the general public, lawyers, students and judges themselves. The analyses of documents, literature, as well as the historical and statistical techniques were exploited in the article. As a result of the conducted analyses, it was recognized that legal culture is the “third” element between law and its use, by which it also fulfils a social-regulatory role. The legal culture of authorities that apply law should not be in contradiction with the general system of values and ought to serve the society. This is particularly important in the context of judicial independence, because nowadays more and more influence of politicians and various lobbies on the activity of the judges is observable. As a consequence, it leads to the instrumental use of the legal acts and makes the position of the judge not impeccable in terms of ethics. In turn, this state of affairs brings about a significant decline of public esteem for judges.

Keywords: culture, legal culture, ethics, judge

ROLA KULTURY PRAWNEJ W KSZTAŁTOWANIU STANDARDÓW ETYKI ZAWODOWEJ SĘDZIEGO

Streszczenie

Celem artykułu jest określenie roli kultury prawnej w kształtowaniu standardów etyki zawodowej sędziego, wskazanie najbardziej reprezentatywnych definicji kultury i kultury prawnej, a także wyszczególnienie najistotniejszych cech sędziego, wymaganych zarówno w jego pracy zawodowej, jak i w życiu prywatnym. Przedmiotem refleksji uczyniono też kwestię zasadności i istotności opracowania najważniejszych zasad etyki zawodowej sędziego i ich ujęcie w ramy kodeksu w kontekście historycznym. W artykule poruszono również zagadnienie prestiżu zawodu sędziego w opinii ogółu społeczeństwa, prawników, studentów i samych sędziów. Posłużono się metodą analizy dokumentów, analizy literatury, wykorzystano także metodę historyczną oraz techniki statystyczne. W wyniku przeprowadzonych analiz uznano, że kultura prawna jest „trzecim” elementem między prawem i jego użyciem, przez co pełni też niejako rolę społeczno-regulującą. Należy dążyć do tego, aby kultura prawna organów, które stosują prawo, nie pozostawała w sprzeczności z ogólnie przyjętymi systemami wartości i służyła społeczeństwu. Jest to szczególnie istotne w kontekście niezawisłości sędziowskiej, ponieważ współcześnie uwidacznia się coraz większy wpływ polityków i różnorodnych lobby na działalność sędziowską. W konsekwencji prowadzi to do instrumentalnego stosowania aktów prawnych i powoduje, że pozycja sędziego nie jest nieskazitelna pod względem etycznym. Ten stan rzeczy wpływa z kolei na znaczący spadek poważania dla zawodu sędziego w opinii społeczeństwa.

Słowa kluczowe: kultura, kultura prawna, etyka, sędzia

EL PAPEL DE CULTURA JURÍDICA EN LA FORMACIÓN DE ESTÁNDARES DE ÉTICA PROFESIONAL DE JUEZ

Resumen

La finalidad del artículo consiste en determinar el papel de cultura jurídica en la formación de estándares de ética profesional del juez, indicar las definiciones más representativas de la cultura y de la cultura jurídica, así como enumerar las características más importantes de un juez requeridas tanto en su trabajo como en su vida privada. La obra trata también de la cuestión de justificación e importancia de elaborar los principios más importantes de la ética profesional de juez en forma de un código. Se habla del prestigio de la profesión de juez en la sociedad, entre los juristas, estudiantes y los jueces en sí. Se ha utilizado el método de análisis documental, análisis de literatura, se ha utilizado también el método histórico y técnicas de estadística. Como resultado de dichos análisis se hace constar que la cultura jurídica es el “tercer” elemento entre el derecho y su aplicación, por lo que desempeña de cierta forma el papel social y regulador. Hay que aspirar a que la cultura jurídica de los órganos que aplican el derecho no sea contraria al sistema general de valores y que sirva a la sociedad. Esto es muy importante en relación con la independencia de los jueces, porque actualmente

se observa cada vez mayor influencia de políticos y de diferentes lobby a la actividad judicial. En consecuencia, esto conlleva a que la posición del juez no es impecable desde el punto de vista ético. Tal estado de las cosas influye a caída importante del respeto de la profesión del juez en la opinión de la sociedad.

Palabras claves: cultura, cultura jurídica, ética, juez

РОЛЬ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ В ФОРМИРОВАНИИ НОРМ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЭТИКИ СУДЬИ

Резюме

Статья написана с целью определить роль правовой культуры в формировании норм профессиональной этики судьи, указать наиболее представительные определения культуры вообще и правовой культуры в частности, а также перечислить наиболее существенные черты характера судьи, требуемые как в его профессиональной деятельности, так и личной жизни. Автор также размышляет в историческом контексте о проблеме обоснованности и важности формулирования основных принципов профессиональной этики судьи в рамках соответствующего кодекса. В статье также затронут вопрос престижа профессии судьи в глазах широкой общественности, юристов, студентов и самих судей. При работе использован метод анализа документов и специальной литературы, а также исторический подход и статистические методы. Проведенный анализ позволяет утверждать, что правовая культура является «третьим» элементом между правом и его применением, что в каком-то смысле придает ей роль общественного регулятора. Следует стремиться к тому, чтобы правовая культура правоприменительных органов не шла вразрез с общепринятой системой ценностей и служила интересам общества. Это особенно важно в контексте независимости судебной власти, поскольку в настоящее время становится все более очевидным влияние политиков и различных лобби на деятельность судебных органов. Как следствие, законодательные акты могут применяться инструментально, а положение судьи перестает быть безупречным с этической точки зрения. В свою очередь, такое состояние дел приводит к значительному ухудшению репутации профессии судьи в глазах общественности.

Ключевые слова: культура, правовая культура, этика, судья

DIE ROLLE DER RECHTSKULTUR BEI DER FESTLEGUNG BERUFSETHISCHER STANDARDS FÜR RICHTER

Zusammenfassung

Ziel des Artikels ist es, die Rolle, die der Rechtskultur bei der Gestaltung der Standards der Berufsethik für Richter zukommt, zu bestimmen, die gängigsten Begriffsbestimmungen der Kultur und Rechtskultur aufzuzeigen und die wichtigsten, sowohl in seiner beruflichen Tätigkeit als auch in seinem Privatleben geforderten Eigenschaften eines Richters aufzulisten. Behandelt wird außerdem die Frage der Legitimität und Bedeutung der Ausarbeitung der wichtigsten Grundsätze der Berufs-

ethik für Richter und deren Einbeziehung in den Verhaltenskodex in einem historischen Kontext. In dem Artikel wird auch die Frage des Ansehens des Rechtsberufs in der Gesamtbevölkerung, bei Anwälten, Studenten und Richtern selbst aufgegriffen. Genutzt wurden die Methode der Dokumentenanalyse und der Literaturanalyse und außerdem hat der Verfasser auf den historischen Ansatz zurückgegriffen und statistische Techniken eingesetzt. Im Ergebnis der durchgeführten Analysen wurde deutlich gemacht, dass die Rechtskultur als „drittes“ Element zwischen Gesetz und seiner Anwendung anzusehen ist und ihr folglich auch eine soziale und regulatorische Rolle zukommt. Es ist darauf hinzuwirken, dass die Rechtskultur der Organe und Stellen, von denen die Gesetze angewendet werden, nicht mit den anerkannten Wertesystemen in Konflikt steht und der Gesellschaft dient. Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der Justiz von Bedeutung, da der zunehmende Einfluss von Politikern und verschiedenen Interessengruppen auf die Justiz immer deutlicher sichtbar ist. Das führt in der Konsequenz zu einer instrumentalen Anwendung von Rechtsakten und führt dazu, dass die Position des Richters in ethischer Hinsicht nicht mehr makellos und unangreifbar ist. Dadurch wiederum nimmt das Ansehen des Richterberufs in den Augen der Gesellschaft erheblichen Schaden.

Schlüsselwörter: Kultur, Rechtskultur, Ethik, Richter

LE RÔLE DE LA CULTURE JURIDIQUE DANS L'ÉLABORATION DES NORMES D'ÉTHIQUE PROFESSIONNELLE DES JUGES

Résumé

Le but de l'article était de déterminer le rôle de la culture juridique dans l'élaboration des normes d'éthique professionnelle judiciaire, d'indiquer les définitions les plus représentatives de la culture et de la culture juridique, ainsi que de répertorier les caractéristiques les plus importantes d'un juge requises dans son activité professionnelle et dans sa vie privée. Le sujet de la réflexion a également été la question de la légitimité et de l'importance de développer les principes les plus importants de l'éthique professionnelle du juge et de les inclure dans le cadre du code dans un contexte historique. L'article aborde également la question du prestige de la profession de juge dans l'opinion publique, des avocats, des étudiants et des juges eux-mêmes. La méthode d'analyse des documents et de la littérature, ainsi que la méthode historique et les techniques statistiques ont été utilisées. À la suite des analyses effectuées, il a été reconnu que la culture juridique constituait le « troisième » élément entre la loi et son utilisation, remplissant ainsi également un rôle social et réglementaire. Il est important de veiller à ce que la culture juridique des organes qui appliquent la loi n'entre pas en conflit avec les systèmes de valeurs acceptés et serve la société. Ceci est particulièrement important dans le contexte de l'indépendance des juges, car l'influence croissante des hommes politiques et des divers groupes de pression sur l'activité judiciaire devient de plus en plus évidente. Par conséquent, cela conduit à une application instrumentale d'actes juridiques et signifie que la position du juge n'est pas éthiquement irréprochable. À son tour, cet état de fait réduit considérablement le respect de la profession de juge de la part de l'opinion publique.

Mots-clés : culture, culture juridique, éthique, juge

IL RUOLO DELLA CULTURA GIURIDICA NELLA FORMAZIONE DEGLI STANDARD DI ETICA PROFESSIONALE DEL GIUDICE

Sintesi

Obiettivo dell'articolo è definire il ruolo della cultura giuridica nella formazione degli standard di etica professionale del giudice, indicare la definizione maggiormente rappresentativa di cultura e cultura giuridica, nonché specificare le caratteristiche più essenziali del giudice, richieste sia nel suo lavoro che nella sua vita privata. Oggetto della riflessione è anche la questione della fondatezza e importanza dell'elaborazione dei più importanti principi di etica professionale del giudice e il loro inserimento nell'ambito del codice, nel contesto storico. Nell'articolo è stata toccata anche la questione del prestigio della professione di giudice nell'opinione generale della società, dei giuristi, degli studenti e degli stessi giudici. Si è utilizzato il metodo di analisi dei documenti, della letteratura, si è fatto uso anche del metodo storico e delle tecniche statistiche. Dai risultati è emerso che la cultura giuridica è un "terzo" elemento, tra il diritto e la sua applicazione, e in questo svolge in qualche modo un ruolo di regolatore sociale. Bisogna aspirare al fatto che la cultura giuridica delle autorità che applicano la legge non sia in contraddizione con il sistemi di valore generalmente accettati e che sia al servizio della società. Questo è particolarmente importante nel contesto dell'indipendenza dei giudici, perché oggigiorno si presenta un influsso sempre maggiore dei politici e di svariate lobby sull'attività dei giudici. In conseguenza questo porta a una applicazione strumentale degli atti giuridici e rende la posizione del giudice sempre meno immacolata sotto l'aspetto etico. Questo stato di fatto determina a sua volta un calo del rispetto della professione di giudice nell'opinione della società.

Parole chiave: cultura, cultura giuridica, etica, giudice

Cytuj jako: Kryński M., Role of legal culture in developing standards of judges' professional ethics [Rola kultury prawnej w kształtowaniu standardów etyki zawodowej sędziego], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 175–198. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.48/m.krynski

Cite as: Kryński, M., (2019). 'Role of legal culture in developing standards of judges' professional ethics'. Ius Novum, vol. 13 (4), 175–198. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.48/m.krynski

UMOWA O POWIERZENIU PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

PIOTR BRZEZIŃSKI*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.49/p.brzezinski

Przedmiotem artykułu jest omówienie niektórych elementów umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych, uregulowanej w art. 28 w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia Dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)¹ oraz klauzul umownych, których stosowanie budzi w praktyce wątpliwości. W szczególności w niniejszym artykule omówię, jakimi kryteriami należy się kierować w celu ustalenia, czy w danych okolicznościach faktycznych konieczne jest zawarcie umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych.

1. PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH W ŚWIETLE DYREKTYWY 95/46

Z dniem 25 maja 2018 roku RODO zastąpiło Dyrektywę 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych², która regulowała zasady przetwarzania danych osobowych przez podmiot przetwarzający w sposób znacznie mniej rozbudowany niż czyni to RODO. Dyrektywa 95/46/WE kładła nacisk na uregulowanie w umowie o powierzeniu prze-

* Dr, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Uczelni Łazarskiego w Warszawie; e-mail: piotr_brzezinski1@wp.pl; ORCID: 0000-0002-6830-0857

¹ OJ L 119, 4.5.2016, s. 1–88 – dalej jako: RODO.

² OJ L 281, 23.11.1995, s. 31–50 – dalej jako: dyrektywa 95/46.

tworzenia danych osobowych obowiązków związanych z zachowaniem poufności³ i bezpieczeństwa przetwarzania danych⁴. Pod rządami Dyrektywy 95/46 umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych była uregulowana w art. 31 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych⁵. A. Mednis wyraził pogląd, i był to pogląd trafny, że na tle art. 31 Ustawy z 1997 roku odpowiedzialność administratora danych i zleceniobiorcy była uregulowana w sposób odmienny w tym sensie, że administrator odpowiadał na zasadach określonych w ustawie, zaś odpowiedzialność zleceniobiorcy była uregulowana w umowie z administratorem danych⁶. M. Webber zwrócił uwagę, że obowiązek zapewnienia zgodności przetwarzania danych osobowych z prawem unijnym spoczywał raczej na administratorach danych, zaś podmioty przetwarzające przetwarzały dane osobowe w imieniu administratora i nie podlegały bezpośrednio regulacjom Dyrektywy 95/46⁷. Ustawodawca unijny przesądził, że w świetle RODO podmioty przetwarzające będą bezpośrednio zobowiązane do stosowania określonych wymogów w zakresie danych osobowych, które pod rządami Dyrektywy 95/46 miały

³ Przepis art. 16 dyrektywy 95/46 przewidywał: „Żadna osoba działająca z upoważnienia administratora danych lub przetwarzającego, włączając samego przetwarzającego, który ma dostęp do danych osobowych, nie może przetwarzać ich bez polecenia administratora danych, chyba że wymaga tego prawo”.

⁴ Przepis art. 17 dyrektywy 95/46 przewidywał:

„1. Państwa Członkowskie zapewniają, aby administrator danych wprowadził odpowiednie środki techniczne i organizacyjne w celu ochrony danych osobowych przed przypadkowym lub nielegalnym zniszczeniem lub przypadkową utratą, zmianą, niedozwolonym ujawnieniem lub dostępem, szczególnie wówczas, gdy przetwarzanie danych obejmuje transmisję danych w sieci, jak również przed wszelkimi innymi nielegalnymi formami przetwarzania. Uwzględniając stan wiedzy w tej dziedzinie oraz koszt realizacji, przyjęte zostaną takie środki, które zapewnią poziom bezpieczeństwa odpowiedni do zagrożeń wynikających z przetwarzania danych oraz charakteru danych objętych ochroną.

2. Państwa Członkowskie zobowiązują administratora danych, w przypadku przetwarzania danych w jego imieniu, do wybrania przetwarzającego, o wystarczających gwarancjach odnośnie do technicznych środków bezpieczeństwa oraz rozwiązań organizacyjnych, regulujących przetwarzanie danych, oraz zapewnienia stosowania tych środków i rozwiązań.

3. Przetwarzanie danych przez przetwarzającego musi być regulowane przez umowę lub akt prawny, na mocy których przetwarzający podlega administratorowi danych i które w szczególności postanawiają, że:

- przetwarzający działa wyłącznie na polecenie administratora danych,
- obowiązki wymienione w ust. 1, określone przez ustawodawstwo Państwa Członkowskiego, w którym przetwarzający prowadzi działalność gospodarczą, dotyczą również przetwarzającego.

4. Do celów zachowania dowodów, części umowy lub aktu prawnego dotyczącego ochrony danych i wymagań dotyczących środków wymienionych w ust. 1, są sporządzane na piśmie lub w innej równorzędnej formie”.

⁵ Dz.U. z 1997 r., Nr 133, poz. 883, t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 922 – dalej jako: ustawa z 1997 roku. Na temat zmian w umowach o powierzeniu przetwarzania danych osobowych w świetle RODO zob. np. A. Cox, *Data Protection Clauses in Contracts – Adapting to GDPR*, „Privacy & Data Protection” 2016, no. 16 (6), s. 9–10.

⁶ A. Mednis, *Komentarz do art. 31 Ustawy o ochronie danych osobowych*, w: A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, 1999, LEX.

⁷ M. Webber, *The GDPR's Impact on the Cloud Service Provider as a Processor*, „Privacy & Data Protection” 2016, no. 16 (4), s. 11.

zastosowanie do administratorów danych⁸. W dalszej części artykułu przedstawię, jakie elementy powinna zawierać umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych w świetle RODO oraz jakie są skutki pominięcia w umowie któregokolwiek z elementów opisanych w art. 28 ust. 3 RODO.

2. ELEMENTY UMOWY O POWIERZENIU PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH W ŚWIETLE RODO

Umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych powinna określa strony tej umowy, tj. administratora⁹ oraz podmiot przetwarzający¹⁰. Pojęcie „administratora”¹¹ oraz „podmiotu przetwarzającego”¹² zostało wyjaśnione przez Grupę Roboczą ds. Ochrony Danych powołaną na mocy art. 29 w opinii 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający”. Wprawdzie opinia ta została wydana na gruncie Dyrektywy 95/46, lecz wymienione w tej opinii pojęcia nie różnią się znacznie od pojęć „administrator” oraz „podmiot przetwarzający” przyjętych w RODO. Kierując się wytycznymi zawartymi w tej opinii, należy uznać, że w celu ustalenia, czy dany podmiot jest administratorem¹³, czy podmiotem przetwarzającym, konieczne jest przede wszystkim zweryfikowanie, który podmiot decyduje o celu i sposobie przetwarzania danych osobowych¹⁴. Już w tym miejscu należy podkreślić, że o tym, czy dany podmiot jest administratorem, nie przesądza zgodna wola stron umowy, lecz wyniki analizy okoliczności faktycznych, w których dochodzi do przetwarzania. G. Karp słusznie podkreśla, że zarówno przepisy prawa, jak

⁸ J. Bryski, *Umowne powierzenie do przetwarzania danych osobowych w ustawie o ochronie danych osobowych, dyrektywie 95/46 i w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, w: G. Sibigi (red.), *Ogólne Rozporządzenie o ochronie danych. Aktualne problemy ochrony danych osobowych 2016*, Biblioteka Monitora Prawniczego 2016, s. 35.

⁹ Przepis art. 4 pkt 7 RODO: „administrator” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych; jeżeli cele i sposoby takiego przetwarzania są określone w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego, to również w prawie Unii lub w prawie państwa członkowskiego może zostać wyznaczony administrator lub mogą zostać określone konkretne kryteria jego wyznaczania.

¹⁰ Przepis art. 4 pkt 8 RODO: „podmiot przetwarzający” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora.

¹¹ Przepis art. 2 lit. d) Dyrektywy 95/46: „administrator danych” oznacza osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ, który samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami określa cele i sposoby przetwarzania danych; jeżeli cele i sposoby przetwarzania danych są określane w przepisach ustawowych i wykonawczych lub przepisach wspólnotowych, administrator danych może być powoływany lub kryteria jego powołania mogą być ustalane przez ustawodawstwo krajowe lub wspólnotowe.

¹² Przepis art. 2 lit. e) Dyrektywy 95/46: „przetwarzający” oznacza osobę fizyczną lub prawną, władzę publiczną, agencję lub inny organ przetwarzający dane osobowe w imieniu administratora danych.

¹³ Pomijam w artykule sytuację, gdy przepisy prawa przesądzają, że dany podmiot jest administratorem.

¹⁴ Opinia 1/2010 w sprawie pojęć „administrator danych” i „przetwarzający” (WP 169), 16.02.2010, s. 14–15. Zob. <https://giodo.gov.pl/pl/1520057/3595>

i postanowienia konkretnych umów mogą być bardzo ważną przesłanką w celu ustalenia, czy dany podmiot posiada status administratora¹⁵. Jak wynika z praktyki, nie zawsze łatwo można ustalić, czy w danej realizacji kontraktowej, tj. pomiędzy dwoma podmiotami, występuje relacja dwóch administratorów¹⁶, czy też konieczne jest zawarcie umowy powierzenia przetwarzania danych. Należy podzielić pogląd K. Cieniaka, który wskazuje, że to, co jest najistotniejsze przy rozróżnianiu roli administratora i podmiotu przetwarzającego, to ustalenie, kto decyduje o celach przetwarzania danych, przy czym należy odróżnić cel przetwarzania od interesu przetwarzania¹⁷. Autor ten słusznie wskazuje, że nie jest istotne, kto jest beneficjentem przetwarzania, a jedynie to, gdzie leży ośrodek decyzyjny w zakresie określania celu przetwarzania¹⁸. Należy jednak podkreślić, że niekiedy niezwykle trudno jest ustalić, czy w danej realizacji kontraktowej mamy do czynienia z jednym ośrodkiem decyzyjnym czy z dwoma (tzn. każdy z podmiotów ma odrębny cel przetwarzania), co by oznaczało, że mamy do czynienia z dwoma administratorami.

Umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych może być zawarta niejako w następstwie zawarcia umowy głównej łączącej wskazane podmioty albo jako umowa samoistna. Wiele umów o powierzeniu przetwarzania danych osobowych jest zawieranych obok umowy głównej, pomimo tego że nie dochodzi do powierzenia przetwarzania danych osobowych w imieniu administratora. Tytułem przykładu uzasadnione jest pytanie, czy dochodzi do relacji administrator–podmiot przetwarzający pomiędzy sprzedającym a kupującym udziały w spółce. W transakcjach M&A sprzedający zwykle udostępnia kupującemu wiele informacji o nabywanej spółce, w tym dane osobowe pracowników, klientów spółki. Pomiędzy stronami dochodzi wówczas do zawarcia umowy o zachowaniu poufności, w której strony uzgadniają m.in., jakie dane osobowe i w jaki sposób zostaną udostępnione kupującemu na potrzeby przeprowadzenia badania spółki (tzw. *due dilligence*). Jak słusznie zauważają R. Cregan i S. Taylor, nie jest możliwe ograniczenie kupującego w zakresie celu przetwarzania określonego przez sprzedającego. Kupujący przetwarza wskazane dane na potrzeby ustalenia np. ceny kupna, warunków transakcji¹⁹. Autorzy trafnie zwracają uwagę, że w takim wypadku kupujący jest administratorem danych²⁰. Ch. Poszwiński wyraża pogląd, że pod rządem RODO podstawą przetwarzania danych przez kupującego w transakcji M&A jest art. 6 ust. 1 lit. f

¹⁵ G. Karp, *Administrator danych osobowych – podmiot decydujący o celach i środkach przetwarzania danych*, „Palestra” 2011, nr 1–2, s. 62.

¹⁶ Nie można wykluczyć sytuacji, w których ten sam podmiot może być zarówno administratorem w odniesieniu do jednych danych, jak i podmiotem przetwarzającym w odniesieniu do innych danych. Dane osobowe mogą także podlegać przetwarzaniu przez kilku administratorów, którzy określani są mianem współadministratorów. Zagadnienia dotyczące przetwarzania danych przez współadministratorów pozostają jednak poza zakresem artykułu.

