

ISSN 1897-5577

IUS NOVUM

VOL. 10
NUMER 4
2016

PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI
UCZELNI ŁAZARSKIEGO

WARSZAWA 2016

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

Redaktorzy językowi / Linguistic Editors

Natalia Artsiomenka – język białoruski, Grzegorz Butrym – język angielski,
Martin Dahl – język niemiecki, Maria Furman – język polski,
Elwira Stefańska – język rosyjski, Jadwiga Ziębowicz – język francuski

Redaktorzy tematyczni / Thematic Editors

prawo karne i postępowanie – dr hab. Barbara Nita-Świątłowska, prof. Uczelni Łazarskiego
prawo cywilne – dr Helena Ciepła
prawo administracyjne – prof. dr hab. Stanisław Hoc
prawo konstytucyjne – dr Jacek Zaleśny
prawo międzynarodowe – dr hab. Mariusz Muszyński, prof. Uniwersytetu Kardynała Stefana
Wyszyńskiego w Warszawie
statystyka – dr Krystyna Bąk

Redaktor prowadzący / Executive Editor

Adam Albert Lipiński

Pełne teksty artykułów w języku polskim wraz ze spisem treści i streszczeniami
w językach polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej:
<http://www.lazarski.pl/pl/badania-i-rozwoj/oficyna-wydawnicza/Czasopisma-online/Ius-Novum/>
oraz w serwisie The Central European Journal of Social Sciences and Humanities:
<http://cejsh.icm.edu.pl/>

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2016

ISSN 1897-5577

OFICyna WYDAWNICZA UCZELNI ŁAZARSKIEGO

02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43

tel. 22 54-35-450

www.lazarski.pl

wydawnictwo@lazarski.edu.pl



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 22 635 03 01, 22 635 17 85
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

<i>Francisco Javier Paño Rodríguez</i> El acoso sexual en el Código Penal español	7
<i>Maria Kruk</i> Wokół zasady pomocniczości. Kilka uwag o jej znaczeniu i gwarancjach w Unii Europejskiej	28
<i>Bożena Gronowska</i> Skuteczność prawa do skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w toku postępowania karnego oraz w warunkach izolacji więziennej	52
<i>Maciej Rogalski</i> Założenia modelu zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych	66
<i>Jacek Kosonoga</i> Skład sądu na rozprawie głównej	83
<i>Izabela Pączek</i> Postępowanie mediacyjne jako konsensualne zakończenie postępowania karnego	102
<i>Damian Gil</i> Prawo do obrony w świetle ostatnich nowelizacji Kodeksu postępowania karnego – zagadnienia wybrane	120
<i>Julia Kosonoga-Zygmunt</i> Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)	133
<i>Aleksandra Domańska, Karolina Sawczuk-Skibińska</i> Przyczyny nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym i przyczyny rozwodów w polskim prawie rodzinnym w świetle badań aktowych	144
<i>Łukasz D. Dąbrowski</i> Zastosowanie art. 321 k.p.c. w sprawach odwołań od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej	157
<i>Krzysztof Żok</i> Obniżenie ceny w świetle znowelizowanych przepisów o rękojmi	170
<i>Bartłomiej Gadecki</i> Nowe regulacje dotyczące problematyki zabytków w związku z wejściem w życie ustawy o rzeczach znalezionych	186
<i>Mirostław Karpiuk</i> Tereny zamknięte ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa ustanawiane przez organy administracji rządowej	196

<i>Ryszard Szałowski</i>	
Administrator bezpieczeństwa informacji	208
<i>Daria Pałucka</i>	
Obowiązek przynależności polskiego związku sportowego do międzynarodowej organizacji sportowej	225
<i>Kinga Lalowicz</i>	
Prawo zabudowy	237
<i>Danuta Kabat-Rudnicka</i>	
Spór o federalną przyszłość Unii Europejskiej	249
<i>Zbigniew B. Rudnicki</i>	
W poszukiwaniu tożsamości europejskiej	266
<i>Piotr Sadowski</i>	
Prawne, polityczne i społeczne konsekwencje rozdźwięku między uzusem a definicjami zawartymi w tekstach prawnych dotyczących imigracji	280
<i>Daria Danecka</i>	
O pojęciu odpadów w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r.	297
<i>Paweł Daniel</i>	
Zakres postępowania odwoławczego w sprawach z zakresu rozstrzygania konkursu ofert na zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej	315
<i>Piotr Ochman</i>	
Rola Komisji Nadzoru Finansowego w karnej ochronie rynku finansowego	324
<i>Adam Drozdek</i>	
Przedawnienie świadczenia odsetek, a przedawnienie zobowiązania celnego	345
<i>Wojciech M. Hrynicki</i>	
Organizacja rejestracji stanu cywilnego w Polsce w ujęciu historycznym	358
<i>Paweł Piotr Majczak</i>	
Podstawa prawna decyzji administracyjnej	375

G L O S Y

Marcin Rulka, Glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 12 grudnia 2014 r., I Ns 238/14, niepubl. (dot. uprawnień sądu okręgowego w zakresie kształtowania procedury wyborczej w przypadku stwierdzenia nieważności wyboru radnego)	383
Sławomir Joachimiak, Glosa do wyroku SN z dnia 16 stycznia 2014 r., V KK 21313 (dotycząca kwalifikacji prawnej przestępstwa z art. 244 k.k. oraz przestępstwa 178 § 1 i 4 k.k.)	390
Noty o Autorach	398

CONTENTS

ARTICLES

<i>Francisco Javier Paño Rodríguez</i> Sexual harassment in the Spanish Criminal Code	7
<i>Maria Kruk</i> About the principle of subsidiarity: some comments on its importance and guarantees in the European Union	28
<i>Bożena Gronowska</i> Efficiency of the right to application to the European Court of Human Rights in the course of criminal proceeding and in the conditions of imprisonment	52
<i>Maciej Rogalski</i> Assumptions of the model of communications data retention and disclosure	66
<i>Jacek Kosonoga</i> Bench composition in a trial	83
<i>Izabela Pączek</i> Mediation procedure as a conciliatory resolution of a criminal proceeding	102
<i>Damian Gil</i> Right to defence in the light of the latest amendments to the Criminal Procedure Code – selected issues	120
<i>Julia Kosonoga-Zygmunt</i> Ruling non-custodial penalties instead of imprisonment (Article 37a CC)	133
<i>Aleksandra Domańska, Karolina Sawczuk-Skibińska</i> Grounds for a declaration of nullity under canon law and grounds for granting a divorce under Polish family law in the light of research into files	144
<i>Łukasz D. Dąbrowski</i> Application of Article 321 CCP in the appeals against decisions of the President of the Office of Electronic Communications	157
<i>Krzysztof Żok</i> Price reduction in the light of the amended warranty regulations	170
<i>Bartłomiej Gadecki</i> New regulations on antiquities introduced by the Act on found property	186
<i>Mirosław Karpiuk</i> Enclosed areas due to state defence and security established by government administration	196
<i>Ryszard Szwałowski</i> Administrator of data security	208

<i>Daria Pałucka</i>	
Obligation to be a member of an international sports organisation imposed on Polish sports associations	225
<i>Kinga Lalowicz</i>	
Leasehold law	237
<i>Danuta Kabat-Rudnicka</i>	
Discourse on federal future of the European Union	249
<i>Zbigniew B. Rudnicki</i>	
In search of the European identity	266
<i>Piotr Sadowski</i>	
Legal, political and social consequences of the conflict between the adopted practice and the definitions laid down in legal texts on immigration	280
<i>Daria Danecka</i>	
On the concept of waste under the Act of 14 December 2012	297
<i>Paweł Daniel</i>	
Complaint procedure within public procurement procedure in the field of healthcare services provision	315
<i>Piotr Ochman</i>	
Role of the Polish Financial Supervision Authority in the penal protection of the financial market	324
<i>Adam Drozdek</i>	
Extinction of interest charges vs. extinction of customs debt	345
<i>Wojciech M. Hrynicki</i>	
Organisation of civil registration in Poland in historical context	358
<i>Paweł Piotr Majczak</i>	
Legal basis for an administrative decision	375

G L O S S E S

Marcin Rulka, Gloss on the Regional Court decision of 12 December 2014, file no. I Ns 238/14, unpublished (concerning regional court's competence to modify electoral procedure in case of the establishment of a councillor's election nullity)	383
Sławomir Joachimiak, Gloss on the Supreme Court judgement of 16 January 2014 in case V KK 213/13 (concerning legal classification of crime under Article 244 CC and crime under Article 178 § 1 and 4 CC)	390
Notes on the Authors	398

EL ACOSO SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

FRANCISCO JAVIER PAÍNO RODRÍGUEZ

1. INTRODUCCIÓN

El acoso sexual viene expresamente regulado en el art. 184¹ del Código Penal, el cual se ha visto afectado penológicamente por la reforma de la Ley 1/2015, de 30 de Marzo. Mostramos, de principio, nuestro total rechazo a la existencia de este artículo en concreto y de la tipificación del acoso sexual en general. Y ello por varias razones; primero, por cuanto teniendo en cuenta que el acoso sexual solo se tipifica en cuanto se produzca en el ámbito de una relación laboral, de prestación de servicios o docente, ya existe la concreta tipificación de dicha modalidad de acoso en nuestro articulado penal, con lo cual entendemos que no es procedente su tipificación en otro título y capítulo. Pero a mayor abundamiento, y una vez que ha sido expresamente tipificada la conducta de acoso, entendemos que ambas deberían ser derivadas a formas cualificadas² referidas a dicho tipo básico. De hecho, la única razón de la existencia del delito de acoso sexual del art. 184 del Código Penal es la de Derecho Penal simbólico³, como muestra de que

¹ “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses. 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.”

² Curiosamente, como luego veremos, el acoso sexual actualmente se configura como un tipo privilegiado respecto al delito de acoso laboral, lo cual o encuentra ninguna justificación desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos ni de la conducta realizada.

³ Como manifiesta Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 269, “al legislar de cara a la galería –lo que hoy se denomina legislación

nuestro ordenamiento jurídico combate dicha lacra, obviando su innecesariedad por cuanto dicha modalidad podía subsumirse perfectamente en el tipo básico (apreciando en su caso la agravante de por razón de sexo del art. 22-4 del Código Penal), y sin darse cuenta que el efecto conseguido es el contrario, toda vez que al rebajarse la penalidad la consecuencia es que se premia al autor del delito por cometer la conducta hostigante mediante actos de naturaleza sexual frente al mero hostigamiento con actos de otra naturaleza. Por ello, desde aquí abogamos por la supresión del art. 184 Código Penal, y su inclusión como forma en su caso cualificada del delito de acoso del nuevo art. 172-ter del mismo cuerpo legal. En todo caso, la existencia del mismo nos obliga a analizar el tipo penal.

2. CONDUCTA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1. La conducta del acoso se recoge en el apartado 1 del art. 184⁴ del Código Penal, y consiste en la solicitud de favores⁵ de naturaleza sexual, ya sea para uno mismo o para un tercero. La duda que se plantea es si basta con una mera solicitud de favores o es necesario que sea una conducta reiterada. Para contestar dicha pregunta es necesario poner dicha conducta en relación a la necesidad de que ésta provoque a la víctima “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”, y asimismo con la expresión “será castigado, como autor de acoso sexual”. La R.A.E define la acción de acosar como “perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos”, utilizando el plural, con lo que parece que a priori no basta con una mera solicitud de favores sexuales, sino que es preciso también que la misma se efectúa en una pluralidad de ocasiones. En todo caso, es difícil de imaginar que una única solicitud de favores sexuales pueda producir la situación hostil y humillante que requiere el tipo penal, ya que para ello sería preciso la utilización de determinados medios o modos que acabarían finalmente tipificando el delito dentro de otras conductas más graves (amenazas, agresiones o abusos sexuales, coacciones, etc...).

simbólica y antes semántica-, el sujeto que se quiere proteger, claramente la mujer, puede salir menos protegido de lo proyectado. Pero el objetivo político no era ese: era poder mostrar un artículo en el CP; desde ese punto de vista el objetivo se ha cumplido, pues existe, y se ha ampliado y se presentan tres tipos.”

⁴ “1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.”

⁵ Entendemos que la solicitud puede realizarse de cualquier manera, ya sea de forma oral, escrita, telemática, a través de terceras personas, pro gestos o cualquier otra forma donde de forma inequívoca se realice dicha solicitud. En el mismo sentido, Ragués i Vallés, Ramón, en V.V.A.A. “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial”, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Coord. Ramón Ragués i Vallés, Editorial Atelier, Barcelona 2015, pág. 143 y 144. En contra, Lamarca Pérez, Carmen en V.V.A.A. “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal”, Coord. Carmen Lamarca Pérez, Editorial Colex, 2013, pág. 194.

Por su parte, el Parlamento Europeo aprobó la directiva 76/207/CE con intención de unificar el concepto de acoso sexual para todo el ámbito europeo, dando como definición “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Dicha definición europea de acoso sexual difiere como vemos de la que podemos encontrar en el Código Penal, primero por cuanto no la circunscribe a un determinado ámbito, segundo, por cuanto recoge la necesidad de que intente atentar contra la dignidad de una persona (que no se incluye en el tipo penal del Código penal español), y tercero, por cuanto no establece como requisito *sine qua non* la creación del entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, considerándose que debe entenderse que hay acoso sexual cuando se produzca este entorno, pero no excluyendo el mismo aún cuando dicha situación no se produzca. Eso sí, la definición no solo no establece necesariamente una pluralidad de conductas, sino que permite la consideración como acoso sexual de una mera conducta individual, siempre que el comportamiento sea de carácter sexual y se trate de atentar contra la dignidad de la persona.

El acoso, genéricamente hablando, consiste precisamente en la reiteración de conductas que de forma individual y aisladamente consideradas no son constitutivas de ilícito penal, y que es la suma de éstas las que producen el hostigamiento en la víctima. Entendemos que el acoso sexual no se diferencia en esto del acoso genérico del art. 172-ter del Código Penal, y que por tanto, es preciso que la solicitud de los favores de naturaleza sexual se realicen de forma reiterada⁶, de manera que no solo la conducta integre la definición de “acoso” ofrecida por la R.A.E. y a la que se hace referencia en el art. 184-1 del Código Penal, sino que además la misma pueda, de forma objetiva, ser suficiente para provocar en la víctima la situación hostil que requiere el tipo⁷. La Directiva europea puede servir de margen de interpretación para los diferentes estados, pero una vez el Estado ha legislado en un sentido, este es el tipo penal que hay que interpretar atendiendo a todos los métodos de interpretación, entre ellos el semántico y demás mantenidos anteriormente. Ello no significa que otros comportamientos que pueden ser considerados como acoso sexual para la directiva europea no lo sean en otro ámbitos como el civil, administrativo, asistencial, etc..., o puedan configurar otros

⁶ En contra Velázquez Barón, Ángel en “Delito de acoso sexual”, Barcelona, 2000, pág. 11 y 12. Por su parte, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 778, manifiesta que no cabe generalizar, distinguiendo entre aquellos supuestos en que no existe prevalencia – en cuyo caso puede exigirse la reiteración de la conducta- de aquellos otros en que sí hay prevalencia – en los que cabrá la mera solicitud de favores como modo eficaz para lesionar la libertad sexual.

⁷ Por otro lado hay que tener en cuenta que la nueva tipificación del delito de acoso por un lado y la desaparición de las vejaciones e injurias leves – a excepción de las intrafamiliares – del antiguo art. 620-2 del Código penal anterior a la reforma 1/2015 de 30 de marzo, conllevan que la falta de solicitud de favores sexuales puedan integrarse en la extinta falta. Por ello, atendiendo a la reiteración de la conducta y que la misma pueda integrarse o no dentro del tipo del art. 172-ter del Código Penal, conllevara que la misma se encuentre destipificada, y que deba acudir al ámbito civil, administrativo o laboral para solventar la problemática suscitada por los comentarios de carácter sexual del estilo de “vaya polvo tienes” o similares.

tipos de los diferentes ordenamientos jurídico-penales (por ejemplo, vejaciones), pero no determinan la interpretación de la conducta del tipo penal del art. 184 del Código. En todo caso, el delito comenzaría su ejecución cuando la solicitud u ofrecimiento sexual es inequívocamente rechazado, y el sujeto activo continua realizando la conducta⁸.

Por otro lado, la conducta debe de ser “objetiva y gravemente intimidatoria”. Ello requiere en primer lugar que la capacidad de intimidación hacia la víctima no queda en el ámbito subjetivo de la misma, sino que se requiere además que la solicitud continuada de favores de naturaleza sexual sea suficiente para que cualquier ciudadano medio se viera afectado en la forma exigida en el código, evitando de esta manera que la misma conducta se considere o no integrante del tipo penal en función de que el sujeto pasivo sea especialmente temeroso o que sea por el contrario, de carácter excepcionalmente fuerte y capaz de soportar dicho comportamiento por parte del sujeto activo. Lo que sí es importante mencionar es que en todo caso, la capacidad de provocar la situación intimidatoria, hostil o humillante hay que ponerla en necesaria relación con el ámbito donde esta se produce y las especiales relaciones entre los sujetos.

Por último hay que mencionar que el Código Penal no tipifica únicamente una sola conducta de acoso, sino varias (y que la doctrina y la jurisprudencia establecen en dos o tres⁹), o mejor dicho, existe un tipo básico de acoso sexual, y varias cualificaciones, dos de las cuales algunos autores consideran modalidades suficientemente diferenciadas de acoso en función del empleo de la amenaza (chantaje) y aprovechándose de una situación de superioridad (prevalimiento). En todo caso, la conducta es siempre la misma (el denominado *acoso ambiental*), siendo ésta la que nos hemos referido a los largo de este apartado y que viene contemplada en el apartado 1º del artículo 184 C.P., pasando a continuación a desarrollar las cualificaciones del apartado 2º del mismo artículo.

Por un lado encontramos el denominado *chantaje sexual*, que es aquel que suma a la conducta básica un delito de amenazas no constitutivo de delito, si bien el tipo penal también restringe como puede ser dicha amenaza, o mejor dicho, cuál puede ser el contenido de ésta. En este sentido, no cabe la manifestación de la causación de cualquier mal, sino que ese mal debe estar concretado en la frustración de las expectativas de la víctima en cuanto al ámbito laboral, docente o de prestación de servicios en que se desarrolla la conducta¹⁰, de tal modo que cualquier otra amenaza que pudiera efectuarse quedaría fuera de la cualificación, y conllevará necesariamente su tipificación dentro de los tipos de amenazas, en relación de concurso ideal medial con el tipo básico de acoso, según las reglas generales concursales. Por otro lado, encontramos el acoso mediante prevalimiento, es decir, el acoso que suma a la conducta básica la existencia de una relación de superioridad jerárquica, docente o laboral. Aquí cabe plantearse si basta con que esta conducta concorra con carácter objetivo, o si por el contrario,

⁸ STS 4705/2015 Sala 1ª.

⁹ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 438, establece que hay tres modalidades: la solicitud sexual, el chantaje sexual y el acoso sexual de prevalimiento.

¹⁰ Como puede ser, por ejemplo, dejar entrever que se excluirá al alumno compañero de los grupos de trabajo para que no pueda aprobar u obtener altas calificaciones, que puede devaluarse el trabajo efectuado por la víctima de cara a los superiores, por mencionar algunas que no conlleven prevalimiento.

es necesario que el sujeto activo haga uso de dicha situación de forma consciente de manera que la conducta traiga causa, al menos parcialmente, por la existencia de dicha relación de superioridad entre el sujeto activo y el pasivo. A este respecto, entendemos que basta con que los sujetos tengan conocimiento de la existencia de dicha relación de superioridad, sin que la misma tenga que ser determinante para que se produzca la conducta.

En otro orden de ideas, el acoso mediante prevalimiento de forma habitual subsumirá dentro de su conducta el chantaje sexual, toda vez que la existencia de la relación de superioridad llevará, más o menos implícito, la amenaza expresa o tácita¹¹ de perjuicios en el ámbito de dicha relación, y es difícil imaginar un acoso en que el abuso de la situación de superioridad no suponga en sí misma la manifestación tácita de la al menos probable o posible causación del mal.

Para terminar, la conducta obviamente debe de ser dolosa, no previéndose ninguna modalidad de comisión imprudente.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como ya hemos visto, el legislador español ha restringido la tipificación de la conducta de acoso sexual a unos ámbitos muy concretos, por lo que fuera de esos ámbitos la conducta solo podrá subsumirse en el tipo básico de acoso, en el acoso intrafamiliar, en el inmobiliario, o finalmente en otros tipos diversos como coacciones, amenazas o vejaciones.

2.2.1. LABORAL

Si bien el término laboral no presenta grandes problemas de interpretación a priori, puesto que ello nos remite necesariamente a la legislación laboral, entendemos que el término no puede quedar circunscrito a la efectiva “legalidad” de la relación¹², y ello por cuanto ello excluiría no solo el acoso en el que son parte (bien como sujeto activo, bien como pasivo) trabajadores ilegales, sino respecto de otras figuras que aunque se realicen en el ejercicio de actividades laborales no estén amparadas por la legislación laboral. Pensemos por ejemplo en el hijo del jefe que sin ostentar ningún cargo en la empresa del padre y sin estar contratado en ninguna modalidad (o incluso en el que incurre en causa de incompatibilidad), a pesar de ello acude todos los días a la empresa del progenitor y realiza actividades similares a las de cualquier otro empleado. ¿Debemos entender que si el mismo realiza la conducta típica respecto de otr@ trabajador@ aun así no podemos subsumirlo en el tipo de acoso sexual porque no está amparado por la legislación laboral? Creemos que, aun teniendo en cuenta que ello incrementa

¹¹ Por ejemplo, el profesor que deja entrever al alumno que no aprobará o sacará la calificación que merece al tiempo que realiza la conducta hostigante.

¹² En sentido contrario, Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 439, manifiesta que “con respecto al adjetivo *laboral*, debe utilizarse, para que sea operativa, una acepción restringida equivalente a *todo trabajo efectuado al amparo de la legislación laboral*.”

notablemente los problemas de prueba, debe estarse a la realidad de los sujetos y al ámbito relacional concreto más que al escrupuloso cumplimiento de la legislación laboral. Por tanto, si de facto puede acreditarse la relación laboral, no será precisa la acreditación de su legalidad administrativa o su conformidad con el Derecho del Trabajo, que en todo caso servirá como diligencias probatorias. La relación laboral debe darse dentro de la misma empresa o institución. Cuando el acoso se produzca entre personas que trabajan para dos empresas diferentes, pero relacionadas entre sí, entendemos que no nos encontramos ante relación laboral, sin perjuicio de que si pueda circunscribirse al ámbito de las prestaciones de servicios cuando se cumplan los requisitos de ésta. En el mismo sentido consideramos que no cabe hablar de acoso cuando todavía no ha comenzado la relación laboral, aun cuando el sujeto activo se valga de una situación de prevalimiento¹³, y que la conducta debe derivarse para su subsunción a otros tipos penales. El futurible de una posible relación laboral no puede considerarse como que efectivamente exista dicha relación, ya que supondría extender los límites de la interpretación más allá de la interpretación extensiva para llegar a una analogía *in malam partem*, vulnerando el principio de legalidad. En todo caso, resulta difícilmente imaginable una conducta continuada o habitual que se produzca en la inminencia del inicio de una relación laboral. En todo caso, no se precisa una relación de jerarquía entre acosador y víctima, sin perjuicio de que la misma pueda ser tenida en cuenta para cualificar el delito o de pie a la aplicación de una agravante genérica.

2.2.2. PRESTACIÓN DE SERVICIOS

A diferencia de los otros ámbitos, a priori la prestación de servicios permite una concepción más amplia, aunque el legislador sí exige que la misma sea continuada o habitual, requisitos que son inherentes al ámbito laboral y docente. Ello nos permite excluir al mensajero o repartidor de pizza (que por otro lado difícilmente podrían realizar o ser objeto de actos de hostigamiento en una mera entrega de mercancía), y circunscribirle a aquellos ámbitos análogos a la relación laboral (por ejemplo, emplead@s de hogar) pero que no pueden inscribirse en esta (por ejemplo, cuando la conducta es realizada por miembros de la familia diferentes a la persona que contrata).

2.2.3. DOCENTE

Especial relevancia tiene el acoso en el ámbito docente. En este ámbito además, hay que separar el que se produce entre compañeros profesores, el que se produce entre compañeros alumnos, y finalmente la que se produce entre docentes y alumnos. En cuanto al primero, entre profesores, no hay duda de que no cabe dentro de la relación docente, sin perjuicio de que si tenga cabida en el ámbito de la relación laboral, y por tanto hemos de remitirnos a la misma.

¹³ En contra, Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 444.

En cuanto a la que se produce entre los propios alumnos, en la que obviamente no cabe la reconducción al ámbito laboral, hay que preguntarse en primer lugar si entraría dentro del ámbito docente. A esta cuestión entendemos que no, toda vez que en el tipo penal no se determina un concreto ámbito espacial¹⁴, sino un concreto ámbito relacional, es decir, lo que prima no es el lugar o espacio donde se produzca (que de hecho es irrelevante para la subsunción de la conducta en el tipo penal), sino la relación entre el sujeto activo y pasivo, que debe ser docente sin perjuicio de que sea escolar o universitario, pudiendo plantear dudas otros ámbitos docentes (profesores privados o academias) y que enseguida analizaremos. Simplemente, y con carácter previo, recalcar que el acoso escolar o “bullying”, actualmente tan de moda en los medios de comunicación, no podría integrarse, aunque tuviera connotaciones sexuales, en el tipo penal del art. 184 del Código Penal. Que el ámbito predominante donde se produce sea el escolar, ya que es este el ámbito social donde los menores se mueven preferentemente y están “obligados” a interactuar con los otros menores dada la imposibilidad del menor de decidir colegio, aula y compañeros de clase, y sin restar importancia al drama personal que supone ser víctima del mismo (agravado por la edad a la que se sufre), no implica en todo caso que la relación sea docente. La relación entre los alumnos del mismo centro es la que debe ser determinante, y no la que ambos poseen con un docente común. Por ello, el acoso escolar debe reconducirse, con independencia de la naturaleza del hostigamiento (es decir, de si el mismo presenta un carácter sexual o no), a la figura básica de acoso de la que ya hemos hablado en la presente obra, siendo de aplicación lo mencionado respecto del art. 172-ter del Código Penal, si bien, y toda vez que salvo raras excepciones, el sujeto activo probablemente sea menor, será la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores la que determine las consecuencias jurídicas del delito.

Retomando el hilo, ya hemos mencionado anteriormente que el acoso sexual puede producirse no solo en el ámbito escolar, sino también en el de una relación docente universitaria, planteándose la duda sin embargo de si cabe o no en otros ámbitos como el de las academias y el de los profesores privados. Desde nuestro punto de vista, nada obsta para que pueda aplicarse también en estos tipos específicos de docencia, salvo aquellos en que no pueda mantenerse la figura de docente (por ejemplo, el compañero alumno que imparte unas meras lecciones de ayuda a otro compañero para una recuperación sin mayor trascendencia que quedar unas cuantas veces para ayudar en el repaso). Pero si podemos encontrarnos, por ejemplo, al alumno que realiza la conducta típica de hostigamiento sexual respecto de un profesor que depende económicamente del pago de las clases particulares, entiendo en supuestos como éste que la conducta es perfectamente subsumible en el acoso sexual en el ámbito docente. Por ello, entendemos que es indiferente quien de los dos sea el sujeto activo y el pasivo, es decir, en ambos casos sujeto activo y pasivo pueden serlo tanto el docente como el alumno. Sin embargo la cualificación de prevalimiento por situación de superioridad docente solo será de aplicación cuando el sujeto activo sea el docente y el sujeto pasivo o víctima el alumno, si bien no debe entenderse de forma automática. Entender que siempre hay superioridad

¹⁴ A diferencia de otros tipos penales como el subtipo cualificado de tráfico de drogas del art. 369-1-7º cuando se refiere entre otros espacios los centros docentes y sus proximidades.

entre el docente y el alumno conllevaría a entender que necesariamente ya forma parte del tipo, y que por tanto, nunca podría aplicarse. Por ello, entendemos que la relación de superioridad no solo tiene que acreditarse, sino suponer un plus a la normal relación inherente a profesor y alumno. Por ejemplo, entendemos que puede considerarse que a priori si puede entenderse esa superioridad entre un profesor y el alumno escolar de 14 años, pero no respecto de un profesor de academia respecto al alumno de 20 años. Igualmente, la superioridad en el ámbito universitario debería determinarse en base a otros criterios más allá de la mera relación profesor-alumno (por ejemplo, no es lo mismo la relación entre profesor que se prevalece de ser el titular de la asignatura y del que depende aprobar la misma, e incluso sacar la carrera, que ser el profesor de prácticas cuya valoración final puede suponer un diez por ciento de la nota o incluso ser irrelevante).

3. BIEN JURÍDICO

El art. 184 encuentra su ubicación dentro del título dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por lo que a priori parece lógico pensar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual. Sin embargo, la doctrina no es unánime en su consideración del bien jurídico, como ya mencionamos al hablar del nuevo tipo de acoso, y de esta manera se divide en la consideración del bien jurídico entre la libertad sexual¹⁵, la libre voluntad sexual¹⁶, la integridad moral¹⁷, o conjuntamente este último con la libertad sexual¹⁸.

Mantenemos que al igual que en el delito de acoso, el bien jurídico protegido es la integridad moral. Y ello, partiendo de la consideración que la libertad sexual de la víctima no llega no solo a lesionarse, sino a ponerse siquiera en peligro por cuanto el componente sexual solo está en la mente del acosador pero no tiene por qué proyectarse necesariamente sobre la víctima de un modo sexual, o mejor dicho, que afecte a la libertad sexual de ésta o a la formación de la voluntad en el ejercicio de su libertad sexual (y de hecho, si esto ocurriera, ya estaríamos hablando de un delito de abuso o agresión sexual). Al igual que en el delito de acoso lo que necesariamente la víctima sí verá alterado es su sosiego, sí tendrá que soportar necesariamente la conducta hostil. Por tanto consideramos que el bien jurídico es la integridad moral, y al igual que en el delito de acoso, en tanto que exista una puesta en peligro relevante o lesión de otros bienes jurídicos relativos especialmente a la libertad e indemnidad sexuales (aunque también caben otros como integridad psíquica, por ejemplo) cabría la aplicación de

¹⁵ Begué Lezaun, Juan José en “Sobre las Tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Revista del Ministerio Fiscal nº 13, 2005, pág. 129.

¹⁶ Cobo del Rosal, Manuel y Zabala López-Gómez, Carlos en “El acoso sexual”, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006, pág. 40.

¹⁷ Matallín Evangelio, Ángela en “El nuevo delito de acoso sexual”, Tirant lo Blanch, 2000

¹⁸ Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 777, quien manifiesta que “con base en ello es posible seguir manteniendo que en este ámbito se está protegiendo la libertad sexual, además de la integridad moral, que constituyen, sin duda, bienes jurídicos dignos y necesitados de protección penal”.

normas concursales, o la subsunción de los hechos en delitos más gravosos. Todo ello sin perjuicio que en el acoso sexual con prevalimiento, en el que de forma expresa o tácita se anuncie la causación del mal, se lesione también la libertad, lo cual no podemos confundir con la consideración de la afectación prioritaria en todo delito de acoso sexual de la libertad sexual.

La Jurisprudencia del Supremo¹⁹ mantiene que esta modalidad de acoso consiste en conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el ámbito laboral, por lo que entendemos que también se desmarca de la opinión doctrinal de la libertad sexual para adentrarse en el de la integridad moral. Sin embargo, el resto de la jurisprudencia no es unánime, y en este sentido, ha mantenido tanto la dignidad de la persona como bien jurídico protegido -por ejemplo, la Sentencia 6/2003 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real-, como la libertad sexual – Sentencia 1/2002 de 29 de Mayo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Civil y Penal).

4. SUJETOS

Sujeto activo y pasivo pueden serlo cualquier persona, siendo indiferente que el sujeto activo o pasivo sean hombre y mujer, e igual de indiferente la naturaleza de la sexualidad del acoso (heterosexual, bisexual u homosexual). Por tanto, las posibilidades del acoso se amplían de hombre a mujer, de mujer a hombre, de hombre a hombre o de mujer a mujer, además de todas las posibilidades transgénero. A diferencia del acoso en general no se recoge el acoso sexual de género, ni tampoco en el ámbito de pareja. En cuanto al primero, parte de la doctrina entiende que, cuando en el ámbito laboral pueden ser especialmente vulnerables las mujeres²⁰, lo que podría subsumirse en el subtipo agravado relativo a la especial vulnerabilidad por situación. Sin negar que efectivamente pueda ser así, entendemos que no cabe generalizar. A este respecto, entendemos que hay que diferenciar la situación de la víctima (la cual puede venir dada por la condición de mujer de ésta) del acoso motivado por razones de género, es decir, por una situación de desprecio, sometimiento, etc... hacia la víctima por su pertenencia a un sexo determinado (el cual puede además ser masculino, femenino o del tercer sexo), y que entendemos que no quedaría subsumida en el tipo cualificado por razón de situación, sino que sería de aplicación la agravante genérica de género del art. 22-4 del Código Penal. Y ello por cuanto la situación debe provenir de un elemento objetivo que determina esa especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, la cual no puede entenderse de forma genérica por el mero hecho de ser mujer. La agravante de género o por razón de sexo²¹ tiene su razón en un elemento subjetivo interno del sujeto pasivo que se revela contra la pertenencia del sujeto pasivo en un concreto sexo y por esa exclusiva razón,

¹⁹ STS 1135/2000 Sala 1ª.

²⁰ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 440 y 441.

²¹ Sobre la diferenciación entre los términos género y por razón de sexo, véase Paño Rodríguez, Francisco Javier en “Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género; con

sin que ello implica una situación de especial vulnerabilidad de la víctima, la cual puede darse o no. Asimismo, y en relación a la posibilidad de que el acoso de produzca entre personas que se encuentran incluidas dentro del art. 173-2 del Código Penal, tampoco consideramos que fuera de aplicación el art. 172 ter 2 del Código Penal, de acoso de género, ya que entendemos que nos encontramos ante un concurso de normas en que debe apreciarse el criterio de especialidad, siendo más específica la conducta del art. 184 del Código penal (ya que se refiere a un acoso de índole sexual frente al acoso genérico del otro tipo penal) y el ámbito en el que la misma puede darse. Solo en el caso en que no pudiera subsumirse en el tipo del art. 184 del Código penal por faltar algunos de los elementos típicos, es cuando habrá de acudir en su caso al tipo del 172 ter 2 del mismo cuerpo legal.

5. CONCURSOS

La problemática concursal de este delito es amplia y variada, ya que la conducta o parte de la misma puede subsumirse en otras figuras delictivas:

5.1. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL EN EL ÁMBITO DOCENTE Y LA SOLICITUD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS A MENORES DEL ART. 183 TER 1²² DEL CÓDIGO PENAL

Nos encontramos ante un concurso de normas, ya que las conductas típicas son diferentes. Mientras que el delito de acoso sexual, como ya hemos mencionado, tiene su fundamento en proteger el derecho al sosiego y a no ver lesionada su integridad moral, en el caso del tipo de solicitud sexual a menores el fundamento está en la limitación a la libertad sexual del menor de 16 años, que se ve reducida en función del art. 183 quater²³ del Código Penal, a personas próximas en edad y grado de desarrollo o madurez, no siendo necesario que el menor se sienta hostigado, intimidado, siendo posible que incluso la conducta sea querida y deseada por el menor.

Sin embargo, si a la solicitud le sigue la conducta hostigante propia del acoso sexual, en virtud de lo dispuesto en el propio art. 183 ter del Código Penal –sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos–, entendemos que concurriría un concurso real. Y ello por cuanto entendemos que entre los delitos

especial consideración a las dificultades aplicativas”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. 2015, pág. 50 y ss.

²² “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”

²³ “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”

en su caso cometidos (generalmente abuso, agresión sexual, lesiones u homicidio) debe incluirse también el acoso sexual, ya que nos encontramos ante dos conductas totalmente diferentes, requiriendo el acoso que la misma sea continuada o habitual, así como la provocación de la situación hostil o humillante, mientras que la de solicitud sexual a menores solo requiere la solicitud con actos encaminados al acercamiento, sin la concurrencia de habitualidad o continuidad, ni la provocación de la situación hostil.

5.2. CONCURSO ENTRE EL ACOSO SEXUAL MEDIANTE PREVALIMIENTO Y EL DELITO DE AMENAZAS CONDICIONALES QUE NO CONSTITUYAN DELITO DEL ART. 171. 1²⁴ DEL CÓDIGO PENAL

La doctrina se encuentra dividida, tratando de buscar fundamento a algo que consideramos no lo tiene; la inexplicable menor penalidad del delito de acoso sexual con prevalimiento (cinco a siete meses de prisión o multa diez a catorce meses) frente al de las amenazas condicionales no constitutivas de delito (tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses), del mismo modo que nos resulta inexplicable que acosar sexualmente sea más beneficioso respecto a la penalidad para el sujeto activo que simplemente acosar. De esta manera, la doctrina acude al principio de alternatividad previsto en el art. 8-4 del Código Penal²⁵ por el que se aplicaría el de mayor penalidad, obviando que este criterio solo es de aplicación en defecto de los tres criterios anteriores, por lo que entendemos que no podría aplicarse a la vista que cabe la aplicación del primero; el de especialidad. El acoso sexual con prevalimiento no es sino una forma específica de amenaza condicional, por lo que el tipo penal del primero será de aplicación preferente frente al segundo. Además, la especialidad no afecta solo al componente sexual que subyace en la *psiquis* del sujeto activo y que trasciende e impregna la conducta, sino también la afectación del bien jurídico, donde la libertad pasa a un segundo plano frente a la integridad moral de la víctima.

Por la misma razón tampoco consideramos acertadas otras argumentaciones doctrinales, como la de parte de la doctrina que entiende que nos encontramos ante un concurso ideal²⁶, atendiendo a la diferente protección de bienes jurídicos que efectúa cada tipo penal. Mantenemos la existencia de un concurso de normas y no de un concurso ideal. No podemos olvidar que el acoso sexual es una modalidad privilegiada del acoso, delito que se ubica en el mismo Título que las amenazas y coacciones, y que además, como ya hemos mencionado, que en el delito de acoso sexual con prevalimiento se lesiona junto a la integridad moral el bien jurídico libertad. Por tanto, no hay una diferente lesión de bienes jurídicos, sino en todo caso un plus de afectación, ya que la amenaza condicional solo afecta a la libertad a priori, mientras que el delito

²⁴ “1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuera condicional y la condición no consistiera en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.”

²⁵ En el mismo sentido, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 796.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 210.

de acoso sexual con prevalimiento afecta a la libertad sexual y a la integridad moral, lo que nuevamente justifica la aplicación del criterio de especialidad. Y pone en evidencia, nuevamente, los criterios del legislador para imponer menor penalidad cuando hay una afectación mayor de bienes jurídicos.

La solventación por vía de subsidiariedad del art. 8-2²⁷ del Código Penal tampoco nos parece satisfactoria, por cuanto por una lado, se plantea el problema de entender cuál es el delito principal y cual el subsidiario, dada la diferente ubicación de los tipos penales y los diferentes bienes jurídicos protegidos, lo que además nos lleva a si realmente podemos entender que uno es subsidiario de otro y por qué razón lo entendemos así, lo cual no se explicita por el autor.

En conclusión, -y sin buscar explicación a lo que simplemente consideramos un error del legislador que al ir introduciendo nuevas modalidades de acoso, no ha realizado una unificación y reagrupación de las conductas, ni una labor de revisión de las diferentes penalidades, a efectos de evitar problemas como éste que afectan a principios tan importantes como el de proporcionalidad de las penas, consideramos que nos encontramos ante un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad a favor de la aplicación del tipo penal de acoso sexual con prevalimiento²⁸.

5.3. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL Y EL DELITO DE LESIONES PSÍQUICAS DEL ART. 147-1²⁹ DEL CÓDIGO PENAL

De siempre, doctrina y jurisprudencia han considerado que el delito de acoso sexual ya supone la causación de una lesión psíquica en la víctima que no supone la integración en el tipo penal de lesiones del art. 147-1 del Código Penal, o dicho de otra manera, se entiende que el legislador a la hora de tipificar el delito y asignar la pena correspondiente al mismo ya ha tenido en cuenta que de dicha conducta se derivan lesiones psíquicas en mayor o menor grado. Por tanto, debe apreciarse la consunción del delito de lesiones dentro de la conducta del acoso sexual (a pesar de la menor penalidad de éste) en base a lo anteriormente mencionado. Ello no obsta, sin embargo, que quepa la consideración que plenamente compartimos, que si bien esto puede ser una regla, no quepan excepciones a la misma. No toda conducta de acoso se produce con la misma intensidad, ni la misma afecta a toda víctima por igual. De esto se deriva que existen lesiones psíquicas que no deban entenderse como consecuencia lógica a una conducta de acoso sexual, sino que la entidad de dichas lesiones excede en mucho la afectación que el ciudadano medio sufriría por dicha conducta. En este sentido, la jurisprudencia

²⁷ Matus A., Jean Pierre en “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, ADPCP, VOL. LVIII, 2005, pág. 475, aunque del delito de amenazas del art. 169 C.P.

²⁸ En el mismo sentido, Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 271.

²⁹ “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo de delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”

del Tribunal Supremo ya menciona como “en la doctrina de esta Sala se admiten excepciones para supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurren los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para su sanidad. Para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, es preciso que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia ordinaria de la agresión”, para continuar diciendo que es necesario que la conducta provoque una consecuencia diferencia del resultado típico del delito, consistente en una verdadera enfermedad psíquica, “un resultado autónomo de lesión psíquica, no abarcado por la moderada penalidad legalmente prevenida para el delito de acoso”.³⁰

5.4. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL Y EL DELITO DE SOLICITUD DE PRESTACIÓN SEXUAL POR PARTE DE FUNCIONARIO PÚBLICO O FUNCIONARIO DE PRISIONES DE LOS ARTÍCULOS 443 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL

Considerando que el delito de solicitud sexual³¹ es un delito de mera actividad, y que se agota con la mera solicitud de prestación de los favores, a priori parece lógico entender que procede la consunción del delito de acoso sexual dentro del mismo. Sin embargo, hay que hacer dos puntualizaciones; por un lado, el delito del art. 443 del Código Penal requiere una mera solicitud, mientras que el delito de acoso sexual requeriría una conducta hostigante hacia la víctima, es decir, en el primero se adelanta la penalidad del hecho a una primera conducta por el especial ámbito en que la misma se produce y la especial vulnerabilidad del sujeto pasivo, así como las cualidades que debe reunir el sujeto activo (autoridad o funcionario público, o funcionario de Instituciones Penitenciarias o de Centros de Corrección o de Menores) y la relación de dependencia del primero respecto del segundo, que ya se contempla en el tipo penal

³⁰ STS 4705/2015 Sala 1ª.

³¹ Art. 443 del Código Penal; “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona, que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior. 2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o de corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años. 3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.”

al exigir que el funcionario tenga pretensiones pendientes de resolver respecto del interno. Por otro lado, el art. 444³² del Código Penal establece el concurso real entre el delito de solicitud de prestaciones sexuales por funcionario y los delitos contra la libertad sexual. Atendiendo a estos criterios, entendemos que cuando solo se produce la solicitud –reuniendo obviamente el resto de los elementos típicos–, nos encontraríamos ante un delito de solicitud de favores sexuales por funcionario en virtud del principio de especialidad³³, siendo que si la conducta se reitera en el tiempo de manera que se produzca un hostigamiento hacia la víctima, nos encontraríamos ante un concurso real entre este delito y el de acoso sexual.

5.5. CONCURSO DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL CON EL DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL DEL ART. 173-1 PÁRRAFO 1³⁴ DEL CÓDIGO PENAL

Nuevamente consideramos que nos encontramos ante un concurso de normas y que por lo tanto debe apreciarse el principio de especialidad, siendo la norma especial el tipo penal de acoso sexual frente al genérico contra la integridad moral³⁵, y hemos de traer nuevamente a colación los argumentos expuesto al hablar del concurso con las amenazas condicionales no constitutivas de delito.

5.6. CONCURSO ENTRE EL DELITO DE ACOSO SEXUAL CON EL DELITO DE ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO DEL ART. 181-3³⁶ DEL CÓDIGO PENAL, O DE AGRESIÓN SEXUAL CON INTIMIDACIÓN DEL ART. 178³⁷ DEL MISMO CUERPO LEGAL

Para dilucidar la relación concursal hay que atender necesariamente a la conducta. Si se mantiene la posibilidad de que una sola conducta integre el delito de acoso sexual, y dicha conducta es seguida de forma más o menos inmediata del abuso o agresión sexual, podemos entender (como ya ocurre por ejemplo con las amenazas y las vejaciones cuando de forma inmediata o simultánea se causa además un resultado lesivo) que la penalidad del primero queda absorbida por la del segundo, es decir, podemos aplicar

³² “Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.”

³³ En el mismo sentido, Boix Roig, Javier y otros en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial Volumen I” Dir. Javier Boix Reig, Editorial Iustel 2016, pág. 409. Sin embargo para el mismo, si la conducta produce una grave degradación del sujeto pasivo, el concurso estribaría entre el delito solicitudes por funcionario del art. 443 y el delito contra la integridad moral del art. 173-1, ambos del Código Penal.

³⁴ “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.”

³⁵ En el mismo sentido, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 796.

³⁶ “3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.”

³⁷ “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

el principio de consunción³⁸. Sin embargo, y a nuestro modo de entender, cuando la conducta es reiterada -bien porque entendamos que solo cabe subsumir en el tipo dicha reiteración, bien porque simplemente lo sea de facto-, no cabe la absorción de un delito por otro. En este sentido, entendemos que no nos encontramos ante un concurso de normas, sino ante un concurso real, o en su defecto, si la conducta de acoso era el medio (especialmente en relación al acoso sexual intimidante) para obtener el consentimiento -viciado- de la víctima, un concurso ideal medial. Lo que no se plantean en todo caso, son dudas de cuando nos encontramos ante un delito de acoso sexual con prevalimiento y cuando ante la conducta de abuso o agresión sexual. En la primera solo existe la solicitud de favores sexual, mientras que en la segunda existen actos ejecutivos que van más allá de la mera solicitud.

6. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA SITUACIÓN OBJETIVA O GRAVE DE HOSTILIDAD, HUMILLACIÓN O INTIMIDACIÓN

En este sentido, Álvarez García manifiesta que “con tal comportamiento debe provocarse a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Por tanto, se trata de un delito de resultado.”³⁹ En contra, Rodríguez Ramos⁴⁰ manifiesta que nos encontramos ante un delito de mera actividad, constituyendo la situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación una condición objetiva de punibilidad. Como ya hemos mencionado anteriormente, la jurisprudencia no es unánime al considerarlo como resultado típico o condición objetiva de punibilidad, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴¹ parece decantarse por el resultado típico.

Por nuestra parte mostramos nuestra oposición a la contemplación de la expresión a la que hemos venido haciendo referencia, entendiendo que debería desaparecer del texto del artículo. En primer lugar porque consideramos que basta para que nos encontremos ante una situación de acoso con que se produzca la conducta que provoca el hostigamiento y/o la humillación de la víctima, toda vez que no es necesario que el acosador busque finalidad alguna con el acoso, sin perjuicio de que además el resultado no depende del sujeto activo, sino de la víctima, que es quien decide en

³⁸ Aunque sin distinguir entre la naturaleza única o reiterada de la conducta, plantea la consunción con la conducta inmediata de abuso o agresión Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 797.

³⁹ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier; Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 442.

⁴⁰ Rodríguez Ramos, Luis en V.V.A.A. “Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias”, Dir. Rodríguez Ramos, Luis; Coord. Martínez Guerra, Amparo, Editorial la Ley, págs. 817 y 818. En el mismo sentido, Escobar Jiménez, Rafael en “Delitos contra la libertad sexual”, V.V.A.A. *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Coord. Ignacio Serrano Butragueño, Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 1073.

⁴¹ Sentencia 1460/2003, de 7 de noviembre. La sentencia 721/2015 Sala 1ª del Tribunal Supremo asimismo manifiesta que “no es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante”.

última instancia si altera o no el desarrollo de su vida cotidiana. En segundo lugar, que efectivamente se produzca un resultado lesivo para la víctima más allá de haber soportado la conducta hostigante debería ser considerado en todo caso como un subtipo agravado que conllevara una mayor penalidad.

Centrándonos ya en la los requisitos establecidos por el legislador para la situación que debe provocarse en la víctima, ésta debe ser objetiva; grave; intimidatoria; u hostil; o humillante. En cuanto a que debe ser objetiva implica que debe serlo para el ciudadano medio en la misma situación, y que por tanto, no quede a la merced de que el sujeto pasivo sea especialmente sensible o melindroso a tal respecto, sin perjuicio de que el elemento subjetivo si pueda tenerse en cuenta en el subtipo agravado por la especial vulnerabilidad del sujeto. De este modo, la conducta puede separarse de lo que es una mera conducta que pueda resultar molesta para quien la sufre, sin que ello suponga una lesión al bien jurídico protegido significativa o relevante para el Derecho Penal. Por su lado, la gravedad ha de ser valorada atendiendo también a criterios objetivos y no meramente subjetivos, de manera que habrá que analizar en que consiste exactamente la conducta, la forma de producción y las relaciones existentes entre víctima y victimario, de manera que cuando la conducta no alcance un estándar medio de afectación al bien jurídico y por tanto la conducta sea esencialmente leve, no podrá subsumirse en el tipo penal y deberá acudir a la vía civil o laboral para solventar la controversia. Nuevamente, la gravedad queda a merced de la observación imparcial del ciudadano medio y no del criterio subjetivo de la víctima.

La situación que objetiva y grave debe producirse es al menos una de las tres mencionadas; intimidatoria, hostil o humillante. En cuanto a la primera, como menciona⁴² Álvarez García, no hay que confundir el resultado con la acción. Que la víctima sufra una situación intimidante, no implica que necesariamente la conducta consista en intimidación, ni que el medio empleado lo sea en sí mismo. Basta que con la conducta, una vez que ésta es objetiva y grave, la víctima sobre la que recae sienta su libertad amenazada en el ámbito de la relación laboral donde la misma se produce, una situación de miedo constante. Que la situación que sufre la víctima sea hostil implica que ésta sufre, a nuestro modo de entender, algo más que la mera libertad coaccionada, sino una auténtica situación de hostigamiento o persecución, o como menciona Vázquez Iruzubieta⁴³ se constituye en "una forma de trato social que se presenta como un enfrentamiento o una permanente manifestación de conflicto del acosador a su víctima". Finalmente, la situación sufrida por la víctima como humillante implica una afectación a la dignidad personal que encuentra su reflejo en los delitos contra la integridad moral, diferenciándose de éstos por criterios de especialidad. Humillación puede entenderse entonces como degradación, vejación, minusvaloración, algo moralmente ofensivo o ignominioso.

⁴² Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., "Derecho Penal Español Parte Especial I", Dir. Álvarez García, Francisco Javier; Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 442 y ss.

⁴³ Vázquez Iruzubieta, Carlos en "Código Penal Comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)", Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2015, pág. 347.

7. PENALIDAD

La pena prevista en el tipo penal para el delito de acoso sexual en el ámbito laboral es de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses para el tipo básico, de cinco a siete meses de prisión o 10 a catorce meses de multa cuando media prevalimiento o cuando la víctima es especialmente vulnerable si no hay prevalimiento, y finalmente de seis meses a un año de prisión cuando el acoso lo es a persona especialmente vulnerable y existe prevalimiento. La pena prevista para el acoso laboral es de prisión de seis meses a dos años. Finalmente, la pena prevista para el delito de acoso es de tres a dos años de prisión o seis a veinticuatro meses de multa. A simple vista puede verse como el acoso sexual tiene una penalidad mucho menor, lo que de facto lo convierte, increíblemente, en un delito privilegiado respecto al delito de acoso en general, y de acoso laboral en particular. No se acierta a entender las motivaciones del legislador para considerar que el acoso sexual es merecedor de un menor reproche penal que cualquier otra modalidad de acoso, incluso aun cuando se realiza sobre personas especialmente vulnerables y valiéndose de una situación de prevalencia. Lo único que permite “entender” esta aberración penológica consideramos que estriba en que la dispersión de las diferentes modalidades de acoso a lo largo del Código Penal, y la paulatina creación de los diferentes tipos, ha hecho que el articulado penal sobre la materia carezca de la necesaria coherencia que debería serle exigible. Por ello, desde aquí abogamos para que el legislador unifique bajo un mismo capítulo las diferentes formas de acoso, y otorgue a la legislación un carácter unitario, coherente y proporcional.

8. TIPO CUALIFICADO DE PREVALIMIENTO

Al hablar de la presente cualificación, es necesario referirse a dos cuestiones; una, a la significación del propio término de prevalimiento, y la segunda, a que debemos entender por superioridad, toda vez que el prevalimiento lo es por dicha situación de superioridad. Es necesario en todo caso que no solo se dé la circunstancia objetiva de prevalimiento, sino que es necesario también que el sujeto activo tenga el ánimo de abusar de la situación de superioridad laboral existente entre el mismo y la víctima. Así, en cuanto al termino prevalimiento, implica una posición de ventaja, de superioridad de una persona (en este caso el victimario o sujeto pasivo) frente a otra (el sujeto pasivo o víctima). Dicha situación de prevalimiento no podemos hacerla depender exclusivamente de una situación de jerarquía laboral o docente, y de hecho, aunque ésta generalmente pueda implicar una situación de prevalimiento, no siempre tiene que ser así. Y a la contra, puede haber situaciones de prevalimiento aunque no exista dicha jerarquía. Así, cabe que un superior jerárquico dentro de una determinada empresa no tenga sin embargo una auténtica situación de superioridad sobre el sujeto pasivo, y sin embargo, sí que pueda existir la situación de superioridad aunque ambos tengan la misma jerarquía dentro de la empresa. Por ello, la superioridad debe ser real, de manera que el sujeto activo ostente una situación de preeminencia sobre el pasivo, y además, necesariamente ha de hacer abuso de ello. En cuanto a la superioridad, nuevamente no entendemos la misma como meramente jerárquica, ya que la jerarquía puede no conl-

levar necesariamente una situación real de superioridad que permita el prevalimiento del sujeto activo para la conducta de acoso. Sin perjuicio de que efectivamente si pueda serlo. De hecho, el artículo 184 del Código Penal ya expresa que la superioridad tiene que ser jerárquica, o bien laboral o docente. La superioridad consideramos que debe entenderse como una posición real y efectiva de poder o ventaja en algún ámbito de poder concreto del sujeto activo sobre el pasivo (que puede abarcar desde la posibilidad de despedir al trabajador, de suspender a un alumno, influencias por situación de confianza con terceras personas con poder sobre la víctima, influencia comerciales, etc...) abarcando un amplio abanico de posibilidades que deberán analizarse en cada casuística concreta.

9. TIPO CUALIFICADO DE AMENAZAS EN EL ÁMBITO LABORAL

Aunque íntimamente unida a la anterior, mostrándose casi como una especialidad de la misma, hay que incidir que en el presente caso no es necesario que exista una situación de prevalimiento, y de hecho, cabría que incluso el sujeto pasivo estuviera a un nivel jerárquicamente inferior. La cualificación de la conducta se centra en la amenaza, tácita o expresa, de causar un mal relacionado con las expectativas que de forma legítima tenga la víctima en el ámbito donde se produce el acoso (laboral, docente o de relación de servicios). Por ello, ya no es precisa la relación de superioridad.

10. TIPO CUALIFICADO POR RAZÓN DEL SUJETO PASIVO

La cualificación se prevé por la especial vulnerabilidad del sujeto, la cual puede provenir por razones de edad, enfermedad o situación, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 184 del Código Penal. En lo que hace referencia a la edad, antes de la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, algunos autores⁴⁴ tomaban como referencia el art. 180-3 del Código Penal vigente en esos momentos, y que establecía en trece años el límite para prestar un consentimiento libre en el ámbito de las relaciones sexuales. Sin perjuicio de que no consideramos que dicho artículo sea referente (como no lo es en otros ámbitos donde también se utiliza concretamente la especial vulnerabilidad para cualificar un tipo penal, como lo es la violencia de género por ejemplo), la misma desaparece con la última reforma penal, que omite esa referencia a los trece años, y modifica también de trece a dieciséis la edad para considerar la comisión de abusos sexuales a menores. A nuestro modo de ver, la especial vulnerabilidad en relación a la edad no presenta especialidades respecto a los otros dos criterios establecidos por el tipo penal (enfermedad o situación), en el sentido que deben concurrir tanto elementos objetivos como subjetivos para entender la concurrencia de la cualificación.

⁴⁴ Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010, pág. 440.

El elemento objetivo obviamente será la minoría de edad del sujeto pasivo. Los elementos subjetivos se concretarán en como esa edad predispone que el mismo – motivado por la edad y no por otras circunstancias – sufra o sea susceptible de sufrir una mayor afectación por la conducta realizada. Para ello habrá de estarse a la mayor o menor madurez sexual de la víctima, que variará en función de criterios tan variables como edad cronológica, desarrollo físico, intelectual y emocional, educación e incluso creencias⁴⁵. Excepcionalmente, la cualificación podría ser aplicable no respecto a la concurrencia de la minoría de edad, sino por el contrario por la avanzada edad de la víctima, siempre que junto a la misma concurren otras circunstancias (situación de aislamiento, dependencia respecto del acosador, o incluso, dificultades por la misma de encontrar otro puesto de trabajo⁴⁶).

Respecto a la enfermedad, la misma puede ser física o psíquica, y entendemos que no existen problemas en considerar que puede ser tanto crónica o permanente como transitoria – por ejemplo, un cáncer-. No cabría incluir aquí los embarazos, inclusive los de riesgo, ya que en modo alguno pueden ser considerados como enfermedad, debiendo remitirse en su caso a la vulnerabilidad por situación. Entendemos que la enfermedad asimismo puede ser tenida en cuenta como factor de vulnerabilidad tanto en cuanto afecte a las capacidades personales de la víctima (por ejemplo, enfermedades psíquicas que lo hagan más sensible a la conducta típica) o sus posibilidades de encontrar otro empleo (por ejemplo, determinadas minusvalías que le limitan sustancialmente una efectiva y real incorporación al mundo laboral).

Por último, el amplio término de “situación” lo convierte en un cajón de sastre donde caben cuestiones tan dispares como son factores económicos, o por ejemplo de exclusión social por motivos étnicos, sociales o culturales. Lo que si es preciso es que dicha situación pueda considerarse objetivamente como creadora de especial vulnerabilidad a ojos del ciudadano medio, y no meramente en la *psiquis* del sujeto pasivo o víctima.

Finalmente, y al igual que ya mencionamos respecto al tipo cualificado por prevalimiento, no basta para la apreciación de la cualificación de especial vulnerabilidad de la existencia objetiva de la situación de edad, enfermedad o situación, sino que es preciso el ánimo del sujeto activo de abusar o aprovecharse de tal circunstancia.

⁴⁵ Creemos que en determinados supuestos las creencias religiosas o morales de la víctima pueden influir en su concepción de la sexualidad y en la afectación que las conductas hostigantes supongan para la misma.

⁴⁶ En este sentido, Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros, pág. 795.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, Francisco Javier en V.V.A.A., “Derecho Penal Español Parte Especial I”, Dir. Álvarez García, Francisco Javier, Coords. Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli y Ventura Püschel, Arturo, Tirant lo Blanch 2010.
- Begué Lezaun, Juan José en “Sobre las Tribulaciones del bien jurídico objeto de protección en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, Revista del Ministerio Fiscal nº 13, 2005.
- Boix Roig, Javier y otros en V.V.A.A. “Derecho Penal Parte especial Volumen I” Dir. Javier Boix Reig, Editorial Iustel 2016.
- Cobo del Rosal, Manuel y Zabala López-Gómez, Carlos en “El acoso sexual”, CESEJ Ediciones, Madrid, 2006.
- Escobar Jiménez, Rafael en “Delitos contra la libertad sexual”, V.V.A.A. *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Coord. Ignacio Serrano Butragueño, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Lamarca Pérez, Carmen en V.V.A.A. “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal”, Coord. Carmen Lamarca Pérez, Editorial Colex, 2013.
- Matallín Evangelio, Ángela en “El nuevo delito de acoso sexual”, Tirant lo Blanch, 2000.
- Matus A., Jean Pierre en “Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995”, ADPCP, VOL. LVIII, 2005.
- Muñoz Conde, Francisco en “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- Paíno Rodríguez, Francisco Javier en “Aspectos problemáticos de los delitos de violencia doméstica y de género; con especial consideración a las dificultades aplicativas”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F. 2015.
- Pedreira González, Félix María en “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual”, en V.V.A.A. Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Coord. Francisco Javier Álvarez García y otros.
- Queralt Jiménez, Joan J. en “Derecho Penal Español Parte Especial”, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- Ragués i Vallés, Ramón, en V.V.A.A. “Lecciones de Derecho Penal. Parte especial”, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Coord. Ramón Ragués i Vallés, Editorial Atelier, Barcelona 2015.
- Rodríguez Ramos, Luis en V.V.A.A. “Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias”, Dir. Rodríguez Ramos, Luis; Coord. Martínez Guerra, Amparo, Editorial la Ley.
- Vázquez Irubieta, Carlos en “Código Penal Comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)”, Atelier Libros jurídicos, Barcelona 2015.
- Velázquez Barón, Ángel en “Delito de acoso sexual”, Barcelona, 2000.

EL ACOSO SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Resumen

La permanencia del acoso sexual se ha convertido en un tipo penal inquietante cuya permanencia en el Código Penal español, como tipo privilegiado frente a otras formas de acoso recogidas tras la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, hace necesaria o por lo menos conveniente una revisión de su figura en aspectos tales como el bien jurídico, la conducta, ámbito de aplicación, penalidad o concursos, entre otros aspectos.

Palabras clave: *acoso, derecho al sosiego, hostigamiento, amenazas, prevalimiento, libertad*

MOLESTOWANIE SEKSUALNE W HISZPAŃSKIM KODEKSIE KARNYM

Streszczenie

Przestępstwo molestowania seksualnego stało się dyskusyjne po noweli kodeksu karnego Ustawą 1/2015 z dnia 30 marca 2015 r., gdyż zostało uregulowane jako szczególna forma molestowania. Dlatego też stosowne wydaje się omówienie tego przestępstwa, zwracając szczególną uwagę między innymi na przedmiot ochrony, stronę przedmiotową, zagrożenie karne oraz zbiegi.

Słowa kluczowe: *molestowanie, prawo do spokoju, naprzykrzanie się, groźby, wykorzystanie, wolność*

SEXUAL HARASSMENT IN THE SPANISH CRIMINAL CODE

Summary

The crime of sexual harassment has become controversial since the Criminal Code was amended by the Act 1/2015 of 30 March 2015, because it was classified as a special form of harassment. That is why it seems to be necessary to discuss this type of crime drawing special attention, inter alia, to the object of protection, the objective element, potential penalty and concurrence.

Key words: *harassment, right to peace and quiet, intrusion, threat, abuse, freedom*

WOKÓŁ ZASADY POMOCNICZOŚCI. KILKA UWAG O JEJ ZNACZENIU I GWARANCJACH W UNII EUROPEJSKIEJ

MARIA KRUK

Zasada pomocniczości (subsydiarności) jest współcześnie obszernie opisywana i analizowana przede wszystkim w literaturze dotyczącej integracji europejskiej, gdzie zwłaszcza od wprowadzenia jej do Traktatu z Maastricht stała się jedną naczelną politycznych i prawnych zasad ustrojowych UE. Wkracza tam przede wszystkim w relacje między Unią a państwami członkowskimi w odniesieniu do działalności prawodawczej, ale jest zasadą znacznie bardziej uniwersalną, choćby dlatego, że jej rodowód sięga antyku, zaś potem ugruntowała ją społeczna nauka Kościoła¹. Pierwotnie stanowiła zatem zasadę funkcjonującą w sferze publicznej (w tym w prawie publicznym), a więc rządzącą relacjami między państwem a wspólnotami obywatelskimi oraz wspólnotami społecznymi (różnych szczebli) a jednostką, czy mówiąc ogólniej – relacjami między władzą a obywatelem, jakkolwiek ustanowienie demokracji parlamentarnej, a zwłaszcza państwa socjalnego (*l'Etat-providence*²) w znacznej mierze przesłoniło jej znaczenie, do czasu powrotu na scenę w związku z integracją europejską. Obrazowo tę nową odsłonę roli pomocniczości przedstawia Chantal Delsol pisząc

„...l'émergence de l'institutions européennes pose le problème majeur de la coexistence d'instances autonomes et souveraines sous le même dessein commun. La question de l'attributions de compétences incite les artisans du projet européen à se tourner vers l'idée de subsidiarité qui pourrait permettre de guider la réflexion à cet égard. Ce qui explique que le principe ressurgisse, tout récemment, des musée ou il avait été relégué”³.

¹ Omówienie zasady pomocniczości (subsydiarności) i jej relacji z państwem i władzą państwową w aspekcie historycznym, filozoficznym i społecznym zob. Ch. Delsol, *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris 2015, s. 374. (wcześniejsze wydania tej książki: Ch. Millon-Delsol).

² *Ibidem*, s. 346.

³ *Ibidem*, s. 345 („...pojawienie się instytucji europejskich stawia istotny problem współistnienia instancji autonomicznych i suwerennych w tej samej wspólnej strukturze. Problem przekazania kompetencji skłania twórców projektu europejskiego do zwrócenia się w stronę idei subsydiarności, która

Inna autorka dodaje, że po tym ożywieniu w Traktacie z Maastricht, drugą młodość („*une seconde jeunesse*”) uzyskała ona w Traktacie z Lizbony, do którego została wpisana „wielkimi literami”, stając się zarazem zasadą podziału kompetencji oraz kontroli jego efektywności.⁴

Nie podejmując dalszych rozważań o historii tej zasady, warto natomiast przypomnieć w tym zakresie znaną formułę określającą najbardziej lapidarnie jej treść, a mianowicie: „1) tyle wolności, ile można, tyle uspołecznienia, ile koniecznie potrzeba; 2) tyle społeczeństwa, ile można, tyle państwa, ile koniecznie potrzeba⁵. I gdyby przenieść projekcję tej zasady na zintegrowaną Europę, można by konsekwentnie powiedzieć „tyle państwa członkowskiego, ile można, tyle Unii, ile koniecznie potrzeba”⁶.

W taki oto sposób, zarówno pod wpływem przypomnienia zasady pomocniczości w prawie europejskim, jak i jako zasady prawa publicznego, została ona wprowadzona do polskiej Konstytucji z 1997 r., gdzie w Preambule utrwalono jej obecność w charakterze jednego z fundamentów państwa w stanowieniu praw podstawowych, które mają być oparte m.in. na „zasadzie pomocniczości umacniającej uprawnienia obywateli i ich wspólnot”. Warto przypomnieć ten fakt nie tylko dlatego, że odwołanie się *expressis verbis* do zasady pomocniczości nie jest w konstytucjach europejskich powszechne⁷, ale także dlatego, że czyniąc ważnym aspektem aksjologicznym ustroju zasadę relacji między władzą a obywatelem, Konstytucja RP dokonuje swoistej wykładni jej najbardziej uniwersalnego przesłania. I być może warto to uwzględnić przy analizie zasady pomocniczości w kontekście relacji w ramach Unii. I to z dwu powodów. Po pierwsze dlatego, że dotyczy ona stosunku Unii i państw członkowskich UE (parlamenty tych ostatnich pilnują jej respektowania), po drugie dlatego, że traktaty (protokoły) nadają jej znaczenie zasady rządzącej wprost relacją z obywatelem („podejmowanie decyzji na poziomie możliwie najbliższym obywatelom Unii⁸). Co stanowi swoistą lapidarną odpowiedź na zjawisko „deficytu demokracji” i konsekwentnie prowadzi do tego najbardziej uniwersalnego aspektu zasady pomocniczości, niż tylko wąski zakres wykonywania w Unii kompetencji nie zastrzeżonych do jej wyłączności. A może pobrzmiewa w tym także dawna idea Jean’a Monneta o jednoczeniu nie tyle państw, co ludzi.

Trzeba zatem w tym kontekście powrócić do pewnych wątków genezy Wspólnot Europejskich. Ich powołaniu towarzyszyły wzniosłe idee integracji politycznej, nawet włącznie z ideą Stanów Zjednoczonych Europy, narodzoną już w XIX w. (Victor Hugo, żeby tylko wspomnieć to jedno nazwisko), przypomnianą w XX w. (Winston Churchill w Zurychu w 1946 r.)⁹ i powtórzoną w XXI w. (np. Giscard d’Estaing, wśród propo-

mogłaby służyć za przewodniczkę w refleksji na ten temat. Co wyjaśnia, że zasada ta została wydobyta, całkiem niedawno, z lamusa, do którego była już odesłana”) (tłum. MK).

⁴ Florence Chaltiel Terral, *Petites affiches*, 03 mai 2013, nr 89, s. 4; <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA201308903> [dostęp: 9.07.2015].

⁵ Wg E. Popławska, *Zasada pomocniczości (subsidiarności)*, [w:] *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, W. Sokolewicz (red.), Wyd. Sejmowe 1998, rozdz. XI, s. 191–192.

⁶ Pełną triadę prezentuje E. Popławska, *Zasada subsidiarności w traktatach z Maastricht i Amsterdamu*, Warszawa 2000, s. 14, definiując trzeci przypadek jako relację między państwem a organizacją między(ponad)narodową.

⁷ Niemcy i Portugalia przywołują ją w kontekście integracji europejskiej.

⁸ Protokół 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności.

⁹ Znakomity przegląd historii idei integracji od średniowiecza zob. L. Cartou, *L’Union européenne. Traités de Paris-Rome-Maastricht*, 2 ed., Paris 1996, s. 30–37 (także późniejsze edycje).

zycji tytułu swej makiety konstytucji europejskiej), odnawianej w kolejnych projektach konstytucji europejskiej¹⁰, których, począwszy od projektu Spinelliego, było wiele na długo przedtem, zanim ostatnia propozycja została ostatecznie sfinalizowana w formie traktatu¹¹ i upadła¹². Warto o tym wspomnieć, ponieważ właśnie idea integracji politycznej, w pewnym sensie systematycznie kontynuowana, powodowała owo odżywianie i odwoływanie się do zasady pomocniczości, włączonej do aksjologii całego europejskiego projektu unii politycznej. Ale zanim najpierw pojawiły się jego przesłanki, i w efekcie Unia Europejska, jako jego ucieleśnienie, idea integracji została wdrożona w życie w realistycznej wersji Wspólnot o charakterze gospodarczym. I choć idei zjednoczenia Europy o szerszym horyzoncie nie zaniechano, to pierwsza wersja integracji instytucjonalnej charakteryzowała się współpracą rządową w materii ekonomicznej (wspólnoty: węgla i stali, gospodarcza, energii atomowej, czyli EWWiS, EWG, EWEA), a przewidziane w traktatach instytucje miały genetycznie charakter wykonawczy. I taki też charakter miały podstawowe wspólnotowe akty normatywne – rozporządzenia, akty typowe dla władzy wykonawczej, która to terminologia w odniesieniu do tych aktów formalnie do dziś jest zachowana po odrzuceniu koncepcji ustaw europejskich przewidzianych w traktacie konstytucyjnym, chociaż nowa formuła włączenia do procedury prawodawczej Parlamentu Europejskiego i znacznie szerszego zróżnicowania źródeł prawa unijnego każe pewną kategorię rozporządzeń traktować jak ustawy¹³. I mimo że pierwotne Zgromadzenie składało się z delegatów parlamentów państw członkowskich, one same niezbyt aktywnie utrzymywały kontakt z decydem europejskim¹⁴, słabo aktywizowały swe komisje ds. europejskich (o ile takie były powołane) i także mało aktywnie baczyły na respektowanie subsydiarności. Rychło zatem pojawiło się oskarżenie struktury wspólnotowej o deficyt demokracji i to określenie, użyte – jak przypomina literatura – po raz pierwszy w 1979 roku przez deputowanego europejskiego Davida Marquanda¹⁵, stało się symbolicznym kołem napędowym do śmielszego rozwoju

¹⁰ Zob. M. Kruk, *Konstytucja dla Europy*, „Przegląd Legislacyjny” 1995, nr 3 oraz idem, *Tworzenie konstytucji europejskiej (przegląd wybranych projektów)*, „Przegląd Legislacyjny” 2003, nr 1.

¹¹ Traktat ustanawiający Konstytucję dla Europy z 2004 r., zwany Traktatem konstytucyjnym, zob. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie konstytucyjnym*, Warszawa 2005.

¹² Procedurę ratyfikacji przerwały negatywne referenda w Holandii i Francji. Sądząc jednak po bardzo obszernej literaturze europejskiej, jaką pozostawiła po sobie ta «konstytucja», była to jednak fascynująca idea doktrynalna.

¹³ Próbę odejścia od dominacji rozporządzenia we wspólnotowym systemie aktów normatywnych podjęto w traktacie konstytucyjnym, który, jak wspomniano, wprowadzał z jednej strony pojęcie konstytucji («Konstytucja dla Europy»), z drugiej pojęcie ustawy i konsekwentnie uczynił rozporządzenia aktami typu rządowego, zwłaszcza wykonawczymi, co w sumie, imitując narodową hierarchię źródeł prawa, sugerowało zależność ich pozycji w tej hierarchii od charakteru ciała prawodawczego, nawet jeśli należało nadać tym pojęciom (aktom unijnym) nieco specyficzne znaczenie, zob. M. Kruk, *Wybrane zagadnienia systemu źródeł prawa w projekcie Unii Europejskiej*, [w:] M. Kruk, J. Wawrzyniak (red.), *Polska w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2005, s. 191.

¹⁴ Zob. D. Fromage, *Les parlements dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne. La participation des parlements allemands, britanniques, espagnols, français et italiens*, L'Harmattan, Paris 2015, s. 42 i in. Autorka wskazuje, że jedynie izby brytyjskie, zwłaszcza Izba Gmin, żywiej interesowały się problematyką subsydiarności, ze względu na zakorzenioną w tym kraju tradycję supremacji i suwerenności parlamentu.

¹⁵ Przy okazji zastąpienia głosowania jednomyślnego przez większościowe w Radzie Ministrów, co eliminowało narodowe weto. Wg D. Fromage, *op. cit.*, s. 20 (przypis 5). Jak dodaje autorka, ograniczało to skuteczną kontrolę parlamentów narodowych nad własnymi rządami w procesie podejmowania

owego projektu politycznego, czego znakiem firmowym były w 1979 r. bezpośrednie wybory Parlamentu Europejskiego i pojawiające się wspomniane projekty konstytucji europejskiej. Ale była to także inspiracja do wzbogacania form partycypacji demokratycznej i kontroli ze strony parlamentów państw członkowskich i samego Parlamentu Europejskiego, a tym samym traktowania „Europy” nie tylko jako formy współpracy ekonomicznej, ale i organizmu politycznego, bezpośrednio powiązanego z obywatelami (europejskimi). To zaś wymagało demokratycznej legitymizacji instytucji owej Europy, jako politycznego bytu (określanego wówczas często jako organizacja ponadnarodowa, czasem jako organizacja międzynarodowa *sui generis*), stopniowo dokonywanej coraz szerzej przez parlamenty będące instytucjami demokracji przedstawicielskiej: z jednej strony drogą kompetencyjnego doinwestowania własnego, europejskiego parlamentu, z drugiej – stworzeniem organizacyjnej płaszczyzny współpracy i wpływu parlamentów państw członkowskich, głównie ich organów ds. europejskich, w postaci COSAC (1989)¹⁶.

Przy komentowaniu Traktatu z Maastricht, który w uczynieniu z pomocniczości zasady traktatowej odegrał wówczas główną rolę, zwracano uwagę, iż powołując Unię Europejską nie oznacza on tylko: „końca Europy ekonomicznej i początku Europy politycznej, ale symbolizuje początek Europy demokratycznej i (...) zamknięcie czterdziestu lat Europy technokratycznej”¹⁷. Taka i wiele podobnych wypowiedzi świadczą, że m.in. wprowadzoną w Traktacie z Maastricht zasadę subsydiarności postrzegano jako obiecującą zasadę ustrojową w kompleksie instytucji prawnych demokratyzujących integrację w wymiarze ogólnounijnym (w Traktacie o Unii Europejskiej). Natomiast jej bardziej skonkretyzowane sformułowanie znalazło się w Traktacie o Wspólnocie Europejskiej, gdzie zasada ta stanowiła kryterium przy wykonywaniu kompetencji nienależących do sfery kompetencji wyłącznych Wspólnoty. Jak zwraca uwagę Cezary Mik, Traktat z Maastricht nie wprowadził jednak jeszcze dwu istotnych elementów: powiązania pomocniczości z dyspozycją podejmowania decyzji jak najbliżej obywateli i ustanowienia parlamentów narodowych „instytucjonalnymi” strażnikami jej realizacji¹⁸.

Jako zasada z zakresu aksjologii Unii, pomocniczość – jak wyżej wspomniano – dotyka dwu obszarów. Po pierwsze, podziału kompetencji między Unią a państwami członkowskimi, a ściślej sposobu wykonywania przez Unię tych kompetencji – jak się powszechnie zauważa, choć nie jest pewne czy słusznie tych tylko – które nie należą do sfery jej kompetencji wyłącznych, lecz do sfery tzw. kompetencji dzielonych. I w ten sposób zasada ta koncentruje się na podejmowaniu przez organy Unii decyzji

decyzji europejskiej, tworząc w ten sposób deficyt demokratyczny, który mógłby być przezwyciężony jedynie przez Parlament Europejski.

¹⁶ *Conférence des organes spécialisés dans des affaires communautaires*. COSAC posiada b. bogatą literaturę, w lit. polskiej zob. m.in. E. Popławska, *Formy współpracy parlamentów narodowych w Unii Europejskiej*, [w:] M. Kruk, E. Popławska (red.), *Parlamenty a integracja europejska*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2002, s. 193 i n.; *ibidem* teksty innych autorów (J. Barcz, J. Jaskiernia) o współpracy konkretnych parlamentów narodowych w UE

¹⁷ D. Wolton, *La dernière utopie. Naissance de l'Europe démocratique*, Paris 1992, s. 11.

¹⁸ C. Mik, *Raport i wytyczne do celów kontroli poszanowania zasady pomocniczości*, [w:] *Parlamenty narodowe wobec zasady pomocniczości w świetle prawa i praktyki Unii Europejskiej*, BAS, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2015, s. 10 i n. Opracowanie to zawiera opis historii i skrupulatną analizę prawnego aspektu zasady pomocniczości w traktatach UE i TFUE.

w zakresie normatywnym (wydawania aktów ustawodawczych¹⁹). Po drugie, wyraża ona szerszą demokratyczną zasadę, że kompetencje wykonywane mają być „jak najbliżej obywateli”. W sferze ogólnopolitycznej zasada w takim ujęciu brzmi doskonale i mieści się w ogólnej aksjologii integracji europejskiej, która, jak wcześniej już była o tym mowa, oskarżana o deficyt demokracji zmierza, zwłaszcza w sferze deklaracji, do podejmowanie wszelkich kroków sprzyjających usuwaniu owego deficytu. Na tym tle refleksję musi wywoływać problem, w jaki sposób pogodzić można fakt wydawania przez strukturę *supranational* (ze wszystkimi zastrzeżeniami ułomności tego określenia, ale i z odwołaniem się do jego zalety ilustrującej szczebel organizacyjny, na którym podejmowane są decyzje), a więc na najwyższym szczeblu organizacji władzy publicznej, aktu normatywnego (decyzji) w trybie respektującym wymóg, aby była podjęta jak najbliżej obywateli. Uarte kategorie pojęciowe wiążą bowiem decyzje podejmowane „jak najbliżej obywateli” bądź z autorstwem organów samorządowych lub udziałem wspólnot obywatelskich (inicjatywy lub konsultacje w ramach społeczeństwa obywatelskiego), bądź wprost w formach demokracji bezpośredniej. Jest oczywiste, że decyzje Unii, zwłaszcza normatywne, nie są podejmowane arbitralnie, lecz stanowią wynik wpływu różnych podmiotów ściślej lub luźniej reprezentujących i powiązanych z obywatelami, jak zwłaszcza Parlament Europejski (mandat przedstawicielski) i Rada (członkowie rządów państw członkowskich), przy określonych uprawnieniach parlamentów narodowych, zwłaszcza w zakresie kontroli ich rządów. Jednak nie jest to bezpośredni kontakt z obywatelami, chyba żeby realizowano europejską inicjatywę prawodawczą lub także referendum (plebiscyt), ale i tak byłoby to rzadką praktyką. Co więcej, nawet pozostawienie decyzji państwom członkowskim (a więc gdy zasada pomocniczości działa tak dalece, iż przesądza o podjęciu decyzji na szczeblu krajowym) nie daje żadnej gwarancji, że zostanie ona w poszczególnych państwach członkowskich podjęta jak najbliżej obywateli lub przez samych obywateli, nawet gdyby obiektywnie było to możliwe²⁰. W tej sytuacji zasada pomocniczości, a zwłaszcza ów „proobywatelski” wymóg, może być traktowana jako pewna ogólna dyrektywa polityczna, która rządzi nie tyle konkretnym (zwłaszcza każdym) procesem prawodawczym, ile przyczynia się do ukształtowania ogólnej filozofii stanowienia prawa i podejmowania decyzji w Unii i jej państwach członkowskich.

I w tym duchu – jak się wydaje – zasada pomocniczości jest postrzegana w art. 5 ust. 1 TUE, który powiada: „Granice kompetencji Unii wyznacza zasada przyznania. Wykonywanie tych kompetencji podlega zasadom pomocniczości i proporcjonalności”. Podkreślenie słowa „tych”, a zatem tych przyznanych, czy to w sferze kompetencji wyłącznych czy niewyłącznych, podlega zasadzie pomocniczości. Unia musi zatem baczyć na sens pomocniczości także wtedy, gdy realizuje swoje wyłączne kompetencje (prawda, że większe znaczenie w tym przypadku może mieć zasada proporcjonalności,

¹⁹ Tak tłumaczony jest termin *actes législatives*, pozwalający tłumaczyć *actes non législatives* jako nie ustawodawcze, co nie odbiera im charakteru normatywnego, podczas gdy tłumaczenie „prawodawcze” i „nie prawodawcze” (ew. legislacyjne/nie legislacyjne) sugeruje brak normatywności tych ostatnich. Jednak pojęcie aktów prawodawczych, jako ogólniejsze, jest także powszechnie stosowane.

²⁰ W Polsce np. pojawił się duży problem społeczny na tle ustawy o obniżeniu wieku obowiązkowej skolaryzacji dzieci: kto powinien podejmować decyzję o zdolności dziecka do podjęcia nauki w szkole – rodzice czy państwo?

która zresztą w pewnym zakresie może się z zasadą pomocniczości pokrywać, o czym też dalej). Ten generalny zakres obowiązywania zasady pomocniczości wspomaga też art. 1 Protokołu w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, który w ust. 1 powiada, iż „[k]ażda instytucja stale czuwa nad poszanowaniem zasad pomocniczości i proporcjonalności, określonych w art. 5 TUE”, nie ograniczając tej zasady tylko do jakiegoś zakresu kompetencji Unii.

Prowadzi to do drugiego aspektu zagadnienia, a mianowicie uwzględniania (przestrzegania) zasady pomocniczości w odniesieniu do treści stanowionego prawa. Nie tyle ważne staje się wówczas to, kto stanowi normę, ale to, ile ta norma pozostawia swobody niższym wspólnotom i jednostkom i jak je w ten sposób wyposaża w uprawnienie do własnej decyzji. Ten aspekt nie jest jednak tak uważnie rozważany, a zwłaszcza „rozliczany” w kontekście zasady pomocniczości w UE²¹. Co nie znaczy, że sam problem jest ignorowany. Jest on bowiem, a zwłaszcza powinien być, realizowany na bazie innych zasad demokratycznych, zwłaszcza decentralizacji, samorządności (lokalnej, społecznej, zawodowej), społeczeństwa obywatelskiego i jego organizacji, demokracji bezpośredniej (inicjatywy ludowej, referendum), co wszystko jest zresztą *par excellence* elementem pomocniczości rozumianej uniwersalnie, wspomaganą prawami i wolnościami człowieka i obywatela, zasadą proporcjonalności i innymi. Cały szereg zasad wyrażonych w traktatach, gdyby spojrzeć na nie z punktu widzenia pomocniczości, okazałyby się w istotny sposób współrealizującymi tę zasadę. Wystarczy sięgnąć do motywów i zasad otwierających TUE, WE czy TFUE, aby w większości z nich pośrednio lub bezpośrednio odnaleźć te motywy zasady pomocniczości, które w istocie stanowią jej sens, czyli wszystkie te, których celem jest to, co Konstytucja RP określa jako „umacnianie uprawnień obywateli i ich wspólnot”²².

Wskazywałyby to też, że zasada pomocniczości nie stanowi jedyne wytrycha do procesu decyzyjnego „jak najbliżej obywateli”, a zwłaszcza „dla obywateli”, ale działa w całym demokratycznym otoczeniu, stanowiąc jego składnik, nawet jeśli jej moc sprawcza nie jest formalnie identyfikowana w każdym konkretnym przypadku. I być może tak właśnie, uniwersalnie, powinna być rozumiana, a zatem respektowana w każdym działaniu w ramach całej Unii, zarówno na tym szczeblu, na którym Unia (jej instytucje) działa samodzielnie, jak i następnie na szczeblu kompetencji, które wykonywane są w pewnym sensie wspólnie przez UE i państwa członkowskie (zob. dalej), i wreszcie ostatecznie – na szczeblu państw członkowskich, które w ramach swoich własnych kompetencji także powinny podejmować decyzje z uwzględnieniem zasady pomocniczości. Jednym słowem, zasada ta powinna przenikać całą „filozo-

²¹ Zresztą w praktyce polskiej, mimo wyrażenia wprost zasady pomocniczości w Konstytucji, rzadko jest ona, jako taka, przywoływana przy stanowieniu prawa, nawet jeśli to prawo z natury swej realizuje tę zasadę.

²² Przy takiej interpretacji, jaką jej nadaje polska Konstytucja, a mianowicie umacniania uprawnień obywateli i ich wspólnot, może ona pozwolić na uwzględnianie, w toku regulacji danych spraw, określonych, i mających różny charakter, interesów poszczególnych wspólnot nawet wtedy, gdy realizowanie ich z pominięciem tej – wynikającej z pomocniczości – dyrektywy, mogłoby wywoływać zastrzeżenia z punktu widzenia zasad ogólnych (np. w zakresie uwzględniania przez państwo specyficznych interesów danej wspólnoty, pozornie kłócących się z jakąś inną, czy jakimiś innymi, zasadami ogólnymi, choćby przykładowo: dodatkowe uprawnienia jakiejś wspólnoty (np. mniejszości narodowościowej, religijnej) wobec zasady równości podmiotów i obywateli czy laickości państwa.

fię” funkcjonowania zintegrowanej „Europy”. I w pewnym sensie sformułowanie to znajduje potwierdzenie w art. 5 ust. 3 TUE, gdy nakazuje on dostrzegać w odniesieniu do państwa członkowskiego nie tylko szczebel centralny, ale też regionalny i lokalny. Rezygnacja z podjęcia działania prawodawczego Unii z uwagi na ocenę, iż dana kwestia byłaby lepiej (skuteczniej) rozstrzygnięta przez władze regionalne czy wspólnoty lokalne, może także stanowić wskazówkę dla państwa członkowskiego, aby i ono respektowało zasadę pomocniczości. Zwłaszcza, że – jak dostrzegła cytowana tu Diana Fromage – w RFN często uzasadnione opinie w kwestii naruszenia zasady pomocniczości przygotowywane są przez jeden z krajów, co oznacza, że członkowie rządów regionalnych nie pozostają bierni wobec prawa do wyrażenia takiej opinii przez parlament federalny, który ostatecznie przejmuje ich opinie²³.

O ile takie uniwersalne postrzeganie pomocniczości akcentuje jej materialny aspekt, o tyle wykorzystanie tej zasady, jako zarazem kryterium podziału kompetencji i dyrektywę kształtowania sposobu podejmowania decyzji, kładzie bardziej nacisk na jej aspekt proceduralny. I to właśnie ten aspekt, zresztą zgodnie z trzecim elementem wspomnianej wcześniej triady (zostawić państwu członkowskiemu to, co – z punktu widzenia postawionego celu – nie musi być realizowane centralnie), został tak właśnie *expressis verbis* wyrażony w art. 5 ust. 3 TUE. Wskazuje on, że

„w dziedzinach, które nie należą do jej wyłącznej kompetencji, Unia podejmuje działania” zgodnie z zasadą pomocniczości, to znaczy „tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwo Członkowskie”.

Przepis ten jest dobrze znany i nie ma potrzeby powoływania go w całości, ale widać w nim wyraźnie ów element zasady proceduralnej, kiedy wskazuje się, w jakiej konkretnej sytuacji ma być ona zastosowana (kryterium), a także w innym sensie – aspektu materialnego, w drugim zacytowanym fragmencie przepisu²⁴, w postaci swoistej definicji pomocniczości odniesionej do konkretnej sytuacji. Co więcej, zasada pomocniczości ma tu szczególną rolę do odegrania: stanowi ona kryterium podziału kompetencji w tej sferze, która nie jest domeną wyłącznych kompetencji ani Unii, ani państw członkowskich.

W ten sposób, poza przesłaniem ogólnym przestrzegania (stosowania) zasady pomocniczości (wszystkie instytucje UE wobec kompetencji przekazanych Unii), traktat umiejscawia pomocniczość w punkcie, w którym przecinają się kompetencje Unii i państw członkowskich. Ma ona działać, gdy Unia sięga po kompetencję ze sfery uznanej za dostępną zarazem dla Unii, jak i dla państw członkowskich, czyli sfery obejmującej kompetencje, które mogą być wykonywane zarówno przez organy jednego, jak i drugiego szczebla. Jak widać zasadę pomocniczości postawiono na straży przestrzegania podziału kompetencji w tej sferze, gdzie potencjalnie może pojawić się konflikt. Pytanie tylko, czy jest wystarczająca dla realizacji celów, do pilnowania których ją wyznaczono? Zanim odpowie się na to pytanie, wypada się przyjrzyć istocie zjawiska, zwanego podziałem kompetencji.

²³ D. Fromage, *Les Parlements...*, op. cit., s. 268.

²⁴ A. Puđło, *Rola parlamentu narodowego w sprawach UE po wejściu w życie Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2014, s. 73, zwraca uwagę przede wszystkim na charakter materialny całego tego przepisu.

Podział kompetencji jest pojęciem stosowanym przede wszystkim w państwach federalnych, ale można je odnieść także do innych struktur złożonych, przede wszystkim, gdy taką strukturę złożoną tworzą państwa (obok federacji mogą to być konfederacje, organizacje międzynarodowe lub struktury pośrednie). Zawsze jednak występuje podobny mechanizm, charakteryzujący się tym, że podmioty tworzące wspólnie ową, obejmującą je, (nową) strukturę, pierwotnie wyposażone w pełnię uprawnień, ich część przekazują na jej rzecz. Aby jednak nie operować pojęciami abstrakcyjnymi, przyjrzyjmy się podziałowi kompetencji w państwie federalnym, zwanym często państwem związkowym (w przeciwieństwie do konfederacji, określanej jako związek państw – o ile podziela się tę klasyczną definicję federacji, która zakłada, że jest to państwo²⁵). Ale w istocie rzeczy nie chodzi tu o federację *sensu stricto*, ile o pewien model, który może mieć znaczenie w rozważaniach o pomocniczości w UE.

Powstanie państwa federalnego odbywa się na podstawie umowy (*foedus*)²⁶, w której umawiające się państwa suwerenne, przysze podmioty federacji, tworzą nowe państwo i przekazują temu nowemu podmiotowi prawa międzynarodowego część kompetencji do wyłącznego wykonywania, a więc same z nich rezygnują (podobnie jak – z reguły – z własnej podmiotowości prawnomiędzynarodowej). Tak powstaje sfera kompetencji wyłącznych federacji. Część zaś swoich pierwotnych kompetencji zachowują i w ten sposób powstaje sfera kompetencji wyłącznych podmiotów federacji – państw (stanów, landów, republik, kantonów itp.) tworzących federację, które zatrzymały wyłącznie dla siebie nieprzekazane kompetencje²⁷. Jednak tak ścisły i wyczerpujący podział kompetencji z reguły się nie zdarza, ponieważ zawsze istnieje znaczna kategoria spraw, w odniesieniu do której część kompetencji przyznaje się federacji, część wykonuje podmiot federacji. Przykładowo taką sferą może być wymiar sprawiedliwości, realizowany w ramach podmiotów federacji (w stanach, kantonach, landach, republikach), ale częściowo – np. sądownictwo najwyższego szczebla – należy do federacji (Federalny Sąd Najwyższy, Trybunał Administracyjny, Federalny Sąd Konstytucyjny); z reguły należy do tej sfery administracja (centralna, regionalna, lokalna), może to być określony dział administracji czy gospodarki: edukacja, infrastruktura, komunikacja, zdrowie, ochrona środowiska, wreszcie służby porządkowe (policja federalna, stanowa) itd. Ta sfera może też być postrzegana, i identyfikowana, nie od strony instytucjonalnej, ale z punktu widzenia legislacji i egzekutywy: np. gdy ustawy stanowi federacja (ustawy federalne), a ich wykonanie należy do podmiotów federacji. Może być to też założenie wskazujące, że istnieje w całym państwie zasada „jednolitości” w jakiejś konkretnej

²⁵ W literaturze nie jest ona podzielana przez wszystkich autorów; często pojęcie federacji jest bardziej elastyczne, poprzez wskazanie takiego lub innego kryterium i minimum koniecznych cech, co pozwala odnieść pojęcie federacji do struktury złożonej z państw suwerennych, ale samej nie stanowiącej państwa. Zob. M. Kruk, *Model integracji europejskiej: adaptacja koncepcji klasycznych czy nowa formuła? Rozważania ustrojowo-prawne*, „Ius Novum” 2016, nr 3.

²⁶ Nie wnika się w tym rozważaniu w często spotykany spór czy podstawą federacji musi być umowa, czy też może być nią konstytucja, czy też ewentualnie konstytucja oparta na umowie domniemanej (politycznej) np. wtedy, gdy federacja powstaje na bazie państwa pierwotnie unitarnego (Czechosłowacja, Belgia). Z punktu widzenia omawianego tu tematu jest to kwestia bez znaczenia, chociaż mogłaby wywołać spór, co do skutków przyjęcia Konstytucji dla Europy (umowa ustanawiająca konstytucję czy „konstytucję?”).

²⁷ Z reguły umowy o federacji, a w ślad za nimi konstytucje federalne, wyczerpująco wymieniają kompetencje wyłączne federacji, choć spotyka się sytuację odwrotną (Kanada).

dziedzinie, co oznacza, że określone kwestie rozstrzygane są na poziomie podmiotów federacji, ale muszą odpowiadać tym samym wspólnym standardom obowiązującym jednolicie w całym państwie (określonym w konstytucji czy ustawach federalnych, jak np. katalog praw człowieka, czy podstawowych obowiązków obywatelskich). Może to wreszcie być domena podmiotów federacji, ale koordynowana przez federację, wspierana przez nią (np. materialnie), uzupełniana itp. Oczywiście nie zawsze da się te kwestie rozdzielić, te „modele” się przenikają i w każdym państwie uregulowane są odmiennie, jak również w odmiennych proporcjach ta „sfera kompetencji” jest podzielona. Zależy to od wielu czynników, w tym np. od okresu, w którym federacja powstawała, od ustroju politycznego całego państwa, celów sfederalizowania się podmiotów pierwotnie niezależnych, ewolucji ustroju itp. Ale ta sfera występuje wszędzie i jest to sfera, w której całość kompetencji w danej materii nie należy wyłącznie ani do federacji, ani do podmiotów federacji. Udział poszczególnych szczebli w ich wykonywaniu może być bardziej lub mniej precyzyjnie określony, może być nawet skonstruowany w sposób konkurencyjny (jeśli lub dopóki nie wykona kompetencji federacja, mogą ją wykonać podmioty federacji); jeśli „wewnętrzny” podział w ramach tej sfery nie jest określony w miarę precyzyjnie, to wówczas musi wkroczyć jakaś decydująca zasada lub kryterium, np. wskazująca, że federacja wykonuje kompetencję wtedy, gdy jest to korzystniejsze z punktu widzenia interesu całego państwa albo równości obywateli lub tp. W zależności od reguł rządzących owym „wewnętrznym” podziałem w tej sferze, sferę tę określać można różnie: sfera kompetencji wspólnych (bo jest realizowana wspólnie, jako że zbiegają się tu kompetencje obu szczebli, choć każdy we własnym zakresie, jak np. przy stanowieniu prawa na szczeblu federalnym i wykonywaniu, także poprzez akty wykonawcze, na szczeblu podmiotów federacji), kompetencji konkurencyjnych (wykona je organ albo tego, albo tego szczebla, ale nie jest to z góry określone, zaś jeden ma wybór), kompetencji podzielonych (kompetencje w tej sferze są podzielone między szczeble wg. określonego kryterium) itp. ale zawsze jest to sfera, gdzie tak czy inaczej następuje zbieg kompetencji i w danych sprawach nie należą one wyłącznie do któregoś z szczebli i w ten sposób można ją określić ogólnie, jako sferę kompetencji wspólnych (sferę, w której sprawy są wspólnie rozstrzygane przez oba szczeble, choć w różnych zakresach)²⁸. Jak łatwo dostrzec, ta sfera kompetencji najbardziej narażona jest na spór kompetencyjny i to nie tylko w zakresie oceny, do kogo powinno należeć wykonanie danej kompetencji, ale i jaką materialną treść może jej wykonanie programować, czyje interesy wzmacniać, czyje osłabiać, a zwłaszcza, czy gwarantuje swoisty kompromis między interesem państwa, jako całości (federacji) a interesami podmiotów federacji lub czy ich nie narusza. Wszak posiadają one własną tożsamość prawną (konstytucyjną) i określony zakres samodzielności (wewnętrznej suwerenności), zachowany z okresu przed federalnego (zwłaszcza, gdy federację utworzyły podmioty suwerenne²⁹). W pewnym sensie uwagi te odnoszą się mogą także do sfery kompetencji

²⁸ Chociaż, gdyby tę sferę określić wg kryterium materialnego, to teoretycznie wyobrażalne jest wskazanie precyzyjnie, które kompetencje w jej ramach wykonuje który ze szczebli i można by w ten sposób kompetencje rozdzielić na wyłączne każdego ze szczebli, ale są to raczej ćwiczenia teoretyczne.