¹⁷ K. Cieniak, *Powierzenie przetwarzania danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 9, s. 507.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ R. Cregan, S. Taylor, *How Much Control Makes a Controller?*, „Privacy & Data Protection” 2018, no. 18 (6), s. 11.

²⁰ Ibidem.

RODO²¹. Zdaniem tego autora, przetwarzanie przez kupującego danych osobowych na podstawie art. 6 ust. 1 lit. f RODO może oznaczać uzyskanie przez niego statusu administratora²².

Powstaje także pytanie, czy dochodzi do powierzenia przetwarzania danych osobowych w sytuacji, w której jeden bank (spółka zależna) korzysta z systemu informatycznego wdrożonego przez drugi bank (spółkę dominującą), pozwalającego na weryfikację klientów w związku z realizacją obowiązków wynikających z Ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, pomimo tego że bank pierwszy udostępnia dane własnych klientów tej spółce dominującej na podstawie umowy outsourcingu zawartej na podstawie art. 6a ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo bankowe? Moim zdaniem, o statusie banków w ogóle nie przesądza brzmienie art. 6a ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo bankowe, w którym ustawodawca krajowy zastrzegł, iż: „Bank może, w drodze umowy zawartej na piśmie, **powierzyć** przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu, z zastrzeżeniem art. 6d, wykonywanie: (...) czynności faktycznych związanych z działalnością bankową”. W art. 6a ust. 1 pkt 2 Ustawy Prawo bankowe ustawodawca użył wprawdzie sformułowania „powierzyć”, ale nie oznacza to, że pomiędzy bankiem a przedsiębiorcą, któremu bank zleca wykonywanie czynności faktycznych związanych z działalnością bankową, będzie zawsze zachodziła relacja administrator–podmiot powierzający. Wydaje się, że przedsiębiorca będzie miał zawsze status podmiotu przetwarzającego, jeżeli bank powierzy mu wykonywanie czynności na zasadzie art. 6a ust. 1 pkt 1 Ustawy Prawo bankowe, gdzie ustawodawca przesądził, że taki podmiot działa „w imieniu i na rzecz banku”, co wyklucza uznanie go za administratora (współadministratora), który zawsze działa we własnym imieniu i na własną rzecz.

Z art. 28 ust. 1 RODO wynika, że podmiotem przetwarzającym może być podmiot, który będzie posiadał środki organizacyjne i techniczne gwarantujące zgodność przetwarzania danych zgodnie z wymogami RODO oraz ochronę praw osób, których dane dotyczą²³. W praktyce przedsiębiorcy dokonują wyboru podmiotu

²¹ Ch. Poszwiński, *Risk based approach w ochronie danych osobowych a ryzyka w transakcjach*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2019, nr 4, s. 27.

²² Ibidem.

²³ W motywie 81 RODO zastrzeżono: „Aby zapewnić przestrzeganie wymogów niniejszego rozporządzenia w przypadku przetwarzania, którego w imieniu administratora ma dokonać podmiot przetwarzający, administrator powinien, powierzając podmiotowi przetwarzającemu czynności przetwarzania, korzystać z usług wyłącznie podmiotów przetwarzających, które zapewniają wystarczające gwarancje – w szczególności jeżeli chodzi o wiedzę fachową, wiarygodność i zasoby - wdrożenia środków technicznych i organizacyjnych odpowiadających wymogom niniejszego rozporządzenia, w tym wymogom bezpieczeństwa przetwarzania. Stosowanie przez podmiot przetwarzający zatwierdzonego kodeksu postępowania lub zatwierdzonego mechanizmu certyfikacji może posłużyć za element wykazujący wywiązywanie się z obowiązków administratora. Przetwarzanie przez podmiot przetwarzający powinno być regulowane umową lub innym instrumentem prawnym, które podlegają prawu Unii lub prawu państwa członkowskiego, wiąże podmiot przetwarzający z administratorem, określają przedmiot i czas trwania przetwarzania, charakter i cele przetwarzania, rodzaj danych osobowych i kategorie osób, których dane dotyczą, oraz które powinny uwzględniać konkretne zadania i obowiązki podmiotu przetwarzającego w kontekście planowanego przetwarzania

przetwarzającego zgodnie z wewnętrzną procedurą, która najczęściej przewiduje przeprowadzenie ankiety z potencjalnym podmiotem przetwarzającym. Ankieta ta zawiera wiele pytań dotyczących analizowanego procesu przetwarzania, np. pytania dotyczą gwarancji zachowania przez podmiot przetwarzający poufności osób upoważnionych do przetwarzania danych przez procesora.

RODO przewiduje, jakie elementy powinna zawierać umowa o powierzeniu przetwarzania danych. Stosownie do art. 28 ust. 3 RODO umowa o powierzeniu przetwarzania danych powinna określać przedmiot i czas przetwarzania danych, charakter i cel przetwarzania, rodzaj danych osobowych, kategorie osób, których dane dotyczą oraz obowiązki i prawa administratora. Nie jest jasne, jak należy rozumieć sformułowanie „przedmiot przetwarzania”. J. Bryski przyjmuje, że pod pojęciem przedmiotu przetwarzania danych osobowych rozumie się opis poszczególnych operacji na danych oraz wskazanie, czy mają one charakter samoistny, czy subsydiarny do umowy głównej bądź też zakres terytorialny przetwarzania danych²⁴. Dla wykazania, że umowa o powierzeniu przetwarzania danych spełnia wymóg określenia przedmiotu przetwarzania, wystarczające będzie wskazanie czynności przetwarzania, np. tak jak zostało to określone w decyzji Komisji z dnia 5 lutego 2010 r. w sprawie standardowych klauzul umownych dotyczących przekazywania danych osobowych podmiotom przetwarzającym dane mającym siedzibę w krajach trzecich na mocy Dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. W praktyce strony umowy o powierzeniu przetwarzania danych bardzo często nie opisują, jakie konkretnie czynności podmiot przetwarzający będzie wykonywał na danych, lecz ograniczają się do wskazania w umowie, że będzie je przetwarzał na zasadach określonych w tej umowie w sposób zgodny z RODO. W mojej ocenie zastrzeżenie w umowie o powierzeniu przetwarzania danych, która ma charakter subsydiarny, iż przetwarzanie danych osobowych będzie następowało wyłącznie w celu realizacji umowy głównej, pośrednio wskazuje na operacje, jakie podmiot przetwarzający będzie wykonywał na danych i spełnia wymóg określenia „przedmiotu przetwarzania”, o którym mowa w art. 28 ust. 1 RODO.

Umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych jest zwykle zawierana na czas trwania umowy głównej, o ile umowa o powierzeniu przetwarzania danych ma charakter subsydiarny. Jeżeli umowa taka ma charakter samoistny, to czas przetwarzania zależy od uzgodnień stron umowy. Określenie celu w umowie o powierzeniu przetwarzania danych ma niezwykle istotne znaczenie, ponieważ jeżeli podmiot przetwarzający przetwarza powierzone dane wykraczając poza cel pierwotnie ustalony w umowie z administratorem, to może się okazać, że przetwa-

oraz ryzyko naruszenia praw lub wolności osoby, której dane dotyczą. Administrator i podmiot przetwarzający mogą postanowić skorzystać z umowy indywidualnej lub ze standardowych klauzul umownych, które zostały przyjęte bezpośrednio przez Komisję albo które zostały przyjęte przez organ nadzorczy zgodnie z mechanizmem spójności, a następnie przyjęte przez Komisję. Po zakończeniu przetwarzania w imieniu administratora podmiot przetwarzający powinien – zgodnie z decyzją administratora – zwrócić lub usunąć dane osobowe, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego, któremu podlega podmiot przetwarzający, nakładają obowiązek przechowywania danych osobowych”.

²⁴ J. Bryski, *Umowne powierzenie do przetwarzania...*, op. cit., s. 39–40.

rza te dane jako odrębny administrator od administratora, z którym ma zawartą umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych.

Umowa o powierzeniu przetwarzania danych powinna również określać rodzaje danych osobowych, np. imię, nazwisko, adres e-mail osób fizycznych. Nie jest wystarczające określenie w umowie, że podmiot przetwarzający (np. osoba, która świadczy na podstawie umowy o świadczenie usług na rzecz innego podmiotu usługi obsługi administracyjnej biura) będzie przetwarzał dane osobowe pracowników administratora. Należy wskazać, jakie konkretnie dane będą powierzone podmiotowi przetwarzającego do przetwarzania. Konieczne jest wskazanie w umowie kategorii osób, których dane osobowe będą podlegały przetwarzaniu, np. pracownicy, klienci administratora.

Ustawodawca unijny wyraźnie wskazał, że umowa o powierzeniu przetwarzania danych powinna określać prawa i obowiązki administratora oraz przytoczył przykładowy katalog obowiązków podmiotu przetwarzającego (art. 28 ust. 3 lit. a–h RODO).

Powstaje pytanie, czy administrator i podmiot przetwarzający mogą zastrzec w umowie limit odpowiedzialności odszkodowawczej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez podmiot przetwarzający obowiązków określonych w art. 28 ust. 3 RODO. E. Salami wyraża przekonanie, że art. 82 RODO może być interpretowany na dwa sposoby²⁵. Z jednej strony autor ten wskazuje, że przepis art. 82 RODO może być wykładany w ten sposób, że ograniczenie odpowiedzialności kontraktowej podmiotu przetwarzającego wobec administratora byłoby sprzeczne z zasadą odpowiedzialności administratora/podmiotu przetwarzającego za „całą szkodę” spowodowaną przez nich w toku przetwarzania danych²⁶. Z drugiej, autor wskazuje, że przepis art. 82 RODO dotyczy wyłącznie zasad odpowiedzialności odszkodowawczej administratora lub podmiotu przetwarzającego wobec podmiotu, którego dane są przetwarzane²⁷, a w konsekwencji wprowadzenie do umowy limitu odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych jest zgodne z RODO. J. O'Brien wskazuje, że wiele podmiotów przetwarzających próbuje wprowadzić do umowy limit odpowiedzialności (cap) na poziomie nieprzekraczającym dwunastomiesięcznego wynagrodzenia²⁸. R. Corbet podnosi, że od momentu obowiązywania RODO podmiot przetwarzający dane powinien być bardziej ostrożny, by kiedykolwiek nie zgodzić się na nieograniczoną odpowiedzialność za nieprzestrzeganie przepisów o ochronie danych²⁹. Moim zdaniem, nie ma przeszkód, by w umowie o powierzeniu przetwarzania danych osobowych została wprowadzona klauzula ograniczająca maksymalny poziom odpowiedzialności odszkodowawczej

²⁵ E. Salami, *Examining the Legality of Limitation of Liability Clauses Under the GDPR*, „Computer and Telecommunications Law Review” 2018, no. 24 (8), s. 177–178.

²⁶ Ibidem, s. 177.

²⁷ Ibidem, s. 178–179.

²⁸ J. O'Brien, *GDPR Series: Outsourcing Contracts – All Changed, Changed Utterly?*, „Privacy & Data Protection” 2018, no. 18 (4), s. 4.

²⁹ R. Corbet, *Data Protection Clauses in Contracts – Adapting to GDPR*, „Privacy & Data Protection” 2016, no. 16 (6), s. 10.

podmiotu przetwarzającego wobec administratora za naruszenie przepisów RODO. W praktyce w umowach tych wprowadza się również klauzule, które przewidują dla administratora prawo do regresu wobec podmiotu przetwarzającego na wypadek zasądzenia od administratora odszkodowania na rzecz osoby, której dane były przedmiotem przetwarzania albo w razie nałożenia na administratora kary finansowej przez organ nadzoru.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że w umowach o powierzeniu przetwarzania danych pojawiają się klauzule, które przewidują obowiązek zapłaty przez administratora wynagrodzenia za wykonanie przez podmiot przetwarzający czynności przetwarzania danych opisanych w umowie. Tytułem przykładu w umowach stosowana jest klauzula: „Wynagrodzenie dla Podmiotu Przetwarzającego za wykonywanie czynności określonych niniejszą umową, zawarte jest w miesięcznym wynagrodzeniu ustalonym w § 6 umowy zawartej w dniu ... r. w Warszawie pomiędzy Administratorem a Podmiotem Przetwarzającym”. E. Salami wyraża pogląd, że podmiot przetwarzający nie może domagać się od administratora zapłaty wynagrodzenia za wykonywanie obowiązków, które wynikają z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa³⁰. K. Witkowska-Nowakowska wskazuje, że strony umowy o powierzenie przetwarzania danych osobowych mogą uzgodnić wynagrodzenie z tytułu przetwarzania danych osobowych przez administratora. Nie ulega wątpliwości, że RODO nie rozstrzyga, czy umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych może być odpłatna. Wydaje się, że nie ma przeszkód, by strony przewidziały w umowie o powierzeniu przetwarzania danych osobowych wynagrodzenie dla podmiotu przetwarzającego za przygotowanie infrastruktury do realizacji obowiązków podmiotu przetwarzającego wynikających z RODO. Wydaje się także, że zastrzeżenie w umowie o powierzeniu przetwarzania danych osobowych wynagrodzenia za samo przetwarzanie danych zgodnie z RODO jest możliwe pomimo tego, że podmiot przetwarzający jest zobowiązany do wypełnienia obowiązków opisanych w art. 28 ust. 3 RODO niezależnie od tego, czy należy mu się wynagrodzenie z tego tytułu, czy też nie. Ustalenie w umowie wynagrodzenia dla podmiotu przetwarzającego pozostaje poza obszarem zainteresowania prawa unijnego i może być uregulowane w umowie o powierzeniu przetwarzania danych na zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.).

Przepis art. 28 ust. 3 RODO wymaga, by pomiędzy administratorem a podmiotem przetwarzającym została zawarta umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych, o ile do przetwarzania nie dochodzi na podstawie innego instrumentu prawnego. Powstaje zatem pytanie, czy powierzenie przetwarzania danych bez podstawy prawnej (tj. umowy bądź innego instrumentu prawnego) jest czynnością prawną nieważną (bezskuteczną). W literaturze jest wyrażany taki pogląd³¹. Można postawić inne pytanie: jakie są skutki prawne pominięcia w umowie o powierzeniu przetwarzania danych któregośkolwiek elementu opisanego w art. 28 ust. 3 RODO? Wydaje się, że brak samej umowy albo brak któregośkolwiek z elementów umowy opisanych w art. 28 ust. 3 RODO nie czyni tej umowy nieważną w całości (bezskutecznej) czy też

³⁰ E. Salami, *Examining the Legality...*, op. cit., s. 179.

³¹ K. Witkowska-Nowakowska, w: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 635.

w części. Zgadzam się z poglądem M. Gutowskiego, który dopuszcza uznanie danej czynności prawnej za nieważną w świetle art. 58 k.c. z powodu sprzeczności z aktem unijnym, jakim jest rozporządzenie³². Niemniej RODO określa sankcje za naruszenie art. 28 RODO w sposób wyczerpujący³³. Wydaje się, że brak któregokolwiek z elementów umowy wskazanego w art. 28 ust. 3 RODO nie czyni umowy o powierzeniu przetwarzania danych nieważną. W art. 83 ust. 4 lit. a RODO zastrzeżono sankcje za naruszenie m.in. przepisów stanowiących o obowiązkach administratora i podmiotu przetwarzającego określonych w art. 28 ust. 3 RODO. W mojej ocenie, sankcje wymienione w art. 83 ust. 4 lit. a RODO stanowią regulację kompleksową i poszukiwanie konsekwencji prawnych naruszenia przez strony umowy art. 28 ust. 3 RODO w przepisach wewnętrznych państw członkowskich nie jest zasadne. Wydaje się, że odwołanie się do sankcji krajowych (tj. art. 58 k.c.) w wypadku naruszenia przez strony umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych wymogów opisanych w art. 28 ust. 3 RODO było sprzeczne z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich, która może obejmować zagadnienia prawa materialnego.

PODSUMOWANIE

W przeciwieństwie do Dyrektywy 95/46 ustawodawca unijny wprowadził w przepisach RODO w sposób bardziej szczegółowy warunki formalne, jakim winna odpowiadać umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych. Jak jednak wskazuje praktyka, stosowanie przepisów RODO w dalszym ciągu budzi wiele kontrowersji, a jak zostało to zasygnalizowane w niniejszym artykule, ustalenie, czy w danym stanie faktycznym pomiędzy stronami dochodzi do powierzenia przetwarzania danych osobowych, a w konsekwencji, czy strony powinny zawrzeć umowę o powierzeniu przetwarzania danych osobowych (o ile podstawą przetwarzania nie jest inny instrument prawny), nie jest zadaniem łatwym. Co więcej, w umowach o powierzeniu przetwarzania danych spotyka się sporo klauzul, które budzą wątpliwości w doktrynie, np. czy powierzenie przetwarzania danych osobowych w ramach umowy powierzenia może być odpłatne. Nie jest również jasne, jakie są skutki pominięcia w umowie o powierzeniu przetwarzania danych osobowych któregokolwiek z elementów opisanych w art. 28 ust. 3 RODO albo czy umowa taka jest bezskuteczna, jeżeli zostanie zawarta z naruszeniem art. 28 ust. 9 RODO³⁴. Rozstrzygnięcie wskazanych problemów wymaga sięgnięcia do zasad prawa unijnego (np. zasady autonomii proceduralnej³⁵) oraz granic, w jakich ustawodawca

³² M. Gutowski, *Sprzeczność z prawem Unii Europejskiej jako przesłanka nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1, s. 120.

³³ Por. art. 83 RODO.

³⁴ Przepis art. 28 ust. 9 RODO stanowi: „Umowa lub innych akt prawny, o którym mowa w art. 3 i 4, mają formę pisemną, w tym formę elektroniczną”.

³⁵ D. Miąsik podnosi, że autonomia proceduralna obejmuje zarówno zagadnienia ustrojowe, jak i *stricte* procesowe, a niekiedy także prawa materialnego. Zob. D. Miąsik, *Zasady ogólne (podstawowe) prawa Unii Europejskiej*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010, s. 241.

unijny uregulował zasady przetwarzania danych osobowych. Jeżeli chodzi o skutki naruszenia RODO w zakresie zarówno zachowania formy umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych (wykluczona jest bowiem forma ustna), jak i wymogów formalnych opisanych w art. 28 ust. 3 RODO, to regulacja unijna jest kompletna. Nie ma potrzeby sięgania do przepisów krajowych, by zidentyfikować, jakie są sankcje na wypadek naruszenia RODO w zakresie, o którym mowa powyżej. Moim zdaniem, nie ma również przeszkód do wprowadzania w umowie o powierzeniu przetwarzania danych osobowych klauzul dodatkowych (np. zastrzeżenia kar umownych na wypadek naruszenia przez podmiot przetwarzający zasad przetwarzania danych osobowych, wynagrodzenia z tytułu przetwarzania danych w imieniu administratora).

BIBLIOGRAFIA

- Bryski J., *Umowne powierzenie do przetwarzania danych osobowych w ustawie o ochronie danych osobowych, dyrektywie 95/46 i w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, w: G. Sibigi (red.), *Ogólne Rozporządzenie o ochronie danych. Aktualne problemy ochrony danych osobowych 2016*, Biblioteka Monitora Prawniczego 2016.
- Cieniak K., *Powierzenie przetwarzania danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 9.
- Cox A., *Data Protection Clauses in Contracts – Adapting to GDPR*, „Privacy & Data Protection” 2016, no. 16 (6).
- Cregan R., Taylor S., *How Much Control Makes a Controller?*, „Privacy & Data Protection” 2018, no. 18 (6).
- Gutowski M., *Sprzeczność z prawem Unii Europejskiej jako przesłanka nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, nr 1.
- Karp G., *Administrator danych osobowych – podmiot decydujący o celach i środkach przetwarzania danych*, „Palestra” 2011, nr 1–2.
- Mednis A., *Komentarz do art. 31 ustawy o ochronie danych osobowych*, w: A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, 1999, LEX.
- Miąsik D., *Zasady ogólne (podstawowe) prawa Unii Europejskiej*, w: A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, Warszawa 2010.
- O’Brien J., *GDPR Series: Outsourcing Contracts – All Changed, Changed Utterly?*, „Privacy & Data Protection” 2018, no. 18 (4).
- Poszwiński Ch., *Risk based approach w ochronie danych osobowych a ryzyka w transakcjach*, „Przełęcz Prawa Handlowego” 2019, nr 4.
- Salami E., *Examining the Legality of Limitation of Liability Clauses Under the GDPR*, „Computer and Telecommunications Law Review” 2018, no. 24 (8).
- Webber M., *The GDPR’s Impact on The Cloud Service Provider as a Processor*, „Privacy & Data Protection” 2016, no. 16 (4).
- Witkowska-Nowakowska K., w: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018.

PERSONAL DATA PROCESSING CONTRACT

Summary

The author of the article describes selected elements of a data processing contract such as the parties to a contract and the subject-matter of processing. Moreover, he analyses contractual clauses that can be found in business practice, e.g. the remuneration for data processing clause or the limitation of a processor's liability for the infringement of contractual provisions, and evaluates them with respect to the compliance with the General Data Protection Regulation.

Keywords: personal data processing contract, personal data, processor's liability, GDPR

UMOWA O POWIERZENIU PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH

Streszczenie

W artykule autor opisał wybrane elementy umowy o powierzeniu przetwarzania danych osobowych, takie jakie strony umowy i przedmiot przetwarzania. Ponadto przeanalizowano tu spotykane w obrocie gospodarczym klauzule umowne, jak np. klauzulę odpłatności przetwarzania danych, granic odpowiedzialności podmiotu przetwarzającego za naruszenie postanowień umowy, poddając je ocenie pod kątem zgodności z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych osobowych.

Słowa kluczowe: umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych, dane osobowe, odpowiedzialność podmiotu przetwarzającego, RODO

CONTRATO DE ENCARGO DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Resumen

En el presente artículo el autor describe elementos esenciales del contrato de encargo de tratamiento de datos, tales como las partes del contrato, el objeto de tratamiento. Además, el artículo analiza las cláusulas contractuales conocidas en el tráfico mercantil, como p.ej. cláusula de pago por el tratamiento de datos, límites de responsabilidad del sujeto que trata los datos por la infracción del contrato, valorándolas desde el punto de vista de conformidad con el reglamento de protección de datos.

Palabras claves: contrato de encargo de tratamiento de datos personales, datos personales, responsabilidad por el sujeto que trata los datos, RGPD

ДОГОВОР О ПОРУЧЕНИИ ОБРАБОТКИ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

Резюме

В данной статье автор рассматривает отдельные элементы договора по аутсорсингу обработки персональных данных, а именно: стороны договора, объект обработки. Кроме того, в статье анализируются договорные положения, встречающиеся в хозяйственной практике, как например: пункт об плате за обработку данных, пределы ответственности обработчика за нарушение положений договора. Оценивается их соответствие Общему регламенту ЕС по защите персональных данных.

Ключевые слова: договор поручения обработки персональных данных, персональные данные, ответственность субъекта осуществляющего обработку персональных данных, Общий регламент ЕС по защите персональных данных

DER VERTRAG ÜBER DIE DATENVERARBEITUNG IM AUFTRAG

Zusammenfassung

Im vorliegenden Artikel beschreibt der Autor ausgewählte Vertragsbestandteile des Auftragsdatenverarbeitungs-Vertrages, wie beispielsweise die Parteien der Vereinbarung und den Gegenstand der Datenverarbeitung. Darüber hinaus werden in dem Beitrag im Geschäftsverkehr übliche Vertragsklauseln, wie die Klausel über die Vergütung der Datenverarbeitung, und die Grenzen der Haftung des Auftragsverarbeiters für Verstöße gegen die Vertragsbedingungen analysiert und diese einer Bewertung hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der Datenschutz-Grundverordnung unterzogen.

Schlüsselwörter: Vertrag über die Datenverarbeitung im Auftrag, Auftragsdatenverarbeitungs-Vertrag, personenbezogene Daten, Rechenschaftspflicht des Auftragsverarbeiters, DSGVO

CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE DES DONNÉES PERSONNELLES

Résumé

Dans cet article, l'auteur décrit certains éléments du contrat de sous-traitance des données personnelles, tels que les parties au contrat, l'objet du traitement. En outre, l'article analyse les clauses contractuelles rencontrées dans les transactions commerciales, telles que la clause relative au paiement du traitement des données, des limites de la responsabilité du sous-traitant en cas de violation des dispositions contractuelles, les soumettant à une évaluation de leur conformité au règlement général sur la protection des données.

Mots-clés : contrat de sous-traitance de données à caractère personnel, données à caractère personnel, responsabilité du sous-traitant, GDPR

IL CONTRATTO DI AFFIDAMENTO DEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Sintesi

Nel presente articolo l'autore ha descritto elementi scelti del contratto di affidamento del trattamento dei dati personali, come le parti del contratto, l'oggetto del trattamento. Inoltre nell'articolo ha analizzato le clausole contrattuali utilizzate nei rapporti commerciali, come ad esempio la clausola di remunerazione del trattamento dei dati, dei limiti della responsabilità del responsabile del trattamento per la violazione delle norme contrattuali, valutandole sotto l'aspetto della conformità al regolamento sulla protezione dei dati personali.

Parole chiave: contratto di affidamento del trattamento dei dati personali, dati personali, responsabilità del responsabile del trattamento, GDPR

Cytuj jako: Brzeziński P., Personal data processing contract [Umowa o powierzeniu przetwarzania danych osobowych], „Ius Novum” 2019, vol. 13, nr 4, s. 199–211. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.49/p.brzezinski

Cite as: Brzeziński, P. (2019). 'Personal data processing contract'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 199–211. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.49/p.brzezinski

GŁOSA
DO POSTANOWIENIA
SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z DNIA 24 STYCZNIA 2018 R., II KK 10/181

JACEK KOSONOGA *

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.50/kosonoga

Czas popełnienia czynu jest jednym z elementów strony przedmiotowej przestępstwa. Podlega on ustaleniu przez sąd i może być określony inaczej niż w opisie czynu zarzucanego w akcie oskarżenia, jeśli dowody przeprowadzone na rozprawie taką zmianę uzasadniają. Samo ustalenie, że zdarzenie (zdarzenia) objęte oskarżeniem miały miejsce w innym czasie, niż przyjęto w akcie oskarżenia, jest dopuszczalne i nie świadczy wcale o wyjściu poza granice skargi oskarżyciela.

W analizowanym postanowieniu Sąd Najwyższy odniósł się do kwestii czasu popełnienia przestępstwa jako elementu jego strony przedmiotowej. W szczególności rozważał zarzut wyjścia poza granice aktu oskarżenia przez odmienne aniżeli w skardze prokuratorskiej określenie w wyroku granic czasowych czynu.

Obrońca oskarżonego zarzucił naruszenia art. 14 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. oraz art. 399 § 1 k.p.k. przez przyjęcie, że oskarżony dopuścił się zarzucanego czynu w okresie od lutego 2015 r. do 31 sierpnia 2015 r. w sytuacji, gdy akt oskarżenia obejmował jedynie okres od czerwca 2015 r. do 31 sierpnia 2015 r., co – w jego ocenie – stanowić miało naruszenie zasady skargowości ze względu na brak skargi uprawnionego oskarżyciela w zakresie odnoszącym się do zachowań oskarżonego pomiędzy lutym a czerwcem 2015 r., którego to okresu akt oskarżenia nie opisywał. Jak podniesiono w kasacji – rolą oskarżonego w procesie karnym nie jest obrona przed hipotetycznym zarzutem, lecz zarzutem precyzyjnie określonym skargą prokuratorską w zakresie zarówno opisu zachowania oskarżonego, jak i czasu, w jakim tego zachowania oskarżony miałby się dopuścić, przy czym kon-

* Dr hab., profesor w Katedrze Prawa Karnego Uczelni Łazarskiego w Warszawie, e-mail: jacek.kosonoga@lazarski.pl; ORCID: 0000-0001-7348-944X

¹ LEX nr 2439961.

sekwencją tego uchybienia jest wystąpienie bezwzględnej przyczyny odwoławczej opisanej w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., tym bardziej że oskarżony stał pod zarzutem z art. 190a § 1 k.k., przy którego badaniu czas trwania inkryminowanego zachowania jest istotny dla oceny wypełnienia znamion tego typu czynu zabronionego.

Sąd Najwyższy nie podzielił tej argumentacji, zasadnie podnosząc, że zgodnie z zasadą skargowości (art. 14 § 1 k.p.k.) ramy postępowania jurysdykcyjnego są określone przez zdarzenie historyczne opisane w akcie oskarżenia, a nie przez poszczególne elementy tego opisu. Czas popełnienia czynu jest jednym z elementów strony przedmiotowej przestępstwa. Podlega on ustaleniu przez sąd i może być określony inaczej niż w opisie czynu zarzucanego w akcie oskarżenia, jeśli dowody przeprowadzone na rozprawie taką zmianę uzasadniają. Samo ustalenie, że zdarzenie (zdarzenia) objęte oskarżeniem miały miejsce w innym czasie, niż przyjęto w akcie oskarżenia, jest dopuszczalne i nie świadczy o wyjściu poza granice skargi oskarżyciela.

Twierdzeniu temu nie przeczy także zasada skargowości, z której z jednej strony wynika, iż sąd nie może wyjść poza granice oskarżenia, ponieważ inicjatywa ścigania należy do oskarżyciela i tylko oskarżyciel określa ramy oskarżenia; nie może np. orzekać w sprawie oskarżonego nieobjętego aktem oskarżenia ani też w odniesieniu do czynu, który nie jest przedmiotem skargi². Z drugiej jednak strony określony w akcie oskarżenia czyn ma charakter hipotetyczny, a wersja wydarzeń przedstawiona przez oskarżyciela i ich kwalifikacja prawna nie mogą być uznane za ostateczne. Właśnie temu służy rozprawa, by umożliwić weryfikację tej hipotezy. Kwalifikacja prawna zaproponowana przez prokuratora stanowi jedynie pogląd prawny na zarzucany czyn³, co do którego sąd zajmuje samodzielne stanowisko. Jest to jego uprawnienie, a zarazem obowiązek⁴. Przedmiotem procesu nie jest także opis czynu dokonany przez prokuratora w akcie oskarżenia, lecz czyn przestępny, który faktycznie miał miejsce i na którego istnienie wskazywał akt oskarżenia⁵.

Akt oskarżenia jako skarga zasadnicza określa zatem ramy procesu, jednak nie wyznacza ich ani przyjęty w akcie oskarżenia opis czynu zarzucanego oskarżonemu, ani też wskazana tam kwalifikacja prawna⁶. Granice oskarżenia

² Zob. postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2006 r., II KK 304/06, OSNwSK 2006, poz. 2403.

³ Zob. S. Waltoś, *Akt oskarżenia w procesie karnym*, Warszawa 1963, s. 45 i n.; S. Stachowiak, *Funkcje zasady skargowości w polskim procesie karnym*, Poznań 1975, s. 208.

⁴ Wyrok SN z dnia 8 września 2016 r., III KK 294/16, OSN „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11, poz. 16.

⁵ Wyrok SA w Łodzi z dnia 24 listopada 1999 r., II Aka 176/99, „Biuletyn PA w Łodzi” 1999, nr 9, s. 15.

⁶ Szerzej w doktrynie zob. m.in.: P. Hofmański, S. Zabłocki, *Granice skargi oskarżycielskiej w świetle orzecznictwa*, w: A. Gerecka-Żołyńska, P. Górecki, H. Paluszkiwicz, P. Wiliński (red.), *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi S. Stachowiakowi*, Warszawa 2008, s. 133–150; P. Kardas, *O zależnościach między prawem materialnym i procesowym na przykładzie tożsamości czynu w prawie karnym*, w: J. Skorupka (red.), *Zrzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Z. Świdwy*, Warszawa 2009, s. 718–746;

P. Kardas, *Materialnoprawne i proceduralne ujęcia tożsamości czynu w prawie karnym. Komplementarne czy alternatywne modele tożsamości?*, w: Z. Jędrzejewski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek, M. Królikowski (red.), *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Profesora L. Gardockiego*, Warszawa 2014, s. 153–172; A. Pilch, *Kryteria tożsamości czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 48–70;

wyznacza zdarzenie historyczne, na którym zasadza się oskarżenie. Chodzi o zdarzenie stanowiące wyłącznie bazę dla określenia czynu zarzucanego oskarżonemu⁷; czyn rzeczywisty, czyli zdarzenie obiektywne⁸.

Zdarzenie historyczne jest pojęciem o szerszym znaczeniu aniżeli pojęcie „czynu” oskarżonego, polegającego na jego konkretnym działaniu lub zaniechaniu. Sąd może zatem dokonać odmiennych ustaleń w sprawie i nadać inną kwalifikację prawną, o ile zachowana zostanie tożsamość wyznaczona faktycznymi ramami tegoż zdarzenia⁹. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że zachodzi ona wtedy, gdy w miejsce czynu zarzucanego w ramach tego samego zdarzenia historycznego można przypisać oskarżonemu czyn, nawet ze zmienionym opisem i jego oceną prawną, ale mieszczący się w tym samym zespole zachowań człowieka¹⁰. Warunkiem pozostania w granicach oskarżenia jest to, aby opisy czynu zarzucanego i przypisanego chociażby częściowo miały jakiś wspólny obszar; konieczne jest istnienie choć części wspólnych znamion czynu zarzucanego i przypisanego. Podstawa faktyczna odpowiedzialności, na której zbudowane zostało oskarżenie, tylko wtedy nie ulegnie zmianie, gdy choćby część działania lub zaniechania przestępnego pokrywa się z działaniem lub zaniechaniem przestępczym zarzucanym w akcie oskarżenia¹¹. Oceniając tę kwestię z innej perspektywy, podnosi się, że identyczność czynu jest wyłączona, jeśli w porównywalnych jego określeniach zachodzą tak istotne różnice, że według rozsądnej życiowej oceny nie można ich uznać za określenia tego samego zdarzenia faktycznego¹².

W praktyce orzecniczej do zmiany opisu czynu przypisanego w porównaniu z opisem czynu zarzucanego, także przy zakresłaniu jego ram czasowych, dochodzi w bardzo wielu sprawach. Nie świadczy to jednak o orzekaniu poza granicami oskarżenia¹³.

M. Rogalski, *Tożsamość czynu w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6, s. 49–64; M. Rogalski, *Kryteria tożsamości czynu w skargowym procesie karnym*, w: A. Gerecka-Zołyńska, P. Górecki, H. Paluszkiwicz, P. Wiliński (red.), *Skargowy model procesu karnego...*, op. cit., s. 307–321; M. Rogalski, *Niezmiennność i niepodzielność przedmiotu procesu a tożsamość czynu*, w: W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marina Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013, s. 999–1011; M. Rusinek, *Kilka uwag o „tożsamości czynu”*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 557–563; S. Zabłocki, *Granice skargi oskarżycielskiej przy przestępstwach zbiorowych*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 551–556.

⁷ Wyrok SN z dnia 9 czerwca 2005 r., V KK 446/04, „Biuletyn Prawa Karnego” 2005, nr 3, poz. 1.2.2.

⁸ Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 września 2008 r., II AKa 231/08, „Biuletyn SA w Katowicach” 2008, nr 4; postanowienie SN z dnia 5 czerwca 2007 r., II KK 91/07, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 10, poz. 38.

⁹ Postanowienie SN z dnia 19 października 2010 r., III KK 97/10, OSNKW 2011, nr 6, poz. 50.

¹⁰ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 29 października 2008 r., II AKz 777/08, OSN „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8, poz. 43; postanowienie SN z dnia 19 października 2010 r., III KK 97/10, OSNKW 2011, nr 6, poz. 50; wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2009 r., II KK 329/07, OSNwSK 2009, poz. 880.

¹¹ S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 447, cyt. przez W. Waltoś, *Zarys systemu*, wyd. 7, Warszawa 2003, s. 25.

¹² Wyrok SN z dnia 2 marca 2011 r., III KK 366/10, OSNKW 2011, nr 6, poz. 51.

¹³ Zob. wyrok SN z dnia 30 października 2012 r., II KK 9/12, LEX nr 1226693.

Nie stanowi zatem wyjścia poza granice oskarżenia modyfikacja opisu zarzucanego czynu w zakresie czasu, miejsca, sposobu i okoliczności jego popełnienia oraz skutków, a zwłaszcza wysokości powstałej szkody czy tożsamości osoby pokrzywdzonej przestępstwem przeciwko mieniu, jeśli tylko bezsporne będzie, że chodzi o to samo zdarzenie faktyczne, którego objęcie ściganiem stanowiło wyraz woli oskarżyciela¹⁴. Nie jest także wyjściem poza te granice dokonanie w toku przewodu sądowego odmiennych niż przyjęte w akcie oskarżenia ustaleń faktycznych co do: okoliczności mającej decydować o surowszej kwalifikacji prawnej¹⁵; wartości przedmiotu przestępstwa¹⁶; wysokości szkody¹⁷; zamiaru¹⁸; sposobu działania poszczególnych sprawców¹⁹; daty²⁰, w tym siedmiodniowego przesunięcia w jej ustaleniu²¹; okresu popełnienia czynu²², w tym wprowadzenia nowego elementu do czynu ciągłego, który rzutuje na oznaczenie czasu jego popełnienia²³, powstałych skutków²⁴, a także: dodanie do opisu czynu określonych znamion²⁵, lub opisanie czynu przy użyciu znamion właściwie określających zachowanie sprawcy²⁶; przyjęcie, że zarzucone oskarżonemu czyny stanowią jedno przestępstwo²⁷; uznanie przypisanego czynu za formę zjawiskową (pomocnictwa) zamiast postaci sta-

¹⁴ Wyrok SN z dnia 4 stycznia 2006 r., IV KK 376/05, OSNwSK 2006, poz. 35; wyrok SN z dnia 21 września 2006 r., V KK 10/06, LEX nr 196961; wyrok SN z dnia 2 marca 2001 r., III KK 366/10, OSNKW 2011, nr 6, poz. 51; postanowienie SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II KK 96/05, LEX nr 172202, postanowienie SN z dnia 19 października 2006 r., II KK 246/06, LEX nr 202125; postanowienie SN z dnia 5 lutego 2002 r., V KKN 473/99, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 34; uchwała SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 15/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 55.

¹⁵ Zob. wyrok SN z dnia 17 lipca 1973 r., V KRN 264/73, OSNKW 1973/12, poz. 163.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 17 listopada 1972 r., II KR 162/72, OSNKW 1973, nr 4, poz. 46.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 25 czerwca 2008 r., IV KK 39/08, OSN „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, poz. 21.

¹⁸ Postanowienie SN z dnia 11 marca 2010 r., V KK 344/09, OSN „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 9, poz. 4.

¹⁹ Wyrok SA z dnia 23 września 1994 r., II KRN 173/94, OSNKW 1995, nr 1–2, poz. 9.

²⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 5 września 2001 r., II AKa 150/01, OSN „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 11, poz. 24; wyrok SA w Krakowie z dnia 17 marca 2015 r., II AKa 24/15, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2015, nr 4, poz. 92; postanowienie SN z dnia 21 stycznia 2009 r., II KK 200/08, „Biuletyn PK” 2009, nr 3, poz. 1.2.11.

²¹ Postanowienie SN z dnia 6 sierpnia 2008 r., V KK 248/08, „Biuletyn PK” 2008, nr 12, poz. 1.2.13.

²² Zob. wyrok SN z dnia 11 maja 1984 r., Rw 262/84, OSNKW 1985, nr 1–2, poz. 10; wyrok SN z dnia 22 kwietnia 1986 r., IV KR 129/86, OSNPG 1986, nr 12, poz. 167; wyrok SN z dnia 19 marca 1997 r., IV KKN 4/97, „Wokanda” 1997, nr 9, s. 15; postanowienie SN z dnia 30 września 2003 r., III KK 194/02, niepubl.; wyrok SN z dnia 4 stycznia 2006 r., IV KK 376/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 35; postanowienie SN z dnia 21 sierpnia 2012 r., III KK 217/12, „Biuletyn PK” 2012, nr 9, poz. 7; postanowienie SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II KK 96/05, LEX nr 172202; wyrok SN z dnia 25 czerwca 2008 r., IV KK 39/08, OSN „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, poz. 21.

²³ Postanowienie SN z dnia 27 września 2013 r., II KK 245/13, LEX nr 1391478.

²⁴ Wyrok SN z dnia 25 czerwca 2008 r., IV KK 39/08, OSN „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, poz. 21.

²⁵ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 12 października 2005 r., II AKz 625/05, OSN „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 4, poz. 44; odmiennie jednak postanowienie SN z dnia 24 kwietnia 2007 r., IV KK 58/07, OSNwSK 2007, poz. 924.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 7 sierpnia 2013 r., II KK 15/13, „Biuletyn SN” 2013, nr 8, poz. 1.2.1.

²⁷ postanowienie SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II KK 96/05, LEX nr 172202.

dialnej (usiłowania)²⁸; powiązanie czynności sprawczej przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie, z innym obowiązkiem oskarżonego (art. 2 k.k.) niż wskazany w czynie zarzuconym²⁹; odmienne ustalenie sądu co do własności przedmiotu czynności wykonawczej³⁰ czy też sposobu działania sprawcy³¹ i jego roli w zdarzeniu³².

Odrębną kwestią jest problematyka przestępstw o alternatywnie określonych znamionach czynności wykonawczej, gdy oskarżyciel zarzuca przestępstwo polegające na wypełnieniu znamion jednego z członów alternatywy, natomiast sąd przypisuje przestępstwo polegające na wypełnieniu, obok znamion odpowiadających opisowi czynu sformułowanemu w akcie oskarżenia, także znamiona charakteryzujące drugi z członów alternatywy. W orzecznictwie trafnie wskazuje się, że nie jest wówczas możliwe abstrakcyjne rozstrzygnięcie, czy zachowana została tożsamość czynu zarzucanego i przypisanego. Od sytuacji, w której istotnie, poprzez odwołanie się w wyroku do obu alternatywnie określonych znamion czynności wykonawczej, dochodzi do ustalenia przez organ procesowy, że sprawca dopuścił się dwóch niepozostających ze sobą w związku zachowań, składających się na odrębne zdarzenia historyczne i naruszających dwie odrębne, chociaż zamieszczone w tym samym przepisie, normy sankcjonowane, odróżnić należy bowiem sytuację, w której spełnienie jednej z czynności wykonawczych pozostaje w tak ścisłym związku z drugą wymienioną w wyroku czynnością wykonawczą, iż składają się one na jeden czyn, stanowiący przedmiot skargi prokuratorskiej³³.

Należy również zwrócić uwagę, że ocena granic oskarżenia musi być dokonywana w kontekście całego prowadzonego postępowania, a zatem także z uwzględnieniem stosownych decyzji procesowych, jakie zapadają na etapie postępowania przygotowawczego. Jeżeli wobec tego organ prowadzący postępowanie przygotowawcze i wnoszący akt oskarżenia, w drodze stosownego orzeczenia, wyraźnie rozstrzygnie o wyłączeniu z tego zachowania określonego jego fragmentu (do odrębnego postępowania), to takie ograniczenie skargi publicznej jest wiążące dla sądu³⁴. W sytuacji zatem, gdy oskarżyciel, mający pełną wiedzę o poszczególnych zachowaniach osoby podejrzanej, a następnie podejrzanego, ogranicza w postępowaniu przygotowawczym, a później w akcie oskarżenia, zakres, w jakim decyduje się go oskarżyć, to uznać należy, że sąd nie może wykroczyć poza granice przedmiotowe takiej skargi³⁵. Tak wytworzoną sytuację procesową może zmienić tylko inna decyzja uprawnionego organu o połączeniu postępowań (art. 33 k.p.k.) lub rozszerzeniu aktu oskarżenia (art. 398 k.p.k.) – o ile spełnione zostały przesłanki ustawowe³⁶.

²⁸ Postanowienie SN z dnia 7 sierpnia 2013 r., II KK 15/13, „Biuletyn SN” 2013, nr 8, poz. 1.2.1.

²⁹ Postanowienie SN z dnia 5 lutego 2002 r., V KKN 473/99, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 34.

³⁰ Postanowienie SN z dnia 2 kwietnia 2003 r., V KK 281/02, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 59.

³¹ Postanowienie SN z dnia 30 sierpnia 2001 r., V KKN 111/01, LEX nr 51844.

³² Postanowienie SN z dnia 12 stycznia 2006 r., II KK 96/05, LEX nr 172202.

³³ Postanowienie SN z dnia 21 marca 2013 r., III KK 267/12, OSNKW 2013, nr 3, poz. 58.

³⁴ Wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2017 r., V KK 330/16, LEX nr 2270908.

³⁵ Wyrok SN z dnia 14 kwietnia 2016 r., V KK 458/15, LEX nr 2294600.

³⁶ Wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2017 r., V KK 330/16, LEX nr 2270908.

Dokonana w granicach oskarżenia modyfikacja opisu zarzucanego czynu może prowadzić do konieczności zmiany kwalifikacji prawnej, co z kolei determinuje obowiązek pouczenia o tym stron obecnych na rozprawie (art. 399 § 1 k.p.k.). *Ratio legis* normy wyrażonej w art. 399 § 1 k.p.k. tkwi w tym, by nie zaskakiwać stron rozstrzygnięciami sądu w zakresie oceny prawnej zarzucanego aktem oskarżenia działania, do czego zobowiązuje także zasada lojalności procesowej³⁷. Chodzi więc o zapewnienie oskarżonemu prawa do obrony, niezależnie od tego, czy *in concreto* pouczenie miało rzeczywiście znaczenie dla obrony oskarżonego³⁸. Najczęściej element zaskoczenia, który z reguły powoduje jednocześnie naruszenie prawa do obrony oskarżonego, wiąże się z przyjęciem przez sąd (w granicach oskarżenia) przepisu prawa wypełniającego znamiona innego przestępstwa niż określone w akcie oskarżenia oraz z dodaniem do uwidocznionego w zarzucie innego jeszcze przepisu pozostającego w zbiegu kumulatywnym lub w związku z przepisami wskazanymi w akcie oskarżenia, a także wyniku uznania, że czyn zarzucony oskarżonemu stanowi przestępstwa pozostające w zbiegu realnym³⁹.

Gwarancyjny wymóg ostrzeżenia stron o możliwości subsumcji prawnej odmiennej niż wskazana w oskarżeniu (art. 399 § 1 k.p.k.) jest spełniony, gdy sąd sygnalizuje taką możliwość w jakiegokolwiek formie, choćby bliżej tego nie adresując ani nie precyzując. Gdyby nie było to wystarczające, obecne strony mogą wnosić o bardziej wyraźną wypowiedź⁴⁰.