²⁹ Może być charakterystyczne, że gdy powstawała w 1968 roku federacja czechosłowacka na bazie unitarnej i bardzo scentralizowanego państwa, pierwszym aktem było prawne „oddanie” Republikom (Czeskiej i Słowackiej) ich suwerenności państwowej i dopiero na tym gruncie sfederalizowanie

wyłącznych federacji, bo wyłączność wykonywania określonej sfery polityki państwa, nie oznacza działania wbrew interesowi tych podmiotów, które to państwo tworzą albo bez ich wpływu politycznego (konsultacji, zgody, może nawet sprzeciwu)³⁰.

Unia nie jest federacją w myśl najbardziej klasycznej definicji federacji, to znaczy takiej, której kryterium jest istnienie państwa federalnego (w takiej wersji funkcjonują współczesne federacje, właśnie jako państwa związkowe, nawet jeśli w nazwie zachowały historyczną nazwę „konfederacji”, jak Konfederacja Helwetycka, albo Stany Zjednoczone). Jest jednakże związkiem państw czy lepiej unią państw (formalnie od Lizbony – organizacją międzynarodową z osobowością prawną³¹), która posługuje się mechanizmami znanymi federacjom. Niektórzy autorzy nazywają nawet to zjawisko jako „*l'engrenage fédéral*”³² i tym ziarnem jest m.in. właśnie podział kompetencji (literatura, zwłaszcza polska, z zakresu *par excellence* prawa europejskiego z reguły nie poszukuje wzorców w mechanizmach federalnych, uznając, że traktaty są całkowicie oryginalne). Sfera kompetencji wspólnych, żeby ją zatem tak umownie ogólnie określić, występuje wszędzie i problemem może być, jak już wcześniej wspomniano, precyzja wskazania, co w tej sferze wspólnej należy do którego szczebla.

Jak w świetle tego ogólnego mechanizmu wygląda w Unii podział kompetencji? Sfera kompetencji wyłącznych Unii jest w miarę jasno zdefiniowana w art. 2 TFUE, zaś katalog tych kompetencji zawiera art.3, ust. 1 i 2 TFUE³³. Nie ma także wątpliwości co do istnienia sfery kompetencji wyłącznych państw członkowskich; przesądza o niej zasada przyznania, zdefiniowana w art. 5 ust. 1 i 2 TUE, wskazując nie tylko, że Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych, ale także, że „wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do państw członkowskich”. Pozostaje zidentyfikować sferę tych kompetencji, które nie należą wyłącznie do żadnego ze szczebli. W traktatach są przedstawiane w różny sposób i także różnie nazywane, stąd w literaturze niekiedy się je oddziela i uważa, że traktaty wymieniają pięć rodzajów kompetencji Unii. Po pierwsze – wyłączne, następnie – dzielone; dalej – służące wspieraniu, koordynowaniu i uzupełnianiu działań państw członkowskich; jako kolejne – kompetencje wspierania i koordynowania polityk gospodarczych i zatrudnienia, a wreszcie – kompetencje Unii w zakresie wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa³⁴. Potraktowanie tych katalogów jako odrębnych typów kompetencji wydaje się niepotrzebne. Z wyjątkiem pierwszej, wszystkie są dzielone, czyli tworzą

ich, choć odzyskały (a raczej uzyskały) tę suwerenność w sferze czysto prawnej. Co jednak miało swoje znaczenie, gdy federacja w 1992 r. się rozwiązywała, bo czyniły to dwa równoprawne, suwerenne podmioty.

³⁰ W tej kwestii zob. też M. Kruk, *Model integracji...*, *op. cit.*

³¹ Zob. m.in. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony. Traktaty stanowiące Unię Europejską. Stan obecny oraz teksty skonsolidowane w brzmieniu Traktatu z Lizbony*, Wyd. 1, Warszawa 2008, s. 46.

³² H. Oberdorff, *L'adaptation de la République Française à l'Union européenne*, [w:] *Europe(s), Droit(s) européen(s), Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, ed. Bruylant, Bruxelles 2015, s. 781.

³³ Katalog tych kompetencji zresztą potwierdza, że trudno mówić o federacji, ponieważ daleki jest on od klasycznych kompetencji wyłącznych państwa federalnego.

³⁴ Tak J. Maliszewska-Nienartowicz, *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010, s. 231, powołując się na K. Kowalik-Bañczyk (w przyp. 35). Powściągliwie jednak odnosi się do takiego pomysłu J. Barcz, systematyzując je tylko pod względem merytorycznym, zob. J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie...*, *op. cit.*, s. 47 i nast.

tę sferę, która nie należy do kompetencji wyłącznych żadnego ze szczebli, co oznacza, że zbiegają się w niej kompetencje zarówno Unii, jak i państw członkowskich, a tylko poszczególne dziedziny spraw mają różne kryteria „wewnętrznego podziału” i ewentualne wskazanie instrumentów działania, jak np. wspieranie, uzupełnianie itp. (nie jest to jednak w tym opracowaniu przedmiotem szerszej analizy). W przypadku określonych jako dzielone, rządzi tym podziałem kryterium, dające Unii pierwszeństwo wyboru, jakkolwiek Protokół 8 w sprawie wykonywania kompetencji dzielonych wprowadza dodatkowe, ostrzejsze kryterium, co – mówiąc na marginesie – jeszcze bardziej podkreśla ową „wspólność” działania w tej sferze kompetencji³⁵. W niektórych wymienionych sprawach traktat określa cel działania Unii na rzecz państw członkowskich (wspieranie, koordynowanie, uzupełnianie) lub, w innych, tylko wspieranie i koordynowanie, wreszcie w kolejnych wskazano na stopniową realizację wspólnej polityki w istocie dość szczegółowo „rozpisaną” na głosy, zwłaszcza zaś na zakres działania Unii. W sumie występuje w wymienionych dziedzinach wspólny mianownik, jakim jest właśnie sfera kompetencji wspólnych, wobec której traktaty wskazują, jakiego rodzaju działania w określonych sprawach przypisane są Unii. W jednych przypadkach precyzyjniej, w innych mniej precyzyjnie. Kryteria są zróżnicowane, a jednym z nich jest zasada pomocniczości na podstawie art. 5 ust. 3 TUE. Wydaje się, że najmniej precyzyjny jest podział w sferze, którą traktat nazywa kompetencjami dzielonymi (art. 4 ust. 1 TFUE). Mimo cyt. wyżej Protokołu 8, nie wskazuje bowiem, jak np. czyni to już w ust. 3 tego artykułu, merytorycznego zakresu kompetencji Unii. Wskazówką jest natomiast (art. 2 ust. 2 TFUE) owa metoda konkurencji, która tworzy generalną zasadę, iż jeśli nie wykona danej kompetencji Unia lub z jej wykonania zrezygnuje – należy ona do państwa członkowskiego, a zatem, jak wyżej już wspomniano, prawodawca Unii ma wybór.

Tu najwyraźniej w roli kryterium jawi się właśnie zasada pomocniczości. I teoretycznie będzie to kryterium jasne, ale czy w praktyce wystarczające? Ingolf Pernice wręcz pyta, czy zasada pomocniczości ma być alternatywą precyzyjnego podziału kompetencji, zwracając uwagę, że niejasna definicja kompetencji Unii może wywoływać obawy państw członkowskich, a także ich struktur regionalnych, o postępującą utratę kompetencji³⁶.

Analiza właściwych przepisów, sytuujących zasadę pomocniczości w tej roli, zwłaszcza najczęściej przywoływanego art. 2 ust. 3 TFUE, który odnosi ją tylko do kompetencji dzielonych, może sugerować, że sięgnięto po nią nie jak po zasadę wspomagającą, nie jak po składnik całego kompleksu instytucji prawnych i reguł organizacyjnych, ale jak po ich namiastkę. Taka pozycja pomocniczości nie musi oznaczać jej negatywnej oceny, przeciwnie, jest to zasada wartościowa w sferze aksjologii ustrojowej Unii, ale trudno oczekiwać, aby zastąpiła inne brakujące ogniwa. Ona powinna stanowić aksjologiczną podstawę dla zbudowania odpowiedniego systemu instytucjonalnego i proceduralnego, czuwającego nad praktycznym wdrażaniem tej zasady w życie. I w Traktacie z Lizbony

³⁵ Jedyny artykuł tego Protokołu powiada, że „[w] odniesieniu do art. 2a ust. 2 TFUE dotyczącego kompetencji dzielonych, jeżeli Unia prowadzi działania w pewnej dziedzinie, zakres wykonywania tych kompetencji obejmuje wyłącznie elementy regulowane przedmiotowym aktem Unii, w związku z czym nie obejmuje całej dziedziny (wg tekstu [w:] *Przewodnik...*, *op. cit.*, s. 466–467).

³⁶ I. Pernice, *Fondement du droit constitutionnel européen*, Paris 2004, s. 9.

taki system został zresztą zbudowany. Jego istotą są uprawnienia parlamentów narodowych w zakresie kontroli przestrzegania zasady pomocniczości.

Bilans działania tego mechanizmu nie wskazuje, aby instytucjom Unii tworzącym prawo unijne, nad którego zgodnością z wymogami pomocniczości ma czuwać, przysparzał zbyt wielu kłopotów, co można oczywiście traktować jako dowód, że pomocniczość nie jest naruszana. Ale może to też wskazywać, że mechanizm jest za słaby, albo że może być skuteczny, ale dopiero w zupełnie ostatecznej, krytycznej sytuacji. Znany autor literatury europejskiej, profesor Jacques Ziller, oceniając analizę praktyki dokonaną przez Diane Fromage, potwierdza jej konstatację i pisze w Przedmowie: „L’analyse est précise et montre à la fois toutes les limites du mécanisme de carton jaune – dont le pois essentiel est bien celui d’une épée de Damocles...”³⁷. Ale jak wiadomo miecz, zawieszony nad głową Damoklesa, aby go przerażać, jednak ostatecznie głowy Damoklesowi nie rozplątał.

Niniejszy tekst nie ma na celu prezentowania dokonywanej w literaturze, i dobrze znanej, analizy skuteczności funkcjonowania systemu oddanego w ręce parlamentów narodowych, choć się do niej odwołuje³⁸. Próbuje natomiast spojrzeć na zagadnienie z punktu widzenia adekwatności strukturalnej owego mechanizmu kontroli pomocniczości do zadania, jakie w tym przypadku postawiono przed samą zasadą.

Ponieważ podział kompetencji jest podobny do konstrukcji stosowanej w państwie federalnym, można zapytać, czy także w zakresie zabezpieczenia instytucjonalnego federalizm ma tu do zaoferowania jakiś wzór? W system ustrojowy państwa federalnego wpisane są bowiem nie tylko określone zasady prawne i polityczne, wynikające ze specyfiki tego państwa, w tym zwłaszcza w zakresie osiągania wspólnych celów przy respektowaniu praw podmiotów federacji, ale także określone zabezpieczenia instytucjonalne.

Najczęstszym elementem systemowym jest reprezentacja podmiotów federacji w federalnych organach władzy, a zwłaszcza odpowiednia dla tego celu struktura organu przedstawicielskiego, pełniącego funkcję ustawodawczą. Parlament federalny jest z reguły dwuizbowy i to jest ten przypadek współczesnej dwuizbowości, kiedy jej sens nie jest kwestionowany³⁹. Zakłada się bowiem, że jedna z izb, wybierana

³⁷ J. Ziller, *Préface*, [w:] D. Fromage, *Les Parlements...*, *op. cit.*, s. 11. („Analiza jest precyzyjna i wskazuje zarazem wszystkie ograniczenia mechanizmu żółtej kartki – której zasadnicze znaczenie jest dokładnie takie samo jak miecza Damoklesa...”) (tłum. M.K.). Sama cyt. autorka konstatuje to na s. 377.

³⁸ Dokonywanych i dostępnych też w literaturze polskiej, zob. A. Pudło, *Rola parlamentu...*, *op. cit.*; W. Gagątek, *Polityczne i prawne znaczenie zasady pomocniczości w UE (po 20 latach od wejścia w życie Traktatu z Maastricht)*, Europejski Przegląd Sądowy, listopad 2013, s. 31; K. Kuszel, M. Zreda, *Opinia dotycząca jakości odpowiedzi Komisji Europejskiej na uzasadnione opinie parlamentów narodowych w sprawie niezgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości*, [w:] *Parlamenty narodowe wobec zasady pomocniczości w świetle prawa i praktyki Unii Europejskiej*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2015, s. 87–135; M. Kupis, *Sejm cztery lata po przyjęciu traktatu z Lizbony*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2014, nr 1, s. 93 i in.; E. Popławska, *Rola parlamentów narodowych w świetle Traktatu z Lizbony*, Przegląd Sejmowy nr 5 z 2010 r., s. 157; *ibidem*, J. Galster, A. Knade-Plaskacz, *Wpływ Traktatu z Lizbony na pozycję Parlamentu Europejskiego*, s. 177.

³⁹ Jak wiadomo, współcześnie szereg parlamentów ukształtowanych jest raczej jako struktury jednoizbowe (czym wyraża się fakt, że nie ma potrzeby reprezentowania w parlamencie różnych interesów społecznych, zwłaszcza wyższych i niższych warstw społecznych (więc i określenie izba niższa i wyższa jest anachroniczne). Tam gdzie dwuizbowość pozostaje, sens drugiej izby jest albo mocno krytykowany („czcigodny anachronizm” powiedział A. Hauriou o Izbie Lordów), albo poszukuje się dla niej nowego

według jednolitej normy przedstawicielstwa na terenie całego państwa (a więc z różną liczbą przedstawicieli z poszczególnych podmiotów federacji, zależnie od ich wielkości) reprezentuje państwo jako całość (federację), natomiast druga, z reguły wybierana w podmiotach federacji w takiej samej liczbie z każdego⁴⁰ niezależnie od wielkości jego populacji, reprezentuje owe podmioty (i przy okazji ich równość prawną) a jej rolą podstawową jest „pilnowanie” w toku procesu prawodawczego (i ewentualnie w wykonywaniu innych funkcji parlamentarnych) nienaruszania prawa podmiotów federacji oraz zapewnianie niezbędnego kompromisu i równowagi w państwie związkowym. Każda z izb reprezentuje więc różne podmioty – jedna federację jako całość, druga jej podmioty członkowskie, a ponieważ podejmują wspólnie decyzje – muszą osiągać ów kompromis i równowagę. Oczywiście, w każdym konkretnym państwie federalnym struktura ta jest zróżnicowana co do szczegółów, ale idea podstawowa jest taka sama. Istotne jest tu zwłaszcza, że izba reprezentująca podmioty federacji ma ten swój cel wyraźnie uświadomiony. Ona nie gubi się w poszukiwaniu swojej tożsamości i pytaniach, czyje interesy wyraża, bo są one celem i istotą jej egzystencji⁴¹. Podobnie zresztą, jak nie powinna mieć analogicznych rozterek izba ogólnokrajowa z jej mandatem przedstawicielskim (reprezentowanie „całego narodu”, rozumianego jako suweren władzy ogólnopaństwowej).

Jak natomiast wygląda sytuacja w Unii? Unia nie jest państwem i w tym sensie nie jest ona instytucjonalną federacją⁴². Posiada jednak ów pierwiastek „różność w jedności”, jest organizacją suwerennych państw, które przekazały na ów szczebel unijny część swoich kompetencji, czyli część suwerenności, które to kompetencje wprawdzie wykonują wspólnie, ale za pośrednictwem instytucji (organów) Unii, tworzących system instytucjonalny UE. Należy więc zapytać, jaki jest ów mechanizm instytucjonalny, który ma czuwać nad przestrzeganiem podziału kompetencji w duchu zasady pomocniczości, stanowiącej główny drogowskaz owego podziału?

Już wcześniej w zasadzie padła odpowiedź, że mechanizm ten nie jest podobny do federalnego, ponieważ w Unii rola ta przypada parlamentom narodowym, nie zaś drugiej izbie PE, wyspecjalizowanej w realizacji tego zadania. Ale analiza struktury władzy prawodawczej w Unii może sugerować podobieństwo do modelu dwuizbowości w RFN. W Republice Federalnej jest to z jednej strony Bundestag, jako izba reprezentująca państwo, jako całość (związek, czyli federację), z drugiej – Bundesrat, jako reprezentacja rządów krajowych (rządów landów), w którym każdy land posiada co najmniej 3 głosy w zależności od liczebności populacji landu, ale głosy landu muszą być oddawane

sensu (izba refleksji), zob. m.in. J. Szymanek, *Druga izba we współczesnym parlamencie. Analiza porównawcza na przykładzie europejskich państw unitarnych*, Warszawa 2005.

⁴⁰ Spektakularnym przykładem może tu być Senat Stanów Zjednoczonych, w którym nawet bardzo różniące się co do wielkości populacji Stany reprezentowane są przez dwóch senatorów każdy. Ale istnieją też wyjątki od tej zasady.

⁴¹ Przedstawiony schemat nie zawsze występuje w takiej wersji w każdym państwie federalnym, izba reprezentująca podmioty federacji może być inaczej wybierana, może mieć zróżnicowane kompetencje itp., ale jest z reguły powoływana w tym samym celu: reprezentowania podmiotów federacji i pilnowania podziału kompetencji.

⁴² Interpretacje są w tym zakresie różne, zob. M. Kruk, *Kilka wizji Europy. Szkic na marginesie aktualnych lektur. Księga Jubileuszowa Prof. Ewy Gdulewicz*, Studia Iuridica Lublinensia, T. XXII, Lublin 2014, s. 93–108.

jednomyślnie. Ustawy uchwalone przez Bundestag wymagają zgody Bundesratu, może też on wyrazić sprzeciw lub w inny sposób, przewidziany w Konstytucji, uczestniczyć w procedurze. Porównanie tej struktury z sytuacją w Unii, gdy decyzję prawodawczą podejmuje Parlament Europejski – izba przedstawicielska reprezentująca całą Unię oraz Rada (Rada UE) – instytucja złożona z ministrów państw członkowskich⁴³, jako reprezentacja rządów krajowych, wydaje się zachęcające. Oczywiście istnieje szereg różnic w kompetencjach poszczególnych ciał i procedurze, ale ogólna struktura tego dualistycznego ciała prawodawczego sugeruje podobieństwo.

Pytanie tylko, czy w zakresie roli ustrojowej podobieństwo między Bundesratem i Radą UE nie wypadłoby nieco słabiej? O ile bowiem druga izba w państwach federalnych, i dotyczy to także niemieckiego Bundesratu, nastawiona jest przede wszystkim na pilnowanie, aby prowadzenie polityki federalnej uwzględniało kompetencje i odpowiedni udział (a także interesy?) podmiotów federacji (Konstytucja RFN powiada, że za pośrednictwem tej izby kraje współdziałają w ustawodawstwie i administracji Federacji), o tyle Rada UE, mimo faktu, że składa się z ministrów państw członkowskich, nie jest *sensu stricto* drugą izbą, biorącą udział w procesie prawodawczym po to, aby pilnować przestrzegania zasady pomocniczości przez główny organ prawodawczy (parlament ogólnounijny), a więc kompetencji państw członkowskich, choćby dlatego, że traktaty nie postrzegają Rady jako dodatkowej izby, która wkracza w procedurę w charakterze interwenienta z określonym celem. Nawet TUE nie akcentuje tego aspektu roli ustrojowej Rady, chociaż zapewnia jawność jej prac ustawodawczych czy równość państw w prezydencji składów, czym pośrednio uznaje reprezentowanie podmiotowości państw członkowskich. Natomiast we wskazaniu funkcji Rady, którymi są wykonywana wspólnie z Parlamentem funkcja prawodawcza i budżetowa oraz określanie polityki i koordynacji, zgodnie ze szczegółowymi postanowieniami traktatów, zwłaszcza TFUE⁴⁴, widać nawiązanie do dawniejszej pozycji Rady, kiedy to od samego początku Rada była głównym, a nawet niegdyś, jako Rada Ministrów trzech Wspólnot, jedynym organem prawodawczym, skoncentrowanym – z natury rzeczy – na osiągnięciu celów struktury integracyjnej. Paradoksalnie, to właśnie Parlament Europejski, zwłaszcza wtedy, gdy składał się z delegatów parlamentów narodowych, miał większy „tytuł” do kontroli czy konsultacji decyzji europejskich z punktu widzenia poszanowania podziału kompetencji i uprawnień państw członkowskich. Później, zwłaszcza po 1979 r., gdy był już wybierany bezpośrednio, jego charakter coraz bardziej nabierał cech organu reprezentującego „unijnego suwerena”, zaś członkowie PE zmienili swój mandat delegata parlamentu narodowego na mandat przedstawicielski. Który, jak wiadomo, charakteryzuje się niewiązaniem mandatariusza instrukcjami jego wyborców (w państwach członkowskich)⁴⁵. Idealny członek PE powinien działać w interesie całej Unii (jej obywateli, społeczeństwa europejskiego), choć w praktyce obserwuje się dylematy, kogo właściwie

⁴³ Może w tej roli wystąpić przedstawiciel innej jednostki administracyjnej, ale upoważniony do reprezentowania rządu.

⁴⁴ Byłaby zapewne interesująca szczegółowa analiza tych przepisów z punktu widzenia potencjału zasady pomocniczości w tych dziedzinach.

⁴⁵ Sprzyja temu prawo kandydowania w dowolnym państwie członkowskim, formowanie europejskich partii politycznych, promowanie w PE klubów partyjnych (grup, frakcji) wielonarodowych itp.

należy reprezentować, zwłaszcza gdy interes (czasem egoistyczny) własnego państwa niekoniernie pokrywa się z ogólnounijnym lub solidarnym.

Jednakże trudno też nie brać pod uwagę, że Rada jest jednak organicznie związana z egzekutywą (każdą) państwa członkowskiego, pozostającą pod kontrolą parlamentu narodowego i że obok występuje też druga instytucja Unii o podobnej proveniencji (Rada Europejska złożona głównie z szefów egzektyw narodowych) i trudno uznać, iż kształtują politykę Unii (i jej prawo) w całkowitym oderwaniu od interesów swoich państw, od których otrzymały „mandat” do działania w ich imieniu.

Ta właśnie okoliczność powodowała, że w takim duchu widziano ewolucję systemu instytucjonalnego UE i w tym Rady⁴⁶, a także wzajemnego układu PE i Rady, jako swoistej struktury dwuizbowej:

„[i]l n'y a pas d'alternative réelle au développement progressif d'une structure bi-camérale pour renforcer la légitimité démocratique de l'Union. Dans le cadre d'une telle structure, le Parlement européen, comme chambre des citoyens de l'Union, exercera un contrôle démocratique, tandis que le contrôle fédérale sera exercé par le Conseil qui représente les Etats membres en tant que «chambre des Etats»...”⁴⁷

Oczywiście założeniem była zmiana charakteru Rady i ukierunkowanie jej roli na nadawanie aktom Unii „legitymizacji federalnej”, współgrającej z kontrolą dokonywaną przez parlamenty narodowe, która dopiero w takich warunkach mogłaby być efektywna⁴⁸.

Ale ewolucja nie poszła jednak w stronę wyraźnego bikameralizmu typu federalnego, któremu nie sprzyjała też część państw członkowskich, odkładając dwuizbowość na półkę niezrealizowanych idei. System stanowienia prawa Unii, do którego w roli inicjatora należy jeszcze doliczyć Komisję, wobec której Traktaty wymagały zawsze narodowej „neutralności”, powoduje, że w systemie instytucjonalnym Unii nie ma organu typu *chambre de subsidiarité*⁴⁹, czy też *chambre des Etats*, wprost powołanej do reprezentowania szeroko rozumianego interesu państw członkowskich w procedurach prawotwórczych (też kontrolnych) Unii. I już wcześniej musiała istnieć świadomość faktu, iż mimo, że Rada jest przedstawicielką egzekutyw państw narodowych, nie spełni ona roli „rady federalnej” (drugiej izby). W takiej roli zaczęto postrzegać więc raczej parlamenty narodowe, które nazwano aktorami sceny europejskiej⁵⁰, a organizacyjnie rolę tę przejęła COSAC⁵¹,

⁴⁶ *L'Union européenne en quête d'institutions légitimes et efficaces. Rapport du groupe présidé par Jean-Louis Quermonne*, Paris 1999, s. 64.

⁴⁷ I. Pernice, *Fondement du droit...*, *op. cit.*, s. 82 („nie ma realnej alternatywy dla postępującego rozwoju struktury bikameralnej dla wzmocnienia legitymacji demokratycznej Unii. W ramach takiej struktury Parlament Europejski jako izba obywateli Unii będzie wykonywała kontrolę demokratyczną, podczas gdy kontrola federalna będzie wykonywana przez Radę reprezentującą państwa członkowskie jako „Izba Państw”).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ F. Chaltel Terral wspomina, że idea «izby subsydiarności» była nawet zaawansowana, zważywszy na wybitnie polityczny charakter tej zasady, ale ponieważ nie została zmaterializowana, TL oczekuje spełnienia tej roli przez wzmocnienie parlamentów narodowych, *Le principe...*, *op. cit.*, s. 1.

⁵⁰ Zob. raport nr 2366 delegacji francuskich deputowanych do UE na XIII Konferencję COSAC: *Les Parlements nationaux, acteurs de l'Union européenne, Rapport d'information*. Assemblée nationale, 15 novembre 1999.

⁵¹ W polskiej literaturze zob. m.in. E. Popławska, *Formy współpracy...*, *op. cit.*

która ukształtowała się w 1989 r. (i co do której były także propozycje przekształcenia jej w drugą izbę), a która miała pełną świadomość swojej roli względem zasady pomocniczości, nie tylko uznając, że jest to pierwsze jej zadanie, ale także wskazując, że opinię reprezentacji parlamentów narodowych, sformułowaną w trybie konsultatywnym przez COSAC, Rada powinna brać pod uwagę przed podejmowaniem swoich decyzji, zwłaszcza, gdy projekt wspólnotowy będzie przedmiotem *exception de subsidiarité*, podniesionej przez parlament narodowy lub Komitet Regionów⁵².

Ale mimo tak wyraźnego reklamowania pozycji parlamentów narodowych, nawet projekt Konstytucji dla Europy, sięgający już bardzo śmiało po instytucje prawne charakterystyczne dla państwa w ogóle, a państwa związkowego w szczególności (konstytucja, ustawy, prezydent...), nie zdecydował się na drugą izbę. Czy właśnie dlatego, że byłaby to zbyt daleko idąca sugestia federalizacji? Czy raczej obawa o osłabienie pozycji Rady? Czy ogólna wreszcie niechęć do dwuizbowości?

W efekcie Traktat lizboński mocniej włączył w decyzje europejskie parlamenty narodowe. W odniesieniu do zasady pomocniczości uczynił je instytucjonalnym strażnikiem respektowania tej zasady i nawet postrzegano je jako wirtualną drugą (trzecią?) izbę parlamentu.

O postanowieniach traktatowych w tej kwestii już była mowa wyżej. Szczegółowe przepisy dotyczące postępowania zawiera wspomniany już Protokół 2 w sprawie stosowania zasady pomocniczości i proporcjonalności, dołączony do TFUE. Jednym z jego motywów jest zapewnienie podejmowania decyzji na poziomie możliwie najbliższym obywatelom Unii. Istota postanowień Protokołu (dobrze już opisanego w literaturze, co nie wymaga powtarzania) polega na stworzeniu procedury, w ramach której projekty prawodawcze właściwie uzasadnione z punktu widzenia zasad, o których mowa (ich katalog Protokół definiuje), odpowiedni organ przekazuje parlamentom narodowym (każdej z jego izb w przypadku dwuizbowych), które w określonym terminie mają prawo przesłać do odpowiednich organów Unii uzasadnioną opinię o uznaniu, iż projekt narusza zasadę pomocniczości. Jeśli takie opinie stanowią 1/3⁵³ głosów, stosowny organ może podtrzymać, zmienić lub wycofać projekt, zaś PE lub Rada mogą (gdy odpowiednią większością uznają projekt za niezgodny z zasadą pomocniczości) nie analizować dalej wniosku prawodawczego. To kontrola podejmowana *ex ante*. Ostatecznie, czyli w kontroli *ex post*, Trybunał Sprawiedliwości rozstrzyga o naruszeniu przez akt prawodawczy zasady pomocniczości, przy czym istotne jest, że skargę taką może wnieść parlament narodowy lub jego izba (poprzez rząd państwa członkowskiego). Skarga taka przysługuje także Komitetowi Regionów.

Ponieważ Protokół, o którym mowa, obejmuje także przestrzeganie zasady proporcjonalności, w praktyce, a w ślad za tym w doktrynie, pojawił się problem oddzielenia w opiniach parlamentów narodowych argumentacji odnoszącej się do naruszeń tych zasad. Wskazuje się, że obie zasady są merytorycznie powiązane i przypomina, że w 18 raporcie COSAC (2012) piętnaście parlamentów narodowych stwierdza, iż zasada proporcjonalności powinna być traktowana jako integralny składnik zasady subsydiarno-

⁵² *Les Parlements nationaux, acteurs...*, *op. cit.*, s. 26.

⁵³ Ale tylko 1/4 w przypadku przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości wg. art. 76 TFUE.

ści, czternaście z nich uwzględniła zawsze zasadę proporcjonalności, gdy testuje zasadę pomocniczości, natomiast 28 z czterdziestu izb parlamentarnych uważa nawet, że kontrola pomocniczości nie może być skuteczna bez kontroli proporcjonalności. Taka sama liczba izb deklaruje, że często poszerza interpretację zasady pomocniczości w stosunku do dwu kryteriów sformułowanych w Protokole 2⁵⁴. Cytowana tu autorka, D. Fromage, dokonuje też szerokiego przeglądu literatury, w której pojawiają się poglądy (Philipp Kilver, Jacques Ziller i inni) o konieczności weryfikacji definicji pomocniczości w kierunku jej poszerzenia. Zwłaszcza w sytuacji, gdy orzecznictwo Trybunału jest w odniesieniu do zasady proporcjonalności kompleksowe i bogate (*complexe et abondante*), podczas gdy w stosunku do zasady pomocniczości nad wyraz skromne (*extrêmement réduite*)⁵⁵. Koresponduje to ze spostrzeżeniem Cezarego Mika, że zasada proporcjonalności jest o wiele bardziej jurydyczna⁵⁶. Choć zasadę pomocniczości klasyfikuje się m.in. z tego powodu chętnie jako zasadę polityczną⁵⁷, to jednak trzeba pamiętać, że dla jej ochrony parlamenty narodowe otrzymują niebagatelne uprawnienia prawne i jest ona tych uprawnień jedynym uzasadnieniem, a także może wywoływać także, czyli prawne, skutki. Wątek bliskości obu zasad nie jest w niniejszym opracowaniu zasadniczo podejmowany, tu jednak wymagał wzmianki, ponieważ fakt odnoszenia się do zasady proporcjonalności w opiniach parlamentów narodowych, zarzucających prawodawcy Unii naruszanie zasady pomocniczości, jest często przyczyną odrzucania argumentacji ze względu na jej nieadekwatność do przedmiotu zastrzeżeń, czyli do pomocniczości.

Jak wynika z badań przypadków, w których parlamenty narodowe przedstawiały uzasadnione opinie o naruszeniu przez projekt prawodawczy (ustawodawczy) zasady pomocniczości, w znakomitej większości uzyskiwały one odpowiedź Komisji, iż projekt jest jednak z zasadą pomocniczości zgodny. Także w kontroli sądowej nie przyznawano racji skardze na naruszenie przez akt prawodawczy Unii zasady pomocniczości.

Wszechstronną, zarówno statystyczną jak i merytoryczną analizę dotyczącą odpowiedzi Komisji przeprowadzili Kornel Kuszel i Mateusz Zreda⁵⁸. Nie powtarzając wniosków tam opublikowanych, warto zwrócić uwagę, że zawarte w opiniach argumenty, dotyczące *par excellence* istoty pomocniczości i jej naruszenia, stanowią tylko część argumentacji, pozostałe odnoszą się do innych kwestii, w tym do zasady proporcjonalności⁵⁹, ale zwłaszcza do kwestii legalności aktu (niewłaściwa podstawa, brak uzasadnienia, brak kompetencji, nieuwzględnienie warunków czy okoliczności lokal-

⁵⁴ Według D. Fromage, *Les parlements...*, *op. cit.*, s. 348. Autorka przywołuje też wypowiedzi samych parlamentów, np. francuskiego Senatu, iż nie jest łatwo obie te zasady rozróżnić na gruncie prawnym (s. 349, przyp. 995).

⁵⁵ *Ibidem*, s. 349. Autorka dodaje, że chociaż uwaga ta została poczyniona w 2006 r., to jest ona wciąż aktualna ze względu na rzadkość orzecznictwa w zakresie pomocniczości.

⁵⁶ C. Mik, *Raport i wytyczne...*, *op. cit.*, s. 34. Jakkolwiek autor wskazuje na kryteria rozróżnienia tych zasad, jednak także zwraca uwagę na ich materialną bliskość.

⁵⁷ W. Gagatęk, *Polityczne i prawne...*, *op. cit.* Taki wniosek autor mocno i przekonująco uzasadnia.

⁵⁸ *Opinia dotycząca jakości odpowiedzi Komisji Europejskiej na uzasadnione opinie parlamentów narodowych w sprawie niezgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości*, [w:] *Parlamenty narodowe wobec zasady...*, *op. cit.*, s. 87–135. Bardziej lub mniej kompleksowych analiz lub stwierdzeń w tym zakresie nie brak też w niemal każdym opracowaniu odnoszącym się do stosowania i kontroli przestrzegania zasady pomocniczości w Unii Europejskiej

⁵⁹ *Ibidem*, s. 88.

nych (danego państwa) czy wreszcie do kwestii gospodarczych lub politycznych⁶⁰, choć te ostatnie mogłyby z powodzeniem wspierać meritum. Z analizy odpowiedzi (w badanych przypadkach wszystkie negatywne) uderza, jak wynika z tych badań, pewien rodzaj schematyzmu i lekceważenia, bo albo odpowiedź nie odpowiada na argumenty, jakie zostały wytoczone, albo jest odpowiedzią powielaną i tą samą wysyłaaną do różnych adresatów, albo czasem nie ma jej wcale. Te obserwacje (nie wnikając już głębiej w dostępne badania), zacytowane tu jedynie dla przykładu, powtarzają się.

Odnotowując wyjątek *Monti II*⁶¹ i zakładając nawet, że w pozostałej większości część argumentów wytoczonych przez parlamenty narodowe była nietrafna albo niesłuszna, a tym samym część odpowiedzi, zwłaszcza Komisji, słusznie nie uznała owych zarzutów, pozostałe przypadki wymagałyby wyciągnięcia wniosków, nawet nie tyle wobec konkretnych sytuacji, ile wobec całego tego mechanizmu kontroli. Bo jeśli wspomniany miecz Damoklesa bardzo groźnie wisi, ale w zasadzie nie spada, to jednak nie dlatego (na co wskazuje *Monti II*), że w założeniu miał on tylko straszyć. Czy zatem kontrola pomocniczości realizowana w postaci mechanizmu wczesnego ostrzegania ma rzeczywiście na celu skuteczną eliminację określonych projektów unijnych, czy też jest raczej w założeniu płaszczyzną dialogu między Unią a parlamentami narodowymi (i szerzej instytucjami i społeczeństwem państw członkowskich)? W literaturze można spotkać opinie nie tylko upatrujące w owym mechanizmie właśnie potencjał dialogu (może tu być przykładem długa debata i wątpliwości dotyczące wprowadzenia Prokuratury Europejskiej), ale także sugerujące, że skłonność do dialogu niekiedy przeważa. Taki pogląd Barbary Guastaferrero przywołuje D. Fromage: „potrzeba angażowania się w dialog z instytucjami europejskimi jest może silniejsza, niż potrzeba ochrony kompetencji narodowych przed ekstensywnym działaniem Unii”⁶².

Mimo to jednak, skoro traktaty postawiły na straży podziału kompetencji zasadę pomocniczości i wyposażyły parlamenty narodowe w mechanizm kontroli jej przestrzegania (nie tylko mechanizm wczesnego ostrzegania, ale i możliwość zaskarżenia aktu *ex post* do sądu), to dlaczego działa to tak słabo? W tym zakresie można zaryzykować, w trybie dyskusji, kilka hipotez.

Po pierwsze, część przyczyn może leżeć po stronie parlamentów narodowych, nie zawsze sprawnie posługujących się przyznanymi im uprawnieniami lub też wykazujących mniejsze zainteresowanie przekazywanymi im projektami. Może tu też mieć znaczenie przyjmowanie przez nie nieco szerszej interpretacji zasady pomocniczości, np. obejmującej także zasadę proporcjonalności, o czym była wyżej mowa, a co Komisja w odpowiedzi dyskredytuje i traktuje jako argumenty nietrafne, bo nie dotyczące zasady pomocniczości. I podobnie odrzucać może wszystkie argumenty nieodpowiadające ściśle kryteriom, według których zasada pomocniczości jest „mierzona”: kryterium braku efektywności i kryterium wartości dodanej⁶³. Być może działa tu też owa, wspomniana

⁶⁰ *Ibidem*, s. 88–91, zob. też zestawienie statystyczne (tabela) za rok 2013, s. 92–94 i w odniesieniu do Sejmu i Senatu RP po wejściu w życie TL, s. 95. W aspekcie polskiego parlamentu zob. też cyt. artykuł M. Kupis.

⁶¹ Zob. D. Adamiec, *Pierwszy wypadek zastosowania mechanizmu żółtej kartki – opinie parlamentarne dotyczące rozporządzenia Monti II*, *Zaszyty prawnicze BAS*, 2012, nr 3.

⁶² D. Fromage, *Les Parlements...*, *op. cit.*, s. 350, *ibidem* powołanie tekstu cytowanej autorki.

⁶³ C. Mik, *Raport i wytyczne...*, *op. cit.*, s. 46.

wyżej, potrzeba dialogu, silniejsza niż precyzja argumentacji prawnej. A wreszcie – być może – zbyt słaba jest współpraca między parlamentami narodowymi, a nawet między izbami tego samego parlamentu, co powoduje, że ich uzasadnione opinie nie są w stanie spełnić kryterium ilościowego niezbędnego dla pokazania żółtej kartki. Wynikać to może też z faktu subiektywnego odczuwania skutków działania zasady pomocniczości. Jak zauważa jeden z autorów: „[w]ielką zaletą polityczną, a jednocześnie ułomnością prawną zasady pomocniczości jest to, że dla każdego może oznaczać ona co innego (...) o ile dla Brytyjczyków pomocniczość miała być lekiem na onnipotencję i inflację legislacyjną UE, a przez to ograniczać zakres ingerencji, o tyle dla Niemców miała ona służyć wzmocnieniu „federalnego” charakteru Unii (...)”⁶⁴. Swoisty rozróżnienie we wspólnym poglądzie parlamentów na dane sprawy może też oznaczać, że nie dla każdego państwa praktyka stosowania pomocniczości jest tak samo korzystna czy niekorzystna: dla jednych lepsze wydaje się rozwiązywanie spraw „u siebie”, dla innych efektywniejsza będzie jednolitość (zwłaszcza, gdy dotknie to działalności gospodarczej grup interesów zawsze uznających, iż jednolite, centralne zarządzanie obniża *transaction costs*⁶⁵). Te sprzeczności dostrzega też publicystyka. Marek Beylin pisze: „Unię podbijają wzajemne nieufności. Północ żywi niechęć do Południa... Francuzi nieufnie patrzą na Niemców... Anglicy z niesmakiem spoglądają na całą Unię” itd.⁶⁶ Nawet, jeśli w przytoczonych konstatacjach jest przesada lub ilustrują one marginalne zjawiska, trzeba je brać pod uwagę, jako przeszkodę w sprawnym wspólnym działaniu parlamentów narodowych, jako instytucji wobec siebie odrębnych, wewnętrznych organów państw członkowskich. Z tego punktu widzenia mechanizm żółtej kartki jest efektywny, jako ochrona Unii przed ewentualną blokadą, ale nieefektywny, jako rękojmia dla państw członkowskich.

Po drugie, przyczyną mogą też być z jednej strony warunki formalne złożenia przez parlament (izbę) uzasadnionej opinii, czyli termin i sam proces legislacyjny, w którym nie zawsze oddzielić się da etap konsultacji od momentu złożenia projektu. W tym pierwszym przypadku dość powszechnie słychać narzekanie na krótki termin, jakim jest przewidziane w Protokole 2 osiem tygodni. Trzeba pamiętać, że parlament (izba parlamentarna) jest z reguły ciałem dużym, a więc mniej operatywnym. Wprawdzie działa poprzez odpowiednią komisję, ale procedury ciał politycznych, różne od trybu pracy urzędniczej, wymagają więcej dystansu, zasięgania opinii ekspertów, często debaty na posiedzeniu plenarnym, nie zawsze możliwym do pilnego zwołania, zwłaszcza w przypadku sesyjnego systemu prac parlamentarnych, innych priorytetów itp. Niekiedy pojawia się także opinia o zbyt wysokim progu, jaki stanowi 1/3 izb parlamentarnych, zwłaszcza przy owym krótkim terminie⁶⁷. Co do drugiej kwestii, D. Fromage zauważyła, że interwencje parlamentów bywają zarazem zbyt późne i zbyt wczesne. Zbyt późne, bo jeśli izby chcą mieć realny wpływ na treść propozycji, to powinny reagować na etapie konsultacji, czyli zanim propozycja zostanie formalnie przedstawiona. Zbyt

⁶⁴ W. Gagątek, *Polityczne i prawne...*, *op. cit.*, s. 32.

⁶⁵ Zauważa to też W. Gagątek, *ibidem*.

⁶⁶ M. Beylin, *Europa. Nie tak się umawialiśmy*, *Gazeta Wyborcza*, 25–26.07.2015, s. 19 (zacytowany fragment jest w oryginale znacznie dłuższy; tu stanowi tylko sygnalizację dostrzeżonego przez autora problemu).

⁶⁷ D. Fromage przypomina, że tak w 22 raporcie COSAC wskazały parlamenty czeski i austriacki, ale sama autorka nie optuje za obniżeniem tego progu, ze względu na ryzyko zbyt łatwego blokowania projektów (*op. cit.*, s. 357).

wczesne, bo jeśli to uczynią na etapie pierwocin propozycji, ona może jeszcze ulec zmianom⁶⁸ i tę interwencję zdezaktualizować. Ta sama autorka przedstawia wreszcie zebrane w toku jej badań opinie, że z wykonywaniem tej roli parlamentów narodowych wiązać się także wysokie koszty, związane z koniecznością poszerzenia ich zaplecza administracyjnego i w związku z tym podziela ona krytyczny pogląd, że w walce z deficytem demokratycznym zbudowano nową sieć biurokratyczną, która posiada więcej władzy niż wybrani przedstawiciele⁶⁹.

Po trzecie wreszcie, pewną „winą” obarczyć można Komisję za sposób, w jaki – udzielając odpowiedzi – traktuje uzasadnione opinie parlamentów narodowych, co widać w wielu tychże odpowiedziach, o czym już była mowa, żeby tylko przywołać tytułem przykładu „duży poziom ogólności” lub rozsyłanie tych samych, szablonowych, odpowiedzi na różne zarzuty⁷⁰. Nie tak jest bowiem mało opinii parlamentów, co dużo (z jednym wyjątkiem wszystkie) odrzuconych.

W literaturze, a także w licznych raportach parlamentów i COSAC, sposób realizacji zasady pomocniczości, ale także, a może nawet zwłaszcza, znaczenie, jakie dla funkcjonowania Unii ma dostrzeganie problemu poszanowania tej zasady i włączenie dzięki temu parlamentów narodowych do dialogu w sprawie tego funkcjonowania, nie jest jednoznacznie negatywne ani jednoznacznie pozytywne. Przy dostrzeganiu plusów, wskazuje się także na konieczność poprawy czy usprawnienia współpracy.

Spostrzeżenia te prowadzą zatem do wniosku, że procedura *ex ante* nie jest być może wystarczająco efektywna. To samo można odnieść chyba do procedury *ex post*, o czym świadczyć może zarazem niewielka liczba postępowań w tym zakresie, jak i ostatecznie wyroki niepotwierdzające naruszenia zasady, oparte z reguły na niestwierdzeniu wadliwości uzasadnień nienaruszenia zasady pomocniczości, niż na samym rozstrzygnięciu dotyczącym jej merytorycznej treści. Można też tu przypomnieć podnoszone wyżej kwestie małej jurydyczności zasady pomocniczości i jej powiązania z zasadą proporcjonalności. Tytułem przykładu można podać wyrok Trybunału w trybie prejudycjalnym, do którego uwagi zgłosiły rządy WB, RP i Holandii, dotyczący tzw. „eurotaryfy”⁷¹, gdzie w pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zmierzał do ustalenia, czy rozporządzenie nr 717/2007 narusza zasady proporcjonalności i pomocniczości. Trybunał rozpatrywał obie zasady rozdzielnie, uznając (p. 78 i 79) nienaruszenie zasady pomocniczości (proporcjonalności także nie), bo cel może być lepiej zrealizowany na szczeblu wspólnotowym (czyli określone przepisy rozporządzenia nie są nieważne ze względu na naruszenie zasady pomocniczości). Inny z wyroków, bardziej czasowo aktualny (2013⁷²), którego motywem jest zresztą m.in. także zasada pomocniczości i proporcjonalności, podejmuje przy tym wątek, który z punktu widzenia pomocniczości może mieć niebagatelne znaczenie, a mianowicie doboru formy działania prawotwórczego Unii: rozporządzenie czy dyrektywa. Zapewniając jednolity standard, dyrektywa pozostawia jednak samą regulację w gestii państwa członkowskiego. Odpowiedź Komisji na zarzut nie wydania dyrektywy, lecz rozporządzenia, wywołuje wątpliwości, uznała ona

⁶⁸ D. Fromage, *op. cit.*, s. 353.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 358.

⁷⁰ K. Kuszal, M. Zreda, *Opinia...*, *op. cit.*, s. 134–135.

⁷¹ Wyrok Trybunału z dnia 8.06.2010 sprawa C-58/08 (Wodafon E.A.).

⁷² Wyrok Sądu z dnia 25.04.2013, sprawa T-526/10 (dot. handlu produktami z fok).

bowiem, że dyrektywa „zwiększa ryzyko rozbieżnego zastosowania” (p. 101). Wydaje się to uzasadnienie zbyt łatwe, ponieważ w każdej sytuacji wielości podmiotów stanowiących i stosujących prawo, takie ryzyko istnieje. Tylko wysoce scentralizowane zarządzanie mogłoby to ryzyko eliminować, ale właśnie po to „wyjęto z lamusa” zasadę pomocniczości, aby takiej centralizacji przeciwdziałać. (Komentarz nie odnosi się do innych zarzutów i argumentów sądu w tej, zresztą społecznie bardzo interesującej, sprawie). I wreszcie ubiegłoroczny wyrok⁷³ w sprawie, w której Estonia żąda stwierdzenia nieważności dyrektywy z powodu naruszenia zasad proporcjonalności, pomocniczości i obowiązku uzasadnienia. Tu pojawia się m.in. wątek specyfiki państwa, której nie uwzględnił prawodawca Unii (zaawansowanie administracji krajowej). Argumenty PE i Rady są nad wyraz formalistyczne, m.in. wskazujące, że art. 5 Protokołu 2 nie odnosi się do dyrektyw (p. 27), że zasady pomocniczości nie ocenia się w odniesieniu do każdego przepisu z osobna, a ponadto, że z zasady tej nie wynika obowiązek uwzględniania szczególnych interesów każdego państwa członkowskiego z osobna, co podważałoby zasadę harmonizacji (p. 42). I choć Estonii nie tyle chodziło o interes, ile o poziom przygotowania jej administracji krajowej do wykonywania celów dyrektywy, ten ostatni pogląd podzielił Trybunał. Jak się wydaje, odkrywa się w ten sposób jeszcze jeden aspekt rozumienia istoty i znaczenia zasady pomocniczości, a mianowicie czy powinna ustąpić przed wymogiem harmonizacji? A nawet dalej: czy może przy jej interpretacji mieć znaczenie zasada zachowania tożsamości konstytucyjnej państwa członkowskiego?

Pobieżne i wybiórcze przedstawienie powyższych orzeczeń nie ma na celu analizy orzecznictwa, co zresztą zostało już w doktrynie dokonane i w niniejszym tekście wniośki wyżej zauważone, ale wskazanie, że argumenty stron (i wyroku) albo potwierdzają dokonane w literaturze spostrzeżenia (np. spójności zasady pomocniczości z zasadą proporcjonalności) albo wciąż ujawniają nowe aspekty problemu. A tym samym pewną niedoskonałość mechanizmu czuwania nad przestrzeganiem zasady pomocniczości, także w stadium *ex post*.

Jeśli zatem kontrola poszanowania tej zasady jest mało efektywna *ex ante* i niesatysfakcjonująca *ex post*, to może mechanizmowi temu brakuje możliwości działania w toku samego procesu legislacyjnego? Może więc warto próbować wtopić reprezentację parlamentów narodowych w procedurę legislacyjną w taki sposób, aby była elementem stanowienia prawa Unii. Oczywiście wobec faktu, iż wielokrotnie nieskutecznie zgłaszano propozycje powołania drugiej izby, właśnie jako „izby pomocniczości” (czyli takiej, której zadaniem byłaby ochrona tej zasady w procesie legislacji, nie zaś tylko przed, czy po nim), to pojawiłoby się wiele pytań o formę tej reprezentacji i szereg jej aspektów: organizacyjny (jeśli izba, to czy stała, czy zwoływana doraźnie, *ex lege* czy na wniosek, czyj, w jakim trybie?), zakresu interwencji (tylko w przypadkach ściśle określonych czy generalnie?), formy interwencji (opinia, zgoda, sprzeciw, inicjatywa?), trybu działania (jednomyślność, większość?) itp. A jeśli nie osobna izba, to może reprezentacja wyłaniana w określonej sytuacji ze składu Parlamentu Europejskiego (jak w Norwegii) albo komisja PE o specjalnym statusie, albo wreszcie szczególnie status COSAC?

⁷³ Wyrok Trybunału z dnia 18.06.2015, sprawa C-508/13, Republika Estonii przeciw PE i Radzie.

Pytań jest wiele, ale trzeba pamiętać, że instrument ochrony poszanowania zasady pomocniczości może być swoistym „probierzem” realności traktowania tej ustrojowej zasady traktatowej. Łatwo jest bowiem zadeklarować zasadę, trudniej zagwarantować jej realne stosowanie. A wobec pewnego kryzysu zaufania państw wobec Unii, do niedawna zauważanego tylko w publicystyce, od czasu *Brexit* znajdującego bardziej konkretny wyraz, to naprawy ochrony pomocniczości nie należałoby odkładać na półkę niezrealizowanych idei.

BIBLIOGRAFIA

- Adamiec D., *Pierwszy wypadek zastosowania mechanizmu żółtej kartki – opinie parlamentarne dotyczące rozporządzenia Monti II*, Zszyty prawnicze BAS, 2012, nr 3.
- Barcz J., *Przewodnik po Traktacie konstytucyjnym*, Warszawa 2005.
- Barcz J., *Przewodnik po Traktacie z Lizbony. Traktaty stanowiące Unię Europejską. Stan obecny oraz teksty skonsolidowane w brzmieniu Traktatu z Lizbony*, Wyd. 1, Warszawa 2008.
- Cartou L., *L'Union européenne. Traités de Paris-Rome-Maastricht*. 2 ed., Paris 1996.
- Delsol Ch., *L'Etat subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris 2015.
- Chaltiel Terral F., *Petites affiches*, 03 mai 2013, nr 89; <http://www.lextenso.fr/weblextenso/article/print?id=PA201308903>
- Fromage D., *Les parlements dans l'Unions européenne après le traité de Lisbonne. La participation des parlements allemands, britanniques, espagnols, français et italiens*. L'Harmattan, Paris 2015.
- Gagatek W., *Polityczne i prawne znaczenie zasady pomocniczości w UE (po 20 latach od wejścia w życie Traktatu z Maastricht)*, Europejski Przegląd Sądowy, listopad 2013.
- Galster J., Knade-Plaskacz A., *Wpływ Traktatu z Lizbony na pozycję Parlamentu Europejskiego*, Przegląd Sejmowy nr 5 z 2010 r.
- Kupis M., *Sejm cztery lata po przyjęciu traktatu z Lizbony*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2014 nr 1.
- Kuszel K., Zreda M., *Opinia dotycząca jakości odpowiedzi Komisji Europejskiej na uzasadnione opinie parlamentów narodowych w sprawie niezgodności projektu aktu ustawodawczego z zasadą pomocniczości*, [w:] *Parlamenty narodowe wobec zasady pomocniczości w świetle prawa i praktyki Unii Europejskiej*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2015.
- Kruk M., *Wybrane zagadnienia systemu źródeł prawa w projekcie Unii Europejskiej*, [w:] M. Kruk, J. Wawrzyniak (red.), *Polska w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2005.
- Kruk M., *Kilka wizji Europy. Szkic na marginesie aktualnych lektur*, *Studia Iuridica Lublinensia, Księga Jubileuszowa Prof. Ewy Gdulewicz*, T. XXII, Lublin 2014.
- Kruk M., *Model integracji europejskiej: adaptacja koncepcji klasycznych czy nowa formuła? Rozważania ustrojowo-prawne*, „Ius Novum”, 2016, nr 3.
- L'Union européenne en quete d'institutions légitimes et efficaces. Rapport du groupe présidé par Jean-Louis Quermonne, Paris 1999.
- Les Parlements nationaux, acteurs de l'Union européenne, Rapport d'information. Assemblée nationale, 15 novembre 1999.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *System instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010.
- Mik C., *Raport i wytyczne do celów kontroli poszanowania zasady pomocniczości*, [w:] *Parlamenty narodowe wobec zasady pomocniczości w świetle prawa i praktyki Unii Europejskiej*, BAS, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2015.

- Oberdorff H., *L'adaptation de la République Française à l'Union européenne*, [w:] *Europe(s), Droit(s) européens(s), Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, ed. Bruylant, Bruxelles 2015.
- Pernice I., *Fondement du droit constitutionnel européen*, Paris 2004.
- Popławska E., *Zasada pomocniczości (subsydiarności)*, [w:] W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej konstytucji*, Wyd. Sejmowe 1998, rozdz. XI.
- Popławska E., *Zasada subsydiarności w traktatach z Maastricht i Amsterdamu*, Warszawa 2000.
- Popławska E., *Formy współpracy parlamentów narodowych w Unii Europejskiej*, [w:] M. Kruk, E. Popławska (red.), *Parlamenty a integracja europejska*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2002, s. 193.
- Popławska E., *Rola parlamentów narodowych w świetle Traktatu z Lizbony*, Przegład Sejmowy nr 5 z 2010 r.
- Pudło A., *Rola parlamentu narodowego w sprawach UE po wejściu w życie Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2014.
- Wolton D., *La dernière utopie. Naissance de l'Europe démocratique*, Paris 1992.
- Wyrok Trybunału z dnia 8.06.2010 sprawa C-58/08 (Wodafon E.A.).
- Wyrok Sądu z dnia 25.04.2013, sprawa T-526/10 (dot. handlu produktami z fok).
- Wyrok Trybunału z dnia 18.06.2015, sprawa C-508/13, Republika Estonii przeciw PE i Radzie.

WOKÓŁ ZASADY POMOCNICZOŚCI.

KILKA UWAG O JEJ ZNACZENIU I GWARANCJACH W UNII EUROPEJSKIEJ

Streszczenie

Autorka porusza kilka kwestii związanych z adaptacją zasady pomocniczości w prawie traktatowym Unii Europejskiej, analizując kolejno: rolę pomocniczości w kształtowaniu stosunków między Unią a państwami członkowskimi, zwłaszcza w kontekście podziału kompetencji, sposób jej wyrażenia i gwarancji w traktatach, jej relacji z innymi zasadami, zwłaszcza zasadą proporcjonalności, oraz jej skuteczność w praktyce. Doceniając znaczenie i potencjał zasady pomocniczości w strukturze tak szczególnej jak Unia, gdzie zarazem osiągnąć muszą być interesy wspólnotowe, jak i respektowane interesy narodowe, autorka dostrzega pewną słabość jej rzeczywistego oddziaływania w wewnętrznych relacjach UE i państw członkowskich. Krytycznie zatem ocenia funkcjonowanie tej zasady w trybie *ex ante* (żółta kartka), jak i *ex post* (orzecznictwo TS UE), wskazując, iż warte przemyślenia byłoby wprężenie oddziaływania zasady w toku procesu legislacyjnego, ale wymagałoby to uruchomienia odpowiednich mechanizmów proceduralnych i strukturalnych. Może więc ponownie porozmawiać o drugiej izbie PE lub innej analogicznej strukturze, która pozwoliłaby na pilnowanie zasady pomocniczości przez dedykowaną szczególnie tej kwestii instytucję parlamentarną?

Słowa kluczowe: *zasada pomocniczości, zasada subsydiarności, podział kompetencji w UE, żółta kartka, pomocniczość a parlamenty narodowe, pomocniczość a struktura Parlamentu Europejskiego*

ABOUT THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY:
SOME COMMENTS ON ITS IMPORTANCE AND GUARANTEES
IN THE EUROPEAN UNION

Summary

The article discusses a few issues relating to the adaptation of the principle of subsidiarity in the law of the European Union and analyses the role of subsidiarity in the development of relations between the EU and the Member States, especially in the context of the division of competences, the way of its implementation and guarantees in the treaties, its relation to other principles, especially the principle of proportionality, and its efficiency in practice. Acknowledging the importance and potential of the principle of subsidiarity in such a special structure as the EU, where common interests must be safeguarded and national interests must be respected, the author notices a certain weakness of its real influence on the internal relations between the EU and its Member States. Thus, she critically assesses the functioning of this principle *ex ante* (a yellow card) as well as *ex post* (rulings of the Court of Justice of the EU) pointing out that it is worth considering the possibility of including the influence of the principle in the course of the legislative process but this would require launching appropriate procedural and structural mechanisms. So, we should probably talk about another chamber of the European Parliament or another similar structure that would enable a dedicated parliamentary institution to supervise the principle of subsidiarity.

Key words: principle of subsidiarity, division of competences in the EU, yellow card, subsidiarity vs. national parliaments, subsidiarity vs. the European Parliament structure

SKUTECZNOŚĆ PRAWA DO SKARGI DO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W TOKU POSTĘPOWANIA KARNEGO ORAZ W WARUNKACH IZOLACJI WIĘZIENNEJ

BOŻENA GRONOWSKA

Skarga kierowana przez podmioty indywidualne do ETPCz, którą wprowadziła Europejska Konwencja Praw Człowieka z 1950 r. (KE), doczekała się zarówno w orzecznictwie strasburskim, jak i w piśmiennictwie (również polskim) stosunkowo szerokiego opracowania¹. Jest to zrozumiałe, skoro prawo do skargi indywidualnej traktowane było i jest jako najważniejszy instrument prawny służący ochronie praw osób twierdzących, iż zostały pokrzywdzone poprzez naruszenie ich praw lub wolności wynikających z KE². To natomiast, co może budzić zdziwienie i jednocześnie uzasadniony niepokój, to fakt, iż tak fundamentalny i unikalny – jak na czasy jego ustanowienia – mechanizm prawnej ochrony praw i wolności jednostki ciągle napotyka na różne przeszkody na poziomie prawa i praktyki krajowej w zakresie swego skutecznego funkcjonowania. Niestety, część z tych przeszkód – co wynika z niniejszego opracowania – jest nadal wytworem świadomej postawy prezentowanej przez konkretne organy władzy państwowej. Taka natomiast sytuacja – choć spotyka się z jednoznacznie negatywną oceną ETPCz – musi prowokować reakcje alarmujące w kontekście współczesnych oczekiwań, co do jakości przestrzegania praw człowieka.

¹ Począwszy od pierwszej polskiej monografii dotyczącej ETPCz – A. Bisztyga, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, Katowice 1997; B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 11–24; po bardzo obszerny i rzetelny przegląd orzecznictwa strasburskiego dotyczącego wspomnianego prawa, por. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom II*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2011, s. 142–149.

² Por. B. Gronowska, *Pozycja jednostki w systemie procedury kontrolnej Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 162.

Mając powyższe na uwadze, należy dodać, że prawo do skargi w trybie art. 34 KE (dawny art. 25) ma charakter „sytuacyjny”, a w związku z tym zawsze możliwe są nowe okoliczności faktyczne, w świetle których respektowanie wspomnianego prawa będzie poddawane szczegółowej analizie. Przypomnijmy, że zgodnie ze zdaniem drugim powołanego przepisu „Wysokie Układające się strony zobowiązują się nie przeszkadzać w żaden sposób skutecznemu wykonywaniu tego prawa”. Przytoczone rozwiązanie rodzi, w sposób nie budzący wątpliwości, dla Państw-stron KE obowiązek zapewnienia faktycznej „skuteczności” prawa do skargi indywidualnej³.

Co więcej, obowiązek ten ma dwojaki charakter, w tym sensie, iż obejmuje on w jednakowym stopniu obowiązek pozytywny (umożliwienie podmiotowi uprawnionemu skorzystania z prawa do skargi) oraz negatywny (zakaz „przeszkadzania” lub utrudniania w jakikolwiek sposób wykorzystania przez taki podmiot wspomnianego prawa). Należy od razu wskazać, że oba obowiązki państwa mogą w praktyce przybrać bardzo zróżnicowane formy, tj.:

- od uregulowania stosownej i odpowiednio sprawnej procedury korzystania z prawa do skargi,
- poprzez faktyczne umożliwienie osobie pokrzywdzonej dostępu do takiej skargi oraz wyposażenie osoby uprawnionej we wszystkie materiały procesowe, niezbędne dla późniejszej oceny zasadności i dopuszczalności skargi, aż po
- brak wywierania niedozwolonych nacisków na osoby decydujące się na wniesienie skargi indywidualnej lub ich pełnomocników, ewentualnie członków ich rodziny.

Są to tylko przykładowe i – dodajmy – najczęstsze problemy, z jakimi podmioty uprawnione do wniesienia skargi w trybie art. 34 KE mogą być konfrontowane.

Ze względów oczywistych, większość wyżej wskazanych przeszkód w sposób bardzo spektakularny aktualizuje się w sytuacji, gdy podmiot uprawniony pozostaje w dyspozycji organów prowadzących czynności śledcze, a jeszcze bardziej, gdy przebywa w izolacji penitencjarnej. Status osoby pozbawionej wolności (tymczasowo aresztowanej, skazanej) powoduje bowiem daleko idące poddanie takiej osoby „dobrej woli” administracji penitencjarnej. Nic zatem dziwnego, że w bogatym orzecznictwie strasburskim znajduje się wiele spraw, często o charakterze „seryjnym”, dotyczących faktycznej możliwości skorzystania przez osoby pozbawione wolności z przysługującego im prawa do skargi indywidualnej w trybie przepisów KE⁴.

Warto przypomnieć, że niezależnie od systematycznie eksponowanego poglądu ETPCz odnośnie do przynależności osób pozbawionych wolności do grupy „szczęśliwego ryzyka” pokrzywdzenia w związku z wnoszeniem skargi przeciwko państwu⁵, problem ten został odrębnie uregulowany już w pierwszej wersji Europejskiego porozumienia odnoszącego się do osób uczestniczących w postępowaniu Europejskiej Komisji

³ W sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom* (wyrok z 6 września 1978 r., nr skargi 5029/71) ETPCz sformułował znamieny pogląd, zgodnie z którym „Art. 25, który rządzi dostępem jednostki do Komisji, jest jednym elementem kluczowych procedury realizowania praw i wolności ustanowionych w Konwencji” (§ 34).

⁴ B. Gronowska, T. Jasudowicz, K. Balcerzak, M. Balcerzak, *Neminem captivabimus nisi iure victum. Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Ochrona praw osób pozbawionych wolności*, Toruń 2004, s. 252–261.

⁵ *Cotlet przeciwko Rumunii*, wyrok z 3 czerwca 2003 r., nr skargi 38565/97, § 71.

Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1969 r.⁶ W interesującej – z punktu widzenia niniejszego opracowania – kwestii ważne są postanowienia dotyczące swobodnej i, oczywiście, poufnej korespondencji z organami kontrolnymi KE. Zgodnie z treścią art. 3 pkt. 2 tego dokumentu respektowanie prawa jednostki do skargi indywidualnej w rozumieniu KE w odniesieniu do osób pozbawionych wolności oznacza w szczególności: 1) obowiązek wysyłania i dostarczania stosownej korespondencji bez zbędnej zwłoki i modyfikacji (obowiązek ten istnieje nawet w sytuacji, gdy w sposób uzasadniony korespondencja taka podlega kontroli kompetentnych organów); 2) zakaz stosowania sankcji dyscyplinarnych wobec osób korzystających z prawa do wspomnianej skargi oraz 3) prawo do korespondencji i konsultacji (poza zasięgiem słuchu innych osób), w związku z postępowaniem przed organem kontrolnym KE lub innymi postępowaniami z tym związanymi, z prawnikiem upoważnionym do występowania przed sądami krajowymi państwa, w którym osoba pozbawiona wolności przebywa.

Wreszcie, dodatkowym argumentem przemawiającym za potrzebą szczególnej troski organów krajowych w zakresie zapewnienia osobom pozbawionym wolności skutecznego prawa do skargi indywidualnej w trybie regulowanym KE, są stosowne postanowienia zawarte w Europejskich Regułach Więziennych z 2006 r.⁷ Otóż w części dotyczącej „Pomocy prawnej” uwagę zwracają zwłaszcza dwie reguły. Po pierwsze, jest to reguła 23.4, zgodnie z którą „konsultacje oraz inne formy komunikacji, włącznie z korespondencją, dotyczące kwestii prawnych, a dokonywane pomiędzy więźniem i jego doradcą prawnym, powinny być poufne”. Reguła ta doznaje ograniczenia jedynie ze względu na potrzebę zapobieżenia popełnienia poważnego przestępstwa lub ciężkich naruszeń bezpieczeństwa instytucji penitencjarnej. Po drugie, w myśl reguły 23.6 „więźniowie mają zapewniony dostęp, lub prawo do posiadania dokumentów, związanych z dotyczącymi ich procedurami”. W odniesieniu do tej drugiej reguły w oficjalnym Komentarzu do Europejskich Reguł Więziennych wyraźnie podkreśla się, iż – o ile względy bezpieczeństwa i porządku na terenie zakładu karnego nie stoją temu na przeszkodzie – zasadą powinno być zezwolenie osobie pozbawionej wolności na posiadanie we własnej dyspozycji stosownej dokumentacji procesowej. W przeciwnych wypadkach osoba taka powinna mieć zapewniony dostęp do takiej dokumentacji „w czasie normalnych godzin urzędowania”⁸.

Celem niniejszych refleksji nie jest kompleksowa prezentacja wszystkich sytuacji, które pojawiały się dotąd na wokandzie ETPCz, gdyż sukcesywnie prezentowane były

⁶ Porozumienie to zostało przyjęte w Strasburgu 6 maja 1969 r. W związku z likwidacją Europejskiej Komisji Praw Człowieka na mocy protokołu dodatkowego nr 11 do KE z 1994 r., traktat ten został następnie zmodyfikowany w dniu 5 marca 1996 r. Wersja ta weszła w życie w dniu 1 stycznia 1999 r. a Polska ratyfikowała ją w dniu 6 grudnia 2012 r., z mocą wiążącą od 1 lutego 2013 r. – por. *European Treaty Series* – No. 161, www.coe.int W oficjalnym Raporcie Wyjaśniającym wskazano, że art. 3 pkt. 2 Porozumienia został dostosowany do problemów ustalonych przez ETPCz w sprawie Campbell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 25 marca 1992 r., nr skargi 13590/88. W sprawie tej ETPCz wyraźnie stwierdził iż otwieranie korespondencji więźnia z organami kontrolnymi KE (wówczas, konkretnie, z Europejską Komisją Praw Człowieka), może w pewnych sytuacjach kreować ryzyko represji ze strony personelu więziennego wobec danego więźnia” (§ 62).

⁷ Reguły przyjęte zostały przez Komitet Ministrów Rady Europy na 952 spotkaniu zastępców ministrów w dniu 11 stycznia 2006 r. – Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=955747>.

⁸ Komentarz do Europejskich Reguł Więziennych dostępny na w/w stronie internetowej.

one także we wcześniej wskazanej polskiej literaturze przedmiotu. Intencją przewodnią jest natomiast chęć przedstawienia niewłaściwego zachowania konkretnych administracji więziennych, albo mankamentów krajowych porządków prawnych (w tym ostatnim przypadku stwierdzonych przez ETPCz zwłaszcza w prawie ukraińskim), które ujawniono w ostatnich latach. Na tle tych właśnie wyroków można zaobserwować interesujący trend w kierunku poszerzania obowiązków pozytywnych państw w odniesieniu do skutecznego gwarantowania prawa do skargi indywidualnej w trybie przepisów KE. Sprowadza się to m.in. do bardziej szczegółowego analizowania postawionego w tym względzie w skardze zarzutu, a w konsekwencji prowadzi do tego, że ETPCz stwierdza naruszenie art. 34 „choćby” w jednym z aspektów. Taka praktyka bardzo dobrze komponuje się z bardziej wnikliwym podejściem ETPCz do obowiązków pozytywnych Państw-stron KE, który należy do jednych z najbardziej aktualnych zagadnień dotyczących systemu KE⁹.

W odniesieniu do wymogu w pełni swobodnej woli osoby korzystającej ze skargi indywidualnej ustanowionej na mocy KE, zarówno ETPCz, jak i wcześniej Komisja, za warunek *sine qua non* prawidłowego działania tego środka, przyjmowały zapewnienie podmiotom uprawnionym możliwości całkowicie swobodnej komunikacji z organami kontrolnymi tego traktatu¹⁰.

Dalszą analizę zasygnalizowanych problemów warto rozpocząć od kwestii szczególnej podatności osób pozbawionych wolności oraz innych osób kontaktujących się z organami wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, na stosowanie wobec nich szeroko rozumianego przymusu, gróźb czy innych nacisków w sytuacji, gdy decydują się one na skorzystanie z przysługującego im prawa do skargi indywidualnej w trybie ustanowionym w KE. Problem ten pojawił się na wokandzie ETPCz np. w 1998 r. w sprawie Kurt przeciwko Turcji¹¹. Jest to jedna z całej serii drastycznych skarg o kontekście politycznym, kierowanych przeciwko Turcji (stosowanie brutalnych metod walki organów państwowych z osobami o sympatiach prokurdyjskich), zainicjowana przez obywatelkę Turcji, która wniosła skargę w swoim imieniu i w imieniu zaginionego w niewyjaśnionych okolicznościach syna. W sprawie tej powódka – oprócz zasadniczych zarzutów dotyczących naruszenia prawa do życia (art. 2 KE), zakazu tortur (art. 3 KE), prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 KE) oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego (art. 13 KE) – skarżyła się m.in. na fakt wywierania na nią i jej pełnomocnika niedozwolonych presji przez organy procesowe, celem wycofania złożonej do Strasburga skargi. W przypadku adwokata powódki w grę

⁹ J.-F. Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: a Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007, passim; E.H. Morawska, *Elementy konstruktywne obowiązków pozytywnych państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Uwagi na tle sprawy Opuz przeciwko Turcji*, [w:] C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 105–126; H. Tomlison, M. Chambers, *Positive obligations under the European Convention on Human Right*; The ALBA Summer Conference, 2012 – <http://www.adminlaw.org.uk>.

¹⁰ Por. *Akđivar i inni przeciwko Turcji*, wyrok Wielkiej Izby z 16 września 1996 r., nr skargi 21893/93, § 105; *Aksoy przeciwko Turcji*, wyrok z 18 grudnia 1996 r., nr skargi 21987/93, § 105.

¹¹ *Kurt przeciwko Turcji*, wyrok z 25 maja 1998 r., nr skargi 15/1997/799/1002.

wchodziła dodatkowa groźba wszczęcia postępowania karnego w związku z jego zaangażowaniem się w sprawę przygotowania skargi do ETPCz.

W jednorodnej opinii sędziów ETPCz, wszystkie zarzuty materialne podniesione w skardze zostały uznane za zasadne. Interesujące w tej sprawie jest jednak to, że zarówno Komisja, jak i Trybunał nie doszukały się przypadków niedozwolonego, bezpośredniego zastraszania powódki. Ustalono ostatecznie jedynie dwie sytuacje wywierania na nią pośredniej, niedozwolonej presji na etapie przygotowywania skargi. Poza dyskusją pozostawały natomiast negatywne reperkusje dotyczące pełnomocnika powódki, któremu grożono wszczęciem postępowania karnego. W konsekwencji, w opinii ETPCz (stosunek głosów 6:3) było to równoznaczne z naruszeniem standardu art. 25 KE.

Co jednak zdecydowanie warto przy tej okazji podkreślić, to szersze odniesienie się ETPCz do kwestii szczególnej „podatności” powódki na potencjalne zastraszanie jej przez krajowe organy procesowe. W tym konkretnym przypadku ETPCz odwołał się do specyficznej sytuacji panującej w rejonie zamieszkania powódki, gdzie kierowanie skarg przeciwko władzom tureckim mogło z dużym prawdopodobieństwem budzić zasadny strach przed potencjalnymi działaniami odwetowymi. W takiej atmosferze, dwukrotne przesłuchanie powódki na okoliczność jej skargi skierowanej do Strasburga mogło być uznane za wywieranie niedopuszczalnej presji, która utrudniała wykonanie prawa do skargi indywidualnej w rozumieniu art. 25 KE. Sytuację niepewności i zagrożenia potęgowały niewątpliwie groźby pod adresem pełnomocnika osoby skarżącej. Dodatkowe okoliczności uwzględnione przez ETPCz, to fakt, iż powódka została doprowadzona do urzędu przez umundurowanego funkcjonariusza oraz nie wymagano od niej uiszczenia opłaty za przedstawienie oświadczeń dotyczących wycofania skargi skierowanej do Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Podobnie kwestia stawiania zarzutów pełnomocnikowi powódki, nawet jeżeli nie prowadziła do formalnego wszczęcia postępowania karnego, mogła i powinna być uznana za ingerencję w prawo powódki do wnoszenia skargi indywidualnej, o której mowa w art. 25 KE. Wszystkie te okoliczności ostatecznie wpłynęły na dużą różnicę zdań sędziów ETPCz.

Warto w tym miejscu podkreślić obiektywizm i wszechstronność dokonywanej przez ETPCz oceny skarg na wywieranie niedozwolonej presji na podmiot skarżący się na naruszenie konkretnego standardu KE. Okazuje się bowiem, że nie każda sytuacja, w której powód poddawany był np. intensywnemu przesłuchiowaniu przez organy krajowe w związku z wniesioną do ETPCz skargą, będzie ostatecznie kwalifikowana, jako naruszenie art. 34 KE. Może się tak zdarzyć nawet w przypadku, gdy sprawie towarzyszy zrozumiący, niepokojący klimat zaangażowania w dany przypadku służb specjalnych. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie*¹², w której trzyosobowa rodzina o obywatelstwie rosyjskim stanęła wobec problemu regularyzacji dalszego pobytu w dotychczasowym kraju zamieszkania. W związku z wysuwanymi przez powodów zarzutami korupcji pod adresem kilku pracowników urzędu migracyjnego, w prowadzonym postępowaniu karnym dokonywano wielu przesłuchań. Ostatecznie okazało się jednak, że większość z pytań dotyczyła nie samej procedury kontrolnej w Strasburgu, ile raczej zarzutów stawianych pracownikom urzędu migracyj-

¹² *Sisojeva i inni przeciwko Łotwie*, wyrok Izby z 16 czerwca 2005 r. i wyrok Wielkiej Izby z 15 stycznia 2007 r., nr skargi 60654/00, para 120–126.

nego. W tej sytuacji najpierw Izba ETPCz, a następnie Wielka Izba nie dopatrzyły się naruszenia art. 34 KE. Najważniejsze jest bowiem – w opinii sędziów ETPCz – szczegółowe sprawdzenie tego, na ile pytania kierowane do danej osoby mogą rzeczywiście wzbudzać w niej uzasadnione obawy, co do bezpieczeństwa osobistego w przypadku podtrzymywania decyzji o skierowaniu skargi do ETPCz.

Bardzo podobne, ostrożne i zobiektywizowane podejście w zakresie oceny stawianych zarzutów. ETPCz zaprezentował w sprawie Valeriya Tretyakova z 2011 r.¹³ Mimo iż powód podnosił zarzut uniemożliwienia mu na pewnym etapie procesowym sporządzenia fotokopii dokumentów niezbędnych dla uzasadnienia skargi, to EKPCz uznał, że taka sytuacja była jedynie czasowa i ostatecznie powód dostarczył do Strasburga wszystkie potrzebne dokumenty. W konsekwencji, umożliwiło to ETPCz jednomyślnie stwierdzić, iż naruszono prawa materialne, o których mowa w art. 5 i 6 KE, natomiast nie dopatrzone się w tej sprawie naruszenia prawa do skargi w trybie art. 34 KE.

W powoływanej wcześniej sprawie Kurt przeciwko Turcji, organy kontrolne KE odniosły się do problemu niedozwolonych form „przymusu”, „presji”, czy „gróźb” stosowanych wobec podmiotów indywidualnych. Charakterystyczne jest w tym względzie wyraźnie elastyczne podejście. Jeszcze w tym samym, tj. 1998 r. ETPCz rozpoznał kolejną i dość specyficzną sytuację przedstawioną w skardze indywidualnej przeciwko Rumunii¹⁴. W tym przypadku chodziło o więźnia, który nie dysponował wystarczającymi środkami własnymi do prowadzenia korespondencji z organami kontrolnymi KE. W związku z tym chęć prowadzenia korespondencji z organami kontrolnymi KE każdorazowo łączyła się z koniecznością korzystania z pomocy organów więziennych. Choć – co do zasady – organy te czyniły zadość prośbom powoda Ioana Petry, to jednak parokrotnie słyszał on przy takich okazjach różne komentarze, których treść wyrażała ewidentną dezaprobatę wspomnianych organów, dotyczącą zamiaru prowadzenia przez niego korespondencji i składania skargi do organów w Strasburgu.

Pomimo zatem, iż ostatecznie I. Petra zrealizował swój zamiar i to bez konkretnych negatywnych dla siebie konsekwencji na terenie jednostki penitencjarnej, to i tak ETPCz jednomyślnie stwierdził naruszenie art. 25 KE, gdyż „największe znaczenie dla skutecznego funkcjonowania systemu skargi indywidualnej wprowadzonej na mocy art. 25 ma to, by powodowie lub potencjalni skarżący powinni móc komunikować się swobodnie z Komisją, bez doświadczania jakiegokolwiek formy presji ze strony organów, która mogłaby prowadzić do wycofania lub modyfikacji ich zarzutów” (§ 43).

Przy tej okazji ETPCz ponownie odniósł się do stwierdzenia „jakakolwiek presja”, które może obejmować – co oczywiste – nie tylko bezpośredni przymus czy akty ewidentnego zastraszania skarżących się lub potencjalnych powodów, członków ich rodzin albo przedstawicieli prawnych, ale także inne niewłaściwe pośrednie czyny lub kontakty, których celem jest odwiedzenie lub zniechęcenie takich osób do korzystania ze środków ochrony wprowadzonych przez KE. Ze zrozumiałych względów ocena tego typu sytuacji zawsze musi być dokonywana w świetle całokształtu towarzyszących

¹³ *Tretyakov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 29 września 2011 r., nr skargi 16698/05.

¹⁴ *Petra przeciwko Rumunii*, wyrok z 23 września 1998 r., nr skargi 115/1997/899/1111. Wyrok ten prezentowałam bardziej szczegółowo na łamach „Prokuratury i Prawo 1999, nr 7–8, s. 121–125.

okoliczności sprawy, a jednocześnie musi uwzględniać szczególną „podatność” danego podmiotu na tego typu zachowania.

Analizując skargi osób pozbawionych wolności na brak zapewnienia im skutecznego prawa do skargi indywidualnej na naruszenie praw lub wolności regulowanych w KE, ETPCz wielokrotnie podkreślał, że prawo, o którym mowa w art. 34 KE (dawny art. 25) ma ze swej istoty charakter proceduralny, a zatem nie podlega typowym ocenom kwestii dopuszczalności skargi¹⁵. Niezależnie od proceduralnego charakteru, instytucja skargi indywidualnej pozostaje w ścisłym związku z zakresem materialnym KE, gdyż jest to środek dochodzenia roszczeń z tytułu naruszenia konkretnych substancjalnych praw i wolności. Co ciekawe, ETPCz może oceniać problem naruszenia prawa do skargi indywidualnej, nawet jeżeli w swoim postępowaniu kontrolnym nie stwierdzi naruszenia podnoszonych w skardze zarzutów odnośnie standardów materialnych KE.

Oceniając skuteczność prawa do skargi w trybie obecnego art. 34 KE w odniesieniu do osób pozbawionych wolności, ETPCz miał szereg okazji odniesienia się przede wszystkim do przypadków przetrzymywania korespondencji więźniów do ETPCz lub korespondencji zwrotnej, a także – w skrajnych przypadkach – ingerowania w zawartość przesyłek, w sensie np. eliminowania zamieszczonych w nich załączników. W opinii ETPCz są to sytuacje ewidentnego naruszania art. 34 KE. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w sprawie więźnia, któremu przesłano ze Strasburga formularz skargi oraz inną dokumentację, niezbędną dla prawidłowego sformułowania skargi zasadniczej dotyczącej warunków odbywania kary pozbawienia wolności oraz jakości zapewnianej więźniowi opieki medycznej, koniecznej z uwagi na jego stan zdrowia. Fakt, iż korespondencja ta dotarła do adresata w stanie niekompletnym uznano za oczywiste naruszenie prawa do skargi indywidualnej, o którym stanowi art. 34 KE¹⁶.

Coraz szybciej rosnąca w Strasburgu ilość skarg na naruszanie przez ukraińską administrację więzienną art. 34 KE, doprowadziła do tego, iż ETPCz zdecydował się na przeprowadzenie bardziej szczegółowej oceny przedstawianych mu stanów faktycznych. W rezultacie, właśnie w tym orzecznictwie strasburskim można odnotować analizę przestrzegania wymogów art. 34 KE, która dokonywana jest przez pryzmat kilku kryteriów. Przykładowo, takie wielostronne podejście zastosowano w sprawie skargi Chaykovskiy, w której powód, w trakcie pobytu w areszcie tymczasowym starał się o zaskarżenie do Strasburga naruszenia szeregu standardów KE (art. 1, 3, 6 i 8 oraz art. 2 protokołu dodatkowego nr 7)¹⁷. Vladimir Chaykovskiy, prowadząc w tym celu korespondencję z ETPCz, doświadczył dwóch różnych utrudnień. Pierwsze z nich dotyczyło długiego, bo prawie dwuletniego, przetrzymania korespondencji z ETPCz adresowanej do powoda, z jednoczesnym otwarciem przesyłki i zatrzymaniem kilku załączników. Drugi problem – zgodnie z relacją powoda – polegał na odmowie dostarczenia mu kopii dokumentów, które były istotne dla uzasadnienia zarzutów ocenianych w postępowaniu przed ETPCz.

W tej konkretnej sprawie, choć ETPCz odniósł się oddzielnie do postawionych zarzutów, to ostatecznie zweryfikowano pozytywnie tylko pierwszy z nich. Co ciekawe,

¹⁵ *Cooke przeciwko Austrii*, wyrok z 8 lutego 2000 r., nr skargi 25878/94, § 46; *Ergi przeciwko Turcji*, wyrok z 28 lipca 1998, nr skargi 23818/94, § 105.

¹⁶ *Visloguzov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 20 maja 2010 r., nr skargi 32362/02, §§ 107–108.

¹⁷ *Chaykovskiy przeciwko Ukrainie*, wyrok z 15 października 2009 r., nr skargi 2295/06.

zarzuty powoda dotyczące naruszenia standardów substancjalnych KE zostały uznane za niedopuszczalne, a zatem prawo do skargi w trybie art. 34 KE było jedynym stwierdzonym naruszeniem obowiązków traktatowych przez państwo pozwane.

Bardzo podobna sytuacja zaistniała w kolejnej skardze przeciwko Ukrainie, w której ETPCz ponownie poddał zarzut naruszenia art. 34 KE ocenie „podwójnej”¹⁸. Pierwszy z problemów dotyczył naruszenia poufności korespondencji powoda z ETPCz oraz wiążących się z tym przypadków zastraszania go przez funkcjonariuszy. Tego zarzutu nie udało się jednak powodowi w sposób przekonujący uzasadnić. Sędziowie ETPCz nie mieli natomiast wątpliwości, co do faktu uniemożliwienia powodowi dostępu do jego akt procesowych. Sytuację powoda dodatkowo pogarszał brak kontaktów z rodziną oraz bardzo trudna sytuacja materialna, która pozbawiała go szansy na fachową pomoc prawną. W tym zatem przypadku ETPCz uznał, iż organy krajowe nie zapewniły powodowi możliwości zgromadzenia kopii dokumentów, niezbędnych dla uzasadnienia jego skargi i tym samym naruszyły jego prawo wynikające z art. 34 KE.

Ta ostatnia sprawa ujawniła bezdyskusyjne mankamenty prawa ukraińskiego w zakresie niezbędnego zapewnienia osobom prawomocnie skazanym dostępu do ich akt procesowych. O ile bowiem możliwość taka istniała w toku prowadzonego postępowania, to po jego zakończeniu nie było szans na uzyskanie koniecznych materiałów procesowych, w tym także na potrzeby prowadzenia postępowania w trybie art. 34 KE. Ostatecznie zatem, jeżeli w toku procesu oskarżony/skazany nie zrobił sobie stosownych notatek „na zapas”, to osobie takiej pozostawała prośba o sporządzenie płatnej kopii konkretnego dokumentu. Co więcej, zgodnie z przepisami regulaminu wewnętrznego instytucji penitencjarnych z 2003 r., skazani nie mogli przechowywać w celi jakichkolwiek dokumentów, innych niż kopie wyroków oraz korespondencja prowadzona z ETPCz. Co więcej, uzależnione było to od zgody przewodniczącego danego sądu. Strona państwa pozwanego wskazywała już w tym wyroku na nowelizację kontrowersyjnych przepisów regulaminowych, której dokonano w 2007 r. Miała ona poprawić sytuację skazanych, w tym sensie, iż administracja więzienna została zobowiązana do udzielenia pomocy więźniom w zakresie gromadzenia kopii dokumentów istotnych dla procedury przed ETPCz. Przy tej okazji wprowadzono także możliwość przechowywania takiej dokumentacji w celi więźnia¹⁹. Niestety, późniejsze sprawy, a zwłaszcza etap wykonywania zapadłych w nich wyroków ETPCz, ujawniły niedostateczność wprowadzonych zmian. Poza tym, zarzuty formułowane w kolejnych sprawach dotyczyły stanu faktycznego sprzed wskazanej nowelizacji.

Zaprezentowane dotąd skargi przeciwko Ukrainie, niestety, uruchomiły prawdziwą „czarną serię”. Brak zapewnienia osobom pozbawionym wolności dostępu do niezbędnych dokumentów procesowych w sytuacji, gdy chcieli kierować swoje skargi do ETPCz spowodował prawdziwy impas w zakresie możliwości korzystania z prawa do skargi indywidualnej. Przykładowo, w sprawie Savitsky, powód w trakcie pobytu w areszcie policyjnym został potraktowany w sposób nieludzki i poniżający (a więc z naruszeniem wymogów art. 3 KE), i kiedy następnie usiłował zgromadzić niezbędne

¹⁸ *Naydyon przeciwko Ukrainie*, wyrok z 14 października 2010 r., nr skargi 16474/03.

¹⁹ *Ibidem*, §§ 35–38.

dokumenty celem uzasadnienia swojej skargi do ETPCz, organy krajowe w pełni świadomie utrudniały mu realizację tego celu²⁰.

W sprawie tej ETPCz jednomyślnie stwierdził naruszenie art. 3 (w sensie materialnym i proceduralnym), art. 6 § 1 oraz art. 34 KE. W swoim stanowisku dotyczącym istoty art. 34 KE, ETPCz podkreślił po raz kolejny, że chociaż celem tego przepisu „jest zasadniczo ochrona jednostki przed jakąkolwiek formą arbitralnej ingerencji ze strony władz, to nie ogranicza się on jedynie do powstrzymania państw od takiej ingerencji. Dodatkowo, obok zobowiązania negatywnego, istnieją obowiązki pozytywne wpisane w art. 34 KE, wymagające od władz zapewnienia wszelkich niezbędnych udogodnień, umożliwiających właściwe i skuteczne rozpoznanie skargi” (§ 156).

W tej sytuacji, nie może budzić zdziwienia to, że rozpoznając na tym samym posiedzeniu kolejną sprawę, ETPCz stwierdził, iż prawo do skargi indywidualnej osób pozbawionych wolności na Ukrainie obciążone jest defektem natury systemowej, którego eliminacja wymaga zastosowania odpowiednich środków generalnych²¹. Ta konkluzja zawarta została nie w sentencji wyroku, a w treści uzasadnienia, co oznacza, że jest to kolejny przykład wyroku *quasi-pilotażowego*²². Ta konstrukcja prawna – podobnie, jak wyrok pilotażowy – zawsze łączy się z licznymi przypadkami podobnych naruszeń w danym państwie (w momencie wydawania wyroku w sprawie Naydyon w ETPCz były już 23 podobne sprawy). W porównaniu jednak do klasycznego wyroku pilotażowego ta druga konstrukcja procesowa, ma – jak się wydaje – bardziej elastyczny charakter. Z tego też powodu ETPCz korzysta z niej chętnie w odniesieniu do spraw związanych z szeroko rozumianym wymiarem sprawiedliwości w sprawach karnych, włącznie z etapem wykonania kary (vide zasada subsydiarności)²³. Co istotne, wyrok tego typu, w przeciwieństwie do wyroku pilotażowego, nie powoduje automatycznego zawieszenia rozpoznania spraw pozostałych²⁴.

W sposób oczywisty wyroki ETPCz dotyczące „systemowych” czy „strukturalnych” naruszeń²⁵ KE podlegają specjalnej, „wzmoczonej” procedurze nadzoru Komitetu Ministrów Rady Europy, dotyczącej sposobu egzekucji wyroku przez państwo. W 2012 r. ETPCz otrzymał stosowne informacje dotyczące kroków podjętych przez Ukrainę w związku z wykonywaniem wyroku w sprawie Naydyon. Kolejno zatem, we wrześniu 2011 r. rząd Ukrainy poinformował Komitet Ministrów o przyjęciu planu działań odnośnie wykonania wyroku (publikacja wyroku gazecie rządowej; rozesłanie konkluzji wyroku wraz z komentarzem wyjaśniającym do Sądu Najwyższego, Wysokiego Sądu ds. Cywilnych i Karnych, sądu apelacyjnego, Biura Prokuratora Generalnego oraz Pań-

²⁰ *Savitskyi przeciwko Ukrainie*, wyrok z 26 lipca 2012 r., nr skargi 38773/05.

²¹ *Vasiliy Ivashchenko przeciwko Ukrainie*, wyrok z 26 lipca 2012 r., nr skargi 760/03, § 120.

²² Por. szerzej M. Lubiszewski, J. Czepek, *Procedura wyroku pilotażowego w praktyce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2015, s. 140–141.

²³ Por. *per analogiam Kauczor przeciwko Polsce*, wyrok z 3 lutego 2009 r., nr skargi 45219/06.

²⁴ Warto może podkreślić, że także w przypadku wyroków pilotażowych zasada zawieszenia rozpoznawania wszystkich spraw doznaje wyjątku, o ile „wymaga tego interes prawidłowego wymiaru sprawiedliwości” (Art. 61 pkt. 6.c Regulaminu Trybunału z 2011 r.). Taka sytuacja może dotyczyć zwłaszcza skarg na naruszenie art. 3 KE, a zatem wskazany przepis mógłby mieć zastosowanie w kontekście licznych skarg pochodzących od osób pozbawionych wolności.

²⁵ Ciekawe rozważania na temat tych kwestii terminologicznych – por. M. Lubiszewski, J. Czepek, *op. cit.*, s. 102–108.

stwowej Służby Więziennej. Konkluzje wyroku ETPCz przesłano także do Gabinetu Ministrów, który poinstruował odpowiednie organy o krokach zapobiegających podobnym naruszeniom w przyszłości. Ponadto, w zakresie dalszych ewentualnych kroków legislacyjnych zapowiedziano wielostronne dyskusje na poziomie krajowym²⁶.

We wspomnianym wyroku *quasi-pilotażowym* – powód Vasilij N. Ivashchenko, skutecznie zarzucił ukraińskim organom policji poddanie go w czasie pobytu w areszcie policyjnym nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu (a więc z naruszeniem standardu art. 3 KE). Drugi z zarzutów, dotyczący rzetelności prowadzonego postępowania karnego (art. 6 § 1 KE) został uznany za oczywiście bezzasadny, natomiast kwestia naruszenia prawa do skargi indywidualnej w trybie art. 34 została poddana ponownie „dwukrotnej” ocenie. W tym jednak względzie, tylko odmowę dostarczenia powodowi kopii dokumentów procesowych, niezbędnych na potrzeby procedury przed ETPCz uznano za dostatecznie udowodnioną. Natomiast zarzut utrudniania wysłania stosownej korespondencji do Strasburga nie został ostatecznie potwierdzony przez ETPCz.

Kolejny wyrok dotyczący prezentowanego problemu zapadł rok później w sprawie Korostylyov przeciwko Ukrainie²⁷. W tej sprawie powód nieskutecznie zaskarżył krajowe organy procesowe o naruszenie standardów z art. 3, 5, 6 i 7 KE w toku prowadzonego przeciwko niemu postępowania karnego. Niekorzystna dla niego w tym zakresie ocena ETPCz nie wykluczyła jednak – wzorem spraw wcześniejszych – skutecznego tym razem postawienia państwu pozwanemu zarzutu odnośnie do wykonywania obowiązków pozytywnych wynikających z art. 34 KE. Należy podkreślić, iż zdarzenia będące przedmiotem skargi miały miejsce jeszcze przed wskazaną nowelizacją przepisów regulaminowych. Zatem Nikolay A. Korostylyov znalazł się w sytuacji, w której po zakończeniu postępowania karnego, nie miał faktycznej możliwości dostępu do materiałów procesowych, niezbędnych dla uzasadnienia skargi kierowanej do ETPCz. W jednomyślnej opinii ETPCz argument strony państwa pozwanego, iż część kopii dokumentów (a właściwie jedynie wyrok kasacyjny) dostarczone zostały zonie powoda na jej wniosek, nie konwalidował w sposób wystarczający mankamentów związanych z prawem skarżącego, do uzyskania niezbędnego dostępu do stosownych materiałów procesowych.

W 2014 r. Komitet Ministrów Rady Europy uzyskał dodatkowe informacje od państwa pozwanego dotyczące wykonania wyroku *quasi-pilotażowego*. W odniesieniu do środka indywidualnego (ewentualne wznowienie postępowania) nie podjęto kroków prawnych, uznając, że ustalenia ETPCz nie mają związku ze skazaniem powoda. Natomiast w zakresie środków generalnych Ukraina podjęła dalsze kroki w celu modyfikacji krajowych reguł więziennych w kierunku umożliwiającym swobodny dostęp skazanych do dotyczących ich dokumentów procesowych. Wcześniejsze zmiany, jak również projekt z 2013 r. okazały się bowiem w tym zakresie niewystarczające. Opracowywany obecnie (tj. w chwili składania niniejszego artykułu do druku) najnowszy projekt regulaminu wykonania aresztu tymczasowego oraz kary pozbawienia wolności ma, w sposób jednoznaczny, wprowadzać obowiązek administracji więziennej w zakre-

²⁶ Informacje te zamieszczono w wyroku *Vasily Ivashchenko*, *op. cit.*, §§ 60–61.

²⁷ *Korostylyov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 13 lipca 2013 r., nr skargi 33643/03.

sie ułatwienia otrzymania przez więźnia, na jego wniosek, dotyczącej go dokumentacji procesowej oraz umożliwić przechowywanie tych materiałów w celi²⁸.

W zasadzie, już na tym etapie można by podjąć próbę pewnej konkluzji, gdyby nie fakt, iż w ostatnim czasie ETPCz wydał następane wyroki. Kolejno zatem, w sprawie Vorobyev przeciwko Ukrainie²⁹ ETPCz odrzucił zarzuty powoda dotyczące warunków bytowych w zakładzie karnym oraz jakości opieki zdrowotnej (art. 3 KE), ale jednomyślnie potwierdził naruszenie prawa do skargi indywidualnej, ze względu na brak możliwości zgromadzenia przez powoda niezbędnej dokumentacji procesowej. Analogicznie, w sprawie Andrey Zakharova³⁰ ETPCz nie potwierdził zarzutów odnośnie do naruszenia standardów z art. 3, 6 §§ 1 i 3 (c) i (d), ale jednomyślnie stwierdził naruszenie art. 34 KE z powodów analogicznych, do tych w sprawach wcześniejszych. Egzekucja tych nowych wyroków uzależniona jest od zakończenia wykonania, wiodącego w tym względzie, wyroku *quasi-pilotażowego*.

Przedstawiona w niniejszym opracowaniu sytuacja, która ujawnia istnienie ewidentnego błędu systemowego w zakresie zapewnienia osobom pozbawionym wolności skutecznej skargi indywidualnej do ETPCz, prowadzi do kilku wniosków. Po pierwsze, pewne zdziwienie budzi fakt, iż ETPCz rozważał w niektórych przypadkach – jako argument osłabiający zarzut powoda – to, że w konkretnej sprawie osoba taka nie działała całkowicie samodzielnie, bo mogła np. korzystać z pomocy adwokata, czy członków rodziny. Oczywiście, całkowita izolacja pokrzywdzonego potęguje doznaną przez niego szkodę i krzywdę (uczucie całkowitej bezsilności), jednak nie zmienia to faktu, iż prawo do skargi, o którym mowa w art. 34 KE przysługuje przede wszystkim tej konkretnej osobie. W tej sytuacji, wszelkie tłumaczenia, że dostęp do poszukiwanych dokumentów mógł być zapewniony za pośrednictwem osób trzecich (może z wyjątkiem adwokata, bo przecież to należy do jego zadań), należy uznać za sprzeczne z ideą skuteczności prawa do skargi indywidualnej.

Po drugie, we wszystkich z przedstawionych spraw ETPCz, w sytuacji przyjęcia „jedynie” naruszenia prawa do skargi w sposób mało spójny korzystał z instytucji słusznego zadośćuczynienia na podstawie art. 41 KE. Oczywiście poszczególne sprawy różniły się między sobą. Nie ma bowiem problemu w sytuacji, gdy powód nie składa stosownego wniosku o zasądzenie słusznego zadośćuczynienia³¹. Inaczej będzie to wyglądało, gdy w stosunkowo podobnych okolicznościach ETPCz raz zasądza finansową gratyfikację³², a raz poprzestaje na formie deklaratoryjnej³³. To ostatnie oznacza, że satysfakcja moralna doznawana przez powoda w związku z uznaniem jego zarzutu, była wystarczającym zadośćuczynieniem doznanych krzywd lub szkód. Poza dyskusją pozostaje to, że ETPCz ma do tego pełne prawo, bowiem art. 41 KE jest normą kompetencyjną. Skoro jednak w sprawach opisanych w niniejszym opracowaniu, ETPCz

²⁸ Więcej na temat nadzoru Komitetu Ministrów nad wykonaniem wyroków tzw. Grupy Nydyon'a znajduje się na stronie www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?

²⁹ *Vorobyev przeciwko Ukrainie*, wyrok z 16 października 2014 r., nr skargi 28242/10.

³⁰ *Andrey Zakharov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 7 stycznia 2016 r., nr skargi 26581/06.

³¹ Tak np. w sprawie *Chaykovsky przeciwko Ukrainie*, *op. cit.*

³² Tak np. w sprawie *Korostylyov przeciwko Ukrainie*, *op. cit.* (3000 euro); *Vorobyev przeciwko Ukrainie* (1500 euro).

³³ Tak w sprawie *Andrey Zakharov przeciwko Ukrainie*, *op. cit.*

decyduje się raczej na korzystanie z konstrukcji wyroku *quasi-pilotażowego*, to można by zastanowić się nad inną polityką w zakresie orzekania słusznego zadośćuczynienia, choćby w przypadkach skrajnych, tj. np. całkowitego osamotnienia danego więźnia. Wydaje się, że finansowa forma słusznego zadośćuczynienia sprzyjałaby, choćby częściowo, wzmocnieniu skuteczności prawa do skargi osób pozbawionych wolności.

Po trzecie wreszcie, odnosząc się z pełnym zrozumieniem dla „ostrożności” ETPCz w odniesieniu do mankamentów systemowych czy strukturalnych ujawniających się w obszarze wymiaru i wykonania kary, a u podstaw której leży tradycyjna reguła subsydiarności, warto postulować szersze korzystanie z wyroków pilotażowych, gdyż te w sposób bardziej zdecydowany mobilizują państwa w zakresie wprowadzania wymaganych zmian.

BIBLIOGRAFIA:

- Akandji-Kombe J.-F., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: a Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007.
- Akđivar i inni przeciwko Turcji*, wyrok Wielkiej Izby z 16 września 1996 r., nr skargi 21893/93, § 105.
- Aksoy przeciwko Turcji*, wyrok z 18 grudnia 1996 r., nr skargi 21987/93, § 105.
- Andrey Zakharov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 7 stycznia 2016 r., nr skargi 26581/06.
- Biszyga A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, Katowice 199.
- Campbell przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z 25 marca 1992 r., nr skargi 13590/88.
- Chaykovskiy przeciwko Ukrainie*, wyrok z 15 października 2009 r., nr skargi 2295/06.
- Cooke przeciwko Austrii*, wyrok z 8 lutego 2000 r., nr skargi 25878/94.
- Cotlet przeciwko Rumunii*, wyrok z 3 czerwca 2003 r., nr skargi 38565/97.
- Ergi przeciwko Turcji*, wyrok z 28 lipca 1998, nr skargi 23818/94.
- Gronowska B., *Sprawa Petra przeciwko Rumunii*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 7–8.
- Gronowska B., *Pozycja jednostki w systemie procedury kontrolnej Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004.
- Gronowska B., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011.
- Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak K., Balcerzak M., *Neminem captivabimus nisi iure victum. Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Ochrona praw osób pozbawionych wolności*, Toruń 2004.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Tom II*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2011.
- Kauczor przeciwko Polsce*, wyrok z 3 lutego 2009 r., nr skargi 45219/06.
- Klass i inni przeciwko Niemcom*, wyrok z września 1978 r., nr skargi 5029/71.
- Korostylyov przeciwko Ukrainie*, wyrok z 13 lipca 2013 r., nr skargi 33643/03.
- Lubiszewski M., Czepek J., *Procedura wyroku pilotażowego w praktyce Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2015.
- Morawska E.H., *Elementy konstruktywne obowiązków pozytywnych państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Uwagi na tle sprawy Opuz przeciwko Turcji*, [w:] Mik C., Gałka K. (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011.
- Naydyon przeciwko Ukrainie*, wyrok z 14 października 2010 r., nr skargi 16474/03.

- Petra przeciwko Rumunii*, wyrok z 23 września 1998 r., nr skargi 115/1997/899/1111.
Savitskiy przeciwko Ukrainie, wyrok z 26 lipca 2012 r., nr skargi 38773/05.
Sisojeva i inni przeciwko Łotwie, wyrok Izby z 16 czerwca 2005 r. i wyrok Wielkiej Izby z 15 stycznia 2007 r., nr skargi 60654/00.
Tomlison H., Chambers M., *Positive obligations under the European Convention on Human Right*, The ALBA Summer Conference, 2012 – <http://www.adminlaw.org.uk>;
Tretyakov przeciwko Ukrainie, wyrok z 29 września 2011 r., nr skargi 16698/05.
Vasiliy Ivshchenko przeciwko Ukrainie, wyrok z 26 lipca 2012 r., nr skargi 760/03.
Visloguzov przeciwko Ukrainie, wyrok z 20 maja 2010 r., nr skargi 32362/02.
Vorobeyev przeciwko Ukrainie, wyrok z 16 października 2014 r., nr skargi 28242/10.

SKUTECZNOŚĆ PRAWA DO SKARGI DO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W TOKU POSTĘPOWANIA KARNEGO ORAZ W WARUNKACH IZOLACJI WIĘZIENNEJ

Streszczenie

Przedmiotem rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu jest ocena skuteczności prawa do skargi indywidualnej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), realizowanego przez osoby pozbawione wolności. Należy podkreślić, że w warunkach izolacji więziennej skarga ta może być jedynym skutecznym środkiem ochrony prawnej dla osób uwięzionych. W opracowaniu wykorzystano w pierwszej kolejności najbardziej istotne orzecznictwo ETPCz, ze szczególnym uwzględnieniem serii spraw przeciwko Ukrainie, które doprowadziły ETPCz do wydania wyroku quasi-pilotażowego. Ten kolejny przypadek pojawienia się systemowego problemu, uniemożliwiającego skuteczne korzystanie przez więźniów ze skargi indywidualnej, o której mowa w art. 34 KE, prowadzi do konieczności zastanowienia się nad potencjalnymi sposobami usunięcia tego typu mankamentów. W opinii autorki, niezbędna mobilizacja państw-stron KE w tym zakresie mogłaby być osiągnięta w drodze nadania swoistego priorytetu skargom pochodzącym od osób pozbawionych wolności i to poprzez formalne zobligowanie administracji więziennych odnośnie do wyposażenia więźnia, na jego prośbę, w potrzebne materiały uzasadniające skargę. Dodatkowo, do środków skutecznie oddziałujących na państwa w zakresie rzetelnego wypełnienia przez nie ich obowiązku wynikającego z art. 34 KE, można zaliczyć: a) korzystanie przez ETPCz z formy finansowej słusznego zadośćuczynienia, w przypadku, gdy jedyne stwierdzone naruszenie dotyczy prawa do skargi, oraz b) sięgnięcie po procedurę wyroku pilotażowego, a nie quasi-pilotażowego, w sytuacji, gdy są ku temu uzasadnione podstawy. Z dotychczasowej praktyki wynika, że jest to procedura bardziej „rygorystyczna” i jako taka, w przypadku przedstawionego problemu, byłaby pożądana.

Słowa kluczowe: *skarga indywidualna, Europejski Trybunał Praw Człowieka, więźniowie, obowiązki pozytywne państwa, wyroki pilotażowe i quasi-pilotażowe, gwarancje skuteczności*

EFFICIENCY OF THE RIGHT TO APPLICATION TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE COURSE OF CRIMINAL PROCEEDING AND IN THE CONDITIONS OF IMPRISONMENT

Summary

The aim of the paper is to assess the efficiency of an individual's right to application to the European Court of Human Rights (ECHR) in case the applicant is imprisoned. It must be emphasized that in case of prison isolation an application may be the only efficient means of legal protection for prisoners. The paper first of all makes use of the most important ECHR judgements, especially a series of cases against Ukraine, which made ECHR issue a quasi-pilot judgement. This subsequent instance of a system-related problem precluding prisoners from exercising the right to application by an individual laid down in Article 34 of the European Convention on Human Rights (EC) results in a necessity for considering potential ways of eliminating the drawbacks. In the author's opinion, essential mobilization of the States-Parties to the Convention might be achieved by giving applications by imprisoned individuals a priority by obliging prison administration to provide prisoners, on their request, with materials necessary to substantiate an application. In addition, the measures effectively influencing the states in the field of thorough fulfilment of their obligations under Article 34 EC include: (a) the use of fair financial compensation by ECHR in case the only proved violation concerns the right to application, and (b) the use of a pilot judgement procedure, not a quasi-pilot procedure, in case there are justified grounds to do that. The practice shows that the procedure is more 'rigorous' and as such is more desirable in case of the discussed situation.

Key words: applications by individuals, European Court of Human Rights, prisoners, positive obligations of the state, pilot and quasi-pilot judgements, efficiency guarantees

ZAŁOŻENIA MODELU ZBIERANIA I UDOSTĘPNIANIA DANYCH TELEKOMUNIKACYJNYCH

MACIEJ ROGALSKI

WPROWADZENIE

1. Zakres ingerencji państwa w prawa i wolności obywateli jest jednym z fundamentalnych zagadnień w państwach demokratycznych. Obszarem ingerencji państwa w sferę praw i wolności obywateli, a w szczególności prawo do prywatności, jest dostęp poprzez uprawnione do tego podmioty do danych telekomunikacyjnych obywateli. Uzasadnieniem dla pozyskiwania przekazów i danych telekomunikacyjnych jest konieczność zapewnienia skutecznego zwalczania przestępczości. Zatrzymywanie (retencja) danych telekomunikacyjnych jest ważnym narzędziem wykorzystywanym przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych.

Artykuł przedstawia wyniki prac zespołu w ramach realizacji projektu badawczego nr 2015/17/B/HS5/00472 pt. *Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych* finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki. Celem prowadzonych badań w ramach tego projektu badawczego było dokonanie analizy istniejących obecnie obowiązków wynikających z postanowień ustawy Prawo telekomunikacyjne oraz uprawnień podmiotów działających na podstawie odrębnych ustaw, a także sądu i prokuratury, żądających udostępnienia danych telekomunikacyjnych, dla ustalenia:

- czy obowiązujące w Polsce przepisy dotyczące pozyskiwania i udostępniania danych telekomunikacyjnych chronią dostatecznie prawa i wolności obywatelskie przed nadmierną ingerencją państwa;
- czy obecne uregulowania prawne, w zakresie udostępniania danych telekomunikacyjnych są właściwe, zgodne z prawem Unii Europejskiej, czy też pozwalają na pozyskiwanie tych danych nieadekwatnie do celów jakim służą, zarówno pod względem ilościowym jak i zakresu danych telekomunikacyjnych, w szczególności tzw. billingów;
- czy proces pozyskiwania i przetwarzania przez uprawnione podmioty danych z bilingów oraz innych danych jest prawidłowy, czy też powinien on ulec zmianie;

- czy obecnie funkcjonujące mechanizmy prawne i rozwiązania organizacyjne zapewniają wystarczającą kontrolę nad udostępnianiem danych telekomunikacyjnych, czy też powinna być ona lepiej rozwinięta i bardziej ścisła, aby ograniczyć liczbę i zakres udostępnianych danych;
- czy obecnie, po stwierdzeniu nieważności dyrektywy 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniającą dyrektywę 2002/58/WE¹ istnieją podstawy prawne do zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych²;
- czy powinien być stworzony nowy model zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych;
- jakie powinny być założenia i jak powinien wyglądać nowy model zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych.

2. W oparciu o przeprowadzone analizy zostały wypracowane założenia do modelu gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych. Obowiązujące rozwiązania w zakresie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych opierają się dyrektywie 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE. Ocena postanowień dyrektywy 2006/24/WE z prawami podstawowymi stała się przedmiotem postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości UE, na skutek pytań prejudycjalnych skierowanych do Trybunału przez sądy krajowe z Irlandii i Austrii, w trybie art. 267 TFUE. W wyroku z dnia 8 kwietnia 2014 r. w sprawach połączonych C-293/12 i C-594/12 *Digital Rights Ireland* Trybunał Sprawiedliwości stwierdził jednak nieważność dyrektywy 2006/24/

¹ Dz. Urz. UE L Nr 105, s. 54.

² W kwestii skutków wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE stwierdzającego nieważność dyrektywy 2006/24/WE na prawo krajowe zob. P. Dąbrowska, *Skutki orzeczenia wstępnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2004, s. 89; A. Wilk, *Skutki orzeczenia wstępnego*, Przegląd Prawa Europejskiego 2006, nr 1–2, s. 56; D. Anderson, *References to the European Court*, London 1995, s. 304; P. Craig, *The Jurisdiction of the Community Courts* [w:] G. de Búrca, J.H.H. Weiler (red.), *The European Court of Justice*, Oxford New York 2001, s. 177–214; A. Roberts, *Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications*, *Modern Law Review* 2015, nr 78(3), s. 537; J. Milaj, *Invalidation of the data retention directive – Extending the proportionality test*, *Computer Law & Security Review* 2015, nr 31, s. 611; M. Górski, *Skutki wyroku Digital Rights Ireland w płaszczyźnie krajowej*, *Radca Prawny* 2014, nr 154, s. 40; S. Tracey, *The fall of the Data Retention Directive*, *Communications Law* 2015, nr 20(2), s. 55; A. Wróbel, *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009, s. 84; X. Tracol, *Legislative Genesis and judicial death of a directive: The European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC) thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national law which enacted it*, *Computer Law & Security Review* 2014, nr 30, s. 744; K. Kowalik-Bañczyk, *Konsekwencje przyjęcia protokołu polsko-brytyjskiego dotyczącego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009, s. 149; A. Wróbel, *Czy Karta Praw Podstawowych może być bezpośrednio stosowana przez sądy polskie*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2008, nr 7, s. 1; T. Ojanen, *Privacy is more than just a seven-letter word: the Court of Justice of the European Union sets constitutional limits on mass surveillance*, *European Constitutional Law Review* 2014, nr 10(3), s. 528.

WE³. W pracy został także wykorzystany wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11⁴, który odnosi się wprost do problematyki objętej projektem badawczym.

Prowadzone w ramach projektu badawczego badania są badaniami podstawowymi. Przygotowane założenia modelu zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych są wynikiem przeprowadzonych badań podstawowych.

ZAŁOŻENIA MODELU ZBIERANIA I UDOSTĘPNIANIA DANYCH TELEKOMUNIKACYJNYCH

1. Przyszły model zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych powinien się opierać na głównych rozwiązaniach, które będą wyznaczać podstawowe jego założenia. Rozwinięcie tych założeń polegać powinno nie tylko na zmianach przepisów powszechnie obowiązujących, ale także na stworzeniu lub zmianie istniejących procedur, zmianach o charakterze organizacyjnym oraz istniejącej praktyki. Ważną cechą tego modelu jest dążenie do ograniczenia ilości i zakresu pozyskiwanych informacji telekomunikacyjnych, przy uwzględnieniu z jednej strony potrzeby uprawnionych podmiotów, a z drugiej – potrzeby ochrony praw obywateli.

Przede wszystkim nowy model zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych musi spełniać wszystkie wymagania konstytucyjne. Niejawne pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o jednostce wymaga zachowania daleko idących gwarancji proceduralnych. Zawsze wtedy, gdy organ władzy publicznej jest uprawniony do pozyskiwania informacji o życiu prywatnym jednostek, w tym danych telekomunikacyjnych, konieczne jest bardzo precyzyjne określenie w ustawie przedmiotowego zakresu, w jakich te działania mogą być realizowane⁵.

Zbieranie danych o ruchu i lokalizacji powinno być ograniczone do sytuacji, które stwarzają zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego. Wartość jaką jest zapewnienie bezpieczeństwa publicznego, a w którą wpisuje się walka z przestępczością (w tym terroryzmem), usprawiedliwia odstępstwo od obowiązku przestrzegania prawa do prywatności, jeżeli będzie przewidziane przepisami prawa, konieczne, proporcjonalne i poddane ciągłemu nadzorowi. W tych warunkach dopuszczalne jest nałożenie obowiązku zatrzymywania danych oraz umożliwienie dostępu do nich właściwym organom

³ Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources i inni oraz Kärntner Landesregierung (C-594/12) i inni, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-293/12&language=pl>. Zob. Także krytyczne oceny dyrektywy w doktrynie: D. Wright, P. de Hert, *Privacy Impact Assessment*, Springer 2012, s. 372.

⁴ Dz.U. z 2014 r., poz. 1055. Zob. uzasadnienie: otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/teksty/otk/2014/K_23_11.doc

⁵ Zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110; L. Garlicki, *Uwaga nr 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 do art. 33 Konstytucji RP*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2002, s. 22–28; L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 54 i n.; wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 2000, nr 1, poz. 3; wyrok TK z dnia 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1999, nr 2, poz. 25.

krajowym, jako odstępstwo od systemu ochrony prawa do poszanowania prywatności w zakresie przetwarzania danych osobowych w sektorze łączności elektronicznej w UE, ustanowionego przez dyrektywę 2002/58/WE⁶, która przewiduje obowiązek zagwarantowania poufności komunikacji oraz danych o ruchu, a także obowiązek usuwania lub anonimizacji tych danych w przypadku, gdy nie są już potrzebne do celów transmisji komunikatu, z wyjątkiem sytuacji, gdy są one potrzebne do celów naliczania opłat i tylko tak długo, jak taka potrzeba istnieje.

2. Konieczne jest precyzyjne określenie w ustawie katalogu organów państwa upoważnionych do gromadzenia oraz przetwarzania danych o jednostce⁷. Należy wystrzec się przed takim zdefiniowaniem w przepisach pojęcia „właściwych organów”, które może prowadzić do uznania, że w istocie przepisy wewnętrzne wprowadzają otwarty katalog podmiotów mogących mieć dostęp do danych o ruchu i lokalizacji. W przepisach należy określić nie tylko katalog organów, które będą uprawnione do domagania się od dostawców usług telekomunikacyjnych dostępu do danych w celu ich późniejszego wykorzystania w zakresie niezbędnym do wykrywania i ścigania poważnych przestępstw, lecz także wprowadzić mechanizm ograniczający dostęp do danych do ściśle określonej kategorii osób w ramach struktur tych organów.

3. W ustawie muszą być sprecyzowane przesłanki niejawnego pozyskiwania informacji o osobach⁸. Nie jest dopuszczalne gromadzenie ani przetwarzanie danych o jednostce przez organy władzy publicznej bez powodu, w nieokreślonych lub niemożliwych do osiągnięcia celach. Niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w demokratycznym państwie prawa, jest dopuszczalne jedynie w celu zapobiegania poważnym przestępstwom, ich ścigania i wykrywania⁹. Pozyskanie danych telekomunikacyjnych może nastąpić tylko w takich wypadkach, w których prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa jest realne, a nie tylko hipotetyczne. Ciężar wykazania prawdopodobieństwa zagrożenia przestępstwem ma przy tym spoczywać na organach państwa wnoszących o umożliwienie im niejawnego gromadzenia informacji i podlegać ocenie sądu lub innego niezależnego organu.

4. W ustawie muszą być wskazane wyraźnie pod względem rodzajowym sprawy, w przypadku których możliwe jest gromadzenie danych telekomunikacyjnych. Precyzyjne określenie katalogu spraw, w których uprawnione organy mogą pozyskiwać dane telekomunikacyjne, ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy obowiązujące przepisy nie naruszają zasady proporcjonalności, a tym samym są dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów chroniących prawa i wolności obywatelskie¹⁰.

⁶ Dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 lipca 2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej, Dz. Urz. WE L Nr 201, s. 37 ze zm.

⁷ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

⁸ *Ibidem*.

⁹ E. Kosta, P. Valcke, *Telecommunications – the EU data retention directive Retaining the data retention directive*, Computer Law & Security Report 2006, nr 22, s. 374.

¹⁰ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

Przyjąć należy, że gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych jest możliwe tylko w sprawach karnych. Nie jest to możliwe w sprawach cywilnych¹¹ czy nawet o wykroczenia¹². Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych oznacza wkraczanie w jedno z podstawowych praw obywatelskich i powinno być możliwe tylko w kategorii najpoważniejszych naruszeń prawa, do których należy zaliczyć przestępstwa.

5. Gromadzenie i udostępnianie danych może dotyczyć tylko przestępstw, w celu zapobiegania, wykrywania ich i ścigania. Ograniczenie tajemnicy komunikowania może bowiem dotyczyć tylko przestępstw. Nie można jednak poprzestać w ustawie określającej kompetencje uprawnionych podmiotów do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, na ogólnym pojęciu „przestępstw” czy też „poważnych przestępstw”, bez wskazania poszczególnych typów czynów zabronionych pod groźbą kary¹³. W przeciwnym razie, takie sformułowanie umożliwi pozyskiwanie danych w przypadku wszystkich przestępstw, a nie tylko ściśle określonych, wymienionych w ustawie¹⁴.

Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych powinno być prowadzone tylko w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw. Nie może służyć realizacji innych zadań np. o charakterze analitycznym, przykładowo w celu uzyskiwania, analizowania, przetwarzania i przekazywania właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa.

Ustawa powinna wymagać istnienia związku pomiędzy danymi, które mają być zatrzymywane, a działalnością przestępczą stanowiącą zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego¹⁵. W szczególności, ustawa powinna ograniczać się do zatrzymywania danych związanych albo z określonym czasem, określonym obszarem geograficznym lub określonym kręgiem osób, które mogą mieć związek z poważnym przestępstwem, albo osobami, których zatrzymane dane z innych powodów mogłyby przyczynić się do zapobieżenia poważnym przestępstwom oraz ich wykrywania lub ścigania.

Ustawa powinna określać materialne i proceduralne przesłanki, w przypadku zaistnienia których właściwe organy będą mogły uzyskać dostęp do danych i następnie je wykorzystać¹⁶. Wskazaniem jest sprecyzowanie w ramach przepisów wewnętrznych, jak należy rozumieć pojęcie dostępu do danych. Przepisy powinny stanowić wyraźnie, że możliwość dostępu do tych danych i ich późniejszego wykorzystania powinno być ściśle ograniczona celami zapobiegania i wykrywania dokładnie określonych poważnych przestępstw lub ich ścigania.

¹¹ Wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 6 czerwca 2011 r., I ACz 279/11, Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej 2011, nr 1, poz. 36; J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *Billing jako dowód w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, Państwo i Prawo 2010, nr 7, s. 78.

¹² Por. wyroki Wojewódzkiego Sądu Apelacyjnego w Warszawie: z 30 sierpnia 2006, II SA/Wa 809/05, LEX nr 283565; z 10 października 2006, II SA/Wa 643/05, niepubl.

¹³ Por. E. Stoeva, *The Data Retention Directive and the right to privacy*, ERA Forum 2014, nr 15, s. 583.

¹⁴ E. Kosta, P. Valcke, *Telecommunications – the EU...*, s. 374.

¹⁵ A. Roberts, *Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications*, Modern Law Review 2015, nr 78(3), s. 547.

¹⁶ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl; Legalis nr 994752>.

Ustawa powinna przewidywać obiektywne kryterium, które pozwoliłoby ograniczyć liczbę osób uprawnionych do uzyskiwania dostępu i późniejszego wykorzystywania zatrzymanych danych do przypadków, gdy jest to ściśle konieczne do realizacji zamierzonego celu. Precyzyjne określenie przestępstw i wskazanie celu gromadzenia danych pozwoli wyznaczyć granice przedmiotowe zakresu stosowania tych przepisów. Stanowiąc będzie także jedno z obiektywnych kryteriów, które pozwoli zagwarantować, że właściwe organy krajowe będą miały dostęp do danych i będą mogły je wykorzystywać wyłącznie w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw.

6. Ustawa musi dokładnie określać rodzaje i zakres danych telekomunikacyjnych podlegających gromadzeniu i udostępnianiu¹⁷. Nie może być to zbiór duży. Musi to być zakres danych niezbędnych do wykrywania i zwalczania poważnych przestępstw.

7. Ustawa musi precyzować przedmiotowe przesłanki podjęcia decyzji w sprawie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych. Nie jest wystarczające odwołanie się np. do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki. Należy wskazać konkretne, według artykułów ustawy karnej, przestępstwa. Nie można przyjąć, że sama penalizacja jakiegoś czynu w ustawach karnych, a nawet zobowiązanie do jego ścigania na mocy umów międzynarodowych, są wystarczającymi przesłankami uznania go za poważny w stopniu uzasadniającym dopuszczalność pozyskiwania danych telekomunikacyjnych.

8. Ustawa musi określać kategorie podmiotów, wobec których mogą być gromadzone i udostępniane dane telekomunikacyjne¹⁸. W ustawie powinny być wskazane wyjątki i ograniczenia w zakresie osób. W szczególności chodzi o osoby, w stosunku do których brak jakichkolwiek podstaw, zarówno faktycznych, jak i prawnych do wszczęcia postępowania karnego.

Obecnie obowiązujące przepisy nie wskazują kategorii osób, w stosunku do których nie można pozyskiwać danych telekomunikacyjnych ze względu na respektowanie ich tajemnicy zawodowej¹⁹. Ustawodawca nie wyłączył żadnej kategorii użytkowników

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ M.P. Granger, K. Irion, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection*, European Law Review 2014, nr 39(6), s. 848–849; wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

¹⁹ Por. F. Boehm, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer 2012, s. 44 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. i inni przeciwko Niderlandom – wyrok z dnia 22 listopada 2012 r., skarga nr 39315/06 (kluczowe zagadnienia: ochrona tajemnicy dziennikarskiej (źródła informacji dziennikarskiej), stosowanie podsłuchu wobec dziennikarzy, ochrona tajemnicy państwowej, prawo do prywatności)*, Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych 2012, nr 4, s. 10–17; J. Długosz, *Obowiązki prawników wykonujących wolne zawody w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy. Komentarz do wyroku ETS z 26 czerwca 2007 r. (sygn. C-305/05) i do wyroku TK z 2 lipca 2007 r. (sygn. K 41/05)*, Radca Prawny 2008, nr 4, s. 42–43; M.K. Kolasiniński, *Dopuszczalność ograniczenia tajemnicy adwokacko-radcowskiej w imię zapewnienia skuteczności prawa konkurencji Unii Europejskiej*, Glosa 2012, nr 2, s. 111; G. Di Federico, *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 September 2010*, Common Market Law Review 2011, nr 2, s. 581–602; T. Bruno, *Ciąg dalszy sporu o zakres zasady legal*

z kręgu podmiotów, których dane mogą być pozyskiwane, choć dane te mogą być objęte tajemnicą notarialną, adwokacką, radcy prawnego, lekarską lub dziennikarską. Przewidziany jest jedynie tryb dopuszczenia przez sąd do wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów zawierających informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji.

9. Pożądane jest określenie w ustawie rodzajów środków gromadzenia informacji, a także rodzajów informacji pozyskiwanych za pomocą poszczególnych środków. Niezbędne jest sprecyzowanie sposobu wkroczenia w sferę prywatności jednostki. Konieczne sprecyzowanie w przepisach prawa zamkniętego rodzajowo katalogu środków i metod działania, za pomocą których organy państwa mogą gromadzić informacje o jednostkach²⁰. Zamknięty katalog takich środków i metod ogranicza arbitralność organów państwa. Umożliwia także sprawowanie efektywnej kontroli nad pozyskiwaniem informacji o osobach.

10. Ustawa musi precyzować maksymalny czas gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych, po upływie którego dalsze ich gromadzenie jest już niedopuszczalne²¹. Chodzi tu o czas ich gromadzenia i udostępniania przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Przepisy powinny w sposób jednoznaczny ustalać termin, po upływie którego uprawnione organy państwowe nie mogą domagać się dostępu do danych przechowywanych przez dostawców usług telekomunikacyjnych. Za nieprawidłowe działanie należy uznać żądania udostępnienia danych telekomunikacyjnych za okres wykraczający poza przewidziany prawem czas ich przetrzymywania. Dłuższy niż okres przewidziany w ustawie czas przechowywania danych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego może być dopuszczalny tylko w przypadkach przewidzianych wyraźnie przez przepisy Prawa telekomunikacyjnego i co jest kluczowe, tylko w celu określonym w tych przepisach, np. na potrzeby postępowań reklamacyjnych.

Czas, przez który uprawnione podmioty mogą przetwarzać pozyskane dane, nie może być ani nadmiernie długi, ani zbyt krótki²². Ustawodawca musi mieć na uwadze, że w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalne – nawet za zgodą sądu i w sytuacji podejrzenia popełnienia poważnych przestępstw – prowadzenie czynności bezterminowo, choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów. Wydaje się, że 12-miesięczny okres zatrzymania danych telekomunikacyjnych jest stosunkowo

professional privilege – glosa do wyroku SPI z dnia 17.09.2007 w połączonych sprawach: T-125/03 i T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Agros Chemicals Ltd przeciwko Komisji WE*, EPS 2008, nr 6, s. 46; M. Bernatt, B. Turno, *Zasada Legal Professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1(2), s. 17–30.

²⁰ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

²¹ *Ibidem*.

²² S. Tracey, *The fall of the Data Retention Directive*, Communications Law 2015, nr 20(2), s. 54; M.P. Granger, K. Irion, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection*, European Law Review 2014, nr 39(6), s. 848; M. Wach, *Zatrzymywanie danych telekomunikacyjnych przez dwa lata w celach bliżej nieokreślonych a prawo do prywatności*, Radca Prawny. Dodatek naukowy 2011, nr 115–116, s. 22; D. Adamski, *Retencja danych telekomunikacyjnych – uwagi de lege ferenda wynikające z przepisów wspólnotowych*, Monitor Prawniczy 2007, nr 4 – dodatek Prawo Mediów Elektronicznych 2007, s. 6.

długi, wzięwszy pod uwagę istotną ingerencję w wolności i prawa konstytucyjne wynikające z zatrzymywania dotyczących ich danych telekomunikacyjnych. Dane statystyczne wskazują, że w połowie wypadków udostępnianie danych mieściło się w okresie pierwszych 2 miesięcy ich przechowywania²³. Może to uprawdopodobniać tezę, że chociaż upoważnione organy mogły pozyskiwać dane telekomunikacyjne znacznie wcześniej, zwlekały z tym do ostatniego miesiąca. W kontekście tej statystyki oraz zasady proporcjonalności, wydaje się, że zatrzymywanie danych o ruchu i lokalizacji na czas nie dłuższy niż 6 miesięcy jest wystarczające. Ewentualnie można rozważyć zróżnicowania okresu przechowywania danych z uwagi na kategorie danych oraz ich potencjalne wykorzystanie przez uprawnione podmioty, sąd i prokuraturę. W takiej sytuacji koniecznym będzie uwzględnienie aspektów kosztowych związanych z zastosowanym rozwiązaniem.

11. W ustawie powinna być uregulowana procedura decydowania o udostępnianiu danych telekomunikacyjnych, włączywszy w to powierzenie kompetencji do zarządzenia tych czynności. Chodzi o zapewnienie niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych w momencie, gdy zwraca się z wnioskiem o udostępnienie danych telekomunikacyjnych podmiot uprawniony na mocy przepisu ustawy do uzyskania takich danych²⁴. Powinna to być zgoda sądu, wydawana np. w formie postanowienia wyrażającego zgodę lub nie na udostępnienie uprawnionym podmiotom danych telekomunikacyjnych.

Kwestią bardzo istotną jest to, czy kontrola ta jest uprzednią czy też następczą. Kontrola następcza jest dopuszczalnym rozwiązaniem z punktu widzenia zgodności z normami Konstytucji RP. W przypadku jednak kontroli następczej, należy zawsze uwzględnić m.in. specyfikę działania i ustawowy zakres zadań poszczególnych uprawnionych do pozyskania danych telekomunikacyjnych podmiotów, sytuacje niecierpiące zwłoki, w których szybkie pozyskanie danych telekomunikacyjnych może być niezbędne do zapobieżenia popełnieniu przestępstwa lub jego wykrycia. Zgodnie z konstytucyjną zasadą sprawności działania instytucji publicznych należy wykreować mechanizm, który umożliwiłby służbom odpowiedzialnym za bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny efektywną walkę z zagrożeniami.

Lepszym jednak, z punktu widzenia ochrony praw i wolności obywatelskich, ale także uwzględniającym interesy służb, jest rozwiązanie, które co do zasady przewiduje kontrolę uprzednią sądu²⁵. Kontrola uprzednia, czyli realizowana przed skierowaniem zapytania w sprawie udostępnienia danych telekomunikacyjnych, pozwoliłaby nie tylko na istotne zwiększenie nadzoru nad wykorzystaniem tego środka, ale prawdopodobnie

²³ Zob. komunikat Najwyższej Izby Kontroli pt. *NIK o billingach* oraz dokument pt. *Informacja o wynikach kontroli. Uzyskiwanie i przetwarzanie przez uprawnione podmioty danych z bilingów, informacji o lokalizacji oraz innych danych, o których mowa w art. 180 c i d ustawy Prawo telekomunikacyjne*, <http://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-billingach.html>;

Dane statystyczne zebrane przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, <https://www.uke.gov.pl/informacja-o-rocznym-sprawozdaniu-dotyczacym-udostepniania-danych-telekomunikacyjnych-13495>. Zob. także wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055; [http://trybunal.gov.pl/Legalis nr 994752, cz. III, pkt 6](http://trybunal.gov.pl/Legalis%20nr%20994752,%20cz.%20III,%20pkt%206).

²⁴ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; [http://trybunal.gov.pl/Legalis nr 994752](http://trybunal.gov.pl/Legalis%20nr%20994752).

²⁵ *Ibidem*.

przyczyniłaby się również do ograniczenia skali jego wykorzystania. W przypadku kontroli uprzedniej sprawowanej przez sąd ważne jest precyzyjne określenie sytuacji, w których środek ten może być wykorzystany jako niezbędny warunek oceny zasadności wniosku. Sąd, dokonując kontroli uprzedniej, powinien przede wszystkim ocenić zasadność wniosku o udostępnienie danych telekomunikacyjnych, w szczególności pod względem zasady subsydiarności i proporcjonalności oraz sprawdzić jego poprawność pod względem formalnym.

Uprzednia kontrola, prowadzona przez sąd przyczyniłaby się zarówno do zwiększenia poprawności przygotowywanych przez organy służby wniosków, jak i ich liczby. Konieczne jest bowiem zapewnienie efektywności przyjmowanych w praktyce rozwiązań. Innymi słowy, zapewnienie aby kontrola sprawowana przez sąd była rzeczywistą, a nie tylko pozorną kontrolą. Prowadzenie kontroli powinno być obligatoryjne, a nie tylko fakultatywne.

Sąd lub niezależny organ administracyjny powinien kontrolować, aby udostępnianie i wykorzystywanie danych ograniczało się do przypadków, gdy jest to ściśle konieczne do realizacji zamierzonego celu. Sąd lub odpowiedni organ orzekałby lub decydowałby wyłącznie na uzasadniony wniosek przedstawiony w związku z postępowaniem, którego celem jest zapobieganie, wykrywanie lub ściganie przestępstw.

W przypadku kontroli następczej, która realizowana jest po skierowaniu zapytania w sprawie udostępnienia danych telekomunikacyjnych, powinna ona przede wszystkim zapewnić weryfikację poprawności wykorzystania tego środka.

Możliwe są także rozwiązania, gdy kontrola następcza funkcjonuje łącznie z kontrolą uprzednią albo samodzielnie. Różny jest w takich sytuacjach jej zakres. W pierwszym przypadku może zostać ograniczona do kontroli wykorzystania tego środka pod kątem przestrzegania obowiązujących przepisów i procedur, w szczególności prawidłowości przetwarzania pozyskanych danych, ochrony przed ich utratą lub udostępnieniem nieuprawnionym osobom, a także ich niezwłocznym zniszczeniem, gdy nie są już potrzebne dla realizacji celu, dla którego zostały pozyskane. W przypadku natomiast, gdy występuje tylko kontrola następcza, jej zakres powinien być znacznie szerszy i obejmować również kontrolę zasadności wykorzystania tego środka dowodowego.

12. Powinno być także zapewnione badanie legalności udostępnienia danych telekomunikacyjnych przez zewnętrzny i niezależny od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd²⁶. Kontrola ta uruchamiana byłaby przede wszystkim na wniosek jednostki, której dane telekomunikacyjne były udostępniane.

Abonent lub użytkownik, których dane telekomunikacyjne są zatrzymywane i wykorzystywane przez właściwe organy w celu wykrywania i ścigania poważnych przestępstw, powinien być o tym poinformowany²⁷. Obowiązek poinformowania jed-

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Por. A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 26 marca 1987 r., Seria A nr 116. Sprawa Leander przeciwko Szwecji (cz. I)*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 1, s. 121–142; A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 26 marca 1987 r., Seria A nr 116. Sprawa Leander przeciwko Szwecji (cz. II)*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 2, s. 141–156; F. Boehm, *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer 2012, s. 40–41 i 78; A. Lach, *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 10, s. 16.

nostki o pozyskaniu informacji na jej temat powinien istnieć bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne oraz bez względu na to, w związku z jakim postępowaniem dane te uzyskano. Szczęólnego znaczenia nabiera to w odniesieniu do osób, wobec których nie zapadł wyrok lub którym nie zostały oficjalnie postawione zarzuty, jak również osób trzecich, których pozyskanie danych dotyczyło bezpośrednio. Jakiegolwiek wyjątki od tej zasady powinny być wskazane wprost w ustawie.

Abonent lub użytkownik, których dane telekomunikacyjne są zatrzymywane i wykorzystywane przez właściwe organy, powinien być o tym poinformowany, gdy tylko dane takie przestaną mieć znaczenie dla opisanych celów²⁸. Brak podstaw do uznania, że abonent lub użytkownik powinien być uprawniony do uzyskania informacji w tym przedmiocie wcześniej. Gdyby informacja na ten temat miała być przekazana abonentowi i użytkownikowi na wcześniejszym etapie, wówczas istniałoby realne ryzyko nieosiągnięcia celów, dla których te dane miałyby być zatrzymywane. Kontrola prowadzona przez sąd, uruchamiana będzie więc dopiero po zakończeniu gromadzenia danych. Kontrola taka ma znaczenie dla oceny wartości dowodu uzyskanego za pomocą zgromadzonych danych telekomunikacyjnych, a także dla ewentualnych roszczeń odszkodowawczych. Nie będzie więc możliwe, poprzez wniesienie środka zaskarżenia, spowodowanie zaprzestania gromadzenia danych.

Ze względu na bezpieczeństwo narodowe uzasadnione wydaje się także stanowisko, że właściwe organy, które mają dostęp do zatrzymanych danych, nie powinny być zobowiązane do udzielania informacji na wniosek zainteresowanego, tj. wniosek o udzielenie informacji, czy dana agencja (organ) uzyskała dostęp do danych telekomunikacyjnych wnioskodawcy.

13. Ustawa musi określać postępowanie ze zgromadzonymi danymi telekomunikacyjnymi, zwłaszcza zasady ich wykorzystania oraz niszczenia danych zbędnych i niedopuszczalnych²⁹. Ustawa musi precyzyjnie wskazywać zakres wykorzystania pozyskanych danych, a zwłaszcza wykorzystanie ich w procesie karnym jako materiałów dowodowych. W przypadku, gdy dane są zbędne lub niedopuszczalne powinny podlegać niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu. Przepisy powinny zagwarantować nieodwracalne niszczenie danych po upływie ich okresu zatrzymania. Powinny nie tylko określić sam obowiązek niszczenia danych, ale również precyzować tryb i sposób jego realizacji³⁰.

²⁸ Por. A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Sprawa Klass przeciwko Niemcom: wyrok z dnia 22 września 1993 r. (27/1992/372/446)*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 1, s. 133–142; A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 22 września 1993 r. (27/1992/372/446)*, *Sprawa Klass przeciwko Niemcom*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 2–3, s. 135–142; A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 22 września 1993 r., sygn. 27/1992/372/446, Sprawa Klass przeciwko Niemcom*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 4, s. 119–129; A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 22 września 1993 r., sygn. 27/1992/372/446, Sprawa Klass przeciwko Niemcom (cz. IV)*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 5, s. 117–123; F. Boehm, *Information Sharing and Data Protection...*, s. 34 i n.

²⁹ Zob. wniosek RPO do TK z dnia 18 lutego 2016, II.519.109.2015.KŁS/VV/AG, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek_do_TK_kontrola_operacyjna.pdf.

³⁰ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

Niszczenie zbędnych danych zapobiega nieuprawnionemu wykorzystaniu przez organy państwa zebranych legalnie informacji i ich przechowywaniu na wszelki wypadek, gdyby w przyszłości okazały się przydatne do innych celów. Ingerencją w sferę prywatności jednostek będzie nie tylko jednorazowe pozyskanie danych o jednostce, ale również każde kolejne operacje na tych danych, w tym przechowywanie czy wtórne wykorzystywanie w toku innych postępowań³¹.

Z Konstytucji RP (art. 51 ust. 2) wynika zakaz gromadzenia, w demokratycznym państwie prawnym, danych innych, niż niezbędne. Dane, które stały się zbędne dla toczącego się postępowania, powinny być więc obligatoryjnie niszczone. W ten sposób zostanie wyeliminowane ryzyko nadużyć, szczególnie poważne, gdy nie funkcjonują prawidłowo mechanizmy zewnętrznej kontroli niezbędności dalszego przetwarzania danych do realizacji ustawowych zadań.

14. Przepisy powinny ustanawiać gwarancje wystarczające do zapewnienia skutecznej ochrony danych przed ryzykiem nadużyć oraz przed jakimkolwiek nieuprawnionym dostępem do nich ze strony innych podmiotów i wykorzystywaniem w sposób niedozwolony. Przepisy powinny zapewniać ochronę i bezpieczeństwo tych danych w taki sposób, aby zapewnić ich integralność i poufność³².

Przepisy prawa telekomunikacyjnego powinny gwarantować, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni będą zachowywać odpowiednio wysoki poziom ochrony i bezpieczeństwa danych dzięki zastosowaniu odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych. Przepisy prawa nie powinny pozwalać im przy określaniu stosowanych przez nich poziomów bezpieczeństwa kierować się względami gospodarczymi, jeśli chodzi o koszty wprowadzenia tych środków bezpieczeństwa.

Szczególne wymagania prawne powinny być przewidziane w przypadku transferu danych poza obszar UE ze względu na brak zapewnienia nadzoru przez niezależny organ nad transferowanymi danymi³³.

15. W aktach prawnych wykonawczych należy określić precyzyjne wymagania w zakresie wniosków lub postanowień o udostępnienie danych telekomunikacyjnych. Pozwoli to na ograniczenie lub nawet wyeliminowanie uchybień formalnoprawnych związanych z żądaniem ich udostępnienia. Błędy i nieprawidłowości powodują wydłużenie procesu udostępniania danych, a w niektórych przypadkach nawet uniemożliwiają wykonanie żądania udostępnienia przekazów i danych telekomunikacyjnych.

16. Z uwagi na rozwój technologii informatycznych, postulować należy takie zmiany w przepisach działania organów wymiaru sprawiedliwości, które pozwalałyby

³¹ M. Birnhack, N. Elkin-Koren, *Does Law Matter Online?. Empirical Evidence on Privacy Law Compliance*, Michigan Telecommunications & Technology Law Review 2011, nr 17, s. 337, 344; S. Corbett, *The retention of personal information online: A call for international regulation of privacy law*, Computer Law & Security Review 2013, nr 29, s. 247.

³² Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

³³ Zob. J. Kühling, S. Heitzer, *Returning through the national back door? The future of data retention after the ECJ judgment on Directive 2006/24 in the UK and elsewhere*, European Law Review 2015, nr 40(2), s. 263; A. Saveljev, *Russia's new personal data localization regulations: A step forward or a self-imposed sanction?*, Computer Law & Security Review 2016, nr 32, s. 138; M. Taylor, *Electronic Communication – EU. The EU Data Retention Directive*, Computer Law & Security Report 2006, nr 22, s. 311.

na doręczanie postanowień o udostępnienie danych telekomunikacyjnych nie tylko w uwierzytelnionych odpisach, ale także za pomocą poczty elektronicznej. Wymagałoby to stworzenia odpowiednich rozwiązań technologicznych, zapewniających z jednej strony ochronę tych informacji przed dostępem do nich osób niepowołanych, a z drugiej strony, wiarygodność i prawdziwość dostarczanych w ten sposób pism³⁴.

17. Należy z dużą ostrożnością wykorzystywać systemy teleinformatyczne do bezpośredniego, tj. z pominięciem uprawnionych pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, przekazywania danych telekomunikacyjnych podmiotom ich żądających, po wprowadzeniu konkretnego zapytania przez pracownika podmiotu żądającego. Powinna być zapewniona możliwość kontroli co do zakresu i ilości udostępnianych danych. W praktyce może powstać stała infrastruktura, tzw. stałych łączy, dzięki którym funkcjonariusze służb, bez udziału pracowników usługodawcy lub przy niezbędnym ich udziale, będą mogli w dowolnym zakresie pozyskiwać dane. W przypadku możliwości zawierania porozumień pomiędzy uprawnionymi podmiotami a przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi, których przedmiotem będzie bezpośrednie, za pomocą łączy informatycznych, przekazywanie danych telekomunikacyjnych, powinny być określone w ustawie przesłanki zawierania takich porozumień. Powinna być także zagwarantowana realizacja zasady swobody działalności gospodarczej po stronie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego w zakresie zawierania takiego porozumienia.

18. Należy z bardzo dużą ostrożnością stosować zautomatyzowane systemy dostępu do danych, czyli takie, gdzie wprowadzane się tylko podstawowe informacje przez pracownika uprawnionego podmiotu, a następnie uzyskuje on bezpośredni dostęp do tych danych w formie elektronicznej. Z praktycznego punktu widzenia rozwiązania te są korzystne, gdyż pozwalają przyspieszyć uzyskanie tych danych nawet o kilka tygodni. Stosowanie tych rozwiązań prowadzić jednak może do przekazywania przez przedsiębiorców danych telekomunikacyjnych w szerszym zakresie niż wynikałoby to z przepisów i przygotowanego w normalnym trybie wniosku lub postanowienia. Praktyka pokazała, że systemy teleinformatyczne generują często dane telekomunikacyjne w zakresie szerszym, niż to jest określone w treści postanowień, zawierających żądanie udostępnienia danych telekomunikacyjnych oraz zwolnienie z tajemnicy telekomunikacyjnej. Stanowi to naruszenie przepisów Prawa telekomunikacyjnego dotyczących ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej.

19. Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych powinno być subsydiarnym środkiem pozyskiwania informacji lub dowodów o jednostkach, gdy nie można ich uzyskać w inny, mniej dolegliwy dla nich sposób – gdy inne stosowane środki okazały się bezskuteczne³⁵. W przeciwny razie, podmiot prowadzący działalność

³⁴ Zob. A. Baworowski, *Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 11, s. 40; K. Woźniewski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010, s. 121; J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Legalis 2013, t. 10 do art. 132; L.K. Paprzycki [w:] J. Grajewski (red.), L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2006, s. 399.

³⁵ S. Nouwt, *Toward a Common European Approach to Data Protection: A Critical Analysis of Data Protection Perspectives of the Council of Europe and the European Union*, [w:] *Reinventing Data Protection*, S. Gutwirth, Y. Pouillet, P. De Hert, C. de Terwange, S. Nouwt (red.), Springer 2009, s. 282; F. Boehm, *Information Sharing and Data Protection...*, s. 37 i 39; W. Kozielewicz, *Postępowanie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej*, [w:] L. Paprzycki, Z. Rau, *Praktyczne elementy*

telekomunikacyjną będzie zobowiązany w każdym przypadku do realizacji obowiązku udostępnienia danych, gdy tylko zwrócą się o to uprawnione podmioty, a nie tylko wówczas, gdy jest to niezbędne. Konieczne jest więc wprowadzenie przepisów, które wykorzystanie danych telekomunikacyjnych będą uzależniać od niemożności zastosowania innych, mniej ingerujących w prawa obywatelskie środków.

20. Powinna być zagwarantowana transparentność stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez poszczególne organy, przejawiająca się w publicznej jawności i dostępności zagregowanych danych statystycznych, nadających się do porównania, o ilości i rodzaju stosowanych pozyskiwanych danych.

Powinien istnieć prawny obowiązek podawania do publicznej wiadomości zagregowanych danych statystycznych o liczbie gromadzonych i udostępnianych danych telekomunikacyjnych. Prawodawca powinien, w celu efektywnego i rzetelnego wykonywania obowiązku sprawozdawczego, ustalić w miarę możliwości jedną, stosowaną przez wszystkie zobowiązane podmioty metodologię sporządzania statystyk, gwarantującą rzetelność oraz jednoznaczność i porównywalność upublicznianych danych, nawet w odniesieniu do lat ubiegłych. Powinny być precyzyjnie określone wskaźniki pomiarowe. Procedury powinny być tak skonstruowane, aby zapobiegały występowaniu rażących błędów. Zakres gromadzonych danych sprawozdawczych powinien pozwalać na ocenę, dla jakich celów, jak często i z jakim skutkiem retencja danych jest stosowana. Prawidłowa ocena funkcjonowania systemu retencji danych będzie możliwa, gdy będą gromadzone co najmniej dane w zakresie: liczby przypadków, w których uprawnione organy uzyskiwały od przedsiębiorców telekomunikacyjnych dane retencyjne (z wyodrębnieniem sytuacji, gdy były to wyłącznie dane osobowe użytkownika); liczby osób, których dane telekomunikacyjne były pozyskiwane i wykorzystywane przez uprawnione organy; łącznej liczby odmów udostępnienia danych (ze wskazaniem zasadniczych przyczyn); informacji na temat rodzaju spraw, w których środek ten wykorzystywano oraz jego skuteczności.

Pozwoliłoby to na dokonywanie porównań z liczbą analogicznych danych w innych krajach UE oraz oceniać tendencje, tj. wzrost lub spadek liczby pozyskiwanych danych i dokonywać analizy wpływu uregulowań prawnych na ilość pozyskiwanych danych.

21. Nie jest wykluczone zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się z uwagi na to, czy dane o osobach pozyskują służby wywiadowcze i zajmujące się ochroną bezpieczeństwa państwa, czy też czynią to służby policyjne. Zróżnicowanie poziomu ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się może także nastąpić z uwagi na to, czy niejawnie pozyskiwanie informacji dotyczy obywateli, czy osób niemających polskiego obywatelstwa³⁶.

zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna, Warszawa 2009, s. 511; wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 6; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

³⁶ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Dz.U. z 2014 r., poz. 1055, cz. III, pkt 5; <http://trybunal.gov.pl>; Legalis nr 994752.

22. Wreszcie należy rozważyć wprowadzenie przynajmniej częściowej odpłatności za gromadzenie i udostępnienia danych telekomunikacyjnych³⁷. Istnienie nawet symbolicznej odpłatności prowadziłoby do większej staranności w zakresie ilości i zakresu żądanych danych, co z pewnością prowadziłoby do zmniejszenia ich liczby.

23. Przedstawione założenia powinny być podstawą do skonstruowania nowego modelu zbierania danych telekomunikacyjnych. Przyjęcie zaproponowanych założeń i rozwiązań powinno doprowadzić do zmniejszenia liczby zapytań o dane telekomunikacyjne³⁸. Obecne bowiem rozwiązania pozwalają na żądanie danych telekomunikacyjnych, często w szerszym zakresie niż wynikałoby to z celów prowadzonego postępowania. Funkcjonujące obecnie mechanizmy kontroli pozyskiwania danych retencyjnych nie sprzyjają także ograniczaniu liczby zapytań, choćby z powodu braku obowiązywania zasady subsydiarności. Wreszcie aktywny udział samego zainteresowanego, którego dane są zbierane, jest bardzo ograniczony, gdyż staje się możliwy dopiero po zakończeniu procesu zbierania danych.

BIBLIOGRAFIA

- Adamski D., *Retencja danych telekomunikacyjnych – uwagi de lege ferenda wynikające z przepisów wspólnotowych*, Monitor Prawniczy 2007, nr 4 – dodatek Prawo Mediów Elektronicznych 2007.
- Anderson D., *References to the European Court*, London 1995.
- Baworowski A., *Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 11.
- Bernatt M., Turno B., *Zasada Legal Professional privilege w projekcie zmiany ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2013, nr 1(2).
- Birnhack M., Elkin-Koren N., *Does Law Matter Online? . Empirical Evidence on Privacy Law Compliance*, Michigan Telecommunications & Technology Law Review 2011, nr 17.
- Boehm F., *Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice. Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level*, Springer 2012.
- Bruno T., *Ciąg dalszy sporu o zakres zasady legal professional privilege – glosa do wyroku SPI z dnia 17.09.2007 w połączonych sprawach: T-125/03 i T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Ltd i Agros Chemicals Ltd przeciwko Komisji WE*, EPS 2008, nr 6.
- Corbett S., *The retention of personal information online: A call for international regulation of privacy law*, Computer Law & Security Review 2013, nr 29.
- Craig P., *The Jurisdiction of the Community Courts*, [w:] *The European Court of Justice*, G. de Búrca, J.H.H. Weiler (red.), Oxford New York 2001.
- Dąbrowska P., *Skutki orzeczenia wstępnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2004.

³⁷ Por. M.-H. Maras, *The economic costs and consequences of mass communications data retention: is the data retention directive a proportionate measure?*, European Journal of Law Economics 2012, nr 33, s. 455.

³⁸ Zob. statystyki Urzędu Komunikacji Elektronicznej w sprawie ilości żądań o udostępnienie danych telekomunikacyjnych: <https://www.uke.gov.pl/informacja-o-rocznym-sprawozdaniu-dotyczacym-udostepniania-danych-telekomunikacyjnych-13495>.

- Di Federico G., *Case C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd v. European Commission, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 September 2010*, *Common Market Law Review* 2011, nr 2.
- Długosz J., *Obowiązki prawników wykonujących wolne zawody w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy. Komentarz do wyroku ETS z 26 czerwca 2007 r. (sygn. C-305/05) i do wyroku TK z 2 lipca 2007 r. (sygn. K 41/05)*, *Radca Prawny* 2008, nr 4.
- Garlicki L., *Uwaga nr 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 do art. 33 Konstytucji RP*, [w:] Garlicki L. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2002.
- Górski M., *Skutki wyroku Digital Rights Ireland w płaszczyźnie krajowej*, *Radca Prawny* 2014, nr 154.
- Granger M.P., Irion K., *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection*, *European Law Review* 2014, nr 39(6).
- Kolasiński M.K., *Dopuszczalność ograniczenia tajemnicy adwokacko-radcowskiej w imię zapewnienia skuteczności prawa konkurencji Unii Europejskiej*, *Glosa* 2012, nr 2.
- Kosta E., Valcke P., *Telecommunications – the EU data retention directive Retaining the data retention directive*, *Computer Law & Security Report* 2006, nr 22.
- Kowalik-Bañczyk K., *Konsekwencje przyjęcia protokołu polsko-brytyjskiego dotyczącego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009.
- Kozielewicz W., *Postępowanie w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej*, [w:] L. Paprzycki, Z. Rau, *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Nowoczesne technologie i praca operacyjna*, Warszawa 2009.
- Kühling J., Heitzer S., *Returning through the national back door? The future of data retention after the ECJ judgment on Directive 2006/24/ in the UK and elsewhere*, *European Law Review* 2015, nr 40(2).
- Lach A., *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 10.
- Maras M.-H., *The economic costs and consequences of mass communications data retention: is the data retention directive a proportionate measure?*, *European Journal of Law Economics* 2012, nr 33.
- Milaj J., *Invalidation of the data retention directive – Extending the proportionality test*, *Computer Law & Security Review* 2015, nr 31.
- Misztal-Konecka J., Konecki J., *Billing jako dowód w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, *Państwo i Prawo* 2010, nr 7.
- Nouw T., *Toward a Common European Approach to Data Protection: A Critical Analysis of Data Protection Perspectives of the Council of Europe and the European Union*, [w:] S. Gutwirth, Y. Pouillet, P. De Hert, C. de Terwange, S. Nouw (red.), *Reinventing Data Protection*, Spronger 2009.
- Ojanen T., *Privacy is more than just a seven-letter word: the Court of Justice of the European Union sets constitutional limits on mass surveillance*, *European Constitutional Law Review* 2014, nr 10(3).
- Paprzycki L.K. [w:] Grajewski J. (red.), Paprzycki L.K., Steinborn S., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2006.
- Roberts A., *Privacy, Data Retention and Domination: Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications*, *Modern Law Review* 2015, nr 78(3).
- Rzepliński A., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Sprawa Klass przeciwko Niemcom: wyrok z dnia 22 września 1993 r. (27/1992/372/446)*, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 1.

- Rzepliński A., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 22 września 1993 r.* (27/1992/372/446), *Sprawa Klass przeciwko Niemcom*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 2–3.
- Rzepliński A., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 22 września 1993 r.*, sygn. 27/1992/372/446, *Sprawa Klass przeciwko Niemcom*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 4.
- Rzepliński A., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z 22 września 1993 r.*, sygn. 27/1992/372/446, *Sprawa Klass przeciwko Niemcom* (cz. IV), Prokuratura i Prawo 1996, nr 5.
- Rzepliński A., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 26 marca 1987 r.*, *Seria A nr 116. Sprawa Leander przeciwko Szwecji* (cz. I), Prokuratura i Prawo 1998, nr 1.
- Rzepliński A., *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 26 marca 1987 r.*, *Seria A nr 116. Sprawa Leander przeciwko Szwecji* (cz. II), Prokuratura i Prawo 1998, nr 2.
- Savelyev A., *Russia's new personal data localization regulations: A step forward or a self-imposed sanction?*, *Computer Law & Security Review* 2016, nr 32.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Legalis 2013.
- Stoeva E., *The Data Retention Directive and the right to privacy*, *ERA Forum* 2014, nr 15.
- Taylor M., *Electronic Communication – EU. The EU Data Retention Directive*, *Computer Law & Security Report* 2006, nr 22.
- Tracey S., *The fall of the Data Retention Directive*, *Communications Law* 2015, nr 20(2).
- Tracol X., *Legislative Genesis and judicial death of a directive: The European Court of Justice invalidated the data retention directive (2006/24/EC) thereby creating a sustained period of legal uncertainty about the validity of national law which enacted it*, *Computer Law & Security Review* 2014, nr 30.
- Wach M., *Zatrzymywanie danych telekomunikacyjnych przez dwa lata w celach bliżej nieokreślonych a prawo do prywatności*, *Radca Prawny. Dodatek naukowy* 2011, nr 115–116.
- Wąsek-Wiaderek M., *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. i inni przeciwko Niderlandom – wyrok z dnia 22 listopada 2012 r.*, *skarga nr 39315/06* (kluczowe zagadnienia: *ochrona tajemnicy dziennikarskiej (źródła informacji dziennikarskiej), stosowanie podsłuchu wobec dziennikarzy, ochrona tajemnicy państwowej, prawo do prywatności*), *Przegląd Orzecznictwa Europejskiego dotyczącego Spraw Karnych* 2012, nr 4.
- Wilk A., *Skutki orzeczenia wstępnego*, *Przegląd Prawa Europejskiego* 2006, nr 1–2.
- Wiśniewski L., *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- K. Woźniewski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010.
- Wright D., de Hert P., *Privacy Impact Assessment*, Springer 2012.
- Wróbel A., *Czy Karta Praw Podstawowych może być bezpośrednio stosowana przez sądy polskie*, *Europejski Przegląd Sądowy* 2008, nr 7.
- Wróbel A., *O niektórych problemach sądowego stosowania Karty Praw Podstawowych*, [w:] Wróbel A. (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009.

ZAŁOŻENIA MODELU ZBIERANIA I UDOSTĘPNIANIA DANYCH TELEKOMUNIKACYJNYCH

Streszczenie

W artykule przedstawiono wyniki prac zespołu realizującego projekt badawczy nr 2015/17/B/HS5/00472 pt. Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych finansowany przez Narodowe Centrum Nauki. Celem prowadzonych badań w ramach tego projektu badawczego było dokonanie analizy istniejących rozwiązań prawnych w zakresie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych wynikających z przepisów kodeksu postępowania karnego, ustaw regulujących działalność tzw. uprawnionych podmiotów i przepisów prawa telekomunikacyjnego. W szczególności przeprowadzane analizy miały udzielić odpowiedzi na pytanie, czy obowiązujące uregulowania prawne w zakresie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych są właściwe, czy też pozwalają na pozyskiwanie tych danych nieadekwatnie do celów, jakim służą, zarówno pod względem ilościowym, jak i zakresu. Efektem tych prac było stworzenie modelu zbierania i udostępniania danych telekomunikacyjnych.

Słowa kluczowe: *dane telekomunikacyjne, retencja danych, billingi, dostęp do danych telekomunikacyjnych*

ASSUMPTIONS OF THE MODEL OF COMMUNICATIONS DATA RETENTION AND DISCLOSURE

Summary

The article presents the findings of the research project no. 2015/17/B/HS5/00472 entitled "Telecommunications data retention and disclosure" financed by the National Science Centre. The research aim was to analyse the existing legal solutions in the field of telecommunications data retention and disclosure under the regulations of the Criminal Procedure Code, Acts regulating the activities of the so-called authorized entities and the regulations of the communications law. The conducted analyses were to answer the question whether the legal regulations in force in the field of data retention and disclosure are appropriate or if they allow for obtaining data inadequately to the aims they serve, with respect to both the quantity and the scope. The research resulted in the development of a model of telecommunications data retention and disclosure.

Key words: *telecommunications data, data retention, billing, access to telecommunications data*

SKŁAD SĄDU NA ROZPRAWIE GŁÓWNEJ

JACEK KOSONOĞA

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ po raz kolejny przemodelowano kwestię składu na rozprawie głównej. Nie zrezygnowano z ogólnej zasady jednoosobowego orzekania (art. 28 § 1 k.p.k.), ale wprowadzono zastrzeżenie, że o zmianie składu na kolegiálny decyduje zarówno zawiłość sprawy, jak i jej waga. Dodatkowo okoliczności te pozwalają nie tylko – jak dotychczas – na przekazanie sprawy składowi zawodowemu, ale także ławniczemu (art. 28 § 3 k.p.k.). Zachowano regułę, że w sprawach o zbrodnie sąd orzeka w składzie jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 2 k.p.k.), a w sprawach o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności, w składzie dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4 k.p.k.).

Wspomniana nowela wprowadziła nie wprowadza zasadniczych zmian w zakresie składu sądu na rozprawie głównej, lecz te, które zamieszczono w treści art. 28 k.p.k. generują nowe problemy interpretacyjne. Co więcej, kwestia właściwej obsady sądu – ze względu na jej teoretyczną złożoność, a przede wszystkim duże znaczenie praktyczne – niezmiennie stanowi ważkie zagadnienie z zakresu problematyki organów procesowych w postępowaniu karnym.

2. UDZIAŁ CZYNNIKA SPOŁECZNEGO W ORZEKANIU

Jednym z najistotniejszych przejawów zasady udziału czynnika społecznego w postępowaniu karnym jest udział ławników w składach sądu na rozprawie głównej (art. 28 § 2 i 3 k.p.k.). Ławnicy decydują, obok sędziów zawodowych, o kwestii o najwyższym znaczeniu w procesie, czyli odpowiedzialności karnej oskarżonego. W ten sposób ustawodawca zapewnia bezpośredni wpływ czynnika społecznego na orzecznictwo sądowe.

¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.).

Kwestia znaczenia i roli ławników w postępowaniu karnym była już wielokrotnie przedmiotem rozważań, sporów doktrynalnych i badań empirycznych². Jest to zagadnienie złożone, mające wymiar nie tylko *stricte* procesowy, ale przede wszystkim ustrojowy i konstytucyjny. Wymierzanie sprawiedliwości stanowi jedną z podstawowych form sprawowania władzy państwowej, stąd powierzenie go nawet w ustawowo określonym zakresie czynnikowi społecznemu nie jest oceniane jednoznacznie.

Eksponując korzyści wynikające z udziału ławników w orzekaniu wskazuje się m.in. na zabezpieczenie kontroli społeczeństwa nad wymiarem sprawiedliwości, ograniczenie rutyny i szablonu w rozstrzyganiu konkretnych spraw, uświadomienie czynnikowi zawodowemu warunków i potrzeb środowiska społecznego³. Za zalety systemu ławniczego uważa się również fakt, iż ławnicy reprezentują poczucie sprawiedliwości i opinię publiczną, w szczególności środowiska, z którego się wywodzą, wnoszą do orzekania własne doświadczenie życiowe i wiedzę zawodową oraz przyczyniają się do kształtowania poglądów prawnych społeczeństwa. Udział ławników skłania wszystkich uczestników procesu sądowego do większej staranności w wykonywaniu swych czynności i zwiększa niezawisłość składu orzekającego oraz utrudnia wywieranie nacisku na sąd⁴.

Po stronie wad takiego rozwiązania wskazuje się m.in., że uczestnictwo ławników powoduje niejednokrotnie przewlekłość postępowania, związaną z niestawiennictwem, nieobowiązkowością, a także biernością przy orzekaniu. Podnosi się, że w wielu sytuacjach występuje również fikcja kolegialnego rozstrzygnięcia sprawy⁵. To ostatnie stwierdzenie zdają się potwierdzać zresztą wyniki badań empirycznych, zarówno tych sprzed blisko 40 lat⁶ jak i tych prowadzonych współcześnie⁷; nie wykazano natomiast statystycznie istotnego związku między składem sądu a długością rozprawy⁸.

Powyższa polaryzacja stanowisk i przytaczane argumenty nie zmieniają jednak faktu, iż zasada udziału czynnika społecznego w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości karnej ma silne umocowanie normatywne. Została ona wyrażona nie tylko w ustawodawstwie zwykłym (art. 3 k.p.k.; art. 4 u.s.p.), ale również w przepisach rangi konstytucyjnej (art. 182 Konstytucji RP). Poza dyskusją pozostaje zatem jej obowiązywanie w procesie karnym, kwestią otwartą jest natomiast ocena jej zakresu.

² Zob. np. M. Rybicki, *Ławnicy ludowi w sądach PRL*, Warszawa 1968; S. Zawadzki, L. Kubicki (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym. Opinie a rzeczywistość. Studium prawnempiryczne*, Warszawa 1970; A. Turska, *Czynnik społeczny i zawodowy w wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 1971; A. Siemaszko (red.), *Ławnicy rezultaty badań empirycznych*, Warszawa 1994; I. Śmietanka, *Udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości*, GSiP 1969, nr 16.

³ F. Prusak, *Czynnik społeczny w procesie karnym*, Warszawa 1975, s. 7.

⁴ Szerzej zob. M. Rybicki, *Ławnicy ludowi...*, *op. cit.*; M. Flasiński, A. Strzembosz, *Ławnicy ludowi w systemie wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Udział społeczeństwa w zapobieganiu i zwalczaniu przestępczości. Materiały na sympozjum naukowe*, Warszawa 1976, s. 6.

⁵ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 209, s. 43.

⁶ S. Zawadzki, L. Kubicki (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym...*, s. 104 i n., s. 223 i n., zob. również A. Podgórecki, *Utajniona obserwacja rzeczywistego działania instytucji*, [w:] M. Ofierska, M. Dietl (red.), *Moralność i społeczeństwo. Księga jubileuszowa dla Marii Ossowskiej*, Warszawa 1969, s. 301 i n.

⁷ A.S. Bartnik, *Sędzia, czy kibic? Rola ławnika w wymiarze sprawiedliwości III RP*, Warszawa 2009, 106 i n., A. Siemaszko (red.), *Ławnicy. Rezultaty badań empirycznych*, Warszawa 1994, s. 24.

⁸ D. Szumiło-Kulczycka, W. Dadak, *Szybkość postępowania sądowego w świetle akt sądowych*, [w:] S. Waltoś, J. Czapska, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, Kraków 2007, s. 175.

Ustawodawca ograniczył udział ławników do składu sądu orzekającego na rozprawie głównej. Obligatoryjnie ławnicy orzekają w sprawach o zbrodnie (art. 28 § 2 k.p.k.) oraz w sprawach o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 28 § 4 k.p.k.); fakultatywnie – w razie uznania przez sąd pierwszej instancji, że zachodzi szczególna waga lub zawiłość sprawy, przy czym alternatywą dla składu ławniczego jest zawsze możliwość poszerzenia składu o sędziów zawodowych (art. 28 § 3 k.p.k.). Jak już wspomniano, nowelizacja z dnia 27 września 2013 r. nie wprowadziła zasadniczych zmian w zakresie udziału ławników w składach orzekających. Jedyną nowością jest fakultatywne poszerzenie składu o ławników w trybie art. 28 § 3 k.p.k.

W uzasadnieniu do projektu wspomnianej noweli podniesiono, że proponowane zmiany podyktowane są koniecznością pełniejszej realizacji gwarancji konstytucyjnej zapisanej w art. 182 Konstytucji RP. Przepis ten wprawdzie pozostawia ustawodawcy określenie zakresu, w jakim obywatele uczestniczą w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, niemniej nie oznacza to, iż ustawodawcy wolno było udział ten sprowadzić na margines, co – według projektodawców – uczyniono nowelą z 15 marca 2007 r.⁹ Mając jednak na względzie, że zaproponowana zmiana w istocie w niewielkim stopniu zwiększa zakres udziału ławników w orzekaniu w sprawach karnych, można mieć wątpliwości, czy to założenie zostało w rzeczywistości zrealizowane. Tym bardziej, że – jak podnosi się w dalszej części uzasadnienia – sięganie po skład kolegialny powinno być raczej wyjątkowe¹⁰.

Wbrew zatem powyższym deklaracjom, rola czynnika społecznego w orzekaniu jest niezmiennie marginalna. Można jednocześnie przypuszczać, że art. 28 § 3 in fine k.p.k., nie znajdzie szerszego zastosowania, jeżeli w ogóle nie stanie się normą pustą. Ze względów pragmatycznych sąd stojąc przed dylematem, czy uzupełnić skład o ławników, czy sędziów zapewne z reguły będzie decydował się na skład zawodowy. Przepis ten może okazać się pozbawiony znaczenia praktycznego i mieć bardziej charakter deklaracyjny niż rzeczywiście służyć wypełnieniu normy konstytucyjnej (art. 182 Konstytucji RP). Oczywiście zweryfikowanie tej tezy będzie możliwe dopiero po upływie pewnego czasu od wejścia w życie nowelizacji, lecz taki stan rzeczy wydaje się wysoce prawdopodobny.

Analizując dane statystyczne w doktrynie szacuje się, że odsetek spraw o przestępstwa, rozpoznanych w 2012 r. przez składy ławnicze, wynosił 1%, pozostałe 99% spraw rozpoznano jednoosobowo¹¹. Biorąc pod uwagę zakres zmian, jakie wprowadza nowelizacja z dnia 27 września 2013 r. można zakładać, że dane te pozostaną na bardzo zbliżonym poziomie. Obrazuje to skalę zjawiska i jednoznacznie dowodzi, że sądy ławnicze w postępowaniu karnym mają znaczenie jedynie symboliczne. Powstaje wobec tego wątpliwość, czy obecne rozwiązanie, a zwłaszcza wcześniejsza nowelizacja z 2007 r. nie marginalizują w sposób zbyt radykalny konstytucyjnej zasady udziału czynnika społecznego. Wydaje się więc, że kwestia należytego ukształtowania udziału ławników w orzekaniu w sprawach karnych nie została ostatecznie zamknięta, a postulat zwiąk-

⁹ Sejm VII kadencji druk sejmowy nr 870, s. 20.

¹⁰ *Ibidem*, s. 21.

¹¹ G. Artymiak, *Zasada kolegialności*, [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. II, Warszawa 2014, s. 1405–1406.

szenia ich udziału w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości karnej pozostaje nadal aktualny. Powierzenie rozpoznawania spraw karnych w zasadzie wyłącznie składom profesjonalnym, nie tylko bagatelizuje wymogi konstytucyjne, ale jednocześnie stwarza ryzyko rutynowego orzekania, czemu zapobiegać ma udział czynnika społecznego¹².

W świetle powyższego można postawić pytanie, czy – wbrew dotychczasowym tendencjom legislacyjnym – udziału ławników zasadniczo nie należałoby sprowadzić do sądów rejonowych, jako wsparcia dla młodych, mniej doświadczonych sędziów, na co zwracano już uwagę w literaturze¹³, a jedynie w drodze wyjątku dopuścić taką możliwość w sądach okręgowych, gdzie z założenia trafiają sprawy bardziej złożone, wymagające fachowego przygotowania. Możliwości, jakie w tym zakresie stwarza art. 28 § 3 k.p.k. wydają się niewystarczające. Otwartą kwestią jest także uzależnienie składów ławniczych od rodzaju rozpoznawanej sprawy, co jednak może okazać się bardzo kazuistyczne. Niemniej wydaje się, że mniejsze uzasadnienie znajdzie udział ławników np. w zawiłych sprawach z zakresu przestępczości gospodarczej, czy też związanych z obrotem pieniędzmi i papierami wartościowymi, niż w przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu lub mieniu. Z legislacyjnego punktu widzenia nie byłoby trudności ze wskazaniem konkretnych przestępstw lub grup przestępstw (np. poszczególnych rozdziałów kodeksu karnego), w których w pierwszej instancji orzekałby skład ławniczy¹⁴.

¹² Krytycznie na temat ograniczenia roli ławników zob. np. S. Waltoś, *Ławnik – czy piąte koło u wozu*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, Warszawa 2011, s. 523 i n.; idem, *W dziesięciolecie obowiązywania kodeksu postępowania karnego*, PiP 2009, nr 4, s. 6 i n.; G. Artymiak, *Składy orzekające w sądach pierwszej instancji po zmianach kodeksu postępowania karnego wprowadzonych ustawą z dnia 15 marca 2007 r.*, WPP 2008, Nr 4, s. 132; B. Janusz-Pohl, *Zasada udziału czynnika społecznego*, [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. II, Warszawa 2014, s. 1460; R.A. Stefański, *Składy sądu w postępowaniu karnym*, [w:] J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Prof. B. Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008, s. 435; zob. również: Ł. Chojniak, *Ławnicy w postępowaniu karnym – ujęcie historyczne i konstytucyjne*, Wrocławskie Studia Sądowe 2013, nr 3–4, s. 47 i n.; K. Wieczorek, *Udział czynnika społecznego w orzekaniu w polskim i amerykańskim procesie karnym*, Warszawa 2012; K. Piasecki, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Warszawa 2005, s. 235 i n.; M. Flasiński, A. Strzembosz, *Ławnicy ludowi w systemie wymiaru sprawiedliwości*, [w:] *Udział społeczeństwa w zapobieganiu i zwalczaniu przestępczości. Materiały na sympozjum naukowe*, Warszawa 1976, s. 6 i n.; J. Waszczyński, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Łódź 1974, s. 76 i n.; Z. Resich, *Nauka o organach ochrony prawnej*, Warszawa 1973, s. 80 i n.; M. Rybicki, *Słowo wstępne*, [w:] *Ławnicy ludowi w sądach powszechnych*, Warszawa 1964, s. 3 i n.; S. Śliwiński, *Ławnik*, [w:] Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. II, s. 862 i n.; A. Siemaszko (red.), *Ławnicy rezultaty badań empirycznych*, Warszawa 1994; F. Prusak, *Czynnik społeczny...*, *op. cit.*; A. Turska, *Czynnik społeczny i zawodowy w wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 1971; S. Zawadzki, L. Kubicki (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym...*, *op. cit.*; M. Rybicki, *Ławnicy ludowi...*, *op. cit.*

¹³ S. Waltoś, *W dziesięciolecie obowiązywania kodeksu postępowania karnego*, PiP 2009, nr 4, s. 6–7.

¹⁴ Szerzej zob. J. Kosonoga, *Przejawy udziału czynnika społecznego w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. VI, Warszawa 2012, s. 367.

3. ORZEKANIE W SKŁADZIE JEDNEGO SĘDZIEGO

Zgodnie z art. 28 § 1 k.p.k. na rozprawie głównej sąd orzeka w składzie jednego sędziego, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej; sędzia ma wówczas prawa i obowiązki przewodniczącego. Przepis art. 28 § 1 k.p.k. odnosi się zarówno do sądu rejonowego, jak i do sądu okręgowego. Skład sądu na rozprawie odwoławczej oraz na posiedzeniu określają przepisy odrębne – art. 29 k.p.k. i art. 30 k.p.k. Sąd rejonowy na rozprawie głównej orzeka jednoosobowo niezależnie od tego, czy sprawa podlega rozpoznaniu w postępowaniu zwyczajnym, czy też jest prowadzona w trybie prywatnoskargowym (art. 28 § 1 k.p.k. w zw. z art. 485 k.p.k.) lub przyspieszonym (art. 28 § 1 k.p.k. w zw. z art. 517 a § 1 k.p.k.). Zasada jednoosobowego orzekania dotyczy także rozprawy głównej prowadzonej przez sąd okręgowy. Jak już wspomniano, wyjątki ograniczono do spraw o zbrodnie (art. 28 § 2 k.p.k.) oraz spraw zagrożonych karą dożywotniego pozbawienia wolności (art. 28 § 4 k.p.k.). Zarówno w przypadku sądu rejonowego jak i okręgowego istnieje także możliwość prowadzenia rozprawy głównej w składzie kolegiальnym ze względu na szczególną zawiłość sprawy lub jej wagę (art. 28 § 3 k.p.k.). W pierwszym przypadku (art. 28 § 2 i 4 k.p.k.) odstępstwo od jednoosobowego orzekania jest obligatoryjne, w drugim (art. 28 § 3 k.p.k.) – uznaniowe. Z powyższego wynika, że niezmiennie skład kolegiálny pozostaje wyjątkiem, a zasadą – orzekanie jednoosobowe.

W razie rozpoznawania sprawy w składzie jednoosobowym, sędzia ma prawa i obowiązki przewodniczącego (art. 28 § 1 k.p.k.). Zgodnie z § 2 ust. 10 reg. sąd.¹⁵ przewodniczącym posiedzenia lub rozprawy jest sędzia lub asesor sądowy przewodniczący składowi rozpoznającemu sprawę albo rozpoznający sprawę w składzie jednoosobowym. Sędzia, o którym mowa w art. 28 § 1 k.p.k. jest zatem jednocześnie przewodniczącym i składem sądu.

Rola przewodniczącego w procesie karnym jest znacząca. Jest on centralną postacią rozprawy sądowej. Wiele z przysługujących mu uprawnień wprost przekłada się na sprawność, szybkość i merytoryczny przebieg prowadzonego procesu i jakkolwiek nie ma waloru judykacyjnego, faktycznie oddziałuje na decyzję końcową. Chodzi przede wszystkim o czynności wpływające na przebieg postępowania dowodowego. W tym sensie – jak zasadnie wskazuje się w doktrynie – podejmowanie przez przewodniczącego składu decyzji kierowniczych wywiera doniosłe skutki dla przebiegu i wyników poznania sądowego¹⁶.

Przewodniczącym składu co do zasady nie może być sędzia sądu niższego, przy czym Minister Sprawiedliwości może przyznać sędziemu sądu rejonowego, delegowanemu do sądu okręgowego, prawo przewodniczenia w sprawach rozpoznawanych przez ten sąd w pierwszej instancji, w składzie jednego sędziego i dwóch ławników albo w składzie jednego sędziego (art. 46 § 1 u.s.p.). Oczywiście funkcji przewodniczącego nie może pełnić ławnik (art. 169 § 2 u.s.p.).

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 2316 ze zm.).

¹⁶ Zob. J. Jaśkiewicz, *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 90–91.

Zasadniczo od zarządzeń przewodniczącego wydanych na rozprawie głównej przysługuje odwołanie do składu orzekającego, chyba jednak że sąd orzeka jednoosobowo (art. 373 k.p.k.).

4. ORZEKANIE W SKŁADZIE KOLEGIALNYM

4.1. SPRAWY O ZBRODNIĘ

Wyjątek od jednoosobowego rozpoznawania sprawy na rozprawie głównej stanowią sprawy o zbrodnie. Sąd orzeka wówczas w składzie jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 2 k.p.k.). Sprawy te należą do właściwości rzeczowej sadu okręgowego (art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k.). Chodzi jedynie o zbrodnie, które nie są zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności. W tym ostatnim przypadku sąd okręgowy orzeka w składzie dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4 k.p.k.). Do kategorii zbrodni niezagrażonych karą dożywotniego pozbawienia wolności, ale zagrożonych także karą 25 lat pozbawienia wolności należą m.in. przestępstwa stypizowane w przepisach: art. 117 § 2 k.k., art. 118 § 2 i 3 k.k., art. 118 a § 2 i 3 k.k., art. 122 § 1 i 2 k.k., art. 123 § 2 k.k., art. 124 § 1 i 2 k.k., art. 125 § 2 k.k., art. 127 § 2 k.k., art. 128 § 1 k.k., art. 130 § 2 i 4 k.k., art. 166 § 2 i 3 k.k., art. 189 a § 1 k.k., art. 197 § 3 i 4 k.k., art. 252 § 1 i 2 k.k., art. 258 § 4 k.k., art. 280 § 2 k.k., art. 310 § 1 k.k.

Ustawodawca przewiduje również zbrodnie zagrożone karą pozbawienia wolności od lat 12 (art. 134 k.k. i art. 148 § 4 k.k.; od lat 10 (art. 120 k.k.; art. 127 § 1 k.k.) i od lat 5 (np. art. 197 § 4 k.k.). Z kolei zbrodnie zagrożone karą pozbawienia wolności od lat 3 wyrażono m.in. w: art. 118 a § 3 k.k.; art. 124 § 1 i § 2 k.k.; art. 125 § 2 k.k.; art. 126 § 1 k.k.; art. 127 § 2 k.k.; art. 128 § 1 k.k.; art. 130 § 2 k.k.; art. 166 § 2 k.k.; art. 189 § 3 k.k.; art. 189 a § 1 k.k.; art. 197 § 3 k.k.; art. 252 § 1 k.k.; art. 258 § 4 k.k.; art. 280 § 2 k.k. Odpowiedzialność za zbrodnie przewidziano także w przepisach pozakodeksowych, należą do nich: art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 3 oraz art. 59 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹⁷; art. 241 ust. 1 i 2 ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej¹⁸, jak również art. 8 ustawy przepisy wprowadzające kodeks karny¹⁹.

W doktrynie i judykaturze powszechnie przyjmuje się, że zagrożenie karne określa kara przewidziana wyłącznie w sankcji przepisu typizującego przestępstwo, niezależnie od modyfikacji wynikających z części ogólnej kodeksu karnego. Nie bierze się pod uwagę jej potencjalnego wymiaru sądowego²⁰. Bez znaczenia pozostaje zatem np. fakt,

¹⁷ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 224 ze zm.).

¹⁸ Ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 827 ze zm.).

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 554 ze zm.).

²⁰ Zob. uchw. SN z 19.03.1970 r., VI KZP 27/69, OSNKW 1970, nr 4–5, poz. 33, z glosą (apr.) M. Cieślaka, PiP 1970, nr 11, s. 831 i n., uchw. SN z dnia 29.07.1970 r. VI KZP 32/70, OSNKW 1970, nr 10, poz. 117, R.A. Stefański, *Składy sądu w postępowaniu karnym...*, s. 422; K. Daszkiewicz,

iż w sprawie zachodzą okoliczności decydujące o nadzwyczajnym załagodzeniu kary, bądź, że sąd przyjął wypadek mniejszej wagi²¹.

W sytuacji gdy określony skład sądu zależny jest od rodzaju sprawy poddanej osądowi, tak jak w przypadku zbrodni (art. 28 § 2 k.p.k.), decydujące znaczenie ma czyn przestępny, na którego popełnienie wskazuje akt oskarżenia, z tym jednak zastrzeżeniem, że ani opis czynu, ani kwalifikacja prawna zaproponowana w akcie oskarżenia – podobnie jak przy orzekaniu o właściwości – nie wiąże sądu²². Kwalifikacja prawna zawarta w akcie oskarżenia nie przesądza ostatecznie o składzie sądu. Jest tylko propozycją oceny prawnej czynu zarzuconego, w żadnym razie nie wiążącą sądu. Sąd może tę kwalifikację zmienić nie tylko w wyroku, ale też w trakcie wstępnej kontroli oskarżenia (rozdział 40 k.p.k.), może więc ją zweryfikować, gdy jest błędna, od czego będzie zależeć właściwość rzeczowa sądu (art. 339 § 3 k.p.k.)²³. Kwestia zmiany kwalifikacji prawnej może również pojawić się w trakcie przewodu sądowego (art. 399 k.p.k.). W orzecznictwie podkreśla się, że w sytuacji, gdy w toku przewodu sądowego zachodzi potencjalna możliwość zmiany kwalifikacji czynu, choćby wobec jednego ze współoskarżonych i to w taki sposób, że skład orzekający na tej rozprawie staje się nieprawidłowy, sąd powinien uprzedzić strony o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej, a następnie odroczyć rozprawę i wystąpić do organu wewnątrz sądowego o zarządzenie składu sądu odpowiadającego wymogom art. 28 k.p.k. Przy ustalaniu nowego poszerzonego składu sądu jest dopuszczalne zarówno, aby pozostawały w nim nadal osoby wchodzące dotąd do składu mniej licznego, jaki by skład ten tworzyły nowe osoby²⁴.

Nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy w jednym postępowaniu rozpoznawane są sprawy oskarżonych, którym zarzucono zbrodnię oraz takich, którym takiego zarzutu nie postawiono sąd powinien orzekać w składzie jednego sędziego i dwóch ławników²⁵.

W sprawach rozpoznawanych w składzie sędziego i dwóch ławników uzasadnienie podpisuje tylko przewodniczący, chyba że zgłoszono zdanie odrębne (art. 115 § 2 k.p.k.).

4.2. SZCZEGÓLNA ZAWIŁOŚĆ LUB WAGA SPRAWY

Ze względu na szczególną zawiłość sprawy lub jej wagę sąd pierwszej instancji może postanowić o rozpoznaniu sprawy w składzie trzech sędziów albo jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 3 k.p.k.). Jak już wspomniano, zmiana wprowadzona nowelizacją z dnia 27 września 2013 r. polega na możliwości przekazania sprawy do rozpoznania nie tylko składowi zawodowemu, ale także ławniczemu. Ponadto poszerzono przesłanki zmiany składu dodając obok szczególnej zawiłości sprawy także jej wagę. W uzasadnieniu nowelizacji wskazano, że zawiłość sprawy, zwłaszcza jeśli

Nadzwyczajne załagodzenie kary, Warszawa 1976, s. 10 i n.; A. Kabat, Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 15 kwietnia 1986 r., VI KZP 55/85, NP 1987, nr 1, s. 116 i n.

²¹ Zob. wyrok SA w Krakowie z 29.12.1999 r., II AKa 238/99, KZS 2000, nr 1, poz. 28.

²² Uchw. SN z 16.11.2000 r., I KZP 35/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 92.

²³ Wyr. SA w Krakowie z 25.01.2005 r., II AKa 252/05, KZS 2006, nr 1, poz. 35.

²⁴ Postanowienie SN z 4.11.2003 r., III KK 137/02, OSNwSK 2003, poz. 2323, T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014, s. 189.

²⁵ Por. wyr. SN z 22.4.1971 r., II KR 14/71 OSNKW 1971, Nr 11, poz. 176.

występuje na płaszczyźnie podlegającego zastosowania prawa, a nie ustalanych faktów, z reguły powinna prowadzić do wyznaczenia trzysobowego składu zawodowego. Waga sprawy, a niekiedy stopień skomplikowania okoliczności sprawy, raczej powinny przemawiać za wyjątkowym wyznaczeniem składu ławniczego²⁶. Wprawdzie jest to pewna wskazówka interpretacyjna, lecz wydaje się, że dla zagwarantowania jednolitej praktyki orzeczniczej zasadne byłoby przyporządkowanie wprost w treści przepisu konkretnej przesłanki do konkretnego składu (zawodowego lub ławniczego).

Zmiana składu może nastąpić zarówno ze względu na szczególną zawiłość sprawy jak i jej szczególną wagę. Wprawdzie w art. 28 § 3 k.p.k. mowa jest jedynie o „szczególnej zawiłości” lecz, mając na uwadze potrzebę zwięzłego i syntetycznego redagowania tekstu prawnego i unikanie zbędnych powtórzeń przyjąć należy, że przymiotnik „szczególna” odnosi się do obu przesłanek. Ponadto o zmianie składu decydować powinna ponadprzeciętna waga rozpoznawanej sprawy. Nie jest również wykluczone, aby była to suma okoliczności wynikających z obu przesłanek. Słownikowo zawiły oznacza: trudny do zrozumienia, pełen niejasności, skomplikowany, zagmatwany²⁷. Cechę tego rodzaju należałoby zatem odnieść do warstwy merytorycznej sprawy. Waga to m.in. ważność, doniosłość, znaczenie czegoś²⁸. Generalnie więc, chodzić będzie o społeczny wydźwięk rozpoznawanej sprawy karnej, związany ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości przez sądy. Szczególny natomiast oznacza tyle co: odznaczający się czymś osobliwym, zwracający czymś uwagę; niezwykły, wyjątkowy, specjalny, nieprzeciętny²⁹.

Oba wyrażenia normatywne zostały poddane już wnikliwej wykładni operatywnej na gruncie art. 25 § 2 k.p.k.³⁰ Z uwagi na tożsamość wyrażen normatywnych użytych

²⁶ Sejm VII kadencji druk sejmowy nr 870, s. 21.

²⁷ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, t. V, s. 592.

²⁸ *Ibidem*, t. V, s. 9.

²⁹ *Ibidem*, t. IV, s. 638.

³⁰ Szerzej zob. m.in.: post. SA w Katowicach z dnia 13.2.2008 r., II AKO 32/08, OSA w Katowicach 2008, Nr 2, poz. 6, post. SA w Krakowie z dnia 27.12.2007 r., II AKO 295/07, KZS 2008, nr 1, poz. 64, post. SA we Wrocławiu z dnia 24.05.2007 r., II AKO 94/07, Lex nr 271929, post. SA w Krakowie z dnia 27.05.2009 r., II AKO 58/09, KZS 2009, nr 6, poz. 69, post. SA w Katowicach z dnia 27.05.2009 r., II AKO 58/09, KZS 2009, nr 6, poz. 69, post. SA w Krakowie z dnia 17.02.2004 r., II AKa 9/04, KZS 2004, nr 2, poz. 27, z głosem J. Gurgula, OSN Prok. i Pr. 2006, nr 11, s. 177–182, post. SA w Krakowie z dnia 22.12.2010 r., II AKO 179/10, KZS 2011, nr 4, poz. 39, post. SA w Krakowie z dnia 25.06.2008 r., II AKO 87/08, KZS 2008, nr 10, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 10.12.2007 r., II AKO 267/07, KZS 2008, nr 2, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 26.10.2004 r., II AKa 134/04, KZS 2004, nr 11, poz. 13, post. SA w Katowicach z dnia 13.02.2008 r., II AKO 32/08, OSA 2009, nr 8, KZS 2009, nr 9, post. SA w Krakowie z dnia 27.12.2007 r., II AKO 295/07, KZS 2008, nr 1, poz. 64, post. SA w Katowicach z dnia 23 listopada 2005r., II AKO 194/05, Prz. Orz. PA w Katowicach 2006, poz. 6, post. SA we Wrocławiu z dnia 24.05.2007 r., II AKO 94/07, Lex nr 271929, post. SA w Katowicach z dnia 8.03.2006 r., II AKO 44/06, Lex nr 191769, post. SA w Katowicach z dnia 19.12.2007 r., II AKO 236/07, Lex nr 410405, post. SA w Krakowie z dnia 10.12.2007 r., II AKO 267/07, KZS 2008, nr 2, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 5.04.2007 r., II AKO 109/07, KZS 2007, nr 4, poz. 30, post. SA w Warszawie z dnia 7.01.2004 r., II AKO 487/03, OSA 2005, nr 1, poz. 3 post. SA w Katowicach z dnia 7.01.2004 r., II AKO 235/03, Lex nr 120338, post. SA w Krakowie z dnia 5.11.2003 r., II AKO 149/03, KZS 2003, nr 11, poz. 32 post. SA w Katowicach z dnia 22.10.2003 r., II AKO 179/03, KZS 2004, nr 2, poz. 48, zob. również T. Miśkiewicz, *Właściwość ruchoma sądu po nowelizacji k.p.k.*, GS 2004, nr 3, s. 13 i n., M. Załucki, *Właściwość rzeczowa sądu – uwagi na tle nowelizacji z 29 marca 2007 roku*, GS 2007, Nr 10, s. 15 i n., J. Kosonoga, *Właściwość ruchoma sądu w sprawach karnych*, Prok. i Pr. 2013, Nr 7 - 8, s. 157 i n.

w art. 25 § 2 k.p.k. i art. 28 § 3 k.p.k. orzecznictwo wypracowane na gruncie tego pierwszego przepisu powinno być posiłkowo uwzględniane przy ocenie przesłanek poszerzenia składu orzekającego.