Co oczywiste, przewidziany w tym przepisie obowiązek uprzedzenia obecnych na rozprawie stron aktualizuje się nie tylko w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, ale także – w zw. z art. 458 k.p.k. – w postępowaniu odwoławczym⁴¹, i to nie tylko na rozprawie ale – przy odstąpieniu od wykładni językowej na rzecz wykładni funkcjonalnej – także w innej fazie postępowania, np. na posiedzeniu wyznaczonym na podstawie art. 339 § 3 k.p.k. w zw. z art. 349 k.p.k.⁴² Wobec

³⁷ Szerzej zob. m.in.: M. Cioczek, *Zmiana kwalifikacji prawnej czynu na rozprawie (kwestie wybrane)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, t. XIV, s. 1147–1160; E. Klimowicz-Górowska, *Zmiana kwalifikacji prawnej a niezmiennosc przedmiotowych granic rozpoznania sprawy*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 564–567; T. Kozioł, *O stosowaniu art. 399 k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 4, s. 25–48; M. Skwarcow, *Wybrane zagadnienia zmiany kwalifikacji prawnej czynu na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4, s. 74–97; S. Stachowiak, P. Wiliński, B. Janusz-Pohl, *Zmiana kwalifikacji prawnej w toku postępowania karnego*, w: Z. Ćwiakalski, G. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji zmian*, Warszawa 2009, s. 108–137.

³⁸ Wyrok SN z dnia 14 marca 2008 r., IV KK 436/07, „Studia Iuridica Lublinensia” 2009, t. XII, s. 281–283, z głosem M. Cioczka (apr.), „Studia Iuridica Lublinensia” 2009, t. XII, s. 281–289; zob. również wyrok SA w Łodzi z dnia 22 czerwca 2006 r., II AKA 96/06, OSN „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7–8, poz. 51.

³⁹ Wyrok SN z dnia 16 marca 2004 r., III KK 353/03, OSN „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 10, poz. 11.

⁴⁰ Wyrok SA w Krakowie z dnia 6 grudnia 2001 r., II AKA 189/01, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 2, poz. 41.

⁴¹ Wyrok SN z dnia 17 lipca 2002 r., III KKN 485/99, OSN „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 2, poz. 7.

⁴² Uchwała SN z dnia 16 listopada 2000 r., I KZP 35/2000, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 92; R.A. Stefański (apr.), *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2000 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2001, nr 2, s. 102.

faktu, iż z mocy art. 442 § 3 k.p.k. sąd rozpoznający sprawę ponownie związany jest zapatrywaniami prawnymi sądu odwoławczego, w tym także zapatrywaniami co do kwalifikacji prawnej, obowiązek uprzedzenia stron o możliwości przyjęcia odmiennej kwalifikacji prawnej niż przyjęta w akcie oskarżenia (art. 399 § 1 k.p.k.) nie ciąży natomiast na sędzię w postępowaniu ponownym, jeśli tylko przyjmuje kwalifikację prawną zgodnie z zapatrywaniem sądu odwoławczego⁴³.

Powszechnie przyjmuje się, iż zaniedbanie powinności uprzedzenia stron o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej badanego czynu nie zawsze i nie w każdej sytuacji będzie stanowiło obrazę przepisów postępowania istotną w orzekaniu odwoławczym, ale tylko wtedy, gdy mogło to mieć wpływ na treści wyroku sądu I instancji⁴⁴, tym bardziej nie będzie to każdorazowo rażące naruszenie przepisów, które mogło mieć wpływ na treść orzeczenia w rozumieniu art. 523 § 1 k.p.k.⁴⁵

Obowiązek pouczenia w trybie art. 399 k.p.k. dotyczy jedynie sytuacji, w której zachodzi możliwość zakwalifikowania czynu według innego przepisu prawnego, nie zaś możliwość zmiany opisu czynu w ramach tej samej kwalifikacji prawnej⁴⁶. Przepis art. 399 k.p.k. nie będzie miał także zastosowania w sytuacji, gdy na podstawie okoliczności, które wyszły na jaw w toku rozprawy, okaże się, że oskarżonemu należy zarzucić inny czyn oprócz objętego aktem oskarżenia (art. 398 k.p.k.). Pouczenie stron o zmianie kwalifikacji prawnej w żadnej mierze nie dotyczy bowiem historycznie innego wycinka rzeczywistości, składającego się na odrębny czyn oskarżonego wyjściowo nieobjęty skargą prokuratorską. W orzecznictwie wskazuje się w związku z tym, że poszerzanie zmian opisu czynu przez sąd, który *de facto* wykracza poza granice oskarżenia, nie może być konwalidowane w granicach art. 399 § 1 k.p.k. i stanowi rażące naruszenie prawa powodujące konieczność uchylecia wyroku, jeżeli spełnione zostały jednocześnie wymogi przewidziane w art. 398 § 1 k.p.k. dotyczące możliwości rozpoznania w tym samym postępowaniu innego czynu za zgodą oskarżonego⁴⁷.

W konkretnym układzie procesowym słusznie wskazuje się, że jeżeli oskarżyciel zarzucił oskarżonemu zachowanie – jak się okazało – dozwolone, w szczególności działanie w ramach ustawowego kontratypu znoszącego bezprawność tego zachowania, to inne zachowanie wypełniające znamiona czynu zabronionego całkowicie

⁴³ Wyrok SN z dnia 7 października 2008 r., II KK 62/08, OSNKW 2008, nr 12, poz. 102.

⁴⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 28 września 2006 r., II AKA 135/06, OSN „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, poz. 30; wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 kwietnia 2014 r., II AKA 14/14, OSN „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 4, poz. 37.

⁴⁵ Postanowienie SN z dnia 7 lutego 2002 r., V KKN 185/99, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 45; postanowienie SN z dnia 18 grudnia 2008 r., II KK 157/08, OSN „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 5, poz. 18.

⁴⁶ Zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 21 listopada 2002 r., II AKA 232/02, OSN „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 2, poz. 26; wyrok SA w Lublinie z dnia 30 października 2003 r., II AKA 100/03, „Przegląd Orzecznictwa PA w Lublinie” 2004, nr 26, poz. 43; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2013 r., III KK 234/13, LEX nr 1375217; wyroki SA w Szczecinie z dnia 12 września 2013 r., II AKA 151/13, LEX nr 1378838, i z dnia 5 czerwca 2014 r., II AKA 85/14, LEX nr 1477320; wyrok SA w Łodzi z dnia 31 marca 2016 r., II AKA 280/15, OSN „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 4, poz. 26.

⁴⁷ Zob. wyrok SN z dnia 19 czerwca 2001 r., II KKN 506/98, „Gazeta Sądowa” 2001, nr 12, s. 32 z glosą M. Skworcowa (apr.), „Palestra” 2005, nr 5–6, s. 284–290.

znajduje się poza granicami wyznaczonymi przez art. 399 § 1 k.p.k., czyli granicami oskarżenia. Stąd też, w razie stwierdzenia, że oskarżony działał w obronie koniecznej, rozpoznanie oskarżenia o czyn z art. 162 § 1 k.k. popełniony wobec sprawcy zamachu możliwe jest wyłącznie w trybie art. 398 k.p.k. Jeżeli prokurator oskarżył o zachowanie, które okazało się czynem dozwolonym, to ujawnienie się okoliczności świadczących o popełnieniu przez oskarżonego następnie czynu zabronionego otwierało dwie drogi procedowania: przewidzianą w art. 398 k.p.k. albo określoną w art. 414 § 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.⁴⁸

Za wyjście poza granice oskarżenia – pomimo zrealizowania dyspozycji z art. 399 § 1 k.p.k. – w orzecznictwie uznano także np. zmianę opisu czynu z odpowiadającego zbrodni usiłowania zabójstwa na adekwatny dla występku opis z art. 157 § 2 k.k. przy jednoczesnym skazaniu za dwa inne czyny: groźbę karalną (art. 190 § 1 k.k.) i znieważenie (art. 216 § 1 k.k.). W czynie ocenionym prawnie jako usiłowanie zabójstwa nie da się bowiem odnaleźć przedmiotowych, nie mówiąc już o podmiotowych, znamion występku groźby karalnej i zniewagi⁴⁹.

Nie można także mówić o tożsamości czynów, jeżeli przestępstwo paserstwa (art. 291 k.k.), przypisywane zamiast zarzucanego przestępstwa kradzieży (art. 278 § 1 k.k.) lub kradzieży z włamaniem (art. 279 k.k.), miało miejsce już jakiś czas po tej kradzieży i w okolicznościach niemających nic wspólnego z opisem i podstawą faktyczną czynu zarzucanego jako kradzież lub kradzież z włamaniem. W takim wypadku nie chodzi bowiem tylko o odmienny sposób wejścia w posiadanie rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego, lecz o zupełnie inne zdarzenie faktyczne, w którego ramach doszło do uzyskania takiego posiadania⁵⁰. Nie stanowi natomiast wyjścia poza granice oskarżenia przypisanie oskarżonemu przestępstwa przywłaszczenia w miejsce przestępstwa oszustwa, gdy opisy obu zachowań mają wspólny obszar, to jest charakteryzują się identycznością podmiotową i identycznością przedmiotu zamachu oraz tożsamością czasu i miejsca zdarzenia⁵¹.

W orzecznictwie za wątpliwe uznano również przypisanie oskarżonemu czynu popełnionego przez zaniechanie i zakwalifikowanie go z art. 162 k.k. w sytuacji pierwotnego zarzucenia mu czynów z art. 207 k.k. i art. 156 k.k.⁵² Naruszeniem zasady niezmienności przedmiotu procesu, tzn. wyjściem poza ramy oskarżenia, byłoby także przypisanie sprawcy oskarżonemu o udział w pobiciu przestępstwa rozboju⁵³.

Powyższe rozważania dowodzą, że sąd orzekający w sprawie karnej dysponuje znaczną swobodą w kształtowaniu przedmiotowo-podmiotowego opisu oraz oceny

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 9 czerwca 2005 r., V KK 446/04, „Biuletyn Prawa Karnego” 2005, nr 3, poz. 1.2.2.

⁴⁹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 6 listopada 2000 r., II AKA 175/00, OSN „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 1–2, poz. 29 i OSN „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 6, poz. 26.

⁵⁰ Postanowienie SN z dnia 14 lipca 2011 r., IV KK 139/11, OSNKW 2011, nr 9, poz. 84.

⁵¹ Wyrok SN z dnia 5 maja 2015 r., IV KK 412/14, OSN „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 6, poz. 18.

⁵² Wyrok SA w Katowicach z dnia 8 września 2011 r., II AKA 239/11, OSN „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, poz. 32.

⁵³ Wyrok SN z dnia 17 grudnia 1999 r., IV KKN 512/99, OSN „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 6, poz. 10.

prawnej zachowania oskarżonego w ramach zdarzenia historycznego będącego podstawą orzekania i przedmiotem procesu. Sama tylko zmiana w zakresie daty czynu, czy też jego ram czasowych nie stanowi wyjścia poza granice oskarżenia i nie narusza zasady skargowości.

BIBLIOGRAFIA

- Cioczek M., *Zmiana kwalifikacji prawnej czynu na rozprawie (kwestie wybrane)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, t. XIV.
- Hofmański P., Zabłocki S., *Granice skargi oskarżycielskiej w świetle orzecznictwa*, w: A. Gerecka-Żołyńska, P. Górecki, H. Paluszkiwicz, P. Wiliński (red.), *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi S. Stachowiakowi*, Warszawa 2008.
- Kardas P., *Materialnoprawne i proceduralne ujęcia tożsamości czynu w prawie karnym. Komplementarne czy alternatywne modele tożsamości?*, w: Z. Jędrzejewski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek, M. Królikowski (red.), *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Profesora L. Gardockiego*, Warszawa 2014.
- Kardas P., *O zależnościach między prawem materialnym i procesowym na przykładzie tożsamości czynu w prawie karnym*, w: J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Z. Świdry*, Warszawa 2009.
- Klimowicz-Górowska E., *Zmiana kwalifikacji prawnej a niezmiennosc przedmiotowych granic rozpoznania sprawy*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.
- Kozioł T., *O stosowaniu art. 399 k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 4.
- Pilch A., *Kryteria tożsamości czynu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12.
- Rogalski M., *Kryteria tożsamości czynu w skargowym procesie karnym*, w: A. Gerecka-Żołyńska, P. Górecki, H. Paluszkiwicz, P. Wiliński (red.), *Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi S. Stachowiakowi*, Warszawa 2008.
- Rogalski M., *Niezmiennosc i niepodzielność przedmiotu procesu a tożsamość czynu*, w: W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marina Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013.
- Rogalski M., *Tożsamość czynu w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6.
- Rusinek M., *Kilka uwag o „tożsamości czynu”*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.
- Skwarcow M., *Wybrane zagadnienia zmiany kwalifikacji prawnej czynu na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, „Przegląd Sądowy” 2005, nr 4.
- Stachowiak S., Wiliński P., Janusz-Pohl B., *Zmiana kwalifikacji prawnej w toku postępowania karnego*, w: Z. Cwiakalski, G. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji zmian*, Warszawa 2009.
- Zabłocki S., *Granice skargi oskarżycielskiej przy przestępstwach zbiorowych*, w: P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.

GLOSS ON THE SUPREME COURT RULING OF 24 JANUARY 2018, II KK 10/18

Summary

The author of the gloss approves of the thesis expressed in the Supreme Court ruling of 24 January 2018, II KK 10/18, in accordance with which the framework of the jurisdictional proceedings are determined by a historical event described in the indictment and not by particular elements of this description. The time of an act commission is one of the elements of the subjective aspect of an offence. It is subject to determination by a court and may be specified in a different way from that in the description of an act alleged in the indictment, provided that the evidence taken at a trial justifies such a change. The sole finding that the event covered by the indictment took place at the time different from that specified in it is admissible and does not mean going beyond the limits of a prosecutor's complaint. Having analysed the Supreme Court and appellate courts' adjudication practice, the author highlights additional elements of an act description that do not lead to going beyond the limits of an indictment. The gloss also covers the issue of the obligation to inform the parties present at a trial about the possibility of changing the legal classification of an act (Article 399 CPC) and the so-called incidental proceedings in the context of the identity of the act alleged in the indictment and the one attributed in the sentence.

Keywords: limits of the indictment, identity of an act alleged in the indictment and attributed in the sentence, change in the legal classification of an act, incidental proceedings, principle of accusatorial system, immutability of the subject matter of a trial

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 24 STYCZNIA 2018 R., II KK 10/18

Streszczenie

W glosie autor zaakceptował tezę wyrażoną w postanowieniu SN z dnia 24 stycznia 2018 r., II KK 10/18, zgodnie z którą ramy postępowania jurysdykcyjnego są określone przez zdarzenie historyczne opisane w akcie oskarżenia, a nie przez poszczególne elementy tego opisu. Czas popełnienia czynu jest jednym z elementów strony przedmiotowej przestępstwa. Podlega on ustaleniu przez sąd i może być określony inaczej niż w opisie czynu zarzucanego w akcie oskarżenia, jeśli dowody przeprowadzone na rozprawie taką zmianę uzasadniają. Samo ustalenie, że zdarzenia objęte oskarżeniem nastąpiły w innym czasie niż przyjęto w akcie oskarżenia, jest dopuszczalne i nie świadczy wcale o wyjściu poza granice skargi oskarżyciela. Dokonując analizy praktyki orzeczniczej Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, w glosie wskazano na dodatkowe elementy opisu czynu, które nie stanowią wyjścia poza granice oskarżenia. Poruszono także problematykę obowiązku pouczenia stron obecnych na rozprawie o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej czynu (art. 399 k.p.k.) oraz tzw. postępowania wypadkowego w kontekście tożsamości czynu zarzucanego w akcie oskarżenia i przypisanego w wyroku.

Słowa kluczowe: granice oskarżenia, tożsamość czynu zarzucanego w akcie oskarżenia i przypisanego w wyroku, zmiana kwalifikacji prawnej czynu, postępowanie wypadkowe, zasada skargowości, niezmiennosc przedmiotu procesu

COMENTARIO DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ENERO DE 2018, II KK 10/18

Resumen

En el comentario el autor aprueba la tesis expresada en el auto del TS, conforme con la cual los marcos del procedimiento jurisdiccional quedan determinados por el suceso histórico descrito en el escrito de acusación y no por los elementos particulares de dicha descripción. El tiempo de la comisión del hecho constituye uno de los elementos de la parte objetiva de delito. Queda determinado por el tribunal y puede ser fijado de otra forma que en la descripción del hecho imputado en el escrito de acusación, siempre que las pruebas practicadas en la vista oral fundamenten tal modificación. La determinación que los hechos incluidos en la acusación tuvieron lugar en otro momento que descrito en el escrito de acusación es admisible y no excede los límites de la acusación. Analizando la práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo y de tribunales de apelación en el comentario se señalan elementos adicionales de la descripción de los hechos que no exceden los límites de acusación. Se menciona también la obligación de advertir a las partes presentes en la vista sobre la posibilidad de modificación de la calificación legal del hecho (art. 399 del código de procedimiento penal) y la llamada ampliación objetiva de la acusación en cuanto a la identidad del hecho imputado en el escrito de acusación y descrito en la sentencia.

Palabras claves: límites de la acusación, identidad del hecho imputado en el escrito de acusación y descrito en la sentencia, modificación de la calificación legal de los hechos, ampliación objetiva de la acusación, principio acusatorio, invariabilidad del objeto del proceso

КОММЕНТАРИЙ К ПОСТАНОВЛЕНИЮ ВЕРХОВНОГО СУДА ОТ 24 ЯНВАРЯ 2018 ГОДА, II KK 10/18

Резюме

В комментарии автор с одобрением отзываеся о тезисе, содержащемся в обсуждаемом постановлении Верховного суда, согласно которому рамки юрисдикционного процесса определяются имевшим место событием, описанным в обвинительном заключении, а не отдельными элементами этого описания. Момент совершения деяния является одним из элементов объективной стороны преступления. Он подлежит установлению в суде и может быть определен иначе, чем в описании деяния, содержащемся в обвинительном заключении, если такое изменение обосновано доказательствами, рассмотренными в суде. Само по себе установление того факта, что события, описанные в обвинительном заключении, произошли в иной момент времени, чем предполагалось обвинителем,

вполне допустимо и не свидетельствует о выходе за рамки обвинения. В ходе анализа судебной практики Верховного суда и апелляционных судов в комментарии указываются дополнительные элементы описания деяния, которые не выходят за рамки обвинения. Кроме этого, в статье затронута проблематика, связанная с обязанностью разъяснению сторонам, присутствующим на заседании, возможности изменения юридической квалификации деяния (ст. 399 УПК), а также с так называемым дополнительным производством в контексте тождественности деяния, о котором говорится в обвинительном заключении, и деяния, по которому вынесен приговор.

Ключевые слова: рамки обвинения; тождественность деяния, о котором говорится в обвинительном заключении, и деяния, по которому вынесен приговор; изменение юридической квалификации деяния; дополнительное производство; принцип обвинения; неизменность предмета процесса

GLOSSE ZUR ENTSCHEIDUNG DES OBERSTEN GERICHTSHOFS DER REPUBLIK POLEN VOM 24. JANUAR 2018, II KK 10/18

Zusammenfassung

In seiner Glosse befürwortet der Autor die in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Republik Polen, der höchsten Instanz in Zivil- und Strafsachen in der Republik Polen, vom 24. Januar 2018 zum Ausdruck kommende Auffassung, wonach der Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens von dem in der Anklage beschriebenen zurückliegenden Ereignis, nicht aber durch einzelne Elemente der Beschreibung dieser Straftat bestimmt wird. Der Zeitpunkt der Begehung der Tat ist einer der objektiven Tatbestände einer strafbaren Handlung. Er wird durch das Gericht ermittelt und kann anders als in der Beschreibung der strafbaren Straftat in der Anklageschrift angegeben werden, wenn die in der Verhandlung erhobenen Beweise eine derartige Änderung rechtfertigen. Die bloße Feststellung, dass die in der Anklage geschilderten, verfolgten Ereignisse zu einem anderen Zeitpunkt stattgefunden haben als in der Anklageschrift angegeben, ist zulässig und bedeutet keineswegs, dass über die Eingrenzung des Klagegegenstands durch den Ankläger hinausgegangen wird. Bei der Analyse der Rechtspraxis des Obersten Gerichtshofs der Republik Polen und der nationalen Berufungsgerichte wird in der Glosse auf zusätzliche Tatbestandsmerkmale zur Bezeichnung einer Straftat hingewiesen, bei denen die Grenzen des Klagegegenstands nicht überschritten werden. Behandelt wird außerdem die Problematik der Pflicht zur Unterrichtung der in der Verhandlung anwesenden Parteien über die Möglichkeit der Änderung der rechtlichen Qualifizierung der strafbaren Handlung (Artikel 399 der polnischen Strafprozessordnung) und des sogenannten Zwischenverfahrens im Kontext der Identifizierung der in der Anklageschrift vorgeworfenen und im Urteil zugerechneten Straftat.

Schlüsselwörter: Grenzen der Anklage, Eingrenzung des Klagegegenstands, Identifizierung der in der Anklageschrift vorgeworfenen und im Urteil zugerechneten strafbaren Handlung, Änderung der rechtlichen Qualifizierung einer Handlung, Zwischenverfahren, Anklagegrundsatz, Unveränderlichkeit des Prozessgegenstands

COMMENTAIRE À LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU 24 JANVIER 2018, II KK 10/18

Résumé

Dans son commentaire, l'auteur a approuvé la thèse exprimée dans la décision de la Cour suprême du 24 janvier 2018 selon laquelle le cadre de la procédure juridictionnelle est déterminé par un événement historique décrit dans l'acte d'accusation et non par des éléments individuels de cette description. Le moment où l'acte est commis est l'un des éléments du crime en question. Il est soumis à la détermination du tribunal et peut être déterminé différemment de la description de l'infraction dans l'acte d'accusation, si les preuves administrées à l'audience justifient un tel changement. La simple détermination que les événements visés par les poursuites ont eu lieu à un moment différent de celui présumé dans l'acte d'accusation est recevable et ne signifie nullement que la plainte du procureur a été dépassée. Lors de l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême et des cours d'appel, l'auteur a souligné d'autres éléments de la description de l'acte, qui ne constituent pas un dépassement des limites de l'accusation. On a également soulevé la question de l'obligation d'informer les parties présentes à l'audience de la possibilité de modifier la qualification juridique d'un acte (article 399 du code de procédure pénale) et de la soit-disant procédure incidente dans le contexte de l'identité de l'acte reproché dans l'acte d'accusation et attribué dans le jugement.