O szczególnej zawiłości sprawy może decydować zarówno jej stan faktyczny, jak i aspekty prawne dotyczące prawa materialnego, procesowego, czy też związane ze sferą postępowania karnego w sprawach ze stosunków międzynarodowych³¹. Chodzi m.in. o: badanie złożonej materii prawnej wymagającej analizy wielości przepisów, zwłaszcza zawartych w pozakodeksowych aktach prawnych; wyjątkowo skomplikowane metody i sposoby realizacji czynów zarzucanych; złożone relacje interpersonalne współoskarżonych w ramach zachowań przestępnych; rozstrzygnięcie kolizji między ustawodawstwem krajowym oraz obcym; przeprowadzanie unikalnych dowodów kryminalistycznych³². Będą to sprawy wymagające skomplikowanej operacji myślowej, często przeprowadzenia wykładni norm prawnych, które nie znalazły dotychczas odbicia w judykaturze Sądu Najwyższego lub sądów apelacyjnych³³. Innymi słowy, zawiłość oznacza większy stopień trudności dowodzenia czy rozważenia sprawy, wymagający większej praktyki i doświadczenia, większy nie rodzajowo, ale wynikający z atypowości na tle innych spraw tego rodzaju³⁴.

Konsekwentnie podkreśla się, że obszerność dowodowa sprawy jest kategorią odrębną od jej zawiłości³⁵, stąd też sam fakt rozległości materiału dowodowego nie świadczy o zawiłości³⁶. Podobnie takie okoliczności jak np.: sama potrzeba oceny opinii biegłych oraz dokumentów związanych z obrotem papierami wartościowymi³⁷, czy też opinii z zakresu księgowości³⁸; okoliczność, że czyny zarzucane oskarżonym wyczerpują znamiona dwóch lub więcej przepisów ustawy karnej³⁹; znaczny stopień społecznej szkodliwości czynu⁴⁰; waga stawianych zarzutów⁴¹; trudności w procedowaniu związane z zachowaniem się oskarżycielek posiłkowych⁴²; „trudności organizacyjne” i znaczne obciążenie sędziów⁴³; wielość współoskarżonych oraz duża ilość wniosków

³¹ Zob. post. SA w Katowicach z dnia 23.01.2008 r., II AKO 16/08, Lex nr 399949, post. SA w Katowicach z dnia 23.01.2008 r., II AKO 18/08, KZS 2008, nr 7–8, poz. 88.

³² Post. SA we Wrocławiu z dnia 9.12.2004 r., II AKO 361/04, OSA 2005, nr 6, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 6.11.2003 r., II AKO 140/03, KZS 2003, nr 11, poz. 33.

³³ Post. SA w Katowicach z dnia 13.08.2003 r., II AKO 119/03, OSA 2004, nr 7, poz. 56, post. SA w Katowicach z dnia 13.02.2008 r., II AKO 32/08, OSN Prok. I Pr. 2008, nr 12, poz. 35, post. SA w Katowicach z dnia 19.12.2007 r., II AKO 236/07, KZS 2008, nr 7–8, poz. 85.

³⁴ Post. SA w Krakowie z dnia 27.12.2007 r., II AKO 295/07, KZS 2008, nr 1, poz. 64.

³⁵ Post. SA w Katowicach z dnia 19.12.2007 r., II AKO 236/07, Lex nr 410405, post. SA w Krakowie z dnia 10.12.2007 r., II AKO 267/07, KZS 2008, nr 2, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 5.04.2007 r., II AKO 109/07, KZS 2007, nr 4, poz. 30.

³⁶ Post. SA w Warszawie z dnia 7.01.2004 r., II AKO 487/03, OSA 2005, nr 1, poz. 3 post. SA w Katowicach z dnia 7.01.2004 r., II AKO 235/03, Lex nr 120338, post. SA w Krakowie z dnia 5.11.2003 r., II AKO 149/03, KZS 2003, nr 11, poz. 32 post. SA w Katowicach z dnia 22.10.2003 r., II AKO 179/03, KZS 2004, nr 2, poz. 48.

³⁷ Post. SA w Katowicach z dnia 10.12.2003 r., II AKO 213/03, Lex nr 183332.

³⁸ Post. SA w Katowicach z dnia 8.03.2006 r., II AKO 44/06, Lex nr 191769.

³⁹ Post. SA w Katowicach z dnia 9.01.2008 r., II AKO 244/07, Lex nr 410389.

⁴⁰ Post. SA w Krakowie z dnia 27.12.2007 r., II AKO 295/07, KZS 2008, nr 1, poz. 64.

⁴¹ Post. SA we Wrocławiu z dnia 28.11.2006 r., II AKO 330/06, Lex nr 203397.

⁴² Post. SA w Katowicach z dnia 15.11.2005 r., II AKO 193/05, Lex nr 164599.

⁴³ Post. SA w Lublinie z dnia 17.08.2005 r., II AKO 226/05, OSA 2006, nr 6, poz. 29, post. SA w Katowicach z dnia 20.09.2003 r., II AKO 147/03, OSA 2004, nr 11, poz. 85, post. SA w Katowicach z dnia 27.08.2003 r., II AKO 132/03, OSA 2004, nr 10, poz. 77.

wanych dowodów⁴⁴; bliskość miejsca zamieszkania osób podlegających wezwaniu na rozprawę, w stosunku do siedziby sądu⁴⁵; brak odpowiednio zabezpieczonej dla przesłuchania świadka koronnego sali rozpraw w danym sądzie rejonowym⁴⁶; zmienność zeznań pokrzywdzonej⁴⁷; znaczna liczba zarzucanych przestępstw i popełnienie ich na terenie kilku województw⁴⁸; związek sprawy z czynami objętymi postępowaniem w innej sprawie poddanej kognicji sądu okręgowego⁴⁹; fakt, że oskarżeni zostali już raz w tej sprawie uniewinnieni⁵⁰

Z kolei w przypadku szczególnej wagi w orzecznictwie podkreśla się, że przesądza o niej szczególne znaczenie dla opinii społecznej lub interesu publicznego⁵¹, chodzi o sprawy, które bądź ze względu na osobę sprawcy, bądź rodzaj zarzucanego mu przestępstwa stają się szczególnie bulwersujące i wywołują emocje wśród szerszej społeczności, często także powodują skrajne oceny mogące wpływać na nastroje, stosunek do władz lub porządek publiczny; będą to z reguły sprawy precedensowe, które niejednokrotnie dotyczą mechanizmów funkcjonowania państwa⁵². Przyjmuje się, że co do zasady sprawy dotyczące istotnych praw dużych grup społecznych traktować należy jako sprawy o większej wadze, jak chociażby w przypadku upadłości dużego zakładu produkcyjnego, żywiącego mieszkańców kilku powiatów⁵³. Konsekwentnie natomiast podkreśla się, że nie może o tym decydować samo tylko zainteresowanie medialne sprawą⁵⁴, podobnie jak sama wysokość wyrządzonej szkody majątkowej⁵⁵.

Wspomniana tożsamość przesłanek zmiany właściwości rzeczowej (art. 25 § 2 k.p.k.) i przekazania sprawy do rozpoznania przez skład poszerzony (art. 28 § 3 k.p.k.) powoduje wątpliwości co do tego, czy sąd okręgowy, któremu przekazano sprawę w trybie art. 25 § 2 k.p.k. powinien ją rozpoznać w składzie poszerzonym, skoro przekazanie nastąpiło ze względu na szczególną wagę lub zawzięłość. W doktrynie wskazuje się, że zmiana właściwości automatycznie przesądza o konieczności procedowania w skła-

⁴⁴ Post. SA we Wrocławiu z dnia 9.12.2004 r., II AKo 361/04, OSA 2005, nr 6, poz. 40.

⁴⁵ Post. SA w Katowicach z dnia 7.01.2004 r., II AKo 235/03, Lex nr 120338.

⁴⁶ Post. SA w Katowicach z dnia 19.11.2003 r., II AKo 197/03, OSA 2004, nr 11, poz. 87.

⁴⁷ Post. SA w Krakowie z dnia 6.11.2003 r., II AKo 140/03, KZS 2003, nr 11, poz. 33.

⁴⁸ Post. SA w Krakowie z dnia 21.08.2003 r., II AKo 116/03, KZS 2003, nr 11, poz. 30.

⁴⁹ Post. SA w Katowicach z 23.1.2008 r., II AKO 16/08, KZS 2008, nr 10, poz. 57.

⁵⁰ Post. SA w Krakowie z 10.12.2007 r., II AKO 267/07, KZS 2008, nr 2, s. 40.

⁵¹ Post. SA w Katowicach z dnia 13.02.2008 r., II AKo 32/08, OSA w Katowicach 2008, nr 2, poz. 6.

⁵² Post. SA w Katowicach z dnia 13.2.2008 r., II AKO 32/08, OSA w Katowicach 2008, Nr 2, poz. 6, post. SA w Krakowie z dnia 27.12.2007 r., II AKO 295/07, KZS 2008, nr 1, poz. 64, post. SA we Wrocławiu z dnia 24.05.2007 r., II AKO 94/07, Lex nr 271929, post. SA w Krakowie z dnia 27.05.2009 r., II AKO 58/09, KZS 2009, nr 6, poz. 69.

⁵³ Post. SA w Krakowie z dnia 27.05.2009 r., II AKO 58/09, KZS 2009, nr 6, poz. 69, post. SA w Krakowie z dnia 17.02.2004 r., II AKa 9/04, KZS 2004, nr 2, poz. 27, z głosem J. Gurgula, OSN Prok. i Pr. 2006, nr 11, s. 177–182.

⁵⁴ Post. SA w Krakowie z dnia 22.12.2010 r., II AKo 179/10, KZS 2011, nr 4, poz. 39, post. SA w Krakowie z dnia 25.06.2008 r., II AKO 87/08, KZS 2008, nr 10, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 10.12.2007 r., II AKO 267/07, KZS 2008, nr 2, poz. 40, post. SA w Krakowie z dnia 26.10.2004 r., II AKa 134/04, KZS 2004, nr 11, poz. 13, T. Miśkiewicz, *Właściwość ruchoma sądu po nowelizacji k.p.k.*, GS 2004, nr 3, s. 13.

⁵⁵ Post. SA w Katowicach z dnia 13.02.2008 r., II AKO 32/08, OSA 2009, nr 8, KZS 2009, nr 9, poz. 73.

dzie kolegiąlnym⁵⁶. Teza ta wydaje się jednak wątpliwa, albowiem art. 25 § 2 k.p.k. dotyczy jedynie zmiany właściwości rzeczowej, a kwestia składu sądu ma charakter odrębny i pozostawiona została do oceny składowi orzekającemu (art. 28 § 3 k.p.k.). Przekazanie sądowi okręgowemu, w którym z założenia zasiadają sędziowie bardziej doświadczeni zmienia także optykę co do stopnia jej zawiłości. Innymi słowy, zawiłość lub waga sprawy muszą być oceniane adekwatnie do szczebla sądu, w którym ma być rozpoznawana sprawa. Zasadniczo jednak decydować o tym mogą podobne kryteria⁵⁷.

Zasadnie podnosi się w doktrynie, że – *lege non distinguente* – przewidziana w art. 28 § 3 k.p.k. możliwość wyznaczenia do rozpoznania sprawy trzyosobowego składu zawodowego odnosi się zarówno do spraw o występki, w których regułą jest skład jednoosobowy, jak i spraw o zbrodnie, które – co do zasady – podlegają rozpoznaniu w trzyosobowym składzie ławniczym⁵⁸. Orzekanie w składzie kolegiąlnym, o jakim mowa w art. 28 § 3 k.p.k. nie jest natomiast możliwe w sprawach zagrożonych karą dożywotniego pozbawienia wolności. W takim wypadku sąd obligatoryjnie orzeka w poszerzonym składzie – dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4 k.p.k.).

Decyzję o rozpoznaniu sprawy w składzie trzyosobowym podejmuje skład sądu pierwszej instancji pierwotnie wyznaczony do jej rozpoznania. Sąd orzeka postanowieniem, na które nie przysługuje zażalenie. Jeżeli podejmowane jest ono na posiedzeniu, mogą wziąć w nim udział strony oraz osoby niebędące stronami, jeżeli ma to znaczenie dla ochrony ich praw lub interesów, jeżeli się stawią (art. 96 § 2 k.p.k.).

Ustawa procesowa nie precyzuje terminu wydania orzeczenia. Teoretycznie jest to możliwe aż do ogłoszenia wyroku, z praktycznego jednak punktu widzenia optymalnym rozwiązaniem byłoby rozstrzygnięcie tej kwestii przed otwarciem przewodu sądowego. Zasadnie zauważa się, że już na etapie wstępnej kontroli oskarżenia możliwe jest dokonanie oceny czy dana sprawa cechuje się szczególną wagą lub zawiłością⁵⁹. Poszerzenie składu przed otwarciem przewodu sądowego powinno stanowić regułą, odpowiadającą zresztą wymogowi rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.).

Z uwagi na skreślenie trybu uproszczonego, w tym art. 476 k.p.k., skład poszerzony może charakteryzować również tryb prywatnoskargowy (art. 485 k.p.k.) oraz przyspieszony (art. 517 a § 1 k.p.k.), co jednak wydaje się mieć znaczenie teoretyczne z uwagi na rodzaj rozpoznawanych spraw. Skoro postępowanie przyspieszone może być prowadzone, jeżeli sprawca został ujęty na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa lub bezpośrednio potem, zatrzymany oraz w ciągu 48 godzin doprowadzony przez Policję i przekazany do dyspozycji sądu, to tym samym z reguły będą to sprawy o nieskomplikowanym stanie faktycznym i prawnym. Podobnie nieskomplikowanych charakter z założenia mają sprawy prywatnoskargowe. Z uwagi na brak rozprawy art. 28 k.p.k. nie ma natomiast zastosowania do trybu nakazowego.

⁵⁶ M. Jachimowicz, *Problematyki składu sądu w postępowaniu karnym*, WPP 2004, nr 4, s. 121.

⁵⁷ J. Kosonoga, *Właściwość ruchoma...*, s. 165 i n.

⁵⁸ R.A. Stefański, *Składy sądu w postępowaniu karnym...*, s. 423; P. Hofmański, *Opinia dotycząca projektowanej zmiany art. 28 k.p.k. i jej konsekwencji systemowych z dnia 18 grudnia 2006 r.* (sejm V kadencji, druk sejmowy nr 639).

⁵⁹ Por. post. SA w Krakowie z 30.3.2011 r., II AKO 48/11, KZS 2011, Nr 5, poz. 46; W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancja w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 212; W. Michalski, *Właściwość i skład sądu. Wyłączenie sędziego*, Warszawa 1969, s. 10.

Nowatorskim, lecz nie pozbawionym sensu i godnym rozważania postulatem *de lege ferenda* jest możliwość przekazywania sprawy do rozpoznania składowi zawodowemu złożonemu nie tylko z sędziów karnych, ale także – w zależności od jej przedmiotu – sędziów z wydziału cywilnego, gospodarczego lub pracy⁶⁰. Dotyczyć by to mogło zwłaszcza przestępstw gospodarczych, czy przestępstw przeciwko osobom prawom osób wykonujących pracę zarobkową. Kwestia ta wymagałaby jednak dokładnego uszczegółowienia normatywnego.

4.3. SPRAWY O PRZESTĘPSTWA, ZA KTÓRE USTAWA PRZEWIDUJE KARĘ DOŻYWOTNIEGO POZBAWIENIA WOLNOŚCI

W sprawach o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności, na rozprawie głównej orzeka skład poszerzony: dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4 k.p.k.). Z uwagi na właściwość rzeczową, skład taki może występować jedynie sądzie okręgowym. Karę dożywotniego pozbawienia wolności przewidziano za: wszczęcie lub prowadzenie wojny napastniczej (art. 117 § 1 k.k.); zabójstwo lub spowodowane ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w ramach eksterminacji (art. 118 § 1 k.k.); dopuszczenie się zabójstwa, spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub stworzenie dla osób należących do grupy ludności warunków życia grożących ich biologicznej egzystencji w związku z wzięciem udziału w masowym zamachu lub w jednym z powtarzających się zamachów skierowanych przeciwko grupie ludności podjętych w celu wykonania lub wsparcia polityki państwa lub organizacji (art. 118a § 1 k.k.); stosowanie środka masowej zagłady zakazanego przez prawo międzynarodowe (art. 120 k.k.); ludobójstwo (art. 123 k.k.); zamach stanu (art. 127 § 1 k.k.); zamach na życie prezydenta RP (art. 134 k.k.); zabójstwo (art. 148 § 1–3 k.k.).

Podobnie jak w przypadku składu ławniczego w sprawach o zbrodnie (art. 28 § 2 k.p.k.), dla wyznaczenia składu poszerzonego (art. 28 § 4 k.p.k.) istotny jest sam fakt kwalifikacji prawnej; bez znaczenia pozostaje, czy kara dożywotniego pozbawienia wolności zostanie w rzeczywistości wymierzona, nawet wówczas, gdy taka ewentualność jest prawnie wykluczona, np. ze względu na wiek sprawcy – art. 54 § 2 k.k.⁶¹ Decydujące znaczenie ma czyn przestępny, na którego popełnienie wskazuje akt oskarżenia, przy czym ani opis czynu, ani kwalifikacja prawna zaproponowana w akcie oskarżenia nie wiąże sądu⁶². Zasadnie wskazuje się w orzecznictwie, że w sytuacji przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd odwoławczy ze wskazaniem na potrzebę rozważenia kwalifikacji czynu, za który ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności, powinien orzekać skład poszerzony⁶³. Skład poszerzony jest właściwy także w sprawach wieloosobowych, jeżeli chociażby jednemu z oskarżonych

⁶⁰ G. Artymiak, *Składy orzekające w sądach pierwszej instancji po zmianach kodeksu postępowania karnego wprowadzonych ustawą z dnia 15 marca 2007 r.*, WPP 2008, nr 4, s. 131.

⁶¹ Zob. uchw. SN z 19.03.1970 r., VI KZP 27/69, OSNKW 1970, nr 4–5, poz. 33, z glosą (apr.) M. Cieślaka, PiP 1970, nr 11, s. 831 i n., uchw. SN z dnia 29.07.1970 r. VI KZP 32/70, OSNKW 1970, nr 10, poz. 117.

⁶² Uchw. SN z 16.11.2000 r., I KZP 35/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 92, wyr. SA w Krakowie z 25.01.2005 r., II Aka 252/05, KZS 2006, nr 1, poz. 35.

⁶³ Uchw. SN z 21 sierpnia 1992 r., I KZP 26/92, OSNKW 1992, nr 9–10, poz. 67 z uwagami L. Ślugockiego, *Prawo karne procesowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego (1987–1996)*, Warszawa

zarzucono czyn zagrożony karą dożywotniego pozbawienia wolności⁶⁴. W sprawach rozpoznawanych w składzie dwóch sędziów i trzech ławników uzasadnienie podpisują obaj sędziowie, chyba że zgłoszono zdanie odrębne (art. 115 § 2 k.p.k.).

W doktrynie wątpliwości wywołuje kwestia składu sądu rozpoznającego na rozprawie wniosek prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i zastosowanie środków zabezpieczających wobec podejrzanego o czyn zagrożony karą dożywotniego pozbawienia wolności. Z jednej strony twierdzi się, że sąd okręgowy orzeka w takiej sytuacji w składzie określonym w art. 28 § 1 k.p.k.⁶⁵, z drugiej, że w składzie poszerzonym – dwóch sędziów i trzech ławników⁶⁶. Pierwsze stanowisko wydaje się bardziej przekonujące. Znaczenie ma fakt, iż rozpoznając wniosek prokuratora o umorzenie postępowania sąd okręgowy nie orzeka w sprawie o przestępstwo, skoro w postępowaniu przygotowawczym ustalono, że sprawcy z powodu niepoczytalności nie można przypisać winy. Rolą sądu jest jedynie zbadanie zasadności wniosku, a nie kwestii popełnienia przestępstwa⁶⁷.

5. SKŁAD SĄDU W SPRAWACH O WYDANIE WYROKU ŁĄCZNEGO

Wątpliwości interpretacyjne dotyczą również składu sądu właściwego do orzekania w sprawie o wydanie wyroku łącznego, który obejmuje wyrok skazujący za przestępstwo zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności. Kwestii tej nie rozstrzygają przepisy rozdziału 60 k.p.k. Art. 573 § 1 k.p.k. stanowi jedynie, że wyrok łączny wydaje się po przeprowadzeniu rozprawy, a art. 574 k.p.k., że w kwestiach nieuregulowanych przepisami art. 569–577 k.p.k. stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu zwyczajnym przed sądem pierwszej instancji. W efekcie oznacza to, że zastosowanie znajdzie art. 28 k.p.k. nie przesądza jednak, jaki skład będzie właściwy do orzekania w tego rodzaju sytuacji procesowej.

Jeszcze w poprzednim stanie prawnym podnoszono, że określenie, iż do postępowania o wydanie wyroku łącznego stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu zwyczajnym przed sądem pierwszej instancji oznacza, że właściwym składem sądu do

1997, s. 146 i n. oraz R.A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za lata 1991–1993, WPP 1995, nr 2, s. 75.

⁶⁴ Zob. wyr. SN z 22.4.1971 r., II KR 14/71 OSNKW 1971, Nr 11, poz. 176.

⁶⁵ Uchw. SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 21/99, OSNKW 1999, Nr 9–10, poz. 49 z glosami J. Izydorczyka (apr.), Prok. i Pr. 2000, Nr 10, s. 87–93 oraz uwagami R.A. Stefańskiego (apr.), *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1999 r.*, WPP 2000, Nr 2, s. 111–114; post. SN z dnia 1 czerwca 2006 r., III KK 49/06, LEX nr 186946, post. SA w Lublinie z 4.7.2012 r., II AKz 311/12, LEX nr 1293495.

⁶⁶ K. Zgryzek, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 21/99, Prok. i Pr. 2000, Nr 5, s. 101–108; W. Kociubiński, *Orzekanie o środku zabezpieczającym z art. 94 nowego kodeksu karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, PS 1999, nr 3, s. 129; Z. Świda, *Właściwość i skład sądu. Wyłączenie sędziego*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 14, s. 270–271; D. Szumiło-Kuleczycka, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 21/99, PiP 2000, Nr 3, s. 106–111.

⁶⁷ D. Świecki [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 181; R.A. Stefański, *Składy sądu...*, s. 429; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014 r., s. 190; por. jednak uwagi W. Jasińskiego, *Komentarz do art. 28 k.p.k., t. 19–27*, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Legalis 2014.

wydania wyroku łącznego jest skład przewidziany w art. 19 § 1 k.p.k. (obecnie art. 28 § 1 k.p.k.), nawet wtedy, gdy choćby jeden z wyroków podlegających połączeniu, został wydany w pierwszej instancji przez sąd okręgowy w składzie dwóch sędziów i trzech ławników⁶⁸.

Jest to pogląd słuszny. Zasadnie podnosi się, że skład dwóch sędziów i trzech ławników, przewidziany w art. 28 § 4 k.p.k., wyznacza się bowiem w sprawach „o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności”. Oczywiście jest, że określenie „sprawa o przestępstwo”, używane w kodeksie postępowania karnego np. dla określenia właściwości rzeczowej, trybu postępowania i dla innych celów, jest zależne od kwalifikacji prawnej czynu (mogącej przecież w toku procesu podlegać weryfikacji), a więc odnosi się do postępowania „głównego”, w którym nie tylko kwestia kwalifikacji prawnej, ale i winy jest przedmiotem ustaleń. Te właśnie względy stanowią *ratio legis* statuowania dla tych spraw „nadzwyczajnego” składu sądu, natomiast po prawomocnym osądzeniu poszczególnych spraw kwestia, jaki był skład sądu w tych sprawach przestaje już mieć znaczenie. W postępowaniu tym przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest już bowiem ani kwestia winy, ani kwalifikacji prawnej, lecz tylko wymiar kary łącznej i to jeszcze w rozmiarach ograniczonych ustawowo⁶⁹.

Zgodzić należy się, że przedmiotem postępowania o wydanie wyroku łącznego nie jest kwestia zawinienia oskarżonego, a dolne i górne granice zagrożenia ustawowego za zarzucone przestępstwo nie decydują o wymiarze kary łącznej. Przed wszczęciem postępowania o wydanie wyroku łącznego, orzeczenia co do winy i kary za poszczególne przestępstwa są już prawomocne. Tak więc przedmiot orzekania, który zgodnie z wolą ustawodawcy wymagał poszerzonego składu sądu, został już niejako „skonsurowany”, a zarazem utrwalił się w postaci niepodlegających zmianie rozstrzygnięć. Celem natomiast postępowania o wydanie wyroku łącznego jest sprawdzenie, czy przestępstwa, za które prawomocnie skazano oskarżonego, pozostają w zbiegu realnym w rozumieniu art. 85 k.k., a jeśli tak – wymierzenie kary łącznej (ew. kar łącznych) i w razie potrzeby, także środków karnych w ujęciu łącznym, według zasad określonych w art. 86–90 k.k. Skoro w przepisach tych oznaczono ściśle dolne i górne granice kar łącznych wszystkich rodzajów, to nie ma już ani potrzeby, ani podstaw, by przy wymiarze tych kar odwoływać się do zagrożeń ustawowych przewidzianych w przepisach typizujących przestępstwa, które skazanemu prawomocnie przypisano⁷⁰.

⁶⁸ Uchw. SN z dnia 24 maja 1995 r., I KZP 15/05, OSNKW 1995, nr 7–8, poz. 46; analogicznie SN w uchw. z dnia 17 lutego 1972 r., VI KZP 78/71, OSNKW 1972, nr 4, poz. 60.

⁶⁹ Uchw. SN z dnia 24 maja 1995 r., I KZP 15/05, OSNKW 1995, nr 7–8, poz. 46; Z. Gostyński, Głosa do uchwały SN z dnia 24 maja 1995 r., I KZP 15/05, PiP 1996, nr 6, s. 103 i n.; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądy Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1991–1993*, WPP 1995, nr 3–4, s. 122 i n.; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014, s. 190–191; zob. jednak D. Kala, *Postępowanie w przedmiocie wydawania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe*, Toruń 2003, s. 155 i n.; Z. Doda, J. Grajewski, *Karnoprosesowe orzecznictwo Sądu Najwyższego (lata 1995–1996)*, PS 1997, nr 11–12, s. 63; A. Kafarski, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania karnego za rok 1972*, NP 1976, nr 1, s. 81 i n.; M. Cieślak, Z. Doda, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za pierwsze półrocze 1972 roku*, WPP 1973, nr 1, s. 90; T. Bojarski, Głosa do uchwały SN z dnia 17 lutego 1972 r., VI KZP 78/71, NP 1972, nr 7–8, s. 1239.

⁷⁰ Wyr. SN z dnia 1 marca 2007 r., V KK 4/07, OSNKW 2007, Nr 4, poz. 36 z glosą W. Grzeszczyka, OSP 2007, nr 12, poz. 143 oraz P. Opali, *Studia Iuridica Lublinensia* 2009, t. XIII, s. 299 i n.

Z tych samych względów podobnie należy ocenić sytuację, gdy łączeniu podlegają wyroki, w których orzeczono kary 25 lat pozbawienia wolności, co w konsekwencji może prowadzić do wymierzenia w wyroku łącznym kary dożywotniego pozbawienia wolności. Skład sądu powinien być wówczas określony na podstawie art. 28 § 1 k.p.k., nie zaś art. 28 § 4 k.p.k. lub art. 28 § 2 k.p.k.

Nie jest to stanowisko powszechnie aprobowane. W literaturze podnosi się, że w sytuacji, gdy wśród łączonych wyroków są także wyroki za zbrodnie, to sąd okręgowy powinien orzekać w składzie ławniczym z art. 28 § 2 k.p.k., bez względu na rodzaj łączonych kar, w tym zatem także wówczas, gdy wśród łączonych kar jest kara dożywotniego pozbawienia wolności. Jeżeli zaś przedmiotem postępowania w kwestii wyroku łącznego są tylko wyroki za występki – jednoosobowo (art. 28 § 1 k.p.k.)⁷¹. Słusznie jednak podnosi się, że użyte w tym przepisie określenie „zbrodnia” należy odczytać jako czyn zabroniony stanowiący przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 3 lat albo karę surowszą (art. 7 § 2 k.k.). Wobec tego, wydając wyrok łączny, sąd nie orzeka w sprawie o przestępstwo stanowiące zbrodnię, skoro kwestia popełnienia tego rodzaju przestępstwa została już prawomocnie rozstrzygnięta⁷².

Przedmiot orzekania w kwestii wyroku łącznego jest zatem na tyle odrębny od przedmiotu rozpoznania sprawy na rozprawie głównej, że uzasadnia wyłączenie stosowania składów poszerzonych. Wydawanie wyroku łącznego ma zupełnie odmienny charakter niż orzekanie w sprawie o przestępstwo. Przede wszystkim przedmiotem wyroku łącznego nie jest rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej sprawcy, lecz odrębna kwestia prawna, pozostająca jedynie w funkcjonalnym związku z tą odpowiedzialnością, tj. wymiar kary łącznej⁷³. Kara wymierzona w wyroku łącznym wywodzi się z kar orzeczonych w poszczególnych wyrokach, pochłania je i wchodzi na ich miejsce. Wyrok łączny ma więc charakter wtórny, pochodny i byt jego uwarunkowany jest istnieniem wszystkich poszczególnych prawomocnych wyroków, które obejmuje. Nie zachodzi konieczność ustalania kwestii charakterystycznych dla postępowania rozpoznawczego (wina, kwalifikacja prawna itp.), ocenie podlega niejako całościowo przestępczej działalności oskarżonego wyrażony w poszczególnych wyrokach skazujących⁷⁴.

Trafne jest wobec tego stanowisko, że sąd pierwszej instancji, orzekając w przedmiocie wydania wyroku łącznego, czyni to w składzie jednego sędziego, nawet wobec możliwości orzeczenia kary dożywotniego pozbawienia wolności stosownie do uregu-

⁷¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014, s. 191.

⁷² D. Świecki [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 182; W. Jasiński, *Komentarz do art. 28 k.p.k.*, t. 34, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego...*, *op. cit.*

⁷³ R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków–Lublin 1999, s. 48.

⁷⁴ Zob. uchw. SN z 20 marca 1964 r. VI KO 53/63, OSPiKA 1964, nr 10, poz. 197; zob. również D. Kala, *Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe*, Toruń 2003, s. 44–45; T. Bojarski, *Głosa do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17. 02. 1972 r. VI KZP 78/71*, NP 1972, nr 7–8, s. 1240 i n.; Z. Kwiatkowski, *Istota i charakter prawny wyroku łącznego*, NP 1988, nr 9, s. 43 i n.; M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 842 i n.; S. Stachowiak, *Wyrok łączny w ujęciu kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1999, nr 11–12, s. 29 i n.; M. Jachimowicz, *Z problematyki składu sądu w postępowaniu karnym*, WPP 2004, Nr 4, s. 129–130.

lowania wynikającego z przepisu art. 88 k.k., a co zatem idzie, nie ma tu zastosowania przepis art. 28 § 4 k.p.k. oraz 28 § 2 k.p.k.⁷⁵

Niezależnie od powyższego, wątpliwości może wywoływać sytuacja, w której sąd w składzie o jakim mowa w art. 28 § 2 k.p.k. (czyli nie w sprawach o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia – art. 28 § 4 k.p.k.) z uwagi na zbieg dwóch lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności orzeka jako karę łączną karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 88 k.k.). Wątpliwość może dotyczyć składu sądu, skoro wymierza karę dożywotniego pozbawienia wolności w składzie innym niż określony w art. 28 § 4 k.p.k. Zagadnienie to przekonująco wyjaśniono w orzecznictwie sądowym. Podniesiono bowiem, że w kompetencji sądu okręgowego w sprawach zagrożonych karą maksymalnie 25 lat pozbawienia wolności, który orzeka wówczas w składzie jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 2 k.p.k.), względnie trzech sędziów (art. 28 § 3 k.p.k.), pozostaje także orzeczenie łącznej kary dożywotniego pozbawienia wolności na podstawie art. 88 *in fine* k.k. Przepis ten dopuszcza bowiem szczególną możliwość wymierzenia takiej kary łącznej nawet wtedy, gdy za poszczególne przestępstwa ustawa nie przewiduje zagrożenia karą tego rodzaju. Ustawodawca nie zastrzegł bowiem w art. 88 k.k., że wymierzenie łącznej kary dożywotniego pozbawienia wolności może nastąpić pod warunkiem, iż co najmniej jedno z przestępstw, za które wymierzono karę 25 lat pozbawienia wolności zagrożone jest karą dożywotniego pozbawienia wolności. Tak więc, możliwość wymierzenia przez sąd okręgowy w składzie trzyosobowym najsurowszej kary pozbawienia wolności, jako kary łącznej, wpisana jest w model postępowania zwyczajnego w pierwszej instancji. Odmienny pogląd nie byłby możliwy do zaakceptowania z tego powodu, że zakładałby niemożność dokończenia procesu przez orzeczenie kary łącznej, gdy w wypadku zbiegu dwóch lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności, sąd orzekający w zwykłym składzie uznałby za właściwe wymierzyć oskarżonemu łączną karę dożywotniego pozbawienia wolności na podstawie art. 88 *in fine* k.k. Nie można więc utrzymywać, że wymierzenie łącznej kary dożywotniego pozbawienia wolności nie jest dopuszczalne w wypadku orzekania przez sąd okręgowy w zwykłym składzie. Jednoznaczność sformułowania zawartego w art. 88 *in fine* k.k., przy uwzględnieniu, że sprawy o przestępstwa zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności rozpoznaje sąd w składzie trzyosobowym, pozwala przyjąć, że ustawodawca nadał także sądowi okręgowemu orzekającemu w składzie zwykłym w postępowaniu zwyczajnym, kompetencję wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności jako kary łącznej⁷⁶.

BIBLIOGRAFIA

- Artymiak G., *Składy orzekające w sądach pierwszej instancji po zmianach kodeksu postępowania karnego wprowadzonych ustawą z dnia 15 marca 2007 r.*, WPP 2008, nr 4.
 Artymiak G., *Zasada kolegialności* [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. II, Warszawa 2014.

⁷⁵ Zob. wyr. SA w Katowicach z 9 grudnia 2010 r., II AKO 395/2010, KZS 2011, nr 5, poz. 109.

⁷⁶ Wyr. SN z dnia 1 marca 2007 r., V KK 4/07, OSNKW 2007, Nr 4, poz. 36 z glosą W. Grzeszczyka, OSP 2007, nr 12, poz. 143 oraz P. Opali, *Studia Iuridica Lublinensia* 2009, t. XIII, s. 299 i n.

- Bartnik A.S., *Sędzia, czy kibic? Rola ławnika w wymiarze sprawiedliwości III RP*, Warszawa 2009.
- Bojarski T., *Glosa do uchwały składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17. 02. 1972 r.* VI KZP 78/71, NP 1972, nr 7–8.
- Chojniak Ł., *Ławnicy w postępowaniu karnym – ujęcie historyczne i konstytucyjne*, Wrocławskie Studia Sądowe 2013, nr 3–4.
- Cieślak M., Doda Z., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za pierwsze półrocze 1972 roku*, WPP 1973, nr 1.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Daszkiewicz K., *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, Warszawa 1976.
- Doda Z., Grajewski J., *Karnoprosesowe orzecznictwo Sądu Najwyższego (lata 1995–1996)*, PS 1997, nr 11–12.
- Ereciński T., Gudowski J., Iwulski J., *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Gostyński Z., *Glosa do uchwały SN z dnia 24 maja 1995 r.*, I KZP 15/05, PiP 1996, nr 6.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I*, Warszawa 2014.
- Hofmański P., *Opinia dotycząca projektowanej zmiany art. 28 k.p.k. i jej konsekwencji systemowych z dnia 18 grudnia 2006 r.* (sejm V kadencji, druk sejmowy nr 639).
- Jachimowicz M., *Problematyki składu sądu w postępowaniu karnym*, WPP 2004, nr 4.
- Janusz-Pohl B., *Zasada udziału czynnika społecznego*, [w:] P. Wiliński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego, t. III, cz. II*, Warszawa 2014.
- Jasiński W., *Bezstronność sądu i jej gwarancja w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009.
- Jaśkiewicz J., *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013.
- Kabat A., *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 15 kwietnia 1986 r.*, VI KZP 55/85, NP 1987, nr 1.
- Kafarski A., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania karnego za rok 1972*, NP 1976, nr 1.
- Kala D., *Postępowanie w przedmiocie wydawania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe*, Toruń 2003.
- Kmieciak R., Skrętowicz E., *Proces karny. Część ogólna*, Kraków–Lublin 1999.
- Kociubiński W., *Orzekanie o środku zabezpieczającym z art. 94 nowego kodeksu karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, PS 1999, nr 3.
- Kosonoga J., *Przejawy udziału czynnika społecznego w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, *Studia i Analizy Sądu Najwyższego, t. VI*, Warszawa 2012.
- Kosonoga J., *Właściwość ruchoma sądu w sprawach karnych*, Prok. i Pr. 2013, Nr 7–8.
- Kwiatkowski Z., *Istota i charakter prawny wyroku łącznego*, NP 1988, nr 9.
- Michalski W., *Właściwość i skład sądu. Wyłączenie sędziego*, Warszawa 1969.
- Miśkiewicz T., *Właściwość ruchoma sądu po nowelizacji k.p.k.*, GS 2004, nr 3.
- Ofińska M., Dietl M. (red.), *Moralność i społeczeństwo. Księga jubileuszowa dla Marii Ossowskiej*, Warszawa 1969.
- Piasecki K., *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Warszawa 2005.
- Prusak F., *Czynnik społeczny w procesie karnym*, Warszawa 1975.
- Resich Z., *Nauka o organach ochrony prawnej*, Warszawa 1973.
- Rybicki M., *Ławnicy ludowi w sądach PRL*, Warszawa 1968.
- Siemaszko A. (red.), *Ławnicy rezultaty badań empirycznych*, Warszawa 1994.
- Śługocki L., *Prawo karne procesowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego (1987–1996)*, Warszawa 1997.
- Stachowiak S., *Wyrok łączny w ujęciu kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1999, nr 11–12.

- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1999 r.*, WPP 2000, Nr 2.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1991–1993*, WPP 1995, nr 3–4.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1991–1993*, WPP 1995, nr 2.
- Stefański R.A., *Składy sądu w postępowaniu karnym*, [w:] J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Prof. B. Kunickiej-Michalskiej*, Warszawa 2008.
- Szumiło-Kulczycka D., *Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 21/99*, PiP 2000, Nr 3.
- Śliwiński S., *Ławnik*, [w:] Makowski (red.), *Encyklopedia podręczna prawa karnego*, t. II.
- Śmietanka I., *Udział czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości*, GSiP 1969, nr 16.
- Świda Z., *Właściwość i skład sądu. Wyłączenie sędziego w: Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 14.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I*, Warszawa 2013.
- Turska A., *Czynnik społeczny i zawodowy w wymiarze sprawiedliwości*, Warszawa 1971.
- Waltoś S., Czapska J., *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, Kraków 2007.
- Waltoś S., *Ławnik – czy piąte koło u wozu*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, Warszawa 2011.
- Waltoś S., *W dziesięciolecie obowiązywania kodeksu postępowania karnego*, PiP 2009, nr 4.
- Waszczyński J., *Ustrój organów ochrony prawnej*, Łódź 1974.
- Wieczorek K., *Udział czynnika społecznego w orzekaniu w polskim i amerykańskim procesie karnym*, Warszawa 2012.
- Załucki M., *Właściwość rzeczowa sądu – uwagi na tle nowelizacji z 29 marca 2007 roku*, GS 2007, Nr 10.
- Zawadzki S., Kubicki L. (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym. Opinie a rzeczywistość. Studium prawnempiryczne*, Warszawa 1970.
- Zawadzki S., Kubicki L. (red.), *Udział ławników w postępowaniu karnym. Opinie a rzeczywistość. Studium prawnempiryczne*, Warszawa 1970.
- Zgryzek K., *Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., I KZP 21/99*, Prok. i Pr. 2000, Nr 5.

SKŁAD SĄDU NA ROZPRAWIE GŁÓWNEJ

Streszczenie

W opracowaniu omówiono problematykę składów sądu na rozprawie głównej. Odniesiono się głównie do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 ze zm.) i podstawowych problemów interpretacyjnych wynikających z tej nowelizacji. Szczególną uwagę zwrócono na przesłanki rozpoznania sprawy w składzie kolegiальnym. Odrębne rozważania poświęcono także kwestii składu sądu w sprawach o wydanie wyroku łącznego.

Słowa kluczowe: *skład sądu, rozprawa główna, postępowanie sądowe, ławnik*

BENCH COMPOSITION IN A TRIAL

Summary

The article discusses the issue of the bench composition in a trial. The author mainly discusses the amendments introduced by the Act of 27 September 2013 amending Criminal Procedure Code and some other acts (Journal of Laws of 2013, item 1247 with amendments that followed) and basic interpretational problems resulting from the Act. Special attention is drawn to the conditions for case examination by a collective bench. Separate considerations focus on the issue of the bench composition in case the court is to issue a cumulative judgement.

Key words: *the bench composition, main trial, court procedure, lay judge*

POSTĘPOWANIE MEDIACYJNE JAKO KONSENSUALNE ZAKOŃCZENIE POSTĘPOWANIA KARNEGO

IZABELA PĄCZEK

ISTOTA I CHARAKTER PRAWNY INSTYTUCJI MEDIACJI

W doktrynie mediację określa się jako dobrowolne negocjacje pomiędzy jednostkami lub grupami pozostającymi w konflikcie karnym, tzn. takim, który jest rezultatem popełnionego przestępstwa, z udziałem trzeciej neutralnej osoby (zwanej mediatorem), mającej za zadanie podtrzymywanie i ułatwianie przebiegu negocjacji, ale nie narzucanie stronom rozstrzygnięcia¹.

Dzięki mediacji ułatwione jest dochodzenie do formalnych porozumień procesowych, takich jak skazanie bez rozprawy (art. 335 k.p.k.), czy dobrowolne poddanie się karze (art. 387 k.p.k.), czy też porozumienie oskarżonego z pokrzywdzonym co do naprawienia szkody lub zadośćuczynienia (art. 66 § 3 k.k.).

Skutki pojednania się oskarżonego i pokrzywdzonego pojawiają się także na płaszczyźnie warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 66 § 3 k.k.), nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 2 k.k.), oraz przy wymiarze kary (art. 53 § 3 k.k.).

Postępowanie mediacyjne jest postępowaniem pozaprocesowym i nie stanowi części dochodzenia lub śledztwa².

Historia polskiej mediacji w sprawach karnych jest krótka. Kodeks postępowania karnego z 1929 r.³ nie przewidywał konsensualnego rozstrzygnięcia spraw karnych.

¹ Zob. E. Bieñkowska, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Przegl. PK 1998, Nr 18, poz. 21; idem, *Istota i znaczenie mediacji*, Katowice 1999, s. 22; A. Murzynowski, *Mediacja w toku postępowania przygotowawczego*, [w:] S. Stachowiak (red.), *Współczesny polski proces. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, Poznań 2002, s. 243; K. Zawistowski, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, Prok. i Pr. 2005, Nr 11, s. 98.

² Zob. W. Daszkiewicz, *Pojednanie, ugoda i mediacja w procesie karnym (zagadnienia procesowe)*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 1998, s. 8.

³ Dz.U. z 1928 r. Nr 33, poz. 313.

Podobnie w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r.⁴ się uregulowania dotyczące takich instytucji. W okresie obowiązywania tych aktów prawnych ustawodawca nie podjął żadnych działań normatywnych w zakresie polubownego załatwiania spraw karnych podobnych do tych, jakie nastąpiły w zakresie prawa prywatnego⁵. Można więc mówić o pewnej luce prawnej, która utrzymywała się aż do czasu gruntownej reformy prawa karnego⁶ związanej z transformacją ustrojową państwa po 1989 r. Wraz z nowym Kodeksem postępowania karnego z 1997 r.⁷ wprowadzona została instytucja mediacji, mająca zastosowanie bezpośrednio do spraw karnych. Wprowadzając tę instytucję, ustawodawca wzorował się na rozwiązaniach przyjętych w Stanach Zjednoczonych oraz w krajach Europy Zachodniej (głównie Wielkiej Brytanii), gdzie mediacja jako sprawiedliwość zadośćuczynieniowa funkcjonuje już od wielu lat⁸.

Idea, z której wywodzi się mediacja, w doktrynie określana jest mianem *restorative justice*, czyli sprawiedliwość naprawcza⁹. Jej istota sprowadza się do uznania czynu zabronionego, a w konsekwencji przestępstwa, za przejaw konfliktu między ofiarą a sprawcą, utrzymywanie tego konfliktu prowadzi do naruszenia dóbr i praw ofiary. Jedyną w takim przypadku reakcją na owo naruszenie praw wydaje się być rozwiązanie sporu uwzględniające dobro obu stron. Idea sprawiedliwości naprawczej znajduje swoje odzwierciedlenie w dokumentach międzynarodowych eksponujących konieczność skuteczniejszej ochrony praw osób pokrzywdzonych przestępstwami. Wśród nich szczególną rolę odgrywa Decyzja Ramowa Rady Unii Europejskiej z 15 marca 2001 r., dotycząca pozycji ofiar w postępowaniu karnym, oraz liczne rekomendacje Rady Europy, w szczególności: Nr R (85) 11 w sprawie pozycji ofiary w prawie karnym materialnym i procesowym, Nr R (87) 21 w sprawie pomocy dla ofiar przestępstw i zapobiegania wiktyimizacji oraz Nr R (99) 19 w sprawie mediacji¹⁰.

Niewątpliwie znaczenie instytucji pojednania i ugody jako efektu mediacji wzrasta. Jest to spowodowane przede wszystkim względami pragmatycznymi, a konkretnie dążeniem do tego, by decyzje organów procesowych uwzględniały w większym stopniu wolę zainteresowanych stron co do sposobu rozpoznania sporu, a nie tylko wyrażały władczy akt woli organów wymiaru sprawiedliwości¹¹.

⁴ Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm., obowiązywał od 1970 r. do 1998 r.

⁵ Postępowanie polubowne w dziejach. Materiały IX konferencji historyków państwa i prawa, Przemysł 7–10.7.2005 r., Wrocław 2006.

⁶ Zob. A. Murzynowski, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, „Jurysta” 2002, Nr 9, s. 3; Geneza i ratio legis wprowadzenia przepisów koncyliacyjnie rozstrzygających o sprawach karnych; P. Kardas, *Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r.*, Prok. i Pr. 2004, Nr 1, s. 33–37.

⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, obowiązuje od dnia 1 września 1998 r., Dz.U. z 2007 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.

⁸ Zob. E. Gmurzyńska, *Mediacja w Stanach Zjednoczonych. Rola prawników*, [w:] *Alternatywne sposoby rozwiązywania sporów*, Warszawa 2003, s. 44 i n.

⁹ W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 357.

¹⁰ N. Christie, *Granice cierpienia*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1991, s. 115–119; A. Sitarska, *Pomoc w rodzinie a mediacja*, Prok. i Pr. 2006, Nr 1, s. 57. Wymienione akty prawne były ważnym powodem wdrażania mediacji do polskiego systemu prawnego, wynikającym ze zobowiązań zaciągniętych w sferze międzynarodowej. Zob. też Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 351.

¹¹ K. Zawistowski, *Mediacja...*, s. 95.

Uwzględnienie instytucji mediacji w polskim ustawodawstwie karnym pokazuje, jak zmienił się punkt ciężkości podmiotowej w szeroko rozumianym prawie karnym. Zamiast, charakterystycznego dla założeń szkoły socjologicznej, zajmowania się przestępcą, obecnie o wiele większy nacisk kładzie się na zaspokajanie interesów osób pokrzywdzonych.

Sprawca i ofiara zaczęli być inaczej postrzegani w systemie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Punkt ciężkości przeniesiony został z charakteru odwetowo-represyjnego na rzecz restytucyjnego, dzięki czemu zaczęły się rozwijać koncepcje tworzenia i wprowadzania alternatywy dla tradycyjnych kar. Dało to również szansę na stworzenie modelu, którego głównym celem jest naprawienie i zrehabilitowanie krzywdy wyrządzonej przestępstwem i zrehabilitowanie sprawcy się wobec ofiary i społeczeństwa.

Bardziej aktywny udział ofiar w postępowaniach mediacyjnych wskazuje na korzyści, jakie wynikają z tego dla pokrzywdzonego. Często jest to po prostu ograniczenie kosztownych, czasochłonnych i stresujących procedur. Również oskarżony może mieć interes w polubownym załatwieniu sporu. Dzięki dojściu do skutku porozumienia, zyskuje on bowiem możliwość skorzystania z warunkowego umorzenia postępowania karnego, orzeczenia kary z jej nadzwyczajnym złagodzeniem czy też wniosku o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy w trybie art. 335 k.p.k. lub wymierzenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Często pozytywny wynika mediacji pozwala sprawcy uniknąć tzw. stygmatyzacji społecznej po wykonaniu kary wymierzonej w postępowaniu sądowym. Jak słusznie podkreśla E. Bieńkowska, mediacja ma sens jedynie w sytuacji, gdy podejrzany nie kwestionuje swego udziału w czynie zabronionym. Jeżeli podejrzany lub osoba podejrzana nie uznaje takiego faktu, to sprawa musi toczyć się normalnym trybem, bez próby mediacji¹².

Zarówno w interesie ofiary, jak i sprawcy leży także uniknięcie niepotrzebnego rozgłosu, który stałby się udziałem popełnionego przestępstwa. Należy jednak zwrócić uwagę na drugą stronę takiego rozwiązania, a mianowicie unikanie przez osoby dobrze sytuowane odpowiedzialności karnej przy odpowiednio „cichym załatwieniu sprawy karnej” i braku zaangażowania wymiaru sprawiedliwości. Niepowodzenie mediacji nie zamyka bowiem stronom możliwości wykorzystania drogi prawnej.

Podstawowe zasady dotyczące postępowania mediacyjnego, które muszą być bezwzględnie przestrzegane¹³ określone zostały w Rekomendacjach Rady Europy. Są to:

¹² E. Bieńkowska, B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Postępowanie mediacyjne w nowej kodyfikacji karnej*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 14, Warszawa 1998, s. 244.

¹³ Polski „Kodeks Etyki Mediatora”, opracowany przez Polskie Centrum Mediacji, wprowadza dodatkowe zasady postępowania mediacyjnego: zasada fachowości (mediatora obowiązuje nabywanie wiedzy i umiejętności posługiwania się posiadaną wiedzą zgodnie z dobrem i interesami stron); zasada bezinteresowności (mediator nie może czerpać żadnych korzyści materialnych z tego, co jest przedmiotem negocjacji między stronami. Nie może mieć też żadnego osobistego interesu z faktu zawarcia ugody, czy sposobu lub formy, w jakich zostanie zawarta); zasada szacunku (mediator dba o to, aby strony w trakcie mediacji, czuły się bezpiecznie i wygodnie, odczuwały, że są szanowane. Mediacja powinna być prowadzona w odpowiednim tempie, w czasie wyznaczonym przez możliwości i życzenia stron).

- 1) zasada dobrowolności mediacji – zasada ta oznacza, że nikt nie ma prawa przymuszać kogokolwiek, stosować nacisku, manipulacji psychicznej dla przystąpienia do mediacji i uzyskania na nią zgody;
- 2) zasada poufności – mediator ma obowiązek przestrzegać poufności postępowania mediacyjnego, chyba że strony wyrażą zgodę brak takiej poufności. Sprawozdanie z mediacji nie może ujawniać przebiegu spotkania stron. Pozycja mediatora jest w tym sensie zbliżona do pozycji adwokata lub duchownego spowiednika;
- 3) zasada bezstronności – mediator musi być bezstronny, czyli nie opowiadać się za stanowiskiem żadnej ze stron. Jego rola powinna sprowadzać się jedynie do pomagania obu stronom w pełnym uczestniczeniu i osiąganiu korzyści z mediacji. Nie powinien też wyrażać swoich poglądów dotyczących winy. Ma natomiast za zadanie kontrolować, aby strony odnosiły się do siebie z szacunkiem i czuły się bezpieczne. Powinien zwracać szczególną uwagę na podatność stron na zranienie psychiczne;
- 4) zasada neutralności – mediator nie powinien narzucać stronom własnych rozwiązań, nawet w sytuacji, gdy jest przekonany, że są one dla stron najlepsze;
- 5) zasada akceptowalności – obie strony powinny akceptować osobę mediatora i reguły mediacji. Stronom przysługuje prawo do zmiany osoby mediatora, jeżeli uważają, że mediator nie spełnia któregoś z powyższych warunków. Również samemu mediatorowi przysługuje prawo do rezygnacji z prowadzenia mediacji.

Decyzję o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego może podjąć prokurator w postępowaniu przygotowawczym, jak i sąd w postępowaniu przejściowym (art. 341 § 3 w zw. z art. 339 § 4 k.p.k.), na rozprawie głównej, w postępowaniu odwoławczym oraz w postępowaniu w sprawach z oskarżenia prywatnego (art. 489 § 2 k.p.k.). W postępowaniu dochodzeniowym inicjatywę w zakresie wszczęcia mediacji posiada organ prowadzący postępowanie (art. 325 i § 2 k.p.k.).

Przy kierowaniu spraw na drogę postępowania mediacyjnego, konieczne jest przeprowadzenie przez kierującego selekcji i sprawdzenie, czy konkretna sprawa nadaje się do takiego postępowania. Chodzi również o to, aby nie doszło do skierowania sprawy na drogę postępowania mediacyjnego w sytuacji oczywistego braku podstaw faktycznych oskarżenia, gdy zebrane dowody w sposób oczywisty nie uzasadniają postawienia danej osoby w stan oskarżenia. Organ kierujący sprawę do postępowania mediacyjnego powinien być przekonany, że zachodzi potrzeba podjęcia pozytywnej decyzji w tym zakresie.

Skierowanie sprawy do postępowania mediacyjnego ma charakter fakultatywny. Należy też podkreślić, iż możliwe jest wielokrotne przekazywanie tej samej sprawy do postępowania mediacyjnego.

Mediacja wszczynana jest z urzędu, z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i oskarżonego. Inicjatywa może pochodzić od pokrzywdzonego bądź od oskarżonego. Obie strony mogą bowiem mieć interes w doprowadzeniu do mediacji – oskarżony, dzięki pojednaniu ma szansę na wymierzenie mu łagodniejszej kary lub zastosowanie innych środków, natomiast pokrzywdzony ma szansę uzyskać rekompensatę za szkodę i krzywdę wyrządzoną mu przestępstwem.

Należy podkreślić, iż przed podjęciem decyzji o skierowaniu sprawy do mediacji z urzędu, organ procesowy musi uzyskać zgodę pokrzywdzonego i oskarżonego. Postępowanie mediacyjne bez takiej zgody nie ma bowiem żadnego sensu.

Zgoda na mediację może zostać cofnięta przed wszczęciem postępowania mediacyjnego oraz po jego wszczęciu, aż do zakończenia. Cofnięcie zgody skutkuje niedopuszczalnością wszczęcia bądź kontynuowania postępowania mediacyjnego. Kierując sprawę do postępowania mediacyjnego, sąd, prokurator lub organ prowadzący dochodzenie, wydaje w tym przedmiocie postanowienie. Postanowienie to nie podlega zaskarżeniu (art. 459 § 1 i 2 k.p.k.).

Zgodnie z § 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych z dnia 13 czerwca 2003 r.¹⁴ wydanego na podstawie art. 23a § 5 k.p.k., w postanowieniu o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator lub inny uprawniony organ powołuje do prowadzenia postępowania mediacyjnego w konkretnej sprawie instytucję lub osobę godną zaufania spośród wpisanych do prowadzonego przez sąd okręgowy wykazu instytucji i osób godnych zaufania uprawnionych do przeprowadzania postępowania mediacyjnego.

W drodze wyjątku, w przypadkach, uzasadnionych potrzebą skutecznego przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, można powołać do prowadzenia postępowania mediacyjnego w konkretnej sprawie zgłaszającą taką gotowość instytucję lub osobę godną zaufania spoza wpisanych do wspomnianego wykazu. Instytucja taka musi jednak spełniać warunki wymienione odpowiednio w § 2 ust. 1 pkt 1 i 2 lub § 3 pkt 1–7 rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych.

Sąd, prokurator lub inny uprawniony organ, który powołał instytucję lub osobę godną zaufania do prowadzenia postępowania mediacyjnego w konkretnej sprawie, obowiązany jest do jej odwołania w razie:

- 1) skreślenia instytucji lub osoby godnej zaufania z wykazu,
- 2) ujawnienia okoliczności, o których mowa w art. 40–42 k.p.k.

Podmiot kierujący sprawę do postępowania mediacyjnego udostępnia przedstawicielowi instytucji albo osobie godnej zaufania, zwanej „mediatorem”, informacje z akt sprawy jedynie w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia tego postępowania. Informacje te powinny zawierać dane osobowe pokrzywdzonego i podejrzanego lub oskarżonego, określenie czynu zarzucanego podejrzanemu lub oskarżonemu wraz z podaniem jego kwalifikacji prawnej i niezbędnych dla postępowania mediacyjnego okoliczności jego popełnienia.

W uzasadnionych przypadkach, na wniosek mediatora, sąd lub prokurator – jeżeli uzna to za niezbędne – może również udostępnić, z zastrzeżeniami, o których niżej, materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy w części dotyczącej podejrzanego lub oskarżonego, pokrzywdzonego i przestępstwa, których postępowanie mediacyjne dotyczy.

W myśl § 10 ust. 3 rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych nie udostępnia się mediatorowi, zawartych w aktach sprawy, materiałów objętych tajemnicą państwową, służbową lub związaną z wykonywaniem zawodu lub funkcji, materiałów dotyczących stanu zdrowia podejrzanego lub oskarżonego, opinii o nim, danych o jego karalności oraz pozwalających na ustalenie tożsamości świadka przesłuchanego w trybie art. 184 k.p.k. i takich, których ujawnienie pokrzywdzonemu mogłoby mieć wpływ na odpowiedzialność karną innych oskarżonych w tej sprawie,

¹⁴ DZ.U. nr 108, poz. 1020.

a nieuczestniczących w postępowaniu mediacyjnym. Trzeba jednak podkreślić, iż ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁵ zastąpiła pojęcia „tajemnicy państwowej” i „tajemnicy służbowej” pojęciem „informacji niejawnych” o klauzulach „ściśle tajne”, „tajne”, „poufne” i „zastrzeżone”. Zasady udostępniania mediatorowi informacji zawartych w aktach sprawy karnej muszą więc uwzględnić uregulowania wprowadzone powyższą ustawą.

Stosownie do § 10 ust. 4 rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, akta sprawy mogą zostać udostępnione wyłącznie w obecności upoważnionego pracownika organu prowadzącego postępowanie. W uzasadnionych przypadkach organ ten może zarządzić wydanie mediatorowi kserokopii dokumentów z akt sprawy lub zezwolić na sporządzenie odpisów w zakresie danych osobowych stron, czynu zarzucanego oskarżonemu (podejrzanemu), niezbędnym dla przeprowadzenia postępowania mediacyjnego. W takim przypadku mediator przechowuje odpisy i kserokopie oraz notatki z akt sprawy w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z nimi osobom postronnym i zwraca je organowi postępowania karnego wraz ze sprawozdaniem z przebiegu i wyników postępowania mediacyjnego. O obowiązku zwrotu odpisów, kserokopii i notatek organ kierujący sprawą do postępowania mediacyjnego informuje mediatora. Uгода zawarta przed mediatorem stanowi załącznik do sprawozdania.

Postępowanie mediacyjne może trwać nie dłużej niż miesiąc. Termin ten ma jednak charakter wyłącznie instrukcyjny, co oznacza, że jego przekroczenie nie wywołuje jakichkolwiek skutków procesowych. Należy także podkreślić, iż okresu trwania postępowania mediacyjnego nie wlicza się do czasu trwania postępowania przygotowawczego.

PRZESŁANKI SKIEROWANIA SPRAW DO MEDIACJI

Należy zwrócić uwagę, iż zarówno przepisy Kodeksu postępowania karnego, jak i rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych nie przewidują żadnych ograniczeń przedmiotowych dotyczących kierowania spraw do postępowania mediacyjnego. Oznacza to, że organ procesowy ma prawo przekazać sprawę do mediacji niezależnie od typu i okoliczności popełnienia czynu zabronionego, którego dotyczy postępowanie karne. W przepisach nie sformułowano też żadnych przesłanek, które wskazywałyby, choćby przykładowo, rodzaje spraw, w których celowe byłoby przeprowadzenie mediacji, czy to ze względu na charakter przestępstwa i inne warunki przedmiotowe, czy też osobę sprawcy i jego stosunek do popełnionego czynu. Decyzja o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego jest więc arbitralnym rozstrzygnięciem uprawnionego organu procesowego, którego właściwie jedynym warunkiem jest zgoda pokrzywdzonego i oskarżonego¹⁶.

Warto jednakowoż zwrócić uwagę na sformułowane w doktrynie przesłanki, które powinny być rozważane przy podejmowaniu decyzji o zasadności i celowości skiero-

¹⁵ Dz.U. 182, poz. 1228.

¹⁶ O. Sitarz, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów. Wyniki badań ankietowych*, Cz. 1, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, R. 16, z. 3 (2012), s. 133.

wania sprawy do mediacji. Przesłanki te wynikają z istoty i celu instytucji mediacji. Właściwy organ procesowy powinien uwzględniać różnego rodzaju czynniki, odnoszące się zarówno do charakteru i okoliczności popełnionego czynu, jak i postawy obu stron konfliktu¹⁷.

Podstawową przesłanką skierowania sprawy do mediacji jest ujawnienie ofiary. Bez osoby pokrzywdzonego mediacja nie może się odbyć. Postępowania mediacyjnego nie prowadzi się w przypadku przestępstw bez ofiar.

W zakresie przesłanek przedmiotowych w doktrynie wyłącza się również celowość prowadzenia mediacji w sprawach o przestępstwa popełnione w związku z działaniem przestępczości zorganizowanej. Do mediacji nie powinny zatem trafiać sprawy mafijne, związane z udziałem w zorganizowanej grupie przestępczej, gdy sprawca był wielokrotnie karany (w szczególności za przestępstwo, popełnienie którego mu się zarzuca).

Bardzo istotne są też właściwości charakteryzujące zarówno osobę sprawcy, jak i pokrzywdzonego. Na drogę postępowania mediacyjnego nie powinny być kierowane sprawy, z których wynika, że oskarżony jest bardzo zdemoralizowany, wykazuje znaczne nasilenie agresji, odznacza się niskim poziomem empatii, jest bardzo prymitywny, czy kieruje się w postępowaniu zasadami „drugiego życia”¹⁸. Natomiast od strony pokrzywdzonego, do mediacji nie należy kierować spraw, z których wynika, że pokrzywdzony ma postawę nadmiernie roszczeniową, nie wykazuje tolerancji, jest nieskłonny do kompromisu, lub wrogo nastawiony do sprawcy.

Kolejną przesłanką jest stan zdrowia psychicznego stron. Mediacja nie powinna być prowadzona w sprawach, w których strony są chore psychicznie, upośledzone, o głęboko zaburzonej strukturze osobowości. W posiedzeniu mediacyjnym strony powinny działać osobiście, mieć pełną świadomość czynności tam przedsięwziętych. Możliwy jest oczywiście udział obrońcy lub pełnomocnika strony – oczywiście za jej zgodą i przy braku sprzeciwu drugiej strony – ale jego głos może mieć jedynie charakter doradczy.

Do mediacji nie powinny trafiać sprawy, w których strony są pozbawione wolności, w tej (oskarżony) lub innej (oskarżony lub pokrzywdzony) sprawie. Chodzi tu przede wszystkim o techniczne problemy związane z przeprowadzeniem mediacji. Oczywiście nie dotyczy to mediacji stosowanej w trybie art. 162 § 1 Kodeksu karnego wykonawczego.

Podobnie wielość osób oskarżonych i pokrzywdzonych lub wielość zarzucanych czynów będzie rodzić problemy techniczne w prowadzeniu postępowania mediacyjnego przez mediatora. Do mediacji nie powinny zatem trafiać sprawy z dużą ilością oskarżonych, pokrzywdzonych, czy zarzucanych czynów.

Praktyka pokazuje, iż o powodzeniu mediacji decyduje też charakter konfliktu między stronami. Konflikt, będący podłożem przestępstwa, może trwać krótko lub od wielu lat. W sprawach, gdzie taki konflikt trwa wiele lat, „od pokoleń”, zazwyczaj nie ma większych szans na osiągnięcie porozumienia między stronami. Wskazuje się natomiast, iż efektywna mediacja ma miejsce najczęściej wówczas, gdy przestępstwo miało charakter jednostkowy, przypadkowy, a jego podłożem były codzienne międzyludzkie konflikty, zwłaszcza w małych, zamkniętych społecznościach¹⁹.

¹⁷ *Ibidem*, s. 134.

¹⁸ A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, [w:] *Mediacje w Polskim Systemie Prawa*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 10.

¹⁹ O. Sitarz, *Mediacje karne...*, *op. cit.*, s. 134.

Panuje zgoda co do tego, iż w zakresie kwalifikacji prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu w obecnym stanie prawnym nie ma i nie powinno być żadnych ograniczeń. Praktyka natomiast wykazała, że najlepsze efekty mediacyjne występują w sprawach: bójki, pobicia (art. 158 k.k.), uszkodzenia ciała (art. 157 k.k.), groźby karalnej (art. 190 k.k.), zmuszania do określonego zachowania się (art. 191 k.k.), przestępstw przeciwko mieniu, (art. 278 k.k., art. 279 k.k., art. 284 k.k., art. 286 k.k., art. 288 k.k.), zniesławienia (art. 212 k.k.), zniewagi (art. 216 k.k.), naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.), znęcania (art. 207 k.k.). Oczywiście nie oznacza to, że do mediacji nie należy kierować spraw, w których oskarżonemu zarzuca się popełnienie czynu zakwalifikowanego z innej podstawy prawnej.

Wskazuje się także, iż do mediacji powinny być kierowane sprawy, których okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości. Fakt, że oskarżony przyznaje się, bądź nie, do popełnienia zarzucanego mu przestępstwa, nie ma znaczenia dla postępowania mediacyjnego.

Kryteria doboru spraw do mediacji określa także Rekomendacja Rady Europy nr R(99) 19 w sprawie mediacji w sprawach karnych. Są to:

- 1) zdolność i przewidywalna gotowość stron do mediacji;
- 2) nie jest konieczne przyznanie się sprawcy do winy;
- 3) strony wyrażają dobrowolną zgodę na postępowanie mediacyjne;
- 4) w mediacji mogą uczestniczyć tylko „osoby, które są władne podejmować samodzielne decyzje oraz są odpowiedzialne za realizację zawartych porozumień”.

PODMIOTY UPRAWNIONE DO PROWADZENIA MEDIACJI

Postępowanie mediacyjne prowadzone jest przez instytucję lub osobę godną zaufania. Warunki, jakim powinny odpowiadać instytucje i osoby uprawnione do przeprowadzenia mediacji, sposób ich powoływania i odwoływania, zakres i warunki udostępniania akt oraz sposób i tryb postępowania mediacyjnego w sprawach z oskarżenia publicznego i prywatnego w postępowaniu karnym określa przywoływane już rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych.

Stosownie do § 2 tego rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych, do prowadzenia postępowania mediacyjnego uprawniona jest instytucja, która:

- 1) zgodnie ze swoimi zadaniami statutowymi powołana została do wykonywania zadań w zakresie mediacji, resocjalizacji, ochrony interesu społecznego, ochrony ważnego interesu indywidualnego lub ochrony wolności i praw człowieka,
- 2) posiada warunki organizacyjne i kadrowe umożliwiające przeprowadzenie postępowania mediacyjnego,
- 3) została wpisana do prowadzonego przez sąd okręgowy wykazu instytucji i osób godnych zaufania uprawnionych do przeprowadzania postępowania mediacyjnego.

W imieniu instytucji uprawnionej do prowadzenia mediacji, postępowanie mediacyjne prowadzi upoważniony przez nią pisemnie przedstawiciel. Powinien przy tym spełniać warunki prowadzenia mediacji określone dla osoby godnej zaufania.

Rozporządzenie w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych dopuszcza także, aby w wyjątkowych przypadkach, uzasadnionych potrzebą skutecznego przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, w konkretnej sprawie mediację mogła przeprowadzić osoba lub instytucja, która sama się zgłosi do organu procesowego z taką propozycją. Podmiot taki nie musi być wpisany na listę, powinien natomiast spełniać wszystkie inne kryteria określone w rozporządzeniu. Chodzi tu zazwyczaj o sytuację, w której strony konfliktu karnego doszły do przekonania, że warto skorzystać z mediacji, ale z udziałem wybranego przez siebie mediatora, do którego mają zaufanie. Wydaje się, że organ procesowy powinien na to przystawać, o ile oczywiście nie nabierze podejrzeń, że jedna ze stron została nieuczciwie nakłoniona do wzięcia udziału w takiej mediacji. Przed wyrażeniem zgody na takie rozwiązanie organ procesowy powinien zatem sprawdzić, co łączy wszystkie te osoby i czy nie panują między nimi jakieś stosunki zależności²⁰.

Przepisy określają także negatywne przesłanki podmiotowe dotyczące prowadzenia postępowania mediacyjnego. I tak, postępowania takiego nie może prowadzić osoba, co do której w konkretnej sprawie zachodzą okoliczności określone w art. 40–42 k.p.k., czynny zawodowo sędzia, prokurator, adwokat, radca prawny, a także aplikant do tychże zawodów albo inna osoba zatrudniona w sądzie, prokuraturze lub innej instytucji uprawnionej do ścigania przestępstw.

Zarówno zapisy art. 23a § 3 k.p.k., jak i przepisy rozporządzenia w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych mają na celu zapewnienie właściwych kompetencji merytorycznych mediatorów indywidualnych oraz działających jako przedstawiciele instytucji, ich bezstronności i wysokiego poziomu etyczno-moralnego. Okoliczności te podlegają kontroli prezesa sądu okręgowego, który prowadzi listy osób i instytucji uprawnionych do prowadzenia mediacji. Nie tylko wpisuje je na listy, ale również ma prawo wykreślenia w określonych przypadkach. Organ procesowy, dokonując wyboru mediatora z listy, powinien dysponować określoną wiedzą o podmiotach wpisanych na listę. Wydaje się zatem, iż organy procesowe uprawnione do kierowania spraw na drogę postępowania mediacyjnego powinny utrzymywać kontakty z tym środowiskiem.

SPOSOBY ZAKOŃCZENIA MEDIACJI

Przepis art. 23a § 4 k.p.k. stanowi, że po przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego instytucja lub osoba godna zaufania, która prowadziła to postępowanie, sporządza „sprawozdanie z jego przebiegu i wyników”. Szczegółowe wymogi formalne, którym winno odpowiadać sprawozdanie, zostały określone w rozporządzeniu w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych.

Sprawozdanie takie powinno zawierać:

- 1) sygnaturę akt sprawy,
- 2) nazwę instytucji lub imię i nazwisko osoby godnej zaufania przeprowadzającej postępowanie mediacyjne,

²⁰ E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych*, [w:] *Mediacje w Polskim Systemie Prawa*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 9.

- 3) informacje o liczbie, terminach i miejscach spotkań indywidualnych oraz wspólnych, a także wskazanie osób biorących w nich udział,
- 4) informację o wynikach postępowania mediacyjnego,
- 5) podpis mediatora.

Jeżeli postępowanie mediacyjne nie zostało ukończone w terminie określonym w postanowieniu, mediator niezwłocznie sporządza i przedstawia organowi, który skierował sprawę na drogę postępowania mediacyjnego, sprawozdanie przedstawiające przyczyny bezskutecznego upływu terminu.

Ponieważ postępowanie mediacyjne ma charakter nieprocesowy, sprawozdanie z mediacji nie posiada waloru protokołu. W związku z tym na jego podstawie nie mogą być czynione ustalenia faktyczne, zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i w postępowaniu przed sądem²¹.

Mediator zobowiązany jest do zamieszczenia w sprawozdaniu danych o przeprowadzonych spotkaniach ze stronami oraz o wynikach postępowania. Z przedstawionego sądowi dokumentu powinny wynikać nie tylko suche informacje o liczbie i terminie takich spotkań, ale również charakterystyka ich merytorycznego przebiegu. Analiza spraw wskazuje, że mediator często określa atmosferę, w jakiej przebiegały spotkania, co z pewnością jest pomocne w ocenie zawartej ugody.

Po drugie, sąd powinien poddać wnikliwej analizie przedstawione sprawozdanie i ocenić je w odniesieniu do zebranych materiałów w sprawie. Dlatego też przepisy kodeksu postępowania karnego określają tylko ogólnie, iż sąd bierze pod uwagę pozytywne wyniki mediacji, natomiast znaczenie ugody zawartej w konkretnym przypadku ustala każdorazowo sąd, uwzględniając w jednakowym stopniu pozostałe dyrektywy wymiaru kary.

W razie zawarcia ugody przez strony stanowi ona załącznik do sprawozdania. Przepisy prawa karnego nie definiują na użytek postępowania mediacyjnego w sprawie karnej pojęcia „ugoda”. Przepis art. 53 § 3 k.k. nakazuje sądowi przy wymiarze kary wzięcie pod uwagę pozytywnych wyników mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugody pomiędzy nimi osiągniętej przed sądem lub prokuratorem. Jest to nowe wskazanie ustawodawcy dotyczące wymiaru kary zawarte w art. 53 § 3 k.k., którego nie formułował Kodeks karny z 1969 r., łączące się ściśle z uświadomieniem sobie, że najbardziej pokrzywdzoną przestępstwem jest jego bezpośrednia ofiara i jej bliscy i że to ona ponosi określone straty w obrębie swych dóbr prawnych, co jest jednym z zasadniczych powodów uruchamiania reakcji prawnokarnej określonej w ustawie w sposób względny co do rodzaju i rozmiaru. Dlatego też, jeśli pokrzywdzony i sprawca w drodze mediacji, czy ugody zawartej przed sądem lub prokuratorem zlikwidowali konflikt powstały z powodu popełnienia przestępstwa i doszli do satysfakcjonującego konsensusu, w szczególności do porozumienia co do naprawienia szkody, czy innego typu zadośćuczynienia – to musi to rzutować na wymiar kary sprawcy. Ustawodawca z oczywistych względów nakazuje sądom wzięcie pod uwagę tylko pozytywnych wyników mediacji i faktu dojścia do porozumienia w drodze zawarcia ugody, a nie tego, że taka próba miała bądź nie miała miejsca oraz że do porozumienia nie doszło. Wynika

²¹ J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, System Informacji Prawnej Legalis (dostęp grudzień 2014).

to stąd, że odpowiedzialność karna za przestępstwo jest tak zaprojektowana, że pociąganie do odpowiedzialności i grożące kary są uzależnione od samego faktu ugodzenia w określone dobro o określonej wartości i wyrządzenia w jego obrębie określonych szkód bez względu na to czy te szkody, czy krzywdy zostaną (czy nie zostaną) kiedykolwiek naprawione (tylko przy nielicznych typach przestępstw jest inaczej – zob. np. art. 296 § 5 k.k.). Kompensacja szkód i krzywd wyrządzonych przestępstwem z tej racji, że poprawia znacznie sytuację ofiary i ostateczny bilans jej strat i krzywd musi być uwzględniona na korzyść sprawcy. Ustawodawca trafnie nie przesądza w jakim kierunku i w jakim stopniu ten fakt powinien wpłynąć na wymiar kary sprawcy, gdyż decyzja o wyborze i wymiarze reakcji karnej jest wypadkową bardzo wielu czynników. Niewątpliwie pozytywny wynik mediacji, jak też zawarcie ugody stanowi okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary.

Wyraźne wskazanie w art. 53 § 3 k.k. obowiązku wzięcia pod uwagę przez sądy przy wymiarze kary pozytywnych wyników mediacji i zawarcia ugody między pokrzywdzonym a sprawcą sprawia, że założenia twórców Kodeksu o uwzględnieniu w wyższym stopniu praw, interesów i słusznych roszczeń ofiary przestępstwa oraz konieczności zapewnienia odpowiednich mechanizmów sprzyjających lepszemu wypełnianiu funkcji kompensacyjnej przez prawo karne – stają się realne²².

Należy przyjąć, że ma to być taka ugoda, która ani nie nakłada na sprawcę zobowiązań ponad miarę, ani też nie minimalizuje oczekiwań pokrzywdzonego. Dlatego tak niezwykle ważne są kompetencje merytoryczne mediatorów. Warto jednakowoż zwrócić uwagę, iż ustawodawca nie przewidział procedury zatwierdzania ugody mediacyjnej, by nadać jej moc prawną.

W art. 53 § 3 k.k. ustawodawca posłużył się ogólnym sformułowaniem „pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji”, co oznacza, że chodzi o każdy wynik mediacji, który zaakceptowały strony konfliktu, a zwłaszcza ofiara. Z kolei w art. 60 § 2 pkt 1 k.k. oraz art. 66 § 3 k.k. mowa o konkretniejszych sytuacjach, w których „pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, sprawca naprawił szkodę lub pokrzywdzony i sprawca uzgodnili sposób naprawienia szkody”. Wszystkie te okoliczności mogą stanowić właśnie rezultat pozytywnie zakończonej mediacji.

Choć użyte w powyższych przepisach określenie „pojednał się” może wydawać się nieco górnolotne, interpretowane jest ono jednak jednoznacznie. Podawane definicje są w różnym stopniu rozbudowane, ale mają jeden wspólny element: pojednanie to po prostu osiągnięcie zgody przez strony konfliktu

Nie każda mediacja może skończyć się ugodą, z uwagi choćby na charakter przestępstwa, którego doznała ofiara, albo też jej oczekiwanie, by sprawca jedynie wyjaśnił motywy swojego postępowania lub przeprosił, a nie podejmował jakichś konkretnych działań na jej rzecz. Warto jednak zwrócić uwagę, iż w praktyce większość spraw skierowanych na drogę postępowania mediacyjnego kończy się zawarciem ugody.

Sąd nie jest formalnie związany treścią ugody mediacyjnej. Jej wynik uwzględniany jest w myśl dyrektyw wymiaru kary zawartych w art. 53 § 3 k.k. Ostateczną decyzję w zakresie wpływu zawartej ugody na orzeczenie kończące postępowanie podejmuje

²² R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, System Informacji Prawnej Legalis (dostęp grudzień 2014).

więc zawsze sąd, traktując pojednanie oskarżonego i pokrzywdzonego jako jedną z okoliczności rzutuujących na wymiar kary. Przedstawiciele praktyki postulują jednak, aby poza wyjątkowymi przypadkami sądy zmierzały w kierunku honorowania zasadniczych ustaleń porozumienia zawartego w postępowaniu mediacyjnym²³.

Warto podkreślić, iż pozostawienie sądowi swobody ostatecznego decydowania o zakresie i formie oddziaływania wyniku mediacji na orzeczenie kończące postępowanie wiąże się z powstaniem po stronie oskarżonego pewnego stanu niepewności, a nawet ryzyka, w sytuacji, w której perspektywa uzyskania łagodniejszego wymiaru kary skłoniła go do przyznania się do winy. Dlatego też organy procesowe, jak również obrońcy powinni udzielać informacji nie tylko o możliwości uzyskania łagodniejszego wymiaru kary w wyniku skutecznego zakończenia mediacji, Niedopuszczalne jest bowiem wprowadzanie podejrzanych w błąd przez brak wyraźnej informacji o znaczeniu mediacji dla końcowego rozstrzygnięcia sądu. Dotyczy to w szczególności praktyk organów ścigania, których celem może być uzyskanie obszernych wyjaśnień i przyznania się do winy.

Brak formalnego związania wynikiem i treścią zawartej ugody mediacyjnej powoduje, że sąd ma możliwość realnej oceny wartości porozumienia w odniesieniu do realizacji zadań postępowania karnego i osiągnięcia celów orzeczonej kary.

Pojednanie sprawcy i pokrzywdzonego należy postrzegać pozytywnie z perspektywy spełniania celów w zakresie prewencyjnego oddziaływania kary, i to zarówno w jego aspekcie indywidualnym, jak i ogólnospołecznym. Zawarcie ugody świadczy o tym, że sprawca dostrzega skutek swojego przestępczego działania i dąży do naprawienia wyrządzonej szkody. Udział w postępowaniu mediacyjnym stanowi zatem wyraz pozytywnych zmian w postawie sprawcy.

Należy jednak brać pod uwagę, iż postępowanie mediacyjne może być przez oskarżonych traktowane instrumentalnie, wyłącznie jako sposób poprawy ich sytuacji procesowej i osiągnięcia korzystnego rozstrzygnięcia w sferze odpowiedzialności. Dlatego też zarówno osoby prowadzące mediację, jak i organy procesowe, które uwzględniają jej wynik przy wymiarze kary, powinny wnikliwie analizować treść porozumienia i oceniać go pod kątem osiągnięcia celów postępowania karnego.

Należy pamiętać, że ugoda zawarta między stronami w postępowaniu mediacyjnym nie ma charakteru cywilnoprawnego, a więc nie rodzi skutków cywilnoprawnych. Dlatego nie może stać się tytułem egzekucyjnym. W praktyce oznacza to konieczność powtórzenia w treści orzeczenia sądu kończącego postępowanie, warunków ustalonych w toku mediacji (np. na podstawie art. 67 § 3 k.k. czy art. 72 k.k.).

W postępowaniu prywatnoskargowym, rozwiązaniem może być przekształcenie ugody mediacyjnej w ugodę sądową poprzez powtórzenie jej treści przed sądem. Umorzenie postępowania wskutek pojednania stron w postępowaniu mediacyjnym, bez stworzenia oskarżycielowi prywatnemu możliwości wyegzekwowania warunków ugody, byłoby przedwczesne.

Nie ulega wątpliwości, że postępowanie mediacyjne jako jedna z form sprawiedliwości naprawczej pociąga za sobą wielorakie korzyści. Z jednej strony, znacznie skraca i przyspiesza postępowanie karne, ograniczając koszty procesu. Z drugiej, pozwala na

²³ E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych...*, *op. cit.*, s. 11.

doprowadzenie do pokojowego rozwiązania konfliktu spowodowanego przestępstwem. Dobrowolny udział oskarżonego w mediacji jest przejawem zmian w jego postawie i stanowi jeden z czynników pozytywnej prognozy kryminologicznej. Czynnikiem, który niewątpliwie zachęca do stosowania mediacji, są też wyniki badań związane z kwestią powrotu do przestępstwa sprawców korzystających z instytucji mediacji. Z punktu widzenia pokrzywdzonego mediacja zapewnia swobodę co do wyboru możliwości uzyskania satysfakcjonującej go rekompensaty za wyrządzoną szkodę.

Pomimo wskazanych wyżej korzyści płynących z mediacji, w praktyce sądowej stanowi ona wciąż instytucję stosowaną incydentalnie. Jest to zjawisko niekorzystne, zwłaszcza kiedy weźmie się pod uwagę, iż w tych sprawach, w których doszło do mediacji, jej wynikiem najczęściej jest ugoda satysfakcjonująca obie strony konfliktu. Warto przy tym podkreślić, iż sposób prawnej regulacji postępowania mediacyjnego nie stwarza obecnie ograniczeń i przeciwwskazań dla szerszego stosowania tego typu porozumienia. Wydaje się więc, że w tym zakresie konieczna jest zmiana podejścia zarówno organów ścigania, jak i sądów, przejawiająca się w większej aktywności w zakresie inicjowania postępowania mediacyjnego oraz informowania jego potencjalnych uczestników o korzyściach z niego wynikających.

Wiele czynników składa się na powodzenie mediacji, która jest korzystna zarówno dla zainteresowanych stron, społeczeństwa, jak i wymiaru sprawiedliwości. Jednym z nich jest bez wątpienia wykonanie ugody mediacyjnej. Trudno więc zrozumieć, dlaczego nie przewidział tego ustawodawca i nie zadbał o odpowiednie uregulowanie tej kwestii. Brak przepisów o możliwości egzekwowania realizacji ugody będzie w przypadku niewykonania jej przez sprawcę skutkować wtórną wiktyimizacją pokrzywdzonego²⁴. Wiara w to, że sprawcy będą powszechnie wywiązywać się ze swych zobowiązań, jest naiwnością. Sprawdzanie wykonania ugody przez mediatorów, o czym była powyżej mowa, jest nierealne, zwłaszcza gdy naprawienie szkody jest rozłożone w czasie. Jeżeli nie wprowadzimy mechanizmów kontrolnych i egzekwujących ugody, pokrzywdzeni, ich rodziny i społeczeństwo zniechęcą się do mediacji. Może powstać pytanie, po co wprowadzono mediację, jeżeli sąd nie akceptuje ugody, a u sprawców i pokrzywdzonych może to stwarzać poczucie lekceważenia. Problem możliwości egzekwowania ugody mediacyjnej jest żywo dyskutowany w doktrynie. Pierwszy podjął ten temat W. Daszkiewicz²⁵, słusznie stwierdzając, że ugoda powstała w wyniku mediacji nie ma statusu ugody sądowej, a więc w obecnym stanie prawnym najlepszym sposobem byłoby jej powtórzenie w sądzie do protokołu. Inna możliwość realizacji ugody to wystąpienie na drogę procesu cywilnego. Praktyka jednak dowiodła, że oba te rozwiązania są nierealne i trzeba szukać innych sposobów zagwarantowania wykonania ugody. Czy i jakie mogą być inne rozwiązania? Jednym ze sposobów jest przekonanie sędziów do włączania warunków ugody do orzeczenia przy zawieszeniu kary pozbawienia wolności czy warunkowym umorzeniu postępowania karnego (przejęcie przez sąd warunków ugody i włączenie ich do orzeczenia kończącego postępowanie propo-

²⁴ E. Bieńkowska, *Zjawisko wiktyimizacji wtórnej. Pojęcie, przyczyny, przeciwdziałanie (na przykładzie niektórych polskich regulacji karnych)*, „Archiwum Kryminologii” 2007/2008, t. 29/30, s. 65.

²⁵ W. Daszkiewicz, *Pojednanie, ugoda i mediacja Pojęcie, przyczyny, przeciwdziałanie (na przykładzie niektórych polskich regulacji karnych)*, „Archiwum Kryminologii” 2007/2008, t. 29/30, s. 57–92.

nuje A. Murzynowski i A. Rękas²⁶). Z badań M. Kruk²⁷ wynika, że w połowie tych orzeczeń, w których strony podpisały ugodę mediacyjną, sędziowie uwzględniają te warunki. Te dane wydają się optymistyczne. Jednak na podstawie aktualnych przepisów możliwość egzekwowania zobowiązań sprawcy przestępstwa jest niedostateczna. Nie rozwiązuje całego problemu art. 68 § 2 k.k., który stanowi, że niewypełnienie przez sprawcę zawartej z pokrzywdzonym ugody może być podstawą podjęcia przez sąd umorzonego warunkowo postępowania. E. Bieńkowska²⁸ proponuje różne rozwiązania. Po pierwsze, aby ugoda zawarta w wyniku mediacji uzyskała taki sam status jak ugoda w mediacji cywilnej, a po drugie, aby przyjąć rozwiązanie, które dotyczy „porozumienia się oskarżonego z pokrzywdzonym” w trybie art. 341 § 3 i 4 k.p.k., które może pod pewnymi warunkami być zatwierdzone przez sąd i do którego może (powinien) mieć zastosowanie art. 107 § 3 k.p.k. Taką wykładnię art. 107 § 3 k.p.k. postulował również S. Waltoś²⁹. A. Rękas, podkreślając, że sąd nie jest ograniczony przez wynik mediacji w wyborze rodzaju i wysokości kary, jednocześnie zwraca uwagę na to, że stosunkowo często się zdarza, iż sądy w wyroku nie uwzględniają takich warunków ugody, jak np. naprawa szkody, zobowiązanie się sprawcy do określonego zachowania czy poddanie się leczeniu odwykowemu. Trudno dociec, dlaczego rodzaj tych warunków każe jednak myśleć, że sąd nie chce mieć problemów z ich realizacją³⁰.

Skutkiem pozytywnie zakończonych mediacji może być m.in. warunkowe umorzenie postępowania, bezwarunkowe umorzenie postępowania (przy przyjęciu znikomej społecznej szkodliwości czynu, cofnięciu wniosku o ściganie, odstąpieniu od oskarżenia przy przestępstwach prywatnoskargowych) czy też powtórzenie w orzeczeniu sądu warunków ustalonych między stronami w postępowaniu mediacyjnym (np. warunki naprawienia szkody, zadośćuczynienia, określonego zachowania się oskarżonego, podjęcie lub kontynuowanie leczenia, przeproszenie pokrzywdzonego, nałożenie świadczenia pieniężnego na cel społeczny).

Od początku wprowadzenia reformy systemu prawa karnego z 1997 r. pojawił się w doktrynie pogląd o znaczeniu postępowania mediacyjnego w relacji do innych instytucji konsensualnych, jak skazanie bez przeprowadzenia rozprawy (art. 335 k.p.k.), warunkowe umorzenie postępowania karnego (art. 336 k.p.k.) czy dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 387 k.p.k.). Niektórzy przedstawiciele doktryny podkreślają przydatność wyników mediacji dla funkcjonowania tych instytucji, gdyż wcześniej przeprowadzone negocjacje między stronami mogą ułatwić dojście do porozumienia, pomóc w ocenie prognozy przyszłego zachowania sprawcy czy dostarczyć informacji uzasadniających podjęcie decyzji przez sąd. Znamienne i warte zacytowania są słowa S. Waltoś³¹, który odnosząc się do spraw rozpatrywanych w trybie art. 335, 336

²⁶ A. Murzynowski, *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego w Polsce*, [w:] *W kręgu kryminologii romantycznej*, M. Fajst, M. Płatek (red.), Liber, Warszawa 2004, s. 208. Podobnie A. Rękas, *Mediacja...*, *op. cit.*, s. 23.

²⁷ M. Kruk, *Funkcjonowanie instytucji mediacji w sprawach karnych w Polsce. Analiza kryminologiczna*, Warszawa 2007, s. 308 i n.

²⁸ E. Bieńkowska, *Zjawisko wiktyimizacji...*, *op. cit.*, s. 71 i n.

²⁹ *Ibidem*, s. 73.

³⁰ A. Rękas, *Mediacja...*, *op. cit.*, s. 93.

³¹ S. Waltoś, *Wizja procesu karnego XXI wieku*, [w:] *Postępowanie karne w XXI w.*, P. Kruszyński (red.), Warszawa 2002, s. 19.

i 387 k.p.k., jeszcze przed nowelizacją k.p.k. z 2003 r. pisze: „(...) warunkiem rozsądnego porozumienia, wyważenia interesów oskarżonego i pokrzywdzonego jest wcześniejsze przeprowadzenie mediacji między oskarżonym (podejrzany) a pokrzywdzonym”. Natomiast już po zmianach dotyczących mediacji z 2003 r. autor ten przyznaje, że przeniesienie mediacji do przepisów wstępnych Kodeksu miało służyć „ułatwieniu zawierania porozumień w procesie karnym”. Jednocześnie jednak nasi prominentni autorzy wydają się podzielać pogląd wielu praktyków, że postępowanie mediacyjne przedłuży bieg procesu i z tego względu bardziej opowiadają się za stosowaniem instytucji porozumienia się oskarżonego z pokrzywdzonym (art. 341 § 3 i 4 k.p.k.). Warto więc przypomnieć, że zarówno w przypadku mediacji, jak i porozumienia się oskarżonego z pokrzywdzonym, na załatwienie sprawy strony mają miesiąc. A z badań E. Wildnera³² wynika, że jest to termin wystarczający i wszystkie analizowane przez niego postępowania mediacyjne zostały w tym czasie zakończone. Autor niniejszego opracowania nie wyklucza oczywiście, że zdarzają się skomplikowane sprawy, na które mediator musi poświęcić więcej czasu, ale może rezultat mediacji będzie tego wart.

Można więc postawić pytanie, dlaczego praktycy, rozpatrując sprawy w trybie art. 335, 336 i 387 k.p.k., nie wykorzystują mediacji. Odpowiedź na nie znajduje B.T. Bieńkowska³³, która sugeruje, że dzieje się tak dlatego, gdyż „żaden przepis Kodeksu postępowania karnego nie uzależnia wyboru konsensualnego sposobu zakończenia procesu od wyników postępowania mediacyjnego”. Warunkiem skazania w trybie art. 335 k.p.k. jest bowiem ustalenie, czy postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte, czyli że można założyć, iż prognoza jego zachowania w przyszłości będzie pozytywna. Przeprowadzenie postępowania mediacyjnego mogłoby pomóc w ustaleniu takiej prognozy. Pozytywny wynik mediacji może być więc podstawą wniesienia przez prokuratora wniosku w trybie 335 k.p.k., a dla sądu może stanowić argument za uwzględnieniem tego wniosku i ewentualnie wydania wskazanej w nim decyzji³⁴. Powiązanie tej instytucji z przeprowadzeniem postępowania mediacyjnego jest tym bardziej wskazane, że ustawodawca nie uzależnił akceptacji wniosku prokuratora przez sąd o skazaniu oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy od zgody pokrzywdzonego, nie zabezpieczając w ten sposób jego interesów.

Jeżeli mimo pozytywnego wyniku mediacji, pokrzywdzony nie wyraża zgody na uwzględnienie wniosku z art. 335 k.p.k. o skazaniu bez rozprawy, wówczas sąd nie może go rozpatrywać i przekazuje sprawę do rozpoznania, w zwykłym trybie, może jednak oczywiście wziąć pod uwagę pozytywny wynik mediacji przy wydawaniu orzeczenia zgodnie z art. 53 § 3 k.k.³⁵ Według A. Rękas w takiej sytuacji nie ma jednak „ustawowego zakazu wydania orzeczenia w trybie art. 335 k.p.k.” (pogląd wyrażony w trakcie dyskusji). Inną instytucją silnie powiązaną z mediacją [wg koncepcji (wizji) ustawodawcy], jest warunkowe umorzenie postępowania karnego (art. 336 k.p.k.). Przesłankami złożenia przez prokuratora wniosku o warunkowe umorzenie postępowania

³² E. Wildner, *Postępowanie mediacyjne w polskim procesie karnym. Teoria i praktyka*, Mediator 2004, nr 3, s. 38.

³³ *Ibidem*, s. 38

³⁴ Por. R. Koper, *Postępowanie mediacyjne a skazanie oskarżonego bez rozprawy*, Prok. i Pr., 1999, nr 11–12, s. 58.

³⁵ Por. *Ibidem*, s. 60.

są ustalenia, że wina i społeczna szkodliwość czynu nie są znaczne, okoliczności jego popełnienia nie budzą wątpliwości, a postawa sprawcy uzasadnia przypuszczenie, że będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni przestępstwa.

Pozytywny wynik mediacji może mieć wpływ na decyzję w sprawie, która toczy się w trybie art. 387 k.p.k. na podstawie wniosku oskarżonego o skazanie bez przeprowadzenia postępowania dowodowego³⁶. W wyniku mediacji sąd może przychylić się do wniosku oskarżonego o skazanie bez przeprowadzania postępowania dowodowego. Przy czym nie ma znaczenia, kiedy przeprowadzono postępowanie mediacyjne, czy na etapie postępowania przygotowawczego (i nie podjęto wówczas decyzji), czy do mediacji skierował sąd z własnej inicjatywy lub na wniosek stron (np. sąd doszedł do wniosku, że wynik mediacji przyczyni się do spełnienia warunków zawartych w art. 387 § 3 k.p.k. – dokonania zmian we wniosku, o co wnosił), czy pokrzywdzony, który chce uzależnić swój brak sprzeciwu na wniosek od zawarcia porozumienia itp.³⁷

W inny sposób brak zainteresowania wykorzystywaniem mediacji przy rozpatrywaniu spraw w trybie art. 335, 336 i 387 k.p.k. wyjaśnia E. Bieńkowska³⁸. Zwraca ona uwagę na art. 414 § 4, który stanowi: „umarzając postępowanie warunkowo sąd stosuje odpowiednio art. 341”, oraz na § 5 tego artykułu: „przewidując możliwość warunkowego umorzenia postępowania albo możliwość orzeczenia kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, sąd może wznowić przewód sądowy celem odpowiedniego zastosowania art. 341 § 3; wówczas sąd może zarządzić przerwę”. Przepis ten zakłada obligatoryjność odwołania się do instytucji porozumienia się pokrzywdzonego z oskarżonym, co w praktyce będzie zdecydowanie ograniczać możliwość odwołania się do mediacji.