Mots-clés : limites de l'accusation, l'identité de l'acte reproché dans l'acte d'accusation et attribué dans le jugement, changement de qualification juridique de l'acte, procédure incidente, principe de la procédure accusatoire, invariabilité du sujet du procès

GLOSSA ALL'ORDINANZA DELLA CORTE SUPREMA DEL 24 GENNAIO 2018, II KK 10/18

Sintesi

Nella glossa l'autore ha approvato la tesi espressa nell'ordinanza della Corte Suprema del, secondo la quale l'ambito del procedimento giudiziario è determinato dall'evento storico descritto nell'atto di accusa e non dai singoli elementi di tale descrizione. Il momento della commissione del reato è uno degli elementi sostanziali del reato. Viene determinato dal tribunale e può essere definito diversamente da quanto indicato nella descrizione del reato imputato nell'atto di accusa, se i mezzi di prova assunti all'udienza motivano tale variazione. La determinazione stessa che gli eventi inclusi nell'accusa abbiano avuto luogo in un momento diverso da quanto indicato nell'atto di accusa è ammissibile, e non costituisce affatto un superamento dei limiti del ricorso dell'accusa. Effettuando un'analisi della pratica giurisprudenziale della Corte Suprema e delle corti di appello, nella glossa sono stati indicati elementi aggiuntivi di descrizione del reato, che non costituiscono superamento dei limiti dell'atto d'accusa. È stata anche trattata la questione dell'obbligo di informazione delle parti comparse all'udienza circa la possibilità di modifica della qualificazione giuridica del reato (art. 399 del Codice di pro-

cedura penale) nonché circa il cosiddetto procedimento incidentale, nel contesto della corrispondenza tra il reato imputato nell'atto d'accusa e quello attribuito nella sentenza.

Parole chiave: limiti dell'atto d'accusa, corrispondenza tra il reato imputato nell'atto d'accusa e quello attribuito nella sentenza, modifica della qualificazione giuridica del reato, procedimento incidentale, principio accusatorio, immutabilità del *petitum*

Cytuj jako: Kosonoga J., Gloss on the Supreme Court ruling of 24 January 2018, II KK 10/18 [Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2018 r., II KK 10/18], „*Ius Novum*” 2019, vol. 13, nr 4, s. 213–226. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.50/kosonoga

Cite as: Kosonoga, J. (2019). 'Gloss on the Supreme Court ruling of 24 January 2018, II KK 10/18'. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 213–226. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.50/kosonoga

**UWAGI NA TLE UCHWAŁY
SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z DNIA 19 PAŹDZIERNIKA 2018 R.,
III CZP 45/181**

MAŁGORZATA SEKUŁA-LELENO*

DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.51/m.sekula-leleno

Teza

Rzecz nabyta w trakcie trwania małżeństwa, w którym obowiązuje ustawowa wspólność majątkowa, w części ze środków pochodzących z majątku osobistego jednego z małżonków, a w części z ich majątku wspólnego, wchodzi do majątku osobistego małżonka i do majątku wspólnego małżonków w udziałach odpowiadających stosunkowi środków przeznaczonych z tych majątków na jej nabycie, chyba że świadczenie z majątku osobistego lub majątku wspólnego przekazane na nabycie rzeczy miało charakter nakładu, odpowiednio, na majątek wspólny lub osobisty.

Istota problemu prawnego, jaki powstał na tle przedstawionego w sprawie przez Sąd Okręgowy w Poznaniu Sądowni Najwyższemu zagadnienia prawnego, sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, w skład jakiego majątku wchodzi przedmiot majątkowy nabyty przez małżonków w drodze czynności prawnej częściowo w zamian za składniki majątkowe prowadzące do nabycia majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską, częściowo zaś w zamian za składniki majątkowe pochodzące z majątku osobistego małżonka (majątków osobistych małżonków), co do których ma zastosowanie zasada surogacji.

* Dr, adiunkt w Katedrze Prawa i Postępowania Cywilnego Uczelni Łazarskiego w Warszawie, asystentka sędziego w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego; e-mail: malgorzata.sekula@lazarski.pl; ORCID: 0000-0001-5015-9018

¹ BSN 2018, nr 10, s. 7.

STAN FAKTYCZNY

Głosowana uchwała została podjęta w ramach rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w Poznaniu, którego treścią było ustalenie, w skład jakiego majątku wchodzi przedmiot majątkowy nabyty przez małżonków w drodze czynności prawnej częściowo w zamian za składniki majątkowe prowadzące do nabycia majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską, częściowo zaś w zamian za składniki majątkowe pochodzące z majątku osobistego małżonka (majątków osobistych małżonków), co do których ma zastosowanie zasada surogacji.

Po ostatecznym sprecyzowaniu żądania – w trybie powództwa o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym – powód wniósł o dokonanie w dziale II księgi wieczystej prowadzonej przez Sąd Rejonowy w Szamotułach dla nieruchomości położonej w Rogierówku przy ul. Kościuszki 22 wpisu prawa własności na jego rzecz oraz na rzecz jego byłej żony (pозwanej) w udziałach po 1/2 części, w miejsce dotychczasowego wpisu własności, według którego jedynym właścicielem nieruchomości jest pozwana. Powództwo zostało oparte na twierdzeniu, że nieruchomość została wprawdzie nabyta wyłącznie przez pozwaną, ale ze środków pochodzących z majątku wspólnego, gdy strony pozostawały w związku małżeńskim, w którym panował ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej, a więc stanowiła współwłasność łączną małżonków, zaś po rozwodzie przekształciła się we współwłasność w równych częściach ułamkowych.

Wyrokiem z dnia 11 października 2017 r. Sąd Rejonowy w Szamotułach usunął niezgodność pomiędzy stanem prawnym ujawnionym w księdze wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym nieruchomości przez wpisanie w dziale II księgi wieczystej udziału powoda w prawie własności w wysokości 20/100 oraz przez ograniczenie udziału pozwanej do wysokości 80/100.

Głosowane orzeczenie zapadło w stanie faktycznym, w którym w dniu 5 listopada 2014 r. pozwana zawarła umowę kupna nieruchomości, oświadczając, że nabywa ją z majątku osobistego do majątku osobistego. Zakup nieruchomości został sfinansowany częściowo z majątku osobistego pozwanej, a w pozostałej części z majątku wspólnego stron, w tym z mieszkaniowego kredytu hipotecznego.

W ocenie Sądu, w związku z powyższym, zachodzi niezgodność pomiędzy rzeczywistym stanem prawnym nieruchomości a stanem prawnym ujawnionym w treści księgi wieczystej, którą należało usunąć (art. 10 ust. 1 u.k.w.h.). Prawo własności ujawnione zostało bowiem wyłącznie na rzecz pozwanej, podczas gdy przysługiwało ono także powodowi, gdyż nieruchomość została nabyta w czasie trwania małżeństwa również w części z majątku wspólnego stron (co do kwoty 200 000 zł). Proporcja zaangażowanych środków finansowych pozwoliła ustalić, że nieruchomość w czasie trwania małżeństwa w 60% stanowiła majątek osobisty pozwanej, natomiast w 40% majątek wspólny małżeński. Orzeczenie rozwodu skutkowało przekształceniem majątku wspólnego bezudziałowego we współwłasność udziałową dającą każdemu z byłych małżonków 1/2 części w majątku wspólnym. To z kolei przesądzało o nierównych udziałach stron we współwłasności spornej nieruchomości, mianowicie pozwanej przypadł udział w 80/100 części, natomiast powodowi – w 20/100 części.

Sąd nie podzielił tym samym stanowiska pozwanej, że w wypadku nabycia prawa własności ze środków pochodzących z majątku osobistego oraz częściowo z majątku wspólnego o wejściu do majątku osobistego albo wspólnego decydować winna wielkość zaangażowanego majątku, i jeżeli znacznie przeważa wartość majątku osobistego, to dany przedmiot nie wchodzi do każdego z majątków w częściach ułamkowych proporcjonalnie do zaangażowanych środków, lecz powinien stanowić składnik majątku osobistego z obowiązkiem rozliczenia wobec współmałżonka z wartości zaangażowanego majątku wspólnego.

Sąd Okręgowy w Poznaniu, rozpoznając apelację powoda od wyroku Sądu Rejonowego w Szamotułach z dnia 11 października 2017 r., powziął poważne wątpliwości prawne, którym dał wyraz, występując z przedstawionym na wstępie zagadnieniem prawnym.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Sąd Okręgowy, analizując kwestię rozliczeń majątkowych, wskazał, że w nauce i orzecznictwie ujawniły się różnice poglądów co do tego, do jakiej masy majątkowej należy zaliczyć przedmioty nabyte przez jednego z małżonków w czasie trwania wspólności ustawowej, jednak za środki pochodzące częściowo z majątku wspólnego małżonków, a częściowo z majątku osobistego nabywcy. Według pierwszej przedmioty takie zostają zawsze nabyte do majątku wspólnego małżonków, bez względu na wartość środków z poszczególnych mas majątkowych zaangażowanych w jego nabycie. Według drugiej o tym, do którego majątku wejdzie taki przedmiot, decyduje ustalenie, z której masy majątkowej pochodziła przeważająca ilość środków przeznaczonych na jego nabycie, a według trzeciej, przedmiot nabywany jest w takim wypadku na współwłasność uprawnionego do majątku osobistego i do majątku wspólnego uprawnionych łącznie, a udziały w tej współwłasności ustala się proporcjonalnie do wielkości środków z obu mas majątkowych zaangażowanych w nabycie. Po przedstawieniu argumentacji przytaczanej w literaturze i orzecznictwie przez zwolenników każdej z powyższych koncepcji, Sąd Okręgowy opowiedział się za pierwszą z nich.

Sąd Najwyższy, rozpoznając przedstawione przez Sąd Okręgowy zagadnienie prawne, w tezie uchwały stwierdził, że:

Rzecz nabyta w trakcie trwania małżeństwa, w którym obowiązuje ustawowa wspólność majątkowa, w części ze środków pochodzących z majątku osobistego jednego z małżonków, a w części z ich majątku wspólnego, wchodzi do majątku osobistego małżonka i do majątku wspólnego małżonków w udziałach odpowiadających stosunkowi środków przeznaczonych z tych majątków na jej nabycie, chyba że świadczenie z majątku osobistego lub majątku wspólnego przekazane na nabycie rzeczy miało charakter nakładu, odpowiednio, na majątek wspólny lub osobisty.

GŁOSA

Zasadniczy problem objęty glosowanym orzeczeniem sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie o przynależność poszczególnych przedmiotów do określonych mas majątkowych, co najczęściej odbywa się po ustaniu ustawowej wspólności majątkowej małżeńskiej.

Zdarza się również, co jest objęte przedmiotem niniejszego opracowania, że po powstaniu małżeńskiej wspólności ustawowej dochodzi do nabycia przedmiotu majątkowego na podstawie czynności prawnej dokonanej przez małżonków wspólnie, lub tylko przez jednego z nich, jednocześnie za środki pochodzące z majątku wspólnego oraz osobistego któregoś z małżonków. Konieczność dokonania oceny prawnej takiej właśnie sytuacji spowodowała sformułowanie rozstrzyganego zagadnienia prawnego w warunkach, gdy w czasie trwania małżeńskiej wspólności ustawowej z powodem wyłącznie pozwana występowała jako strona czynności prowadzącej do nabycia nieruchomości, a cenę sprzedaży pokryła ze środków pochodzących z jej majątku osobistego i z majątku wspólnego².

Przesądzenie tej kwestii warto poprzedzić kilkoma uwagami wprowadzającymi:

Podstawowa zasada określająca przynależność przedmiotów majątkowych w ustroju wspólności ustawowej została określona w art. 31 § 1 k.r.o. i polega na włączeniu w skład majątku wspólnego wszelkich przedmiotów majątkowych, o ile zostały nabyte w czasie trwania wspólności i nie zostały wyłączone z niej mocą przepisu prawnego (art. 33 k.r.o.). Ustawodawca posłużył się zatem czytelną konstrukcją, polegającą na ustanowieniu zasady generalnej oraz zamkniętego katalogu wyjątków od tej reguły. Rozstrzygnięcie przynależności poszczególnych przedmiotów majątkowych do określonych majątków w praktyce następuje najczęściej po ustaniu ustroju wspólności ustawowej, przy dokonywaniu wzajemnych rozliczeń małżonków, i polega na określeniu chwili nabycia określonego prawa oraz sprawdzeniu, czy nie podlega ono jednemu z wyjątków przewidzianych w art. 33 k.r.o.³

Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „przedmioty majątkowe nabyte”, które powinno być rozumiane szeroko⁴. Włączenie przedmiotów majątkowych w skład majątku wspólnego może zatem nastąpić w wyniku różnego rodzaju zdarzeń, takich jak czynności prawne (np. umowy kupna-sprzedaży, darowizny), nabycie pożytków, dziedziczenie (art. 34 k.r.o.) czy nabycie prawa do renty odszkodowawczej należnej poszkodowanemu małżonkowi z powodu całkowitej lub częściowej utraty zdolności do pracy zarobkowej albo z powodu zwiększenia się jego potrzeb lub zmniejszenia widoków powodzenia na przyszłość (por. art. 33 pkt 6 k.r.o.). Decydujące znaczenie, gdy chodzi o nabycie przedmiotu, mają zatem czas uzyskania prawa oraz jego powstanie lub przejście na rzecz małżonka, a nie sposób nabycia.

Ustalenie składu poszczególnych mas majątkowych w ustroju wspólności ustawowej w niektórych wypadkach nastęrcza trudności, pomimo jednoznacznie sformułowanej w art. 31 § 1 k.r.o. zasady ogólnej. Według niej przedmioty majątkowe nabyte przez oboje małżonków lub przez jednego z nich w czasie trwania wspólności ustawowej stają się składnikami majątku wspólnego z wyjątkiem przedmiotów,

² Por. uzasadnienie do Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 października 2018 r., III CZP 45/18.

³ J. Słyk, w: K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 2018, komentarz do art. 31 nb 27, Legalis.

⁴ Por. E. Skowrońska-Bocian, w: J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 313.

które wchodzi w skład majątku osobistego każdego z małżonków⁵. Zakres majątku wspólnego w ustroju wspólności ustawowej wyznaczają przepisy art. 31 oraz art. 33 i 34 k.r.o., ale nie ustanawiają domniemania przynależności do majątku wspólnego przedmiotów majątkowych nabytych w czasie trwania wspólności ustawowej. Dopuszczalne jest natomiast posłużenie się domniemaniem faktycznym nabycia przedmiotów majątkowych w czasie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej do majątku wspólnego, i to ze środków pochodzących z tego majątku⁶.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, na podstawie art. 31 k.r.o., przyjmuje się założenie o istnieniu ustawowej preferencji majątku wspólnego, w stosunku do majątków osobistych małżonków⁷, czego wyrazem jest m.in. respektowanie domniemania faktycznego, że przedmioty nabyte w trakcie trwania wspólności ustawowej małżeńskiej zostały nabyte do majątku dorobkowego⁸.

Przyjmuje się, że art. 32 § 1 k.r.o. stwarza domniemanie przynależności do majątku dorobkowego przedmiotów majątkowych nabytych w czasie trwania wspólności ustawowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich, zaś przynależność określonych przedmiotów do majątku osobistego obowiązuje jest udowodnić zainteresowany tym małżonek⁹. Okoliczność, że stroną umowy był tylko jeden małżonek nie wystarcza do przyjęcia, że udział w nieruchomości nabyty w czasie trwania wspólności ustawowej wszedł do majątku odrębnego małżonka – strony umowy¹⁰. Wskazuje się, że domniemanie powyższe można obalić przez wykazanie, iż nabycie przedmiotu majątkowego nastąpiło ze środków finansowych stanowiących majątek

⁵ J.S. Piąkowski, w: J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, Ossolineum 1985, s. 376.

⁶ Por. A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Ossolineum 1985, s. 55; J. Ignaczewski, *Małżeńskie ustroje majątkowe*, Warszawa 2006, s. 19; wyrok SN z 17.05.1985 r., III CRN 119/85, OSPiKA 1986, nr 9, poz. 185 z glosami: Z. Gawlika, OSPiKA 1986, nr 9–10, poz. 185 i M. Goettela, OSPiKA 1988, nr 5, poz. 131; postanowienie SN z 6.02.2003 r., IV CKN 1721/00, Legalis.

⁷ Zob. Uchwałę SN z dnia 13 marca 2008 r., III CZP 9/08, OSNC 2009, nr 4, poz. 54.

⁸ Zob. wyrok SN z dnia 17 maja 1985 r., III CRN 119/85, OSP 1986, z. 9–10, poz. 185: „W systemie obowiązującego prawa rodzinnego, przyjmującego jako zasadę reżim ustawowej wspólności majątkowej, można skonstruować domniemanie, według którego określone rzeczy w transakcji dokonywanej przez jednego tylko z małżonków zostały nabyte z majątku dorobkowego w interesie (na rzecz) ustawowej majątkowej wspólności małżeńskiej. Natomiast nabycie określonej rzeczy z majątku odrębnego małżonka musi wynikać wyraźnie nie tylko z oświadczenia współmałżonka, ale także – i to przede wszystkim – z całokształtu okoliczności istotnych prawnie z punktu widzenia przepisów k.r.o.”; wyrok SN z dnia 11 września 1998 r., I CKN 830/97, niepubl.; postanowienie SN z dnia 6 lutego 2003 r., IV CKN 1721/00, LEX nr 78276; wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2003 r., II CKN 1409/00, OSNC 2004 r., nr 7–8, poz. 113; postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 355/07, LEX nr 371389. Zob. też: A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 55; J.S. Piąkowski, w: J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 366; Z. Gawlik, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r.*, III CRN 119/85, OSPiKA 1986, z. 9–10, s. 411; M. Goettel, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r.*, III CRN 119/85, OSPiKA 1988, z. 5, s. 248.

⁹ Zob. m.in. wyroki: z dnia 11 września 1998 r., I CKN 830/97, niepubl.; z dnia 29 czerwca 2004 r., II CK 397/03 niepubl.; z dnia 16 kwietnia 2003 r., II CKN 1409/00, OSNC 2004 r., nr 7–8, poz. 113; z dnia 30 czerwca 2004 r., IV CK 513/03, niepubl. oraz postanowienie z dnia 6 lutego 2003 r., IV CKN 1721/00, niepubl.

¹⁰ Por. postanowienie SN z dnia 16 października 1997 r., I CKN 130/97, niepubl.

osobisty¹¹. Również w piśmiennictwie przyjmuje się, że prawo własności nabyte w czasie trwania wspólności majątkowej z reguły wchodzi do majątku wspólnego niezależnie od tego, czy zostało nabyte przez jedno z małżonków, czy przez oboje. Bez znaczenia jest przy tym, czy środki przeznaczone na nabycie własności pochodziły z majątku wspólnego, czy też z majątku osobistego (odrębnego), chyba że nabycie nastąpiło w drodze tzw. surogacji, rozumianej jako zastąpienie przedmiotu wchodzącego w skład majątku osobistego (odrębnego) innym przedmiotem nabytym w zamian pierwszego. Orzecznictwo SN jest zgodne, że nabycie określonych przedmiotów majątkowych z majątku osobistego małżonka musi wynikać wyraźnie nie tylko z oświadczenia tego małżonka, ale przede wszystkim z całokształtu okoliczności tego nabycia¹². Jak podkreślił SN w wyroku z dnia 9 stycznia 2001 r. (II CKN 1194/00, LEX nr 52375): „Strona, która twierdzi, że nastąpiła surogacja, obowiązana jest wykazać konkretnie środki finansowe, z których nastąpiło nabycie przedmiotu majątkowego”.

ZAKRES STOSOWANIA REGUŁY SUROGACJI

Zasada surogacji przeciwdziała powiększaniu majątku wspólnego kosztem majątku osobistego małżonków, gwarantując utrzymanie jego wartości¹³.

W literaturze przedmiotu jeszcze pod rządami art. 33 pkt 3 k.r.o.¹⁴ wskazywano, że celem surogacji dotyczącej majątku odrębnego jest zachowanie wartości tego majątku, mimo zmiany jego poszczególnych składników¹⁵. Składniki wymienione w art. 33 pkt 1 i 2 k.r.o. „stanowią (...) jak gdyby żelazny fundusz majątku odrębnego, który nie roztapia się stopniowo w majątku wspólnym (...) Art. 33 pkt 3 jest wyrazem kompromisu między dążeniem do zachowania majątku odrębnego a tendencją do pomnażania majątku wspólnego”¹⁶.

W doktrynie przyjmuje się generalnie, że podstawowym warunkiem surogacji jest to, by wyłączenie (zbycie lub utrata) danego przedmiotu majątkowego z majątku odrębnego oraz nabycie innego przedmiotu (surogatu) nastąpiły w wyniku tego

¹¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2001 r., II CKN 1194/00, niepubl.

¹² Por. wyrok SN z dnia 9.01.2001 r., II CKN 1194/00, LEX nr 52375; postanowienie SN z 6.02.2003 r., IV CKN 1721/00, LEX nr 78276; wyrok SN z 27.11.2007 r., IV CSK 258/07, LEX nr 492180.

¹³ Por. M. Nazar, w: T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 329.

¹⁴ Kodeks rodzinny z 1950 r. nie regulował wprost kwestii surogacji.

¹⁵ Zob. np. J.S. Piątkowski, w: J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 375; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 159; E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa w prawie cywilnym*, Warszawa 1969, s. 100. Autor kładzie nacisk na ochronę majątku odrębnego przed grożącym mu uszczupleniem na skutek możliwości zmieszania go z majątkiem wspólnym; ochrona ta polega na zapewnieniu nienaruszalności globalnej wartości majątkowej składającej się na majątek odrębny, nie dotyczy natomiast każdego z osobna prawa podmiotowego należącego do tej masy majątkowej.

¹⁶ J.S. Piątkowski, w: J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 375–376.

samego zdarzenia prawnego¹⁷. Istnieje przy tym zgoda co do tego, że działanie zasady surogacji może zostać zmodyfikowane wolą małżonka, na którego rzecz surogacja ma nastąpić¹⁸.

W wyroku z dnia 12 maja 2000 r. (V CKN 50/00, Legalis) SN określił przesłanki przewidzianej w art. 33 pkt 3 KRO surogacji. Są nimi dwa wymagania: po pierwsze, aby jedno i to samo zdarzenie spowodowało wyjście określonego przedmiotu z majątku odrębnego i nabycie innego przedmiotu majątkowego, oraz po drugie, aby przedmiot nabyty był uzyskany także w sensie ekonomicznym kosztem majątku odrębnego. Przedmiot nabywany do majątku osobistego powinien zatem być ekwiwalentem przedmiotu, który z majątku wychodzi¹⁹.

Zastosowanie dodatkowego kryterium ekonomicznego jest jednak kwestionowane przez część doktryny. Zdaniem S. Breyera, ekwiwalentność członów surogacji (tzn. przedmiotu nabywanego i traconego) jest nieistotna²⁰: między członami surogacji – zarówno pośredniej, jak i bezpośredniej – musi istnieć związek natury prawnej lub ekonomicznej, ale człony mogą mieć różny charakter i różną wartość majątkową²¹. Uzasadnia to przyjęcie „fikcji identyczności ekonomicznej członów surogacji lub też uznanie za surogację zmian określonych stosunków prawnych również w drodze realizacji roszczeń”²². W rezultacie zwolennicy omawianej koncepcji przyjmują, że ekonomiczna identyczność (a więc i surogacja) zachodzi bez względu na to, z jakich funduszy pokryta jest cena nabycia²³.

W piśmiennictwie wyrażane jest również zapatrywanie, zgodnie z którym działanie zasady surogacji może zostać wyłączone z treści czynności prawnej prowadzącej do nabycia przedmiotu majątkowego i zastąpione roszczeniem o zwrot

¹⁷ Ibidem, s. 377; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 164; A. Ohanowicz, *Glosa do orzeczenia z 6 VII 1967, III CR 117/67*, „Prokuratura i Prawo” 1968, z. 8–9, s. 445; E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 19.

¹⁸ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 161; J.S. Piątowski, w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 380; M. Sychowicz, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2001, s. 168.