Na wiele jeszcze innych możliwości zastosowania mediacji wskazuje E. Bieńkowska³⁹, nie tylko dlatego, że przyspieszy to postępowanie, ale również z uwagi na jej walory koncyliacyjne i możliwości zaspokojenia zwłaszcza interesów pokrzywdzonego. Autorka podaje przykłady sytuacji, gdy postępowanie karne kończy się niezgodnie z oczekiwaniami pokrzywdzonego, który z reguły nie rozumie powodów decyzji organu procesowego prokuratora bądź sądu. Przykładowo, sprawa zostaje umorzona z braku dowodów winy podejrzanego czy z uzasadnieniem, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego itp. Zaproponowanie wówczas stronom mediacji może pomóc pokrzywdzonemu w zrozumieniu decyzji organu procesowego i ewentualnie złagodzić jego rozczarowanie.

³⁶ D. Kuzelewski, *Wpływ prawa karnego materialnego na mediacje między pokrzywdzonym a oskarżonym – wybrane aspekty*, [w:] Z. Cwiągalski, G. Arytmiak, *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, Warszawa 2009, s. 358 i n.

³⁷ *Ibidem*, s. 360

³⁸ E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych...*, *op. cit.*, s. 6 i n.

³⁹ *Ibidem*, s. 4 i n.

BIBLIOGRAFIA

- Bieńkowska E., *Istota i znaczenie mediacji*, Katowice 1999.
- Bieńkowska E., *Mediacja w polskim prawie karnym*, Przegł. PK 1998, Nr 18, poz. 21.
- Bieńkowska E., Czarnecka-Działuk B., Wójcik D., *Postępowanie mediacyjne w nowej kodyfikacji karnej* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 14, Warszawa 1998.
- Bieńkowska E., *Mediacja w sprawach karnych*, [w:] *Mediacje w Polskim Systemie Prawa*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2011 r.
- Bieńkowska E., *Zjawisko wiktyimizacji wtórnej. Pojęcie, przyczyny, przeciwdziałanie (na przykładzie niektórych polskich regulacji karnych)*, „Archiwum Kryminologii” 2007/2008, t. 29/30.
- Daszkiewicz W., *Pojednanie, ugoda i mediacja Pojęcie, przyczyny, przeciwdziałanie (na przykładzie niektórych polskich regulacji karnych)*, „Archiwum Kryminologii” 2007/2008, t. 29/30.
- Kruk M., *Funkcjonowanie instytucji mediacji w sprawach karnych w Polsce. Analiza kryminologiczna*, Warszawa 2007.
- Christie N., *Granice cierpienia*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1991.
- Daszkiewicz W., *Pojednanie, ugoda i mediacja w procesie karnym (zagadnienia procesowe)*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 1998.
- Gostyński Z. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003.
- Gmurzyńska E., *Mediacja w Stanach Zjednoczonych. Rola prawników*, [w:] *Alternatywne sposoby rozwiązywania sporów*, Warszawa 2003.
- Kardas P., *Konsensualne sposoby rozstrzygnięcia w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003 r.*, Prok. i Pr. 2004, Nr 1.
- Koper R., *Postępowanie mediacyjne a skazanie oskarżonego bez rozprawy*, Prok. i Pr., 1999, nr 11–12.
- Kruk M., *Funkcjonowanie instytucji mediacji w sprawach karnych w Polsce. Analiza kryminologiczna*, Warszawa 2007.
- Kuźelewski D., *Wpływ prawa karnego materialnego na mediacje między pokrzywdzonym a oskarżonym – wybrane aspekty*, [w:] *Ćwiakalski Z., Arytmiak G., Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, Warszawa 2009.
- Murzynowski A., *Mediacja w toku postępowania przygotowawczego*, [w:] *Stachowiak S. (red.), Współczesny polski proces. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, Poznań 2002.
- Murzynowski A., *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, „Jurysta” 2002, Nr 9.
- Murzynowski A., *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji w stosowaniu prawa karnego w Polsce*, [w:] *W kręgu kryminologii romantycznej*, Fajst M., Płatek M. (red.), Liber, Warszawa 2004.
- Postępowanie polubowne w dziejach. Materiały IX konferencji historyków państwa i prawa, Przemysł 7–10.7.2005 r.*, Wrocław 2006.
- Rękas A., *Mediacja w polskim prawie karnym*, [w:] *Mediacje w Polskim Systemie Prawa*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 2011.
- Sitarska A., *Pomoc w rodzinie a mediacja*, Prok. i Pr. 2006, Nr 1.
- Sitarz O., *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów. Wyniki badań ankietowych. Cz. 1*. Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, R. 16, z. 3 (2012).
- Skorupka J., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, System Informacji Prawnej Legalis.
- Stefański R., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, System Informacji Prawnej Legalis.
- Waltoś S., *Wizja procesu karnego XXI wieku*, [w:] *Postępowanie karne w XXI w.*, P. Kruszyński (red.), Warszawa 2002.

Wildner E., *Postępowanie mediacyjne w polskim procesie karnym. Teoria i praktyka*, Mediator 2004, nr 3.

Zalewski W., *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?* Gdańsk 2006.

Zawistowski K., *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, Prok. i Pr. 2005, Nr 11.

POSTĘPOWANIE MEDIACYJNE JAKO KONSENSUALNE ZAKOŃCZENIE POSTĘPOWANIA KARNEGO

Streszczenie

Autorka omawia instytucję postępowania mediacyjnego jako jedno z rozwiązań przewidziane w polskiej procedurze karnej mające na celu koncyliacyjne rozstrzygnięcie powstałego „sporu”. W pierwszej części artykułu autorka przedstawia definicję oraz opisuje rozwój mediacji od początku jej wprowadzenia do kodeksu postępowania karnego tj. od 1997 roku. Kolejno wskazuje przesłanki oraz podmioty posiadające uprawnienia kierowania spraw do postępowania mediacyjnego. Na końcu autorka zajmuje się kwestią sposobu zakończenia mediacji oraz wskazuje na znaczenie tegoż postępowania w relacji do innych instytucji konsensualnych, jak skazania bez przeprowadzenia rozprawy (art. 335 KPK), warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 336 KPK), czy dobrowolnego poddania się odpowiedzialności (art. 387 KPK).

Słowa kluczowe: *mediacja, konsensualizm, porozumienie*

MEDIATION PROCEDURE AS A CONCILIATORY RESOLUTION OF A CRIMINAL PROCEEDING

Summary

The article discusses the mediation procedure as one of the solutions available in the Polish criminal procedure that is aimed at a conciliatory resolution of a dispute. In the first part of the article, the author presents the definition of mediation and describes its development from the moment it was introduced to the Criminal Procedure Code, i.e. 1997. Next, she presents the conditions and entities entitled to refer cases to mediation procedure. Finally, the author deals with the issue of the way of concluding mediation and highlights the importance of this proceeding compared to other consensual measures such as conviction without trial (Article 335 CPC), conditional discontinuance of the proceeding (Article 336 CPC) or a motion for a decision to be convicted submitted by the accused (Article 387 CPC).

Key words: *mediation, consensualism, plea agreement*

**PRAWO DO OBRONY
W ŚWIETLE OSTATNICH NOWELIZACJI
KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO
– ZAGADNIENIA WYBRANE**

DAMIAN GIL

I. WSTĘP

Problematyka prawa do obrony należy do zagadnień, które ciągle budzą zainteresowanie przedstawicieli doktryny¹. W obliczu ostatnich, obszernych nowelizacji Kodeksu postępowania karnego² z 27 września 2013 r.³ i 11 marca 2016 r.⁴ należałoby się przyjrzeć temu zagadnieniu przez pryzmat celów procesu karnego, gwarancji wynikających z prawa do obrony i celów nowelizacji przepisów k.p.k. To fundamentalne prawo oskarżonego, którego źródłem jest Konstytucja RP⁵ może być przedmiotem reform, ale nie eliminacji z polskiego procesu karnego. Celem niniejszego artykułu jest ocena zmian

¹ Zob. m.in.: P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006; R.A. Stefański, *Obrońca obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012; C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej?* [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa prof. J. Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 462 i nast.; C. Kulesza, *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnoporównawcze)*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa prof. Z. Świdy*, Warszawa 2009, s. 145 i nast.; M. Żak, *Prawo do obrony przed sądem drugiej instancji w procesie karnym. Wybrane zagadnienia*, [w:] B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski (red.), *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia (księga poświęcona pamięci prof. Z. Hołdy)*, Warszawa 2011, s. 267 i nast.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.), dalej jako k.p.k.

³ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247).

⁴ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. – o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437).

⁵ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

dokonanych wskazanymi nowelizacjami w zakresie gwarancji wynikających z prawa do obrony.

W świetle art. 42 ust. 2 Konstytucji RP każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub, na zasadach określonych w ustawie, korzystać z pomocy obrońcy z urzędu. Przepis art. 6 k.p.k., jak dotąd nie nowelizowany, stanowi, że oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć. Zasada prawa do obrony ma zatem charakter konstytucyjny, jest prawnie zdefiniowana oraz ściśle wiąże się ze stroną bierną procesu.

Liczne zmiany Kodeksu postępowania karnego sprawiają, że prawo do obrony, a szczególnie legitymacja oskarżonego do korzystania z pomocy obrońcy nabierają szczególnego znaczenia. W gąszczu formalizmu procesowego, oskarżony może nie być w stanie skutecznie się bronić, korzystać ze swoich praw. Osobiście uważam, że zrozumienie języka prawniczego przez osobę nieposiadającą wiedzy prawniczej, dodatkowo oskarżoną o popełnienie przestępstwa, wydaje się czymś prawie niemożliwym. Ustanowiony obrońca, może podjąć szereg czynności na korzyść oskarżonego, których on sam nie wykona z powodu braku odpowiedniej wiedzy i umiejętności. „Zasada prawa do obrony, sformułowana w art. 6 k.p.k., jest wyrazem gwarancji przewidzianej w Konstytucji RP. Oskarżony nie może ponosić negatywnych konsekwencji ani zbyt późnego ustanowienia obrońcy, ani zdarzeń losowych, do jakich należy zaliczyć nagłe zachorowanie ustanowionego obrońcy. Nie może także ponosić negatywnych konsekwencji niedopełnienia przez ustanowionego obrońcę wymagań określonych w art. 117 § 2a k.p.k.”⁶ Obrońca, jako pomocnik procesowy oskarżonego, może podejmować działania jedynie na korzyść oskarżonego. Konsekwencją działania na korzyść oskarżonego (art. 86 § 1 k.p.k.) jest konieczność śledzenia przez obrońców zmian w prawie, a szczególnie tych, które wiążą się z sytuacją procesową oskarżonych. Obrońca nieświadomy zmian w prawie, może niewłaściwie i niekorzystnie dla oskarżonego działać w procesie.

Ostatnie nowelizacje dokonały istotnych zmian w omawianej kwestii. Nowela z 27 września 2013 r. zniósła obowiązkowy udział oskarżonego w rozprawie, z wyjątkami określonymi w art. 374 § 1 zd. II k.p.k. i art. 374 § 1a k.p.k. Obok adwokatury, funkcję obrońcy mogą realizować także uprawnieni na podstawie ustawy o radcach prawnych (art. 82 k.p.k.). Przydanie funkcji obrończych radcom prawnym było poprzedzone dyskusjom, w których padały argumenty „za” i „przeciw” takiemu rozwiązaniu. W uzasadnieniu do projektu zapisano, że „argument o braku kompetencji radców prawnych do występowania w charakterze obrońców w sprawach karnych słabnie nie tylko w świetle powyższych wywodów, lecz także i wobec okoliczności, że obecnie możliwy jest w zasadzie swobodny przepływ między zawodami radcy prawnego i adwokata. Zatem wśród radców prawnych funkcjonują także tacy, którzy uprzednio byli adwokatami, zaś wśród adwokatów funkcjonują byli radcowie prawni. Obecnie radca prawny może, co do zasady, bez przeszkód wpisać się na listę adwokatów i po uzyskaniu uprawnień do wykonywania zawodu, bez dopełniania jakichkolwiek dalszych wymagań, występować w charakterze obrońcy w sprawach karnych. Jego umiejętności w zakresie prawa karnego nie podlegają dalszej weryfikacji; zakłada się, że nimi dysponuje. Zatem

⁶ Postanowienie SN z 21 października 2004 r., II KK 239/04, LEX nr 137480.

w obecnym stanie prawnym brak możliwości pełnienia funkcji obrońcy w sprawach karnych przez czynnych radców prawnych jawi się jako sytuacja sztuczna. Projekt wyłącza radców prawnych zatrudnionych w stosunku pracy z możliwości świadczenia obrony⁷. W piśmiennictwie podkreśla się, że udział radcy prawnego w charakterze obrońcy, będzie wiązał się z rzetelnym przygotowaniem i większym zaangażowaniem, począwszy od fazy postępowania przygotowawczego. Bierna postawa radcy prawnego może być przyczynkiem „porażki” takiego obrońcy i *a contrario* może dojść do udowodnienia faktów przytaczanych przez przeciwnika procesowego⁸.

Nowela z 11 marca 2016 r., przywracająca model procesu sprzed 1 lipca 2015 r. nie uchyliła przepisów, legitymujących radców prawnych do występowania w roli obrońcy oskarżonego. Przywrócono natomiast poprzednie brzmienie art. 78 § 1 k.p.k. (prawo ubogich) oraz uchylono przepis art. 80a, który wprawdzie wzbudzał kontrowersje⁹, ale przy zmianie treści art. 374 § 1 k.p.k. miał przede wszystkim charakter gwarancyjny.

W obliczu zarysowanych zmian, związanych z prawem do obrony, pojawiają się liczne problemy i wątpliwości, które wiążą się z fundamentalnym prawem oskarżonego. Należałoby oczekiwać, że przy nowelizacji przepisów mających charakter gwarancyjny dla oskarżonego, będą wprowadzone normy intertemporalne, które pozwolą właściwe wdrożyć nowe rozwiązania. Tymczasem w świetle art. 24 ustawy z 11 marca 2016 r. postępowanie przygotowawcze wszczęte przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, w których do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy nie został wniesiony do sądu akt oskarżenia, wnioski o wydanie wyroku skazującego, wnioski o warunkowe umorzenie postępowania lub wnioski o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, prowadzi się w dalszym ciągu według przepisów niniejszej ustawy. Zatem mimo zawisłości sprawy przed 15 kwietnia 2016 r., gdzie oskarżony miał więcej uprawnień wynikających z prawa do obrony, na skutek wejścia w życie nowych przepisów nie będzie mógł ich zrealizować.

II. PRAWO DO OBRONY W ŚWIETLE NOWELI Z 27 WRZEŚNIA 2013 R.

Najistotniejszą zmianą w zakresie prawa do obrony, było poszerzenie uprawnień obrończych radcy prawnego. Do chwili wejścia w życie tej noweli, radca prawny mógł pełnić funkcję obrońcy w sprawach o wykroczenia (art. 24 § 1 k.p.w.¹⁰) i wykroczenia skar-

⁷ <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870> (s. 157 uzasadnienia).

⁸ Por. M. Komar-Zabłocka, *Status radcy prawnego w procesie karnym w świetle nowelizacji z 27.09.2013 r.*, *Ius et Administratio* 2014, nr 1, s. 38; D. Jagiełło, *Udział radcy prawnego w procesie karnym po nowelizacji K.P.K. z 27 września 2013 r.*, *Ius Novum* 2015, nr 1 s. 77–78.

⁹ Por. m.in.: W. Jasiński, *Prawo do obrony w znowelizowanym postępowaniu przygotowawczym*, [w:] T. Gardocka, P. Hofmański, W. Jasiński, M. Kolendowski-Matejczuk, I. Lipowicz, S. Ładoś, M. Mistygacz, S. Pawelec, M. Pietrzak, R.A. Stefański, M. Warchoń, A. Zieliński, *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 86–87; K. Majchrzak, P. Misztal, *Pozycja obrońcy w nowym modelu postępowania karnego*, [w:] T. Gardocka, M. Jakubik (red.), *Szkice o nowym modelu procesu karnego*, Warszawa 2014, s. 57 i nast.

¹⁰ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2008 r. Nr 133, poz. 848 z późn. zm.), dalej jako k.p.w.

bowe (art. 122a § 2 k.k.s.¹¹). Akces radcy prawnego jako obrońcy w procesie karnym przełamał monopol adwokatury na świadczenie usług obrończych w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe. W świetle art. 8 ust. 6 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹² pomoc prawna polegająca na występowaniu przez radcę prawnego w charakterze obrońcy w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe może być świadczona w ramach wykonywania przez niego zawodu na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce, o której mowa w ust. 1, pod warunkiem że radca prawny nie pozostaje w stosunku pracy. Zakaz zatrudnienia nie dotyczy pracowników naukowych i naukowo-dydaktycznych. W literaturze podkreśla się, że „nie ma ten przepis podstawy w przepisach określających dyscyplinę oraz zasady etyki zawodu radcy prawnego”¹³. W uzasadnieniu do nowelizacji (Druk sejmowy 870) nie wyjaśniono z jakich przyczyn radca prawny, zatrudniony na umowę o pracę nie może wykonywać funkcji obrończych. W literaturze zwrócono uwagę, że jednoczesne zatrudnienie jest niedopuszczalne i sprzeczne z postulatem niezależności obrońcy, gdyż własne interesy i naciski zewnętrzne nie pozwolą mu właściwie pełnić funkcję obrońcy¹⁴.

Po pierwsze, należy zauważyć, że przepis art. 8 ust. 6 ustawy o radcach prawnych nie dotyczy świadczenia usług obrończych w sprawach o wykroczenia i wykroczenia skarbowe. Po drugie, radca prawny zatrudniony na umowę o pracę, nawet na kilku uczelniach może pełnić funkcje obrońcy w sprawach o przestępstwa lub przestępstwa skarbowe. Po trzecie, istnieje rozbieżność między wykonywaniem funkcji obrończych przez adwokatów, którzy nie mogą być zatrudnieni na umowę o pracę, a realizacją funkcji obrończych radców prawnych, którzy z wyjątkiem określonym w art. 8 ust. 6 ustawy o radcach prawnych mogą świadczyć pomoc prawną w ramach stosunku pracy. Radca prawny może zostać ustanowiony jako obrońca z wyboru lub obrońca z urzędu. Prezes sądu, sąd lub referendarz sądowy (art. 81a § 2 k.p.k.) przy wyznaczaniu radcy prawnego jako obrońcy z urzędu nie bada faktu pozostawania w stosunku pracy. W świetle § 3 rozporządzenia MS z dnia 27 maja 2015 r. w sprawie zapewnienia oskarżonemu korzystania z pomocy obrońcy z urzędu¹⁵ Rada okręgowej izby radców prawnych przedstawia prezesowi właściwego sądu: 1) wykaz radców prawnych uprawnionych do obrony w postępowaniu karnym według ustawy o radcach prawnych, mających miejsce zamieszkania na obszarze właściwości danego sądu, deklarujących gotowość udzielania oskarżonym pomocy prawnej z urzędu; 2) wykaz pozostałych radców prawnych uprawnionych do obrony w postępowaniu karnym według przepisów ustawy o radcach prawnych, mających miejsce zamieszkania na obszarze właściwości danego sądu. Należy oczekiwać, że Rada okręgowej izby radców prawnych, przygotowując wykaz radców prawnych – obrońców w sprawach karnych, podejmie się weryfikacji, czy radca prawny ubiegający się o wpis do wykazu nie jest związany stosunkiem pracy. Dyspo-

¹¹ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. Nr 83, poz. 930 z późn. zm.) dalej jako k.k.s.).

¹² Por. D. Jagiełło, *Udział radcy prawnego w procesie karnym po nowelizacji K.p.k. z 27 września 2013 r.*, *Ius Novum* 2015, nr 1, s. 76–77.

¹³ Por. M. Komar-Zabłocka, *Status radcy prawnego w procesie karnym w świetle nowelizacji z 27.09.2013 r.*, *Ius et Administratio* 2014, nr 1, s. 40.

¹⁴ Por. Z. Klatka, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004, s. 57.

¹⁵ Dz.U. poz. 816.

zycyjność radcy prawnego, w mojej ocenie, stanowi ważny element obrony formalnej. Nie powinien jednak pozbawiać radcy prawnego uprawnień obrończych. Zatrudnienie radcy prawnego na podstawie umowy o pracę nie zawsze wiąże się z pozostawianiem w miejscu pracy do wyłącznej dyspozycji pracodawcy. *De lege ferenda* konieczna wydaje się „liberalizacja” przepisu art. 8 ust. 6 ustawy o radcach prawnych. Jeżeli zgodę na wykonywanie funkcji obrończych wyraziłby pracodawca, u którego zatrudniony jest radca prawny, wówczas mógłby bez przeszkód podejmować takie czynności. Zważyć należy, że w wielu miejscach pracy zatrudnionych jest kilku radców prawnych, którzy świadczą pomoc prawną na podobnych zasadach. Jeżeli np. jeden z nich byłby uprawniony do obrony w sprawach karnych, to i tak inny mógłby w tym samym czasie świadczyć pomoc prawną na rzecz ich wspólnego pracodawcy.

Nowela z 27 września 2013 r. zmieniła przepis art. 78 k.p.k. oraz dodała do k.p.k. art. 80a i 81a. Tym samym, do chwili wejścia w życie noweli z 11 marca 2016 r., dotychczasowe prawo ubogich obowiązywało jedynie w stadium przygotowawczym. W uzasadnieniu do projektu wskazano, że – „jako zasadę przyjmuje się korzystanie przez podejrzanego z prawa ubogich na etapie postępowania przygotowawczego (art. 78 § 1 k.p.k.), oraz ogólne prawo do wyznaczenia obrońcy z urzędu na etapie postępowania sądowego (art. 80a k.p.k.). Zatem tylko na etapie postępowania przygotowawczego wyznaczenie obrońcy z urzędu wymagało będzie wykazania braku możliwości poniesienia kosztów obrony. W postępowaniu sądowym wyznaczenie obrońcy z urzędu (w innych przypadkach niż art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k.) następować będzie na wniosek oskarżonego, bez związku z jego sytuacją majątkową.

Celem zmiany zasad wyznaczania obrońcy z urzędu, określonych w przepisie art. 80a § 1 k.p.k., jest rozszerzenie zakresu działania obrońcy, tak, by jego udział w postępowaniu sądowym stawał się regułą, a nie wyjątkiem. Wprowadzona reguła zapobiegać ma paraliżowi postępowania sądowego lub późniejszego powoływania się na brak możliwości prowadzenia skutecznej obrony i faktyczny brak możliwości korzystania z profesjonalnego zastępstwa procesowego. Jediną podstawą odmowy wyznaczenia obrońcy w tym trybie jest funkcjonowanie obrońcy z wyboru albo konieczność wyznaczenia obrońcy z urzędu w trybie art. 81 § 1 k.p.k.. Wyznaczenie obrońcy w trybie przepisu § 1 nakłada na niego obowiązek udziału w rozprawie głównej, skorelowany z treścią art. 80 k.p.k., a nadto konieczny w świetle zmiany zasad udziału samego oskarżonego w rozprawie głównej (art. 374 § 1 k.p.k.)¹⁶.

Historyczna już regulacja art. 80a § 1 k.p.k., taktująca o wyznaczeniu obrońcy na etapie postępowania sądowego, wiązała się ze spełnieniem trzech przesłanek: złożenie wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu, brak obrońcy z wyboru oraz wykluczenie zastosowania przepisów o obronie obligatoryjnej (art. 79 § 1 lub 2 albo art. 80 k.p.k.)¹⁷. Prezes sądu, sąd lub referendarz sądowy wyznaczał w postępowaniu sądowym obrońcę z urzędu. W takim wypadku udział obrońcy w rozprawie głównej był obowiązkowy (uchylony art. 80a § 1 k.p.k.). W piśmiennictwie zauważono, że pomoc prawna oferowana dopiero na etapie postępowania sądowego, może okazać się mało skuteczna w sytuacji, gdy np. oskarżony przyznał się do winy w stadium przygotowawczym

¹⁶ <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870> (s. 29–30 uzasadnienia).

¹⁷ S. Steinborn, *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego (art. 80a)*, LEX 2016, Teza 3.

i złożył wyjaśnienia bez konsultacji z obrońcą, opierając się wyłącznie na zdaniu funkcjonariuszy organów ścigania, że to dla niego najlepszy sposób obrony¹⁸. Zróznicowanie prawa do obrońcy z urzędu na etapie przygotowawczym i sądowym nie było chyba do końca przemyślane. Kontradyktoryjny model postępowania pierwszoinstancyjnego, z którym wiązała się większa jak dotąd aktywność stron postępowania i ich reprezentantów, nie powinien przesądzać o wzmocnieniu gwarancji wynikających z prawa do obrony na etapie sądowym i ograniczeniu w stadium przygotowawczym. Z drugiej strony, wyznaczenie obrońcy na podstawie art. 80a § 1 k.p.k. w oderwaniu od jego np. dobrej sytuacji materialnej, było rozwiązaniem niecelowym, gdyż i tak oskarżony miał możliwość skorzystania z pomocy obrońcy z wyboru. W przeciwieństwie do regulacji art. 78 § 1 k.p.k. oskarżony mógł być zobowiązany do pokrycia kosztów obrońcy wyznaczonego z urzędu. Ustalenie jego możliwości majątkowych miało miejsce dopiero w momencie wydania orzeczenia kończącego postępowanie, w którym sąd rozstrzyga w przedmiocie kosztów procesu (art. 626 § 1 k.p.k.)¹⁹. W świetle wówczas obowiązującego art. 338 § 1a k.p.k., doręczając odpis aktu oskarżenia, oskarżonego należało pouczyć o treści m.in. art. 80a k.p.k. oraz o tym, że w zależności od wyniku procesu oskarżony może być obciążony kosztami wyznaczenia obrońcy z urzędu.

W tym kontekście pojawia się pytanie – czy obrońca wyznaczony w trybie art. 80a § 1 k.p.k. trafnie został nazwany – obrońcą z urzędu? Po pierwsze, poza przypadkiem niezamieszkania (art. 78 k.p.k.), ustanowienie obrońcy z urzędu nie zwalnia oskarżonego od obowiązku uregulowania kosztów obrony, chyba że sąd zwolni go od tego (art. 624 § 1 k.p.k.)²⁰. Po drugie, w przeciwieństwie do regulacji art. 78 § 2 k.p.k., sąd nie ma możliwości cofnięcia wyznaczenia obrońcy w trybie art. 80a § 1 k.p.k., ponieważ poza wnioskiem nie istnieją inne przesłanki, których wystąpienie warunkowało ustanowienie takiego obrońcy. Jedyną podstawą odmowy wyznaczenia takiego obrońcy, jest uprzednie ustanowienie obrońcy z wyboru lub też wyznaczenie obrońcy w trybie art. 81 § 1 k.p.k.²¹ W tej perspektywie rodzi się pytanie o celowość regulacji art. 80a k.p.k.? Wyznaczenie obrońcy w stadium jurysdykcyjnym, bez korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu przygotowawczym, może samo przez się przesądzić o nieefektywności takiej obrony. Ponadto, w sytuacji gdy sąd obciąży kosztami obrony oskarżonego, uznając że go stać na pokrycie jej kosztów, wówczas mamy sytuację podobną do obrony z wyboru. Różnica polegała na tym, że obrońca wyznaczony w trybie art. 80a § 1 k.p.k. był niejako narzucony oskarżonemu, natomiast przy ustanowieniu obrońcy z wyboru, on sam decyduje o tym, kto ma być obrońcą, może jednocześnie korzystać z pomocy nie więcej niż trzech obrońców (art. 77 k.p.k.). Efektywność obrony narzuconej w trybie art. 80a § 1 k.p.k. była uzależniona od nakładu pracy i zaangażowania adwokata lub

¹⁸ W. Jasiński, *Prawo do obrony w znowelizowanym postępowaniu przygotowawczym*, [w:] T. Gardocka, P. Hofmański, W. Jasiński, M. Kolendowski-Matejczuk, I. Lipowicz, S. Ładoś, M. Mistygacz, S. Pawelec, M. Pietrzak, R.A. Stefański, M. Warchoń, A. Zieliński, *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 86–87.

¹⁹ Por. W. Posnow [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2015, s. 274.

²⁰ T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 361–362.

²¹ K.T. Boratyńska [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2015, s. 218.

radcy prawnego, na którego działania nie miał wpływu oskarżony. Europejski Trybunał Praw Człowieka słusznie orzekł, że „samo przyznanie oskarżonemu obrońcy z urzędu nie zapewnia jeszcze efektywności pomocy prawnej. Są bowiem przypadki, w których organy państwowe nie powinny pozostawać bierne, jeżeli zostały poinformowane o problemach z wykonywaniem pomocy prawnej. To czy pomoc prawną należy uznać za efektywną w praktyce, zależy od okoliczności danej sprawy”²². Zakładając dłuższe obowiązywanie art. 80a k.p.k., nie wiadomo w ilu przypadkach kosztami byłby obciążony oskarżony, a w jakim stopniu stałby się ciężarem Skarbu Państwa. Można przypuszczać, że skromne możliwości majątkowe wnioskodawców, doprowadziłyby do nadmiernego obciążenia budżetu państwa.

W myśl uchylonego art. 80a § 2 k.p.k., przepis art. 80a § 1 miał odpowiednie zastosowanie do wyznaczenia obrońcy w celu dokonania określonej czynności procesowej w toku postępowania sądowego. Przepis obejmował swym zasięgiem określone czynności (np. posiedzenie w przedmiocie dobrowolnego poddania się karze) lub też dokonanie konkretnej czynności (np. przygotowanie apelacji, zażalenia), a także czynności objęte przymusem adwokacko-radcowskim (np. kasacja, wniosek o wznowienie prawomocnie zakończonego postępowania sądowego)²³. Również w tym przypadku koszty związane z ustanowieniem obrońcy, były przedmiotem zasądzenia w orzeczeniu kończącym postępowanie, mając względzie sytuację majątkową oskarżonego. Analizowane rozwiązanie, nowelą z 11 marca 2016 r. przeniesione do art. 78 § 1a k.p.k., wydaje się rozwiązaniem dużo lepszym niż ustanowienie obrońcy w trybie art. 80a § 1 k.p.k. Zważyć należy, że niezależnie od sytuacji oskarżonego, który np. dobrowolnie poddał się karze, musiał uczestniczyć we wszystkich czynnościach procesowych. Obecność obrońcy przy czynnościach procesowych po zawarciu formalnego porozumienia procesowego nie może być traktowana jako niezbędna, gdyż *de facto* dalsze rozstrzygnięcia stanowią konsekwencję uprzednio zawartego porozumienia. T. Grzegorzczak słusznie podkreśla, że „granice działań obrończych obrońcy (możliwych sposobów obrony) wyznacza z jednej strony interes prawny oskarżonego, jako stymulujący te działania, z drugiej zaś publiczny charakter działalności obrończej, jako ograniczający tę działalność”²⁴. Zatem nie każda czynność procesowa wiąże się z interesem prawnym oskarżonego i obrońca nie musi w niej uczestniczyć.

Wątpliwości budził przepis art. 80a § 3 k.p.k., który stanowił, że ponowne wyznaczenie obrońcy w trybie § 1 i 2 jest dopuszczalne w szczególnie uzasadnionych wypadkach. Decyzja prezesa sądu, sądu lub referendarza sądowego w tym przedmiocie miała charakter uznaniowy, tzn. była uzależniona od oceny – czy dany przypadek był szczególnie uzasadniony czy też nie. Do obrońcy wyznaczonego na podstawie art. 80a § 1 i 2 k.p.k. nie miał zastosowania przepis art. 81 § 1 b, który dotyczył wyznaczenia obrońcy na podstawie art. 78 § 1, art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k. Pozostawienie bez rozpoznania ponownego wniosku, opartego na tych samych okolicznościach (art. 81

²² Wyrok ETPC z dnia 15 września 2009 r. w sprawie *Arciński przeciwko Polsce* (skarga nr 41373/04).

²³ K.T. Boratyńska [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2015, s. 206–207.

²⁴ T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 354.

§ 1 b k.p.k.) to mechanizm przeciwdziałania obstrukcyjnym zachowaniom oskarżonego, związanym zaskarżalnością decyzji odmawiających wyznaczenia obrońcy²⁵. Decyzja o pozostawieniu bez rozpoznania ponownego wniosku, może być także związana z informacją o ustanowieniu obrońcy z wyboru. Należy pamiętać, że obrona z urzędu ma zawsze charakter akcesoryjny, pierwszeństwo ma obrona z wyboru²⁶.

Z prawa do obrony wynika to, że oskarżony może zrezygnować z tego uprawnienia. W świetle art. 81 § 2 k.p.k. na uzasadniony wniosek oskarżonego lub jego obrońcy prezes lub referendarz sądu właściwego do rozpoznania sprawy może wyznaczyć nowego obrońcę w miejsce dotychczasowego. Przepis ten miał także zastosowanie do obrońcy ustanowionego na podstawie art. 80a § 1 lub 2 k.p.k. Zważyć należy, że ustawodawca nie uregulował *expressis verbis* kwestii rezygnacji z pomocy obrońcy, wyznaczonego na podstawie art. 80a § 1 lub 2 k.p.k. Dopuszczalność takiej czynności wynikała z wykładni art. 80a § 3 i 4 k.p.k. Obrona oskarżonego, tak z wyboru jak i z urzędu nie materializuje się przez sam fakt ustanowienia obrońcy. „Prawo to polega na korzystaniu z pomocy obrońcy, a więc jest realizowane przez udzielenie mu pomocy przez obrońcę w zakresie prowadzenia obrony. Prawo to nie zostaje mu zapewnione przez sam fakt wybrania obrońcy lub wyznaczenia go z urzędu”²⁷. Zatem jeżeli oskarżony właściwie umotywuje wniosek o wyznaczenie nowego obrońcy, w szczególności jeżeli wywiedzie, że utracił zaufanie do dotychczasowego obrońcy lub wykaże, że ten nie udzielił mu pomocy w prowadzeniu obrony, prezes sądu lub referendarz sądowy może wyznaczyć nowego obrońcę w miejsce dotychczasowego. „Jest bowiem rzeczą zupełnie oczywistą, że także obrońca z urzędu, jeżeli swoją misję ma wykonywać należycie (co z kolei realizuje prawo zagwarantowane w art. 6 k.p.k.), musi posiadać zaufanie oskarżonego oraz jego aprobatę dla tak zasadniczej kwestii, jaką jest strategia obrony. Brak tego zaufania, zasadnicza różnica zdań co do taktyki obrony sprawia, że misja obrończa nie może być (i nie będzie) spełniana należycie, co w konsekwencji doprowadzić może do pozbawienia oskarżonego prawa do obrony w znaczeniu formalnym. Mylne jest więc twierdzenie, że „zaufanie oskarżonego do wyznaczonego mu obrońcy nie jest warunkiem prawidłowego pełnienia obrony przez wyznaczonego adwokata”²⁸.

Nowelą z 12 czerwca 2015 r.²⁹ dodano art. 80a § 4 k.p.k., który stanowi, że na zarządzenie prezesa sądu o odmowie ponownego wyznaczenia obrońcy przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, a na postanowienie sądu o odmowie ponownego wyznaczenia obrońcy – zażalenie do innego równorzędnego składu tego sądu. Jeżeli zarządzenie wydał referendarz sądowy, służy na nie kasatoryjny sprzeciw (art. 93a § 3 k.p.k.)³⁰. W literaturze podkreśla się, że jest to rozwiązanie jak najbardziej trafne, szczególnie ze względu na gwarancję prawa do obrony oraz związaną

²⁵ S. Steinborn, *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego (art. 80a)*, LEX 2016, Teza 8.

²⁶ P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 307.

²⁷ R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 30.

²⁸ Wyrok SN z 1 kwietnia 2004 r., II KK 296/03, LEX nr 109839.

²⁹ Ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. poz. 1186).

³⁰ Szerzej na ten temat D. Gil, *Sprzeciw i quasi sprzeciw w procesie karnym*, Lublin 2015, s. 279 i nast.

z realizacją zasady kontrydiktoryjności pozycją obrońcy w procesie karnym³¹. Mając na uwadze fakt, że oskarżony ma prawo brać udział w rozprawie (art. 374 § 1 k.p.k.), udział obrońcy w kontrydiktoryjnej rozprawie głównej, w sytuacji gdy oskarżony jest nieobecny, stanowi gwarancję realizacji prawa do obrony. Przy całkowitym braku reprezentacji strony biernej nie sposób mówić o pełnej kontrydiktoryjności rozprawy głównej.

Prawo do obrony po 1 lipca 2015 r., zyskało nowe wyzwania na skutek zmiany art. 167 k.p.k. W świetle art. 167 § 1 zd. I k.p.k. w postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej (art. 167 § 1 zd. II k.p.k.). Pomimo krótkiego okresu obowiązywania przepisu (od 1.07.2015–14.04.2016 r.) wzbudził on liczne kontrowersje³² oraz miał istotne znaczenie z punktu widzenia prowadzonej obrony. Na wstępie należy zauważyć, że oskarżony który nie korzystał z pomocy obrońcy, nie był w stanie przeprowadzać dowodów, a tym samym skutecznie realizować tzw. obrony materialnej w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Z drugiej strony, pasywna postawa oskarżyciela publicznego, przy założeniu, że oskarżony korzysta z efektywnej pomocy obrońcy, mogła przysporzyć stronie biernej spore korzyści. Wyhamowana rola sądu i wzmószona aktywność stron procesowych i ich reprezentantów, była krótkim epizodem w polskim procesie karnym. W przeciwieństwie do kolejnych reform, była poprzedzona długim okresem *vacatio legis*, który nie tylko był zarzewiem dyskusji i uwag krytycznych, ale także pozwolił się „oswoić” z nowym kontrydiktoryjnym modelem rozprawy głównej.

W pespektywie tych zmian, rysowały się nowe zadania obrońcy w procesie karnym. „Do zadań obrońcy w modelu kontrydiktoryjnym należy nie tylko identyfikowanie słabości aktu oskarżenia, ale również wypracowanie odpowiedzi na skargę w postaci określonego zamysłu dowodowego, zebranie odpowiedniego materiału dowodowego, przekonanie sądu o zasadności składanych wniosków dowodowych, wprowadzenie do procesu dowodów prywatnych i korzystanie z pomocy organów wymiaru ścigania w zdobywaniu materiału dowodowego w inny sposób legalnie dla jednostki niedostępny (np. niektórych dokumentów)”³³. Z drugiej strony, nowy model uaktywnił oskarżyciela publicznego, który chcąc udowodnić tezy aktu oskarżenia, musiał efektywnie przeprowadzać dowody obciążające. Do chwili wejścia w życie noweli z 27 września 2013 r.

³¹ Por. C. Kulesza, *Od obrony formalnej do obrony realnej? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej?* [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa prof. J. Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 462 i nast.

³² Por. m.in.: R.A. Stefański, *Inicjatywa dowodowa w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa prof. J. Tylmana*, Warszawa 2014, s. 169 i nast.; A. Drozd, *Inicjatywa dowodowa w świetle kontrydiktoryjnego procesu karnego*, Prok. i Pr. 2014, nr 10 s. 40 i nast.; A.M. Tęcza-Paciorek, *Ciężar dowodu w procesie karnym, czyli jaka jest, a jaka będzie rola sądu (sędziego)*, PS 2014, nr 11–12, s. 7 i nast.

³³ K. T. Boratyńska, M. Królikowski, [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2015, s. 393.

praktyka polegała na tym, że oskarżyciel podnosił, iż oskarżony jest winny zarzucanych mu czynów, ale tego nawet nie próbował udowodnić w postępowaniu sądowym, co rodziło sytuację „patologiczną”, ponieważ sąd „sprzyjał” oskarżeniu, przeprowadzając z urzędu dowody „korzystne” dla oskarżenia, a „niekorzystne” dla oskarżonego³⁴. Rozwiązanie przyjęte po 1 lipca 2015 r. rzeczywiście wyhamowało rolę sądu i tym samym zmusiło strony i ich reprezentantów do aktywnej roli w postępowaniu sądowym. Żle się stało, że ustawodawca wprowadził art. 167 § 1 zd. II i III, które stwarzały szerokie możliwości ingerencji sądu w postępowanie dowodowe, ograniczając tym samym kontradiktoryjność rozprawy głównej. Reformatorzy mogli skorzystać z doświadczenia innych państw. We włoskiej procedurze karnej inicjatywa dowodowa spoczywa na stronach (art. 190 i 468 c.p.p.), rola sądu jest ograniczona do oceny zasadności i dopuszczalności przeprowadzania dowodów, o które wnioskuje strony (art. 190 i 495 c.p.p.). Tylko wyjątkowo sąd może przeprowadzić dowody z urzędu (art. 422, 441 ust. 5, 506 i 507 c.p.p.)³⁵. Pozostawienie postępowania dowodowego w gestii stron może okazać się korzystne z punktu widzenia prawa do obrony. Przeprowadzenie dowodu za stronę w razie jej niestawiennictwa, w granicach tezy dowodowej było rozwiązaniem niekorzystnym oraz ograniczającym zasadę dyspozycyjności. Rację ma R.A. Stefański, że „brak dookreślenia, że jest to możliwe tylko w sytuacji, gdy strona nie usprawiedliwiła swojej nieobecności, sugeruje, że sąd przeprowadza dowód w zastępstwie strony niezależnie od przyczyny jej nieobecności”³⁶. W kontekście ciągłej woli reformowania procesu karnego, należy przede wszystkim pamiętać, że udział obrońcy przyczynia się do realizacji fundamentalnego celu postępowania karnego, „aby niewinny nie był skazany, a winny nie poniósł odpowiedzialności przekraczającej stopień zawinienia”³⁷.

III. PRAWO DO OBRONY W ŚWIETLE NOWELI Z 11 MARCA 2016 R.

Po niespełna dziesięciu miesiącach, od wejścia w życie noweli z 27 września 2013 r. weszły w życie przepisy, które odwróciły tamtą reformę. Większość analizowanych rozwiązań w zakresie prawa do obrony, stała się częściowo historią polskiego procesu karnego. Można ubolewać, że niektóre przepisy – jak np. uchylony art. 80a k.p.k. nie zdążyły zaistnieć w procedurze karnej, nie sposób było dokonać praktycznej oceny nowej instytucji. Krytyka na płaszczyźnie teoretycznej nie zawsze idzie w parze z późniejszą oceną, opartą na doświadczeniach wymiaru sprawiedliwości i samych obrońców.

W uzasadnieniu do projektu czytamy, że:

„Z uwagi na zwiększenie roli czynnika sądowego w dotarciu do prawdy, ograniczenie wymogów formalnych, których muszą przestrzegać tzw. nieprofesjonalni uczestnicy postępowania, w tym

³⁴ Por. M. Zbrojewska, *Kilka uwag odnośnie do nowego ujęcia zasady kontradiktoryjności w świetle noweli do Kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 roku*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces karny...*, op. cit., s. 232–233.

³⁵ M. Warchoń [w:] P. Kruszyński (red.), *System Prawa Karnego Procesowego – Tom II. Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym*, Warszawa 2014, s. 567.

³⁶ R.A. Stefański, *Inicjatywa dowodowa w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces karny ...*, op. cit., s. 232–233.

³⁷ P. Kruszyński, *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991, s. 269.

zwłaszcza w zakresie formułowania środków zaskarżenia, proponuje się odejście od przewidzianej w art. 80a i art. 87a k.p.k. zasady ustanowienia obrońcy i pełnomocnika z urzędu wyłącznie w wyniku zgłoszenia takiego żądania, bez uwzględnienia sytuacji majątkowej i rodzinnej wnioskodawcy. Zapewnienie obrońcy i pełnomocnika tzw. osobie niezamożnej będzie odbywało się po weryfikacji jej stanu majątkowego i rodzinnego na podstawie art. 78 § 1 k.p.k.”

Powrócono także do poprzedniego brzmienia art. 167 k.p.k. Krajowa Izba Radców Prawnych w opinii do projektu (Druk Sejmowy 207), autorstwa prof. J. Zagrodnika, opowiedziała się za utrzymaniem art. 80a k.p.k., gdyż „stanowi ono gwarancję rzeczywistego i realnego dostępu do obrońcy, które w orzecznictwie ETPC uznaje się za podstawową przesłankę prawa do rzetelnego procesu”³⁸. Pierwszy Prezes SN w swojej opinii do projektu zwraca uwagę, że zmiana w zakresie prawa do obrony nie jest tylko prostym odwróceniem reformy z września 2013 r., ale stan w zakresie tego prawa istotnie pogarsza. Ma to związek z pozostawieniem art. 374 § 1 k.p.k. w brzmieniu po 1 lipca 2015 r. Ustawa także „obniża dostęp do obrońcy dla oskarżonego pozbawionego wolności w postępowaniu przed sądem okręgowym, jako sądem pierwszej instancji”³⁹.

Rezygnacja z art. 80a k.p.k. i powrót do tzw. „prawa ubogich”, które na równi obowiązuje w postępowaniu przygotowawczym i sądowym nie wydaje się zmianą rewolucyjną. Taki stan prawny obowiązywał od 1 września 1998 – 30.06.2015 roku. Niemniej jednak, pozostawienie art. 374 § 1 k.p.k. (nieobowiązkowe stawiennictwo oskarżonego na rozprawie głównej), przy braku ustanowionego obrońcy, rodzi poważne obawy, których konkluzją może okazać się tzw. zwichnięta kontrydiktoryjność postępowania pierwszoinstancyjnego. Należy jednak zauważyć, że w świetle nowego art. 300 § 1 k.p.k. przed pierwszym przesłuchaniem, podejrzany zostaje pouczony o treści art. 78 k.p.k., czyli może żądać, aby mu wyznaczono obrońcę z urzędu, jeżeli w sposób należyty wykaże, że nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny. Instytucja obrony formalnej jest prawem a nie obowiązkiem oskarżonego. Jeżeli nie spełnia przesłanek do ustanowienia obrońcy w trybie art. 78 § 1 k.p.k., zawsze ma możliwość ustanowienia obrońcy z wyboru. W perspektywie zmiany art. 167 i 171 § 2 k.p.k., oskarżony już nie jest zobligowany do przeprowadzania dowodów, jako strona ma nadal inicjatywę dowodową oraz prawo do zadawania pytań osobom przesłuchiwanym. Pomoc obrońcy w takcie postępowania dowodowego wydaje się koniecznością, szczególnie w sytuacji gdy oskarżony nie ma wiedzy prawniczej lub ma trudności z rozeznaniem się w czynnościach procesowych i zrozumieniem terminologii prawniczej.

Ustawodawca zdecydował się na dodanie do art. 78 § 1a, który stanowi rozwiązanie zbliżone do uchylonego art. 80a § 1 k.p.k. W świetle tego przepisu, oskarżony który wnioskuje o ustanowienie obrońcy w trybie art. 78 § 1, może ograniczyć swoje żądanie do wyznaczenia obrońcy z urzędu w celu dokonania określonej czynności procesowej. Przyjęta konstrukcja zasługuje na pozytywną ocenę, ponieważ gwarantuje oskarżonemu prawo do pomocy obrońcy w sytuacji, gdy potrzeba taka jest podyktowana ściśle określoną czynnością procesową (np. koniecznością sporządzenia apelacji).

³⁸ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/0F886B16326355A1C1257F5400517C71/%24File/207-001.pdf> (dostęp 21.05.2016 r.).

³⁹ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/CC7AB6DB0551BFC0C1257F6B003FCB99/%24File/207-005.pdf> (s. 13 i 14 uzasadnienia – dostęp 21.05.2016 r.).

IV. PODSUMOWANIE

Przedstawione problemy, związane z prawem oskarżonego do obrony nie wynikają z chęci ograniczenia jego fundamentalnego uprawnienia w procesie karnym. Stanowią one zwyczajną reperkusję sporu o model postępowania pierwszoinstancyjnego. Uważam, że reforma z 11 marca 2016 r. stanowi przedwczesne przekreślenie wysiłku wielu osób, którzy wypracowali inny model postępowania sądowego. Ustawodawca powinien przyjrzeć się praktyce stosowania przepisów, które weszły w życie 1 lipca 2015 r. i najwcześniej w drugiej połowie 2017 roku uchwalić konieczne zmiany. Obecnie w sądach stosuje się częściowo przepisy obowiązujące do 30 czerwca 2015, po 1 lipca 2015 i po 15 kwietnia 2016 r. W tym stanie rzeczy, oskarżony bez pomocy obrońcy, może mieć jedynie status „zagubionej strony biernej”.

BIBLIOGRAFIA

- Drozd A., *Inicjatywa dowodowa w świetle kontrydiktoryjnego procesu karnego*, Prok. i Pr. 2014, nr 10.
- Gil D., *Sprzeciw i quasi sprzeciw w procesie karnym*, Lublin 2015.
- Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014.
- Jagiello D., *Udział radcy prawnego w procesie karnym po nowelizacji K.P.K. z 27 września 2013 r.*, Ius Novum 2015, nr 1.
- Jasiński W., *Prawo do obrony w znowelizowanym postępowaniu przygotowawczym*, [w:] T. Gardocka, P. Hofmański, W. Jasiński, M. Kolendowski-Matejczuk, I. Lipowicz, S. Ładoś, M. Mistygacz, S. Pawelec, M. Pietrzak, R. A. Stefański, M. Warchoł, A. Zieliński, *Prawo do obrony w postępowaniu penalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014.
- Klatka Z., *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004.
- Komar-Zabłocka M., *Status radcy prawnego w procesie karnym w świetle nowelizacji z 27.09.2013 r.*, Ius et Administratio 2014, nr 1.
- Kulesza C., *Jakość obrony formalnej jako warunek rzetelnego procesu (refleksje prawnoporównawcze)*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa prof. Z. Świdy*, Warszawa 2009.
- Kulesza C., *Od obrony formalnej do obrony realnej? Nowa rola obrońcy w projekcie reformy procedury karnej?* [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga jubileuszowa prof. J. Skupińskiego*, Warszawa 2013.
- Kruszyński P., *Stanowisko prawne obrońcy w procesie karnym*, Białystok 1991.
- Kruszyński P. (red.), *System Prawa Karnego Procesowego – Tom II. Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu porównawczym*, Warszawa 2014.
- Majchrzak K., Misztal P., *Pozycja obrońcy w nowym modelu postępowania karnego*, [w:] T. Gardocka, M. Jakubik (red.), *Szkice o nowym modelu procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006.
- Sakowicz A. (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2015.
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego – komentarz*, Warszawa 2015.
- Stefański R.A., *Inicjatywa dowodowa w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa prof. J. Tylmana*, Warszawa 2014.
- Stefański R.A., *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012.
- Steinborn S., *Komentarz do Kodeksu postępowania karnego (art. 80a)*, LEX 2016.

- Tęcza-Paciorek A.M., *Ciężar dowodu w procesie karnym, czyli jaka jest, a jaka będzie rola sądu (sędziego)*, PS 2014, nr 11–12.
- Zbrojewska M., *Kilka uwag odnośnie do nowego ujęcia zasady kontradiktoryjności w świetle noweli do Kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 roku*, [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa prof. J. Tylmana*, Warszawa 2014.
- Żak M., *Prawo do obrony przed sądem drugiej instancji w procesie karnym. Wybrane zagadnienia*, [w:] B. Stańdo-Kawecka, K. Krajewski (red.), *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia (księga poświęcona pamięci prof. Z. Hołdy)*, Warszawa 2011.

PRAWO DO OBRONY W ŚWIETLE OSTATNICH NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO – ZAGADNIENIA WYBRANE

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest ocena zmian w zakresie prawa do obrony, która dokonała się nowelizacją z 27 września 2013 r. i 11 marca 2016 r. Przedstawiono wybrane problemy związane z ustanowieniem obrońcy w trybie art. 80a k.p.k. oraz jego uchyleniem. Krytycznie oceniono szybkie i nieprzemyślane zmiany, które także rzutują na fundamentalne prawo oskarżonego do obrony. Odwrócenie reformy z 27 września 2013 r. ustawą z 11 marca 2016 r. stanowi zbyt pochopny krok ustawodawcy. W chwili obecnej oskarżony nieświadomy licznych zmian w procesie karnym, aby skutecznie się bronić, powinien skorzystać z pomocy obrońcy. Przywrócenie tzw. „prawa ubogich” (art. 78 k.p.k.), w brzemieniu obowiązującym do 30.06.2015 r., i dodanie art. 78 § 1a k.p.k. gwarantuje oskarżonemu dostęp do obrony formalnej na równych zasadach, niezależnie od stadium procesu.

Słowa kluczowe: *prawo do obrony, obrońca, oskarżony, proces karny, nowelizacja*

RIGHT TO DEFENCE IN THE LIGHT OF THE LATEST AMENDMENTS TO THE CRIMINAL PROCEDURE CODE – SELECTED ISSUES

Summary

The article aims to assess changes to the right to defence that resulted from the amendments of 27 September 2013 and 11 March 2016. It presents selected issues relating to the appointment of the counsel for the defence in accordance with Article 80a CPC and the repealing of it. The hectic and not thoroughly considered changes are criticized as they influence the fundamental right of the accused to defence. The amendment of the Act of 27 September 2013 by the Act of 11 March 2016 is a too hasty legislative step. At present, the accused, unaware of numerous changes to the criminal procedure, should be assisted by defence counsel in order to efficiently defend oneself. The re-introduction of the so-called “right of the poor” (Article 78 CPC) in the wording before 30 June 2015 and the addition of Article 78 § 1a CPC guarantees that the accused will have equal rights to formal defence regardless of the stage of the proceeding.

Key words: *the right to defence, counsel for the defence, the accused, trial, amendment*

ORZEKANIE KAR NIEIZOLACYJNYCH ZAMIAST KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI (ART. 37A K.K.)

JULIA KOSONOĞA-ZYGMUNT

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy kodeks karny¹ przyniosła szereg istotnych zmian w obrębie przepisów ogólnych kodeksu karnego. Jedną z nich dotyczy nowej regulacji w zakresie możliwości orzekania kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności. Zgodnie z dodanym art. 37a k.k. jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności w postaci obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne lub w postaci potrącenia od 10% do 25% wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd.

Jak zasadnie zauważa się w doktrynie, przyjęte rozwiązanie w swojej istocie zmierza do istotnego ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności, zarówno bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na rzecz kar wolnościowych², a tym samym poszerza spektrum prawnokarnej reakcji na czyn zabroniony, zwiększając jednocześnie elastyczność systemu prawa³. Pomimo iż rozwiązanie to stanowi wyraźne nawiązanie do uchylonego art. 58 § 3 k.k., nowa redakcja przepisu, a przede wszystkim jego, odmienne od dotychczasowego, usytuowanie kodeksowe nasuwa szereg wątpliwości interpretacyjnych.

Rozbieżności poglądów dotyczą już samego charakteru prawnego art. 37a k.k. Chodzi w szczególności o to, czy przepis ten wyraża dyrektywę sądowego wymiaru kary, czy może współwyznacza ustawowe zagrożenia przewidziane za dany typ przestępstw

¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396).

² Zob. A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 321–322.

³ P. Kardas, J. Giezek, *Nowa filozofia karania, czyli o założeniach i zasadniczych elementach nowelizacji Kodeksu karnego*, Palestra 2015, nr 7–8, s. 16.

poprzez wprowadzenie alternatywnego zagrożenia karami wolnościowymi, tj. grzywną i karą ograniczenia wolności.

Rozstrzygnięcia w tym zakresie nie ułatwia sam projektodawca. W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje się bowiem, że art. 37a k.k. jest przepisem, który ma odegrać dwie role. Pierwsza związana jest z pozakodeksowym prawem karnym, w ramach którego istnieją bardzo duże rozbieżności w sposobie ukształtowania sankcji karnej; pomija się systematykę sankcji karnych i powiązanych z nimi instytucji części ogólnej. Z tego powodu przepis ten przekształca pojawiające się w regulacjach pozakodeksowych sankcje jednorodne w sankcje alternatywne, przewidując możliwość orzeczenia grzywny lub kary ograniczenia wolności, jeżeli nie przewiduje tego przepis pozakodeksowego prawa karnego. Z drugiej strony, przepis ten stanowi dyrektywę sądowego wymiaru kary, która skłania sądy do orzekania zamiast kary pozbawienia wolności kar wolnościowych⁴.

Z niejednoznacznym stanowiskiem projektodawcy co do normatywnej funkcji art. 37a k.k. koresponduje różnorodność poglądów prezentowanych w piśmiennictwie. Część przedstawicieli doktryny opowiada się za dyrektywalnym charakterem art. 37a k.k.⁵ Zwolennicy tego stanowiska podnoszą, że przepis ten wyraża szczególną dyrektywę wyboru kary, za pomocą której ustawodawca kieruje do sądu ważne przesłanie ukazujące szerszą możliwość wyboru rodzaju kary od wskazanej w przepisie. Regulacja ta nie zmienia natomiast ustawowych zagrożeń za czyn zabroniony, za który orzekana jest kara⁶. Jednocześnie zwraca się uwagę na podobieństwo wprowadzonego unormowania do uchylonego art. 58 § 3 k.k., z tą różnicą, że przepis art. 37a k.k. daje możliwość orzekania kar wolnościowych zamiast kary pozbawienia wolności do większej liczby występów. Jednocześnie usytuowanie art. 37a w rozdziale IV Kodeksu karnego uzasadnia się intencją podkreślenia, że kara pozbawienia wolności w świetle Kodeksu karnego z 1997 r. jest przy występach karą *ultima ratio*⁷. Twierdzi się również, że art. 37a k.k. jest klasyczną instytucją zamiany kary, za czym przemawia fakt, że zastąpił on art. 58 § 3 k.k.⁸ Dostrzegając mieszany charakter art. 37a k.k., niektórzy autorzy – opowiadając się za dyrektywalnym jego charakterem – wskazują również, że pod względem poprawności legislacyjnej, bardziej zasadne byłoby umieszczenie tego przepisu w miejsce uchylonego art. 58 § 3 k.k.⁹

⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm VII kadencji, Druk Nr 2393, s. 13.

⁵ Zob. m.in. M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 122; M. Błaszczuk, *Kara mieszana*, [w:] S. Pikulski, W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 158; A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 323; R.A. Stefański, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Majewski (red.), *Kary i inne środki reakcji na czyn zabroniony w świetle noweli do Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r. Pokłosie XII Bieleńskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2016, s. 97.

⁶ A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 323–324; zob. także V. Konarska-Wrzošek [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, t. 5, Warszawa 2015, s. 300.

⁷ Tak V. Konarska-Wrzošek, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Majewski (red.), *Kary i inne środki reakcji na czyn zabroniony w świetle noweli do Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r. Pokłosie XII Bieleńskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2016, s. 103.

⁸ B.J. Stefańska [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 208–210.

⁹ A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat relacji między projektowanym art. 37a k.k. a obowiązującym przepisem art. 58 k.k. z 17 lipca 2014 roku*, s. 2–5, orka.sejm.gov.pl

Wedle poglądu odmiennego, funkcją art. 37a k.k. jest dookreślenie (dopełnienie) ustawowego zagrożenia za niektóre występki; nie stanowi on natomiast podstawy dla wyprowadzenia dyrektywy sądowego wymiaru kary, która skłania sądy do orzekania zamiast kary pozbawienia wolności kar wolnościowych¹⁰. W tym kontekście wskazuje się, że powołany przepis wprowadza alternatywne zagrożenie grzywną, karą ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności w tych wszystkich wypadkach, w których zagrożenie powiązane z typem czynu zabronionego nie przekracza 8 lat pozbawienia wolności¹¹. Twierdzi się również, że omawiana regulacja uzupełnia informację normatywną o ustawowym zagrożeniu karą za popełnienie czynów zabronionych, opisanych w poszczególnych przepisach spełniających funkcje typizujące czyny zabronione pod groźbą kary, zarówno w obrębie Kodeksu karnego, jak i przepisów pozakodeksowych. Funkcją tego przepisu jest zatem dookreślenie katalogu kar przewidzianych za poszczególne czyny zabronione w zakresie tzw. ustawowego zagrożenia karą¹². Taka interpretacja art. 37a k.k. zyskała także uznanie Sądu Najwyższego, który stwierdził, że każdy typ czynu zabronionego zagrożony jednorodną sankcją w postaci kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat jest typem z alternatywnym zagrożeniem karą; norma sankcjonująca tworzona jest zatem z co najmniej dwóch przepisów – art. 37a k.k. i przepisu stanowiącego podstawę wymiaru kary¹³.

Odnosić należy także pogląd pośredni, zgodnie z którym art. 37a k.k. wprowadza nową instytucję tzw. sankcji zamiennej, która z formalnoprawnego punktu widzenia nie jest ani zagrożeniem alternatywnym, ani karą zamienną, lecz szczególną dyrektywą ustawowego wymiaru kary. Jej sens sprowadzać się ma do tego, że zawsze w przypadku zagrożenia karą nieprzekraczającą 8 lat pozbawienia wolności sąd może orzec karę nieizolacyjną¹⁴. W piśmiennictwie wyrażono także zapatrywanie, iż regulacja art. 37a k.k. nie zastępuje dotychczasowych sankcji jednorodnych sankcją alternatywną, ale rozszerza granice ustawowego wymiaru kary w stosunku do grupy przestępstw zagrożonych karą do 8 lat pozbawienia wolności. W tym ujęciu omawianą regulację zalicza się do instytucji ustawowego wymiaru kary, jako obejmującego nie tylko zagrożenie karą, ale również unormowania uzupełniające granice odpowiedzialności karnej, określone w części ogólnej kodeksu karnego¹⁵.

Na aprobatę zasługuje drugi z przedstawionych powyżej poglądów. Przemawiają za tym następujące argumenty. Przede wszystkim nie sposób przypisywać analizowanemu unormowaniu charakteru dyrektywalnego, gdyż nie wskazuje ono na żadne preferencje w zakresie wyboru rodzaju kary. Nie wydaje się zatem trafne uznawanie art. 37a k.k. za

¹⁰ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 85; J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary*, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 29 i n.; podobnie E. Hryniewicz-Lach [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna, t. II, Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2015, s. 43; W. Górowski, *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 66.

¹¹ A. Zoll, *Założenia i cele najnowszych zmian w przepisach o karach i innych środkach reakcji na czyn zabroniony*, [w:] J. Majewski (red.), *Kary i inne środki reakcji...*, *op. cit.*, s. 11.

¹² M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 286.

¹³ Post. SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, OSNKW 2016 nr 6, poz. 39.

¹⁴ Tak M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 327.

¹⁵ R. Kokot, *Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r.*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Wrocław 2015, t. XXXVII, s. 61.

dyrektywę priorytetu kar wolnościowych¹⁶. Zasadę *ultima ratio* kary pozbawienia wolności wyraża art. 58 § 1 k.k. Jak zasadnie zauważa J. Giezek, norma zawarta w art. 37a k.k. nie stanowi „wskazania” dotyczącego sądowego wymiaru kary, pojmowanego jako zawężająca luz decyzyjny dyrektywa wyboru konsekwencji, kierowana do podejmującego decyzję sądu. Unormowanie to natomiast w istocie poszerza pozostawiony sądowi luz decyzyjny poprzez umożliwienie orzeczenia kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności o granicy nieprzekraczającej ośmiu lat. Jednocześnie brak w tym przepisie racjonalizujących go okoliczności lub uwarunkowań, jak również jakichkolwiek wskazówek, a tym bardziej wytycznych dla sędziego, które wyznaczałyby kierunek dokonywanego wyboru¹⁷. Wątpliwe wydaje się także przyjmowanie, iż przepis art. 37a k.k. stanowi szczególną dyrektywę ustawowego wymiaru kary. Aprobata tego stanowiska prowadziłaby do uznania, iż ustawodawca sam siebie czyni adresatem własnych wskazówek¹⁸.

Kolejny argument wiąże się z rozumieniem pojęcia „ustawowe zagrożenie karą”. W doktrynie prawa karnego, jak i orzecznictwie Sądu Najwyższego przeważa wąskie rozumienie tego pojęcia, jako obejmującego zagrożenie przewidziane w sankcji przepisu określającego dany typ przestępstwa. Jest ono zatem związane z danym typem przestępstwa, które figuruje w katalogu przestępstw (część szczególna ustawy karnej)¹⁹. Słusznie jednak zauważa się w doktrynie, że nie jest ono trafne. Ustawowe zagrożenie współwyznaczają bowiem nie tylko kary (rodzaje kary) wymienione w przepisie określającym znamiona typu czynu zabronionego, ale również wszelkie inne kary, które w takim samym sensie jak te pierwsze grożą za każdy czyn zabroniony podpadający pod te znamiona, niezależnie od tego, jakie przepisy miałyby stanowić podstawę ich wymiaru. Przykładowo, przed wejściem w życie art. 37a k.k. elementem ustawowych zagrożeń związanych z przestępstwami stypizowanymi w art. 289 § 1, 2 i 3 k.k. była nie tylko kara pozbawienia wolności, ale także grzywna przewidziana w art. 289 § 4 k.k.²⁰ Kary grzywny oraz ograniczenia wolności przewidziane w art. 37a k.k. spełniają ten wymóg – grożą one za występki, do których stosuje się omawiany przepis, dokładnie w takim samym sensie jak kara pozbawienia wolności nieprzekraczająca 8 lat przewidziana w przepisach, które je typizują²¹. Stanowią zatem element ustawowego zagrożenia.

Słusznie podnosi się także, że nie bez znaczenia dla ustalenia charakteru prawnego art. 37a k.k. ma wprowadzenie art. 60 § 8 k.k., zgodnie z którym nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stosuje się do czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności

¹⁶ Odmienne B.J. Stefańska [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 208; V. Konarska-Wrzošek [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego, t. 5, Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2015, s. 300.

¹⁷ J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych...*, s. 29 i n.

¹⁸ Por. *ibidem*, s. 30; R. Kokot, *Podstawy stosowania kar wolnościowych...*, *op. cit.*, t. XXXVII, s. 52.

¹⁹ Zob. post. Sądu Najwyższego z dnia 6 września 2000 r., III KKN 337/00, OSNKW 2000 nr 9–10, poz. 81 oraz przywołane tam orzecznictwo SN i piśmiennictwo.

²⁰ Tak trafnie J. Majewski, *O ustawowym zagrożeniu i innych pojęciach związanych z nadzwyczajnym wymiarem kary (w języku Kodeksu karnego)*, [w:] J. Majewski (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary. Materiały V Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2009, s. 21–24; *idem* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 613; *idem*, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 86.

²¹ Tak J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015...*, s. 86; *idem*, *Głos w dyskusji*, [w:] J. Majewski (red.), *Kary i inne środki reakcji...*, *op. cit.*, s. 110.

powyżej 5 lat, do których ma zastosowanie art. 37a k.k. Gdyby art. 37a k.k. nie współkształtował ustawowych zagrożeń za występki, do których ma zastosowanie, nie sposób byłoby uzasadnić wyłączenie stosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianego w art. 60 § 8 k.k.²²

Ponadto, nie wydaje się trafne wnioskowanie o normatywnym charakterze art. 37a k.k. z faktu jednoczesnego uchylecia art. 58 § 3 k.k., powszechnie uznawanego za dyrektywę szczególną dotyczącą wyboru rodzaju kary. Za nieuzasadnione należy uznać twierdzenie, jakoby analizowana regulacja miała przejąć funkcje normatywne realizowane przez art. 58 § 3 k.k.²³. Słusznie twierdzi się, że nawet jeśli przepis art. 37a k.k. wchodzi w miejsce derogowanego art. 58 § 3 k.k., to różni się on od niego zarówno pod względem merytorycznym, jak i redakcyjnym²⁴. Uwagę zwraca także usytuowanie art. 37a k.k. w rozdziale IV zatytułowanym „Kary”, a nie w rozdziale VI określającym zasady wymiaru kary i środków karnych. Nie przesądza to oczywiście charakteru normy wynikającej z art. 37a k.k., ale z drugiej strony nie może pozostawać bez żadnego znaczenia interpretacyjnego.

W dyskusji nad charakterem prawnym art. 37a k.k. pada również argument, iż akceptacja poglądu, że art. 37a k.k. współkształtuje ustawowe zagrożenia za niektóre występki, prowadziłaby do formalnej dopuszczalności stosowania art. 59 k.k. w odniesieniu do każdego przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności do 8 lat²⁵. Jest to stanowisko dyskusyjne. Sankcję umożliwiającą skorzystanie z art. 59 k.k. istotnie należy odczytywać z uwzględnieniem treści art. 37a k.k., który służy do ustalenia granic ustawowego zagrożenia karą. Jednakże nie uprawnia to do twierdzenia, że sąd może odstąpić od wymierzenia kary niezależnie od wysokości górnego progu zagrożenia karą pozbawienia wolności w przypadku posłużenia się sankcją alternatywną lub alternatywno – kumulatywną, obejmującą poza karą pozbawienia wolności choćby jedną z kar łagodniejszego rodzaju. Warunkiem stosowania art. 59 k.k. jest zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 3 lat albo karą łagodniejszego rodzaju. Granica 3 lat pozbawienia wolności ma zastosowanie także wówczas, gdy kara pozbawienia wolności występuje w zagrożeniu w alternatywie z innymi karami z racji stosowania art. 37a k.k. Z kolei sformułowanie „karą łagodniejszego rodzaju” oznacza zagrożenie grzywną albo karą ograniczenia wolności. Słusznie twierdzi się, że wyrażenie to wskazuje jednoznacznie na rodzaj kary, który ma być łagodniejszy od wymienionej w art. 59 *in principio* k.k. kary pozbawienia wolności. Jeśli więc ustawa przewiduje alternatywne zagrożenie karami określonymi w art. 32 pkt 1–3 k.k., w każdym przypadku aktualizuje się przesłanka wskazana w art. 59 *in principio* k.k.²⁶

Użycie w art. 37a k.k. określenia „jeżeli ustawa przewiduje” wskazuje, że omawiane unormowanie znajduje zastosowanie zarówno w obrębie przepisów kodeksowych, jak i regulacji pozakodeksowych²⁷. Biorąc pod uwagę umiejscowienie analizowanego prze-

²² J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015...*, s. 87.

²³ Podobnie *ibidem*.

²⁴ J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych...*, s. 29.

²⁵ Tak R. Kokot, *Podstawy stosowania kar wolnościowych...*, *op. cit.*, s. 58.

²⁶ M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, *op. cit.*, s. 311.

²⁷ Zob. m.in. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015...*, *op. cit.*, s. 89; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, *op. cit.*, s. 121; A. Grześkowiak [w:] A. Grześ-

pisu w części ogólnej Kodeksu karnego, za niezrozumiałe należy uznać ograniczanie zakresu jego zastosowania jedynie do pozakodeksowych przepisów karnych²⁸.

Problematiczną kwestią jest to, czy art. 37a k.k. znajduje zastosowanie wyłącznie do wypadków, gdy przepis typizujący przewiduje sankcję prostą (jednorodną w postaci kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat), czy także do sankcji złożonych. W motywach ustawodawczych podkreślono, że przepis ten „przekształca pojawiające się w regulacjach pozakodeksowych sankcje jednorodne w sankcje alternatywne...”, co wskazywałoby na zamiśl ograniczenia zakresu zastosowania omawianej instytucji do przepisów przewidujących zagrożenie karą pozbawienia wolności jako karą jedyną²⁹. W piśmiennictwie prezentowane są w tym względlie rozbieżne stanowiska. Przeważa pogląd, zgodnie z którym chodzi wyłącznie o zagrożenia karą pozbawienia wolności umieszczone w sankcji jednorodnej, czyli prostej³⁰. Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy, przyjmując, że art. 37a k.k. uprawnia sąd do orzeczenia samoistnej grzywny za każde przestępstwo zagrożone jednorodną karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat³¹. Jednocześnie niektórzy Autorzy dopuszczają możliwość stosowania art. 37a k.k. do występłków zagrożonych sankcją złożoną kumulatywnie, w której obok kary pozbawienia wolności w wysokości nie wyższej niż 8 lat przewidziana jest grzywna do kumulatywnego orzekania, jak również występłków zagrożonych wyłącznie karą pozbawienia wolności i fakultatywną grzywną, możliwą do orzeczenia na podstawie art. 33 § 2 k.k.³²

Wedle poglądu przeciwnego, zakres zastosowania art. 37a k.k. jest szerszy i obejmuje wypadki, gdy przepisy typizujące lub inne przepisy wyznaczające elementy ustawowego zagrożenia za dany typ przestępstwa przewidują: zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat jako karą jedyną, kumulatywne zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat oraz grzywną, alternatywno – kumulatywne zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat oraz grzywną, alternatywne zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat oraz a) karą aresztu wojskowego, b) karą ograniczenia wolności, c) grzywną, d) karami ograniczenia wolności i aresztu wojskowego. Artykuł 37a k.k. nie ma natomiast zastosowania do wypadków, w których sam przepis typizujący przewiduje wybór między karą pozbawie-

kowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 322; M. Małeck, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015...*, op. cit., s. 289.

²⁸ Tak w Uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm VII kadencji, Druk Nr 2393, s. 13.

²⁹ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm VII kadencji, Druk Nr 2393, s. 13.

³⁰ Tak m.in. A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 322; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 122; R. Zawłocki, *Reforma prawa karnego materialnego od 1.7.2015 r. Uwagi ogólne dotyczące najważniejszych zmian w Kodeksie karnym*, MOP 2105, Nr 11, s. 569 i n.; V. Konarska-Wrzosek [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 2016, s. 227.

³¹ Post. SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, OSNKW 2016 nr 6, poz. 39.

³² Tak V. Konarska-Wrzosek [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny, Komentarz...*, op. cit., s. 227.

nia wolności nieprzekraczającą 8 lat a każdą z dwóch kar nieizolacyjnych, jak również wtedy, gdy przewiduje zagrożenie którąś z kar nieizolacyjnych jako karą jedyną³³.

Na aprobatę zasługuje drugi z przedstawionych poglądów. Dla zakresu zastosowania wyrażonej w art. 37a k.k. normy rozstrzygające znaczenie ma użycie zwrotu „jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat”, a nie „jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie tylko/wyłącznie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat”, czy też innego mu równoważnego³⁴. Na poparcie prezentowanego poglądu można odwołać się także do przesłanek stosowania innych konstrukcji prawa karnego. Przykładowo, uchylony art. 58 § 3 k.k. posługiwał się formułą „jeżeli przestępstwo jest zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat”. W doktrynie zasadnie podnoszono, że możliwość stosowania grzywny lub kary ograniczenia wolności jako kar zamiennych przewidziana przez przepis art. 58 § 3 k.k. rozciąga się nie tylko na typy przestępstw zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności w rozmiarze nie przekraczającym lat 5, ale także na typy przestępstw zagrożone kumulatywnie karą do 5 lat pozbawienia wolności oraz grzywną. Argumentowano, że w redakcji art. 58 § 3 k.k. brak jest podkreślenia „tylko karą pozbawienia wolności”, które z kolei przewidywał art. 54 k.k. z 1969 r. Wskazywano, że orzeczenie kary łagodniejszego rodzaju na podstawie art. 58 § 3 k.k. jest również możliwe, gdy zachodzą przesłanki do fakultatywnego orzeczenia grzywny obok kary pozbawienia wolności z mocy art. 33 § 2 k.k.³⁵ Na gruncie art. 58 § 3 k.k. sformułowano także zapatrywanie, że znajduje on zastosowanie do przypadków alternatywnego zagrożenia karą pozbawienia wolności lub grzywną, ewentualnie karą pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności. W przypadku zatem zagrożenia alternatywnego karą pozbawienia wolności oraz grzywną sąd mógł orzec wobec sprawcy karę ograniczenia wolności³⁶. Z kolei art. 66 § 2 k.k. przewiduje, że „warunkowego umorzenia nie stosuje się do sprawcy przestępstwa zagrożonego karą przekraczającą 5 lat pozbawienia wolności”. Akceptowany jest przy tym pogląd, że warunkowe umorzenie może być stosowane do sprawców przestępstw zagrożonych każdą karą łagodniejszą od kary pozbawienia wolności w wysokości do 5 lat, karą ograniczenia wolności lub grzywny (przemienne lub wyłącznie). Dopuszczalności warunkowego umorzenia postępowania nie wyłącza także okoliczność, że w danej sprawie zachodzi podstawa zastosowania grzywny obok kary pozbawienia wolności na podstawie art. 33 § 2 k.k.³⁷

³³ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015...*, s. 89 i n.; por. także R. Kokot, *Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r.*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, Wrocław 2015, t. XXXVII, s. 46 i n.

³⁴ Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015...*, *op. cit.*, s. 89.

³⁵ Zob. Z. Sienkiewicz [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003, s. 514–515 oraz podane tam orzecznictwo SN; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym...*, *op. cit.*, s. 128–129; V. Konarska-Wrzošek, *Modyfikacje w zakresie ustawowych zagrożeń karnych przewidziane w ramach zwykłego sądowego wymiaru kary*, [w:] J. Majewski (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary...*, *op. cit.*, s. 68–69.

³⁶ Tak S. Żółtek [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. II, Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2010, s. 328; J. Majewski, *Sankcja na drobną i średnią przestępczość*, Rzeczp. 1998, Nr 22; odmiennie W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012, s. 809.

³⁷ B. Kunicka-Michalska, [w:] M. Melezini (red.), *System Prawa Karnego*, t. 6, *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, Warszawa 2016, s. 1031; zob. także uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej z 29 stycznia 1971 r., VI KZP 26/99, OSNKW 1971, Nr 3, poz. 33, teza II pkt 1.

Artykuł 37a k.k. znajduje zastosowanie, gdy przepis typizujący lub inny określający elementy ustawowego zagrożenia związanego z danym typem przestępstwa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności niezależnie od wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia tą karą.

Grzywnę na podstawie art. 37a k.k. wymierza się zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 33 § 1 k.k., tj. w stawkach dziennych, określając liczbę stawek i wysokość jednej stawki. Najniższa liczba stawek dziennych wynosi 10, a najwyższa 540, skoro analizowany przepis nie normuje odmiennie tej kwestii.

Karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 37a k.k. można orzec w postaci przewidzianej w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4, a zatem polegającą na: obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne lub potrąceniu od 10% do 25% wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd. W pierwotnym brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r.³⁸, art. 37a k.k. przewidywał także możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności polegającej na obowiązku pozostawania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego (art. 34 § 1a pkt 2 k.k.).

Wymierzając karę ograniczenia wolności na podstawie art. 37a k.k., obowiązek i potrącenia, o których mowa wyżej orzeka się stosownie do art. 34 § 1b k.k. łącznie lub osobno. Wobec braku odmiennego unormowania w komentowanym przepisie należy przyjąć, że granice ustawowego zagrożenia karą ograniczenia wolności określa art. 34 § 1 k.k. Karę ograniczenia wolności orzeka się zatem na czas nie krótszy niż miesiąc i nie dłuższy niż 2 lata.

Artykuł 37 a k.k. może również generować problemy interpretacyjne o charakterze proceduralnym. Jednym z nich jest kwestia tego, czy i ewentualnie jakie konsekwencje procesowe powoduje zaniechanie wskazania w podstawie prawnej wyroku art. 37a k.k. Obowiązek dokładnego wskazania zastosowanych przepisów ustawy karnej jest obowiązkiem procesowym sądu i wynika wprost z treści art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. Jak słusznie zauważa się w orzecznictwie przepis ten należy rozumieć w ten sposób, iż sąd w wyroku winien powołać te przepisy ustawy karnej materialnej i procesowej, które nie tylko stanowią bezpośrednią podstawę rozstrzygnięcia zamieszczonego w wyroku, ale zarazem tłumaczą rozstrzygnięcie bez potrzeby sięgania do uzasadnienia wyroku³⁹. *Ratio legis* tego rozwiązania jest zatem czytelne i sprowadza się do funkcji informacyjnej orzeczenia. Powstaje w związku z tym problem pominięcia w podstawie prawnej wyroku zastosowanego przez sąd art. 37 a k.k.

Zagadnienie to trafnie rozstrzygnął Sąd Najwyższy, podnosząc, iż w wypadku skorzystania z rozwiązania przewidzianego w art. 37a k.k. konieczne jest – na podstawie art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. – powołanie tego przepisu w podstawie wymiaru kary, obok przepisu części szczególnej Kodeksu karnego. Zaniechanie wskazanego postąpienia ocenić trzeba jako obrazę prawa proceduralnego. Zdaniem Sądu Najwyższego, ranga takiego naruszenia prawa zależeć będzie od konkretnych okoliczności mu towarzyszących. Z reguły zaniechanie tej powinności nie sposób jednak ocenić w perspekty-

³⁸ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy z dnia 11 marca 2016 r., Dz.U. z 2016 r. poz. 428.

³⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 listopada 2003 r., II AKa 339/03, KZS 2004, nr 6, poz. 70; tak też H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1986, s. 308.

wie rażącego i mogącego mieć istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia prawa⁴⁰. W doktrynie twierdzi się jednak, że powoływanie w podstawie wymiaru kary art. 37a k.k. jest zbędne. Podstawą wymiaru kary za popełnienie czynu zabronionego zagrożonego sankcjami alternatywnymi jest bowiem zawsze przepis typizujący, niezależnie od tego, czy sankcja alternatywna została w nim opisana w sposób kompletny, czy też dla jej odtworzenia należy sięgnąć po modyfikator z art. 37a k.k.⁴¹ Jest to pogląd dyskusyjny, albowiem stoi w sprzeczności z jednoznaczną dyspozycją art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. i ugruntowaną już linią orzecznictwa⁴².

Nie ulega natomiast wątpliwości, że niezastosowanie art. 37a k.k. nie może być podstawą zarzutu obrazy prawa materialnego (art. 438 pkt 2 k.p.k.). W tym kontekście w orzecznictwie sądowym konsekwentnie przyjmuje się bowiem, że nie stanowi obrazy prawa materialnego generalnie samo nieskorzystanie przez sąd z przysługujących mu możliwości określonego rozstrzygnięcia, a więc gdy nie skorzystał on jedynie z fakultatywnie przewidzianych rozstrzygnięć⁴³. Taki charakter ma również art. 37a k.k. Jeżeli zatem ustawa stwarza tylko możliwość zastosowania określonego przepisu prawa materialnego, to przez niezastosowanie tego przepisu sąd nie dopuszcza się „obrazy” przepisu prawa materialnego⁴⁴.

BIBLIOGRAFIA

- Błaszczak M., *Kara mieszana*, [w:] Pikulski S., Cieślak W., Romańczuk-Grącka M. (red.), *Przyśrodek polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Giezek J., *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzanej kary*, Palestra 2015, nr 7–8.
- Górnioł O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S.M., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003.
- Górowski W., *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, Palestra 2015, nr 7–8.
- Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, OSNKW 2016 nr 6, poz. 39; por. także W. Górowski, *Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r.*, Palestra 2015, nr 7–8, s. 67.

⁴¹ Taki pogląd wyraża m.in. M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz... op. cit.*, s. 288–289; odmiennie J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015... op. cit.*, s. 90.

⁴² Postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., II KK 361/15, OSNKW 2016 nr 6, poz. 39; por. również wyrok SA w Katowicach z dnia 30 stycznia 2015 r., II AKa 497/14, KZS 2015, nr 5, poz. 111; postanowienie SN z dnia 15 października 2015 r., III KK 252/15, KZS 2016, nr 1, poz. 26; wyrok SA w Gdańsku z dnia 23 sierpnia 2000 r. II AKa 193/00, OSN Prok. i Pr. 2001, nr 4, poz. 25; Wyrok SA w Lublinie z dnia 8 marca 2006 r., II AKa 16/06, OSN Prok. i Pr. 2006, Nr 10, poz. 23; zob. także K. Haško, *Struktura wyroku sądu I instancji*, Prok. i Pr. 2008, Nr 7–8, s. 209–217; A. Zachuta, *Opis i kwalifikacja prawna czynu z uwzględnieniem sprawczych odmian przestępnego współdziałania*, Prok. i Pr. 2005, Nr 1, s. 47–70.

⁴³ Tak np. wyrok SN z dnia 26 kwietnia 1977 r., I KR 65/77, OSNPG 1977, Nr 10, poz. 90; postanowienia SN: z dnia 25 lipca 2005 r., V KK 61/05, OSNKW, poz. 1412, s. 700–701, z dnia 21 grudnia 2006 r., V KK 368/06, LEX nr 324685, z dnia 7 października 2010 r., II KK 246/10, LEX nr 844430, czy z dnia 22 grudnia 2010 r., II KK 297/10, LEX nr 844434.

⁴⁴ Wyrok SN z 26 kwietnia 1977 r., I KR 65/77, OSNPG 1977, z. 10, poz. 90.

- Haško K., *Struktura wyroku sądu I instancji*, Prok. i Pr. 2008, Nr 7–8.
- Kaczmarek T. (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, t. 5, Warszawa 2015
- Kardas P., Giezek J., *Nowa filozofia karania, czyli o założeniach i zasadniczych elementach nowelizacji Kodeksu karnego*, Palestra 2015, nr 7–8.
- Kempisty H., *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1986.
- Kokot R., *Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r., Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, Wrocław 2015, t. XXXVII.
- Konarska-Wrzosek V., *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002.
- Konarska-Wrzosek V., *Modyfikacje w zakresie ustawowych zagrożeń karnych przewidziane w ramach zwykłego sądowego wymiaru kary*, [w:] J. Majewski (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary. Materiały V Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2009.
- Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 2016.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Kodeks karny. Część ogólna, t. II, Komentarz do art. 32–116*, Warszawa 2015.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2015.
- Majewski J., *Sankcja na drobną i średnią przestępczość*, Rzeczpr. 1998, Nr 22.
- Majewski J., *O ustawowym zagrożeniu i innych pojęciach związanych z nadzwyczajnym wymiarem kary (w języku Kodeksu karnego)*, [w:] Majewski J. (red.), *Nadzwyczajny wymiar kary. Materiały V Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2009.
- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015.
- Małecki J., *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] Wróbel W. (red.), *Nowelizacja prawa karnego M. 2015. Komentarz*, Kraków 2015.
- Melezini M. (red.), *System Prawa Karnego, t. 6, Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, Warszawa 2016.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Sakowicz A., *Opinia prawna na temat relacji między projektowanym art. 37a k.k. a obowiązującym przepisem art. 58 k.k. z 17 lipca 2014 roku*, orka.sejm.gov.pl
- Zachuta A., *Opis i kwalifikacja prawna czynu z uwzględnieniem sprawczych odmian przestępnego współdziałania*, Prok. i Pr. 2005, Nr 1
- Zawłocki R., *Reforma prawa karnego materialnego od 1.7.2015 r. Uwagi ogólne dotyczące najważniejszych zmian w Kodeksie karnym*, MOP 2105, Nr 11.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012.
- Zoll A., *Założenia i cele najnowszych zmian w przepisach o karach i innych środkach reakcji na czyn zabroniony*, [w:] Majewski J. (red.), *Kary i inne środki reakcji na czyn zabroniony w świetle noweli do Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r. Pokłosie XII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2016.

ORZEKANIE KAR NIEIZOLACYJNYCH ZAMIAST KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI (ART. 37A K.K.)

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest wprowadzona do Kodeksu karnego nowelą z dnia 20 lutego 2015 r. regulacja umożliwiająca orzeczenie kary grzywny albo kary ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4, w przypadku, gdy przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat (art. 37a k.k.). Szczegółowe rozważania poświęcono funkcji

normatywnej tego przepisu. Zdaniem autorki, art. 37a k.k. dookreśla ustawowe zagrożenia za niektóre występki; nie stanowi on natomiast podstawy dla wyprowadzenia dyrektywy sądowego wymiaru kary skłaniającej sądy do orzekania zamiast kary pozbawienia wolności kar nieizolacyjnych. Zakres zastosowania art. 37a k.k. jest szeroki i nie ogranicza się wyłącznie do zagrożeń karą pozbawienia wolności umieszczonych w sankcji jednorodziejowej. Autorka podziela także pogląd Sądu Najwyższego, iż w wypadku skorzystania z rozwiązania przewidzianego w art. 37a k.k. konieczne jest – zgodnie z art. 413 § 1 pkt 6 k.p.k. – powołanie tego przepisu w podstawie wymiaru kary, obok przepisu części szczególnej Kodeksu karnego. Zaniechanie wskazanego postąpienia ocenić trzeba jako obrazę prawa proceduralnego. Z reguły zaniebanie tej powinności nie sposób jednak ocenić w perspektywie rażącego i mogącego mieć istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenia prawa.

Słowa kluczowe: *sądowy wymiar kary, dyrektywa, sankcja alternatywna, sankcja jednorodziejowa, kary nieizolacyjne, ustawowe zagrożenie*

RULING NON-CUSTODIAL PENALTIES INSTEAD OF IMPRISONMENT (ARTICLE 37A CC)

Summary

The article discusses the regulation introduced to the Criminal Code by the amendment of 20 February 2015 allowing for ruling a fine or limitation of liberty as laid down in Article 34 § 1a (1) or (4) in case a committed crime carries a penalty of imprisonment of up to eight years (Article 37a CC). Special consideration is devoted to the normative function of the provision. In the author's opinion, Article 37a CC precisely determines statutory penalties for some misdemeanours. However, it does not constitute a basis for the introduction of a directive of a judicial penalty administration encouraging courts to issue non-custodial penalties instead of imprisonment. The scope of application of Article 37a CC is broad and is not limited only to the penalty of imprisonment within the fixed-type sanctions. The author shares the opinion of the Supreme Court that in case of application of Article 37a CC it is necessary, in accordance with Article 413 § 1 (6) CPC, to refer to this provision to indicate the basis for penalty administration, and a provision of the Special Issues Section of the Criminal Code. Omission to do that should be treated as contempt of procedural law. However, failure to fulfil this duty cannot be assessed from the perspective of flagrant law violation that can substantially affect a judgement.

Key words: *judicial penalty administration, directive, alternative sanction, fixed-type sanction, non-custodial penalties, statutory penalty*

PRZYCZYNY NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA W PRAWIE KANONICZNYM I PRZYCZYNY ROZWODÓW W POLSKIM PRAWIE RODZINNYM W ŚWIETLE BADAŃ AKTOWYCH

ALEKSANDRA DOMAŃSKA
KAROLINA SAWCZUK-SKIBIŃSKA

1. UWAGI WSTĘPNE

W niniejszym artykule będą rozważane przyczyny nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym na tle przyczyn rozwodów w polskim prawie rodzinnym. Jest to zagadnienie, którego znaczenie z roku na rok wzrasta, ze względu na zwiększającą się liczbę spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa, rozpatrywanych przez sądy kościelne.

Autorki artykułu dokonały zestawienia przyczyn rozwodów na podstawie polskiego prawa rodzinnego oraz przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym. Regulacje tych dziedzin prawa są zasadniczo różne, lecz mają pewien punkt wspólny. W prawie rozwodowym głównym przedmiotem procesu dowodowego jest analiza rozkładu pożycia małżeńskiego. Natomiast w prawie kanonicznym kwestia rozkładu pożycia jest pochodną badanych przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa. W kanonicznym procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa, mimo że sąd kościelny skupia się na badaniu określonych w Kodeksie Prawa Kanonicznego przesłanek nieważności, proces dowodowy ujawnia wiele szczegółów związanych z życiem małżonków.

W celu przedstawienia omawianego zagadnienia w ujęciu empirycznym przebadano 50 akt spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa, prawomocnie zakończonych przez jeden z sądów kościelnych w województwie mazowieckim w latach 2004–2012. Badanie przeprowadzono za pomocą specjalnie przygotowanego kwestionariusza.

Przyczyny rozwodu w prawie rodzinnym i przyczyny stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym są różne, dlatego też ich porównanie jest niemożliwe. Warto jednak zastanowić się nad istniejącymi różnicami i podobieństwami. Podczas

badania spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa w sądzie kościelnym okazało się, że przeprowadzone w tych sprawach postępowanie dowodowe jest bardziej obszerne i wnikliwe od postępowania w sądzie rozwodowym. Postanowiono zatem podjąć próbę przypisania każdej sprawie, zbadanej w sądzie kościelnym, głównej przyczyny rozkładu pożycia małżeńskiego w rozumieniu przepisów prawa rodzinnego. Kryterium analizy było porównanie, polegające na zestawieniu przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństw przez sąd kościelny w badanej grupie spraw z przyczynami, które w danej sprawie hipotetycznie ustaliłby sąd rozwodowy. Ustalone przez autorki przyczyny wynikają ze szczegółowej analizy zbadanych akt spraw rozpoznanych przez sąd kościelny.

Praktyka pokazuje, że małżonkowie uzyskują najpierw rozwód cywilny w sądzie powszechnym, a dopiero później występują do sądu kościelnego o stwierdzenie nieważności małżeństwa. Ponadto, chociaż rozkład pożycia małżeńskiego nie jest podstawą do stwierdzenia nieważności małżeństwa według prawa kanonicznego, to w rzeczywistości materiał dowodowy jest bogatym źródłem informacji o przyczynach rozkładu pożycia małżeńskiego w danej sprawie. Natomiast postępowanie dowodowe w sprawach o rozwód jest mało szczegółowe. W postępowaniu przed sądem powszechnym rozwód jest orzekany bardzo szybko (blisko 75% spraw stanowią rozwody bez orzekania o winie¹), a to powoduje, że sąd nie ustala okoliczności związanych z rozkładem pożycia małżeńskiego, w odniesieniu do przyczyn tego rozkładu².

Problem przedstawiony w niniejszym artykule jest bardzo ważny społecznie przede wszystkim ze względu na wspomniany wzrost liczby spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa oraz stale utrzymującą się i wzrastającą liczbę rozwodów. Kwestia przyczyn rozkładu pożycia i przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa jest zjawiskiem wyjątkowo złożonym oraz wieloaspektowym, co oznacza, że niezbędne jest pogłębienie wiedzy w tym zakresie. Kompleksowe rozważenie tej kwestii wykracza poza ramy niniejszego referatu.

Przed przystąpieniem do analizy wyników przedmiotowych badań dokonano krótkiego przeglądu przewidzianych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym³ oraz w Kodeksie prawa kanonicznego⁴ przepisów odnoszących się do przyczyn rozwodów i przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym oraz w prawie rodzinnym.

2. PRZYCZYNY ROZWODU W PRAWIE RODZINNYM

A PRZYCZYNY STWIERDZENIA NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA W PRAWIE KANONICZNYM

Obowiązujący Kodeks rodzinny i opiekuńczy umożliwia orzeczenie rozwodu w przypadku istnienia zupełnego i trwałego rozkładu pożycia między małżonkami. Nie wymieniono w nim konkretnych przyczyn uzasadniających podstawę do orzeczenia rozwodu⁵. Jednakże

¹ Por. Roczniki Demograficzne Głównego Urzędu Statystycznego z lat 2005–2014.

² W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego Kodeksu postępowania cywilnego*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2006, nr 6.2., s. 36.

³ Dalej w skrócie k.r.o.

⁴ Dalej w skrócie k.p.kan.

⁵ Dekret prawo małżeńskie z dnia 25.08.1945 r. umożliwił orzeczenie rozwodu w wyniku zaistnienia „stałego” rozkładu pożycia małżonków, w szczególności w razie wykazania co najmniej jednej

sąd w toku procesu rozwodowego jest zobligowany do wszechstronnej oceny okoliczności związanych z rozkładem pożycia małżeńskiego (art. 441 k.p.c.), w tym również przyczyn tego rozkładu. Przyczyny rozkładu pożycia powinny być ustalone ze względu na związek z pozytywnymi oraz negatywnymi przesłankami rozwodowymi. Ich ustalenie jest również niezbędne do ustalenia winy rozkładu pożycia⁶. Sąd w toku procesu jest także zobligowany do wielostronnej oceny przyczyn rozkładu pożycia. Jednakże – dążąc do obiektywnego ustalenia, czy zaistniał zupełny i trwały rozkład pożycia małżeńskiego – nie ma obowiązku oceny ważności tych powodów⁷. Sąd Najwyższy w Wytycznych z dnia 18 marca 1968 r. stwierdził, że ustalenie okoliczności rozkładu pożycia jest przede wszystkim niezbędne dla oceny charakteru i stopnia rozkładu pożycia, zwłaszcza z punktu widzenia jego trwałości, stanowiąc w myśl art. 56 § 1 k.r.o. konieczny warunek jego dopuszczalności⁸.

Nie można ocenić zupełności i trwałości rozkładu pożycia bez znajomości przyczyn, które go spowodowały⁹. Na celowość badania przyczyn rozkładu pożycia słusznie zwraca uwagę W. Stojanowska twierdząc, że „skoro rozkład pożycia jest przesłanką rozwodową, to jego przyczyna jest równocześnie przyczyną rozwodu”¹⁰. Przyczyny rozkładu pożycia – zdaniem W. Stojanowskiej – są podstawą, na której opiera się całe prawo rozwodowe. Stwierdza ona, że: „rozważanie wszystkich przyczyn rozkładu pożycia przy dokonywaniu oceny odmowy na rozwód małżonka niewinnego jest nie tylko możliwe, ale wręcz konieczne. Stanowią one instrumentarium do dokonywania tej oceny, a wcześniej do ustalenia pozytywnych przesłanek rozwodowych i winy lub współwiny rozkładu pożycia małżeńskiego”¹¹. Trafnie stwierdza M. Manowska, że „doniosłość przyczyn rozpadu związku małżeńskiego zasadniczo – sama w sobie – nie ma znaczenia dla dopuszczalności orzeczenia rozwodu (...) Istotność powodów, dla których ustały wszelkie więzi, nabiera znaczenia w przypadku istnienia negatywnych przesłanek orzeczenia rozwodu, to znaczy w tych przypadkach w których sąd musi ocenić, któremu z dóbr udzielić ochrony”¹². Wyjaśnienie okoliczności, które wywołały rozkład pożycia jest również niezbędne do oceny, czy i który z małżonków ponosi winę za ten rozkład¹³. Również Sąd Najwyższy w Uchwale Pełnego Składu Izby Cywilnej

z 11 wymienionych w art. 24 Dekretu przyczyn rozkładu pożycia, zarówno zawinionych, jak i niezawinionych. Por. A. Szpunar, *Rozkład pożycia jako podstawa rozwodu*, „Nowe Prawo” 1954, nr 4, s. 51. W Kodeksie rodzinnym z roku 1950 wskazano, iż rozwód może zostać orzeczony w przypadku istnienia między małżonkami zupełnego i trwałego rozkładu pożycia na skutek ważnych powodów (por. M. Wawilowa, *Z problematyki przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego*, „Państwo i Prawo” 1969, z.1, s. 152).

⁶ Z. Wiszniewski, S. Gross, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1975, s. 274.

⁷ Artykuł 56 k.r.o. – w przeciwieństwie do nieobowiązującego Kodeksu rodzinnego z 1950 r. – nie zawiera drugiej pozytywnej przesłanki udzielenia rozwodu, tj. ważnych powodów rozkładu pożycia.

⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18.03.1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, Nr 5, poz. 77.

⁹ Z. Wiszniewski, S. Gross, *Kodeks rodzinny...*, *op. cit.*, s. 274.

¹⁰ W. Stojanowska, *Problematyka rozwodów w świetle badań*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1977, s. 69.

¹¹ W. Stojanowska, *Negatywne przesłanki wyłączające dopuszczalność rozwodu*, [w:] *System prawa prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Tom 11, T. Smyczyński (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s.703.

¹² M. Manowska, *Małżeństwo*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Wyd. Lexis Nexis, Warszawa 2014, s. 503.

¹³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18.03.1968 r. III CZP 70/66, *op. cit.*; J. Gajda, *Małżeństwo*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa, Wyd. C.H. Beck, s. 385.

z dnia 9 czerwca 1976 r. podkreślił wagę analizy przyczyn rozkładu pożycia podczas procesu rozwodowego¹⁴. Ustalając stan faktyczny w sprawie rozwodowej sąd powinien uwzględnić przyczyny rozpadu małżeństwa, gdyż bez nich stan faktyczny będący podstawą orzeczenia sądu jest niepełny¹⁵.

W literaturze przyczyny rozkładu pożycia dzieli się tradycyjnie na dwie grupy: przyczyny zawinione oraz przyczyny niezawinione. Główny Urząd Statystyczny w Rocznikach Demograficznych¹⁶ wymienia następujące przyczyny rozwodów:

- niedochowanie wierności małżeńskiej,
- nadużywanie alkoholu,
- naganny stosunek do członków rodziny,
- trudności mieszkaniowe,
- nieporozumienia na tle finansowym,
- niezgodność charakterów,
- niedobór seksualny,
- dłuższa nieobecność,
- różnice światopoglądowe,
- inne.

W latach 2002–2012 najczęściej występującą główną przyczyną rozwodów, według danych statystycznych GUS, była niezgodność charakterów. Przyczyna ta występowała w około 35% spraw. Kolejna przyczyna – niedochowanie wierności małżeńskiej stanowiła główną przyczynę rozwodu w około 24% spraw. Na trzecim miejscu znajduje się nadużywanie alkoholu, które stanowiło główną przyczynę rozwodu w około 20% spraw¹⁷.

Stwierdzenie nieważności małżeństwa w świetle prawa kanonicznego nie jest odpowiednikiem rozwodu w prawie rodzinnym. Mylne jest używanie sformułowania „rozwód kościelny”, nie tylko dlatego, że są to instytucje pochodzące z różnych systemów prawnych, ale przede wszystkim dlatego, że w przeciwieństwie do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego Kodeks prawa kanonicznego, co do zasady, nie przewiduje możliwości rozwiązania małżeństwa. W prawie kanonicznym obowiązuje zasada nierozzerwalności węzła małżeńskiego, co wyrażone zostało wprost w kanonie 1141 Kodeksu prawa kanonicznego¹⁸: „małżeństwo zawarte i dopełnione nie może być rozwiązane żadną ludzką władzą i z żadnej przyczyny, oprócz śmierci”¹⁹. Stwierdzenie nieważności małżeństwa

¹⁴ Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej z dnia 09.06.1976 r., SN III CZP 46/75, Lex Polonica nr 309029. Por. także Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 13.01.1978 r., SN III CZP 30/77, OSNC 1978, nr 3, poz. 39.

¹⁵ M. Manowska, *op. cit.*, s. 502.

¹⁶ Por. przykładowo Rocznik Demograficzny Głównego Urzędu Statystycznego, Warszawa 2012, s. 246. Dane dotyczące przyczyn rozwodów zawarte w rocznikach demograficznych pochodzą z kart statystycznych dołączanych do każdej prawomocnie zakończonej sprawy, w której sąd orzekł rozwód. W literaturze można spotkać także inne katalogi przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego (por. W. Stojanowska, *Problematyka rozwodów...*, *op. cit.*).

¹⁷ Por. *Rocznik Demograficzny Głównego Urzędu Statystycznego*, Warszawa 2012, s. 246.

¹⁸ Dalej w skrócie: k.p.kan.

¹⁹ Istnieje jednak wyjątek od tej zasady, przewidziany w kanonie 1143 k.p.kan. Określa on tzw. przywilej Pawłowy, który daje możliwość rozwiązania małżeństwa zawartego między nieochrzczonymi, z których jedna strona, przyjmując wiarę chrześcijańską, zostaje ochrzczona, podczas gdy druga pozostaje nieochrzczona. Prawo kanoniczne przewiduje także dyspensę papieską od małżeństwa zawartego,

w prawie kanonicznym bardziej przypomina instytucję unieważnienia małżeństwa w prawie rodzinnym niż instytucję rozwodu. W obu tych przypadkach sąd (powszechny i kościelny) bada, czy zaistniały przesłanki wskazujące na nieważność małżeństwa w chwili jego zawierania. Zarówno w k.r.o. jak i w k.p.kan. przyjęto zasadę *numerus clausus* przeszkód małżeńskich, czyli wskazano zamknięty katalog okoliczności, które mogą wywołać skutek w postaci unieważnienia małżeństwa (według k.r.o.) lub stwierdzenia jego nieważności (według k.p.kan.)²⁰. Należy mieć na uwadze, że po pierwsze, przeszkody małżeńskie wymienione w k.r.o. oraz w k.p.kan. są różne. Po drugie, w prawie rodzinnym małżeństwo zawarte wbrew przeszkodzie jest ważne, ale może zostać unieważnione orzeczeniem sądu. Natomiast w prawie kanonicznym przeszkody małżeńskie mają charakter rozrywający, to znaczy powodują nieważność małżeństwa *ex tunc*²¹.

Przyczyny unieważnienia małżeństwa w prawie rodzinnym można podzielić na trzy podstawowe grupy²²:

- Przeszkody małżeńskie do których należą: przeszkoda wieku; ubezwłasnowolnienie, choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy; bigamia; pozostawianie stron w stosunku pokrewieństwa i powinowactwa oraz przysposobienie.
- Wady oświadczenia woli, które dotyczą braku świadomości jednego z małżonków, co do świadomego i racjonalnego oceniania znaczenia aktu małżeństwa przez jednego z małżonków; błąd dotyczący tożsamości małżonka; wymuszone małżeństwo, oznaczające sytuację w której małżeństwo zawarte zostało wbrew woli jednej ze stron (najczęściej kobiety), wskutek zastosowania różnego rodzaju gróźb lub innych form presji psychicznej.
- Niedostatki pełnomocnictwa udzielonego do zawarcia małżeństwa (brak zezwolenia sądu na złożenie oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński, nieważne pełnomocnictwo, pełnomocnictwo skutecznie odwołane)²³.

W prawie kanonicznym również dokonuje się podziału przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa.

- W kanonach 1083–1094 k.p.kan. wymieniono przeszkody, do których zaliczono: młodością wiek, niezdolność dokonania stosunku małżeńskiego, istniejący związek małżeński, różność religii, święcenia, wieczystą profesję zakonną, uprowadzenie, występki, pokrewieństwo, powinowactwo, przyzwoitość publiczną oraz pokrewieństwo prawne²⁴.
- Kanony od 1095 do 1107 k.p.kan. dotyczą wad zgody małżeńskiej, do których zalicza się: brak wystarczającego używania rozumu²⁵, poważny brak rozeznania

lecz niedopełnionego – por. kanon 1697–1706 k.p.kan. Por. W. Góralski, *Małżeństwo kanoniczne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.

²⁰ J. Gajda, *Unieważnienie małżeństwa*, [w:] *System prawa prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Tom 11, T. Smoczyński (red.), Wyd. CH Beck, Warszawa 2014, s. 152.

²¹ *Ibidem*, s. 152–154.

²² *Ibidem*, s. 154–193.

²³ J. Gajda, *Unieważnienie małżeństwa*, *op. cit.*, s. 152.

²⁴ A. Brzemia-Bonarek, *Dopuszczalność dowodów zdobytych w sposób niegodziwy w kanonicznym procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa*, Katowice 2007, Wydawnictwo Księgarnia św. Jacka, s. 19.

²⁵ Sformułowania tu podawane pochodzą z kanonów k.p.kan. w dosłownym brzmieniu.

oceniającego co do istotnych praw i obowiązków małżeńskich, psychiczną niezdolność do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich, błąd, podstęp, symulację (tzw. zgoda pozorna), zgodę warunkową, przymus oraz bojaźń²⁶.

- Stwierdzenie nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym może także wynikać z braku zachowania odpowiedniej formy kanonicznej, a więc sposobu zawierania małżeństwa. Forma niezbędna do ważnego zawarcia małżeństwa obejmuje wyrażenie woli nupturientów złożone przed świadkiem urzędowym (występującym w imieniu Kościoła katolickiego) oraz dwoma świadkami zwyczajnymi (kanony 1108–1113 k.p.kan. i 1127 k.p.kan.).

Zaistnienie chociażby jednej ze wskazanych powyżej przesłanek, tworzy możliwość ubiegania się o stwierdzenie nieważności małżeństwa w sądzie kościelnym, nawet jeśli żaden z nupturientów nie miał świadomości niespełniania danej przesłanki w chwili zawierania małżeństwa.

3. PRZYCZYNY STWIERDZENIA NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA NA PODSTAWIE BADAŃ AKT SĄDU BISKUPIEGO

Przeprowadzone badanie akt spraw kościelnych dotyczące stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym wykazało, że postępowanie dowodowe w tych sprawach jest obszerne i szczegółowe. Zebrane informacje pozwoliły na sporządzenie zestawienia przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa, które ustalił sąd kościelny z przyczynami rozkładu pożycia, które ustaliłby sąd rozwodowy, gdyby taką sprawę orzekał.

W sprawach o stwierdzenie nieważności małżeństwa sąd kościelny szczegółowo przesłuchiwał strony postępowania oraz kilku (najczęściej co najmniej trzech) świadków. Ponadto, na podstawie kanonu 1680 k.p.kan. w sprawach dotyczących braku zgody spowodowanej chorobą umysłową sędzia powinien skorzystać z pomocy jednego lub kilku biegłych. Artykuł 203 Instrukcji procesowej „Dignitas connubii”²⁷ rozszerza ten obowiązek – nakazuje obligatoryjne skorzystanie z pomocy jednego lub kilku biegłych (chyba że z okoliczności sprawy wydaje się to wyraźnie niepotrzebne), także w przypadkach, w których sąd bada niezdolność natury psychicznej do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich, jako przyczynę nieważności małżeństwa (kanon 1095^o3 k.p.kan.). W każdej zbadanej sprawie, w której przedmiot sporu dotyczył tej przyczyny²⁸, sąd kościelny zlecał przeprowadzenie badania psychologicznego. Badania te sporządzane były przez biegłego psychologa na podstawie konsultacji ze stronami i analizy akt sprawy (w tym dokumentów, zeznań świadków i stron). Brak stawiennictwa strony na konsultację z psychologiem nie był przeszkodą do wydania opinii przez

²⁶ L. Del Amo, oprac. J. Calvo-Álvarez, *Komentarz Kan. 1446 [w:] Kodeks Prawa Kanonicznego Komentarz*, P. Majer (red.), Wolters Kluwer, Kraków 2011, s. 1089; P. Gajda, *Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego*, Wyd. BIBLOS, Tarnów 2000, s. 128.

²⁷ Jest to dokument wydany przez Stolicę Apostolską, stanowi doprecyzowanie przepisów postępowania w sprawach o stwierdzenie nieważności małżeństwa.

²⁸ Sprawy te stanowiły zdecydowaną większość zbadanych akt.

biegłego²⁹. W sprawach prowadzonych z tytułu niezdolności natury psychicznej do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich opinia biegłego miała kluczowe znaczenie dla wyroku sądowego.

Podczas przypisywania dla każdej sprawy przyczyny rozkładu pożycia małżeńskiego w rozumieniu prawa rozwodowego posłużono się katalogiem używanym przez GUS³⁰. W trakcie przeprowadzania badania okazało się, że w większości spraw pojawiły się inne (nie wymieniane przez GUS) przyczyny. Dlatego też zostały one uwzględnione w tabeli 1 i oznaczone gwiazdką

Badanie wykazało, że w sądzie kościelnym najczęściej rozpatrywane były sprawy o stwierdzenie nieważności małżeństwa z tytułu psychicznej niezdolności do podjęcia obowiązków małżeńskich (70% badanych spraw). W tych sprawach rozkład pożycia w rozumieniu przepisów prawa rodzinnego następował najczęściej (prawie jedna trzecia spraw) ze względu na alkoholizm lub inne nałogi współmałżonka. W ponad jednej piątej spraw małżonkowie od początku nie nawiązali zgodnego pożycia, ponieważ decyzja o zawarciu małżeństwa była podyktowana przedwczesną ciążą. Jedna piąta spraw dotyczyła niewierności współmałżonka.

W 18% spraw sąd kościelny uznał symulację jako przyczynę nieważności małżeństwa. W tych sprawach najczęściej występującą przyczyną rozkładu pożycia według k.r.o. była przedwczesna ciąża lub niewierność współmałżonka (każda z tych przyczyn wystąpiła w 44,4%).

Cztery spośród badanych spraw rozpatrywane były na podstawie kanonu 1103 k.p.kan., tj. badano nieważność małżeństwa z tytułu istnienia przymusu podczas zawarcia małżeństwa. We wszystkich tych sprawach w momencie składania przysięgi małżeńskiej kobieta była w ciąży i zeznawała, że jej decyzja o zawarciu małżeństwa nastąpiła pod przymusem ze strony rodziny i środowiska.

Analizując wyniki przedstawione w powyższej tabeli, zwraca uwagę fakt, że w sprawach o stwierdzenie nieważności małżeństwa bardzo często pojawia się zagadnienie przedwczesnej ciąży, która była powodem zawarcia małżeństwa. W blisko jednej trzeciej akt spraw o stwierdzenie nieważności małżeństwa strony przyznały, że głównym lub jedynym motywem zawarcia małżeństwa była nieplanowana ciąża. Przyspieszenie decyzji o zawarciu małżeństwa pozbawiło zatem strony szans na lepsze wzajemne poznanie. Dla przykładu warto przytoczyć wybrane wypowiedzi stron (kobiet):

- „Motywem zawarcia małżeństwa była przedślubna ciąża. Około 2 tygodnie przed ślubem doszłam do wniosku, że nie powinnam za niego wychodzić. Nie tylko ze względu nadużywania alkoholu i niewłaściwego zachowania się w stosunku do mnie, ale dla dobra poczętego dziecka zdecydowałam się wyjść za mąż. (...) Rozwód cywilny był z orzeczeniem o winie pozwanego, ze względu na jego alkoholizm”.
- „Mój mąż nie przejawiał zainteresowania dzieckiem. Nie poczuł obowiązku rodzicielskiego. Po porodzie nawet nie odebrał mnie i naszej córki ze szpitala. Było

²⁹ Biegły korzystał wówczas ze wszystkich materiałów zebranych w sprawie.

³⁰ Por. przykładowo Rocznik Demograficzny Głównego Urzędu Statystycznego, Warszawa 2013, s. 270.

Tabela 1. Ustalane przyczyny nieważności małżeństwa według prawa kanonicznego i przyczyny rozkładu pożycia małżeńskiego w rozumieniu Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Przyczyna nieważności małżeństwa według Kodeksu prawa kanonicznego	Główna przyczyna rozkładu pożycia małżeńskiego w rozumieniu przepisów k.r.o. ustalona przez GUS oraz inne*								Ogółem
	alkoholizm	przedwczesna ciąża – brak zgodnego pożycia od początku małżeństwa*	brak zainteresowania domem i rodziną*	niedochowanie wierności małżeńskiej	nieporozumienia na tle finansowym	niechęć posiadania dzieci**	impotencja		
psychiczna niezdolność do podjęcia istotnych obowiązków małżeńskich (kan. 1095°3)	10 (28,6%)	8 (22,9%)	3 (8,6%)	8 (22,9%)	4 (11,4%)	2 (5,7%)	-	35 (100%)	
podstęp (kan. 1098)	-	-	-	-	1 (100%)	-	-	1 (100%)	
symulacja (kan. 1101°2)	-	4 (44,4%)	1 (11,1%)	4 (44,4%)	-	-	-	9 (100%)	
przymus (kan. 1103)	-	4 (100%)	-	-	-	-	-	4 (100%)	
impotencja (kan. 1084 § 1)	-	-	-	-	-	-	1 (100%)	1 (100%)	
Ogółem	10 (20%)	16 (32%)	4 (8%)	12 (24%)	5 (10%)	2 (4%)	1 (2%)	50 (100%)	

to 3 miesiące po ślubie. Po pięciu latach mąż odszedł z domu na dobre. Rozwód cywilny odbył się szybko i bez wyciągania szczegółów”.

- „Zaszłam w ciążę i poinformowałam o tym pozwanego, wówczas wyraził się «to chyba nie moje dziecko», bo chyba jest za wcześnie. Przez miesiąc nie odzywałam się do pozwanego, ale moja mama naciskała mnie bym zawarła małżeństwo bo przecież dziecko musi mieć ojca. Nie zawierałam dobrowolnie mojego małżeństwa. W dniu ślubu kiedy miałam pójść do ołtarza uciekłam z głównej nawy kościoła, ale mama mnie zatrzymała twierdząc «dziewczyno co tym robisz dla własnego dziecka. Będzie wstyd. Jak spojrzysz ludziom w oczy». (...) Rozwód cywilny był z orzeczeniem o winie pozwanego, bo opuścił mnie i dziecko”.

Analiza materiału badawczego wskazuje na interesujący aspekt konfliktu między małżonkami. Zauważono, że proces rozkładu pożycia między małżonkami bardzo często ma podłoże „genetyczne”, tzn. w wielu sprawach przyczyną (genezą) zawarcia małżeństwa, a potem źródłem rozpadu małżeństwa była nieplanowana ciąża. Dane statystyczne spraw rozwodowych nie zawierają tej przyczyny rozkładu pożycia. Najczęściej jest kategoryzowana jako niezgodność charakterów, alkoholizm lub niewierność współmałżonka. Można zatem postawić tezę, że wspomniane przyczyny były przyczynami sprawczymi, natomiast nieplanowa ciąża była zarzewiem do wykształcenia się innych narastających nieporozumień i konfliktów między małżonkami. W większości zbadanych akt małżonkowie przyznają, że zależało im na szybkim rozwodzie, bez wyciągania szczegółów związanych z ich małżeństwem, dlatego wnosili do sądu rozwodowego o zaniechanie orzekania o winie i wskazywali niezgodność charakterów jako główną przyczynę rozkładu pożycia małżeńskiego.

Zjawisko nieplanowanej ciąży jako powodu zawarcia małżeństwa jest w wielu przypadkach związane z presją, przymusem ze strony rodziny i otoczenia. W celu zobrazowania tego problemu poniżej zaprezentowano wypowiedź powódki z jednej ze zbadanych spraw:

- „Nasza znajomość przedślubna trwała dość krótko, 8–9 miesięcy. Od razu na początku naszej znajomości doszło do zbliżenia między nami i ciąży. O naszej ciąży musiałam w końcu powiedzieć rodzicom, a pozwany swojej matce. Rodzice bardzo dramatycznie to przeżyli i natychmiast powiedzieli nam, że w tej sytuacji musimy się pobrać. Ja tego absolutnie nie chciałam i byłam gotowa wychować dziecko samotnie, ale moi rodzice o takim rozwiązaniu nie chcieli słyszeć. Ja w tym wszystkim się zupełnie nie liczyłam. (...) Moi rodzice postawili sprawę krótko. Było to całkowite ultimatum. Albo wychodzisz za mąż i ratujesz honor rodziny, albo natychmiast opuszczasz nasz dom. Praktycznie po ślubie nie zamieszkaliśmy razem, bo on zaraz po ślubie wrócił do wojska. A kiedy wrócił, to ja mu już wszystko spakowałam i do domu go nie wpuściłam. Wtedy już nie było oporu babci, ani rodziców, bo ślub się odbył, więc jako mężatka, a nie jako ciężarna panna, mogłam robić co chcę. Tak skończyło się moje małżeństwo, którego nie było. Ja od początku nie uznawałam naszego ślubu, bo mnie do tego zmuszono, żeby ratować honor rodziny – bo przecież byłam w ciąży. Więc tak naprawdę ja się w tym wszystkim nie liczyłam. Nikt mnie po ślubie nie namawiał do powrotu do męża, bo najważniejsze dla rodziny było to, że już nie jestem panną z dzieckiem, tylko mężatką”.

Powyższe wypowiedzi wyraźnie wskazują, że obszerne i wnikliwe postępowanie dowodowe pozwala sędziom kościelnym na ustalenie wielu ważnych szczegółów dotyczących pożycia małżonków. Strony przyznają, że podczas postępowania rozwodowego w sądzie cywilnym nie przytaczały i nie były pytane o dokładne okoliczności związane z rozpadem małżeństwa. Powyższa wypowiedź doskonale obrazuje, w jaki sposób (zwłaszcza w środowiskach wiejskich) młode kobiety, które przedwcześnie zaszły w ciążę są przymuszane do zawarcia związku małżeńskiego.

Warto w tym miejscu przytoczyć fragment badań prowadzonych przez W. Stojanowską i M. Koska, którzy stworzyli zestawienie przyczyn konfliktów małżeńskich w ocenie księży, do których zwracają się o pomoc skonfliktowani małżonkowie³¹. Respondenci wskazali, że do najczęstszych przyczyn konfliktu należą: alkoholizm (78,1% odpowiedzi), brak partnerstwa (43,8% odpowiedzi), nieporozumienia z teściami (40,8%), znęcanie się psychiczne i fizyczne (32,8%) oraz trwałe związanie się z innym partnerem (29,4%). W odpowiedziach respondentów pojawiła się także przyczyna rozkładu pożycia niewymieniana ani w danych statystycznych, ani w literaturze prawniczej, tj. problemy związane z urodzeniem niepełnosprawnego dziecka. Ponad 20% respondentów przyznało, że spotkało się w swojej praktyce z taką sytuacją.

4. UWAGI KOŃCOWE

Analiza akt spraw kościelnych, która stanowiła przedmiot niniejszego artykułu wykazała, że kościelna procedura sądowa dotycząca ustalenia nieważności małżeństwa jest ukierunkowana na rzeczywiste wykazanie okoliczności z tym związanych. Postępowanie w sprawach o rozwód trwa zdecydowanie krócej niż w sprawach o stwierdzenie nieważności małżeństwa rozpatrywanych przez sąd kościelny, a postępowanie dowodowe jest skąpe i nie zawiera przydatnej wiedzy na temat okoliczności związanych z rozkładem pożycia małżonków.

Przywołane wyniki badań W. Stojanowskiej i M. Koska oraz analiza akt dokonana na potrzeby niniejszego artykułu wyraźnie wskazują, że katalog przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego jest w rzeczywistości bardzo szeroki. Wyraźnie daje się zauważyć, że w praktyce występuje więcej przyczyn rozkładu pożycia niż tylko te wymienione w katalogu GUS. Sądy nie rozszerzają tego katalogu, a przez to nie poszerzają postępowania dowodowego celem ustalenia innych możliwych przyczyn. Słusznie wskazują W. Stojanowska i M. Kosek, że ustalanie rzeczywistych przyczyn rozwodów ma walor nie tylko poznawczy, ale powinno być punktem wyjściowym do podejmowania pewnych działań zapobiegawczych³².

Rozległa wiedza księży na temat konfliktów małżeńskich (co stwierdzają wyżej wskazani autorzy) wynika przede wszystkim z tego, że cieszą się oni zaufaniem

³¹ W. Stojanowska, M. Kosek, *Problematyka rozwodów w świetle wypowiedzi duchownych katolickich uczestniczących w badaniu socjologicznym*, Zeszyty prawnicze UKSW 2013, nr 13.3, s. 17–18.

³² *Ibidem*, s. 8. Por. także W. Stojanowska, *Prawne środki zapobiegania pochopnemu zawieraniu małżeństw w świetle badań socjologicznych*, Zeszyty Naukowe UKSW nr 12.3, Warszawa 2012, s. 21–59.

społecznym i posiadają doświadczenie w udzielaniu pomocy w rozwiązywaniu konfliktów małżeńskich. W ocenie duchownych szanse na rozwiązanie problemów małżeńskich zależne są od przyczyn wystąpienia konfliktu oraz stopnia jego zaawansowania³³.

Porównanie procedury rozpatrywania spraw w sądzie powszechnym i kościelnym wypada na korzyść sądu kościelnego pod względem wnikliwości prowadzonego postępowania dowodowego. Zaobserwowano, że w sądzie kościelnym bardzo często występowała przyczyna niezdolności psychicznej, jako podstawa do stwierdzenia nieważności małżeństwa, zaś w sprawach rozwodowych jedną z najczęstszych przyczyn rozkładu pożycia (według danych statystycznych) jest niezgodność charakterów. Powyższe przyczyny pochodzą z różnych systemów prawnych i z reguły nie są ze sobą porównywalne, ale wspólną ich cechą jest „wspólny mianownik”, pod którym kryje się szereg szczegółowych przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego.

BIBLIOGRAFIA

- Brzemia-Bonarek A., *Dopuszczalność dowodów zdobytych w sposób niegodziwy w kanonicznym procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa*, Katowice 2007, Wydawnictwo Księgarnia św. Jacka, s. 19.
- Calvo-Álvarez J., *Komentarz Kan. 1446*, [w:] *Kodeks Prawa Kanonicznego Komentarz*, P. Majer (red.), Wolters Kluwer, Kraków 2011, s. 1089.
- Gajda J., *Unieważnienie małżeństwa*, [w:] *System prawa prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Tom 11, T. Smoczyński (red.), Wyd. CH Beck, Warszawa 2014, s. 152.
- Gajda P., *Prawo małżeńskie Kościoła Katolickiego*, Wyd. BIBLOS, Tarnów 2000, s. 128.
- Góralski W., *Małżeństwo kanoniczne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Rocznik Demograficzny Głównego Urzędu Statystycznego*, Warszawa 2012, s. 246.
- Stojanowska W., *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód według znowelizowanego Kodeksu postępowania cywilnego*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2006, nr 6.2.
- Stojanowska W., Kosek M., *Problematyka rozwodów w świetle wypowiedzi duchownych katolickich uczestniczących w badaniu socjologicznym*, Zeszyty prawnicze UKSW 2013, nr 13.3, s. 17–18.
- Stojanowska W., *Negatywne przesłanki wyłączające dopuszczalność rozwodu*, [w:] *System prawa prywatnego, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Tom 11, T. Smoczyński (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 703.
- Stojanowska W., *Prawne środki zapobiegania pochopnemu zawieraniu małżeństw w świetle badań socjologicznych*, Zeszyty Naukowe UKSW nr 12.3, Warszawa 2012, s. 21–59.
- Stojanowska W., *Problematyka rozwodów w świetle badań*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1977, s. 69.
- Szpunar A., *Rozkład pożycia jako podstawa rozwodu*, „Nowe Prawo” 1954, nr 4.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18.3.1968 r., III CZP 70/66, OSNCP 1968, Nr 5, poz. 77.
- Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej z dnia 09.06.1976 r., SN III CZP 46/75, Lex Polonica nr 309029.

³³ W. Stojanowska, M. Kosek: *Problematyka rozwodów...*, *op. cit.*, s. 36.

Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 13.01.1978 r., SN III CZP 30/77, OSNC 1978, nr 3, poz. 39.

Wawiłowa M., *Z problematyki przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 1.

Wierciński J., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Wyd. Lexis Nexis, Warszawa 2014.

Wiszniewski Z., Gross S., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 1975.

PRZYCZYNY NIEWAŻNOŚCI MAŁŻEŃSTWA W PRAWIE KANONICZNYM I PRZYCZYNY ROZWODÓW W POLSKIM PRAWIE RODZINNYM W ŚWIELE BADAŃ AKTOWYCH

Streszczenie

Prezentowany artykuł dotyczy zagadnienia przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym w powiązaniu z przyczynami rozwodów w prawie rodzinnym. Krótkie omówienie teoretyczne tej problematyki zostało uzupełnione o zestawienie przyczyn stwierdzenia nieważności małżeństwa, które ustalił sąd kościelny, z przyczynami rozkładu pożycia, które ustaliłby sąd rozwodowy, gdyby w danej sprawie orzekał. Omawiane zestawienie autorki sporządziły na podstawie przeprowadzonego badania akt spraw kościelnych dotyczących stwierdzenia nieważności małżeństwa w prawie kanonicznym. W końcowej części artykułu zawarto kilka refleksji podsumowujących rezultaty badania, z których m. in. wynika, że postępowanie dowodowe prowadzone w sądzie kościelnym jest bardziej wnikliwe niż w sądzie powszechnym.

Badanie wykazało również, iż w praktyce występuje więcej przyczyn rozkładu pożycia niż tylko te wymienione w katalogu Głównego Urzędu Statystycznego. Sądy rozwodowe nie rozszerzają tego katalogu, a przez to nie poszerzają postępowania dowodowego celem ustalenia innych możliwych przyczyn.

Słowa kluczowe: *małżeństwo, rozwód, stwierdzenie nieważności małżeństwa, rozkład pożycia, przyczyny rozwodu, prawo kanoniczne, prawo rodzinne, postępowanie dowodowe*

GROUND FOR A DECLARATION OF NULLITY UNDER CANON LAW AND GROUNDS FOR GRANTING A DIVORCE UNDER POLISH FAMILY LAW IN THE LIGHT OF RESEARCH INTO FILES

Summary

The article presents issues pertaining to the grounds for a declaration of nullity under canon law in connection with grounds for granting a divorce under Family Law. A short theoretical description of this issue is supplemented with a list of grounds for a declaration of nullity determined by an ecclesiastical court along with reasons behind the breakdown of marriage determined by a common court if one were competent to rule in such a case. The aforementioned list has been prepared by the authors based on the research into Church proceedings files related to determining grounds for an annulment of marriage under canon law. In the last part of the article, the authors share a number of conclusions summing up the results of the research, which indicate, among other things, that the hearing of evidence in a church court is more thorough than the one conducted

in a common court. The research reveals that in practice there are more types of grounds for declaring a breakdown of marriage than those listed in the catalogue of the Central Statistical Office. Common courts do not add any items to the catalogue and thus they do not extend the framework for the hearing of evidence in order to establish any other potential reasons or grounds.

Key words: marriage, divorce, annulment of marriage, breakdown of marriage, grounds for divorce, canon law, family law, hearing of evidence

ZASTOSOWANIE ART. 321 K.P.C. W SPRAWACH Z ODWOŁAŃ OD DECYZJI PREZESA URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

ŁUKASZ DAWID DĄBROWSKI

1. UWAGI WSTĘPNE

Rynek usług telekomunikacyjnych, na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne¹ (dalej: „Pt.”), podlega regulacji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes „UKE”). Prezes UKE wyposażony został przez ustawodawcę w liczne kompetencje do kształtowania w drodze władczego aktu administracyjnego, jakim jest decyzja administracyjna, sytuacji prawnej indywidualnie oznaczonych przedsiębiorców telekomunikacyjnych w konkretnie ustalonych w danym postępowaniu okolicznościach². Możliwość oceny prawidłowości decyzji administracyjnych wydawanych przez Prezesa UKE uregulowano w art. 206 Pt. Decyzje prezesa UKE, z wyjątkiem decyzji wymienionych w ust. 2 art. 206 Pt., są weryfikowane w postępowaniu administracyjnym na zasadach określonych w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego³, czyli poprzez złożenie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Prezesa UKE⁴. Decyzje te w dalszej kolejności mogą być przedmiotem skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego, a następnie skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Odrębny tryb odwoławczy przewidziany został w ust. 2 art. 206 Pt. W sprawach wymienionych w tym przepisie stronom przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu

¹ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2004 r., nr 171, poz. 1088 ze zm.

² Por. P. Kledzik, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, [w:] H. Babis (red.), *Rynek usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2011, s. 385.

³ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2013 r., nr 267, t.j.

⁴ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013 r., s. 1222.

Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: „SOKiK”). Artykuł 206 ust. 2 Pt. określa decyzje podlegające temu trybowi poprzez wskazanie przedmiotu lub rodzaju decyzji, albo artykułu ustawy prawa telekomunikacyjnego przewidującego ich wydawanie⁵. Odwołanie przysługuje od decyzji pozytywnych i negatywnych, decyzji uchylających i zmieniających⁶.

Decyzje wydawane przez Prezesa UKE nakładają na przedsiębiorców telekomunikacyjnych obowiązki regulacyjne, zastępują lub zmieniają treść umów międzyoperatorskich, nakładają kary. Decyzje Prezesa UKE przyznają też uprawnienia – np. związane z rezerwacją częstotliwości lub przydziałem numeracji (od tych decyzji przysługuje tryb sądownoadministracyjny). W przypadku decyzji, od których przysługuje odwołanie do SOKiK można mówić w zasadzie o obowiązkach nakładanych na przedsiębiorców. Niemniej, nałożenie obowiązków na jednego operatora często łączy się z przyznaniem uprawnień drugiemu, np.: w przypadku decyzji zastępujących lub zmieniających treść umów międzyoperatorskich.

Przepisy dotyczące trybu postępowania w sprawach z zakresu telekomunikacji ewoluowały w kierunku spełnienia wymogów zawartych w art. 4 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej⁷. Postępowanie przed SOKiK jest obecnie postępowaniem merytorycznym, pierwszoinstancyjnym, podlegającym ogólnym zasadom postępowania rozpoznawczego⁸, toczącym się według przepisów kodeksu postępowania cywilnego. W sprawach tych, jako sprawach cywilnych, stosuje się wszystkie przepisy procesowe ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego⁹ (dalej: „k.p.c.”), w tym art. 321 k.p.c., z uwzględnieniem uregulowań wynikających z postępowań odrębnych.

Zagadnienie poruszone w niniejszym opracowaniu dotyczy zastosowania art. 321 k.p.c. w postępowaniu odrębnym w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji i poczty wszczętych na skutek odwołania od decyzji Prezesa UKE. Problem stosowania art. 321 k.p.c. nie jest jedynie problemem akademickim, a jego literalne zastosowanie w sprawach telekomunikacyjnych może budzić uzasadnione wątpliwości dotyczące podstawowego zagadnienia postępowania cywilnego, jakim jest przedmiot wyrokowania. Celem opracowania jest wykazanie, że przepis art. 321 k.p.c. ma zastosowania w sprawach z zakresu telekomunikacji jedynie odpowiednio, tj. w takim zakresie w jakim bez jego uwzględnienia nie byłoby możliwe wydanie właściwego wyroku.

⁵ Zgodnie z art. 206 ust. 2 Pt. odwołanie do SOKiK przysługuje od decyzji: 1) o ustaleniu znaczącej pozycji rynkowej, 2) w sprawie nałożenia, zniesienia, zmiany lub uchylenia obowiązków regulacyjnych, 3) w sprawie nałożenia kar, 4) o których mowa w art. 43a oraz w art. 201 ust. 3 Pt., 5) wydawanych w sprawach spornych, z wyjątkiem decyzji w sprawie rezerwacji częstotliwości po przeprowadzeniu przetargu, aukcji albo konkursu oraz od decyzji o uznaniu przetargu, aukcji albo konkursu za nierozstrzygnięte, 6) o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 13 ust. 2, art. 20, art. 21 ust. 2, art. 22 oraz art. 30 ustawy z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych.

⁶ S. Piątek, *op. cit.*, s. 1223.

⁷ Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), Dziennik Urzędowy L 108, 24/04/2002, s. 33–50.

⁸ J. Płoski, W. Pacler, *Administracja łączności i postępowanie kontrolne*, [w:] M. Rogalski (red.), *Prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2011 r., s. 803.

⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2014, poz. 101.

W pewnych określonych przypadkach jego bezpośrednie zastosowanie nie będzie jednak właściwe. Analizie poddano orzeczenia sądów powszechnych i Sądu Najwyższego z zakresu spraw telekomunikacyjnych, w szczególności orzeczenia wydane w sprawach z odwołań od decyzji Prezesa UKE określających warunki współpracy międzyoperatorskiej w zakresie wysokości stawek stosowanych we wzajemnych międzyoperatorskich rozliczeniach oraz nakładających kary.

2. SPRAWA CYWILNA

Sprawy z odwołań od decyzji Prezesa UKE są sprawami cywilnymi w sensie formalnym. Artykuł 1 k.p.c. określa krąg spraw, które rozpoznawane są przez sąd w postępowaniu cywilnym na podstawie przepisów k.p.c. Artykuł ten podaje ustawową definicję „sprawy cywilnej”, opartą na dwóch niezależnych kryteriach – materialnoprawnym i formalnym.

Według kryterium materialnoprawnego sprawami cywilnymi są te sprawy, w których stosunki prawne stron układają się na zasadzie równorzędności podmiotów i ekwiwalentności świadczeń, co za tym idzie, są one już ze swej istoty sprawami cywilnymi. W tym rozumieniu sprawy cywilne to sprawy z zakresu prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa pracy, zwane także sprawami cywilnymi *sensu stricto*.

Według kryterium formalnego sprawami cywilnymi są te sprawy, które nie ze swej istoty, ale z woli ustawodawcy zostały poddane właściwości sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Sprawami cywilnymi w ujęciu formalnym są sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych oraz inne sprawy, do których przepisy k.p.c. znajdują zastosowanie z mocy ustaw szczególnych, sprawy cywilne *sensu largo*¹⁰. Nie ulega wątpliwości, że akt administracyjny może stanowić źródło zobowiązań prywatnoprawnych, jeżeli wynika to z regulacji ustawowej¹¹. Chodzi tu więc zarówno o sprawy o charakterze administracyjnym, jak i o inne sprawy, których źródłem nie jest prawo cywilne. Ustawa wskazuje tylko jedną dziedzinę prawa, z której zakresu każda sprawa jest *ex definitione* sprawą cywilną. Poza sprawami z zakresu ubezpieczeń społecznych art. 1 k.p.c. nie wymienia wprost innych spraw cywilnych formalnych. O przynależności konkretnych spraw do drogi sądowej ze względu na formalne kryterium świadczą regulacje innych aktów prawnych. Charakter taki mają odwołania od decyzji Prezesa UKE (art. 206 Pt.)¹².

Sprawa ma charakter sprawy cywilnej, jeżeli treść łączących strony stosunków prawnych, obejmująca ich wzajemne prawa i obowiązki albo tworząca dany stan prawny, zakłada potrzebę ochrony interesów uczestniczących w nich podmiotów. Sprawa cywilna wymaga wystąpienia dwóch lub więcej podmiotów w stosunku prawnym, regulowanym przepisami kodeksu cywilnego, którego podmioty – w wypadku

¹⁰ Powyższe różnicowanie należy uznać za kontrowersyjne. Sprawy cywilne *sensu stricto* nie zawierają się w sprawach cywilnych *sensu largo*, lecz stanowią niezależny zbiór spraw, do których znajdują zastosowanie przepisy k.p.c. Kryterium formalne umożliwia objęcie pojęciem sprawy cywilnej także dodatkowej grupy spraw, które nie są takimi ze swej natury (za T. Zembrzuskim, *Komentarz do art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex, nr 146914).

¹¹ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1960 r., III CR 812/59, Lex, nr 115622.

¹² T. Zembrzuskim, *Komentarz do art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX nr 146914.

sporu – występują jako równorzędni partnerzy. Jeżeli natomiast jeden z nich uzyskuje pozycję podmiotu działającego z mocy swojej władzy zwierzchniej, to stosunek taki nie jest stosunkiem cywilnoprawnym¹³ w sensie materialnoprawnym. Przesądzającym elementem wskazującym na stosunek administracyjnoprawny jest występowanie organu państwowego lub społecznego wobec innego uczestnika, z pozycji wykonywania władzy zwierzchniej w ramach zarządzającej działalności państwa¹⁴.

Postępowanie w sprawach z zakresu telekomunikacji jest rodzajem postępowania odrębnego, które z uwagi na specyficzny przedmiot wymagało szczególnego uregulowania. Sprawy należące do właściwości sądów powszechnych na podstawie Pt. z natury mają publicznoprawny charakter, lecz z woli ustawodawcy, na podstawie art. 479⁵⁷ k.p.c. w zw. z art. 206 Pt. zostały zaliczone do kategorii spraw cywilnych *sensu largo*, stając się sprawami cywilnymi w znaczeniu formalnym.

3. WYMOGI FORMALNE ODWOŁANIA (TREŚĆ ŻĄDANIA)

Wydana przez Prezesa UKE decyzja podlega zaskarżeniu do SOKiK w formie odwołania. Odwołanie instytucjonalnie odpowiada pozwowi w ogólnym postępowaniu cywilnym, przede wszystkim z uwagi na to, że wymogi formalne co do odwołań określone w art. 479⁶⁰ k.p.c. są zbliżone do wymogów pozwu z art. 187 k.p.c.¹⁵ Odwołanie takie powinno czynić zadość wymaganiom przepisanych dla pisma procesowego określonym w art. 126 k.p.c., a także, zgodnie z art. 479⁶⁰ k.p.c., zawierać oznaczenie zaskarżonej decyzji i wartości przedmiotu sporu, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów. Dodatkowo odwołanie powinno zawierać wniosek o uchylenie albo zmianę decyzji w całości lub w części. Tym samym przedsiębiorca telekomunikacyjny wnoszący odwołanie może wnieść: 1) o uchylenie decyzji w całości lub w części, 2) o zmianę decyzji w całości lub w części, 3) o uchylenie decyzji w części i zmianę decyzji w części, 4) o zmianę decyzji w całości lub w części, i alternatywnie o uchylenie decyzji w całości lub w części, w przypadku nieuwzględnienia przez SOKiK wniosku o zmianę decyzji. Wobec powyższego, nasuwa się pytanie o sposób postępowania sądu na tle art. 321 k.p.c. w sytuacji złożenia wniosku o zmianę decyzji (w całości lub w części), gdy sąd ze względu na charakter postępowania z odwołania od decyzji administracyjnej Prezesa UKE, pomimo naruszenia przez Prezesa UKE przepisów Pt. przy wydaniu decyzji, nie ma możliwości jej zmiany. Czy właściwym orzeczeniem jest oddalenie odwołania przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, pomimo naruszenia prawa przez Prezesa UKE, czy też uchylenie błędnej decyzji administracyjnej, pomimo braku stosowanego wniosku ze strony wnoszącego odwołanie? I odpowiednio, o sposób postępowania sądu w sytuacji złożenia wniosku o uchylenie decyzji w przypadku, gdy sąd konstatuje podstawę do jej zmiany? Odpowiadając na powyższe pytania należy

¹³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2004 r., III CK 566/03, Lex, nr 176104.

¹⁴ A. Jakubecki (red.) *et al.*, *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, Lex, nr 165956.

¹⁵ H. Dolecki (red.), Wiśniewski T. (red.), J. Iwulski, G. Jędrejek, I. Koper, G. Misiurek, P. Pogonowski, D. Zawistowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Artykuły 367–505(37)*, Lex, nr 8798.

pamiętać o treści art. 479⁶⁴ k.p.c. zgodnie z którym SOKiK oddala odwołanie od decyzji Prezesa UKE, jeżeli nie ma podstaw do jego uwzględnienia. W przypadku zaś wystąpienia podstaw uzasadniających uwzględnienie odwołania, SOKiK zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy.

4. ZAKAZ ORZEKANIA PONAD ŻĄDANIE

Przedmiot orzekania pozostaje w ścisłym związku z przedmiotem procesu. Związek ten polega na tym, że przedmiot orzekania nie może być różny od przedmiotu procesu. W art. 321 k.p.c., zgodnie z którym sąd nie może wyrokować co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani zasądzać ponad żądanie, została wyrażona podstawowa zasada wyrokowania, w myśl której sąd jest związany w procesie żądaniami stron¹⁶. Żądanie powództwa określa więc nie tylko jego przedmiot, lecz również jego podstawa faktyczna. Dlatego orzeczeniem ponad żądanie w rozumieniu art. 321 k.p.c. jest oparcie wyroku na podstawie faktycznej niepowołanej przez powoda¹⁷. Tak więc niedopuszczalna jest zmiana prowadząca do zmiany charakteru żądania. Przepis ten ma również zastosowanie w sprawach z odwołań od decyzji organów regulacyjnych¹⁸. Wobec powyższego, można bronić poglądu, zgodnie z którym: 1) jeśli powód żąda uchylecia decyzji (zastępującej lub zmieniającej treść umowy międzyoperatorskiej lub nakładającą karę), a Sąd orzeka w wyroku, że zmienia decyzję Prezesa UKE (wprowadzającą zmiany lub zastępującą umowę), i analogicznie 2) jeśli powód żądał zmiany wydanej decyzji Prezesa UKE, a Sąd orzekł w wyroku, że uchyla decyzję – to narusza zasadę związania żądaniem pozwu, mamy tu bowiem do czynienia z dwoma żądaniami, które mają samoistny charakter, zmierzają do ochrony innych wartości, a ponadto oparte są na odmiennych przesłankach faktycznych i prawnych.

Argumenty przemawiające za powyższym twierdzeniem można odnaleźć w szeregu orzeczeń Sądu Najwyższego¹⁹, zgodnie z którymi Sąd jest związany żądaniem zgłoszonym przez stronę i nie może orzekać ponad żądanie. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r.²⁰ rozpoznanie przez sąd powództwa nieobjętego żądaniem odwołania stanowi nierozpoznanie istoty sprawy. Rozpoznając roszczenie powoda jako żądanie uchylecia decyzji, w sytuacji gdy wnoszono o jej zmianę, Sąd nie rozpoznaje w konsekwencji istoty sprawy. Pojęcie „istota sprawy” o którym mowa w art. 386 § 4 k.p.c., dotyczy jej aspektu materialnego i w tej płaszczyźnie zarzut nierozpoznania sprawy może być oceniany. Do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi więc na skutek niezbadania podstawy materialnej odwołania i zarzutów merytorycznych i w konsekwencji sąd nie odnosi się do tego, co jest przedmiotem sprawy. Sąd

¹⁶ H. Pietrkowski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 356.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2005 r., II CK 556/04, Lex, nr 149289; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1993 r., I CRN 156/93, Lex, nr 518175; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2008 r., III CSK 228/08, LEX, nr 1498630.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 21 sierpnia 2013 r., VI ACa 1473/12, niepublikowany.

¹⁹ M.in.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2010 r., I PK 79/10, Lex, nr 72500, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2009 r., I CSK 389/08, Lex, nr 560511.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 239/10, Lex, nr 1102882.

nie odnosząc się do żądania powoda i podniesionych przez powoda merytorycznych zarzutów, w istocie nie rozstrzyga istoty sprawy. Sąd bowiem nie ogranicza się do wskazania błędów decyzji, ale orzeka merytorycznie w przedmiocie objętym uprzednio decyzją²¹. Czy jednak jest to pogląd mający uzasadnione zastosowanie do powyższych problemów?

5. CEL POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO

Odnosząc się do kwestii zmiany decyzji, pomimo wniosku o jej uchylenie – na przykładzie decyzji nakładającej kary – można uznać, że sąd jest związany sformułowanym w odwołaniu żądaniem uchylenia decyzji, jeżeli stwierdzi w wyniku rozpoznania odwołania, że powód nie dopuścił się zarzucanego w decyzji Prezesa UKE naruszenia przepisów ustawy. Tym samym zmieniając decyzję Prezesa UKE, o co nie wnoszono, sąd orzekłby o kwestii nie objętej żądaniem, gdyż tylko uchylenie skarżonej decyzji dokładnie odpowiadałoby temu żądaniu. Jeśli w art. 479⁶⁰ k.p.c. ustawodawca dokonał wyraźnej dystynkcji pomiędzy uchyleniem, a zmianą decyzji, nakazując odwołującemu wyraźnie sprecyzować, czy żąda uchylenia i/lub zmiany decyzji, owemu rozróżnieniu należy przyznać określoną doniosłość prawną. W konsekwencji, w sytuacji gdy powód nie wnosił o zmianę decyzji, a tylko o jej uchylenie, sąd rozpoznający sprawę nie może – poza oddaleniem odwołania – wydać innego rozstrzygnięcia.

Sytuacja przedstawia się odmiennie w przypadku uznania przez sąd, że powód naruszył przepisy ustawy w zakresie innym niż orzekł to Prezes UKE. Kwestia ta została rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2010 r.²², wydanym w sprawie z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, a dotyczącej stwierdzenia przez Prezesa UOKiK czynów nieuczciwej konkurencji. Sprowadza się więc do kwestii nakładania kar. W wyroku stwierdzono, że uznanie zarzutu naruszenia art. 321 k.p.c. wymagałoby przyjęcia, że przedmiotem żądania przedsiębiorcy wnoszącego odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK jest zmiana decyzji lub jej uchylenie. Zdaniem Sądu Najwyższego, uchylenie decyzji Prezesa UOKiK albo jej zmiana są formami rozstrzygnięcia przez sąd o żądaniu wnoszącego odwołanie. Przenosząc powyższe rozstrzygnięcie na grunt spraw z zakresu telekomunikacji należy uznać, że przedmiotem żądania w sprawach z zakresu telekomunikacji jest stwierdzenie, w przypadku nakładania przez Prezesa UKE kar, że przedsiębiorca nie naruszył przepisów ustawy, ewentualnie naruszył je w węższym zakresie, niż wynika to z decyzji Prezesa UKE. Tym samym przyjęć należy, że zakres żądania wyznaczany jest przez zakres odwołania. Zakresem tym związany jest SOKiK oraz Sąd Apelacyjny, które wyrokować mogą tylko co do przedmiotu, który objęty był żądaniem określonym w odwołaniu²³.

Zgodnie z powyższym orzeczeniem Sądu Najwyższego termin „żądanie odwołania” nie należy rozumieć jako „wniosek o uchylenie” lub „wniosek o zmianę” decyzji.

²¹ Szczegółowo na ten temat: K. Weitz [w:] T. Wiśniewski (red.), *System Prawa Handlowego. Postępowanie sądowe w sprawach cywilnych z udziałem przedsiębiorców*, t. 7, Warszawa 2013, s. 152 i n.

²² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2010 r., III SK 28/09, Lex, nr 920569.

²³ Zob. wyroku Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2001 r., I CKN 1036/98, Lex, nr 52708.

Akceptacja poglądu odmiennego oznaczałaby, że w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UOKiK dopuszczenia się przez przedsiębiorcę dwóch praktyk ograniczających konkurencję, sąd rozpoznający odwołanie, który uznałby, że w stanie faktycznym sprawy można mówić tylko o jednej praktyce, nie mógłby odpowiednio zmienić decyzji Prezesa UOKiK, lecz musiałby ją uchylić, gdyby wnoszący odwołanie wnioskował tylko o uchylenie decyzji. Analogicznie w przypadku spraw z zakresu telekomunikacji należy uznać za niewłaściwy pogląd, zgodnie z którym w przypadku stwierdzenia przez Prezesa UKE dopuszczenia się przez przedsiębiorcę dwóch przypadków naruszenia Pt., sąd rozpoznający odwołanie, który uznałby, że w stanie faktycznym sprawy można mówić tylko o jednym przypadku naruszenia, nie mógłby odpowiednio zmienić decyzji Prezesa UKE, lecz musiałby ją uchylić, gdyż wnoszący odwołanie wnioskował tylko o uchylenie decyzji.

Nie stanowi naruszenia art. 321 k.p.c. zmiana podstawy prawnej decyzji Prezesa UKE, bądź uznanie przez sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji nakładającej karę w rozumieniu innego przepisu Pt. niż powołany w decyzji, czyli przyjęcie jako podstawy prawnej rozstrzygnięcia sprawy innego przepisu Pt., niż wskazana w odwołaniu lub decyzji Prezesa UKE. Powyższe nie narusza prawa do obrony, o ile sąd orzeka w granicach ustalonych okoliczności stanu faktycznego. Głównym celem postępowań sądowych z odwołania od decyzji Prezesa UKE nakładających kary, jest rozstrzygnięcie sporu co do naruszenia Pt. przez konkretne zachowanie wskazane w sentencji skarżonej decyzji.

W orzecznictwie w zasadzie brak jest przykładów zmiany decyzji w przypadku wnioskowania o jej uchylenie w odniesieniu do sporów dotyczących sposobu prowadzonej współpracy międzyoperatorskiej. Sądy niechętnie wkraczają w skomplikowany obszar szczegółowych uregulowań współpracy międzyoperatorskiej, pozostający właściwie w kompetencji Prezesa UKE. Jeśli wnoszący odwołanie nie wskazał pożądanego (proponowanego) kierunku zmian decyzji, to trudno oczekiwać, że uczyni to sąd. W praktyce pozostają dwa rozwiązania: uchylenie decyzji – w przypadku stwierdzenia uzasadnionych podstaw odwołania, lub oddalenie odwołania – w przypadku braku podstaw do jego uwzględnienia.

Odnosnie do kwestii uchylenia decyzji pomimo żądania jej zmiany, wskazać należy na orzeczenia SOKiK²⁴ wydane w sprawach dotyczących ustalenia warunków współpracy międzyoperatorskiej w zakresie ustalenia wysokości stawek za wzajemne rozliczenia, w których SOKiK uchylał decyzję administracyjną Prezesa UKE pomimo, że wniosek przedsiębiorcy telekomunikacyjnego ograniczony był jedynie do zmiany zaskarżonej decyzji. W większości przypadków wnioskowana przez skarżących zmiana dotyczy obniżenia ustalonej w decyzji stawki za zakańczanie połączeń w danej sieci telefonicznej. Bez względu jednak na to, czy wnioskowana zmiana dotyczy obniżenia stawki czy też innych kwestii, musi być ona poparta stosownymi dowodami, zgodnie

²⁴ M.in.: wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 lipca 2012 r., XVII AmT 223/09, niepublikowany; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 sierpnia 2012 r., XVII AmT 33/12, niepublikowany; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 stycznia 2014 r., XVII AmT 42/11, niepublikowany; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2014 r., XVII AmT 80/13, niepublikowany.

z art. 6 k.c. W wyroku z dnia 10 lipca 2012 r. SOKiK²⁵ uznał, że wprowadzenie przez Prezesa UKE w zaskarżonej decyzji rozwiązanie (nałożenie obowiązków kosztowych) zostało dokonane w sposób pozbawiony właściwego merytorycznego uzasadnienia. Jednocześnie brak było podstaw do uwzględnienia żądania powoda do zmiany zaskarżonej decyzji w sposób wskazany w odwołaniu, ponieważ i w tym zakresie przedstawiona argumentacja nie została poparta konkretną analizą i wyliczeniami. Z tych względów SOKiK działając na podstawie art. 479⁶⁴ § 2 k.p.c. uchylił zaskarżoną decyzję, nie znajdując podstaw do uwzględnienia stanowiska żadnej ze stron postępowania lub wydania orzeczenia kształtującego umowę między przedsiębiorcami poprzez odmienne określenie obowiązków regulacyjnych, z uwagi na brak danych, do zebrania i analizy których zobowiązany jest regulator rynku.

W orzeczeniu z dnia 21 sierpnia 2013 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie²⁶, uznał, powołując się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2010 r., że treść żądania powoda wyznacza zakres zaskarżenia decyzji organu regulacyjnego oraz treść zarzutów podniesionych w odwołaniu i zgłoszone w nim wnioski. Stwierdzono ponadto, że powód ma obowiązek sformułowania w odwołaniu swego żądania w sposób precyzyjny, oraz że z żądaniem tym łączy się prawo powoda do oczekiwania, że tylko w tym zakresie sprawa zostanie rozpoznana, a nie, że zostanie rozpoznana z przekroczeniem wniosków i żądań strony. W myśl art. 479⁶⁰ § 2 k.p.c. w razie uwzględnienia odwołania SOKiK zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy. Orzeczenie to musi pozostawać jednak w związku z żądaniem powoda i nie może wykraczać poza jego granice. Powyższe orzeczenie zapadło w sprawie o odmiennym stanie faktycznym od spraw opisanych powyżej, dotyczyło bowiem sytuacji, w której SOKiK uchylił w całości zaskarżoną decyzję, pomimo że powód zaskarżył decyzję jedynie w części i wnosił o zmianę tylko w tej części. Uchylenie decyzji w całości było więc niezgodnie z żądaniem powoda, znacznie wykraczając poza żądanie odwołania. Sąd apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i sprawę przekazał do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy, wyrokiem z dnia 4 lutego 2014 r.²⁷ SOKiK uznając, że jest związany zakresem zaskarżenia, ale nie wnioskami stron zgłoszonymi w odwołaniu, w części oddalił odwołanie a w części uchylił decyzje. Uznając, że kwestia wysokości opłaty za przeniesienie numeru, o której mowa w zaskarżonej decyzji, czy też sposobu jej określenia powinna być poddana konsultacji w drodze postępowania konsultacyjnego przeprowadzonego przez Prezesa UKE w trybie art. 15 ust. 3 Pt. Sąd nie uwzględnił wniosku powoda o zmianę decyzji w zakresie wysokości rozliczeń, nie oddalił jednak odwołania w tej części, a z uwagi na naruszenie przez Prezesa UKE przepisów, uchylił decyzję, gdyż procedowanie we wskazanym zakresie przez sąd wykraczałoby poza jego kompetencje.

Na odrębną uwagę zasługuje orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2012 r.²⁸ Wyrok zapadł wprawdzie na tle odmiennego stanu faktycznego i prawnego,

²⁵ Wyrok SOKiK z dnia 10 lipca 2012 r., XVII AmT 223/09, niepublikowany.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2013 r., VI ACa 1473/12, niepublikowany.

²⁷ Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2014 r., XVII AmT 80/13, niepublikowany.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2012 r., V CSK 207/11, Lex, nr 1168734.

dotyczył bowiem kwestii związanej z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej²⁹ z zakresu regulacji spraw majątkowych tego kościoła, niemniej jednak wyraża ogólną zasadę stosowania art. 321 k.p.c. w sprawach o szczególnym charakterze.

Zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy, o której mowa wyżej, regulacja spraw majątkowych Kościoła Katolickiego mogła polegać na: 1) przywróceniu własności nieruchomości, 2) przyznaniu odpowiedniej nieruchomości zamiennej, 3) przyznaniu odszkodowania. W trakcie postępowania sądowego żądanie pozwu sprecyzowano jako „przywrócenie własności”. W ocenie sądów powództwo zasługiwało na uwzględnienie. Stwierdzono jednocześnie, że wobec określonego sformułowania żądania rozważanie innych sposobów uregulowania sytuacji majątkowej powoda stanowiłoby orzekanie ponad żądanie, co z uwagi na zakaz określony w art. 321 k.p.c. było niedopuszczalne. Podniesiono, że sąd nie mógł przyznać żadnej nieruchomości zamiennej, ani przyznać odszkodowania przy braku odpowiedniego żądania.

Powyższe stanowisko zakwestionował jednak Sąd Najwyższy, uznając za wadliwy pogląd zgodnie z którym „z uwagi na zakaz wyrażony w art. 321 § 1 k.p.c. nie jest możliwe rozważanie pozostałych sposobów przeprowadzenia postępowania regulacyjnego, bowiem – wobec ostatecznego sprecyzowania żądania jako żądania przywrócenia własności upaństwowionej nieruchomości kościelnej – przyznanie nieruchomości zamiennej lub odszkodowania stanowiłoby wyjście ponad żądanie”. Sąd Najwyższy uznał, że zastosowanie art. 321 k.p.c. w postępowaniu regulacyjnym w sytuacji, w której zgłoszono żądanie przywrócenia własności, prowadziłoby do wniosku, że sąd może to żądane tylko uwzględnić, albo tylko oddalić, a to oznacza zaprzeczenie celu, jakiemu to postępowanie ma służyć, a więc uregulowaniu spraw majątkowych Kościoła³⁰.

6. ZAKRES KOGNICJI SĄDU

Do ustalenia właściwego zakresu zastosowania art. 321 k.p.c. w sprawach z zakresu regulacji telekomunikacji niezbędne jest właściwe określenie roli sądu powszechnego w zakresie odwołania od decyzji administracyjnej organu regulacyjnego.

Analizując problem pozycji sądu powszechnego w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa UKE, pamiętać trzeba o faktycznych możliwościach działania sądu i odmienności jego kompetencji od kompetencji organu (czy też sądu) administracyjnego – określonych czynności z zakresu postępowania administracyjnego sąd nie jest w stanie przeprowadzić. SOKiK nie ma praktycznej możliwości przeprowadzenia postępowania konsultacyjnego (art. 15 Pt.), postępowania konsolidacyjnego (art. 18 Pt.) lub analizy rynku (art. 21 Pt.). Na sytuacje, w których konieczne może okazać się uchylenie decyzji w postępowaniu w sprawach z zakresu regulacji, zwrócił uwagę Trybunał

²⁹ Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, t. j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1169, z 2014 r. poz. 498.

³⁰ Zob. Glosa krytyczna F. Zedler, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2012 r., V CSK 207/11, „Orzecznictwo Sądów Polskich” z 2013 r., z. 2, poz. 18, s. 129, LEX, nr 1168734.

Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 czerwca 2002 r.³¹ W postępowaniach regulacyjnych konieczne jest wydanie przez odpowiedni organ rozstrzygnięcia co do obowiązujących taryf. Działania te wymagają specjalistycznej, fachowej wiedzy i tym samym konieczne jest każdorazowe ustalanie okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia takich taryf i ustalania ich wysokości.

Analiza orzecznictwa³² w sprawach telekomunikacyjnych uprawnia do stwierdzenia, że SOKiK upoważniony jest do uchylenia decyzji w przypadku, gdy decyzja została wydana: 1) bez podstawy prawnej, 2) z rażącym naruszeniem prawa materialnego, 3) gdy zachodzi potrzeba dokonania w całości niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń, a więc wydana została w obszarach nie należących do kompetencji SOKiK. Sąd może, zmieniając odpowiednio decyzję, usunąć część ze stwierdzonych uchybień. Tym samym uchylenie decyzji jest możliwe tylko w przypadku takich uchybień, które nie mogą zostać sanowane w drodze zmiany decyzji na etapie postępowania sądowego.

7. PODSUMOWANIE

Artykuł 321 k.p.c. wyraża kardynalną zasadę wyrokowania dotyczącą przedmiotu orzekania, według której sąd związany jest żądaniem zgłoszonym przez powoda w powództwie, a więc nie może wbrew żądaniu powoda zasądzić czegoś jakościowo innego albo w większym rozmiarze lub też zasądzić powództwo na innej podstawie faktycznej niż wskazana przez powoda³³. Związanie sądu granicami żądania nie oznacza, że sąd jest związany w sposób bezwzględny samym sformułowaniem żądania. Jeżeli treść żądania sformułowana jest w sposób, który nakład na sąd obowiązki, które wykraczają poza kompetencje sądu powszechnego, nie można uznać, że zasada określona w art. 321 k.p.c., a tym samym żądanie określone w odwołaniu wiąże sąd w sposób bezwzględny. Nie może być uważane za naruszenie art. 321 k.p.c. uchylenie decyzji administracyjnej wydanej przez Prezesa UKE w całości lub w części w sytuacji, gdy istnieje potrzeba dokonania w całości lub w części niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń.

Zastosowanie art. 321 k.p.c. w postępowaniu regulacyjnym w sytuacji, w której zgłoszono żądanie zmiany treści umowy łączącej przedsiębiorców telekomunikacyjnych, prowadziłyby do wniosku, że sąd może to żądanie tylko uwzględnić, albo tylko oddalić, a to oznacza zaprzeczenie celu, jakiemu to postępowanie ma służyć, a więc dokonanie oceny legalności i celowości (zasadności) wydanej przez Prezesa UKE decyzji, a także formalnej i materialnej poprawności ukształtowania przez Prezesa UKE obowiązków przedsiębiorców telekomunikacyjnych.

³¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2002 r., P 13/01 – OTK-A 2002 nr 4 poz. 42, <http://www.otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/otk.htm> [dostęp: 28 lutego 2015 r.].

³² M.in.: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, Lex, nr 794890, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2009 r., III SK 28/08, Lex, nr 607396, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., III CRN 120/91, Lex, nr 3724, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., III SZP 2/05, Lex, nr 195802.

³³ P. Telenga, *Komentarz aktualizowany do art. 321 Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex, nr 166324.

Żaden z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego nie wyłącza zastosowania art. 321 k.p.c. w sprawach telekomunikacyjnych. Nie oznacza to jednak stosowania tego przepisu bez uwzględnienia specyfiki spraw tego rodzaju, a w szczególności to, że postępowanie przed SOKiK ma wymiar kontrolny działalności regulacyjnej Prezesa UKE. Odpowiednie zastosowanie art. 321 k.p.c. w sprawach z zakresu telekomunikacji konieczne jest wówczas, gdy jego uwzględnienie *ad litteram* nie doprowadzi do wydania właściwego wyroku.

BIBLIOGRAFIA

- Dolecki H. (red.), Wiśniewski T. (red.), Iwulski J., Jędrejek G., Koper I., Misiurek G., Pogonowski P., Zawistowski D., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Artykuły 367–505(37)*, Lex, nr 8798.
- Dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa), Dziennik Urzędowy L 108, 24/04/2002, s. 33–50.
- Glosa krytyczna F. Zedler, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2012 r., V CSK 207/11, „Orzecznictwo Sądów Polskich” z 2013 r., z. 2, poz. 18, s. 129, LEX, nr 1168734.
- Jakubecki A. (red.), Bodio J., Demendecki T., Marcewicz O., Telenga P., Wójcik M.P., *Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego*, Lex, nr 165956.
- Kledzik P., *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, [w:] Babis H. (red.), *Rynek usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2011.
- Pietrzkowski H., *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006.
- Piątek S., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Płoski J., Pacler W., *Administracja łączności i postępowanie kontrolne*, [w:] Rogalski M. (red.), *Prawo telekomunikacyjne*, Warszawa 2011.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2004 r., III CK 566/03, Lex, nr 176104.
- Telenga P., *Komentarz aktualizowany do art. 321 Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex, nr 166324.
- Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2004 r., nr 171, poz. 1088 ze zm.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2013 r., nr 267, t.j.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2014, poz. 101.
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, t. j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1169, z 2014 r. poz. 498.
- Weitz K. [w:] Wiśniewski T. (red.), *System Prawa Handlowego. Postępowanie sądowe w sprawach cywilnych z udziałem przedsiębiorców*, t. 7, Warszawa 2013, s. 152 i n.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 marca 2005 r., II CK 556/04, Lex, nr 149289.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 1993 r., I CRN 156/93, Lex, nr 518175.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2008 r., III CSK 228/08, LEX, nr 1498630.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 21 sierpnia 2013 r., VI ACa 1473/12, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2010 r., I PK 79/10, Lex, nr 72500.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2009 r., I CSK 389/08, Lex, nr 560511.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2011 r., V CSK 239/10, Lex, nr 1102882.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2010 r., III SK 28/09, Lex, nr 920569.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2001 r., I CKN 1036/98, Lex, nr 52708.

- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 lipca 2012 r., XVII AmT 223/09, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 13 sierpnia 2012 r., XVII AmT 33/12, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 stycznia 2014 r., XVII AmT 42/11, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2014 r., XVII AmT 80/13, niepublikowany.
- Wyrok SOKiK z dnia 10 lipca 2012 r., XVII AmT 223/09, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2013 r., VI ACa 1473/12, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2014 r., XVII AmT 80/13, niepublikowany.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2012 r., V CSK 207/11, Lex, nr 1168734.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, Lex, nr 794890.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2009 r., III SK 28/08, Lex, nr 607396.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., III CRN 120/91, Lex, nr 3724.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., III SZP 2/05, Lex, nr 195802.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2002 r., P 13/01 – OTK-A 2002 nr 4 poz. 42, <http://www.otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/otk.htm> [dostęp: 28 lutego 2015 r.].
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 1960 r., III CR 812/59, Lex, nr 115622.
- Zembrzusi T., *Komentarz do art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego*, Lex, nr 146914.

ZASTOSOWANIE ART. 321 K.P.C. W SPRAWACH Z ODWOŁAŃ OD DECYZJI PREZESA URZĘDU KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ

Streszczenie

W sprawach określonych art. 206 ust. 2 ustawy Prawo telekomunikacyjne przedsiębiorcom telekomunikacyjnym przysługuje odwołanie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie. Postępowanie przed SOKiK jest postępowaniem merytorycznym, pierwszoinstancyjnym, toczącym się według przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Stosuje się więc tu wszystkie przepisy procesowe, w tym art. 321 k.p.c. Zastosowanie art. 321 k.p.c. w sprawach telekomunikacyjnych budzi wątpliwości w praktyce, a dotyczy podstawowego zagadnienia postępowania cywilnego, jakim jest przedmiot wyrokowania. Celem opracowania jest wykazanie, że przepis art. 321 k.p.c. ma zastosowanie w sprawach z zakresu telekomunikacji z uwzględnieniem specyfiki spraw tego rodzaju, a w szczególności to, iż postępowanie przed SOKiK ma wymiar kontrolny działalności regulacyjnej Prezesa UKE. Nie może być uważane za naruszenie art. 321 k.p.c. uchylene decyzji administracyjnej wydanej przez Prezesa UKE w całości lub w części w sytuacji, gdy istnieje potrzeba dokonania w całości lub w części niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń. Analizie poddano orzeczenia sądów powszechnych i Sądu Najwyższego z zakresu spraw telekomunikacyjnych, w szczególności orzeczenia wydawane w sprawach z odwołań od decyzji Prezesa UKE określających warunki współpracy międzyoperatorskiej w zakresie wysokości stawek stosowanych we wzajemnych międzyoperatorskich rozliczeniach oraz nakładające kary.

Słowa kluczowe: *Urząd Komunikacji Elektronicznej, postępowanie cywilne, prawo telekomunikacyjne, kognicja sądu*

APPLICATION OF ARTICLE 321 CCP IN THE APPEALS AGAINST DECISIONS OF THE PRESIDENT OF THE OFFICE OF ELECTRONIC COMMUNICATIONS

Summary

In cases specified in Article 206 (2) of the Telecommunications Law, communications entrepreneurs have the right to appeal to the Court of Competition and Consumer Protection in Warsaw. The CCCP procedure is the first instance procedure under the Code of Civil Procedure. Thus, all the procedural provisions, including Article 321 CCP, are applicable. The application of Article 321 CCP in telecommunications cases is controversial in practice and is connected with the basic issue of civil procedure, i.e. rulings. The article aims to highlight that Article 321 CCP is applicable in telecommunications cases when the specificity of these cases is taken into account, especially the fact that the CCCP procedure is supervisory in nature and checks the regulatory activities of the President of the Office of Electronic Communications. Thus, a reversal of the whole or a part of the administrative decision issued by the OEC President cannot be treated as the violation of Article 321 CCP when there is a need to establish all or some facts in order to make a judgement. The article analyses the rulings of common courts and the Supreme Court in telecommunications cases, especially in appeals against the OEC President's decisions determining conditions for telecommunication operators' cooperation and termination rates and those imposing penalties.

Key words: Office of Electronic Communications, civil procedure, Telecommunications Law, court's cognition

OBNIŻENIE CENY W ŚWIETLE ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW O RĘKOJMI

KRZYSZTOF ŻOK

I. WPROWADZENIE

Obniżenie ceny jest środkiem prawnym służącym do przywrócenia ekwiwalentności świadczeń stron, naruszonej w wyniku świadczenia przez sprzedawcę rzeczy obciążonej wadą¹. Genezy tego uprawnienia można dopatrywać się już w rzymskiej *actio quanti minoris*². Aktualnie środek ten przewidziany jest w większości europejskich systemów prawnych w przepisach regulujących rękojmię, a niekiedy w przepisach części ogólnej prawa zobowiązań³. W literaturze polskiej wskazuje się wręcz, że obniżenie ceny jest „najprostszym i mało uciążliwym sposobem ochrony kupującego”⁴. Trzeba jednak podkreślić, że charakter prawny tego uprawnienia budził najwięcej kontrowersji spośród wszystkich uprawnień przyznanych kupującemu z tytułu rękojmi. Uważam, że w wyniku nowelizacji przepisów o rękojmi z 2014 r.⁵ utrwalone dotychczas stanowisko doktryny

¹ W literaturze: J.R. Antoniuk [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, Warszawa 2014, s. 426; Z. Gawlik [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz t. III*, Warszawa 2010, s. 108; E. Habryn-Chojnacka [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II, Komentarz. Art. 445–1088*, Warszawa 2016, s. 426; K. Haładaj, M. Tubalicka [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis, art. 560 k.c., pkt 13; A. Kołodziej [w:] J. Jezioro (red.), *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 231; E. Łętowska, *Prawo umów konsumenckich*, Gdynia 2002, s. 399; J. Pisuliński [w:] J. Rajski (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, Warszawa 2011, s. 207; w orzecznictwie: wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 387/06, niepubl., LEX nr 439225; wyrok SA w Warszawie z 17.09.2015 r., I ACa 3/15, niepubl., LEX nr 1816108.

² Zob. K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001, s. 391–392; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie*, Poznań 1992, s. 177–178; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2009, s. 231–232.

³ Zob. Ch. von Bar *et al.* (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009, s. 930–931, dalej: „DCFR”.

⁴ W.J. Katner [w:] J. Rajski (red.), *System Prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, Warszawa 2011, s. 137; podobnie: J.R. Antoniuk, *Ustawa o prawach...*, s. 426; J. Jezioro [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*, Warszawa 2016, s. 1159.

⁵ Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. poz. 827), dalej: „nowelizacja przepisów o rękojmi” albo „ustawa o prawach konsumenta”.

i orzecznictwa wymaga modyfikacji. Wprawdzie w uzasadnieniu projektu ustawy o prawach konsumenta⁶ jako jej cel wskazano jedynie transpozycję przepisów dyrektywy z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów⁷ oraz uporządkowanie istniejącego stanu prawnego w zakresie odpowiedzialności za świadczenie przedmiotu obciążonego wadą. Niemniej nie zmienia to faktu, że modyfikacje dokonane w przepisach o rękojmi mają charakter twórczy i wykraczają poza proste nałożenie przepisów ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej⁸ na przepisy kodeksu cywilnego⁹.

I. ZARYS DOTYCHCZASOWYCH STANOWISK DOTYCZĄCYCH CHARAKTERU PRAWNEGO ŻĄDANIA OBNIŻENIA CENY

W dotychczasowej doktrynie i judykaturze żądanie obniżenia ceny było kwalifikowane jako roszczenie¹⁰ albo jako uprawnienie kształtujące. W świetle pierwszej koncepcji wspomniane żądanie stanowiło roszczenie o zwrot nadpłaconej kwoty względnie kwoty, o jakiej mowa w art. 560 § 3 k.c.¹¹, albo roszczenie o złożenie przez sprzedawcę określonego oświadczenia woli, tj. zgody na redukcję należnego mu świadczenia¹². Natomiast według drugiej koncepcji żądanie obniżenia ceny przybierało postać uprawnienia kształtującego *sensu stricto*¹³ albo żądania ukształtowania stosunku prawnego

⁶ Projekt ustawy o prawach konsumenta z dnia 17 stycznia 2014 r., druk 2076. Wszystkie powoływane druki z prac legislacyjnych pochodzą ze strony: <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druki.xsp>.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011 r., s. 64–88).

⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. nr 121 poz. 1176 z późn. zm.), dalej: lub „u.s.k.”. Powołana ustawa została uchylona z dniem 25 grudnia 2014 r. na mocy art. 52 pkt 2 ustawy o prawach konsumenta.

⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.), dalej: „k.c.”.

¹⁰ Kwalifikacja ta niekiedy ma charakter ogólny i nie jest szerzej rozwijana – w literaturze: G. Domański, *Istota roszczeń za wady dzieła w kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1967, nr 9, s. 1131; W.J. Katner, *System Prawa...*, s. 137–138; A. Wolter, *Czasowe ograniczenie uprawnień z tytułu rękojmi za wady*, PiP 1960, nr 8–9, s. 358; por. K. Haładaj [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013, s. 1076; s. 1076; A. Kołodziej, *Ustawa o szczególnych...*, s. 231; E. Łętowska, *Prawo umów...*, s. 401, 405; w orzecznictwie: uchwała SN z 05.07.2002 r., III CZP 39/02, OSNC 2003, nr 6, poz. 78; wyrok SN z 15.06. 2005 r., IV CK 786/04, OSP 2006, nr 10, poz. 112 z głosem częściowo krytyczną W.J. Katnera.

¹¹ W literaturze: S. Sołtysiński, *Odpowiedzialność producenta wobec konsumenta za szkody wyrządzone wprowadzeniem do obrotu rzeczy z wadami*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 151; W. Maruczynski, Głos do wyroku SN z 31.08.1973 r., II CR 396/73, OSPiKA 1974, nr 9, poz. 191, s. 405–406; podobnie: J. Frąckowiak, *Uprawnienia z rękojmi za wady rzeczy sprzedanej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji”, 2004, nr 64, s. 35–36; M. Olczyk, *Sprzedaż konsumencka*, Warszawa 2006, s. 174; w orzecznictwie: uchwała SN(7) z 05.02.2004 r., III CZP 96/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 68 z głosem częściowo krytyczną K. Kocho, MoP 2007, nr 3, s. 156–161; podobnie: wyrok SN z 11.12.2009 r., V CSK 180/09, niepubl., LEX nr 551156.

¹² Cz. Zieliński, *Charakter uprawnień kupującego z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy*, „Nowe Prawo” 1988, nr 7–8, s. 59–62.

¹³ J.P. Naworski, *Terminy rękojmi za wady fizyczne*, MoP 2004, nr 1, s. 40–41; J.P. Naworski, *W sprawie uprawnień kupującego z tytułu rękojmi do żądania obniżenia ceny oraz terminu z art. 568*

w drodze orzeczenia sądowego (uprawnienia kształtującego *sensu largo* uprawnienia kształtującego potestatywnego)¹⁴. Poza tym w literaturze prezentowano również rozwiązania pośrednie, zmierzające do pogodzenia przedstawionych wyżej dwóch głównych, przeciwstawnych koncepcji¹⁵.

Takie zróżnicowanie poglądów dotyczących charakteru prawnego omawianego uprawnienia trudno uznać za stan optymalny, nawet jeżeli wątpliwości te były w praktyce, przynajmniej częściowo, ograniczone przez ukształtowanie się linii orzeczniczej, w świetle której żądanie obniżenia ceny uznawano za tożsame z roszczeniem o zwrot nadpłaconej kwoty. Warto przy tym odnotować, że postulat jednoznacznego określenia charakteru prawnego żądania obniżenia ceny był już zgłoszony na etapie prac nad kodeksem cywilnym, lecz nie uzyskał on wtedy wymaganej aprobaty¹⁶. Ustawodawca podjął jednak próbę uchylecia opisanych wyżej kontrowersji w art. 10 ust. 2 u.s.k.¹⁷, a w mojej ocenie także przy nowelizacji przepisów o rękojmi.

II. CHARAKTER PRAWNY OBNIŻENIA CENY PO NOWELIZACJI PRZEPISÓW O RĘKOJMI

1. SENS WYRAŻENIA „ZŁOŻYĆ OŚWIADCZENIA O OBNIŻENIU CENY”

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 560 § 1 k.c., „kupujący może złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny”. Ustawodawca zastąpił zatem użyty poprzednio w tym przepisie zwrot „żądać obniżenia ceny” wyrażeniem „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny”. Jednocześnie w powołanym przepisie nie występuje także sformułowanie „domagać się [...] obniżenia ceny” z art. 8 ust. 4 u.s.k. Warto przy tym zauważyć, że modyfikacja ta została wprowadzona dopiero w projekcie ustawy o prawach konsumenta z dnia 24 kwietnia

§ 1 k.c., „Przegląd Sądowy” 2004, nr 1, s. 50–65; M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej*, Kraków 2007, s. 187–189; J. Skąpski [w:] S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 3, cz. 2, Wrocław 1976, s. 141–142; J. Skąpski, *Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne*, „Nowe Prawo” 1976, nr 11, s. 1418–1419; F. Zoll, Głosa do uchwały SN z 10.03.1993 r., III CZP 8/93, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 5, s. 77; pod rządami kodeksu zobowiązań: J. Korzonek [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Przepisy wprowadzające, wyciągi z motywów ustawodawczych, ustawy dodatkowe*, t. 1, Kraków 1936, s. 826; w orzecznictwie: wyrok SN z 31.08.1973, II CR 396/73, OSPiKA 1974, nr 9, poz. 191 z glosą częściowo krytyczną W. Maruczyńskiego.

¹⁴ P. Machnikowski, *Uprawnienia kształtujące w zobowiązaniowych stosunkach prawnych*, [w:] E. Gniewek (red.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, Kraków 2000, s. 248; podobnie: K. Koch, *Charakter i treść uprawnienia do żądania obniżenia ceny w reżimie rękojmi za wady rzeczy sprzedanej*, PPH 2008, nr 3, s. 39; J. Pisuliński, *System Prawa...*, s. 220.

¹⁵ F. Zoll [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, t. 6, Warszawa 2010, s. 169–171; Cz. Żuławska, *Zabezpieczenie jakości świadczenia*, „Studia Cywilistyczne” 1978, t. XXIX, s. 57.

¹⁶ J. Gwiazdomorski, *Terminy zawite do dochodzenia roszczeń w Kodeksie cywilnym*, RPEiS 1968, nr 3, s. 99.

¹⁷ K. Koch, *Charakter i treść...*, s. 39; M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży...*, s. 188–189, 202–203; J. Pisuliński, *System Prawa...*, s. 207–208; F. Zoll, *System Prawa...*, s. 170; por. A. Brzozowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 450–1088*, t. II, Warszawa 2013, s. 246.

2014 r.¹⁸ We wcześniejszych projektach legislacyjnych operowano bowiem wyrażeniem „żądanie obniżenia ceny”¹⁹. Powyższa zmiana może wydawać się *prima facie* nieistotna z perspektywy rozważań nad charakterem prawnym analizowanego uprawnienia, gdyż skorzystanie zarówno z roszczenia, jak i z uprawnienia kształtującego wymaga złożenia oświadczenia woli przez kupującego. Sądzę jednak, że modyfikacje wprowadzone w powyższym zakresie w art. 560 § 1 k.c. mają charakter jakościowy, a nie tylko redakcyjny.

Za takim wnioskiem przemawia rezygnacja w nowym brzmieniu art. 560 § 1 k.c. ze słowa „żądać” lub jego synonimu „domagać się”. Użycie tego pierwszego wyrazu stanowiło bowiem punkt wyjścia dla koncepcji roszczenia, w ramach której podnoszono, że kupujący może domagać się określonego zachowania od drugiej strony umowy²⁰. Alternatywnie wspomniane słowo, zdaniem części przedstawicieli doktryny, miało wskazywać na odwołanie się przez ustawodawcę do konstrukcji żądania ukształtowania stosunku prawnego w drodze orzeczenia sądowego²¹. Obie te kwalifikacje nie wydają się jednak obecnie trafne, skoro kupujący *verba legis* niczego nie żąda, a skutek w postaci obniżenia ceny związany jest ze złożeniem określonego oświadczenia. Taki opis odpowiada konstrukcji uprawnienia kształtującego, którego skutek prawny powstaje niezależnie od złożenia przez drugą stronę oświadczenia woli lub wydania orzeczenia sądowego.

Powyższa uwaga, dotycząca istotnego charakteru zmiany polegającej na posłużeniu się w art. 560 § 1 k.c. wyrażeniem „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny”, znajduje ponadto oparcie w założeniu o językowej racjonalności ustawodawcy. W art. 561 § 1 k.c. użyto bowiem słowa „żądać” w odniesieniu do wymiany rzeczy na wolną od wad i usunięcia wady. Gdyby zatem ustawodawca nie zamierzał modyfikować dotychczasowego charakteru prawnego omawianego uprawnienia, to albo nie zrezygnowałby z wyrazu „żądać” w art. 560 § 1 k.c., albo wprowadziłby zwrot „złożyć oświadczenie o” także w odniesieniu do uprawnień wymienionych w art. 561 § 1 k.c. Dlatego podzielić należy pogląd, zgodnie z którym w wyniku nowelizacji przepisów o rękojmi obniżenie ceny zostało skonstruowane jako uprawnienie kształtujące²². Trzeba jednak zaznaczyć, że stanowisko to nie jest bynajmniej w pełni aprobowane w literaturze²³.

¹⁸ Projekt ustawy o prawach konsumenta, załączony do Sprawozdania Komisji Gospodarki z dnia 24 kwietnia 2014 r., druk nr 2336.

¹⁹ Pierwotny projekt ustawy o prawach konsumenta z dnia 17 stycznia 2014 r., druk 2076; projekt ustawy o prawach konsumenta z dnia 2 kwietnia 2014 r., załączony do Sprawozdania Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o prawach konsumenta, druk nie posiada własnej numeracji, dostępny jest jednak na stronie internetowej Sejmu ([http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/spr_2076/\\$file/spr_2076.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/spr_2076/$file/spr_2076.pdf)).

²⁰ W literaturze: S. Sołtysiński, *Odpowiedzialność producenta...*, s. 151; w orzecznictwie: uchwała SN(7) z 05.02.2004 r., III CZP 96/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 68 z glosą częściowo krytyczną K. Kocha, MoP 2007, nr 3, s. 156–161.

²¹ P. Machnikowski, *Uprawnienia kształtujące...*, s. 248.

²² J.R. Antoniuk, *Ustawa o prawach...*, s. 427; A. Brzozowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, t. II, Warszawa 2015, s. 317; E. Habryn-Chojnacka, *Kodeks cywilny...*, s. 427, 435; J. Janeta [w:] M. Namysłowska, D. Lubasz (red.), *Ustawa o prawach konsumenta*, Warszawa 2015, s. 465; J. Jezioro, *Kodeks cywilny...*, s. 1157; E. Habryn-Chojnacka, *Kodeks cywilny...*, s. 427, 435; B. Więzowska-Czepiel [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, Warszawa 2014, s. 470–471.

²³ Oświadczenie o obniżeniu ceny jako roszczenie kwalifikujące: J. Krauss, *Nowa regulacja rękojmi przy sprzedaży w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami – zmiany kodeksu cywilnego wprowadzone*

2. TERMIN DO ZŁOŻENIA OŚWIADCZENIA O OBNIŻENIU CENY

Koncepcję uprawnienia kształtującego wzmacnia ponadto występowanie w art. 560 § 1 k.c. i w art. 568 § 3 k.c. wyrażenia „złożyć oświadczenie o” zarówno w odniesieniu do obniżenia ceny, jak i do odstąpienia od umowy. Należy przy tym odnotować, że takie rozwiązanie legislacyjne było w zasadzie konsekwentnie proponowane w pracach nad ustawą nowelizującą przepisy o rękojmi²⁴. Zastosowany obecnie zabieg legislacyjny skłania zatem do jednolitej kwalifikacji obu wymienionych środków prawnych. Pogląd ten dodatkowo uzasadnia porównanie art. 568 § 2 i 3 k.c. W pierwszym z tych przepisów użyto bowiem *expressis verbis* wyrażenia „roszczenie o usunięcie wady lub wymianę rzeczy sprzedanej”, co sugeruje, że pozostałe uprawnienia z tytułu rękojmi nie przybierają postaci roszczenia. W drugim przepisie zestawiono natomiast razem oświadczenie o odstąpieniu od umowy i oświadczenie o obniżeniu ceny, przy czym nie zostały one objęte terminem przedawnienia, o jakim mowa w art. 568 § 2 k.c., lecz jedynie wskazano, że mogą być one w tym samym terminie złożone. Takie ujęcie przemawia zatem, moim zdaniem, za uznaniem obniżenia ceny za uprawnienie kształtujące. Zgodnie bowiem z art. 117 k.c., przedawnieniu podlegają co do zasady jedynie roszczenia majątkowe. Wykonanie uprawnień kształtujących ograniczone jest natomiast terminem zawitym²⁵.

Warto przy tym odnotować, że podobny zabieg legislacyjny został zastosowany także w art. 10 ust. 2 u.s.k. Wymieniony przepis wprowadzał bowiem roczny termin przedawnienia dla wszystkich uprawnień kupującego z tytułu niezgodności towaru konsumpcyjnego z umową, z wyjątkiem odstąpienia od umowy. Wykonanie tego ostatniego uprawnienia było natomiast ograniczone terminem zawitym. W konsekwencji przyjmowano w doktrynie, że żądanie obniżenia ceny towaru konsumpcyjnego skonstruowane było jako roszczenie²⁶. Wprawdzie w literaturze prezentowano również stanowisko odmienne, lecz wydaje się, że miało ono charakter odosobniony²⁷.

Trzeba jednak zauważyć, że w znowelizowanym art. 568 § 3 k.c., odmiennie niż w art. 10 ust. 2 u.s.k., ustawodawca nie posługuje się już wyrazem „wygasa” dla oznaczenia skutku upływu terminu do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy i złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny. Z powołanego przepisu, a zwłaszcza z porów-

ustawą o prawach konsumenta, PPH 2015, nr 3, s. 9; J. Widło, *Rękojmia za wady fizyczne w świetle nowelizacji Kodeksu cywilnego*, MoP 2015, nr 4, s. 181–182. Natomiast K. Haładyj, M. Tubalicka, *Kodeks cywilny...*, art. 560 k.c., pkt 12.1 wskazują na brak zgodności doktryny co do charakteru omawianego uprawnienia.

²⁴ Tylko w projekcie ustawy o prawach konsumenta z dnia 2 kwietnia 2014 r., załączony do Sprawozdania Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o prawach konsumenta, druk nie posiada własnego numeru, dostępny jest jednak na stronie internetowej Sejmu ([http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/spr_2076/\\$file/spr_2076.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/spr_2076/$file/spr_2076.pdf)) użyto w proponowanym art. 568 § 3 k.c. wyrażenie „żądanie obniżenia ceny”.

²⁵ J. Ignatowicz [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. 1, Wrocław 1985, s. 844; B. Kordasiewicz [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2008, s. 676.

²⁶ K. Koch, *Charakter i treść...*, s. 39; M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży...*, s. 188–189, 202–203; J. Pisuliński, *System Prawa...*, s. 207–208; F. Zoll, *System Prawa...*, s. 170; por. A. Brzozowski, *Kodeks cywilny...*, 2013, s. 246.

²⁷ M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży...*, s. 187–189.

kania go z art. 568 § 2 k.c., wynika jednak w mojej ocenie, że skorzystanie z tych dwóch uprawnień ograniczone jest terminem zawitym. Dawność w postaci przedawnienia umarzającego (*praescriptio extinctiva*) obejmuje bowiem tylko dwie instytucje, tj. przedawnienie i termin zawity, a podział ten ma charakter dychotomiczny²⁸. Jeżeli zatem skorzystanie z niektórych uprawnień z tytułu rękojmi zostało w art. 568 § 2 k.c. *expressis verbis* ograniczone pod względem czasowym za pomocą terminu przedawnienia, to skorzystanie z pozostałych uprawnień zostało w art. 568 § 3 k.c. ograniczone za pomocą terminu zawitego. Konkluzję tę wzmacnia ponadto brak w art. 568 § 3 k.c. zwrotu „roszczenie przedawnia się”, który standardowo związany jest z ustanowieniem terminu przedawnienia²⁹.

Należy przy tym zaznaczyć, że ograniczenie złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny za pomocą terminu zawitego stanowi istotną zmianę w porównaniu do art. 10 ust. 2 u.s.k., który przywydywał w tym wypadku termin przedawnienia. Odwołując się zatem ponownie do założenia o językowej racjonalności ustawodawcy, należy moim zdaniem uznać, że modyfikacja ta miała charakter celowy i dodatkowo przemawia za kwalifikowaniem omawianego uprawnienia jako uprawnienia kształtującego.

3. NIEADEKWATNOŚĆ WYTYCZNEJ STOPNIA OBNIŻENIA CENY

Uznanie, że wyrażenie „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny” wskazuje na wykonanie uprawnienia kształtującego, nie usuwa bynajmniej wszystkich wątpliwości. Pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów o rękojmi podnoszono bowiem, że samo złożenie oświadczenia woli mogłoby wywołać skutek w postaci redukcji świadczenia należnego sprzedawcy tylko wtedy, gdyby ustawodawca jednoznacznie określił sposób ustalenia nowej ceny. Wymieniony zarzut był przy tym stawiany albo jako brak stanowczości wytycznej z art. 560 § 3 k.c., albo jako brak jej aktualności.

Podnoszono bowiem w literaturze, że w art. 560 § 3 k.c. użyto zwrotu „powinno nastąpić” zamiast stanowczego „następuje”, co z kolei przemawiało przeciwko koncepcji uprawnienia kształtującego³⁰. W odpowiedzi na ten argument wskazywano jednak, że powołany przepis wystarczająco precyzyjnie określa sposób ustalenia nowej ceny przy dokonywaniu omawianej redukcji, nie wyłączając możliwości zawarcia przez strony odpowiedniego porozumienia³¹. Podobny pogląd co do adekwatności poruszanej wytycznej został także wyrażony w orzecznictwie, mimo aprobowania w judykaturze koncepcji roszczenia, a nie konkurencyjnej wobec niej koncepcji uprawnienia kształtującego³².

Z tej perspektywy należy zatem zauważyć, że w znowelizowanym art. 560 § 3 k.c., oprócz zmian o charakterze redakcyjnym, zwrot „obniżenie [ceny – przyp. K.Ż.] powinno nastąpić” został zastąpiony wyrażeniem „obniżona cena powinna pozostawać” w proporcji określonej w tym przepisie. Ustawodawca posłużył się zatem ponownie

²⁸ J. Ignatowicz, *System prawa...*, s. 792–794; B. Kordasiewicz, *System Prawa...*, s. 566.

²⁹ B. Kordasiewicz, *System Prawa...*, s. 571.

³⁰ Cz. Zieliński, *Charakter uprawnień...*, s. 61–62.

³¹ J.P. Naworski, *Terminy rękojmi*, s. 40–41; J.P. Naworski, *W sprawie...*, s. 50–65.