¹⁹ W wyroku z dnia 15.10.2009 r. (I CNP 43/09, Legalis) SN wskazał, że nieruchomości wydzielona małżonkowi w ramach postępowania o scalenie i wymianie gruntów w czasie trwania wspólności ustawowej stanowi ekwiwalent nieruchomości należącej do jego majątku osobistego nabytej przed powstaniem wspólności. Zasada surogacji pozwala również zaliczyć do majątku osobistego zwrot pożyczki uzyskany w realizacji należącej do tego majątku wierzytelności (por. wyrok SN z dnia 9 września 1970 r., I CR 298/70, OSNCP 1971, nr 6, poz. 102. W postanowieniu SN z dnia 20.06.2008 r. (IV CSK 60/08, Legalis) do majątku osobistego zaliczone zostało własnościowe prawo do lokalu nabyte w wyniku należącego do tego majątku prawa lokatorskiego i to mimo dopłaty poczynionej z majątku wspólnego w związku z tym nabyciem, która stała się podstawą roszczenia o zwrot nakładów na podstawie art. 45 KRO.

²⁰ S. Breyer, *Stosowanie surogacji w prawie małżeńskim*, „Palestra” 1974, nr 3, s. 18–20 oraz C. Wiśniewski, *Glosa do uchwały z dnia 14 sierpnia 1985 r., III CZP 41/85*, „Nowe Prawo” 1988, nr 4, s. 90.

²¹ S. Breyer, *Stosowanie surogacji...*, op. cit., s. 18–20. Podobnie S. Breyer, S. Gross, w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 164.

²² S. Breyer, S. Gross, w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 164.

²³ Ibidem, s. 165.

nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny²⁴. W doktrynie wskazano jednak na brak podstaw do uznania dopuszczalności wyłączenia omawianej zasady wolą tylko jednego z małżonków²⁵. Mogłoby to prowadzić do nieakceptowanego przez drugiego małżonka nabycia przedmiotu majątkowego z jednoczesnym obciążeniem majątku wspólnego obowiązkiem zwrotu jego wartości.

Na tle przedstawionego zagadnienia istotne wątpliwości budzi sytuacja, w której dochodzi do nabycia przedmiotu majątkowego jednocześnie za środki pochodzące z majątku wspólnego oraz osobistego. Treść obowiązujących przepisów (tj. art. 31 § 1 i art. 33 pkt 10 k.r.o.) nie pozwala na wykluczenie *a priori* którejś z niżej wskazanych koncepcji, ponadto każda z nich znajduje również poparcie doktryny, a także ma swych zwolenników w judykaturze²⁶.

STANOWISKO JUDYKATURY

W judykaturze przez dłuższy czas przeważał pogląd, że jeżeli nic innego nie wynika z treści czynności prawnej, nabyty przedmiot należy proporcjonalnie do wartości użytych dla jego uzyskania środków z majątku odrębnego i z majątku wspólnego, w odpowiedniej ułamkowej części do majątku odrębnego, w pozostałej zaś – do majątku wspólnego. Treść czynności prawnej może jednak przesądzić, że nabywany przedmiot wejdzie w skład jednego z majątków i w takim wypadku *ex lege* powstanie na rzecz drugiego majątku należność z tytułu wydatków i nakładów (art. 45 k.r.o.). Zdaniem J.S. Piątowskiego²⁷, w takiej sytuacji włączenie przedmiotu

²⁴ Por. J.S. Piątowski, w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 380; E. Skowrońska-Bocian, w: J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 347.

²⁵ J. Stryk, w: K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., Legalis, teza 57.

²⁶ Zob. m.in. S. Breyer, *Stosowanie surogacji...*, op. cit., s. 19; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 161–163; Z. Gawlik, *Glosa do wyroku SN z 17.05.1985 r.*, III CRN 119/85, OSPiKA 1986, nr 9–10, s. 411–412; M. Goettel, *Majątek odrębny małżonków*, Szczytno 1986, s. 177–178; M. Goettel, *Glosa do uchwały SN z 29.09.1987 r.*, III CZP 54/87, OSPiKA 1988, nr 5, s. 249; E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 100–103; M. Nazar, w: T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 338–342; J.S. Piątowski, w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 380–381, 394; E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2006, s. 72–73; A. Stępień-Sporek, M. Ryznar, *Nabywanie przedmiotów przez małżonków za środki z różnych mas majątkowych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 11, nr 84–86; R. Trzaskowski, *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności a stosowanie surogacji w prawie małżeńskim*, „Palestra” 2010, nr 7–8, s. 248–251; A. Wolter, *Majątek wspólny i majątki odrębne małżonków pod rządem wspólności ustawowej*, „Nowe Prawo” 1965, nr 1, s. 113–115 i cytowane tam literatura oraz orzecznictwo. Zob. J. Biernat, *Dopuszczalność wyłączenia zastosowania zasady surogacji w majątku osobistym małżonka przy dokonywaniu czynności prawnej*, w: M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013, s. 672; E. Drozd, w: *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. IV, red. J.S. Piątowski, Ossolineum 1986, s. 422–427. Por. także E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 101–102.

²⁷ J.S. Piątowski, w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 381. Por. także Z. Gawlik, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r.*, III CRN 119/85, OSPiKA 1986, z. 9–10, s. 412; M. Goettel, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r.*, III CRN 119/85, OSPiKA 1988, z. 5, s. 249. Autor wskazuje, że małżonkowie mogą

do majątku wspólnego zależeć będzie tylko od woli małżonka, którego majątek odrębny, objęty surogacją, został zaangażowany, natomiast włączenie do majątku odrębnego – od woli obojga małżonków, „(...) chyba że użycie w danym wypadku środków majątku wspólnego jest czynnością zwykłego zarządu”²⁸.

Odmienne stanowisko zajął w tej kwestii Sąd Najwyższy, który jeszcze pod rządami Kodeksu rodzinnego z 1950 r. w Uchwale z dnia 13 listopada 1962 r., III CO 2/62²⁹ przyjął, że nieruchomości nabyta przez jednego z małżonków w czasie trwania małżeństwa stanowi majątek wspólny także wtedy, gdy poza funduszem należącym do wspólności ustawowej część pieniędzy użytych na kupno nieruchomości stanowiła majątek osobisty poszczególnych małżonków, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej. Wskazano w niej, że:

nie można przypisać decydującego znaczenia oświadczeniu małżonków, iż nabywany udział w nieruchomości nie należy do majątku dorobkowego, ponieważ samo takie oświadczenie nie może stanowczo wyłączać skutków wynikających z przepisów art. 32–34 k.r.o., w sytuacji pozostawania małżonków w ustroju małżeńskiej wspólności ustawowej. Jej ograniczenie lub wyłączenie możliwe jest oczywiście na mocy małżeńskiej umowy przewidującej taki skutek i zawartej w formie aktu notarialnego.

W uzasadnieniu Sąd wyjaśnił, że:

Surogacja wchodzi (...) w rachubę tylko wówczas, gdy skutek czynności prawnej nie następuje w sensie ekonomicznym żadna istotna zmiana w stanie poszczególnych mas majątkowych (osobistego majątku małżonka bądź majątku wspólnego), a w związku z tym nabytego w drodze surogacji przedmiotu majątkowego nie można traktować jako dorobku. (...) W ten sposób ujęta istota surogacji nie pozwala domniemywać jej tylko na tej podstawie, że małżonek-nabywca użył na zakup przedmiotu majątkowego częściowo funduszu pochodzącego z jego majątku osobistego. Konieczne jest natomiast do stwierdzenia surogacji takie skonkretyzowanie w umowie nabytego przedmiotu lub jego części, które wystarcza do uznania tego, co zostało nabyte, za ekonomiczny odpowiednik przedmiotu należącego do majątku osobistego nabywcy, którego ten w związku z kupnem się wyzbył.

Pogląd ten został podtrzymany przez Sąd Najwyższy pod rządami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. W wyroku z dnia 17 maja 1985 r., III CRN 119/85³⁰ Sąd Najwyższy podkreślił, że pojęcia surogacji nie można interpretować tak szeroko, by każde zaangażowanie środków pieniężnych pochodzących z majątku nieobjętego wspólnością ustawową musiało prowadzić do traktowania nabytego przedmiotu

wyłączyć wynikające z ustawy skutki surogacji, przy czym ich zamiar może być ujawniony nie tylko w sposób wyraźny, ale także *per facta concludentia*. Tak też E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 101–102, por. też: M. Sychowicz, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2001, s. 169.

²⁸ J. St. Piątowski, w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 381. Podobnie E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 102. Autor wskazuje, że wolę potraktowania wydatku na nabycie surogatu jako nakładu z majątku wspólnego na majątek odrębny może również wyrazić ten małżonek, z którego majątkiem odrębnym związane jest ściśle nabycie nowego przedmiotu, jeśli czynność ta mieści się w ramach zwykłego zarządu.

²⁹ OSNCP 1963, nr 10, poz. 217.

³⁰ OSPiKA 1986, nr 9–10, poz. 185.

majątkowego za stanowiący w całości lub w odpowiedniej części składnik majątku osobistego małżonka. Jeżeli środków należących do majątku odrębnego jednego z małżonków użyto na częściowe zaspokojenie ceny nabycia, a resztę tej ceny uiszczono z funduszy dorobkowych, to nabyty udział w nieruchomości stanowi majątek wspólny. Małżonek zaś, który na nabycie użył środków należących do jego majątku odrębnego, mógłby tylko żądać ich zwrotu na podstawie art. 45 k.r.o.³¹

Jako zdecydowanie trafny należy przywołać pogląd SN, wyrażony w zakresie oceny podstawy wpisu prawa własności do księgi wieczystej. SN wskazał, że: „z przepisu art. 31 § 1 KRO nie wynika domniemanie prawne, że przedmioty, w tym nieruchomości, nabyte w trakcie trwania małżeństwa, objętego w zakresie stosunków majątkowych małżeńskich reżimem wspólności ustawowej, wchodzi w skład majątku ustawowego”³².

W uzasadnieniu uchwały z dnia 19 sierpnia 2009 r., III CZP 53/09³³, SN podkreślił, że: „celem surogacji przewidzianej w powołanym przepisie jest zachowanie wartości majątku odrębnego, mimo zmiany jego poszczególnych składników”. Podobny cel wskazuje doktryna. Wejście prawa nabytego w zamian za jakieś inne prawo wchodzące w skład majątku odrębnego wynika, zdaniem Z. Radwańskiego, z domniemania racjonalności ustawodawcy, który „dąży do zapewnienia trwałości ustanowionych przez siebie odrębnych mas majątkowych”, tak jak ma to miejsce np. w wypadku majątków osobistych małżonków – art. 33 pkt 10 k.r.o.³⁴ W ustroju ustawowym zatem nie powinna się zmieniać wartość majątku osobistego.

W wyroku z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 50/00³⁵, SN wskazał, że surogacja, o której mowa w art. 33 pkt 3 k.r.o. (obecnie w art. 33 pkt 10 k.r.o.), musi spełnić dwa wymagania: „*po pierwsze*, aby jedno i to samo zdarzenie spowodowało wyjście określonego przedmiotu z majątku odrębnego i nabycie innego przedmiotu majątkowego, oraz *po drugie*, aby przedmiot nabyty był uzyskany także w sensie ekonomicznym kosztem majątku odrębnego”. Dlatego też, jak podkreślił SN w orzeczeniu z dnia 18 października 1961 r., IV CR 957/60³⁶: „Surogacja nie zachodzi wówczas, gdy przedmiot stanowiący odrębną własność małżonka został zużyty, skonsumowany itp. bądź sprzedany, uzyskane pieniądze zużyte, a nowy przedmiot tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu gospodarczym został następnie zakupiony za pieniądze pochodzące z bieżących dochodów małżonka”. Podobnie w piśmiennictwie akceptuje się zasadniczo dwa kryteria surogacji, tj. prawne oraz ekonomiczne. Przesłanką surogacji jest spełnienie obydwu kryteriów³⁷. Powyższy pogląd nie jest jednak przyjmowany jednomyślnie. E. Skowrońska-Bocian, analizując dwie przesłanki surogacji, podkreśla, że druga przesłanka – ekonomiczna, pole-

³¹ Tak też: S. Breyer, S. Gross, w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 167.

³² Por. postanowienie SN z dnia 5 września 2008 r., I CSK 60/08, Legalis.

³³ LEX nr 511012.

³⁴ Zob. też: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 141.

³⁵ LEX nr 52579.

³⁶ LEX nr 106398.

³⁷ Zob. J.S. Piąkowski w: J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 378.

gająca na nabyciu przedmiotu kosztem majątku osobistego, nie budzi wątpliwości³⁸. Autorka ma zastrzeżenia do pierwszej przesłanki, dotyczącej „jednego zdarzenia”. Jeżeli spełnione są dwie przesłanki surogacji, to wówczas nabyty składnik należy zaliczyć do majątku osobistego małżonka. Nie ma potrzeby prowadzenia dalszej wykładni przepisów, która prowadziłaby do wprowadzenia dodatkowych wymogów surogacji.

Pod rządem aktualnie obowiązującego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w tym samym duchu Sąd Najwyższy wypowiedział się w postanowieniu z dnia 5 grudnia 2014 r. (III CSK 87/14). W orzeczeniu tym stwierdzono, że przedmiot majątkowy nabyty w jakiegokolwiek części z majątku wspólnego, w braku odmiennej umowy małżonków, wchodzi do majątku wspólnego, a do majątku osobistego wchodzi roszczenie o zwrot nakładu czy wydatku³⁹. W ocenie Sądu Najwyższego, poszerzenie zakresu surogacji przemawia na rzecz przyjęcia rozwiązania pozwalającego „zachować właściwe proporcje między majątkiem wspólnym i majątkami osobistymi małżonków i nie będzie prowadzić do nadmiernego rozszerzania majątków osobistych kosztem majątku wspólnego”.

Należy jednak zaznaczyć, że w wypadku wydatkowania środków z majątku osobistego nie można mówić o poszerzaniu majątku osobistego kosztem wspólnego. Wydaje się, że na treści rozstrzygnięcia w przywołanym postanowieniu zaważył rodzaj przedmiotu majątkowego, którym było przedsiębiorstwo, i skomplikowany charakter związanych z nim rozliczeń finansowych.

W ostatnim czasie w orzecznictwie aprobatę zyskał pogląd, zgodnie z którym przedmiot majątkowy zostaje nabyty w całości do majątku osobistego albo wspólnego, a o wyborze decyduje przewaga środków pochodzących z jednego z tych majątków⁴⁰.

Należy zaznaczyć, że judykatura opowiedziała się za tym rozwiązaniem z zastrzeżeniem, że jest ono właściwe w przypadkach znacznej dysproporcji środków pochodzących z majątku osobistego i wspólnego.

W wyroku z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 50/2000⁴¹ wskazano, że

Przewidziana w art. 33 pkt 3 k.r.o. tzw. surogacja polega na zastąpieniu jednego składnika majątku odrębnego innym składnikiem. Przesłankami tak rozumianej surogacji są dwa wymagania: po pierwsze, aby jedno i to samo zdarzenie spowodowało wyjście określonego przedmiotu z majątku odrębnego i nabycie innego przedmiotu majątkowego oraz po drugie, aby przedmiot nabyty był uzyskany także w sensie ekonomicznym kosztem majątku odrębnego.

³⁸ Zob. E. Skowrońska-Bocian, w: J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 346.

³⁹ Za tym stanowiskiem opowiedziała się część doktryny: m.in. Mirosław Nazar, w: T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit.; Magdalena Olczyk: *Komentarz do zmiany art. 33 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wprowadzonej przez Dz.U. z 2004 r. nr 162 poz. 1691, LEX 2005*, czy Tomasz Sokołowski, *Komentarz do art. 33 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz pod red. Henryka Doleckiego*, LEX 2013.

⁴⁰ Zob. wyrok SN z dnia 12 maja 2000 r., V CKN 50/00, Legalis; postanowienie SN z 18.01.2008 r., V CSK 355/07, Legalis; postanowienie SN z 10.04.2013 r., IV CSK 521/12, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 7.

⁴¹ LEX nr 52579.

W postanowieniu z dnia 18 stycznia 2008 r., V CSK 355/2007⁴² wskazano, że:

Nie można przypisać decydującego znaczenia oświadczeniu małżonków, iż nabywany udział w nieruchomości nie należy do majątku dorobkowego, ponieważ samo takie oświadczenie nie może stanowczo wyłączać skutków wynikających z przepisów art. 32–34 k.r.o., w sytuacji pozostawania małżonków w ustroju małżeńskiej wspólności ustawowej. Jej ograniczenie lub wyłączenie możliwe jest na mocy małżeńskiej umowy przewidującej taki skutek i zawartej w formie aktu notarialnego.

SN wskazał, że w orzecznictwie utrwalone jest stanowisko, iż art. 32 § 1 k.r.o. stwarza domniemanie przynależności do majątku dorobkowego przedmiotów majątkowych nabytych w czasie trwania wspólności ustawowej przez oboje małżonków lub przez jednego z nich, a przynależność tych przedmiotów do majątku osobistego obowiązany jest udowodnić zainteresowany tym małżonek⁴³. Okoliczność, że stroną umowy był tylko jeden małżonek, nie wystarcza do przyjęcia, że udział w nieruchomości nabyty w czasie trwania wspólności ustawowej wszedł do majątku odrębnego małżonka – strony umowy⁴⁴. Domniemanie faktyczne, że przedmiot majątkowy nabyty przez jednego z małżonków w czasie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej stanowi dorobek (art. 32 § 1 k.r.o.) można, co prawda, obalić przez wykazanie, że nabycie nastąpiło ze środków finansowych stanowiących majątek odrębny⁴⁵. Podkreślił przy tym, że o zaliczeniu do określonej masy majątkowej decydować powinno porównanie wielkości środków pochodzących z poszczególnych majątków, przy czym jedna z tych kwot powinna być zdecydowanie większa i przesądzać o tym, do którego majątku wchodzi nabyty przedmiot.

Z kolei w postanowieniu z dnia 10 kwietnia 2013 r., IV CSK 521/12⁴⁶ SN podkreślił, że:

O zaliczeniu nabywanego przedmiotu do majątku wspólnego lub odrębnego powinno decydować porównanie wielkości środków użytych z każdego z tych majątków. W konsekwencji, nabyty przedmiot należy zaliczyć do tego z majątków, z którego pochodzi podstawowa część środków. Jeżeli środki z drugiego majątku są nieznaczne, stanowią nakład rozliczany zgodnie z art. 45 k.r.o., jeżeli natomiast wskazane kryterium nie może znaleźć zastosowania ze względu na brak daleko idącej różnicy między zaangażowanymi środkami, to – w braku odmiennej woli małżonków – nabyty przedmiot wchodzi do każdego z majątków w częściach ułamkowych proporcjonalnych do wysokości zaangażowanych środków”.

⁴² LEX nr 371389 oraz postanowienie z dnia 5 grudnia 2014 r. III CSK 45/14, w którym SN stwierdził, że „o zaliczeniu poszczególnych przedmiotów majątkowych do majątku wspólnego małżonków lub ich majątku osobistego nie decyduje złożone przez nich oświadczenie, że nabywany przedmiot wchodzi w skład określonej masy majątkowej, ponieważ rozstrzyga o tym ustawa”.

⁴³ Por. wyrok SN z dnia 11 września 1998 r., I CKN 830/97, niepubl.; postanowienie SN z dnia 6 lutego 2003 r., IV CKN 1721/00, niepubl.; wyrok SN z dnia 29 czerwca 2004 r., II CK 397/03, niepubl.; wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2003 r., II CKN 1409/00, OSNC 2004 r., nr 7–8, poz. 113; wyrok SN z dnia 30 czerwca 2004 r., IV CK 513/03, niepubl.

⁴⁴ Por. postanowienie SN z dnia 16 października 1997 r., I CKN 130/97, niepubl.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 9 stycznia 2001 r., II CKN 1194/00, niepubl.

⁴⁶ LEX nr 1331353.

W postanowieniu z dnia 3 lutego 2016 r. (V CSK 323/15, Legalis) oraz w wyroku z dnia 6 kwietnia 2016 r. (IV CSK 385/15, Legalis) Sąd Najwyższy powrócił do koncepcji przyjmowanej we wcześniejszych rozstrzygnięciach, uznając, że kryterium decydującym o zaliczeniu prawa do majątku wspólnego lub osobistego jest wielkość zaangażowanych środków. Zdaniem SN, jeżeli „przeważa, i to znacznie”, wartość majątku odrębnego, to nabyty przedmiot wejdzie w skład tego majątku.

Można odnieść wrażenie, że również w tych przypadkach o rozstrzygnięciu decydowały uwarunkowania konkretnego stanu faktycznego. W pierwszym z nich, pochodzące z majątku osobistego środki na zakup nieruchomości stanowiły 93% transakcji, natomiast w drugim doszło do zamiany należącego do majątku osobistego małżonka mieszkania na inne mieszkanie, z niewielką dopłatą uiszczoną ze środków należących do majątku wspólnego. Wydaje się, że linia orzecznicza w omawianym zakresie nie odzwierciedla jednolitej koncepcji teoretycznej, ale jest rezultatem wykładni funkcjonalnej, poszukującej optymalnego rozwiązania w konkretnym stanie faktycznym.

STANOWISKO DOKTRYNY

W literaturze przedmiotu na tle okoliczności faktycznych, w których dochodzi do nabycia przedmiotu majątkowego za środki pochodzące z majątku wspólnego oraz osobistego, wskazać można trzy odmienne propozycje rozwiązania tego problemu⁴⁷.

Według pierwszego stanowiska, nabywany przedmiot majątkowy zostaje włączony do obu majątków w częściach ułamkowych, odpowiadających wartości przeznaczonych na jego nabycie środków⁴⁸.

Przeciwno przyjęciu tego stanowiska wskazano, że prowadzi do powstania między małżonkami „hybrydalnego stosunku własności”, wyróżniającego się wspólnością łączną udziału (należącego do majątku wspólnego) w „nadrzędnej” wspólności ułamkowej prawa, co wiedzie do nieuniknionych komplikacji w sprawowaniu

⁴⁷ Zob. m.in. S. Breyer, *Stosowanie surogacji...*, op. cit., s. 19; A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 161–163; Z. Gawlik, *Glosa do wyroku SN z 17.05.1985 r.*, III CRN 119/85, OSPiKA 1986, nr 9–10, s. 411–412; M. Goettel, *Majątek odrębny małżonków*, Szczytno 1986, s. 177–178; idem, *Glosa do uchwały SN z 29.09.1987 r.*, III CZP 54/87, OSPiKA 1988, nr 5, s. 249; E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 100–103; M. Nazar, w: T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 338–342; J.S. Piątowski, w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 380–381, 394; E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2006, s. 72–73; A. Stepień-Sporek, M. Ryznar, *Nabywanie przedmiotów przez małżonków za środki z różnych mas majątkowych*, „Prokuratura i Prawo” 2010, z. 11, nr 84–86; R. Trzaskowski, *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego...*, op. cit., s. 248–251; A. Wolter, *Majątek wspólny i majątki odrębne...*, op. cit., s. 113–115 i cytowane tam literatura oraz orzecznictwo.