³² Wyrok SA w Warszawie z 17.09.2015, I ACa 3/15, niepubl., LEX nr 1816108; uchwała SN(7) z 05.02.2004 r., III CZP 96/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 88 z glosą częściowo krytyczną K. Kocha, MoP 2007, nr 3, s. 156–161.

sformułowaniem „powinno pozostawać” zamiast stanowczego „pozostaje”, co z kolei zdaje się poddawać w wątpliwość koncepcję uprawnienia kształtującego. Sądzę jednak, że argument ten nie jest trafny. Przede wszystkim trzeba zauważyć, że wyraz „powinno” występuje w języku polskim w pięciu znaczeniach³³. Niemniej, uwzględniając założenie o normatywności tekstów prawnych³⁴, a ponadto przyjmując, że rozważane słowo pełni rolę funktora normotwórczego i wyraża w języku prawnym obowiązek³⁵, należałoby *prima facie* uznać, że w art. 560 § 3 k.c. wysłowiony został nakaz wyznaczenia nowej, obniżonej ceny według wskazanej tam proporcji. Taka konkluzja uchylałaby zatem wątpliwości związane ze stanowczością powołanego przepisu.

Powyższe ujęcie nie wydaje się jednak, moim zdaniem, w pełni przekonujące. Należy bowiem przyjąć raczej, że ustawodawca zastosował rozczłonkowanie objaśniające³⁶ w art. 560 § 1 i 3 k.c. w ten sposób, że ostatni z tych przepisów pełni rolę uzupełniającą (precyzującą) wobec pierwszego. Tym samym słowo „powinien” nie występuje w nim w roli funktora głównego, co z kolei uchyla automatyczne przypisywanie normatywnego znaczenia wspomnianemu czasownikowi deontycznemu. W konsekwencji rozważany wyraz pełni „jedynie” funkcję deskryptywną, a nie dyrektywalną. Uwagę tę wzmacnia pogląd, w świetle którego czasownik deontyczny występuje w funkcji opisowej, jeżeli przekazuje „informację o cechach zewnętrznych bądź relacjach osób lub przedmiotów”³⁷. Przepis art. 560 § 3 k.c. dotyczy tymczasem właśnie korelacji między stosunkiem ceny obniżonej i ceny wynikającej z umowy oraz stosunkiem wartości rzeczy z wadą i wartości rzeczy bez wady.

Uwzględniając zatem dotychczasowe wywoły, można na podstawie art. 560 § 1 w zw. z art. 560 § 3 k.c. zrekonstruować następującą wypowiedzieć: „może być tak, że kupujący złoży oświadczenie, na skutek którego istniejące zobowiązanie przekształci się w ten sposób, że kupujący będzie zobowiązany do zapłaty ceny pozostającej w takiej proporcji do ceny wynikającej z umowy, w jakiej wartość rzeczy z wadą pozostaje do wartości rzeczy bez wady”. Tym samym art. 560 § 3 k.c. dookreśla jedynie skutek skorzystania z rozważanego uprawnienia. Jednocześnie przepis ten jest stanowczy w tym sensie, że jednoznacznie określa konsekwencje złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny. Nie sądzą zatem, by art. 560 § 3 k.c. mógł być traktowany jedynie jako niewiążąca wskazówka³⁸ bądź też nie określał dostatecznie precyzyjnie skutku skorzystania z omawianego uprawnienia³⁹. Taka interpretacja prowadziłaby zresztą do wniosku, że w powołanym przepisie został w istocie wysłowiony optatyw, a więc życzenie co do

³³ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 163–164.

³⁴ *Ibidem*, s. 164.

³⁵ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2013, s. 73; A. Malinowski, *Redagowanie tekstów prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2006, s. 11, 30–31; W. Paluch [w:] *Dobre praktyki legislacyjne*, s. 93–94, http://www.rcl.gov.pl/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=130; Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2011, s. 106.

³⁶ Z. Radwański, M. Zieliński [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 2012, s. 503.

³⁷ A. Malinowski, *Redagowanie tekstu...*, s. 34–35; podobnie: M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 165.

³⁸ Tak zdaje się Cz. Zieliński, *Charakter uprawnień...*, s. 61.

³⁹ Tak J. Widło, *Rękojmia za wady...*, s. 181; K. Haładyj, M. Tubalicka, *Kodeks cywilny...*, art. 560 k.c., pkt 12.1.

stopnia redukcji świadczenia należnego sprzedawcy. Słusznie zauważa się w doktrynie, że nadawanie wyrazowi „powinna” znaczenia aksjologicznego („dobrze by było, gdyby”) jest nietrafne w przypadku tekstów prawnych⁴⁰.

Ponadto, przeciwko koncepcji uprawnienia kształtującego podnoszono również, że wytyczna z art. 560 § 3 k.c. nie pozwala obecnie na precyzyjne określenie stopnia obniżenia ceny⁴¹. Przepis ten mógłby bowiem stanowić podstawę ustalenia nowej ceny tylko w warunkach gospodarki centralnie planowanej, w której odpłatność za towary i usługi była powszechnie reglamentowana. Wymóg ten nie jest natomiast spełniony w przypadku gospodarki wolnorynkowej. Nie negując trudności, jakie mogą się wiązać z ustaleniem stopnia redukcji świadczenia należnego sprzedawcy, trzeba jednak w mojej ocenie zauważyć, że porównanie wartości rzeczy z wadą i wartości rzeczy bez wady jest dostatecznie elastycznym i czytelnym kryterium obniżenia ceny, także w gospodarce nieopartej na systemie nakazowo-rozdzielczym. Tym bardziej, że geneza tej wytycznej sięga jeszcze art. 310 k.z.⁴², ustanowionego w stosunkach kapitalistycznych.

Warto także odnotować, że wytyczna zbliżona do art. 560 § 3 k.c. jest przewidziana również w prawie niemieckim (§ 441 ust. 3 BGB⁴³), w którym obniżenie ceny (*Minderung*) zostało skonstruowane jako uprawnienie kształtujące (*Gestaltungsrecht*)⁴⁴. Podobna wytyczna jest również wprowadzona do art. III.-3:601 DCFR⁴⁵.

4. NIEUSTOSUNKOWANIE SIĘ SPRZEDAWCY DO ZŁOŻENIA OŚWIADCZENIA O OBNIŻENIU CENY

Dotychczasowe wywody, w świetle których złożenie oświadczenia o obniżeniu ceny powinno być kwalifikowane jako wykonanie uprawnienia kształtującego, zdaje się jednak poddawać w wątpliwość art. 561⁵ k.c.⁴⁶ Zgodnie z tym przepisem, „jeżeli kupujący będący konsumentem zażądał wymiany rzeczy lub usunięcia wady albo złożył oświadczenie o obniżeniu ceny, określając kwotę, o którą cena ma być obniżona, a sprzedawca nie ustosunkował się do tego żądania w terminie czternastu dni, uważa się, że żądanie [podkreślenie – K.Ż.] to uznał za uzasadnione”. Wyraz „żądanie” został zatem użyty także w odniesieniu do rozważanego uprawnienia, co z kolei może *prima facie* prowadzić do wniosku, że znowelizowane przepisy o rękojmi nadal operują pojęciem żądania obniżenia ceny. Taką konkluzję może dodatkowo wzmocniać fakt, że w pierwotnym projekcie ustawy o prawach konsumenta zaproponowano użycie zarówno w art. 560 § 1 k.c., jak i w art. 561⁵ k.c., wyrażenia „żądać obniżenia ceny”⁴⁷. Rozwiązanie to

⁴⁰ T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do...*, s. 73; M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 165–166.

⁴¹ K. Koch, *Charakter i treść...*, s. 36.

⁴² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82 poz. 598 z późn. zm.).

⁴³ *Bürgerliches Gesetzbuch*, niemiecki kodeks cywilny.

⁴⁴ H. Brox, W.-D. Walker, *Besonderes Schuldrecht*, München 2004, s. 56–57; G. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin 2006, s. 426–427; D. Medicus, *Schuldrecht II. Besonderer Teil, ein Studienbuch. Juristische Kurz-Lehrbücher*, München 2006, s. 21.

⁴⁵ DCFR..., s. 929, 931–932.

⁴⁶ Tak J. Krauss, *Nowa regulacja...*, s. 9.

⁴⁷ Projekt ustawy o prawach konsumenta z dnia 17 stycznia 2014 r., druk 2076.

byłoby konsekwentne; sygnalizowane wątpliwości wynikają natomiast ze zmian wprowadzonych w projekcie z dnia 24 kwietnia 2014 r., w którym powyższe wyrażenie zostało zastąpione zwrotem „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny”⁴⁸.

Aktualnie, jak się wydaje, należy raczej przyjąć, że użycie w art. 561⁵ k.c. wyrazu „żądanie” w kontekście rozważanego uprawnienia stanowi przejaw określonej konwencji redagowania tekstu prawnego i służy zapewnieniu związku regulacji. Wspomniane słowo dotyczy bowiem nie tylko obniżenia ceny, lecz także wymiany rzeczy i usunięcia wady. Konkluzja ta nie usuwa jednak bynajmniej wszystkich trudności interpretacyjnych, związanych z art. 561⁵ k.c. W przepisie tym użyto wyrażenia „[sprzedawca – przyp. K.Ż.] żądanie to uznał za uzasadnione”. Powstaje zatem pytanie o rozumienie uznania w kontekście złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny. W szczególności można by *prima facie* argumentować, że w powołanym przepisie ustawodawca odwołuje się do pojęcia uznania roszczenia, co z kolei przemawiałoby przeciwko kwalifikowaniu obniżenia ceny jako uprawnienia kształtującego. Taki wniosek byłby jednak w mojej ocenie zbyt daleko idący.

Należy bowiem zauważyć, że art. 561⁵ k.c. stanowi kontynuację art. 8 ust. 3 u.s.k., przy czym oba te przepisy nie mają swoich odpowiedników w implementowanej przez nie dyrektywie z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji⁴⁹. Ich genezy można natomiast dopatrzeć się w przepisach aktów wykonawczych, precyzujących postanowienia umowy sprzedaży zawieranej z jednostkami gospodarki uspołecznionej, a następnie z konsumentami⁵⁰. Uregulowania te przewidywały również maksymalny czterdziestodniowy termin na załatwienie reklamacji kupującego, przy czym bezskuteczny upływ tego terminu uważany był za uznanie reklamacji przez sprzedawcę⁵¹. W późniejszych aktach wykonawczych uściślono nadto sens uznania reklamacji, który miał polegać (1) na powstaniu domniemania istnienia wady w chwili wydania rzeczy lub po jej

⁴⁸ Projekt ustawy o prawach konsumenta z dnia 2 kwietnia 2014 r., załączony do Sprawozdania Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o prawach konsumenta, druk nie posiada własnego numeru, dostępny jest jednak na stronie internetowej Sejmu ([http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/spr_2076/\\$file/spr_2076.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/spr_2076/$file/spr_2076.pdf)).

⁴⁹ Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz. Urz. WE L 171 z 07.07.1999 r., s. 12–16, polskie wydanie specjalne: Dz. Urz. UE L 223 rozdział 15, t. 4, s. 223–227).

⁵⁰ H. Ostrowski, *Obowiązek ustosunkowania się sprzedawcy do żądania kupującego wynikający z umowy o sprzedaży konsumennej*, „Głosa” 2009, nr 1, s. 33–34.

⁵¹ § 42 ust. 1 załącznika do zarządzenia Przewodniczącego Komisji Planowania przy Radzie Ministrów z dnia 7 października 1966 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży oraz umów dostawy w obrocie krajowym pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (M.P. nr 57 poz. 276 z późn. zm.); § 34 ust. 1 załącznika nr 1, § 34 ust. 1 załącznika nr 2 do zarządzenia Przewodniczącego Komisji Planowania przy Radzie Ministrów z dnia 13 lutego 1967 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży oraz umów dostawy związanych z obrotem z zagranicą pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (M.P. nr 12 poz. 64 z późn. zm.); § 50 ust. 1 załącznika do uchwały nr 192 Rady Ministrów z dnia 3 sierpnia 1973 r. w sprawie umów sprzedaży oraz umów dostawy między jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz.U. nr 36 poz. 218 z późn. zm.).

wydaniu, lecz z przyczyn tkwiących w niej w chwili wydania⁵², albo (2) na powstaniu obowiązku załatwienia przez sprzedawcę reklamacji zgodnie z żądaniem kupującego⁵³.

Podobnie, na tle art. 8 ust. 3 u.s.k. przyjmowano, że uznanie żądania kupującego oznacza (1) przyznanie przez sprzedawcę, że towar konsumpcyjny jest niezgodny z umową, oraz (2) wyrażenie zgody przez niego na żądanie kupującego⁵⁴. Trzeba jednak zaznaczyć, że na mocy tego przepisu uznane mogło być tylko żądanie, o jakim mowa w art. 8 ust. 1 u.s.k., tj. żądanie naprawy towaru konsumpcyjnego lub żądanie jego wymiany. Tym samym, nieustosunkowanie się sprzedawcy w terminie czternastu dni do żądania obniżenia ceny, wymienionego w art. 8 ust. 4 u.s.k., nie rodziło skutku w postaci uznania tego żądania⁵⁵. W literaturze zgłoszono wprawdzie postulat *de lege ferenda*, by art. 8 ust. 3 u.s.k. odnosił się także do uprawnień wymienionych w art. 8 ust. 4 u.s.k.⁵⁶, lecz zarazem wskazywano, że odstąpienie od umowy, „jako uprawnienie [...] kształtujące, raz wykonane nie może, nawet w drodze porozumienia stron, być odwołane lub przekształcone w inne roszczenie”⁵⁷.

To ostatnie zastrzeżenie zasługuje moim zdaniem na aprobatę. Paradoksalnie jednak, realizacja wskazanego wyżej postulatu *de lege ferenda* przy skonstruowaniu obniżenia ceny jako uprawnienia kształtującego w znowelizowanych przepisach o rękojmi zdaje się *prima facie* prowadzić do sprzeczności. Niemniej sądzę, że w przypadku rozważanego środka ochrony możliwa jest aprobata pierwszego z następstw, jakie wiązano z uznaniem żądania na tle art. 8 ust. 3 u.s.k. Tym samym, uznanie złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny za uzasadnione oznacza, iż sprzedawca przyznał, że sprzedana przez niego rzecz ma wadę. Podobne stanowisko prezentowane jest także w literaturze⁵⁸. Znaczenie tej konkluzji wydaje się jednak ograniczone w świetle art. 556² k.c., który kreuje domniemanie istnienia wady w chwili przejścia niebezpieczeństwa na kupującego.

Istotne wątpliwości budzi natomiast odniesienie do złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny drugiej ze wskazanych wcześniej konsekwencji. Nie ulega bowiem wątpli-

⁵² § 44 ust. 1 i 2 załącznika do uchwały nr 207 Rady Ministrów z dnia 27 września 1982 r. w sprawie umów sprzedaży oraz umów dostawy między jednostkami gospodarki uspołecznionej (M.P. nr 26 poz. 235 z późn. zm.).

⁵³ § 22 ust. 2 uchwały nr 71 Rady Ministrów z dnia 13 czerwca 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży detalicznej towarów oraz ogólnych warunków gwarancyjnych dotyczących towarów trwałego użytku, sprzedawanych przez jednostki handlu uspołecznionego (M.P. nr 21 poz. 118); § 24 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 maja 1990 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów (Dz.U. nr 64 poz. 328); § 19 ust. 1 i 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów między przedsiębiorcami a konsumentami (Dz.U. nr 96 poz. 851).

⁵⁴ A. Kołodziej, *Ustawa o szczególnych...*, s. 264, 269; H. Ostrowski, *Obowiązek ustosunkowania...*, s. 34; M. Pecyna, *Ustawa o sprzedaży...*, s. 180–181; J. Pisuliński, *System Prawa...*, s. 216–217; J. Szczotka, *Sprzedaż konsumencka. Komentarz*, Lublin 2007, s. 84; w orzecznictwie: wyrok SO w Koszalinie z 29.05.2007 r., VII Ca 302/07, „Biuletyn Stowarzyszenia Konsumentów Polskich” 2007, nr 2, s. 22–24.

⁵⁵ A. Kołodziej, *Ustawa o szczególnych...*, s. 265; podobnie: M. Olczyk, *Sprzedaż konsumencka...*, s. 157–158.

⁵⁶ S. Graczyk, *Propozycje zmian do ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*, „Biuletyn Stowarzyszenia Konsumentów Polskich” 2005, nr 4, s. 2; H. Ostrowski, *Obowiązek ustosunkowania...*, s. 37.

⁵⁷ H. Ostrowski, *Obowiązek ustosunkowania...*, s. 37.

⁵⁸ J.R. Antoniuk, *Ustawa o prawach...*, s. 444–445.

wości, że zgoda adresata uprawnienia kształtującego nie jest konieczna do powstania skutku prawnego. Należy zatem przychylić się do stanowiska, w świetle którego uznanie, o jakim mowa w art. 561⁵ k.c., nie jest w przypadku poruszanego uprawnienia uznaniem właściwym⁵⁹. Niemniej warto odnotować, że kontrowersje w literaturze związane są także z pytaniem, czy korelatem uprawnienia kształtującego jest obowiązek akceptacji (uznania) skutków tego uprawnienia przez osobę, do której zostało ono skierowane⁶⁰. Udzielenie pozytywnej odpowiedzi prowadziłyby z kolei, przynajmniej *prima facie*, do wniosku, że uznanie złożenia oświadczenia o obniżeniu ceny polega na dostosowaniu przez sprzedawcę swojego zachowania do zmienionej sytuacji prawnej. Niewykluczone przy tym, że taka konstrukcja okazałaby się korzystna dla kupującego, gdyż brak wspomnianego dostosowania otwierałby mu drogę do ponownego wyboru (*ius variandi*) uprawnienia z tytułu rękojmi⁶¹. Trafnie przy tym postrzegano jako niekorzystny dla kupującego-konsumenta stan związania, jaki wynikałby z wykonania uprawnienia kształtującego⁶².

Jak sygnalizowano powyżej, kwestia obowiązku akceptacji zmienionej sytuacji prawnej jako korelatu uprawnienia kształtującego należy jednak do kontrowersyjnych w literaturze. Nie wydaje zatem, by ustawodawca w art. 561⁵ k.c. zamierzał definitywnie rozstrzygnąć powyższy spór, choć brzmienie tego przepisu może być pozytywne jako argument przemawiający za istnieniem wspomnianego obowiązku. Nie przesądzając zatem ostatecznie tej wątpliwości, należy *de lege lata* w odniesieniu do rozważanego środka prawnego poprzestać raczej na stwierdzeniu, że powołany przepis jest uregulowaniem *in favorem consumenti*, w świetle której brak ustosunkowania się sprzedawcy w ciągu czternastu dni do złożonego mu oświadczenia o obniżeniu ceny wraz z określeniem kwoty, o jaką cena ta ma być obniżona, uważa się za przyznanie przez sprzedawcę, że rzecz obciążona jest wadą. Uwzględniając zarazem wytyczną z art. 560 § 3 k.c., należy przyjąć, że wspomniane przyznanie obejmuje także stopień redukcji ceny, jako pochodną doniosłości wady sprzedanej rzeczy⁶³.

Warto odnotować, że art. 561⁵ k.c. zawiera również wskazówkę przemawiającą przeciwko kwalifikowaniu omawianego uprawnienia jako żądania ukształtowania stosunku prawnego w drodze orzeczenia sądowego. Przepis ten wskazuje bowiem, że oświadczenie o obniżeniu ceny powinno być złożone sprzedawcy, a nie sądowi. Do takiego wniosku prowadzi również *implicite* art. 560 § 1 k.c., zgodnie z którym sprzedawca może odpowiedzieć na skorzystanie przez kupującego z rozważanego uprawnienia i niezwłocznie wymienić rzecz wadliwą albo usunąć wadę. W konsekwencji do powstania skutku prawnego w postaci obniżenia ceny powinno wystarczyć samo złożenie przez kupującego określonego oświadczenia drugiej stronie umowy, bez potrzeby uzyskiwania w tym celu konstytutywnego orzeczenia sądu.

⁵⁹ J.R. Antoniuk, *Ustawa o prawach...*, s. 444.

⁶⁰ Za istnieniem takiego obowiązku opowiada się: M. Pyziak-Szafnicka [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 813–814; Z. Radwański, *Prawo cywilne*, Warszawa 2002, s. 231; odmiennie: P. Machnikowski, *Uprawnienia kształtujące...*, s. 241.

⁶¹ Podobnie w literaturze niemieckiej: D. Medicus, *Schuldrecht II...*, s. 21–22.

⁶² K. Koch, *Charakter i treść...*, s. 36.

⁶³ Podobnie J.R. Antoniuk, *Ustawa o prawach...*, s. 445.

IV. PODSUMOWANIE

Obniżenie ceny powinno być kwalifikowane jako uprawnienie kształtujące w świetle znowelizowanych przepisów o rękojmi. Konkluzję tę potwierdza zastąpienie zwrotu „żądać obniżenia ceny” wyrażeniem „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny”. Ponadto skorzystanie z tego środka prawnego zostało ograniczone w czasie za pomocą terminu zawitego, który jest charakterystyczny dla uprawnień kształtujących. Poza tym wytyczna obniżenia ceny z art. 560 § 3 k.c. i uregulowanie z art. 561⁵ k.c. nie stanowią rozstrzygającego argumentu przeciwko powyższej kwalifikacji.

Tym samym, złożenie przez kupującego stosownego oświadczenia woli sprzedawcy wywoła skutek, polegający na ustaleniu nowej ceny w oparciu o wytyczną z art. 560 § 3 k.c. Jeżeli kupujący spełnił już swoje świadczenie w wysokości przewyższającej wartość rzeczy obciążonej wadą, może się on domagać zwrotu nadpłaty, korzystając w tym zakresie z roszczenia, jakie powstanie w wyniku wykonania omawianego uprawnienia kształtującego. Roszczenie to nie należy do reżimu rękojmi i nie jest objęte terminem zawitym. Jeżeli natomiast kupujący spełnił świadczenie w wysokości równej lub mniejszej od wartości rzeczy obciążonej wadą albo nie spełnił on jeszcze w ogóle swojego świadczenia, przysługuje mu zarzut, którym może się bronić w razie wystąpienia przeciwko niemu sprzedawcy z roszczeniem o zapłatę ceny w pełnej wysokości.

Nowelizacja przepisów o rękojmi wprowadza zatem zmiany względem dotychczasowej praktyki handlowej. Z jednej strony, chroni ona mocniej interes kupującego, gdyż odmiennie niż w świetle dominującej dotąd w doktrynie wersji koncepcji roszczenia zgoda sprzedawcy nie jest konieczna do powstania skutku w postaci obniżenia ceny. Uwaga ta ma istotne znaczenia zwłaszcza w przypadku wykrycia wady pod koniec biegu terminów do wykonania omawianego uprawnienia. Ponadto w odróżnieniu od wersji przeważającej w judykaturze roszczenie o zwrot nadpłaconej kwoty nie należy do reżimu rękojmi, a zatem termin jego realizacji jest dłuższy. Z drugiej jednak strony kupujący jest związany dokonany przez siebie wyborem obniżenia ceny jako środka ochrony przewidzianego w ramach reżimu rękojmi.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

- Antoniuk J.R. [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, Warszawa 2014.
- Bar Ch. von *et al.* (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich 2009.
- Brox H., Walker W.-D., *Besonderes Schuldrecht*, München 2004, s. 56–57.
- Brzozowski A. [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Art. 450–1088*, t. II, Warszawa 2013.
- Brzozowski A. [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Art. 450–1088*, t. II, Warszawa 2015.
- Chauvin T., Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2013.
- Domański G., *Istota roszczeń za wady dzieła w kodeksie cywilnym*, „Nowe Prawo” 1967, nr 9.

- Frąckowiak J., *Uprawnienia z rękąmi za wady rzeczy sprzedanej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji”, 2004, nr 64.
- Fikentscher G., Heinemann A., *Schuldrecht*, Berlin 2006.
- Gawlik Z. [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz* t. III, Warszawa 2010.
- Graczyk S., *Propozycje zmian do ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej*, „Biuletyn Stowarzyszenia Konsumentów Polskich” 2005, nr 4.
- Gwiazdomorski J., *Terminy zawite do dochodzenia roszczeń w Kodeksie cywilnym*, RPEiS 1968, nr 3.
- Habryn-Chojnacka E. [w:] M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II, Komentarz. Art. 4450–1088*, Warszawa 2016.
- Haładaj K. [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013.
- Haładaj K., Tubalicka M. [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis.
- Ignatowicz J. [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. 1, Wrocław 1985.
- Janeta J. [w:] M. Namysłowska, D. Lubasz (red.), *Ustawa o prawach konsumenta*, Warszawa 2015.
- Jezioro J. [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny*, Warszawa 2016.
- Katner W.J. [w:] J. Rajski (red.), *System Prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, Warszawa 2011.
- Koch K., *Charakter i treść uprawnienia do żądania obniżenia ceny w reżimie rękąmi za wady rzeczy sprzedanej*, PPH 2008, nr 3.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2001.
- Kołodziej A. [w:] J. Jezioro (red.), *Ustawa o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Kordasiewicz B. [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2008.
- Korzonek J. [w:] J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz. Przepisy wprowadzające, wyciągi z motywów ustawodawczych, ustawy dodatkowe*, t. 1, Kraków 1936.
- Krauss J., *Nowa regulacja rękąmi przy sprzedaży w stosunkach pomiędzy przedsiębiorcami – zmiany kodeksu cywilnego wprowadzone ustawą o prawach konsumenta*, PPH 2015, nr 3.
- Łętowska E., *Prawo umów konsumenckich*, Gdynia 2002.
- Machnikowski P., *Uprawnienia kształtujące w zobowiązaniowych stosunkach prawnych* [w:] E. Gniewek (red.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, Kraków 2000.
- Malinowski A., *Redagowanie tekstów prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, Warszawa 2006, s. 11.
- Maruczyński W., Glosa do wyroku SN z 31.08.1973 r., II CR 396/73, OSPiKA 1974, nr 9, poz. 191.
- Medicus D., *Schuldrecht II. Besonderer Teil, ein Studienbuch. Juristische Kurz-Lehrbücher*, München 2006.
- Naworski J.P., *Terminy rękąmi za wady fizyczne*, MoP 2004, nr 1.
- Naworski J.P., *W sprawie uprawnień kupującego z tytułu rękąmi do żądania obniżenia ceny oraz terminu z art. 568 § 1 k.c.*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 1.
- Olczyk M., *Sprzedaż konsumencka*, Warszawa 2006.
- Ostrowski H., *Obowiązek ustosunkowania się sprzedawcy do żądania kupującego wynikający z umowy o sprzedaży konsumenckiej*, „Glosa” 2009, nr 1.
- Paluch W. [w:] *Dobre praktyki legislacyjne*, http://www.rcl.gov.pl/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=130
- Pecyna M., *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej*, Kraków 2007.

- Pisuliński J. [w:] J. Rajski (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 7, Warszawa 2011.
- Pyziak-Szafnicka M. [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012.
- Radwański Z., *Prawo cywilne*, Warszawa 2002.
- Radwański Z., M. Zieliński [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 2012.
- Rozwadowski W., *Prawo rzymskie*, Poznań 1992.
- Skąpski J. [w:] S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, t. 3, cz. 2, Wrocław 1976.
- Skąpski J., *Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady fizyczne*, „Nowe Prawo” 1976, nr 11.
- Sołtysiński S., *Odpowiedzialność producenta wobec konsumenta za szkody wyrządzone wprowadzeniem do obrotu rzeczy z wadami*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV.
- Szczotka J., *Sprzedaż konsumencka. Komentarz*, Lublin 2007.
- Wiđło J., *Rękojmia za wady fizyczne w świetle nowelizacji Kodeksu cywilnego*, MoP 2015, nr 4.
- Więzowska-Czepiel B. [w:] B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostek (red.), *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, Warszawa 2014.
- Wolter A., *Czasowe ograniczenie uprawnień z tytułu rękojmi za wady*, PiP 1960, nr 8–9.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2009.
- Zieliński Cz., *Charakter uprawnień kupującego z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy*, „Nowe Prawo” 1988, nr 7–8.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012.
- Ziembiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 2011.
- Zoll F., Głosa do uchwały SN z 10.03.1993 r., III CZP 8/93, „Przebieg Sądowy” 1994, nr 5.
- Zoll F. [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Suplement*, t. 6, Warszawa 2010.
- Żuławska Cz., *Zabezpieczenie jakości świadczenia*, „Studia Cywilistyczne” 1978, t. XXIX.

Orzecznictwo

- Wyrok SN z 31.08.1973, II CR 396/73, OSPiKA 1974, nr 9, poz. 191 z glosą częściowo krytyczną W. Maruczyńskiego.
- Uchwała SN z 05.07.2002 r., III CZP 39/02, OSNC 2003, nr 6, poz. 78.
- Uchwała SN(7) z 05.02.2004 r., III CZP 96/03, OSNC 2004, nr 6, poz. 68 z glosą częściowo krytyczną K. Kocha, MoP 2007, nr 3.
- Wyrok SN z 15.06.2005 r., IV CK 786/04, OSP 2006, nr 10, poz. 112 z glosą częściowo krytyczną W.J. Katnera.
- Wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 387/06, niepubl., LEX nr 439225.
- Wyrok SO w Koszalinie z 29.05.2007 r., VII Ca 302/07, „Biuletyn Stowarzyszenia Konsumentów Polskich” 2007, nr 2.
- Wyrok SN z 11.12.2009 r., V CSK 180/09, niepubl., LEX nr 551156.
- Wyrok SA w Warszawie z 17.09.2015 r., I ACa 3/15, niepubl., LEX nr 1816108.

Akty normatywne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 22.11.2011 r., s. 64–88).
- Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji

- (Dz. Urz. WE L 171 z 07.07.1999 r., s. 12–16, polskie wydanie specjalne: Dz. Urz. UE L 223 rozdział 15, t. 4, s. 223–227).
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82 poz. 598 z późn. zm.).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 maja 1990 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów sprzedaży rzeczy ruchomych z udziałem konsumentów (Dz.U. nr 64 poz. 328).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie szczegółowych warunków zawierania i wykonywania umów między przedsiębiorcami a konsumentami (Dz.U. nr 96 poz. 851).
- Uchwała nr 192 Rady Ministrów z dnia 3 sierpnia 1973 r. w sprawie umów sprzedaży oraz umów dostawy między jednostkami gospodarki uspołecznionej (Dz.U. nr 36 poz. 218 z późn. zm.).
- Uchwała nr 207 Rady Ministrów z dnia 27 września 1982 r. w sprawie umów sprzedaży oraz umów dostawy między jednostkami gospodarki uspołecznionej (M.P. nr 26 poz. 235 z późn. zm.).
- Uchwała nr 71 Rady Ministrów z dnia 13 czerwca 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży detalicznej towarów oraz ogólnych warunków gwarancyjnych dotyczących towarów trwałego użytku, sprzedawanych przez jednostki handlu uspołecznionego (M.P. nr 21 poz. 118).
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. nr 121 poz. 1176 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. poz. 827).
- Zarządzenie Przewodniczącego Komisji Planowania przy Radzie Ministrów z dnia 7 października 1966 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży oraz umów dostawy w obrocie krajowym pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (M.P. nr 57 poz. 276 z późn. zm.).
- Zarządzenie Przewodniczącego Komisji Planowania przy Radzie Ministrów z dnia 13 lutego 1967 r. w sprawie ogólnych warunków umów sprzedaży oraz umów dostawy związanych z obrotem z zagranicą pomiędzy jednostkami gospodarki uspołecznionej (M.P. nr 12 poz. 64 z późn. zm.).

OBNIŻENIE CENY W ŚWIETLE ZNOWELIZOWANYCH PRZEPISÓW O RĘKOJMI

Streszczenie

Celem tego artykułu jest zbadanie charakteru prawnego obniżenia ceny w świetle znowelizowanych przepisów o rękojmi. Przeprowadzone badania obejmują rekonstrukcję kluczowych poglądów, jakie zostały wyrażone w doktrynie i orzecznictwie, a następnie ich odniesienie do znowelizowanych przepisów. Rozważania te skupiają się na (1) interpretacji zwrotu „złożyć oświadczenie o obniżeniu ceny”, (2) konsekwencjach objęcia tego uprawnienia terminem zawitym, (3) adekwatności wytycznej obniżenia ceny i (4) następstw nieustosunkowania się do oświadczenia kupującego w ustawowym terminie. Wywody prezentowane w artykule opierają się na analizie dogmatycznej, uzupełnionej o analizę historyczną, i prowadzą do wniosku, że obniżenie ceny zostało skonstruowane jako uprawnienie kształtujące po nowelizacji przepisów o rękojmi, co stanowi odejście od poprzednio dominującej koncepcji roszczenia.

Słowa kluczowe: *obniżenie ceny, rękojmia, uprawnienie kształtujące*

PRICE REDUCTION IN THE LIGHT OF THE AMENDED WARRANTY REGULATIONS

Summary

The aim of the article is to examine the legal nature of price reduction in the light of the amended warranty provisions. The conducted research comprises the reconstruction of key opinions, which have been expressed in the doctrine and jurisprudence, and subsequently their reference to the amended provisions. These considerations focus on (1) the interpretation of the term “to submit the declaration of price reduction”, (2) the consequences of subjecting the right to the expiration period (*termin zawity*), (3) the adequateness of the price reduction guideline and (4) the result of not replying to a buyer’s declaration in the statutory time. Arguments presented in the article are based on the dogmatic analysis, supplemented by the historical analysis, and they lead to the conclusion that the price reduction is constructed as a formative right (*uprawnienie kształtujące*) after the amendment to the warranty provisions, which constitutes a departure from the previously dominant concept of a claim (*roszczenie*).

Key words: *price reduction, warranty, formative right*

NOWE REGULACJE DOTYCZĄCE PROBLEMATYKI ZABYTEKÓW W ZWIĄZKU Z WEJŚCIEM W ŻYCIE USTAWY O RZECZACH ZNALEZIONYCH

BARTŁOMIEJ GADECKI

I. WPROWADZENIE

W dniu 20 lutego 2015 r. uchwalono ustawę o rzeczach znalezionych¹. Weszła ona w życie w dniu 21 czerwca 2015 r. Ustawa o r.z., jak wskazuje jej nazwa, dotyczy rzeczy znalezionych, zawiera jednocześnie interesujące regulacje dotyczące zabytków oraz wprowadza istotne zmiany w kodeksie cywilnym² i ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami³. Celem niniejszego opracowania jest dokonanie analizy regulacji wprowadzonych ustawą o r.z. w odniesieniu do zabytków.

II. ANALIZA REGULACJI WPROWADZONYCH USTAWĄ O RZECZACH ZNALEZIONYCH

W art. 1 ustawy o r.z. wskazano, że określa ona m.in. postępowanie z rzeczami o wartości historycznej, naukowej lub artystycznej (pkt 3), przy czym przepisów ustawy nie stosuje się do zabytków archeologicznych (zob. art. 3). Definicję zabytku archeologicznego zawarto w art. 3 pkt 4 ustawy o o.z. i o.n.z. określając, że jest to „zabytek nieruchomy, będący powierzchniową, podziemną lub podwodną pozostałością egzystencji i działalności człowieka, złożoną z nawarstwień kulturowych i znajdujących się

¹ Dz.U. z 2015 r. poz. 397, dalej ustawa o r.z.

² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.), dalej k.c.

³ Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2014 r. poz. 1446 z późn. zm.), dalej ustawa o o.z. i o.n.z.

w nich wytworów bądź ich śladów albo zabytek ruchomy, będący tym wytworem”. Należy zaznaczyć, że w ustawie o o.z. i o.n.z. objaśniono także pojęcia zabytku (zgodnie z art. 3 pkt 1 jest to nieruchomości lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową), zabytku nieruchomego (zob. art. 3 pkt 2 ustawy o o.z. i o.n.z.), zabytku ruchomego (zob. art. 3 pkt 3 ustawy o o.z. i o.n.z.). Przy czym słusznie w doktrynie zauważono, że istnieją trudności w rozróżnieniu, co jest zabytkiem „zwykłym”, a co archeologicznym⁴. Z uwagi na ramy opracowania należy tylko zasygnalizować, że pojęcie zabytku archeologicznego można odnosić do archeologii jako nauki, bądź do niemożności ustalenia właściciela takiej rzeczy⁵. Jednocześnie wskazać należy, że zabytek archeologiczny może mieć mniej niż 100 lat, skoro w art. 51 ust. 1 pkt 1 ustawy o o.z. i o.n.z. wyróżniono kategorię zabytków archeologicznych, które mają więcej niż 100 lat. Z kolei niemożność ustalenia właściciela nie może być *de lege lata* samoistnym kryterium odróżniającym zabytki „zwykłe” od archeologicznych, bowiem ustawodawca w art. 189 k.c. wskazał, że własnością Skarbu Państwa stają się m.in. zabytki, jeżeli znaleziono je w takich okolicznościach, że poszukiwanie właściciela byłoby oczywiście bezcelowe. Przepis ten dotyczy „zwykłych” zabytków, bowiem przedmiotów będących zabytkami archeologicznymi odkrytymi, przypadkowo znalezionymi albo pozyskanymi w wyniku badań archeologicznych, dotyczy art. 35 ust. 1 ustawy o o.z. i o.n.z. (zabytki archeologiczne stanowią własność Skarbu Państwa).

Ustawa o r.z. w rozdziale 2 reguluje obowiązki i prawa znalazcy oraz przechowującego. Art. 5 ust. 1 ustawy o r.z. nakłada na znalazcę rzeczy, który nie zna osoby uprawnionej do jej odbioru lub nie zna jej miejsca pobytu, obowiązek niezwłocznego zawiadania o znalezieniu rzeczy starosty właściwego ze względu na miejsce zamieszkania znalazcy lub miejsce znalezienia rzeczy. Przy czym znalezione rzeczy o wartości historycznej, naukowej lub artystycznej znalazca jest zobowiązany oddać niezwłocznie właściwemu staroście (art. 5 ust. 3 ustawy o r.z.).

Ustawa o r.z. stanowi, że znalazca, który uczynił zadość swoim obowiązkom, może żądać znaleźnego w wysokości jednej dziesiątej wartości rzeczy (art. 10). Przy czym w przypadku gdy rzecz znaleziona jest zabytkiem i stała się własnością Skarbu Państwa, znalazcy przysługuje nagroda (art. 11 ust. 1). Kompetencja do uregulowania kwestii nagród została scedowana na ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego, który ma określić, w drodze rozporządzenia, rodzaje, wysokość, a także warunki i tryb przyznawania nagród, biorąc pod uwagę znaczenie znalezionych zabytków dla dziedzictwa narodowego i uwzględniając ich wartość historyczną,

⁴ Zob. B. Gadecki, *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Art. 108–120. Przepisy karne. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 18–20; idem, *Ochrona podwodnego dziedzictwa kultury. Aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2014, s. 12–13 oraz wskazaną tam literaturę.

⁵ Zob. W. Kowalski, *Nabywanie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Kraków 2004, s. 222–224, 237–239; Z. Kobyliński, J. Wysocki, *Ujęcie problematyki ochrony zabytków archeologicznych w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – stan obecny i postulaty zmian*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014, s. 123–129; M. Trzciniński, *Specyfika przestępczości skierowanej przeciwko zabytkom archeologicznym*, [w:] W. Szafranski, K. Zalasinska (red.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, tom III, Poznań 2009, s. 252.

naukową, artystyczną oraz materialną (art. 11 ust. 2). Analogiczne uregulowanie, tylko dotyczące zabytków archeologicznych, znajduje się w ustawie o o.z. i o.n.z. (zob. art. 34 ustawy o o.z. i o.n.z.).

Prowadzenie postępowania w sprawach odbierania zawiadomień o znalezieniu rzeczy, przyjmowania i przechowania rzeczy znalezionych oraz poszukiwania osób uprawnionych do ich odbioru należy do zadań właściwego starosty, chyba że przepis szczególnie stanowi inaczej (art. 12 ust. 1 ustawy o r.z.). Zadanie to stanowi zadanie własne powiatu (art. 12 ust. 2). Należy wskazać, że starosta może odmówić przyjęcia rzeczy, której szacunkowa wartość nie przekracza 100 złotych, lecz odmowa nie może nastąpić, jeżeli jest to rzecz o wartości historycznej, naukowej lub artystycznej (art. 12 ust. 4).

Rozdział 4 ustawy o r.z. dotyczy postępowania z rzeczami o wartości historycznej, naukowej lub artystycznej. W przypadku przypuszczenia, że rzecz znaleziona stanowi rzecz o wartości historycznej, naukowej lub artystycznej, właściwy starosta w terminie 7 dni od dnia powzięcia wiadomości o znalezieniu rzeczy zawiadamia właściwego miejscowo wojewódzkiego konserwatora zabytków, który ma obowiązek w terminie 7 dni od dnia otrzymania zawiadomienia dokonać oględzin rzeczy znalezionej i stwierdzić, czy jest ona zabytkiem (zob. art. 22 i 23). Gdy rzecz znaleziona jest zabytkiem, wojewódzki konserwator zabytków, w drodze decyzji, oddaje ją na przechowanie właściwemu ze względu na rodzaj rzeczy znalezionej muzeum państwowemu albo samorządowemu, bibliotece, dla której organizatorem jest minister, kierownik urzędu centralnego albo jednostka samorządu terytorialnego (art. 24), a jeżeli zabytek ten stał się własnością Skarbu Państwa, muzeum albo biblioteka, którym rzecz została oddana na przechowanie, występują do właściwego starosty o przeniesienie własności tej rzeczy, w drodze umowy (art. 25 ust. 1).

Ustawa o r.z. wprowadziła istotne zmiany w k.c. Uchylono art. 183–186 oraz 188 k.c. regulujące kwestie związane z rzeczami znalezionymi (problematyka ta jest obecnie uregulowana w ustawie o r.z.). Natomiast nowe brzmienie otrzymał art. 187 k.c., zgodnie z którym rzecz znaleziona, która nie zostanie przez osobę uprawnioną odebrana w ciągu roku od dnia doręczenia jej wezwania do odbioru, a w przypadku niemożności wezwania – w ciągu dwóch lat od dnia jej znalezienia, staje się własnością znalazcy, jeżeli uczynił on zadość swoim obowiązkom; jeżeli jednak rzecz została oddana staroście, znalazca staje się jej właścicielem, jeżeli rzecz odebrał w wyznaczonym przez starostę terminie (§ 1). Z kolei problematyki własności rzeczy rzecz znalezionej będącej zabytkiem dotyczy § 2 stanowiący, że taka rzecz po upływie terminu do jej odebrania przez osobę uprawnioną staje się własnością Skarbu Państwa, przy czym (zgodnie z § 3) z chwilą nabycia własności rzeczy przez Skarb Państwa wygasają obciążające ją ograniczone prawa rzeczowe. Nowe brzmienie otrzymał także art. 189 k.c. Obecnie przepis ten brzmi: „Jeżeli rzecz znaleziono w takich okolicznościach, że poszukiwanie właściciela byłoby oczywiście bezcelowe, staje się ona przedmiotem współwłasności w częściach ułamkowych znalazcy i właściciela nieruchomości, na której rzecz została znaleziona, jeżeli jednak rzecz ta jest zabytkiem lub materiałem archiwalnym, staje się ona własnością Skarbu Państwa, a znalazca jest obowiązany wydać ją niezwłocznie właściwemu staroście”. Zatem Skarb Państwa staje się właścicielem zabytku („niearcheologicznego”) znalezionej w takich okolicznościach, że poszukiwanie właściciela

byłoby oczywiście bezcelowe. Przy czym poprzednie brzmienie art. 189 k.c. przewidywało własność Skarbu Państwa także, jeżeli rzecz nie miała wartości naukowej lub artystycznej, a posiadała znaczniejszą wartość materialną.

Kolejne zmiany w k.c. spowodowane są utworzeniem krajowego rejestru utraconych dóbr kultury. W ustawie o o.z. i o.n.z. dodany został rozdział 2a zatytułowany „Krajowy rejestr utraconych dóbr kultury”. Rejestr ten jest prowadzony przez ministra właściwego do spraw kultury i ochrony dziedzictwa narodowego (art. 24a ust. 1). Zgodnie z art. 24a ust. 2 ustawy o o.z. i o.n.z. do krajowego rejestru utraconych dóbr kultury wpisuje się rzeczy ruchome będące:

- „1) zabytkami wpisanymi do rejestru,
- 2) muzealiami, o których mowa w art. 21 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 21 listopada 1996 r. o muzeach (Dz.U. z 2012 r. poz. 987),
- 3) materiałami bibliotecznymi, o których mowa w art. 5 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (Dz.U. z 2012 r. poz. 642 i 908 oraz z 2013 r. poz. 829), należącymi do narodowego zasobu bibliotecznego,
- 4) materiałami archiwalnymi, o których mowa w art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz.U. z 2011 r. Nr 123, poz. 698 i Nr 171, poz. 1016 oraz z 2014 r. poz. 822) – utraconymi przez właściciela w wyniku popełnienia czynu zabronionego, określonego w art. 278 § 1 i 3, art. 279 § 1, art. 280–283 albo art. 284 § 1–3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.)”.

Użycie w nazwie rejestru pojęcia „dobro kultury” zamiast „zabytek” uważam za słuszne pomimo, że termin „dobro kultury” wywołuje głównie skojarzenie z nieobowiązującą już ustawą o ochronie dóbr kultury⁶, która posługiwała się zasadniczo pojęciem „dobro kultury”. Jednakże termin ten jest też obecnie używany w aktach prawnych (zob. np. Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁷, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury⁸, ustawę z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej⁹). Przy czym ww. akty prawne nie objaśniają go¹⁰. Natomiast w doktrynie podejmowane są próby stworzenia definicji tego terminu¹¹. Słuszne jest stanowisko, że zarówno pod rządami ustawy o ochronie dóbr kultury, jak i obecnie, można przyjąć, że każdy zabytek

⁶ Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. (t.j. Dz.U. z 1999 r. Nr 98, poz. 1150 z późn. zm.).

⁷ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁸ Dz.U. z 2014 r. poz. 1218 z późn. zm.

⁹ T.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 144 z późn. zm.

¹⁰ Na marginesie należy wskazać, że w art. 2 pkt 10 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 199 z późn. zm.) zdefiniowano pojęcie „dobra kultury współczesnej”. Natomiast pojęcie „dobro kultury” objaśnione jest w Konwencji UNESCO dotyczącej środków zmierzających do zakazu i zapobieganiu nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzonej w Paryżu dnia 17 listopada 1970 r. (Dz.U. z 1974 r. Nr 20, poz. 106).

¹¹ Zob. np. B.J. Rouba, *Terminologia i pojęcia podstawowe dla procesu ochrony dóbr kultury*, [w:] T. Grzybkowska, J. Talbierska (red.), *Dwór Artusa w Gdańsku. Sztuka i sztuka konserwacji. Materiały z konferencji naukowej, Gdańsk, Dwór Artusa 17–19 października 2002*, Warszawa 2004, s. 207.

jest dobrem kultury, lecz istnieją dobra kultury, które nie są zabytkami¹². A skoro rejestr ma dotyczyć nie tylko zabytków, to nazwa np. „krajowy rejestr utraconych zabytków” nie byłaby właściwa.

Wprowadzenie regulacji dotyczącej rejestru do ustawy o o.z. i o.n.z. należy uznać za słuszne, bowiem jest to ustawa wiodąca wśród ustaw poświęconych problematyce ochrony dziedzictwa narodowego. Z kolei stworzenie odrębnej ustawy zatytułowanej np. „ustawa o krajowym rejestrze dóbr kultury” spowodowałaby tylko mnożenie aktów prawnych poświęconych problematyce ochrony dziedzictwa, a wielość aktów prawnych poświęconych jednej problematyce nie sprzyja przejrzystości systemu ochrony (wielość regulacji rozproszonych po różnych aktach prawnych nie ułatwia orientacji, co do przyjętego przez ustawodawcę modelu ochrony). Z kolei tworzenie odrębnych rejestrów (utraconych zabytków, utraconych muzealiów, utraconych materiałów bibliotecznych, utraconych materiałów archiwalnych) w każdej z ustaw poświęconych danej problematyce stworzyłoby niepotrzebny problem związany z organizacją i zarządzaniem odrębnymi rejestrami i utrudniałoby praktyczne wykorzystanie rejestru (konieczność przeglądania kilku odrębnych rejestrów). Ujęcie również w rejestrze materiałów archiwalnych spowodowało konieczność przyjęcia nowego brzmienia art. 2 ust. 2 ustawy o o.z. i o.n.z. Obecnie w ww. przepisie wskazano, że ochronę materiałów archiwalnych wchodzących w skład narodowego zasobu archiwalnego regulują przepisy ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach z uwzględnieniem przepisów rozdziału 2a. Takie brzmienie przepisu wydaje się, że rozstrzyga o autonomiczności dwóch systemów ochrony – zabytków oraz materiałów archiwalnych (tych ostatnich z uwzględnieniem rozdziału 2a ustawy o o.z. i o.n.z.), choć moim zdaniem dalej będą toczyły się w doktrynie spory nad relacją pojęć zabytek – materiał archiwalny oraz związanych z tym skutków, w tym co do karnoprawnej ochrony materiałów archiwalnych będących jednocześnie zabytkami¹³.

Wątpliwości może budzić przyjęty katalog przestępstw, których popełnienie warunkować ma wpis utraconego przedmiotu do rejestru; ustawodawca wskazał na następujące czyny zabronione: art. 278 § 1 i 3, art. 279 § 1, art. 280–283, art. 284 § 1–3 kodeksu karnego¹⁴. Z wpisaniem do rejestru wiążą się określone skutki i konsekwencje dla obrotu takimi rzeczami, w tym dla nabywców takich rzeczy (problematyka ta będzie poruszana w dalszej części opracowania). Wydawałoby się, że w związku z tym katalog ten jest zamknięty i tylko popełnienie enumeratywnie wskazanych czynów powoduje możliwość wpisu do rejestru. Należy jednak zauważyć, że ustawodawca wskazał m.in. art. 283 k.k. określający uprzywilejowane typy czynów: art. 279 § 1 (kradzież z włamaniem), art. 280 § 1 (rozbój), art. 281 (kradzież rozbójnicza), 282 k.k. (wymuszenie rozbójnicze). W kwalifikacji prawnej takich czynów ujmuje się „w zw. z art. 283 k.k.”, np. art. 279 § 1 k.k. w zw. z art. 283 k.k. Ustawodawca wskazał także na typy uprzywilejowane kradzieży zwykłej (art. 278 § 3 k.k.) oraz przywłaszczenia (art. 284 § 3 k.k.). Natomiast wskazując art. 280 k.k. (dotyczący przestępstwa rozboju) wskazano zarówno

¹² Zob. np. K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Kraków 2007, s. 42–43; K. Zalaszińska, *Prawna ochrona zabytków nieruchomych w Polsce*, Warszawa 2010, s. 68, 171–172.

¹³ Zob. B. Gadecki, *Ustawa...*, *op. cit.*, s. 42–45 oraz wskazaną tam literaturę.

¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.), dalej k.k.

typ podstawowy przestępstwa rozboju (art. 280 § 1 k.k.), jak i kwalifikowany (art. 280 § 2 k.k.)¹⁵. Nasuwa się pytanie, co z typami kwalifikowanymi innych czynów zabronionych wskazanych przez ustawodawcę? Chodzi o typy kwalifikowane przestępstw kradzieży (art. 278 § 1 k.k.) oraz przywłaszczenia (art. 284 § 1 lub 2 k.k.) popełnione w stosunku do mienia znacznej wartości (art. 294 § 1 k.k.) lub dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury (art. 294 § 2 k.k.), gdzie kwalifikacja prawna takich czynów zawiera wskazanie typu podstawowego „w zw. z art. 294 § 1 lub 2 k.k.”, np. art. 278 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. Z jednej strony można argumentować, że skoro ustawodawca wyraźnie wskazał typy uprzywilejowane, np. kradzieży, a nie wymienił typów kwalifikowanych, to krajowy rejestr utraconych dóbr kultury nie dotyczy typów kwalifikowanych kradzieży i przywłaszczenia. Na poparcie tej argumentacji można też podać, że ustawodawca pragnąc, aby regulacja dotyczyła typów kwalifikowanych kradzieży lub przywłaszczenia, wyraźnie to zaznacza – w art. 25 § 1 pkt 2 kodeksu postępowania karnego¹⁶ wymieniono „art. 278 § 1 i 2 w zw. z art. 294, art. 284 § 1 i 2 w zw. z art. 294”. Jednak przyjęcie takiego poglądu doprowadziłoby do absurdalnych skutków, bowiem rejestr dotyczyłby kradzieży zabytków w typie podstawowym i uprzywilejowanym, a już nie skradzionych/przywłaszczonych zabytków o wartości przekraczającej 200 000 zł lub będących dobrem o szczególnym znaczeniu dla kultury. Dlatego można przyjąć, że do rejestru wpisuje się także zabytki utracone w wyniku kradzieży lub przywłaszczenia popełnionych w typach kwalifikowanych („w zw. z art. 294 k.k.”), choć ustawodawca wskazując typy uprzywilejowane (a w odniesieniu do przestępstwa rozboju także typ kwalifikowany), powinien być konsekwentny i wskazać również typy kwalifikowane przestępstwa kradzieży zwykłej i przywłaszczenia.

Należy także zauważyć, że o wpisie do rejestru będzie decydowała czasami wartość utraconego zabytku w połączeniu ze sposobem jego utraty przez właściciela. Nie wiadomo też, czy było to zamierzone przez ustawodawcę, czy raczej wynik przeoczenia. Wskazać należy, że z kradzieżą zabytku (art. 278 § 1 k.k.) i jego przywłaszczeniem (art. 284 k.k.) mamy do czynienia, gdy wartość zabytku przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia (zob. art. 119 § 1 kodeks wykroczeń¹⁷). Przy czym od dnia 1 stycznia 2015 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 1750 zł¹⁸. Natomiast w przypadku np. kradzieży z włamaniem i rozboju wartość zabranego zabytku może nie przekroczyć 1/4 minimalnego wynagrodzenia (zob. art. 130 § 2 i 3 k.w.). Z kolei dla właściciela zabytku sprawą drugorzędną może być, czy utracił on zabytek wskutek kradzieży zwykłej, czy kradzieży z włamaniem. Obecne uregulowanie sprawia, że zabytki o wartości nieprzekraczającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia, które zostały utracone przez właściciela wskutek kradzieży zwykłej (oraz przywłaszczenia) nie będą mogły być wpisane

¹⁵ Zob. także uzasadnienie projektu ustawy o rzeczach znalezionych oraz zmianie niektórych innych ustaw, druk nr 2064, <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2064>, s. 15 [dostęp: 13.05.2015].

¹⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

¹⁷ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 482 z późn. zm.), dalej k.w.

¹⁸ Zob. § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1220).

do rejestru. Zatem celowe wydaje się dodanie do katalogu czynów powodujących utratę zabytku również wykroczenia z art. 119 § 1 k.w.

Moim zdaniem niesłusznie w katalogu czynów pominięto przestępstwo oszustwa (art. 286 § 1 k.k.), bowiem właściciel może utracić zabytek wskutek wprowadzenia go w błąd, co do autentyczności zabytków oferowanych mu w zamian za zabytek będący jego własnością. Jeśli pokrzywdzony właściciel dokona wymiany oryginalnego zabytku na „fałszywe zabytki”, to utracony w ten sposób zabytek nie będzie mógł być wpisany do rejestru.

Należy także wskazać, że choć do krajowego rejestru utraconych dóbr kultury wpisuje się rzeczy ruchome będące zabytkami wpisanymi do rejestru, to nie oznacza to, że zabytek utracony ma być wpisany w rejestrze zabytków jako zabytek ruchomy. Może się zdarzyć, że z zabytku nieruchomego wpisanego do rejestru zabytków (np. z zabytkowej kamienicy) sprawca odłamie detal architektoniczny. W takim przypadku można wpisać skradziony detal architektoniczny (który po oderwaniu z nieruchomości w rozumieniu prawa karnego jest rzeczą ruchomą), pomimo że zabytek był wpisany jako zabytek nieruchomy.

W ustawie o o.z. i o.z. określono także procedurę wpisu do rejestru (zob. art. 24a ust. 3–6). Zgodnie z art. 24c ust. 1 ustawy o o.z. i o.n.z., krajowy rejestr utraconych dóbr kultury jest prowadzony w systemie teleinformatycznym i jest jawny. Przy czym, co jest szczególnie istotne, od dnia dokonania wpisu w krajowym rejestrze utraconych dóbr kultury nikt nie może zasłaniać się nieznaną osobą danych ujawnionych w tym rejestrze (art. 24d ustawy o o.z. i o.n.z.). Podobne uregulowania co do skutków wpisów zawarte są w art. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece¹⁹ („Księgi wieczyste są jawne. Nie można zasłaniać się nieznaną osobą wpisów w księdze wieczystej ani wniosków, o których uczyniono w niej wzmiankę”). Zatem, jak przyjmuje się w orzecznictwie, „nabywca nieruchomości uregulowanej w księdze wieczystej nie może powoływać się na błąd (art. 84 k.c.) co do stanu prawnego nieruchomości i obciążenie jej hipoteką, jeżeli przed zawarciem umowy kupna nieruchomości nie zapoznał się z treścią księgi wieczystej, poprzestając na oświadczeniu zbywcy o braku obciążenia”²⁰. Z kolei co do wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym²¹ przyjęto m.in., że: „Od dnia ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym nikt nie może zasłaniać się nieznaną osobą ogłoszonych wpisów. Jednak w odniesieniu do czynności dokonanych przed upływem szesnastego dnia od dnia ogłoszenia podmiot wpisany do Rejestru nie może powoływać się na wpis wobec osoby trzeciej, jeżeli ta udowodni, że nie mogła wiedzieć o treści wpisu” (art. 15 ust. 1); natomiast „jeżeli wpis do Rejestru nie podlega obowiązkowi ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym, to nikt nie może zasłaniać się nieznaną osobą treści wpisu w Rejestrze, chyba że mimo zachowania należytej staranności nie mógł wiedzieć o wpisie” (art. 16 ust. 1). Zatem uregulowanie z ustawy o o.z. i o.n.z. podobne jest do tego z ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

Skutkiem wpisu jest niestosowanie do rzeczy wpisanej do krajowego rejestru utraconych dóbr kultury przepisów art. 169 § 1 i 2 k.c. (zob. art. 169 § 3 k.c.), art. 170

¹⁹ T.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 707 z późn. zm.

²⁰ Wyrok SN z dnia 13 grudnia 2012 r., IV CSK 204/12, Legalis nr 667421.

²¹ Zob. ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o krajowym rejestrze sądowym (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1203 z późn. zm.).

§ 1 k.c. (zob. art. 170 § 2 k.c.) oraz art. 174 § 1 k.c. (zob. art. 174 § 2 k.c.). Odnośnie do art. 169 k.c. w doktrynie zauważono, że przepis ten sankcjonuje w imię porządku prawnego nabycie rzeczy ruchomej od nieuprawnionego i jest to przewidziany przez prawo wyjątek od zasady, że nikt nie może przenieść prawa, które mu nie przysługuje²². Trafnie W. Kowalski, analizując kwestię nabycia własności dzieła sztuki od nieuprawnionego (w poprzednim stanie prawnym²³) stwierdził, że przepisy prawa cywilnego konsekwentnie na pierwszym miejscu chronią nabywcę rzeczy ruchomej od nieuprawnionego, czyli w większym stopniu ich zadaniem jest ochrona obrotu niż zabezpieczenie praw właściciela²⁴; słusznie też autor ten zauważył, że przepisy generalnie niedopuszczają do nabycia własności przez nabywcę w złej wierze (wyklucza to art. 169 i 174 k.c.), jednakże roszczenie właściciela przedawnia się z upływem lat 10 (art. 118 k.c.), co powoduje wygaśnięcie roszczenia windykacyjnego, gdy skradzione przedmioty przetrzymywane są w ukryciu przez dłuższy okres²⁵. Zatem pozycja właściciela zabytku, który go utracił była słaba, bowiem ustawodawca poprzez art. 169 k.c. chronił bezpieczeństwo obrotu, a nie właściciela utraconej rzeczy²⁶. W orzecnictwie stwierdzono, że przepis art. 169 § 1 k.c. rozstrzyga kolizję interesów właściciela rzeczy i osoby, która nabywa rzecz od podmiotu nieuprawnionego, na korzyść nabywcy²⁷. Zatem uregulowanie wprowadzone ustawą o r.z. wzmocniło pozycję właściciela zabytku, który go utracił, bowiem wyłączono w stosunku do zabytków wpisanych do rejestru przepisy dotyczące nabycia własności od nieuprawnionego oraz dotyczące zasiedzenia. W uzasadnieniu do projektu ustawy o r.z. stwierdzono, że w następstwie objęcia wpisem do rejestru rzecz nie zostaje całkowicie wyłączona z obrotu prawnego (*res extra commercium*), a tylko czasowo – pomiędzy wpisem a skreśleniem z rejestru – nie podlega przepisom art. 169 § 1 i 2 oraz art. 174 k.c.²⁸

Należy też wskazać, że łatwiej też będzie w procesie karnym udowodnić sprawcy – nabywcy zabytku wpisanego do rejestru popełnienie przestępstwa paserstwa (zob. art. 291 oraz 292 k.k.), bowiem od dnia dokonania wpisu w krajowym rejestrze utraconych dóbr kultury nikt nie może zasłaniać się nieznanomością danych ujawnionych w tym rejestrze.

Na zakończenie rozważań należy podać, że krajowy rejestr utraconych dóbr kultury nie jest jedynym „rejestrem” pomagającym w walce z przestępczością przeciwko zabytkom, bowiem istnieje krajowy wykaz zabytków skradzionych lub wywiezionych za granicę niezgodnie z prawem prowadzony przez Generalnego Konserwatora Zabytków (zob. art. 15 ust. 1 ustawy o o.z. i o.n.z.) oraz baza danych skradzionych dzieł sztuki prowadzona przez Interpol²⁹.

²² S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2007, s. 178–179.

²³ Przed wejściem w życie ustawy o r.z.

²⁴ W. Kowalski, *Cywilnoprawne aspekty obrotu skradzionymi dobrami kultury*, [w:] J. Kaczmarek (red.), *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury. Materiały z konferencji Gdańsk, 30 maja – 1 czerwca 2005 r.*, Kraków 2006, s. 70.

²⁵ *Ibidem*, s. 70–71.

²⁶ Zob. także uzasadnienie projektu ustawy..., *op. cit.*, s. 3–6.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2001 r., IV CKN 262/00, Legalis nr 81629.

²⁸ Zob. także uzasadnienie projektu ustawy..., *op. cit.*, s. 19.

²⁹ <http://www.interpol.int/Crime-areas/Works-of-art/Database> [dostęp: 13.05.2015].

III. ZAKOŃCZENIE

Oceniając pozytywnie nowe uregulowania należy wskazać, że krajowy rejestr utraconych dóbr kultury niewątpliwie przyczyni się do ochrony praw właścicieli, którzy utracili zabytki (lub inne dobra kultury). W celu lepszej ochrony należy jednak sformułować następujące postulaty *de lege ferenda* związane z dodaniem do katalogu przestępstw w art. 24a ust. 2 ustawy o o.z. i o.n.z.:

- czynów z art. 286 § 1 i 3 k.k.;
- czynów z art. 278 § 1 w zw. z art. 294 k.k., z art. 284 § 1 i 2 w zw. z art. 294 k.k., z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 k.k.;
- czynu z art. 119 § 1 k.w.

Proponowana zmiana spowoduje, że właściciele zabytku, którzy utracili go wskutek popełnienia przestępstwa oszustwa oraz wykroczenia kradzieży albo przywłaszczenia zabytku również będą mogli być chronieni przez wpis do rejestru. Rozwiązana też będzie wątpliwość, która może pojawić się w praktyce, czy także zabytki utracone w wyniku popełnienia przestępstw kradzieży albo przywłaszczenia w typie kwalifikowanym będą mogły być wpisane do rejestru.

BIBLIOGRAFIA

- Gadecki B., *Ochrona podwodnego dziedzictwa kultury. Aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2014.
- Gadecki B., *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Art. 108–120. Przepisy karne. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Kobyliński Z., Wysocki J., *Ujęcie problematyki ochrony zabytków archeologicznych w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami – stan obecny i postulaty zmian*, [w:] K. Zeidler (red.), *Prawo ochrony zabytków*, Warszawa–Gdańsk 2014.
- Kowalski W., *Cywilnoprawne aspekty obrotu skradzionymi dobrami kultury*, [w:] J. Kaczmarek (red.), *Prawnokarna ochrona dziedzictwa kultury. Materiały z konferencji Gdańsk, 30 maja – 1 czerwca 2005 r.*, Kraków 2006.
- Kowalski W., *Nabywanie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Kraków 2004.
- Rouba B.J., *Terminologia i pojęcia podstawowe dla procesu ochrony dóbr kultury*, [w:] T. Grzybowska, J. Talbierska (red.), *Dwór Artusa w Gdańsku. Sztuka i sztuka konserwacji. Materiały z konferencji naukowej*, Gdańsk, Dwór Artusa 17–19 października 2002, Warszawa 2004.
- Rudnicki S., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2007.
- Trzeciński M., *Specyfika przestępczości skierowanej przeciwko zabytkom archeologicznym*, [w:] W. Szafrański, K. Zalasieńska (red.), *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki, tom III*, Poznań 2009.
- Zalasieńska K., *Prawna ochrona zabytków nieruchomych w Polsce*, Warszawa 2010.
- Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Kraków 2007.

NOWE REGULACJE DOTYCZĄCE PROBLEMATYKI ZABYTEKÓW W ZWIĄZKU Z WEJŚCIEM W ŻYCIE USTAWY O RZECZACH ZNALEZIONYCH

Streszczenie

W dniu 20 lutego 2015 r. uchwalono ustawę o rzeczach znalezionych. Celem niniejszego artykułu jest analiza regulacji wprowadzonych tą ustawą. Ustawa ta wprowadza istotne zmiany w kodeksie cywilnym oraz w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Utworzono m.in. „Krajowy rejestr utraconych dóbr kultury”. Autor omawia nowe regulacje prawne oraz wysuwa propozycje *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: *zabytek, zabytek archeologiczny, dobro kultury, dziedzictwo narodowe, materiały archiwalne, krajowy rejestr utraconych dóbr kultury*

NEW REGULATIONS ON ANTIQUITIES INTRODUCED BY THE ACT ON FOUND PROPERTY

Summary

The Act on found property was passed on 20 February 2015. The article aims to analyse the regulations of the act. The act introduces substantial amendments to the Civil Code and the Act on the protection and care of antiquities. Inter alia, the National Register of Lost Cultural Property has been founded. The author discusses new legal regulations and offers new proposals *de lege ferenda*.

Key words: *antiquity, archaeological monument, cultural property, national heritage, archival materials, National Register of Lost Cultural Property*

TERENY ZAMKNIĘTE ZE WZGLĘDU NA OBRONNOŚĆ I BEZPIECZEŃSTWO PAŃSTWA USTANAWIANE PRZEZ ORGANY ADMINISTRACJI RZĄDOWEJ

MIROSŁAW KARPIUK

WSTĘP

Obronność i bezpieczeństwo państwa są tymi instytucjami, które ze swej istoty wymagają szczególnego uregulowania. Ich zabezpieczenie bardzo często wymusza na ustawodawcy zastosowanie takich instrumentów, które ingerują w inne dobra. Ze względu na znaczenie tych instytucji, należy zaliczyć je do wartości podstawowych, które powinny być chronione w sposób permanentny i w możliwie najszerszym zakresie, pamiętając jednak przy tym o nieograniczaniu innych dóbr prawnie chronionych, gdy nie jest to konieczne.

Ustanowienie terenów zamkniętych jest niezbędne z punktu widzenia zapewnienia bezpieczeństwa, w tym przede wszystkim w przestrzeni militarnej. Jak wynika z definicji legalnej, jako tereny zamknięte należy rozumieć tereny, które zostały zastrzeżone ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa, określone dla tych celów przez właściwych ministrów i kierowników urzędów centralnych¹. Wyodrębnienie terenów zamkniętych determinuje cel, jakiemu mają one służyć, a jest to obronność i bezpieczeństwo państwa, inne przeznaczenie terenu nie pozwala na nadanie danemu obszarowi statusu terenu zamkniętego. Nie jest istotne przy tym, czy faktycznie tego rodzaju działalność jest tam wykonywana, czy też nie. Wystarczające jest przeznaczenie tych terenów na ten cel, bez konieczności podejmowania jakiegokolwiek aktywności w tym zakresie. Dodatkowo tereny te mają być określone jako zamknięte przez właściwych ministrów i kierowników urzędów centralnych zawiadujących sferą obronności, bądź bezpieczeństwa. Również sam fakt prowadzenia na określonym obszarze działalności

¹ Art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 520 ze zm.), dalej p.g.k.

związanej z obronnością i bezpieczeństwem państwa nie powoduje, że automatycznie obszar ten zostanie zakwalifikowany jako teren zamknięty, gdyż musi być łącznie spełniona druga przesłanka, jaką jest zamknięcie terenu w drodze decyzji wydanej przez właściwego ministra lub kierownika urzędu centralnego.

W ramach opracowania dokonana jest analiza stanu prawnego określającego status terenów zamkniętych w przestrzeni bezpieczeństwa i obronności. Jako cel przyjęto określenie zasad determinujących zarówno ustanawianie, jak i funkcjonowanie tego rodzaju obszarów, które mają służyć bezpieczeństwu państwa oraz obronności.

STATUS TERENÓW ZAMKNIĘTYCH ORAZ ICH USTALANIE

Tereny zamknięte, jak wynika z art. 4 ust. 2a zd. 1 p.g.k., ustalane są przez właściwych ministrów i kierowników urzędów centralnych, co odbywa się w formie decyzji, która określa m.in. granice terenu zamkniętego. Obligatoryjnym elementem rozstrzygnięcia zamykającego teren jest określenie granic tego terenu. Organ administracji rządowej nie może ograniczać korzystania z terenu poprzez jego zamknięcie dla celów obronności i bezpieczeństwa państwa bez jednoczesnego określenia granic tego terenu.

Forma prawna ustalenia terenu zamkniętego to decyzja. Nie jest to jednak decyzja administracyjna. Ustawodawca niefortunnie posługuje się pojęciem „decyzja”, wprowadzając tym samym zamęt pojęciowy. Nie kształtuje ona w sposób władczy statusu prawnego konkretnych podmiotów zewnętrznych, nie przewiduje się również możliwości weryfikacyjnych takiego rozstrzygnięcia. Brak jest zatem przypisanej legitymacji do wniesienia odwołania, a następnie skargi do sądu administracyjnego od decyzji w sprawie ustalenia terenu zamkniętego, na rzecz wyraźnie określonych podmiotów, którym może być przyznany status strony.

Decyzje administracyjne rozstrzygają sprawę co do jej istoty w całości lub w części, bądź też w inny sposób kończą sprawę w danej instancji². Rozstrzygnięcie danej sprawy w formie decyzji administracyjnej powinno wynikać wprost z przepisów prawa administracyjnego materialnego³. W przypadku rozstrzygnięcia w sprawie ustalenia terenu zamkniętego prawo materialne nie mówi o decyzji administracyjnej, a posługując się zwrotem „decyzja” nie odnosi się do kształtowania stosunku administracyjnoprawnego indywidualnie określonego podmiotu.

Za decyzję administracyjną uznać należy takie oświadczenie woli organu administracji publicznej, które wywiera skutki prawne w sferze stosunku administracyjnoprawnego (powstanie, zmiana, bądź też wygaśnięcie tegoż stosunku)⁴. W analizowanym przypadku nie mamy do czynienia z kształtowaniem przez organ stosunku administracyjnoprawnego. Nie powstaje, ani nie ustaje taki stosunek prawny, jak również nie zachodzi przesłanka zmiany tegoż stosunku.

² Art. 104 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 23), dalej k.p.a.

³ Wyrok NSA z dnia 3 lipca 2013 r., I OSK 2210/12, LEX Nr 1429055. Zob. także B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 474.

⁴ Wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2012 r., I OSK 654/11, LEX Nr 1264894.

Dokument, który pochodzi od organu administracji publicznej będzie decyzją administracyjną, o ile spełnia „minimalne”, formalne kryteria uznania danej czynności za akt administracyjny wydany w postępowaniu administracyjnym. Z decyzją będziemy mieli do czynienia, jeżeli oznaczono w takim akcie organ administracyjny, wskazano adresata aktu, zawarto rozstrzygnięcie oraz podpis osoby upoważnionej. Dodatkowo gwarantuje ona prawo do dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego, a następnie prawo do sądu⁵. Decyzja organu administracji rządowej w sprawie ustalenia terenu zamkniętego nie konkretyzuje adresata, a prawo nie przewiduje drogi zaskarżenia tej decyzji.

Samo nazwanie w art. 4 ust. 2a p.g.k. czynności organu administracji publicznej decyzją nie jest wystarczające do zakwalifikowania jej do kategorii decyzji w rozumieniu k.p.a., ponieważ akt ten nie stanowi władczego oraz jednostronnego rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach indywidualnej osoby⁶. Ustawodawca w art. 4 ust. 2a p.g.k. nie przesądza, że decyzja właściwego ministra lub kierownika urzędu centralnego będzie decyzją administracyjną, a analiza normatywnych cech decyzji administracyjnej nie pozwala na zakwalifikowanie decyzji w sprawie ustalenia terenu zamkniętego do katalogu aktów administracyjnych.

Według art. 4 ust. 2a zd. 2 p.g.k. dokumentacja geodezyjna, która określa przebieg granic i powierzchnię terenu zamkniętego przekazywana jest przez organy wydające decyzję o zamknięciu terenu właściwym terytorialnie starostom, którzy według art. 22 ust. 1 p.g.k. prowadzą ewidencję gruntów i budynków oraz gleboznawczą klasyfikację gruntów i wykazują w tej ewidencji dane odnoszące się do gruntów, budynków i lokali, znajdujących się na terenach zamkniętych, przy uwzględnieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Dokumentacja geodezyjna dotycząca terenu zamkniętego obligatoryjnie musi określać zarówno przebieg granic, jak też powierzchnię terenu zamkniętego.

Ewidencja gruntów i budynków (kataster nieruchomości), według definicji legalnej wynikającej z art. 2 pkt 8 p.g.k. to system informacyjny, który ma zapewniać gromadzenie, aktualizację oraz udostępnianie, w sposób jednolity dla całego kraju, informacji o gruntach, budynkach i lokalach, ich właścicielach oraz o innych podmiotach władających lub gospodarujących tymi gruntami, budynkami lub lokalami. W związku z powyższym, w ramach takiej ewidencji muszą się również znaleźć informacje dotyczące terenów zamkniętych, w tym ich usytuowania. Ewidencja ta ze względu na potrzebę kompletności informacji w niej gromadzonych powinna zawierać dane dotyczące terenów zamkniętych, chyba że objęte są one stosowną klauzulą tajności..

Ewidencja gruntów i budynków stanowi jedynie specjalnie prowadzony i wywierający określone skutki prawne zbiór informacji o gruntach i budynkach, pełniący funkcje informacyjno-techniczne, nie rozstrzyga sporów o prawo, nie ujmuje czy też nie nadaje praw⁷.

⁵ Wyrok WSA z dnia 18 kwietnia 2013 r., II SA/Kr 1288/12, LEX Nr 1310168.

⁶ Wyrok NSA z dnia 8 lutego 2011 r., I OSK 449/10, LEX Nr 990253. Inaczej jednak WSA w jednym ze swoich orzeczeń, który stwierdza, że w art. 4 ust. 2a p.g.k. mamy do czynienia z decyzją w rozumieniu przepisów k.p.a., wyrok WSA z dnia 24 listopada 2009 r., IV SA/Wa 1468/09, LEX Nr 589447. Nie wydaje się, aby stanowisko WSA wyrażone w tym drugim wyroku było słuszne, argumentacja sądu jest nieprzekonująca i nie zasługuje na aprobatę.

⁷ Wyrok WSA z dnia 4 sierpnia 2015 r., II SA/Bd 118/15, LEX Nr 1851692. Istotą ewidencji gruntów oraz budynków jest spisywanie istniejącego stanu prawnego gruntu lub budynku, wyrok WSA z dnia 26 lutego 2014 r., III SA/Kr 910/13, LEX Nr 1502725.

Dane odnoszące się do gruntów, a także budynków i lokali znajdujących się na terenach zamkniętych, którym nie przyznano żadnej klauzuli tajności na podstawie przepisów o ochronie informacji niejawnych, wykazuje się w ewidencji gruntów i budynków w sposób określony w przepisach o ewidencji gruntów i budynków⁸. Operat ewidencyjny zawierający tego typu informacje jest jawny, zatem dane dotyczące gruntów, budynków oraz lokali znajdujących się na terenach zamkniętych będą miały charakter powszechnie dostępny, oczywiście pod warunkiem nie nadania im klauzuli tajności.

Zasady rejestrowania w ewidencji gruntów i budynków danych dotyczących gruntów, budynków i lokali, znajdujących się na terenach zamkniętych, w przypadku gdy organ administracji rządowej ustalił teren zamknięty, na obszarze, na którym była dotychczas prowadzona ewidencja, określa § 6 r.t.z. Według tego przepisu, starosta po otrzymaniu dokumentacji geodezyjnej określającej przebieg granic i powierzchnię terenu zamkniętego, niezwłocznie dostosowuje ewidencję do przepisów o ochronie informacji niejawnych. Główny Geodeta Kraju przekazuje staroście wykaz obiektów, którym została przyznana klauzula tajności, niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia od właściwego ministra, czy też kierownika urzędu centralnego o ustaleniu terenu zamkniętego. Dokumentację, która zawiera informację niejawną o budynkach i lokalach znajdujących się na terenie zamkniętym starosta wyłącza z ewidencji i przekazuje zarządzającemu terenem zamkniętym. Dane z dokumentacji geodezyjnej określającej przebieg granic i powierzchnię terenu zamkniętego, w przypadku objęcia ich stosowną klauzulą tajności, nie mogą być dostępne dla osób nieuprawnionych. Przewodniczący zarządu powiatu ma obowiązek wyłączyć z ewidencji gruntów i budynków dokumentację, w której klauzulę tajności przyznano informacjom o określonych budynkach i lokalach znajdujących się na terenie zamkniętym, jak również przekazać ją zarządzającemu terenem zamkniętym. Ewidencja gruntów i budynków prowadzona przez starostę nie jest zatem rejestrem kompletnym, zawierającym wszystkie informacje o budynkach i lokalach, gdyż nie ma tutaj danych rejestrowych objętych właściwą klauzulą tajności, co jest związane z ograniczonym dostępem do takich danych.

Z faktu, że starosta niezwłocznie po otrzymaniu dokumentacji geodezyjnej określającej przebieg granic i powierzchnię terenu zamkniętego, dostosowuje ewidencję gruntów i budynków do przepisów o ochronie informacji niejawnych, wynika konieczność szybkiego (bez zbędnej zwłoki) reagowania na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa państwa oraz zagwarantowania na odpowiednim poziomie gotowości obronnej państwa.

Po założeniu ewidencji dla terenu zamkniętego, jak wynika § 7 r.t.z., starosta niezwłocznie przekazuje nieodpłatnie zarządzającemu terenem zamkniętym: 1) kopię mapy ewidencyjnej obszaru terenu zamkniętego; 2) wypisy z ewidencji dla działek, budynków i lokali znajdujących się na terenie zamkniętym; 3) inną dokumentację geodezyjną i kartograficzną, która dotyczy obszaru terenu zamkniętego, znajdującą się w powiatowym zasobie geodezyjnym i kartograficznym, według zapotrzebowania zarządzającego terenem zamkniętym. Na starostę został nałożony obowiązek przekazania dokumentów

⁸ § 3 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2001 r. w sprawie wykazywania w ewidencji gruntów i budynków danych odnoszących się do gruntów, budynków i lokali, znajdujących się na terenach zamkniętych (Dz.U. Nr 84, poz. 911), dalej r.t.z.

określonych w § 7 r.t.z. Zarządzający terenem zamkniętym nie musi w tym zakresie wnioskować do starosty, gdyż ten działa z urzędu.

Właściwi ministrowie i kierownicy urzędów centralnych zawiadamiają Głównego Geodetę Kraju o ustaleniu terenu zamkniętego, jak również podają klauzulę tajności informacji, które odnoszą się do obiektów znajdujących się na tym obszarze, co wynika z art. 4 ust. 2b p.g.k. Na organ ustalający teren zamknięty został nałożony obowiązek informacyjny, realizowany w drodze zawiadomienia centralnego organu administracji rządowej właściwego w sprawach geodezji i kartografii o wyodrębnieniu takiego terenu, nawet, gdy organem ustalającym jest minister. Właściwy minister, bądź kierownik urzędu centralnego w zawiadomieniu o ustaleniu terenu zamkniętego podaje także klauzulę tajności informacji dotyczących obiektów znajdujących się na tym terenie.

Informacjom niejawnym nadaje się następujące klauzule tajności: „ściśle tajne”, „tajne”, „poufne”, „zastrzeżone”. Klauzula tajności nadawana jest w przypadku informacji dotyczących obiektów znajdujących się na terenie zamkniętym, jeżeli nieuprawnione ujawnienie takich informacji spowoduje w przypadku powstania określonych zagrożeń, zakłóceń lub utrudnień, odpowiednio: wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej, bądź też może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie zadań dotyczących m.in. obrony narodowej, czy bezpieczeństwa publicznego.

Informacje niejawne, to takie informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby, bądź też mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej lub byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, również w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy, czy sposobu ich wyrażania⁹. Ochrona informacji o obiektach znajdujących się na terenie zamkniętym wynika zatem z potrzeby uniknięcia powstania szkody dla RP, czy godzenia w interesy państwa przejawiające się w ich niekorzystności.

Zasadą, ustanowioną na gruncie art. 4 ust. 1a p.g.k., jest że dla obszaru całego kraju zakładane są i prowadzone w systemie teleinformatycznym bazy danych, które obejmują zbiory danych przestrzennych infrastruktury informacji przestrzennej, a standardowymi opracowaniami kartograficznymi, które są tworzone na podstawie zbiorów danych zawartych w tych bazach danych, co z kolei wynika z art. 4 ust. 1e pkt 2 p.g.k., są m.in. mapy zasadnicze. Zasada ta nie obowiązuje odnośnie do terenów zamkniętych. Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 4 ust. 2 p.g.k., według którego dla terenów zamkniętych, zamiast mapy zasadniczej, sporządza się odrębne mapy zawierające także sieć podziemnego uzbrojenia terenu¹⁰. Sporządzanie, jak też aktualizowanie tych map oraz ustalanie granic terenów zamkniętych należy do właściwych ministrów

⁹ Art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. Nr 182, poz. 1228 ze zm.), dalej u.o.i.n.

¹⁰ Poprzez sieć uzbrojenia terenu, według art. 2 pkt 11 p.g.k., rozumie się wszelkiego rodzaju nadziemne, naziemne oraz podziemne przewody i urządzenia: wodociągowe, gazowe, ciepłne, kanalizacyjne, telekomunikacyjne, elektroenergetyczne, czy inne, z wyłączeniem urządzeń melioracji szczegółowych, a także podziemne budowle, jak: tunele, przejścia, parkingi, zbiorniki itp. Wyliczenie rodzajów urządzeń infrastruktury technicznej nie jest wyliczeniem enumeratywnym i nie stanowi zamkniętego katalogu tych urządzeń. Jeżeli ustawodawca posługuje się zwrotem „wszelkiego rodzaju” oraz „itp.”, to uznać należy, że wyliczenie to ma charakter przykładowy, wyrok WSA z dnia 24 października 2013 r., II SA/Op 341/13, LEX Nr 1395442.

i kierowników urzędów centralnych. Ustawodawca wprowadza obowiązek, po pierwsze uwzględnienia w „odrębnych mapach” sieci podziemnego uzbrojenia terenu, po drugie ich aktualizacji oraz po trzecie ustalania granic terenów zamkniętych. Nie dookreśla jednak w tym przepisie częstotliwości oraz zakresu aktualizacji map.

W przypadku, gdy teren utracił charakter terenu zamkniętego, to według art. 4 ust. 2c p.g.k., na zarządzającym takim terenem ciąży obowiązek przekazania właściwemu staroście dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej oraz sporządzonych map celem włączenia ich do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego. Posiadana dokumentację geodezyjną i kartograficzną, zawierającą dane dotyczące gruntów, budynków i lokali, znajdujących się na byłym terenie zamkniętym, gdy wydano decyzję o utracie przez ten teren charakteru zamkniętego, według § 8 r.t.z., zarządzający takim terenem przekazuje staroście nieodpłatnie w terminie 6 miesięcy od dnia wydania decyzji.

Jak stanowi art. 13 ust. 3 p.g.k., prace geodezyjne na terenach zamkniętych mogą być wykonywane jedynie przez wykonawców działających na zlecenie organów wydających decyzję o zamknięciu terenu, lub za ich zgodą¹¹. Podmioty prowadzące prace geodezyjne na terenach zamkniętych muszą się zatem legitymować stosownym oświadczeniem woli organu administracji rządowej zamykającego teren, mającym postać zgody, bądź zlecenia.

WYBRANE OBSZARY UZNANE ZA TERENY ZAMKNIĘTE

Tereny zamknięte muszą być prawnie wyodrębnione przez właściwy organ administracji rządowej – ministra lub kierownika urzędu centralnego. W ramach tego wyodrębnienia organ musi wyraźnie określić granice takiego obszaru.

Komendant Główny Straży Granicznej ustalił jako teren zamknięty ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa m.in. obszar: 1) który obejmuje działkę o numerze ewidencyjnym 115/2 w obrębie 89 o powierzchni 9763 m² położoną w Nowym Sączu przy ulicy 1 Pułku Strzelców Podhalańskich 5, powiat nowosądecki, województwo małopolskie, będącą w trwałym zarządzie Karpackiego Ośrodka Wsparcia Straży Granicznej w Nowym Sączu na podstawie wpisu do księgi wieczystej nr 30500 prowadzonej przez Wydział Ksiąg Wieczystych Sądu Rejonowego w Nowym Sączu, w granicach działek łącznie z budynkami i innymi obiektami budowlanymi trwale związanymi z gruntem i budowlą. Jeżeli chodzi o informacje o obiektach lub ich wyodrębnionych częściach, znajdujących się na terenie zamkniętym, jak również o opracowania geodezyjne i kartograficzne, stanowiące dokumentację terenu zamkniętego, to nie nadano im klauzuli tajności¹²; 2) który obejmuje działkę o numerze ewidencyjnym 56/1 w obrębie ewidencyjnym 37 o powierzchni 29 904 m² położoną w Koszalinie, gmina Koszalin, powiat Miasto Koszalin, województwo zachodniopomorskie, będącą w trwałym zarządzie Centralnego Ośrodka Szkolenia Straży Granicznej w Koszalinie, wraz z budyn-

¹¹ Zob. także G. Lang, [w:] J. Lang, J. Maćkowiak, E. Stefańska (red.), *Prawo geodezyjne i kartograficzne. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 168.

¹² § 1–3 decyzji Nr 11 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 16 stycznia 2015 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG z 2015 r., poz. 7).

kami oraz innymi obiektami budowlanymi trwale związanymi z gruntem i budowlą. Klauzulą tajności nie objęto informacji o obiektach lub ich wyodrębnionych częściach, objętych terenem zamkniętym. „Zastrzeżone” zostały jednak opracowania geodezyjne i kartograficzne, które stanowią dokumentację terenu zamkniętego¹³; 3) który obejmuje działkę o numerze ewidencyjnym 495 w obrębie 1 o powierzchni 58 276 m² położoną w miejscowości Krosno Odrzańskie, gmina Krosno Odrzańskie, powiat krośnieński, województwo lubuskie, będącą w trwałym zarządzie Nadodrzańskiego Oddziału Straży Granicznej, z budynkami i innymi obiektami budowlanymi trwale związanymi z gruntem i budowlą. Klauzuli tajności nie nadano informacjom o obiektach lub ich wyodrębnionych częściach, objętych terenem zamkniętym. Klauzulą „zastrzeżone” objęto opracowania geodezyjne i kartograficzne, które stanowią dokumentację terenu zamkniętego¹⁴; 4) który obejmuje działki o numerach ewidencyjnych 2/13, 46/2 i 46/3 AM-17 w obrębie II – Lubań o łącznej powierzchni 81 449 m² położony w Lubaniu, gmina Lubań, powiat lubański, województwo dolnośląskie, będący w trwałym zarządzie Ośrodka Szkoleń Specjalistycznych Straży Granicznej w Lubaniu, łącznie z budynkami i innymi obiektami budowlanymi trwale związanymi z gruntem. Klauzulą tajności nie objęto informacji o obiektach, czy też ich wyodrębnionych częściach, objętych terenem zamkniętym. Jako „zastrzeżone” uznano opracowania geodezyjne i kartograficzne, które stanowią dokumentację terenu zamkniętego¹⁵; 5) który obejmuje działki o numerach ewidencyjnych 1015, 1022, 1032, 1043/1, 1043/2, 1043/3, 1048, 1049, 1050, 1051, 1060, 1061, 1072 w obrębie 207 o łącznej powierzchni 65 834 m² położone w Przemyślu, gmina Przemyśl, powiat przemyski, województwo podkarpackie, będące w trwałym zarządzie Bieszczadzkiego Oddziału Straży Granicznej, łącznie z budynkami i innymi obiektami budowlanymi trwale związanymi z gruntem i budowlą. Klauzuli tajności nie nadano informacjom o obiektach lub ich wyodrębnionych częściach, objętych terenem zamkniętym, a klauzulę „zastrzeżone” posiadają opracowania geodezyjne i kartograficzne, które stanowią dokumentację terenu zamkniętego¹⁶.

Opracowania geodezyjne i kartograficzne stanowiące dokumentację terenu zamkniętego mają często charakter zastrzeżony. Informacjom niejawnym, według art. 5 ust. 4 u.o.i.n., nadawana jest klauzula tajności „zastrzeżone”, gdy nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej, czy też inne jednostki organizacyjne, zadań w zakresie obrony narodowej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, polityki zagranicznej, wymiaru sprawiedliwości, bądź też interesów ekonomicznych RP¹⁷.

¹³ § 1–3 decyzji Nr 58 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 25 marca 2008 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 3, poz. 22).

¹⁴ § 1–3 decyzji Nr 215 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 października 2006 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 9, poz. 82 ze zm.).

¹⁵ § 1–3 decyzji Nr 213 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 października 2006 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 9, poz. 80 ze zm.).

¹⁶ § 1–3 decyzji Nr 211 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 października 2006 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 9, poz. 78 ze zm.).

¹⁷ Zob. także M. Karpiuk, *Przestrzeń e-administracji i demokracji cyfrowej*, [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Karpiuk, *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2015, s. 446.

Rodzajami materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, są: 1) zobrazowania o geometrycznej zdolności rozdzielczej (terenowej odległości próbkowania) 0,5 m lub wyższej, wykonane w dowolnym zakresie promieniowania elektromagnetycznego; 2) materiały powstałe w wyniku skaningu laserowego, jeżeli gęstość punktów zarejestrowanych przez urządzenie skanujące ma wartość 8 punktów na metr kwadratowy lub większą, badaną w obszarze próbkowania 10 m x 10 m; 3) materiały zawierające rysunek, obraz lub rezultaty pomiarów pozwalające na określenie współrzędnych z dokładnością właściwą dla map w skali 1:5000 lub większą; 4) materiały oraz bazy danych, zawierające informację opisową lub w postaci znaku graficznego o przeznaczeniu obiektów położonych na terenach zamkniętych, jeżeli informacjom o tych obiektach nadano klauzulę tajności¹⁸. Jak wskazuje art. 10 ust. 2 p.g.k. powyższe materiały geodezyjne lub kartograficzne mogą wykonywać wyłącznie podmioty posiadające odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych. Interes państwa, który jest utożsamiany z jego bezpieczeństwem jest ściśle powiązany ze skuteczną ochroną ważnych dla niego informacji¹⁹. Takie ważne, chronione informacje mogą być zawarte m.in. w określonych materiałach geodezyjnych i kartograficznych odnoszących się do terenów zamkniętych, w związku z czym w takim przypadku obejmowane są one stosowną klauzulą tajności.

NADZÓR NAD PRACAMI GEODEZYJNYMI I KARTOGRAFICZNYMI NA TERENACH ZAMKNIĘTYCH

Nadzór nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych sprawuje właściwy minister lub kierownik urzędu centralnego, co wynika z art. 4 ust. 2d p.g.k. Instrumentarium nadzorczym odnośnie do prac geodezyjnych i kartograficznych na terenach zamkniętych dysponuje zatem organ administracji rządowej zamykający teren. Oceny, czy doszło do naruszenia, w ramach czynności wstępnych, dokonuje jednak jednostka organizacyjna ministerstwa, bądź urzędu centralnego, która jest właściwa w sprawach geodezji i kartografii, i w tym zakresie sporządza wystąpienie pokontrolne.

Według art. 2 pkt 1 p.g.k., jako prace geodezyjne ustawodawca rozumie: 1) projektowanie oraz wykonywanie pomiarów: geodezyjnych, grawimetrycznych, magnetycznych oraz astronomicznych, wykonywanych w związku z realizacją zadań określonych w p.g.k., z opracowaniem dokumentacji geodezyjnej dotyczącej nieruchomości na potrzeby postępowań administracyjnych lub sądowych oraz czynności cywilnoprawnych oraz z wykonywaniem opracowań geodezyjno-kartograficznych, czy też czynności geodezyjnych na potrzeby budownictwa; 2) projektowanie i wykonywanie zobrazowań lotniczych, jak też zobrazowań satelitarnych w związku z realizacją ustawowych zadań, bądź na potrzeby wyżej wskazanych pomiarów i opracowań; 3) obliczanie lub przetwarzanie wyników wyżej wskazanych pomiarów i opracowań; 4) tworzenie zbiorów

¹⁸ Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 299, poz. 1772).

¹⁹ D. Fleszer, *Informacja niejawna i jej klasyfikacja*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, Nr 8, s. 21.

danych, ortofotomapy oraz dokumentacji geodezyjnej na potrzeby postępowań administracyjnych, postępowań sądowych oraz czynności cywilnoprawnych związanych z nieruchomościami, a także wykonywanie opracowań geodezyjno-kartograficznych na potrzeby budownictwa. Z kolei jako prace kartograficzne art. 2 ust. 2 p.g.k. rozumie wykonywanie map topograficznych, map ogólnogeograficznych oraz kartograficznych opracowań tematycznych i specjalnych.

Na terenach zamkniętych nadzorowi podlegają następujące rodzaje prac geodezyjnych i kartograficznych: 1) zakładanie oraz modernizowanie podstawowych i szczegółowych osnów geodezyjnych; 2) wykonywanie prac geodezyjnych i kartograficznych, których wyniki przekazuje się właściwym starostom w celu ujawnienia ich w ewidencji gruntów i budynków; 3) wykonywanie oraz aktualizowanie map, które zawierają położenie sieci uzbrojenia terenu i innych elementów zagospodarowania terenu; 4) przedstawianie na mapach topograficznych terenów zamkniętych, jak też wykonywanie map specjalnych tych terenów w skalach 1:50.000 oraz większych; 5) przedstawianie terenów zamkniętych w opracowaniach fotogrametrycznych i teledetekcyjnych, które zostały wykonane na podstawie zdjęć lotniczych i przetworzonych zobrazowań satelitarnych; 6) tworzenie oraz aktualizowanie systemów informacji o terenie; 7) wykonywanie dokumentacji geodezyjnej oraz kartograficznej do celów prawnie określonych; 8) ochrona znaków geodezyjnych²⁰. Ustawodawca w art. 10 ust. 1a p.g.k. upoważnił do określenia, w drodze rozporządzenia, zakresu oraz trybu sprawowania nadzoru nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych, w tym do określenia rodzajów prac, nad którymi sprawowany jest nadzór, uwzględniając przy tym potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, jak też ochrony informacji niejawnych. Prawodawca, tworząc katalog prac geodezyjnych i kartograficznych podlegających nadzorowi, biorąc przy tym pod uwagę potrzeby obronności, bezpieczeństwa państwa, czy ochronę informacji niejawnych zastosował klauzulę enumeracji pozytywnej, w związku z czym inne prace geodezyjne i kartograficzne prowadzone na terenach zamkniętych nie będą podlegały nadzorowi. Prawodawca nie posługuje się zwrotem „w szczególności” przy określaniu rodzajów prac podlegających nadzorowi, jeżeli są wykonywane na terenach zamkniętych, zatem należy przyjąć, że jest to katalog zamknięty.