⁴⁸ Zob. J. Biernat: *Dopuszczalność wyłączenia zastosowania zasady surogacji w majątku osobistym małżonka przy dokonywaniu czynności prawnej*, w: M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne...*, op. cit., s. 672; E. Drozd, w: *System prawa cywilnego...*, op. cit., s. 422–427. Por. także E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 101–102. Por. J. Pietrzykowski, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 214.

zarządu wspólnym prawem i ograniczeń w znoszeniu hybrydalnej wspólności ułamkowej (art. 210 k.c. i art. 35 k.r.o.)⁴⁹.

Koncepcji tej zarzucono ponadto, że daje priorytet majątkowi wspólnemu i tym samym jest sprzeczna z k.r.o., który nie wprowadza preferencji dla żadnego z majątków przy określaniu przynależności praw majątkowych do któregoś z nich⁵⁰.

Wydaje się, że krytyka tego stanowiska nie jest przekonująca, ponieważ do tego rodzaju hybrydalnej wspólności prowadzi każde nabycie udziału w prawie przez małżonków w czasie trwania wspólności ustawowej.

Według drugiego poglądu, o zaliczeniu przedmiotu majątkowego do majątku osobistego lub wspólnego decyduje porównanie wartości przeznaczonych na jego nabycie środków pochodzących z tych majątków – decydujące miałyby być w tym ujęciu kryterium przeważającej części wydatku. W konsekwencji nabyty przedmiot przynależał do tego z majątków, z którego pochodzi większa część środków⁵¹.

A. Wolter uznaje za „teoretycznie najbardziej prawidłowe” stanowisko zakładające wejście udziałów w nabytym przedmiocie równocześnie do majątku wspólnego i odrębnego, wskazując jednocześnie, że ze względów praktycznych „trudno się nim entuzjazmować”.

Koncepcję tę zaaprobował częściowo S. Breyer, mówiąc, że może mieć ona zastosowanie wtedy, gdy nakłady z jednego ze źródeł „są w stosunku do drugiego źródła niewspółmiernie niskie”⁵².

Pogląd ten uznał za trafny J. Pietrzykowski⁵³, z zastrzeżeniem, że jeśli kryterium przeważającego wydatku zawiedzie, należy przyjąć powstanie ułamkowej wspólności nabytego przedmiotu, przy czym udziały w niej wchodziłyby do majątku wspólnego i odrębnego proporcjonalnie do wielkości wydatków pochodzących z tych mas majątkowych.

W doktrynie zwrócono jednak uwagę, że w przepisach k.r.o. nie ma podstawy dla takiej interpretacji przepisu art. 33 pkt 10 k.r.o., która postać surogacji (przedmiotowej lub wartościowej) uzależnia od proporcji wydatków z majątku osobistego

⁴⁹ Por. M. Nazar, w: T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 340–341. M. Nazar, w: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 149.

⁵⁰ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 162 (z tym że uwagi autora dotyczyły bezpośrednio jedynie praktyki sądów powszechnych, zgodnie z którą choćby niewielkie zaangażowanie środków z majątku wspólnego wyłącza możliwość zastosowania zasady surogacji). Por. M. Goettel, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r., III CRN 119/85*, OSPiKA 1988, z. 5, s. 249 (zdaniem autora, skutki surogacji następują z mocy prawa nie tylko co do całości, ale także co do części nabywanego przedmiotu majątkowego; nie jest dopuszczalne zakwalifikowanie *a priori* nabytego dobra do majątku wspólnego bez uwzględnienia charakteru środków przeznaczonych na nabycie). Por. także S. Szer, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 listopada 1962 r., III CO 2/62*, OSPiKA 1963, z. 9, s. 537 (zdaniem autora, skutek surogacji rzeczowej następuje *ex lege* bez względu na to, czy ze środków majątku osobistego małżonka nabyto w całości przedmiot majątkowy, czy udział w tym przedmiocie, oraz bez względu na to, czy przedmiot ten został nabyty zarówno ze środków majątku osobistego, jak i wspólnego małżonków).

⁵¹ Zob. A. Wolter, *Majątek wspólny i majątki odrębne...*, op. cit., s. 114.

⁵² S. Breyer, *Stosowanie surogacji...*, op. cit., s. 20.

⁵³ J. Pietrzykowski, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., art. 33, nb 25.

i majątku wspólnego. Ani wykładnia językowa, ani funkcjonalna powyższego wniosku nie uzasadniają. Koncepcja ta stwarza niepewność we wzajemnych stosunkach majątkowych małżonków i w stosunkach małżonków z osobami trzecimi. Wiążące ustalenie surogacji zależałoby bowiem ostatecznie od sądowego rozstrzygnięcia opartego na nieostrym kryterium „dysproporcji” lub „znaczej dysproporcji” wydatków pochodzących z różnych majątków małżonków⁵⁴.

Koncepcji tej zarzucono ponadto, że nie uwzględnia woli stron⁵⁵, opiera się na płynnych kryteriach ilościowych, nie pozwala na rozstrzygnięcie sytuacji, w której użyto równą ilość środków na nabycie z każdego majątku, następstwa jej przyjęcia mogłyby prowadzić do niesłusznych rozstrzygnięć (np. w sytuacji, gdy proporcje wynoszą 51% do 49%)⁵⁶, a także że jest ona pozbawiona podstawy normatywnej⁵⁷, czy wręcz sprzeczna z przepisem ustawy⁵⁸. Podkreślono, że z obowiązujących przepisów nie sposób wyprowadzić kryterium przewagi środków wydatkowanych na nabycie przedmiotu jako czynnika decydującego o jego przypisaniu do określonego majątku, mimo iż rozwiązanie to posiada walory praktyczne⁵⁹.

Wreszcie, według trzeciej koncepcji przeznaczenie części środków na nabycie przedmiotu z majątku wspólnego powoduje, że zostaje on włączony w całości do tego majątku⁶⁰.

Stanowisko to nie zyskało jednak przychylności doktryny i judykatury.

W ocenie M. Nazara⁶¹, surogacja przedmiotowa jest możliwa tylko przy użyciu wyłącznie środków pochodzących z majątku osobistego; w przeciwnym razie przedmiot należy zaliczyć do majątku wspólnego, a do majątku osobistego – roszczenie o zwrot wydatku (surogacja wartościowa)⁶². Zdaniem autora: „Proponowana wykładnia uwzględnia zasadniczą funkcję surogacji (zapewnienie nienaruszalności globalnej wartości majątku poddanego surogacji), odwołuje się do klarownych kryteriów surogacji przedmiotowej lub wartościowej, wyklucza powstawanie hybrydalnej wspólności praw”⁶³.

⁵⁴ Por. M. Nazar, w: T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., Legalis, nb 142.

⁵⁵ Zarzut ten jest niesłuszny, ponieważ A. Wolter wyraźnie wskazywał, że małżonkowie już przy dokonaniu transakcji mogą ustalić wyraźnie, jakie będą losy przedmiotu nabytego z punktu widzenia jego przynależności do majątku wspólnego lub odrębnego – zob. A. Wolter, *Majątek wspólny i majątki odrębne...*, op. cit., s. 115.

⁵⁶ A. Dyoniak, *Ustawowy ustrój majątkowy...*, op. cit., s. 162; E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 103.

⁵⁷ Zob. J.S. Piąkowski, w: J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 381, przypis 178; M. Sychowicz, w: K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2001, s. 169.

⁵⁸ Tak E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 103.

⁵⁹ Por. J.S. Piąkowski w: J.S. Piąkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego...*, op. cit., s. 381.

⁶⁰ Por. M. Nazar, w: T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego...*, op. cit., s. 341; T. Sokołowski, *Komentarz do art. 33 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz pod red. Henryka Doleckiego*, LEX 2013, s. 182; por. też uchwała SN z 13.11.1962 r., III CO 2/62, OSNCP 1963, nr 10, poz. 217.

⁶¹ S. Breyer, S. Gross, w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 167.

⁶² M. Nazar, w: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 149.

⁶³ Ibidem, s. 149–150.

W literaturze przedmiotu pojawiła się również koncepcja, która może być uznana za syntezę pierwszego i drugiego z omówionych stanowisk. Przyjmuje się mianowicie, że o zaliczeniu nabywanego przedmiotu do majątku osobistego lub do majątku wspólnego decydować powinno porównanie wielkości środków pochodzących z poszczególnych majątków: przedmiot wchodzi do tego majątku, z którego pochodzi „podstawowa” część środków, jeżeli środki z drugiego majątku są „nieznaczne” (stanowią one wówczas nakład rozliczany zgodnie z art. 45 k.r.o.)⁶⁴. Jeżeli wskazane kryterium nie może znaleźć zastosowania ze względu na brak „daleko idącej różnicy” między zaangażowanymi środkami – a są to sytuacje typowe – to w braku odmiennej woli obojga małżonków nabyty przedmiot wchodzi do każdego z majątków (z których pochodziły środki) w częściach ułamkowych proporcjonalnych do wysokości zaangażowanych środków⁶⁵.

Ku tej ostatniej koncepcji przychylił się Sąd Najwyższy, na co wskazuje wywód zamieszczony w uzasadnieniu postanowienia z dnia 12 maja 2000 r.⁶⁶ Sąd wyjaśnił w nim, że przewidziana w art. 33 pkt 3 k.r.o. tzw. surogacja polega na zastąpieniu jednego składnika majątku odrębnego innym składnikiem, a przesłankami surogacji są dwa wymagania: po pierwsze, aby jedno i to samo zdarzenie spowodowało wyjście określonego przedmiotu z majątku odrębnego i nabycie innego przedmiotu majątkowego, oraz po drugie, aby przedmiot nabyty został uzyskany także w sensie ekonomicznym kosztem majątku odrębnego. Wskazał przy tym, że jeżeli spełniony jest warunek pierwszy, lecz nabycie nastąpiło tylko częściowo ze środków należących do majątku odrębnego, to:

(...) nasuwają się dwa rozwiązania. Według jednego, należy przyjąć, że nabyte przedmioty wchodzi proporcjonalnie do wartości użytych dla ich uzyskania środków z majątku odrębnego i z majątku wspólnego, w odpowiedniej ułamkowej części do majątku odrębnego (surogacja) i do majątku wspólnego (działanie zasady z art. 32 § 1 k.r.o.). Natomiast według drugiego rozwiązania, należy porównać wielkość środków zużytych z każdego z majątków i zaliczyć nabyte za nie przedmioty do tego z tych majątków, z którego pokryto przeważającą część należności; środki zaś pochodzące z drugiego majątku powinny być potraktowane jako wydatek na majątek, do którego dokonano zaliczenia. Ostatnie rozwiązanie należy uznać za uzasadnione, gdy między rozmiarami środków pochodzących z majątku odrębnego i majątku wspólnego istnieje znaczna dysproporcja.

Zbliżone stanowisko znalazło wyraz także w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2008 r.⁶⁷ Sąd wskazał w nim (w kontekście art. 33 pkt 3 k.r.o.), że:

(...) przy hipotetycznym (...) założeniu, że nabycie przedmiotu przez jednego z małżonków zostało sfinansowane częściowo ze środków majątku wspólnego, przyjmuje się w nowszym piśmiennictwie, że o zaliczeniu do określonej masy majątkowej decydować powinno

⁶⁴ J. Pietrzykowski, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 364.

⁶⁵ Zob. R. Trzaskowski, *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego...*, op. cit., s. 244–252 oraz J. Pietrzykowski, w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit., s. 364.

⁶⁶ V CKN 50/00, LEX nr 52579.

⁶⁷ V CSK 355/07, LEX nr 371389.

porównanie wielkości środków pochodzących z poszczególnych majątków, przy czym jedna z tych kwot powinna być zdecydowanie większa i przesądzać o tym, do którego majątku wchodzi nabyty przedmiot (...).

Trudne do jednoznacznego zakwalifikowania jest natomiast stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu przywoływanego już uprzednio postanowienia z dnia 20 czerwca 2008 r.⁶⁸, w którym Sąd wskazał, że w razie przekształceniu lokatorskiego prawa do lokalu stanowiącego majątek odrębny jednego małżonka w prawo własnościowe: „prawo to, będące kontynuacją poprzedniego prawa do lokalu, pozostaje nadal składnikiem jego majątku odrębnego, a ewentualna dopłata dokonana na jego przekształcenie ze środków majątku wspólnego stanowi nakład z tego majątku na majątek odrębny, podlegający rozliczeniu na podstawie art. 45 k.r.o.”. Zwraca uwagę, że Sąd nie odwołał się tu wprost do zasady surogacji, a posłużeń się pojęciem „kontynuacji poprzedniego prawa” może suregować nieco odmienną konstrukcję prawną, być może zbliżoną do wyróżnianej przez niektórych autorów koncepcji surogacji opartej na związku „ekonomicznym” między członami surogacji (koncepcja S. Breyera i S. Grossa), a być może wychodzącą z założenia, że w wypadku przekształcenia w ogóle nie dochodzi do nabycia nowego prawa.

WNIOSKI

Pod względem dogmatycznym najbardziej prawidłowy wydaje się przyjmowany w doktrynie pogląd, który zakłada, że w wypadku nabycia przedmiotu ze środków mieszanych, o zaliczeniu przedmiotu majątkowego do majątku osobistego lub wspólnego decyduje porównanie wartości przeznaczonych na jego nabycie środków pochodzących z tych majątków – decydujące miałyby być w tym ujęciu kryterium przeważającej części wydatku. Za tą koncepcją opowiedział się także Sąd Najwyższy w analizowanej Uchwale z dnia 19 października 2018 r. Wskazał, że:

Uwzględnia ono element woli małżonków dokonujących określonej czynności, ale i ściśle określone w art. 31 § 1 i art. 33 k.r.o. zasady przynależności poszczególnych przedmiotów nabytych w czasie trwania wspólności ustawowej małżeńskiej do majątku wspólnego małżonków i do ich majątków osobistych oraz granice surogacji wyznaczone m.in. przez art. 33 pkt 10 k.r.o., bez nieuzasadnionego poszerzania majątku wspólnego kosztem majątku osobistego lub odwrotnie. Jeśli nic innego nie wynika z treści czynności prawnych dokonywanych przez małżonków, to nieuzasadnione jest arbitralne założenie, że małżonkowie przeznaczający na nabycie rzeczy środki wspólne i należące do nich osobiście, niejako rezygnują ze współwłasności pozwalając, by nabywany składnik wszedł do jednego z majątków w całości, przy pozostawieniu osobie, która zaangażowała w nabycie swoje środki majątkowe jedynie roszczenie o zwrot nakładów, w szczególności, gdy byłyby to nakłady z majątku osobistego na majątek wspólny rozliczane jedynie na stosowny wniosek.

Nieostrożność proponowanych kryteriów i trudności dogmatyczne w uzasadnieniu tej koncepcji nie wydają się decydujące do odparcia jej słuszności. Wydaje się, że o losach nabywanego przedmiotu powinny decydować nie tylko proporcje

⁶⁸ IV CSK 60/08, LEX nr 453028.

angażowanych w nabycie środków, ale także to, czy środki pochodzące z majątku wspólnego są w ogóle znaczące. Co do zasady, można bronić poglądu, że w sensie ekonomicznym nabycie przedmiotu jako całości (a nie tylko udziału w nim) następuje „ze środków uzyskanych w zamian za przedmioty” należące do majątku odrębnego tylko wtedy, gdy przynajmniej zdecydowana większość tych środków pochodzi z majątku odrębnego (w takim przypadku obiektywnie ciężar ekonomiczny nabycia „spoczywa” na majątku odrębnym). Za taką interpretacją przemawia również element subiektywny towarzyszący zazwyczaj tego rodzaju transakcji. W braku wyraźnej, odmiennej woli nabywcy można bowiem zakładać, że wykorzystując do nabycia nowego przedmiotu majątkowego w zdecydowanie przeważającej części środki z majątku odrębnego, nie zamierza on wyzbywać się tych środków na rzecz majątku wspólnego, a ewentualne wykorzystanie środków z majątku wspólnego ma wyłącznie charakter nakładu (art. 45 k.r.o.)⁶⁹. Jeżeli jednak wykorzystane środki z majątku wspólnego są bardzo poważne – choćby zdecydowanie niższe niż środki z majątku odrębnego – należy raczej uznać (m.in. przez wzgląd na dobro rodziny), że są to środki, które nie miały być przesunięte do majątku odrębnego z jedynie ewentualną perspektywą ich rozliczenia (art. 45 k.r.o.).

Za przyjęciem tego rozwiązania wskazać można ponadto jasność i prostotę zasady przynależności poszczególnych składników majątkowych do określonych majątków małżonków (wspólnego lub osobistych), a także wykluczenie powstawania „hybrydalnych” konstrukcji wspólności praw nabywanych częściowo ze środków z majątku wspólnego i osobistego. Przyjęcie tego właśnie rozwiązania daje zatem znacznie większe bezpieczeństwo w obrocie i w stosunkach między małżonkami, upraszcza bowiem zarządzanie majątkiem wspólnym, a także uwzględnia funkcję tego majątku. Interpretacja wyłączająca zastosowanie w takim wypadku surogacji odpowiada postulatowi wykładni systemowej nakazującej ścisłą interpretację przepisów przewidujących wyjątki od regulacji zawartej w innych unormowaniach. Zwłaszcza że bardzo szeroki obecnie zakres surogacji uzasadnia wniosek, iż jej dalsze poszerzanie prowadziłyby do umniejszenia majątku wspólnego ponad wolę ustawodawcy. Taka wykładnia ma ponadto charakter prokonstytucyjny, bowiem polska Konstytucja nadaje rodzinie i jej dobru rangę jednej z najwyższych wartości. Ocena nabycia określonego przedmiotu majątkowego za środki tylko częściowo wchodzące w skład majątku wspólnego powinna uwzględniać postulowaną przez Konstytucję ochronę rodziny oraz wskazany w Kodeksie sposób jej zabezpieczenia poprzez ustanowienie bezudziałowego i niepodzielnego majątku wspólnego małżonków, służącego zaspokojeniu potrzeb rodziny przez nich tworzonej. Co prawda, małżonkowie nie są pozbawieni prawa posiadania, nabywania i dysponowania majątkiem osobistym, niemniej w wypadku ustroju wspólności majątkowej ogranicza się to do przypadków wskazanych wprost w ustawie i ma charakter wyjątku.

Wydaje się jednak, że nie można odmówić słuszności także pierwszej z proponowanych koncepcji, która w sposób najpełniejszy oddaje sytuację prawną nieruchomości, mimo hybrydowego, złożonego charakteru układu właścicielskiego.

⁶⁹ Zob. R. Trzaskowski, *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego...*, op. cit., s. 244–252.

Ustawodawca, regulując w k.r.o. rodzaje majątków małżonków, sposób ich tworzenia oraz składniki, nie wprowadził ich gradacji, nie przyznał żadnemu z nich prymatu pierwszeństwa czy ważności. Okoliczność, że na gruncie procesowym majątek wspólny objęty jest niejako większą ochroną, bowiem sąd z urzędu ustala jego skład, wartość i rozlicza nakłady poczynione z majątku wspólnego na majątki osobie, nie oznacza, iż także jego tworzenie korzysta z przywilejów. Nieuprawnionym wydaje się zaliczanie składnika nabytego ze środków pochodzących z obu majątków tylko do jednego z nich, z pozostawieniem prawa do rozliczenia nakładów na cudzą rzecz. Byłoby to bowiem poszerzaniem majątku wspólnego kosztem majątku osobistego, lub odwrotnie. Odgórne założenie, że małżonkowie nabywający rzecz niejako rezygnują ze współwłasności, pozwalając, by nabywany składnik wszedł do jednego majątku w całości, wydaje się nieuprawnione. Poza tym takie rozwiązanie jest krzywdzące dla małżonka, któremu odebrano współwłasność, pozostawiając jedynie roszczenie o zwrot nakładów. Po pierwsze dlatego, że został pozbawiony udziału w prawie własności, po drugie – bo to on ma następnie podejmować starania o zwrot równowartości nakładów.

Argumentem przemawiającym za tą koncepcją jest to, że przyjęcie konstrukcji ułamkowego nabycia do konkretnego majątku, w proporcjach odpowiadających wydatkowanym środkom, w najpełniejszym zakresie pozwala na zastosowanie obowiązujących przepisów⁷⁰. Zwłaszcza że, opierając się na ich literalnym brzmieniu, nie sposób wyprowadzić kryterium przewagi środków wydatkowanych na nabycie jako czynnika decydującego o jego przypisaniu do określonego majątku, mimo iż takie rozwiązanie posiada walory praktyczne. Włączenie przedmiotu majątkowego do majątku wspólnego zawsze wtedy, gdy część środków przeznaczonych na jego nabycie pochodziła z tego majątku, jest nieprzekonujące przede wszystkim w sytuacji, gdy środki te miały minimalny udział w nabyciu.

Nie przekonuje argument przeciwny tej koncepcji, wskazujący na skutki, które trudno pogodzić z założeniem o racjonalnym tworzeniu prawa. Na aprobatę nie zasługuje stawiany tutaj zarzut nadmiernego skomplikowania stosunków prawnych związanych z istnieniem współuprawnienia w częściach idealnych, którego podmiotami są jeden z małżonków oraz oboje małżonkowie, wyrażający się przede wszystkim w trudnościach związanych z ustaleniem zasad zarządu przedmiotem majątkowym objętym współuprawnieniem oraz określenia dopuszczalności zniesienia współuprawnienia, w szczególności zaś zarzut naruszenia przez zaistnienie wskazanej sytuacji zakazu żądania podziału majątku wspólnego w czasie trwania wspólności w razie zniesienia współuprawnienia względem danego przedmiotu majątkowego (por. art. 35 zd. 1 k.r.o.). Należy podkreślić, że współuprawnienie względem określonego przedmiotu majątkowego między jednym z małżonków a obojgiem małżonków może *de lege lata* powstać w związku z zaistnieniem różnych zdarzeń prawnych; jest zatem konstrukcją dopuszczalną na gruncie prawa polskiego niezależnie od ewentualnego wysokiego stopnia złożoności stosunków prawnych związanych z jego powstaniem.

⁷⁰ Por. np. M. Sychowicz, *Komentarz do art. 33 k.r.o.*, w: K. Piasecki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, op. cit.; M. Goettel, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r.*, III CRN 119/85, OSP 1988/5/131.

Przyjęcie omawianego stanowiska gwarantuje należyte zabezpieczenie interesów małżonków na poziomie ekonomicznym, a także zapewnia należyłą ochronę wierzycielom małżonków; następuje to dzięki pewnemu i natychmiastowemu zachowaniu relacji między wartością składników majątkowych wchodzących w skład określonych mas majątkowych, których małżonkowie się wyzbywają, a wartością nabywanych udziałów w przedmiotach majątkowych. Na tle pozostałych zapatrywań może dojść (dochodzi) do zaistnienia określonych dysproporcji, dla których trudno znaleźć uzasadnienie normatywne. Dysproporcje te mogą wprawdzie *a casu ad casum* zostać zniwelowane w ramach roszczeń o zwrot nakładów z majątku osobistego na majątek wspólny czy z majątku wspólnego na majątek osobisty (art. 45 § 1 k.r.o.), należy jednak zwrócić uwagę, że wobec faktu, iż powstanie roszczenia o zwrot nakładów nie jest jednoznaczne z jego realizacją (por. w szczególności art. 45 § 1 zd. 3 k.r.o.), zaś sama jego realizacja jest, co do zasady, odsunięta, i to niejednokrotnie znacząco, w czasie (por. art. 45 § 2 k.r.o.), nie sposób stwierdzić, że nastąpi to zawsze w pełnym wymiarze⁷¹.

Stanowisko to ma należyte oparcie w obowiązującym materiale normatywnym; jego przyjęcie umożliwi nabycie przez małżonków udziału w przedmiocie majątkowym do majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 31 § 1 k.r.o., przy jednoczesnym zastosowaniu uregulowania wprowadzającego zasadę surogacji w majątku osobistym małżonka (art. 33 pkt 10 k.r.o.). Oznacza to, że – w przeciwieństwie do pozostałych zapatrywań – przyjęcie omawianego poglądu nie prowadzi do wyłączenia, ani ograniczenia w jakimkolwiek zakresie którejkolwiek ze wskazanych reguł normatywnych⁷².

Ponadto powyższe zapatrywanie wolne jest od wynikającej z braku stosownej podstawy prawnej arbitralności poglądu odwołującego się do dysproporcji wartości określonych składników majątkowych jako kryterium wskazania masy majątkowej, w skład której wchodzi nabywany przedmiot majątkowy. Arbitralności budzącej tym większe wątpliwości, że opartej na bardzo nieprecyzyjnym i wewnętrznie zróżnicowanym wskazywaniu sytuacji, w których nabywany przedmiot majątkowy ma wejść wyłącznie w skład jednej masy majątkowej oraz, ewentualnie, sytuacji, w których ma wejść w skład różnych mas majątkowych w udziałach. To z kolei godzić może w pewność i bezpieczeństwo obrotu, i to nie tylko na poziomie ustalenia, w skład jakiego majątku (jakich majątków) wchodzi określony przedmiot majątkowy, ale i tego, czy dochowane zostały wymogi normatywne dotyczące prawidłowego dokonania czynności prawnej prowadzącej do nabycia przedmiotu majątkowego, w szczególności zaś jej ważności i skuteczności⁷³.

⁷¹ Por. J. Biernat, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 kwietnia 2013 r. IV CSK 521/12*, LEX nr 1331353.

⁷² Por. A. Dyoniak, *Ustawowy urząd majątkowy...*, op. cit., s. 162; M. Goettel, *Majątek...*, op. cit., s. 177; E. Kitłowski, *Surogacja rzeczowa...*, op. cit., s. 101–102; A. Stępień-Sporek, M. Ryznar, *Nabywanie przedmiotów...*, op. cit., s. 85–86.

⁷³ Zob. M. Nazar, *Odpłatne nabycie własności do majątku wspólnego małżonków*, w: E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, Kluczbork 2008, s. 232–234, 237–246.

Przyjęcie omawianego stanowiska gwarantuje należyte zabezpieczenie interesów małżonków na poziomie ekonomicznym, a także zapewnia należyłą ochronę wierzycielom małżonków; następuje to dzięki pewnemu i natychmiastowemu zachowaniu relacji między wartością składników majątkowych wchodzących w skład określonych mas majątkowych, których małżonkowie się wyzbywają, a wartością nabywanych udziałów w przedmiotach majątkowych⁷⁴.

Ponadto ani wykładnia językowa, ani celowościowa regulacji wynikających z art. 31 § 1 oraz art. 33 pkt 10 k.r.o. nie uzasadniają tezy, że zastosowanie zasady surogacji w majątku osobistym małżonka wchodzi w grę jedynie wtedy, gdy określony przedmiot majątkowy nabywany jest wyłącznie w zamian za składniki majątkowe objęte majątkiem osobistym małżonka, co do których ma zastosowanie wskazana zasada.

BIBLIOGRAFIA

- Biernat J., *Dopuszczalność wyłączenia zastosowania zasady surogacji w majątku osobistym małżonka przy dokonywaniu czynności prawnej*, w: M. Pecyna, J. Pisuliński, M. Podrecka (red.), *Rozprawy cywilistyczne. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Edwardowi Drozdowi*, Warszawa 2013.
- Biernat J., *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 kwietnia 2013 r. IV CSK 521/12*, LEX No. 1331353.
- Breyer S., *Stosowanie surogacji w prawie małżeńskim*, „Palestra” 1974, nr 3.
- Breyer S., Gross S., w: B. Dobrzański, J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975.
- Drozd E., w: J.S. Piątoski (red.), *System prawa cywilnego. Prawo spadkowe*, t. IV, Ossolineum 1986.
- Dyoniak A., *Ustawowy ustrój majątkowy małżeński*, Ossolineum 1985.
- Gawlik Z., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r., III CRN 119/85*, OSPiKA 1986, nr 9–10.
- Goettel M., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 1985 r., III CRN 119/85*, OSPiKA 1988, nr 5.
- Goettel M., *Glosa do uchwały SN z dnia 29 września 1987 r., III CZP 54/87*, OSPiKA 1988, nr 5.
- Goettel M., *Majątek odrębny małżonków*, Szczytno 1986.
- Ignaczewski J., *Małżeńskie ustroje majątkowe*, Warszawa 2006.
- Kitłowski E., *Surogacja rzeczowa w prawie cywilnym*, Warszawa 1969.
- Nazar M., w: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006.
- Nazar M., w: T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014.
- Nazar M., *Odpłatne nabycie własności do majątku wspólnego małżonków*, w: E. Drozd, A. Oleszko, M. Pazdan (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego, prawa o notariacie i prawa europejskiego ofiarowane Panu Rejentowi Romualdowi Szytkowi*, Kluczbork 2008.

⁷⁴ Por. J. Biernat, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 kwietnia 2013 r. IV CSK 521/12*, LEX nr 1331353.

- Ohanowicz A., *Glosa do orzeczenia z dnia 6 lipca 1967 r.*, III CR 117/67, „Państwo i Prawo” 1968, nr 8–9.
- Olczyk M., *Komentarz do zmiany art. 33 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wprowadzonej przez Dz.U. z 2004 r. nr 162 poz. 1691*, LEX 2005.
- Piątowski J.S., w: J.S. Piątowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, Ossolineum 1985.
- Pietrzykowski J., w: K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2003.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005.
- Skowrońska-Bocian E., w: J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Skowrońska-Bocian E., *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2006.
- Słyk J., w: K. Osajda (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Sokołowski T., *Komentarz do art. 33 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, w: H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LEX 2013.
- Stepień-Sporek A., Ryznar M., *Nabywanie przedmiotów przez małżonków za środki z różnych mas majątkowych*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 11.
- Sychowicz M., w: K. Piasecki (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 2001.
- Szer S., *Glosa do uchwały SN z dnia 13 listopada 1962 r.*, III CO 2/62, OSPIKA 1963, no. 9.
- Trzaskowski R., *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności a stosowanie surogacji w prawie małżeńskim*, „Palestra” 2010, no. 7–8.
- Wiśniewski C., *Glosa do uchwały z dnia 14 sierpnia 1985 r.*, III CZP 41/85, „Nowe Prawo” 1988, no. 4.
- Wolter A., *Majątek wspólny i majątki odrębne małżonków pod rządem wspólności ustawowej*, „Nowe Prawo” 1965, no. 1.
- Wolter A., *Majątek wspólny i majątki odrębne małżonków pod rządem wspólności ustawowej*, „Nowe Prawo” 1965, no. 2.

COMMENTS IN RELATION TO THE RESOLUTION OF THE SUPREME COURT OF 19 OCTOBER 2018, III CZP 45/18

Summary

The analysis of the resolution was to determine which property will cover an asset acquired by a matrimony as a result of a legal transaction in exchange for funds in part coming from matrimonial property and in part for funds coming from one of the spouses' personal property (spouses' personal property) that are subject to the principle of substitution. Sharing the arguments of the Supreme Court, in dogmatic terms, the first standpoint approved by the representatives of the legal doctrine seems most appropriate: it provides that if an asset is acquired with funds contributed from two funds, the asset is assigned to personal property or joint property as a result of a comparison of the volume of funds coming from both properties – the major part of the spending would be the decisive criterion.

Keywords: joint matrimonial property, principle of substitution, allocation of assets, financial settlement, joint property, separate properties

UWAGI NA TLE UCHWAŁY SADU NAJWYŻSZEGO Z 19 PAŹDZIERNIKA 2018 R., III CZP 45/18

Streszczenie

Przedmiotem analizy objętej głosowaną uchwałą było ustalenie, w skład jakiego majątku wchodzi przedmiot majątkowy nabyty przez małżonków w drodze czynności prawnej, częściowo w zamian za składniki majątkowe prowadzące do nabycia do majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską, częściowo zaś w zamian za składniki majątkowe pochodzące z majątku osobistego małżonka (majątków osobistych małżonków), co do których ma zastosowanie zasada surogacji. Podzielając argumentację SN, pod względem dogmatycznym najbardziej prawidłowy wydaje się przyjmowany w doktrynie pogląd, który zakłada, że w wypadku nabycia przedmiotu ze środków mieszanych, o zaliczeniu przedmiotu majątkowego do majątku osobistego lub wspólnego decyduje porównanie wartości przeznaczonych na jego nabycie środków pochodzących z tych majątków – decydujące miałyby być w tym ujęciu kryterium przeważającej części wydatku.

Słowa kluczowe: wspólność majątkowa małżeńska, zasada surogacji, przynależność przedmiotów majątkowych, rozliczenia majątkowe, majątek wspólny, majątki odrębne

COMENTARIOS DE ACUERDO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE OCTUBRE DE 2018, III CZP 45/18

Resumen

El objeto de análisis del acuerdo comentado ha sido determinar, a cuál patrimonio entra objeto patrimonial adquirido por los cónyuges mediante el negocio jurídico en parte a cambio de componentes patrimoniales que conlleven a su adquisición a bienes gananciales y en parte a cambio de componentes patrimoniales provenientes del patrimonio personal del cónyuge (patrimonio personal de los cónyuges), a los que se aplica el principio de subrogación. Aprobando los fundamentos del Tribunal Supremo, desde el punto de vista dogmático la postura más correcta presentada en la doctrina consiste en que en caso de adquisición de objeto con fondos mixtos, sobre la inclusión de objeto patrimonial al patrimonio personal o a bienes gananciales decide la comparación de valores destinados a su adquisición procedente de estos patrimonios. El criterio de mayor gasto sería en este caso el elemento decisivo.

Palabras claves: bienes gananciales, principio de subrogación, inclusión de objetos patrimoniales, liquidaciones patrimoniales, patrimonio común, patrimonios individuales

КОММЕНТАРИИ ПО ПОВОДУ ПОСТАНОВЛЕНИЯ ВЕРХОВНОГО СУДА ОТ 19 ОКТЯБРЯ 2018 ГОДА, III CZP 45/18

Резюме

Постановление, принятое судьями Верховного суда, касается вопроса, частью какого имущества является предмет имущества, приобретенный супругами в ходе правовой сделки частично в обмен на элементы имущества, предусматривающие совместное владение приобретаемым предметом, а частично в обмен на элементы личного имущества супруга (личного имущества супругов), к которым применим принцип замещения. Следует согласиться с аргументами Верховного суда, основанными на догматическом подходе к вопросу. Действительно, в правовой доктрине принята точка зрения, согласно которой, в случае приобретения предмета за смешанные средства, включение приобретаемого предмета имущества в состав личного либо совместного имущества супругов зависит от размера средств, выделенных на его приобретение из соответствующих имуществ. С этой точки зрения решающим критерием должна быть преобладающая доля в расходах на приобретение.

Ключевые слова: совместная собственность супругов, принцип замещения, принадлежность предметов имущества, имущественные споры, совместное имущество, отдельное имущество

ANMERKUNGEN ZUR ENTSCHEIDUNG DES OBERSTEN GERICHTSHOFS DER REPUBLIK POLEN VOM 19. OKTOBER 2018, III CZP 45/18 III CZP 45/18

Zusammenfassung

Gegenstand der Analyse der ergangenen Entscheidung war die Bestimmung, zu welchem Vermögen ein Vermögensgegenstand gehört, der von Ehegatten im Wege einer Rechtshandlung erworben wurde, zu einem Teil im Austausch gegen Vermögenswerte, die zum Erwerb von Vermögenswerten führen, die von der ehelichen Gütergemeinschaft abgedeckt sind, und teils im Tausch gegen Vermögenswerte, die aus dem persönlichen Eigentum von Ehegatten stammen (persönliches Eigentum der Ehepartner), für die das Surrogatsprinzip gilt. Teilt man die Argumentation des obersten polnischen Gerichtshofs in dogmatischer Hinsicht, scheint die Ansicht der Doktrin am zutreffendsten zu sein, nach der beim Erwerb eines Gegenstands, der aus verschiedenen Quellen finanziert wird, über die Zurechnung des Vermögensgegenstands zum persönlichen oder gemeinschaftlichen Eigentum ein Vergleich der Werte der für seinen Erwerb aus diesen Vermögenswerten eingesetzten Mittel entscheidet. Bei diesem Ansatz käme dem Kriterium des überwiegenden Teils der Ausgaben dann entscheidende Bedeutung zu.

Schlüsselwörter: eheliche Gütergemeinschaft, Surrogatsprinzip, Zugehörigkeit von Vermögensgegenständen, vermögensrechtliche Abwicklung, gemeinschaftliche Vermögenswerte, getrennte Vermögen

COMMENTAIRES CONCERNANT LA RÉSOLUTION DE LA COUR SUPRÊME DU 19 OCTOBRE 2018, III CZP 45/18

Résumé

L'objet de l'analyse couverte par la résolution votée était de déterminer quels biens comprenaient les biens acquis par les époux par un acte juridique en partie en échange d'actifs menant à l'acquisition d'actifs couverts par la communauté de biens des époux, et en partie en échange d'actifs provenant des biens personnels du conjoint. (biens personnels des époux), auxquels s'applique le principe de substitution. Lorsque l'on partage les arguments de la Cour suprême en termes dogmatiques, l'opinion la plus correcte semble être l'opinion de la doctrine selon laquelle, dans le cas de l'acquisition d'un bien provenant de fonds mixtes, la comparaison de la valeur des fonds provenant de ces actifs affectés à l'achat d'un actif décide de classer cet actif en tant que propriété personnelle ou conjointe – dans cette approche, le critère de la majorité des dépenses serait déterminant.

Mots-clés : communauté de biens des époux, principe de substitution, appartenance des biens, règlements de biens, biens communs, biens propres des époux

OSSERVAZIONI SULLO SFONDO DELLA DELIBERA DELLA CORTE SUPREMA DEL 19 OTTOBRE 2018, III CZP 45/18

Sintesi

Oggetto dell'analisi della delibera promulgata è la determinare in che patrimonio viene inserito un bene acquisito dai coniugi mediante un negozio giuridico, in parte in cambio di elementi patrimoniali che portano all'acquisizione nel patrimonio compreso nella comunione coniugale dei beni, e in parte in cambio di elementi patrimoniali che provengono dal patrimonio personale di un coniuge (dai patrimoni personali dei coniugi) per i quali si applica il principio di surrogazione. Condividendo l'argomentazione della Corte Suprema sotto l'aspetto dogmatico sembra più corretta l'opinione assunta dalla dottrina che considera che in caso di acquisizione di un bene con mezzi misti, per l'assegnazione dell'elemento patrimoniale al patrimonio personale o comune è decisivo il confronto del valore dei mezzi provenienti da questi patrimonio utilizzati per la sua acquisizione: in questo caso sarebbe decisivo il criterio della parte maggiore di spesa.

Parole chiave: comunione coniugale dei beni, principio di surrogazione, appartenenza degli elementi patrimoniali, liquidazioni patrimoniali, patrimonio comune, patrimonio distinto

Cytuj jako: Sekuła-Leleno M., Comments in relation to the resolution of the Supreme Court of 19 October 2018, III CZP [Uwagi na tle uchwały Sądu Najwyższego z 19 października 2018 r., III CZP 45/18], „*Ius Novum*” 2019, vol. 13, nr 4, s. 227–252. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.51/m.sekula-leleno

Cite as: Sekuła-Leleno, M. (2019). ‘Comments in relation to the resolution of the Supreme Court of 19 October 2018, III CZP’. *Ius Novum*, vol. 13 (4), 227–252. DOI: 10.26399/iusnovum.v13.4.2019.51/m.sekula-leleno

NOTY O AUTORACH

- Michał Leciak dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Natalia Daško dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Jacek A. Dąbrowski dr, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie, starszy asystent sędziego w Izbie Karnej Sądu Najwyższego
- Maria Gołda-Sobczak dr hab., profesor UAM, Instytut Kultury Europejskiej Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
- Maciej Kruk magister prawa, Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
- Adam Jakuszewicz dr, adiunkt w Instytucie Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy
- Marcin Sobota dr, adiunkt w Instytucie Architektury Krajobrazu na Wydziale Inżynierii Kształtowania Środowiska i Geodezji Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu, adwokat
- Bartosz Jawecki dr hab. inż., prof. w Instytucie Architektury Krajobrazu na Wydziale Inżynierii Kształtowania Środowiska i Geodezji Uniwersytetu Przyrodniczego we Wrocławiu
- Rett R. Ludwikowski dr, prof. em., Dyrektor Programu Handlu Międzynarodowego i Biznesu, Columbus School of Law, Katolicki Uniwersytet Ameryki w Waszyngtonie

Marcin Kryński	magister prawa, doktorant na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku
Piotr Brzeziński	dr, adiunkt w Katedrze Prawa Gospodarczego Uczelni Łazarskiego w Warszawie
Jacek Kosonoga	dr hab., profesor w Katedrze Prawa Karnego Uczelni Łazarskiego w Warszawie
Małgorzata Sekuła-Leleno	dr, adiunkt w Katedrze Prawa i Postępowania Cywilnego Uczelni Łazarskiego w Warszawie, asystentka sędziego w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego

NOTES ON THE AUTHORS

- Michał Leciak PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
- Natalia Daško PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
- Jacek A. Dąbrowski PhD, Assistant Professor at the Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw, senior assistant to the judge in the Criminal Chamber of the Supreme Court
- Maria Gołda-Sobczak PhD hab., Associate Professor at the Institute of European Culture of Adam Mickiewicz University in Poznań
- Maciej Kruk Master of Laws, Department of Legal Philosophy and the Study of the State, Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw
- Adam Jakuszewicz PhD, Assistant Professor at the Institute of Law and Economics of Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz
- Marcin Sobota PhD, Assistant Professor at the Institute of Landscape Architecture, Faculty of Environmental Engineering and Geodesy of Wrocław University of Environmental and Life Sciences, attorney-at-law
- Bartosz Jawecki PhD hab. Eng., Professor at the Faculty of Environmental Engineering and Geodesy of Wrocław University of Environmental and Life Sciences

- Rett R. Ludwikowski PhD, Professor Emeritus and Director of International Trade and Business Program, Columbus School of Law of the Catholic University of America, Washington D.C.
- Marcin Kryński Master of Laws, doctoral student at the Faculty of Law of the University of Białystok
- Piotr Brzeziński PhD, Assistant Professor at the Business Law Department of Lazarski University in Warsaw
- Jacek Kosonoga PhD, hab., Associate Professor at the Department of Criminal Law of Lazarski University in Warsaw
- Małgorzata Sekuła-Lelono PhD, Assistant Professor at the Department of Civil Law and Civil Procedure of Lazarski University in Warsaw, assistant to the judge at the Civil Chamber of the Supreme Court

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
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 stali 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

W 2019 r. kwartalnik Ius Novum, po przejściu procedury weryfikacyjnej i uzyskaniu pozytywnej oceny parametrycznej, znalazł się na wykazie czasopism punktowanych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego, a za publikację na jego łamach przyznano **20 punktów** (Komunikat Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 31 lipca 2019 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych wraz z przypisaną liczbą punktów, poz. 27937).

Dalsze informacje w tym zakresie: <http://www.bip.nauka.gov.pl/wykaz-czasopism-naukowych/>

ADDITIONAL INFORMATION

In 2019 the Ius Novum quarterly, following the verification procedure and obtaining a positive parametric grade, was placed on the list of journals evaluated by the Ministry of Science and Higher Education with **20 points** awarded for a publication in the quarterly (the Announcement of the Minister of Science and Higher Education of 31 July 2019 on the list of scientific journals and reviewed materials from international conferences with assigned points for publication, entry number 27937).

Further information on this topic are available at:

<http://www.bip.nauka.gov.pl/wykaz-czasopism-naukowych/>

ARTICLES PUBLISHED IN 2019 WERE REVIEWED BY:

Wojciech Bieńkowski
Tomasz Braun
Przemysław Buczkowski
Helena Ciepła
Zbigniew Czarnik
Tomasz Demendecki
Katarzyna Dudka
Elżbieta Dynia
Dorota Dzieńsiuk
Andrzela Gawrońska-Baran
Mariusz Godlewski
Robert Gwiazdowski
Andrzej Hankała
Dominika Harasimiuk
Wojciech Hartung
Stanisław Hoc
Jerzy Jaskiernia
Maria Jeż-Ludwichowska
Czesław Kłak
Violetta Konarska-Wrzosek
Marek Kulik
Agnieszka Kunert-Diallo
Artur Kuś

Zbigniew Kwiatkowski
Florian Lempa
Aneta Łazarska
Norbert Malec
Maciej Małolepszy
Mirosława Melezini
Marek Mozgawa
Ewelina Nojszewska
Bartłomiej Opaliński
Anna Osmańska
Maciej Rogalski
Magdalena Rycak
Andrzej Sakowicz
Jerzy Skorupka
Jacek Sobczak
Blanka J. Stefańska
Ryszard Strzelczyk
Ilona Szczepańska
Przemysław Szustakiewicz,
Marta Tużnik
Małgorzata Wąsek-Wiaderek
Sławomir Żółtek

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

3/2019

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.

3/2019

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 udostępnia 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 21st 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.

3/2019

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.

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.

3/2019

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
www.lazarski.pl

Wydawnictwo Uczelni Łazarskiego
oferuje następujące nowe publikacje:

1. *Legal Conditions of International Cooperation for the Safety and Efficiency of Civil Aviation*, Ewa Jasiuk, Roman Wosiek (eds), Warsaw 2019, ISBN 978-83-64054-27-3.
2. *Poland and Ukraine: Common Neighborhood and Relations*, Martin Dahl, Adrian Chojan (eds), Warsaw 2019, ISBN 978-83-64054-15-0.
3. *Resolving International Economic Problems with the Tools of Contemporary Econometrics*, Krzysztof Beck (ed.), Warsaw 2019, ISBN 978-83-64054-39-6.
4. *Elastyczne formy zatrudnienia we włoskim i polskim prawie pracy. Szanse i zagrożenia*, Angelica Riccardi (red.), Magdalena Rycak (red.), Warszawa 2019, ISBN 978-83-64054-51-8.
5. *Determinanty synchronizacji cykli koniunkturalnych w krajach Unii Europejskiej*, Krzysztof Beck, Warszawa 2019, ISBN 978-83-64054-43-3.
6. *Prawo a nowoczesność. Wyzwania – problemy – nadzieje*, Anna Hrycaj, Aneta Łazarska, Przemysław Szustakiewicz (red.), Warszawa 2019, ISBN 978-83-64054-63-01.
7. *Investors' Perceptions and Stock Market Outcomes. Interdisciplinary Approach*, Olha Zadorozhna, Martin Dahl (eds), Warsaw 2019, ISBN 978-83-64054-67-9.
8. Charakterystyka umowy Time for Photos oraz roszczeń z tytułu jej niewykonania lub nienależytego wykonania, Katarzyna Jedynek, Warszawa 2019, ISBN 978-83-64054-79-2.
9. Nowy Porządek Świata. Dekompozycja państw i narodów, Marian Guzek, Warszawa 2019, ISBN 978-83-64054-71-6.