Nadzór nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych, według § 4 ust. 1 r.n.g.k., polega na ocenie: 1) zgodności wykonywanych map terenu zamkniętego, które zawierają położenie sieci uzbrojenia terenu i innych elementów zagospodarowania terenu z prawnymi wymogami dotyczącymi opracowania mapy zasadniczej; 2) zgodności z prawem wykonywanych pomiarów i opracowań geodezyjnych terenu zamkniętego; 3) przekazywania oraz przyjmowania do ewidencji gruntów i budynków, danych odnoszących się do terenu zamkniętego; 4) zgodności z prawem wykonywania, udostępniania oraz rozpowszechniania fotogrametrycznych i teledetekcyjnych zdjęć lotniczych terenu zamkniętego; 5) posiadania przez wykonawców prac geodezyjnych i kartograficznych zezwoleń na wykonywanie tych prac; 6) przestrzegania przy wykonywaniu prac geodezyjnych i kartograficznych przepisów o ochronie informacji niejaw-

²⁰ § 4 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie nadzoru nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych (Dz.U. Nr 101, poz. 939), dalej r.n.g.k. Zob. także M. Krzyżniński, J. Maćkowiak [w:] J. Lang, J. Maćkowiak, E. Stefańska (red.), *Prawo...*, s. 133–134.

nych. Jednostka organizacyjna ministerstwa lub urzędu centralnego właściwa w sprawach geodezji i kartografii, jako jednostka nadzorująca, w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w prowadzeniu powyżej wskazanych prac, kieruje do właściwego ministra lub kierownika urzędu centralnego wystąpienie pokontrolne z wnioskami i zaleceniami. Jednostka nadzorująca na gruncie tego przepisu dokonuje „oceny”, zatem wyposażona jest w kompetencje kontrolne, nie nadzorcze, potwierdza to również fakt, że przekazuje ona wystąpienie „pokontrolne” wraz z wnioskami i zaleceniami, do właściwego ministra lub kierownika urzędu centralnego. Zatem nie będzie ona, tak jak chce prawodawca, podmiotem nadzorującym, a kontrolującym, gdyż jednostka organizacyjna ministerstwa lub urzędu centralnego właściwa w sprawach geodezji i kartografii nie została wyposażona w instrumentarium władcze, przypisane nadzorowi. Jest to jedynie „jednostka organizacyjna” aparatu pomocniczego, a nie samodzielny organ.

Nadzór nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych, według § 5 r.n.g.k., jest wykonywany poprzez: 1) rozpatrywanie sprawozdań z realizacji prac geodezyjnych i kartograficznych, jak również rozliczanie tych prac; 2) podejmowanie czynności mających na celu zapewnienie prawidłowego wykonywania prac geodezyjnych i kartograficznych. Prawodawca nieprecyzyjnie i, co jest z tym związane, również wadliwie, określa władcze kompetencje realizowane w ramach nadzoru. Należałoby wyraźnie wskazać, jakie można podjąć czynności nadzorcze, których celem jest zapewnienie prawidłowego wykonywania prac geodezyjnych i kartograficznych. Określanie ich poprzez cel, jaki ma być za ich pośrednictwem osiągnięty, jest wadliwe i może prowadzić do nieuprawnionego uznania i przy tym nieuprawnionej ingerencji, organu stosującego takie środki.

Za tereny zamknięte, które są niezbędne dla obronności państwa, na których Minister Obrony Narodowej nadzoruje prace geodezyjne i kartograficzne, prawodawca uznaje: 1) tereny zajęte pod: a) stanowiska kierowania państwem oraz stanowiska dowodzenia Siłami Zbrojnymi RP w stanie zagrożenia bezpieczeństwa państwa oraz wojny, b) obiekty rozpoznania i walki radioelektronicznej oraz obrony powietrznej i przeciwlotniczej kraju, c) obiekty telekomunikacyjne, które służą do przekazywania informacji niejawnych, d) porty wojenne i urządzenia Marynarki Wojennej, e) lotniska wojskowe, f) składy i magazyny amunicji, uzbrojenia, a także materiałów pędnych i smarów, g) obiekty przeznaczone do produkcji materiałów i środków służących do celów obrony kraju; 2) tereny zamknięte przeznaczone w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego na te cele²¹. Organem nadzorującym prace geodezyjne i kartograficzne na powyższych terenach zamkniętych jest Minister Obrony Narodowej, co jest bezpośrednio związane z ich przeznaczeniem, jakim jest obronność państwa, przy czym muszą one być „niezbędne” z punktu widzenia realizacji tego celu oraz są już zajęte, bądź przeznaczone w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego, na cele obronności. Wyznaczenie w studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego terenów zamkniętych jako niezbędnych dla obronności państwa nie umożliwia Ministrowi Obrony Narodowej podejmowania działań nadzorczych, o ile nie są to obszary już zajęte na te cele.

²¹ § 3 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 lipca 2003 r. w sprawie terenów zamkniętych niezbędnych dla obronności państwa (Dz.U. Nr 141, poz. 1368).

BIBLIOGRAFIA

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Decyzja Nr 11 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 16 stycznia 2015 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG z 2015 r., poz. 7).
- Decyzja Nr 58 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 25 marca 2008 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 3, poz. 22).
- Decyzja Nr 215 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 października 2006 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 9, poz. 82 ze zm.).
- Decyzja Nr 213 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 października 2006 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 9, poz. 80 ze zm.).
- Decyzja Nr 211 Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 17 października 2006 r. w sprawie ustalenia terenu zamkniętego (Dz.Urz.KGSG Nr 9, poz. 78 ze zm.).
- Fleszer D., *Informacja niejawna i jej klasyfikacja*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, Nr 8.
- Karpiuk M., *Przestrzeń e-administracji i demokracji cyfrowej*, [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Karpiuk, *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2015.
- Lang J., Maćkowiak J., Stefańska E. (red.), *Prawo geodezyjne i kartograficzne. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 22 grudnia 2011 r. w sprawie rodzajów materiałów geodezyjnych i kartograficznych, które podlegają ochronie zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 299, poz. 1772).
- Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie nadzoru nad pracami geodezyjnymi i kartograficznymi na terenach zamkniętych (Dz.U. Nr 101, poz. 939).
- Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 18 lipca 2003 r. w sprawie terenów zamkniętych niezbędnych dla obronności państwa (Dz.U. Nr 141, poz. 1368).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2001 r. w sprawie wykazywania w ewidencji gruntów i budynków danych odnoszących się do gruntów, budynków i lokali, znajdujących się na terenach zamkniętych (Dz.U. Nr 84, poz. 911).
- Ustawa z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 520 ze zm.).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 23).
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. Nr 182, poz. 1228 ze zm.).
- Wyrok NSA z dnia 3 lipca 2013 r., I OSK 2210/12, LEX Nr 1429055.
- Wyrok NSA z dnia 8 lutego 2011 r., I OSK 449/10, LEX Nr 990253.
- Wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2012 r., I OSK 654/11, LEX Nr 1264894.
- Wyrok WSA z dnia 18 kwietnia 2013 r., II SA/Kr 1288/12, LEX Nr 1310168.
- Wyrok WSA z dnia 24 listopada 2009 r., IV SA/Wa 1468/09, LEX Nr 589447.
- Wyrok WSA z dnia 4 sierpnia 2015 r., II SA/Bd 118/15, LEX Nr 1851692.
- Wyrok WSA z dnia 26 lutego 2014 r., III SA/Kr 910/13, LEX Nr 1502725.
- Wyrok WSA z dnia 24 października 2013 r., II SA/Op 341/13, LEX Nr 1395442.

TERENY ZAMKNIĘTE ZE WZGLĘDU NA OBRONNOŚĆ I BEZPIECZEŃSTWO PAŃSTWA USTANAWIANE PRZEZ ORGANY ADMINISTRACJI RZĄDOWEJ

Streszczenie

W artykule podjęta jest problematyka dotycząca ustanawiania terenów zamkniętych ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa. Kompetencje w tym zakresie zostały przyznane administracji rządowej – ministrom oraz kierownikom urzędów centralnych. Organ wydając decyzję o zamknięciu terenu musi jednocześnie określić jego granice. Jest to na tyle istotne, że musi być uwzględnione w dokumentacji geodezyjnej, która jest przekazywana właściwym terytorialnie starostom prowadzącym ewidencję gruntów i budynków. Przewodniczący zarządu powiatu wykazuje w tej ewidencji dane odnoszące się do gruntów, budynków i lokali, znajdujących się na terenach zamkniętych, musi jednak brać pod uwagę przepisy o ochronie informacji niejawnych. Nadanie informacjom o obiektach znajdujących się na terenie zamkniętym określonej klauzuli tajności powoduje, że nie będą one udostępniane osobom nieuprawnionym.

Słowa kluczowe: *teren zamknięty, obronność, bezpieczeństwo państwa*

ENCLOSED AREAS DUE TO STATE DEFENCE AND SECURITY ESTABLISHED BY GOVERNMENT ADMINISTRATION

Summary

The article discusses an issue of establishing enclosed areas due to state defence and security. Competences in this field have been assigned to government administration – ministers and heads of central offices. The authority issuing the decision to enclose a site must also determine its borders. It is important because it must be included in the geodetic documentation, which is submitted to territorial governors responsible for the land and property registry. The chairperson of the county authorities shows all the data relating to land, buildings and premises located within the enclosed areas in the registry, but the regulations pertaining to the protection of classified information must be taken into consideration. Awarding the information about structures located within the enclosed area a status of classified one means it shall not be made available to unauthorized persons.

Key words: *enclosed area, defence, state security*

ADMINISTRATOR BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI

RYSZARD SZAŁOWSKI

Na administratorze danych, zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹ (dalej jako ustawa) ciąży obowiązek zastosowania środków technicznych i organizacyjnych zapewniających ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną, a w szczególności powinien on zabezpieczyć dane przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabranieniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem. Administrator danych prowadzi dokumentację, w postaci polityki bezpieczeństwa oraz instrukcji zarządzania systemem informatycznym, opisującą sposób przetwarzania danych oraz środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych. Zakres i prowadzenie tej dokumentacji oraz podstawowe warunki techniczne i organizacyjne, jakim powinny odpowiadać urzędnicy i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych określają przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r.² Realizacja wspomnianych obowiązków wymaga opracowania i aktualizacji dokumentacji, wdrożenia przewidzianych w niej wymogów ochrony, właściwego przeszkolenia osób przetwarzających w jednostce organizacyjnej dane osobowe oraz zapewnienia kontroli przestrzegania przepisów ustawy, jak również rygorów wynikających z wdrożonej dokumentacji.

Dążąc do zapewnienia warunków realnej ochrony danych osobowych ustawodawca, nowelizując ustawę w 2004 r., dodał do treści art. 36 ustęp 3, zgodnie z którym administrator danych wyznacza administratora bezpieczeństwa informacji (dalej jako ABI), nadzorującego przestrzeganie zasad ochrony, chyba że sam wykonuje te czyn-

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1182, ze zm.

² Dz.U. Nr 100, poz. 1024. W wyniku nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych dokonanej mocą postanowień art. 13 ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o działach administracji rządowej oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2281) obecnie zobowiązany do wydania rozporządzenia regulującego wskazane w tekście zagadnienia jest minister właściwy do spraw informatyzacji.

ności³. Regulacja ta miała zatem charakter ramowy, nie przesądzała warunków, jakie ma spełnić osoba kandydująca do pełnienia tej funkcji, nie określała szczegółowo jej zadań, obowiązków ani uprawnień. Luka ta została uzupełniona postanowieniami jednej z kolejnych ustaw nowelizujących – ustawy z dnia 7 listopada 2014 r. o ułatwieniu wykonywania działalności gospodarczej (art. 9)⁴, której postanowienia weszły w życie z dniem 1 stycznia 2015 r.⁵

Celem niniejszego artykułu jest prezentacja, analiza i ocena wdrożonych regulacji z punktu widzenia ich funkcji gwarancyjnej w odniesieniu do skuteczności ochrony danych osobowych.

1. POWOŁYWANIE I REJESTRACJA ADMINISTRATORA BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI

Jak stanowi art. 36a ust. 1 ustawy, administrator danych może powołać administratora bezpieczeństwa informacji. Zatem, ustanowienie podmiotu bezpośrednio realizującego zadania w zakresie ochrony danych osobowych jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem administratora. Skoro powołanie ABI jest fakultatywne to oznacza, że ustawodawca nie traktuje skuteczności ochrony danych osobowych jako okoliczności pierwszoplanowej, pozostawia administratorowi wybór, czy zadania bezpieczeństwa informacji powierzyć ABI, czy też przyjąć inną formę organizacyjną zapewnienia przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych⁶. Wzgląd na efektywność ochrony danych osobowych powinien, w moim przekonaniu, prowadzić do ustanowienia obowiązku powołania ABI przez administratora danych.

Z kolei przepis art. 36b stanowi, że w przypadku niepowołania ABI, jego zadania (z wyłączeniem wskazanych w tym przepisie) wykonuje administrator danych. Powołany wyżej przepis nie zobowiązuje administratora do osobistej realizacji takich obowiązków, zatem należy przyjąć że ustawodawca nie obligując administratora do powołania ABI zobowiązuje go do przyjęcia innej formy organizacyjnej działań, ukierunkowanych na skuteczność ochrony danych osobowych. M. Byczkowski wskazuje, że administrator danych może wyznaczyć do wykonywania takich zadań inne osoby, może także powierzyć ich realizację przedsiębiorcy w ramach outsourcingu⁷. Zatem,

³ Art. 1 pkt 20 ustawy z dnia 22 stycznia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie danych osobowych oraz ustawy o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe (Dz.U. Nr 33, poz. 285).

⁴ Dz.U. poz. 1662.

⁵ Genezę instytucji ABI w ujęciu ewolucyjnym z uwzględnieniem analizy projektu wskazanej w tekście nowelizacji omawia P. Fajgielski, *Administrator bezpieczeństwa informacji – geneza, stan obecny i perspektywy zmian*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 9/2014, s. 39–44.

⁶ A. Mednis podkreśla, że „nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamiast abi powołać do życia inne stanowisko lub funkcję związaną z ochroną danych osobowych” – zob. A. Mednis, *Administrator bezpieczeństwa informacji po nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych z 7.11.2014 r. – ocena rozwiązań*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 23.

⁷ M. Byczkowski, *Zapewnianie przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych w sferze wewnętrznej bez powołania administratora bezpieczeństwa informacji*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 8.

administrator może powierzyć wykonywanie zadań analogicznych do przypisanych ABI osobie, której nie powoła do pełnienia obowiązków ABI w rozumieniu ustawy.

Zdaniem P. Fajgielskiego, wyznaczenie ABI leży w interesie administratora „gdyż w ten sposób może zrzucić z siebie ciężar niektórych obowiązków (...) i związaną z tym odpowiedzialność”⁸. Jednak biorąc pod uwagę, że zgodnie z treścią art. 36 ust. 1 ustawy administrator danych jest obowiązany zastosować środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną, należy uznać, że powołanie ABI nie zwalnia administratora danych od odpowiedzialności za uchybienia, jakie ewentualnie wystąpią w tym zakresie.

W ramach obowiązującej regulacji prawnej nie wskazano formy zatrudnienia osoby realizującej zadania ABI, podkreślono natomiast, że podmiot ten podlega bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej lub osobie fizycznej będącej administratorem danych. Pozycję organizacyjną ABI wyznacza także ciężący na administratorze obowiązek zapewnienia środków i organizacyjnej odrębności ABI, niezbędnych do niezależnego wykonywania przez niego zadań. Bezpośrednia podległość administratorowi, organizacyjna odrębność oraz dysponowanie środkami realizacji powierzonych zadań mają stanowić gwarancje niezależności ABI od podmiotów przetwarzających dane osobowe, których zachowania, pod kątem zgodności z przepisami ustawy, są przedmiotem sprawdzeń prowadzonych przez ABI. „Bezpośrednia podległość kierownikowi jednostki ma stanowić jedną z gwarancji niezależności ABI względem innych osób w danej jednostce organizacyjnej”⁹. W doktrynie wskazuje się również, że „bezpośrednia podległość administratorowi danych ma umożliwiać skuteczne wykonywanie nadzoru nad przestrzeganiem przepisów o ochronie danych osobowych”¹⁰.

Administrator danych może powierzyć ABI wykonywanie innych obowiązków, jeżeli nie naruszy to prawidłowego wykonywania zadań, a „ocena w tym zakresie powinna być dokonywana w konkretnym przypadku z uwzględnieniem wszystkich istotnych okoliczności faktycznych”¹¹. Zdaniem A. Mednisa mogą to być zadania niezwiązane z ochroną danych osobowych i w ramach ich wykonywania ABI nie musi podlegać kierownikowi jednostki”¹².

W treści przepisu art. 36a ust. 5 określone zostały wymogi jakie ma spełniać osoba, która może zostać ABI. Zaliczono do nich: pełną zdolność do czynności prawnych, korzystanie z pełni praw publicznych, niekaralność za umyślne przestępstwo oraz posiadanie odpowiedniej wiedzy w zakresie ochrony danych osobowych.

Kontrowersyjnym jest umożliwienie powołania jako ABI osoby skazanej za przestępstwo nieumyślne. Okazanie karalnej lekkomyślności bądź niedbalstwa nie jest bowiem, w moim przekonaniu, okolicznością obojętną z punktu widzenia wiarygodności osoby skazanej jako podmiotu, któremu powierza się zapewnienie przestrzegania

⁸ P. Fajgielski, *Pozycja prawna i zadania administratora bezpieczeństwa informacji po nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 3.

⁹ *Ibidem*, s. 4.

¹⁰ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. VI – Lex, art. 36a teza 11.

¹¹ *Ibidem*, teza 9 do art. 36a.

¹² A. Mednis, *op. cit.*, s. 21.

przepisów o ochronie danych osobowych. Nawet skazanie za nieumyślne przestępstwo przeciwko ochronie danych osobowych nie dyskwalifikuje, w ramach obowiązujących przepisów, do pełnienia obowiązków ABI.

Ustawodawca nie określa poziomu ani profilu wykształcenia wymaganego od kandydata na ABI, natomiast stanowi, że posiadana przez niego wiedza w zakresie ochrony danych osobowych ma być odpowiednia, nie wskazując na formy jej weryfikacji. Poziom wiadomości ocenia administrator, jako podmiot powołujący ABI, jednak brak formalnych i faktycznych gwarancji, że sam administrator taką wiedzę posiada i jest w stanie zweryfikować adekwatność skuteczności edukacji kandydata, jeżeli posiadana przez niego wiedza nie jest potwierdzona dokumentami poświadczającymi co najmniej udział w stosownych szkoleniach. Określając merytoryczne wymagania stawiane kandydatowi na ABI, ustawodawca posłużył się zatem kryterium, które można ocenić jako subiektywne i minimalne, co trudno uznać za przejaw troski o zapewnienie skuteczności ochrony danych osobowych.

Na podstawie art. 46b ust. 1 ustawy administrator danych jest obowiązany zgłosić do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony danych Osobowych (dalej jako GIODO) powołanie ABI w terminie 30 dni. Jak zaznacza G. Sibiga „podstawowym celem rejestracji ABI jest zachowanie kontroli GIODO nad powoływaniem ABI oraz późniejszym wykonywaniem przez niego zadań”¹³.

Istotnym błędem ustawodawcy jest zaniechanie wskazania skutków prawnych powołania do pełnienia funkcji ABI osoby, która nie spełnia wskazanych w ustawie warunków oraz niezgłoszenia powołania ABI do GIODO.

Jeżeli dojdzie do powołania do pełnienia funkcji ABI osoby niespełniającej ustawowych wymogów, to akt taki zachowuje ważność, albowiem ustawodawca nie przewidział procedury jego kontroli, nie wskazał podmiotu upoważnionego do jego uchylecia.

Wprawdzie zgłoszenie ABI do rejestracji stanowi obowiązek administratora danych, ale niezgłoszenie nie pozbawia tego podmiotu statusu administratora bezpieczeństwa informacji, a jedynie ogranicza zakres jego funkcji. Zgodnie z treścią art. 19b ustawy, GIODO może zwrócić się o dokonanie sprawdzenia u administratora jedynie do ABI wpisanego do rejestru. Z kolei według brzmienia przepisu art. 36b ustawy administrator danych wykonuje zadania ABI wskazane w art. 36a ust. 2 pkt 1 lit. a¹⁴ w przypadku niepowołania ABI. Wynika stąd, że na administratorze, który powołał ABI, ale nie zgłosił tego faktu do rejestracji GIODO, nie ciążyą wskazane wyżej obowiązki. Zatem to niezgłoszony do rejestracji ABI, a nie administrator danych będzie zobowiązany do zapewnienia przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych. Nadto z treści art. 43 ust. 1a ustawy wynika, że obowiązkowi rejestracji zbiorów danych osobowych nie podlega administrator danych, który powołał ABI i zgłosił go GIODO do rejestracji, a zatem ustawodawca odróżnia status ABI powołanego, a niezgłoszonego do rejestracji oraz ABI powołanego i zgłoszonego do rejestracji.

Wobec powyższego należy przyjąć, że ABI uzyskuje taki status z chwilą powołania i może realizować uprawnienia i obowiązki, z wyjątkiem wyłączonych przez ustawę

¹³ G. Sibiga, *Rejestracja administratorów bezpieczeństwa informacji. Postępowanie rejestracyjne Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 13.

¹⁴ O zakresie zadań ABI piszę w dalszych częściach artykułu.

z racji niewystąpienia o jego rejestrację, bądź niewpisania do rejestru. Jednocześnie warto zauważyć, że w ustawie nie przewidziano procedury egzekwowania od administratora realizacji obowiązku zgłoszenia ABI do rejestracji. Nie podzielam poglądu G. Sibigi, według którego GODO jest upoważniony w stosunku do administratora danych, który nie zgłosił ABI do rejestracji, tak jak w przypadku innych stwierdzonych naruszeń przepisów o ochronie danych osobowych, do wydania na podstawie art. 18 ustawy „nakazu przywrócenia stanu zgodnego z prawem, w tym przypadku polegający na nakazaniu administratorowi danych zgłoszenia powołania ABI”¹⁵. Po pierwsze, z treści przesłanek takiej decyzji GODO wskazanych w art. 18 ust. 1 pkt 1–6¹⁶ (mimo otwartego charakteru tego wykazu) wynika, że wydane nakazy mają odnosić się do czynności bezpośrednio związanych z ochroną danych osobowych przetwarzanych u administratora. Po drugie, należy podkreślić, że nawet niepoważenie ABI nie stanowi naruszenia prawa przez administratora albowiem jest to jego uprawnienie, a nie obowiązek. Wreszcie, po trzecie, jak starałem się wyżej wykazać, ustawodawca odróżnia status ABI powołanego i zgłoszonego do rejestracji oraz ABI, który został powołany, ale nie zgłoszono go do rejestracji. Zatem, stan powołania ABI i niezgłoszenia go do rejestracji został przez ustawodawcę przewidziany.

Zgłoszenie powołania ABI do rejestracji powinno zawierać:

- oznaczenie administratora danych i adres jego siedziby lub miejsca zamieszkania, w tym numer identyfikacyjny rejestru podmiotów gospodarki narodowej, jeżeli został mu nadany;
- dane ABI, takie jak:
 - a) imię i nazwisko;
 - b) numer PESEL lub, gdy ten numer nie został nadany, nazwę i numer dokumentu stwierdzającego tożsamość;
 - c) adres do korespondencji, jeżeli jest inny niż adres siedziby lub miejsca zamieszkania administratora;
 - d) datę powołania;
 - e) oświadczenie administratora danych o spełnianiu przez ABI warunków umożliwiających powołanie oraz świadczących o bezpośredniej podległości kierownikowi jednostki organizacyjnej lub osobie fizycznej będącej administratorem danych.

Wzór zgłoszenia powołania ABI do rejestracji GODO został ustalony treścią załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 10 grudnia 2014 r.¹⁷ W częściach A i B zgłoszenia zawarto szczegółowe informacje służące identy-

¹⁵ G. Sibiga, *op. cit.*, s. 14.

¹⁶ Należą do nich:

- 1) usunięcie uchybień;
- 2) uzupełnienie, uaktualnienie, sprostowanie, udostępnienie lub nieudostępnienie danych osobowych;
- 3) zastosowanie dodatkowych środków zabezpieczających zgromadzone dane osobowe;
- 4) wstrzymanie przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego;
- 5) zabezpieczenie danych lub przekazanie ich innym podmiotom;
- 6) usunięcie danych osobowych.

¹⁷ Rozporządzenie w sprawie wzorów zgłoszeń powołania i odwołania administratora bezpieczeństwa informacji (Dz.U. poz. 1934).

fikacji administratora oraz ABI, a część C stanowi oświadczenie administratora danych o spełnieniu przez ABI warunków określonych w ustawie. G. Sibiga trafnie zauważa, że w oświadczeniu tym pominięto warunek „zapewnienia środków i organizacyjnej odrębności ABI niezbędnych do niezależnego wykonywania zadań”¹⁸.

Wpisanie ABI do rejestru następuje w formie czynności materialno-technicznej. Ustawodawca nie przewidział możliwości odmowy dokonania takiej czynności. Jednak rejestracja może nastąpić tylko w sytuacji, kiedy zgłoszenie zawiera w poprawnej formie wszystkie wymagane informacje. Ich brak stanowi, w moim przekonaniu podstawę do wezwania administratora w trybie art. 64 § 2 Kodeksu postępowania administracyjnego¹⁹ do usunięcia braków w terminie siedmiu dni z pouczeniem, że nieusunięcie tych braków spowoduje pozostawienie podania bez rozpoznania²⁰.

Bardziej złożoną jest sytuacja, gdy zgłoszenie powołania ABI do rejestracji zawiera wszystkie wymagane informacje, ale z ich treści wynika, że osoba powołana do pełnienia funkcji ABI nie spełnia wymagań określonych w ustawie. Brak przepisu upoważniającego GODO do odmowy rejestracji ABI. Według stanowiska G. Sibigi „GODO nie może postąpić inaczej niż odmawiając wpisu rejestracyjnego, gdy stwierdzi, że zgłoszony ABI nie spełnia rygorów kwalifikacyjnych”²¹. W ramach przedstawionej argumentacji cytowany Autor podkreśla, iż według stanowiska orzecznictwa sądowego odmowa wykonania czynności materialno-technicznej następuje w formie decyzji administracyjnej, nawet jeśli nie przewidują tego wprost przepisy ustawy. Odmowa wpisu ABI do rejestru nie pozbawia tego podmiotu, jak sądzę, możliwości wykonywania przewidzianych w ustawie zadań (z wyjątkiem kompetencji przysługujących ABI zarejestrowanemu).

Na żądanie administratora danych lub ABI – GODO wydaje zaświadczenie o zarejestrowaniu ABI.

GODO prowadzi ogólnokrajowy, jawny²² rejestr administratorów bezpieczeństwa informacji, zawierający:

- informacje o administratorze danych i adresie jego siedziby lub miejscu zamieszkania, w tym numerze identyfikacyjnym rejestru podmiotów gospodarki narodowej, jeżeli został mu nadany;
- dane ABI, takie jak: imię i nazwisko oraz adres do korespondencji, jeżeli jest inny niż adres siedziby lub miejsca zamieszkania administratora²³.

¹⁸ G. Sibiga, *op. cit.*, s. 14.

¹⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r. poz. 23.

²⁰ Podobne stanowisko prezentuje G. Sibiga, *op. cit.*, s. 18.

²¹ G. Sibiga, *op. cit.*, s. 17.

²² A. Mednis ocenia jawność rejestru jako posunięcie zbyt daleko idące, które może zniechęcić administratorów danych do powoływania ABI – zob. A. Mednis, *op. cit.*, s. 23.

²³ J. Barta i in. słusznie stwierdzają, że „wątpliwości budzi brak wskazania w rejestrze daty powołania ABI”. Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 46c, teza 2. Także G. Sibiga wskazuje na brak w rejestrze abi prowadzonym przez GODO informacji o dacie powołania ABI, co ma to istotne znaczenie albowiem „od tego dnia abi jest zobligowany do prowadzenia jawnego, wewnętrznego rejestru zbiorów. Zob. *op. cit.*, s. 16. Z kolei J. Fajgielski przytacza argumenty przeciwko obowiązkowi rejestracji ABI, wskazując na dodatkowe obciążenie administratora, co może przemawiać przeciwko powoływaniu ABI i postulując poprzestanie na zobowiązaniu administratora danych do zapewnienia jawności informacji o powołaniu ABI. Zob. *Administrator...*, s. 43.

Administrator danych jest obowiązany zgłosić GODO zmianę informacji objętych zgłoszeniem w terminie 14 dni od dnia zmiany. Zgłoszeniu do GODO podlega również odwołanie ABI. Obowiązek ten administrator powinien zrealizować w terminie 30 dni od odwołania. Regulacja taka budzi wątpliwości, albowiem termin na poinformowanie o zmianach informacji objętych zgłoszeniem jest krótszy niż termin zgłoszenia odwołania, które wywołuje przecież dalej idące skutki prawne.

Zgłoszenie odwołania ABI powinno zawierać: imię i nazwisko ABI, numer PESEL oraz datę i przyczynę odwołania. Wzór zgłoszenia odwołania ABI został określony w załączniku nr 2 do wskazanego ostatnio rozporządzenia.

Zgodnie z treścią art. 46d ustawy powiadomienie GODO przez administratora o odwołaniu ABI skutkuje wykreśleniem tego podmiotu z rejestru. GODO wykreśla ABI z rejestru także w przypadku jego śmierci, jednak ustawodawca wprost nie nakłada na administratora obowiązku powiadomienia GODO o takim zdarzeniu.

Wykreślenie ABI z rejestru może również nastąpić z urzędu. GODO wydaje w tym przedmiocie decyzję administracyjną, gdy ABI:

- utracił pełną zdolność do czynności prawnych, przestał spełniać warunek niekaralności za przestępstwo umyślne, został pozbawiony praw publicznych;
- nie spełnia warunku posiadania odpowiedniej wiedzy w zakresie ochrony danych osobowych;
- nie podlega bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej lub osobie fizycznej będącej administratorem danych, bądź
- nie wykonuje zadań określonych w ustawie²⁴.

Należy postawić pytanie, czy w ramach przesłanki wskazanej jako ostatnia chodzi o niewłaściwe, niestaranne, merytorycznie niepoprawne wykonywanie zadań przez ABI, czy też o sytuację odsunięcia ABI od wykonywania zadań ustawowych i powierzenia mu innych obowiązków. Sądzę, że ponieważ w treści przepisu (art. 46d ust. 2 pkt 2) zabrakło wskazania na przesłanki wartościujące (*verba legis*: nie wykonuje zadań) właściwą jest druga ze wskazanych interpretacji²⁵.

Wykreślenie ABI z rejestru następuje z urzędu również wówczas, gdy administrator danych nie powiadomił GODO o jego odwołaniu. W takiej sytuacji nie jest istotne źródło, z którego GODO uzyskał informacje o okolicznościach mających stanowić podstawę wykreślenia ABI z rejestru. Decyzja o wykreśleniu ma charakter związany (*verba legis*: wydaje decyzję o wykreśleniu). Należy jednak odpowiedzieć na pytanie o status ABI wykreślonego z rejestru. W mim przekonaniu nadal jest on upoważniony do wykonywania zadań, z ograniczeniami wynikającymi z ustawy, a dotyczącymi ABI niezarejestrowanego, chyba że wykreślenie z rejestru nastąpiło w wyniku jego śmierci. Nie podzielam stanowiska G. Sibigi, że jednocześnie z wykreśleniem GODO „winien (...) wydać decyzję nakazującą administratorowi przywrócenie stanu zgodnego

²⁴ A. Mednis trafnie spostrzega, że wśród wymienionych przesłanek nie wskazano na brak dysponowania przez ABI środkami realizacji powierzonych zadań i organizacyjnej odrębności tego podmiotu. Zob. A. Mednis, *op. cit.*, s. 20.

²⁵ W doktrynie przedstawiono również stanowisko, zgodnie z którym wydanie przez GODO decyzji o wykreśleniu ABI z rejestru administratorów bezpieczeństwa informacji może być „konsekwencją nieprzeprowadzenia przez ABI sprawdzenia bądź nieprzedstawienia GODO sprawozdania”. Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 19b teza 5.

z prawem (na podstawie art. 18 ust. 1 ustawy)²⁶. Przedmiotem decyzji GODO jest wykreślenie ABI z rejestru, należy zatem przyjąć, że gdyby wolą ustawodawcy było uchylenie skutków prawnych powołania ABI, to wskazałyby na zaistnienie ich z mocy prawa. Przepis art. 18 ust. 1 ustawy, jak argumentowałem to wcześniej, nie może stanowić podstawy do wydawania przez GODO decyzji innych, niż odnoszących się bezpośrednio do przetwarzania danych u administratora. Ustawodawca nie przewidział mechanizmów kontroli prawidłowości powoływania ABI przez administratora danych, ustalił jedynie przesłanki zarejestrowania ABI przez GODO, przyzwalając jednocześnie na funkcjonowanie ABI niezgłoszonego do rejestracji i być może niespełniającego ustawowych warunków powołania. Taki stan prawny nie zasługuje na akceptację, jednak jego zmiana może nastąpić jedynie w rezultacie stosownej nowelizacji ustawy.

Jeżeli ABI pełni taką funkcję u więcej niż jednego administratora, wówczas zaistnienie przesłanki utraty pełnej zdolności do czynności prawnych, skazanie za przestępstwo umyślne, bądź stwierdzenie braku posiadania przez ABI odpowiedniej wiedzy w zakresie ochrony danych osobowych dyskwalifikuje taką osobę „do pełnienia funkcji ABI u jakiegokolwiek administratora danych, a zatem konsekwentnie decyzja GODO o wykreśleniu ABI powinna być w takich przypadkach kierowana do wszystkich podmiotów, u których pełni on taką funkcję”²⁷.

Ustawodawca przewidział również (art. 46e ustawy) możliwość ponownego zgłoszenia przez administratora danych do rejestracji przez GODO powołania ABI wykreślonego uprzednio z rejestru. W takiej sytuacji GODO wpisuje ABI do rejestru po stwierdzeniu, że nie zachodzą przyczyny wykreślenia, z wyjątkiem sytuacji, gdy podstawę wykreślenia stanowiło niepowiadomienie GODO przez administratora o odwołaniu ABI. W tej ostatnio wskazanej sytuacji ponowne powołanie tej samej osoby do pełnienia funkcji ABI będzie stanowiło podstawę zgłoszenia do rejestracji na ogólnych zasadach. Z kolei, GODO odmawia wpisania ABI do rejestru, jeżeli nie zostały usunięte przyczyny wykreślenia z rejestru. W tym kontekście należy podkreślić, że do dokonania wpisu nie wystarczy usunięcie przyczyn wykreślenia. Odmowa powinna nastąpić także wówczas, jeżeli mimo ich usunięcia zaistniały inne przesłanki negatywne świadczące o tym, iż ABI, (także jego organizacyjne posadowienie) nie spełnia w sposób wyczerpujący wymogów ustawowych.

Art. 36a ust. 6 ustawy umożliwia powołanie przez administratora danych zastępców ABI. Powinni oni spełniać warunki stawiane kandydatowi na ABI. Ponieważ ustawodawca nie upoważnia ABI do ustalenia zadań zastępców wynika stąd, że zadania te określa podmiot powołujący, czyli administrator danych. Zastępcy ABI nie podlegają wpisowi do rejestru prowadzonego przez GODO. Nie podzielam prezentowanego w doktrynie stanowiska, że stworzenie przez ustawodawcę możliwości powołania ABI nie oznacza zakazu powołania więcej niż jednego ABI²⁸. Sądzę, że wprowadzenie instytucji zastępcy ABI czyni procedurę powołania więcej niż jednego ABI bezprzedmiotową.

Reasumując uwagi odnoszące się do prawnych podstaw powoływania i rejestracji ABI postuluję ustanowienie skuteczności powołania ABI przez administratora dopiero

²⁶ G. Sibiga, *op. cit.*, s. 18.

²⁷ A. Mednis., *op. cit.*, s. 23.

²⁸ P. Fajgielski, *Pozycja prawna...*, *op. cit.*, s. 5.

po jego rejestracji przez GODO, przyjęcie, że odmowa rejestracji następuje w formie decyzji administracyjnej, a wykreślenie ABI z rejestru pozbawia go uprawnień do realizacji zadań wskazanych w ustawie.

2. ZAPEWNIANIE PRZESTRZEGANIA PRZEPISÓW O OCHRONIE DANYCH OSOBOWYCH JAKO ZADANIE ADMINISTRATORA BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI

Pierwszym z zadań jakie przepisy ustawy wyznaczają ABI jest zapewnianie przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych (art. 36 ust. 2 pkt 1). Zadanie takie powinno być realizowane w szczególności przez:

- sprawdzanie zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych oraz opracowanie w tym zakresie sprawozdania dla administratora danych;
- nadzorowanie opracowania i aktualizowania dokumentacji opisującej sposób przetwarzania danych oraz środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną;
- zapewnianie zapoznania osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych.

Ustawodawca nie odnosi się wprost do zakresu podmiotowego wskazanych wyżej czynności ABI co, w moim przekonaniu, oznacza że będą nimi objęte wszystkie podmioty zobowiązane do przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych oraz opracowania i aktualizowania dokumentacji, a pośrednio także administrator danych, jako odpowiedzialny za ochronę danych.

Tryb i sposób realizacji wspomnianych zadań zostały określone w rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11 maja 2015 r.²⁹

W pierwszej kolejności rozporządzenie określa tryb i sposób sprawdzania zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych oraz opracowania sprawozdania w tym zakresie. Należy uznać, że chodzi tu nie tylko o przepisy ustawy o ochronie danych osobowych, ale również inne regulacje dotyczące tego tematu.

Jako sprawdzenie określono czynności ABI mające na celu zweryfikowanie zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami. Może ono być wykonywane dla administratora danych, bądź dla GODO. Sprawdzenie może mieć charakter planowany bądź doraźny.

W szczególności należy uwzględnić w planie sprawdzeń zbiory danych osobowych i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych oraz konieczność weryfikacji zgodności przetwarzania danych osobowych z odpowiednimi przepisami ustawy. Zbiory danych oraz systemy informatyczne służące do przetwarzania lub zabez-

²⁹ Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie trybu i sposobu realizacji zadań w celu zapewniania przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych przez administratora bezpieczeństwa informacji (Dz.U. poz. 745).

pieczenia danych osobowych powinny być objęte sprawdzeniem co najmniej raz na pięć lat. Wskazaną w rozporządzeniu częstotliwość weryfikacji należy uznać, w moim przekonaniu, za zdecydowanie niewystarczającą. Nie stwarza ona podstawy właściwego zabezpieczenia interesów osób, których dotyczą dane. Plan sprawdzeń jest przygotowywany przez ABI na okres nie krótszy niż kwartał i nie dłuższy niż rok. Dokument taki podlega przedstawieniu administratorowi danych nie później niż na dwa tygodnie przed dniem rozpoczęcia okresu objętego planem.

Sprawdzenie doraźne jest przeprowadzane niezwłocznie po powzięciu przez ABI wiadomości o naruszeniu ochrony danych osobowych lub uzasadnionym podejrzeniu takiego naruszenia.

Na podstawie art. 19b. ust 1 ustawy GODO może zwrócić się do ABI wpisanego do rejestru o dokonanie sprawdzenia u administratora danych, który go powołał, wskazując zakres i termin sprawdzenia. W takim przypadku dokonanie sprawdzenia przez ABI nie wyłącza prawa GODO do przeprowadzenia kontroli³⁰.

ABI zawiadamia administratora danych o rozpoczęciu sprawdzenia doraźnego lub sprawdzenia realizowanego na zlecenie GODO przed podjęciem pierwszej czynności. Nadto zawiadomienie powinno zostać skierowane, w terminie co najmniej 7 dni przed dniem przeprowadzenia czynności, do kierownika jednostki organizacyjnej objętej sprawdzeniem, a przedmiotem zawiadomienia powinien być zakres planowanych czynności. Zawiadomienia nie przekazuje się w przypadku:

- sprawdzenia doraźnego, jeżeli niezwłoczne rozpoczęcie sprawdzenia jest niezbędne do przywrócenia stanu zgodnego z prawem lub weryfikacji, czy naruszenie miało miejsce;
- sprawdzenia, o którego dokonanie zwrócił się GODO, jeżeli na zawiadomienie nie pozwala wyznaczony przez niego termin oraz
- jeżeli kierownik jednostki organizacyjnej objętej sprawdzeniem posiada informacje o zakresie planowanych czynności.

Osoba odpowiedzialna za przetwarzanie danych osobowych, której dotyczy sprawdzenie, bierze w nim udział lub umożliwia ABI przeprowadzenie czynności w toku sprawdzenia. W systemie informatycznym służącym do przetwarzania lub zabezpieczania danych osobowych, czynności ABI mogą być wykonywane przy udziale osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych, w szczególności osoby zarządzającej tym systemem.

ABI dokumentuje³¹ czynności przeprowadzone w toku sprawdzenia, w zakresie niezbędnym do oceny zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie takich danych oraz do opracowania sprawozdania.

Po zakończeniu sprawdzenia ABI przygotowuje sprawozdanie w postaci elektronicznej albo papierowej, które przekazuje administratorowi danych (w terminie 30 dni

³⁰ Na temat kompetencji ABI w stosunkach z GODO w okresie przed 1 stycznia 2015 r. zob. B. Pilec, *Rola administratora bezpieczeństwa informacji podczas inspekcji prowadzonej przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 7 z 2012 r., s. 37–42. Odnosząc się do obecnej regulacji A. Mednis ocenia, że w ten sposób ABI jest „kimś w rodzaju pośrednika pomiędzy administratorem danych a GODO” – zob. *op. cit.*, s. 22.

³¹ Dokumentowanie czynności w toku sprawdzenia może polegać, w szczególności, na utrwaleniu danych z systemu informatycznego służącego do przetwarzania lub zabezpieczania danych osobowych na informatycznym nośniku danych lub dokonaniu wydruku tych danych oraz na:

od zakończenia sprawdzenia planowego, a niezwłocznie po zakończeniu sprawdzenia doraźnego). Termin przekazania sprawozdania ze sprawdzenia, o którego przeprowadzenie zwrócił się GIODO określa ten organ. Rodzaje informacji wymaganych w treści sprawozdania określono szczegółowo w ustawie (art. 36c)³².

Na tle zaprezentowanej wyżej prawnej regulacji zapewniania przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych, jako zadania ABI należy postawić kilka pytań.

Po pierwsze, ustawodawca redagując przedmiot omawianego zadania posługuje się określeniem sprawdzanie, nie używa terminu kontrola³³. Jednak ten zabieg językowy nie zmienia faktu, że mamy tu do czynienia z kompetencjami kontrolnymi. Wskazany został przedmiot kontroli, wzorzec w postaci ustawowego opisu pożądanego stanu, legalność jako kryterium sprawdzania, a sprawozdanie ma obejmować m.in. opis stanu faktycznego oraz stwierdzone w tym kontekście przypadki naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych. Zatem należy uznać, że wymagane przez ustawodawcę działania ABI spełniają warunki uznania ich za czynności kontrolne³⁴. Warto dodać, że przepisy ustawy oraz rozporządzenia wykonawczego nie upoważniają ABI do stosowania w związku ze stwierdzonymi ewentualnie niedociągnięciami żadnych środków o charakterze władczym. Sprawdzanie jest dokonywane dla administratora danych, bądź

-
- sporządzeniu notatki z czynności, w szczególności z zebranych wyjaśnień, przeprowadzonych oględzin oraz z czynności związanych z dostępem do urządzeń, nośników oraz systemów informatycznych służących do przetwarzania danych osobowych;
 - odebraniu wyjaśnień osoby, której czynności objęto sprawdzeniem;
 - sporządzeniu kopii otrzymanego dokumentu;
 - sporządzeniu kopii obrazu wyświetlonego na ekranie urządzenia stanowiącego część systemu informatycznego służącego do przetwarzania lub zabezpieczania danych osobowych;
 - sporządzeniu kopii zapisów rejestrów systemu informatycznego służącego do przetwarzania danych osobowych lub zapisów konfiguracji technicznych środków zabezpieczeń tego systemu.

³² Sprawozdanie powinno zawierać:

- oznaczenie administratora danych i adres jego siedziby lub miejsca zamieszkania;
- imię i nazwisko ABI;
- wykaz czynności podjętych przez administratora bezpieczeństwa informacji w toku sprawdzenia oraz imiona, nazwiska i stanowiska osób biorących udział w tych czynnościach;
- datę rozpoczęcia i zakończenia sprawdzenia;
- określenie przedmiotu i zakresu sprawdzenia;
- opis stanu faktycznego stwierdzonego w toku sprawdzenia oraz inne informacje mające istotne znaczenie dla oceny zgodności przetwarzania danych z przepisami o ochronie danych osobowych;
- stwierdzone przypadki naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych w zakresie objętym sprawdzeniem wraz z planowanymi lub podjętymi działaniami przywracającymi stan zgodny z prawem;
- wyszczególnienie załączników stanowiących składową część sprawozdania;
- podpis ABI, a w przypadku sprawozdania w postaci papierowej – dodatkowo parafy ABI na każdej stronie sprawozdania;

10) datę i miejsce podpisania sprawozdania przez ABI.

³³ P. Fajgielski już na etapie prac na projektem ustawy słusznie uznał określenie „sprawdzanie” za nieprecyzyjne i postulował użycie terminu „kontrola”. Zob. *Administrator...*, s. 42.

³⁴ Barta i in. z jednej strony uznają celowość użycia w odniesieniu do zadań abi określenia „sprawdzanie”, co ma odróżniać je od kompetencji kontrolnych inspektorów Biura GIODO, jednak ostatecznie przyznają, że „porównanie tych zakresów może prowadzić do wniosku o daleko idących podobieństwach między tymi konstrukcjami prawnymi”. Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 36a, teza 6.

dla GODO i to adresaci sprawozdań są uprawnieni do zlecenia działań o charakterze korekcyjnym.

Po drugie, sprawdzanie realizowane na zlecenie GODO odbywa się, zgodnie ze sformułowaniem użytym w treści art. 19b ust. 1 ustawy „u administratora danych”, co w moim przekonaniu oznacza, że przedmiotem sprawdzeń może być również – pośrednio – przestrzeganie przepisów o ochronie danych osobowych przez administratora. Za stanowiskiem takim przemawia fakt, że GODO zwraca się o dokonanie sprawdzenia – według redakcji wskazanego wyżej przepisu – „do administratora bezpieczeństwa informacji”, a nie do administratora danych. Argumentację taką umacnia okoliczność, że w zgłoszeniu rejestracyjnym podaje się adres do korespondencji ABI, jeżeli jest inny niż adres, siedziby lub miejsca zamieszkania administratora³⁵. Taka regulacja może mieć istotne znaczenie w razie potrzeby sprawdzenia stanu faktycznego, w przypadku wpłynięcia do GODO skargi pochodzącej od osoby której dane dotyczą, której przedmiotem byłyby działania bądź zaniechania administratora danych naruszające przepisy o ochronie danych osobowych.

P. Fajgielski wskazuje, że przedstawianie sprawozdania GODO może stawiać ABI „w trudnej sytuacji wobec administratora danych (...) a niekiedy prowadzić do swoistego samooskarżenia”³⁶. W odniesieniu do użytego ostatnio argumentu, nietrudno zauważyć, że posadowienie ABI w roli podmiotu sprawującego kontrolę wewnętrzną i uczestniczącego w kontroli zewnętrznej może nie stanowić wystarczającej gwarancji jego obiektywizmu. W innej z prac, cytowany wyżej autor postuluje ograniczenie uprawnień GODO w zakresie jego relacji z ABI do uprawnienia żądania od administratora danych kopii sprawozdania sporządzonego przez ABI, albowiem w obecnej sytuacji ABI może być postrzegany jak „długie ramię GODO” co może prowadzić do niepowoływania ABI³⁷.

Po trzecie, należy odnieść się do kwestii prawnego znaczenia wyników sprawdzania dokonywanego dla GODO. W tym miejscu chciałbym przypomnieć, że dokonanie przez ABI sprawdzenia nie wyłącza prawa GODO do przeprowadzenia kontroli, o której mowa w art. 12 pkt 1 ustawy. Zatem, ustalenia poczynione przez ABI działającego na zlecenie GODO nie mogą, jak sądzę, stanowić podstawy wydawania decyzji administracyjnych przez ten organ. Tego rodzaju kompetencje GODO winny znajdować oparcie w ustaleniach dokonywanych przez kontrolerów działających w trybie przepisów art. 14–17 ustawy. Wyniki sprawdzeń dokonywanych przez ABI mogą co najwyżej inspirować potrzebę podjęcia kontroli, która będzie realizowana przez inspektorów Biura GODO.

Po czwarte, przepisy rozporządzenia nakazują uwzględnienie w planie sprawdzeń m.in. konieczności weryfikacji zgodności przetwarzania danych osobowych przepisami art. 32–35 ustawy określającymi uprawnienia osoby, której dotyczą dane. Należy zauważyć, że wspomnianym uprawnieniom odpowiadają obowiązki administratora danych, a więc zadania ABI będą aktualizować się wyłącznie w sytuacji, gdy osoba ta skorzysta

³⁵ Taką praktykę J. Barta i in. uznają za niewłaściwą, prezentując stanowisko, według którego korespondencja kierowana przez GODO do ABI „powinna być wysyłana na adres administratora danych”. Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 46b, teza 4. Również A. Mednis odnosi się krytycznie do wprowadzania do rejestru ABI adresu do korespondencji – zob. *op. cit.*, s. 23.

³⁶ P. Fajgielski, *Administrator...*, s. 43.

³⁷ P. Fajgielski, *Pozycja prawna...*, s. 6.

z przysługującego jej prawa kontroli przetwarzanych danych w formach przewidzianych w ustawie, a administrator zleci ABI przeprowadzenie stosownych sprawdzeń. Z kolei, ponieważ ustawodawca traktuje jako podmiot uprawniony osobę, której dotyczą dane, a jako podmiot zobowiązany administratora danych, to należy uznać, że ABI nie jest uprawniony do podejmowania rozstrzygnięć w kwestiach takich jak np. usunięcie ze zbioru danych zbędnych dla realizacji celu dla którego zostały zebrane, zasadności żądania zaprzestania przetwarzania danych ze względu na szczególną sytuację osoby, której dane dotyczą, czy wniesienia sprzeciwu wobec przetwarzania jej danych.

Rozporządzenie określa również tryb i sposób sprawowania przez ABI nadzoru nad dokumentacją przetwarzania danych. Sprawując nadzór ABI dokonuje weryfikacji:

- opracowania i kompletności dokumentacji przetwarzania danych;
- zgodności dokumentacji przetwarzania danych z obowiązującymi przepisami prawa;
- stanu faktycznego w zakresie przetwarzania danych osobowych;
- zgodności ze stanem faktycznym przewidzianych w dokumentacji przetwarzania danych środków technicznych i organizacyjnych służących przeciwdziałaniu zagrożeniom dla ochrony danych osobowych;
- przestrzegania zasad i obowiązków określonych w dokumentacji przetwarzania danych.

ABI przeprowadza weryfikację w opisanych wyżej sprawdzeniach, a nadto, poza sprawdzeniami, na podstawie zgłoszenia osoby wykonującej obowiązki określone w dokumentacji przetwarzania danych, zgłoszenia osoby trzeciej oraz własnego udziału w procedurach określonych w dokumentacji.

W przypadku wykrycia podczas weryfikacji nieprawidłowości ABI:

- zawiadamia administratora danych o nieopracowaniu lub brakach w dokumentacji przetwarzania danych lub jej elementach oraz działaniach podjętych w celu doprowadzenia dokumentacji do wymaganego stanu, w szczególności może przedstawić mu do wdrożenia projekty dokumentów usuwające stan niezgodności;
- zawiadamia administratora danych o nieaktualności dokumentacji przetwarzania danych oraz może przedstawić administratorowi danych do wdrożenia projekty dokumentów aktualizujących;
- poucza lub instruuje osobę nieprzestrzegającą zasad określonych w dokumentacji przetwarzania danych o prawidłowym sposobie ich realizacji lub zawiadamia administratora danych, wskazując osobę odpowiedzialną za naruszenie tych zasad oraz jego zakres; pouczenia lub instrukcje są zawarte w odrębnym dokumencie skierowanym do takiej osoby.

Realizując omawiane zadanie ABI pełni dwie funkcje:

- podmiotu nadzorującego – podejmując czynności kontrolne (sprawdzanie) oraz ewentualnie korzystając z uprawnień do pouczenia lub instruowania osoby, która dopuściła się uchybień oraz
- podmiotu czynnie uczestniczącego w kreowaniu dokumentacji – poprzez przedstawianie administratorowi danych projektów dokumentów.

O pouczeniu można mówić, według mnie, w sytuacji gdy z okoliczności wynika, że osoba nieprzestrzegającą zasad określonych w dokumentacji przetwarzania danych zna te reguły lecz nie stosuje ich w praktyce, natomiast instruowanie dotyczyć ma osoby niedysponującej adekwatną wiedzą.

Zadaniem ABI jest również zapewnianie zapoznania osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych (art. 36a ust. 2 pkt 1 lit. c ustawy). Użycie przez ustawodawcę zwrotu „zapewnianie” wskazuje na traktowanie zapoznawania z przepisami jako przedsięwzięcia stałego, realizowanego w miarę potrzeb. Warto zwrócić uwagę, że spełnienie tego wymogu może nastąpić już w przypadku udostępnienia treści przepisów osobom upoważnionym do przetwarzania danych osobowych. Zatem ustawodawca nie zobowiązuje ABI do prowadzenia ani organizowania przedsięwzięć o charakterze szkoleniowym. Jak podkreśla się w doktrynie, sposób, w jaki zadanie zapewniania zapoznania osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych z przepisami o ochronie danych osobowych będzie wypełniane „pozostawiono do decyzji ABI”³⁸. J. Barta i in. słusznie wskazują na luki w omawianej regulacji. Obowiązki ABI nie obejmują bowiem osób, które nie posiadają aktualnie upoważnienia do przetwarzania danych (ale mają je uzyskać) oraz zapewniania zapoznania osób przetwarzających dane z dokumentacją, tj. polityką bezpieczeństwa oraz instrukcją zarządzania systemem informatycznym³⁹.

3. PROWADZENIE REJESTRU ZBIORÓW DANYCH PRZETWARZANYCH PRZEZ ADMINISTRATORA DANYCH JAKO ZADANIE ADMINISTRATORA BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI

Administrator danych, który powołał ABI i zgłosił go do rejestracji, nie podlega obowiązkowi zgłoszenia zbioru danych osobowych do rejestracji GIODO⁴⁰, z wyjątkiem zbiorów zawierających dane, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy (tzw. dane wrażliwe). Na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 2 ustawy prowadzenie rejestru zbiorów danych przetwarzanych przez administratora danych zaliczone zostało do zadań ABI, z tym że podmiot ten nie prowadzi rejestru zbiorów, z obowiązku rejestracji których administratorzy danych są zwolnieni na podstawie art. 43 ust. 1 ustawy. Do administratora danych będącego adresatem decyzji o wykreśleniu ABI z rejestru, nie stosuje się zwolnienia z obowiązku zgłoszenia zbioru danych do rejestracji GIODO. Z kolei wobec administratora danych, który ponownie zgłosił do rejestracji ABI wykreślonego z rejestru na podstawie decyzji GIODO, zwolnienie z obowiązku rejestracji zbioru stosuje się po wpisaniu ponownie zgłoszonego ABI do rejestru prowadzonego przez GIODO.

Na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 2 ustawy prowadzony przez ABI rejestr ma zawierać w odniesieniu do każdego zbioru jego nazwę, a nadto informacje wskazane w przepisach art. 41 ust. 1 pkt 2–4a i 7. Do informacji tych należą: oznaczenie administratora danych i adres jego siedziby lub miejsca zamieszkania⁴¹, cel przetwarzania danych,

³⁸ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 36a, teza 7, s. 371.

³⁹ J.w.

⁴⁰ Jak podkreśla się w doktrynie „zwolnienie z obowiązku zgłaszania zbiorów do GIODO ma być zachętą dla administratorów danych do powoływania abi”, ale „w miejsce jednego obowiązku (rejestracji zbiorów u GIODO) pojawia się inny obowiązek (rejestracji abi u GIODO)”. Zob. J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 36a, teza 7, s.371.

⁴¹ W tym numer identyfikacyjny rejestru podmiotów gospodarki narodowej, jeżeli został mu nadany, oraz podstawę prawną upoważniającą do prowadzenia zbioru, a w przypadku powierzenia

opis kategorii osób, których dane dotyczą oraz zakres przetwarzanych danych, sposób zbierania oraz udostępniania danych, informacje o odbiorcach lub kategoriach odbiorców, którym dane mogą być przekazywane oraz informacje dotyczące ewentualnego przekazywania danych do państwa trzeciego.

Sposób prowadzenia przez ABI rejestru zbiorów danych określają przepisy rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11 maja 2015 r.⁴² W akcie tym powtórzono za ustawodawcą wykaz informacji, dotyczących każdego zbioru, jakie ma zawierać rejestr.

ABI wpisuje zbiór danych do rejestru przed rozpoczęciem przetwarzania w zbiorze danych (podając w rejestrze datę wpisu każdego zbioru) oraz aktualizuje informacje dotyczące zbioru danych w rejestrze – w przypadku zmiany informacji objętych wpisem (podając datę ostatniej aktualizacji informacji dotyczących tego zbioru), a nadto wykreśla zbiór danych z rejestru – w razie zaprzestania przetwarzania w nim danych osobowych (pozostawiając nazwę zbioru danych, datę wpisania zbioru danych oraz datę ostatniej aktualizacji informacji dotyczących tego zbioru wraz z adnotacją, że jest to data wykreślenia zbioru z rejestru). Nadto ABI został zobowiązany do odnotowania historii zmian w rejestrze zawierającej informację o rodzaju zmiany (nowy wpis, aktualizacja, wykreślenie), jej zakresie oraz dacie jej dokonania. Barta i in. trafnie podkreślają, że „z punktu widzenia praktycznego znacznie lepszym rozwiązaniem byłoby dodanie do rozporządzenia załącznika zawierającego wzór rejestru, jaki ma prowadzić ABI. Z tej możliwości prawodawca jednak nie skorzystał”⁴³.

Aktualizacja informacji oraz wykreślenie zbioru danych z rejestru powinny zostać dokonane niezwłocznie po zaistnieniu zdarzenia powodującego obowiązek ich dokonania. Nietrudno zauważyć, że dokonanie wpisu zbioru do rejestru, aktualizacja informacji oraz wykreślenie zbioru będą mogły zostać przeprowadzone, jeżeli ABI otrzyma stosowną informację od podmiotów przetwarzających dane w zbiorze, bądź od administratora danych. Niestety, w przepisach ustawy oraz omawianego rozporządzenia nie wskazano na tryb informowania ABI o zdarzeniach, których zaistnienie aktualizowałoby jego obowiązki związane z prowadzeniem rejestru zbiorów. Sądzę, że procedura przekazywania ABI informacji o prowadzonych zbiorach danych osobowych oraz ich aktualizacji, jak również ewentualnym zaniechaniu przetwarzania danych w prowadzonym dotychczas zbiorze powinna stać się przedmiotem dodatkowej regulacji prawnej.

Do zadań ABI należy również udostępnianie rejestru do przeglądania. W przypadku gdy rejestr prowadzony jest w postaci papierowej, ABI udostępnia każdemu zainteresowanemu treść rejestru do przeglądania w siedzibie lub miejscu zamieszkania administratora danych. W razie prowadzenia rejestru w postaci elektronicznej, ABI udostępnia rejestr do przeglądania na stronie internetowej administratora danych⁴⁴, lub na stanowisku dostępowym w systemie informatycznym tego podmiotu znajdującym

przetwarzania danych podmiotowi, o którym mowa w art. 31, lub wyznaczenia podmiotu, o którym mowa w art. 31a, oznaczenie tego podmiotu i adres jego siedziby lub miejsca zamieszkania.

⁴² Dz.U. poz. 719.

⁴³ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*, art. 36a, teza 7, s. 373.

⁴⁴ Na stronie głównej umieszcza się wówczas odwołanie umożliwiające bezpośredni dostęp do rejestru.

się w jego siedzibie lub miejscu zamieszkania, lub przez sporządzenie wydruku rejestru z systemu informatycznego administratora danych.

W przypadku prowadzenia rejestru wyłącznie w postaci elektronicznej albo w postaci papierowej i postaci elektronicznej ABI może zdecydować, że w odniesieniu do informacji określających podmiot, któremu powierzono przetwarzanie danych ze zbioru na podstawie art. 31 ustawy (w tym adresu jego siedziby lub miejsca zamieszkania) gromadzonych w postaci elektronicznej, udostępni się do przeglądania wyłącznie informacje o powierzeniu przetwarzania danych innemu podmiotowi, a jego oznaczenie i adres siedziby lub miejsca zamieszkania są udostępniane jedynie do przeglądania w siedzibie lub miejscu zamieszkania administratora danych.

BIBLIOGRAFIA

- Barta J., Fajgielski P., Markiewicz R., *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, wyd. VI – Lex, on line.
- Byczkowski M., *Zapewnianie przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych w sferze wewnętrznej bez powołania administratora bezpieczeństwa informacji*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 8–12.
- Fajgielski P., *Administrator bezpieczeństwa informacji – geneza, stan obecny i perspektywy zmian*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 9/2014, s. 39–44.
- Fajgielski P., *Pozycja prawna i zadania administratora bezpieczeństwa informacji po nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 3–9.
- Mednis A., *Administrator bezpieczeństwa informacji po nowelizacji ustawy o ochronie danych osobowych z 7.11.2014 r. – ocena rozwiązań*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 20–25.
- Piła B., *Rola administratora bezpieczeństwa informacji podczas inspekcji prowadzonej przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 7 z 2012 r., s. 37–42.
- Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 10 grudnia 2014 r. w sprawie wzorów zgłoszeń powołania i odwołania administratora bezpieczeństwa informacji (Dz.U. poz. 1934).
- Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie trybu i sposobu realizacji zadań w celu zapewniania przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych przez administratora bezpieczeństwa informacji (Dz.U. poz. 745).
- Rozporządzenie Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie sposobu prowadzenia przez administratora bezpieczeństwa informacji rejestru zbiorów danych, Dz.U. poz. 719.
- Sibińska G., *Rejestracja administratorów bezpieczeństwa informacji. Postępowanie rejestracyjne Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych*, „Monitor Prawniczy” dodatek do nr 6/2015, s. 13–19.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 1182, ze zm.

ADMINISTRATOR BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest prezentacja, analiza i ocena przepisów ustawowych oraz wykonawczych odnoszących się do powoływania, rejestracji oraz zadań administratora bezpieczeństwa informacji jako podmiotu zobowiązanego do sprawdzania zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami, nadzorowania opracowania i aktualizowania dokumentacji opisującej sposób przetwarzania takich danych oraz środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną, zapewniania zapoznania osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych z przepisami o ich ochronie oraz prowadzenia rejestru zbiorów danych przetwarzanych przez administratora. Przeprowadzona analiza przepisów ustawy o ochronie danych osobowych oraz rozporządzeń wykonawczych odnoszących się do administratora bezpieczeństwa informacji stanowi podstawę licznych wniosków de lege ferenda, a wśród nich m.in.: wprowadzenia obowiązku powoływania administratora bezpieczeństwa informacji przez administratora danych, wskazania w ustawie skutków prawnych: powołania administratora bezpieczeństwa informacji niespełniającego wymogów ustawowych oraz niezgłoszenia powołanego administratora bezpieczeństwa informacji do rejestracji przez Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, jak również uregulowania w ustawie procedury przekazywania administratorowi bezpieczeństwa informacji wiadomości o prowadzonych zbiorach danych osobowych oraz ich aktualizacji, a także ewentualnym zaniechaniu przetwarzania danych w prowadzonym dotychczas zbiorze.

Słowa kluczowe: *Administrator bezpieczeństwa informacji, Administrator danych osobowych, GIODO, Ochrona danych osobowych*

ADMINISTRATOR OF DATA SECURITY

Summary

The article presents, analyses and evaluates the statutory regulations and secondary legislation on the appointment, registration and tasks of an administrator of information security as an entity obliged to check the compliance of personal data processing with the regulations, to supervise the development of and update documents describing the way of data processing and technical and organizational means ensuring the protection of personal data adequately to threats and the category of data protected, to inform persons authorized to process personal data about the provisions on their protection and to keep a register of databases processed by the administrator. The analysis of the provisions of the Act on the protection of personal data and secondary legislation on the administrator of information security constitutes basis for numerous conclusions de lege ferenda, including, inter alia, the introduction of an obligation to appoint an administrator of information security by a data administrator and pointing out legal consequences of the act in case of: an appointment of an administrator of information security who does not meet the statutory requirements and a failure to register an administrator of information security by the General Inspector of Personal Data Protection, as well as the regulation of the procedure of providing an administrator of information security with information on personal data collection and their updating as well as potential discontinuance of processing data in the existing collection.

Key words: *administrator of data security, administrator of personal data, General Inspector of Personal Data Protection, personal data protection*

OBOWIĄZEK PRZYNALEŻNOŚCI POLSKIEGO ZWIĄZKU SPORTOWEGO DO MIĘDZYNARODOWEJ ORGANIZACJI SPORTOWEJ

DARIA PAŁUCKA

Polskie związki sportowe odgrywają kluczową rolę w organizacji współzawodnictwa w naszym kraju. Poprzez nowelizację ustawy o sporcie (u.s.) do katalogu obowiązków tych podmiotów wprowadzono obowiązek przynależności do właściwej międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez MKOl. Polski związek sportowy, który nie spełni tego obowiązku, po uprawomocnieniu się decyzji ministra właściwego do spraw kultury fizycznej, stanie się związkiem sportowym działającym w formie związku stowarzyszeń. W obliczu kontrowersji, które wzbudziło powyższe rozwiązanie, w artykule podjęto próbę analizy wpływu międzynarodowych organizacji sportowych na krajowe porządki prawne oraz udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy wprowadzenie „nowego” obowiązku w takim kształcie było konieczne.

KRAJOWY PORZĄDEK PRAWNY A MIĘDZYNARODOWE ORGANIZACJE SPORTOWE

Międzynarodowe organizacje sportowe należą do grupy pozarządowych organizacji międzynarodowych (ang. *Non-governmental Organizations*, NGOs). Nie są więc, co do zasady, uznawane za podmioty prawa międzynarodowego publicznego, lecz ich podmiotowość prawna kształtowana jest przez prawo państwa – siedziby¹. „Międzyna-

¹ W. Czaplński, A. Wyrozumka wskazują, że „(...) osobowość międzynarodowoprawna organizacji pozarządowych jest przy najkorzystniejszej dlań wykładni wyjątkiem i ma charakter embrionalny”, W. Czaplński, A. Wyrozumka, *Prawo międzynarodowej publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, 530–534. Por. B. Kuźniak, M. Marcinko, *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2013, s. 9–10.

rodowość” federacji sportowych polega na koncentrowaniu członków z różnych państw (w szczególności narodowych federacji sportowych) oraz ustanawianiu form współpracy, które wykraczają poza teren jednego państwa². Ze względu na kształtowanie podmiotowości prawnej przez prawo wewnętrzne, istotne jest dokonanie wyboru państwa, którego polityka oraz prawo zapewnią odpowiednie warunki dla ich funkcjonowania. Wśród istotnych kryteriów, którymi kierują się międzynarodowe organizacje sportowe można wymienić m.in. takie czynniki jak: polityczne, infrastrukturalne, podatkowe oraz dostępu różnorodnych instytucji prawnych oraz wykwalifikowanego personelu³. Istotną kwestią jest również możliwość wyboru formy prawnej, która zapewni przede wszystkim sprawną realizację celów oraz uwzględni specyfikę tych podmiotów. Jak wskazuje J. Foks, wśród międzynarodowych federacji sportowych dominuje forma stowarzyszenia⁴.

Odnosząc się do polskiej regulacji prawnej dotyczącej stowarzyszeń, należy wskazać na art. 2 ust. 1 ustawy Prawo o stowarzyszeniach (u.o.s.), zgodnie z którym stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych⁵. Natomiast, pojęcie samorządności stowarzyszeń obejmuje zwłaszcza samodzielność tych podmiotów⁶. Przepis art. 2 ust. 2 u.o.s. stanowi, że stowarzyszenie samodzielnie określa swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne oraz uchwała akty wewnętrzne dotyczące jego działalności. Samorządność stowarzyszeń jest ograniczana w nielicznych przypadkach, wskazanych przez u.o.s. Ponadto organy nadzoru nad stowarzyszeniami oraz sąd są uprawnione do ingerencji, tylko wówczas, gdy doszło do naruszenia prawa albo przepisów statutu⁷.

Zasada samorządności stowarzyszeń wpasowuje się w koncepcję autonomii międzynarodowych federacji sportowych⁸. Autonomię międzynarodowych organizacji sportowych można uznać za część szerszego pojęcia – autonomii ruchu sportowego, która oznacza przede wszystkim wolność uprawiania sportu. Tak rozumiana znalazła odzwierciedlenie także w Konstytucji RP (zwłaszcza w art. 68 ust. 5).

Kluczowym obszarem autonomicznej działalności międzynarodowych organizacji sportowych jest tworzenie wewnątrzorganizacyjnych przepisów, do których przestrzegania zobowiązane są podmioty z różnych państw⁹. Nie można ich zakwalifikować jako źródeł prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 ust. 1 Konstytucji¹⁰. Jednak ich rola w kształtowaniu bezpośrednim albo pośrednim (poprzez regulacje kra-

² Por. J. Pieńkos, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Kraków 2004, s. 488.

³ Por. T. Burns, *European Sports Federations: A Critical Review of the Options of Incorporation*, „Entertainment Law”, Vol. 2, Nr 2, 2003, s. 2–4.

⁴ J. Foks, *Prawo krajowe a prawo międzynarodowe w sporcie – „casus” Polska*, „Sport Wycieczkowy” 2006/1–2, s. 75–76.

⁵ Ustawa z dn. 7 IV 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, Dz.U. z 1989 r. nr 20, poz. 104 ze zm.

⁶ Por. P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2011, s. 51.

⁷ *Ibidem*, A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2015, s. 811.

⁸ Por. K. Foster, *Is there a global Sports Law?*, „Entertainment Law” 2003, Vol. 2, Nr 1, s. 1.

⁹ Por. K. Vieweg, *The Legal Autonomy of Sport Organisations and the Restrictions of European Law*, [w:] A. Caiger, S. Gardiner (red.), *Professional Sport in the European Union: Regulation and Re-regulation*, Haga 2000, s. 89.

¹⁰ Por. J. Foks, *op. cit.*, s. 76.

jowych federacji) statusu uczestników rywalizacji sportowej jest niebagatelna¹¹. Członkostwo w danej międzynarodowej federacji sportowej (lub w przypadku zawodników także członkostwo w krajowej federacji sportowej) implikuje obowiązek przestrzegania przepisów tworzonych przez ten podmiot oraz dostosowywania działalności do stawianych wymogów.

Obowiązywanie obok siebie regulacji prawnych oraz regulacji tworzonych przez międzynarodowe federacje sportowe, czyli regulacji pozaprawnych, może rodzić problemy dla uczestników rywalizacji sportowej. J. Jabłońska-Bonca wskazuje, iż relacje występujące pomiędzy regulacjami prawnymi i pozaprawnymi mogą mieć różnorodny charakter. Możliwe jest, że regulacje pozaprawne powtarzają treść norm prawnych bądź je uzupełniają. Prawdopodobne jest także wystąpienie relacji polegającej na niezgodności albo sprzeczności regulacji pozaprawnych z obowiązującym prawem¹².

Najbardziej problematyczna wydaje się sytuacja sprzeczności albo niezgodności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi¹³. Wówczas, podmiot związany tymi dwoma porządkami może stanąć przed wyborem – albo naruszenia przepisów wewnątrzorganizacyjnych i narażenia się na przyjęcie dolegliwych sankcji ze strony międzynarodowej federacji sportowej – albo naruszenia przepisu prawnego i poniesienia z tego tytułu konsekwencji¹⁴.

Problem zgodności przepisów tworzonych przez międzynarodowe federacje sportowe z obowiązującym prawem był również przedmiotem rozważań przed Trybunałem Sprawiedliwości UE. W orzeczeniu z 1974 r. w sprawie *Walrave, Koch* powstała koncepcja tzw. czystego wymiaru sportu¹⁵, czyli „terytorium” autonomicznej działalności sportowej, które znajduje się poza zakresem oddziaływania prawa unijnego¹⁶. Z biegiem czasu Trybunał coraz bardziej sceptycznie podchodził do regulacji uznawanych przez międzynarodowe federacje sportowe za czysto sportowe i kwestionował ich zgodność, przede wszystkim z przepisami regulującymi swobody rynku wewnętrznego¹⁷. W sprawie pływaków *David Meca – Medina* oraz *Igora Majcena* Trybunał stwierdził nato-

¹¹ Zob. E.J. Krześniak, *Prawne mechanizmy zabezpieczenia realizacji zasady autonomii sportu na przykładzie struktury i sposobu funkcjonowania Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej (FIFA)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016/2, s. 17–18.

¹² J. Jabłońska-Bonca, *Istota spójności regulacji prawnych oraz niesprzeczności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi*, [w:] A.J. Szwarec (red.), *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014, s. 60.

¹³ Por. A.J. Szwarec, *Kompatybilność regulacji sportowych i prawnych w kontekście prawnej reglamentacji sportu*, [w:] *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014, s. 29.

¹⁴ Trafnie ten problem ujął H. Radke: „(...) w odniesieniu do instytucji sportowych działających na szczeblu krajowym (...) oczywiście wydaje się, że znajdują się one pomiędzy młotem międzynarodowych organizacji sportowych, którym hierarchicznie podlegają, a kowadłem wewnętrznego porządku państw, w ramach którego funkcjonują”, H. Radke, *Prawo międzynarodowych federacji sportowych a prawo krajowe*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeniecki (red.), *Pluralizm prawny: tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, s. 362.

¹⁵ Nazywanym także wyjątkiem sportowym (ang. *sporting exception*), zob.: R. Parrish, S. Miettinen, *The Sporting Exception in European Union Law*, Haga 2008, s. 73–101.

¹⁶ Zob. Wyrok w sprawie *Walrave, Koch* (C-36/74).

¹⁷ Zob. Wyrok w sprawie *Bosman* (C-415/93), *Kolpak* (C-438/00), *Simutenkov* (C-265/03), *Bernard* (C-325/08); B. Rischka – Słowik, *Konstytucja Sportu w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 211–244.

miast, że także unijne prawo konkurencji może znaleźć zastosowanie do tego obszaru działalności sportowej, który dotychczas w orzecznictwie Trybunału, jako pozbawiony waloru ekonomicznego, został uznany za czysto sportowy¹⁸.

Co do zasady, państwa nie są adresatami wewnątrzorganizacyjnych przepisów międzynarodowych federacji sportowych. Nie oznacza to jednak, że są one całkowicie poza obszarem ich wpływu. Problem oddziaływania międzynarodowych federacji sportowych na organy władz państwowych dotyczy zarówno organów tworzących jak i stosujących prawo. Za przykład może tu posłużyć sytuacja zawieszenia przez Międzynarodową Federację Piłki Nożnej (fr. *Fédération Internationale de Football Association*, FIFA) greckiej federacji (ang. *Hellenic Football Federation*, HFF) ze względu na niewprowadzenie przez greckiego ustawodawcę, oczekiwanych przez FIFA zmian, mających przyznać HFF większą niezależność względem organów państwowych. Po wprowadzeniu przez grecki parlament korzystnych dla FIFA zmian, HFF mogło kontynuować swoją działalność, jako narodowa federacja piłkarska. Natomiast przykładem wpływu FIFA na niezawisłe sądy może być sprawa portugalskiego klubu Gil Vicente i ostateczne rozstrzygnięcie sprawy na korzyść FIFA¹⁹.

Polskim przykładem wpływu międzynarodowej federacji sportowej na krajowy organ stosujący prawo są sprawy zawieszania władz Polskiego Związku Piłki Nożnej i następnie odwoływanie decyzji o zawieszeniu wskutek nacisków ze strony UEFA oraz FIFA, w tym głośna sprawa zawieszenia władz PZPN i wprowadzenie zarządu komisyjnego przez Ministra Sportu Tomasz Lipca. Minister skorzystał z przysługującego mu środka nadzoru przewidzianego w ówczesnie obowiązującej ustawie o sporcie kwalifikowanym (w art. 23 ust. 1 w pierwotnym brzmieniu). UEFA oraz FIFA uznały kompetencję organu za zbyt daleko ingerującą oraz godzącą w samodzielność krajowego związku i domagały się zmiany²⁰. Uprawnienie ministra „przejął” Trybunał Arbitrażowy ds. Sportu działający przy Polskim Komitecie Olimpijskim. Obecnie, zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1 u.s. uprawnienie zawieszenia władz polskiego związku sportowego przysługuje sądowi powszechnemu. Przyjęte rozwiązanie uzasadniono, że (...) stosowanie najbardziej dotkliwych środków nadzoru jako najsilniej ingerujących w autonomię podmiotów prywatnych powinno podlegać kontroli sądowej (...) ²¹.

Natomiast za przejaw wpływu międzynarodowych federacji sportowych na polską regulację prawną odnoszącą się do sportu można uznać obowiązujący, do czasu wejścia w życie ustawy o sporcie, art. 1 ust. 2 ustawy o sporcie kwalifikowanym stanowiący, że uprawianie sportu kwalifikowanego odbywa się zgodnie z przepisami ustawy, postanowieniami statutów i regulaminów związków sportowych, polskich związków sportowych oraz międzynarodowych organizacji sportowych²². Takie sformułowanie przepisu może prowadzić do wniosku, że po pierwsze, w zakresie sportu kwalifikowanego

¹⁸ Por. Wyrok w sprawie *Meca-Medina, Majcen* (C-519/04); M.K. Kolański, *Glosa do wyroku z 18 VII 2006, C-519/04*, „Państwo i Prawo” 2010/11, s. 135.

¹⁹ Idem, *Zawieszenie narodowej federacji piłkarskiej w świetle wspólnotowego prawa konkurencji*, Przegląd Prawa Handlowego 2007/7, s. 52.

²⁰ Por. M. Gniatkowski, P. Kokot [w:] M. Gniatkowski (red.), *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Wrocław 2011, s. 118–119.

²¹ M. Badura *et al.*, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 318.

²² Ustawa z dn. 29 VII 2005 r. o sporcie kwalifikowanym, Dz.U. z 2005 r., nr 155, poz. 1298 ze zm.

wykształciła się charakterystyczna struktura źródeł norm regulujących współzawodnictwo organizowane przez polski związek sportowy lub podmioty działające z jego upoważnienia²³. Jednym z jej elementów są normy pozaprawne tworzone między innymi (obok związków i polskich związków sportowych) przez międzynarodowe organizacje sportowe. Po drugie, została podkreślona istotna rola przepisów międzynarodowych podmiotów sportowych w organizowaniu sportu.

Obowiązująca ustawa o sporcie nie zawiera przepisu, który w sposób ogólny, wskazywałby, że organizacja sportu odbywa się także zgodnie z przepisami międzynarodowych federacji sportowych. Jednakże normy u.s. regulujące bardziej szczegółowe zagadnienia związane z organizacją i uprawianiem sportu wskazują na przepisy międzynarodowych organizacji sportowych, jako standard i wzorzec przy korzystaniu przez polski związek sportowy oraz Polski Komitet Olimpijski i Polski Komitet Paraolimpijski z przysługujących uprawnień²⁴.

Wprowadzenie obowiązku z art. 12a ust. 1 może prowadzić do wniosku, że intencją prawodawcy było danie wyrazu akceptacji autorytetu *de facto* Międzynarodowego Komitetu Olimpijskiego. Od uznania danej międzynarodowej federacji sportowej przez MKOl zostało uzależnione spełnienie wskazanego obowiązku. Z uzasadnienia do ustawy nowelizującej można wyprowadzić dwa wiodące argumenty przemawiające za wprowadzeniem do porządku prawnego tego rozwiązania.

Pierwszym z nich jest konstatacja, że stanowi kontynuację wymogu z art. 11 ust. 2 pkt u.s., zgodnie z którym do wniosku o wyrażenie zgody na utworzenie polskiego związku sportowego należy przedstawić zaświadczenie o przynależności do międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski. Jak wskazuje uzasadnienie „(...) jedynie przy spełnieniu powyższej przesłanki uzasadnione jest utworzenie i istnienie PZS (...) jeżeli w danym sporcie, w którym istnieje określony PZS, nie ma w ogóle możliwości uzyskania właściwej przynależności, wówczas mamy do czynienia z sytuacją, gdy istnienie danego PZS nie jest uzasadnione z punktu widzenia ustawy o sporcie”²⁵. Zagadnienie braku przynależności polskiego związku sportowego do właściwej międzynarodowej organizacji sportowej pojawiło się przed Naczelnym Sądem Administracyjnym w sprawie rozstrzygniętej w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r.. Zgodnie ze stanowiskiem NSA: „brak członkostwa polskiego związku sportowego w międzynarodowej organizacji sportowej w rozumieniu art. 23 ust. 2 pkt 2 ustawy z 2005 r. o sporcie kwalifikowanym pozbawia ten związek racji jego dalszego

²³ Por. W. Cąjsel, *Ustawa o sporcie kwalifikowanym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 44–45; na temat hierarchii źródeł prawa wewnątrz polskiego związku sportowego wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r., III PO 11/08, LEX nr 518069.

²⁴ Takie jak: umieszczanie wizerunku orła ustalonego dla godła w stroju reprezentacji kraju reprezentacji olimpijskiej oraz paraolimpijskiej (art. 13 ust. 2 u.s.) i wykorzystywania do celów gospodarczych przedmiotów będących odwzorowaniem stroju reprezentacji kraju, olimpijskiej lub paraolimpijskiej przez odpowiednio polski związek sportowy, Polski Komitet Olimpijski i Polski Komitet Paraolimpijski (art. 13 ust. 4 u.s.); udostępniania swojego wizerunku przez członków kadry narodowej (art. 14 ust. 1 u.s.) oraz członków reprezentacji olimpijskiej (art. 14 ust. 2 u.s.).

²⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, dostępne na stronie internetowej: <https://bip.msit.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/zakonczony-proces-legi/ustawa-o-zmianie-ustawy/1139,Ustawa-o-zmianie-ustawy-o-sporcie-oraz-ustawy-o-podatku-dochodowym-od-osob-fizyc.html> [dostęp: 16.06.2016].

funkcjonowania jako organizacji o takim statusie”. Przepis ten stanowił, iż organ nadzoru nad polskim związkiem sportowym może cofnąć zgodę na jego utworzenie, gdy polski związek sportowy utracił przynależność do międzynarodowej organizacji sportowej. Sprawa dotyczyła polskiego związku sportowego, który w ogóle nie należał do międzynarodowej organizacji sportowej właściwej dla danej dyscypliny sportu, spełniającej wymagania ustawy o sporcie kwalifikowanym. Ówczesne obowiązujące przepisy wymagały dołączenia do wniosku o utworzenie polskiego związku sportowego zaświadczenia potwierdzające przynależność do międzynarodowej organizacji sportowej właściwej dla danej dyscypliny sportu, zrzeszającej krajowe organizacje sportowe co najmniej z 40 państw i co najmniej z 3 kontynentów, albo pisemne przyrzeczenie takiej międzynarodowej organizacji sportowej uzyskania przynależności do niej po utworzeniu polskiego związku sportowego (art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy o sporcie kwalifikowanym). NSA powołując się na argumentację Ministra Sportu i Turystyki, uznał, że „(...) kierując się regułą inferencyjną a *minori ad maius*, należy przyjąć, że skoro organ sprawujący nadzór nad polskim związkiem sportowym może cofnąć zgodę na jego utworzenie, jeżeli utracił on przynależność do międzynarodowej organizacji sportowej właściwej dla danej dyscypliny sportu, to tym bardziej może to uczynić, gdy nie ma możliwości takiej przynależności z powodu nieistnienia takiej organizacji, bez względu na chwilę utworzenia danego związku sportowego. Również aspekt wykładni celowościowej prowadzi do takiego samego wniosku”²⁶. NSA uznał, że zastosowanie środka nadzoru w postaci cofnięcia zgody na utworzenie jest możliwe także w stosunku do podmiotów, które takiej przynależności w ogólnie nie posiadały. Zgodnie z obowiązującymi przepisami u.s., uprawomocnienie się decyzji stwierdzającej brak przynależności jest wystarczającą podstawą do tego, aby polski związek sportowy stał się związkiem sportowym..

Drugim argumentem przemawiającym za wprowadzeniem art. 12a ust. 1 wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy, jest nadmierność środka nadzoru przewidzianego w art. 22 u.s. „W przypadku niedostosowania działalności danego PZS do wymogów ustawy o sporcie może to być: upomnienie i zażądanie od władz związku podjęcia działań mających na celu zapewnienie stanu zgodnego z prawem oraz wystąpienie do sądu rejestrowego z wnioskiem o rozwiązanie polskiego związku sportowego, jeżeli jego działalność wykazuje rażące lub uporczywe naruszenie prawa albo postanowień statutu i nie ma warunków do przywrócenia działalności zgodnej z prawem lub statutem”. Wskazano, że wniosek o rozwiązanie polskiego związku sportowego może prowadzić do rozwiązania podmiotów, których jedynym „mankamentem” jest brak spełnienia wymogów do posiadania statutu polskiego związku sportowego. Uznano, iż słusznym „wyjściem” z takiej sytuacji, jest wprowadzenie rozwiązania, zgodnie z którym polski związek sportowy nieposiadający przynależności do właściwej międzynarodowej organizacji sportowej, w rozumieniu art. 12a ust. 1 u.s., stanie się związkiem sportowym działającym w formie związku stowarzyszeń (art. 12b ust. 1 u.s.)²⁷.

²⁶ Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2013 r, III GSK 1961/11, Lex nr 1270118.

²⁷ Ponadto, zgodnie z art. 82 ust 3. u.s. podmioty o statusie polskiego związku sportowego, które stały się polskimi związkami sportowymi i nie dostosowały swojej działalności do wymagań niniejszej ustawy, stają się stowarzyszeniami w rozumieniu u.o.s. Ponadto stwierdzenie niedostosowania działalności polskiego związku sportowego, do wymagań niniejszej ustawy następuje w drodze decyzji ministra

Wymóg przynależności do międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski, uzasadniany jest faktem, iż „rozwiązanie to zmierza do konsolidacji polskiego sportu oraz daje rękojmię zachowania przez polskie związki sportowe odpowiednich standardów etyczno-prawnych, jako że uznanie przez MKOl uwarunkowane jest przestrzeganiem postanowień Karty Olimpijskiej, Światowego Kodeksu Antydopingowego oraz globalnym charakterem danego sportu”²⁸.

Postanowienia Karty Olimpijskiej oraz Światowego Kodeksu Antydopingowego należą do wspomnianej grupy norm o charakterze wewnętrznym, które obowiązują członków danej organizacji. Światowy Kodeks Antydopingowy (ang. *World Anti-Doping Code*, WADC), stanowi kluczowy dokument Światowej Agencji Antydopingowej (ang. *World Anti-Doping Agency*, WADA). WADC uważany jest za „najbardziej skonkretyzowany instrument międzynarodowej walki z dopingiem”²⁹. Natomiast sama WADA została uznana przez sygnatariuszy Konwencji Antydopingowej Rady Europy³⁰ oraz Międzynarodowej Konwencji o zwalczaniu dopingu w sporcie UNESCO³¹ za kompetentną organizację ukierunkowaną na zwalczanie dopingu w sporcie. Przepisy u.s. pośrednio odwołują się do postanowień regulowanych przez WADA. W art. 43 ust. 3–5 u.s. wskazuje się na załącznik nr 1 Międzynarodowej konwencji o zwalczaniu dopingu w sporcie UNESCO, który to zawiera wykaz substancji oraz metod zabronionych ustanawiany przez WADA. Natomiast art. 43 ust. 2 u.s. odwołuje się do załącznika nr 2 dotyczącego standardów dla tzw. wyłączeń dla celów terapeutycznych, określanych przez WADC.

Kluczową rolę w powołaniu WADA odegrał MKOl³². MKOl należy do wspomnianej już grupy organizacji pozarządowych, *non-profit*, uznanych na podstawie prawa państwa – siedziby (w tym przypadku Szwajcarii)³³. Karta Olimpijska pełni także funkcję statutu MKOl. Zawiera postanowienia dotyczące uznawania przez MKOl międzynarodowych federacji sportowych oraz ich stowarzyszeń, a także pozarządowych organizacji związanych ze sportem działających na szczeblu międzynarodowym, których statuty i działalność są zgodne z Kartą Olimpijską. Karta wprowadza rozróżnienia na uznanie tymczasowe oraz pełne³⁴.

Międzynarodowe pozarządowe organizacje zarządzające jednym lub kilkoma sportami na szczeblu światowym i obejmujące organizacje kierujące takimi sportami na

właściwego do spraw kultury fizycznej (art. 82 ust. 4 u.s.), a także polskie związki sportowe, które stały się stowarzyszeniami, dostosują swoją działalność do zmienionej formy, w szczególności statuty oraz regulaminy, w terminie 6 miesięcy od dnia, w którym decyzja stała się prawomocna (art. 82 ust. 6 u.s.).

²⁸ Uzasadnienie do projektu do u.s., dostępne na stronie internetowej: <https://bip.msit.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/zakonczoney-proces-legi/ustawa-o-sporcie/409,Projekt-ustawy-o-sporcie-wraz-z-aktami-wykonawczymi-z-dnia-5-sierpnia-2009-r.html> [dostęp: 16.06.2016].

²⁹ R. Piechota, *Pluralizm reguł antydopingowych*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeńcki (red.), *Pluralizm prawny: tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009, s. 373.

³⁰ Dodatkowy Protokół do Konwencji Antydopingowej z dnia 12 września 2002 r., Dz.U. z dnia 26 stycznia 2006 r. Nr 13, poz. 82.

³¹ Dz.U. z dnia 8 sierpnia 2007 r. Nr 142, poz. 999.

³² W 1999 r. zorganizował Światową Konferencję na temat Dopingu w Sporcie, na której powołano WADA.

³³ Zob. E. Trova, V. Alexandrakis, P. Skouris, *Olympic Games of the European Union*, Baden-Baden 2011, s. 85–86.

³⁴ Karta Olimpijska, dostępna na stronie internetowej: http://www.olimpijski.pl/Media/files/final_PL_olympic_charter_2-08_2015.pdf [dostęp: 16.06.2016].

szczeblu krajowym mogą być uznane przez MKOl, gdy po pierwsze, przyczyni się to do rozwoju i propagowania Ruchu Olimpijskiego. Po drugie, ich statut, sposób postępowania i działalność muszą być zgodne z Kartą Olimpijską oraz przyjęły one i wdrażają postanowienia wspomnianego WADC. MKOl dysponuje pełną swobodą w zakresie oceny, czy uznanie danej międzynarodowej organizacji sportowej będzie przyczyniało się do rozwoju oraz propagowania Ruchu Olimpijskiego, którego głównym celem „jest wkład w budowanie pokoju i lepszego świata poprzez wychowanie młodzieży przez sportu uprawniany zgodnie z ideą olimpizmu i jego wartościami”. Olimpizm zaś opiera się na różnorodnych i ogólnie sformułowanych wartościach takich jak: „radość z wysiłku”, „poszanowanie uniwersalnych podstawowych zasad etycznych”³⁵, co stwarza MKOl szerokie pole interpretacji, a pretendującym do uznania, konieczność uwzględnienia i spełnienia szerokiej gamy kryteriów.

HIERARCHICZNA (PIRAMIDALNA) STRUKTURA ORGANIZACJI SPORTU A OBOWIĄZEK Z ART. 12A UST. 1 U.S.

Proces uznawania można uznać za jeden z elementów konstruowania hierarchicznej (piramidalnej) struktury organizacji sportu, charakterystycznej dla tzw. Europejskiego Modelu Sportu³⁶. Podstawę wspomnianej piramidy stanowią kluby sportowe, odgrywające zasadnicze znaczenie ze względu na ogólną dostępność, zrzeszające zarówno zawodników profesjonalnych jak i amatorów. Kolejny poziom tworzą regionalne związki sportowe, których organizacja jest bardzo często związana z podziałem administracyjnym danego kraju. Na kolejnym szczeblu znajdują się narodowe związki sportowe. To, co charakterystyczne dla europejskiej organizacji sportu to istnienie, co do zasady, jednego narodowego związku sportowego zrzeszającego regionalne organizacje danej dyscypliny sportowej. Narodowe związki sportowe są wyposażone w kompetencje do ustanawiania przepisów obowiązujących wewnątrz danej dyscypliny oraz do delegowania obowiązków na rzecz regionalnych organizacji³⁷. Na szczycie europejskiego modelu sportowego znajdują się europejskie federacje sportowe, a w ujęciu globalnym – organizacje międzynarodowe, takie jak wspomniana FIFA czy MKOl. Jedną z cech charakterystycznych dla hierarchicznej struktury sportu jest nacisk na organizację i uczestnictwo w międzynarodowej rywalizacji sportowej, w której kultywuje się przywiązanie do narodowych barw (ang. *commitment to national identity and international competitions*). Bardzo często warunkiem koniecznym uczestnictwa w rywalizacji międzynarodowej, w szczególności w przypadku sportów zespołowych, jest członkostwo w strukturach podmiotu organizującego taką rywalizację.

³⁵ Karta Olimpijska, *op. cit.*

³⁶ Zob. Dokument Konsultacyjny Komisji Europejskiej „Europejski Model Sportu”, dostępny na stronie internetowej: http://www.bso.or.at/fileadmin/Inhalte/Dokumente/Internationales/EU_European_Model_Sport.pdf [dostęp: 16.06.2016].

³⁷ *Ibidem*. Zob. J.A.R. Nafziger, *A comparison of the European and North American Models of Sports Organisation*, [w:] S. Gardiner, R. Parrish, C.R. Siekmann (red.), *EU, Sport, Law and Policy. Regulation, Re-regulation and Representation*, Haga 2009, s. 35 i n.

Wiele dyscyplin sportowych, powszechnie uprawianych, nie występuje w programie igrzysk olimpijskich (np. karate tradycyjne, kickboxing)³⁸. Na problem niemożności spełnienia wymogu z art. 12a ust. 1 u.s. zwracają uwagę przedstawiciele tzw. dyscyplin nieolimpijskich oraz Rzecznik Praw Obywatelskich w żądaniu skierowanym do Ministra Sportu i Turystyki. Podkreślono, że o utworzeniu polskiego związku sportowego „decyduje w istocie nie polski ustawodawca, bądź upoważniony organ władzy publicznej, a w szczególności Minister Sportu i Turystyki, lecz Międzynarodowy Komitet Olimpijski (...) który jest międzynarodową organizacją pozarządową i nie podlega prawu polskiemu. Tym samym, MKOl jako podmiot zewnętrzny wobec państwa polskiego, decyduje *de facto*, czy dany związek może mieć status polskiego związku sportowego”. RPO wskazała, że przyjęte przez polskiego ustawodawcę rozwiązanie może być sprzeczne z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz może doprowadzić do pogorszenia warunków organizacji rywalizacji.

Niespełnienie obowiązku z art. 12a ust. 1 u.s. będzie wiązało się z utratą wyłączności praw z art. 13 ust. 1 u.s. Zgodnie z tym przepisem, polski związek sportowy ma wyłączne prawo do: organizowania i prowadzenia współzawodnictwa sportowego o tytuł Mistrza Polski oraz o Puchar Polski w danym sporcie, ustanawiania i realizowania reguł sportowych, organizacyjnych i dyscyplinarnych we współzawodnictwie organizowanym przez związek, powołania kadry narodowej oraz przygotowania jej do igrzysk olimpijskich, igrzysk paraolimpijskich, igrzysk głuchych, mistrzostw świata lub mistrzostw Europy, a także do reprezentowania sportu w międzynarodowych organizacjach sportowych. Brak polskiego związku sportowego w danym sporcie oznacza, że powyższe uprawnienia mogą wykonywać inne podmioty np. związki sportowe. Jak zaznaczają przedstawiciele dyscyplin nieolimpijskich, niewyłączny charakter wskazanych uprawnień, wobec braku polskiego związku sportowego w danej dyscyplinie, może doprowadzić do trudności w m.in.: organizacji oficjalnych zawodów o tytuł Mistrza Polski; powołaniu oficjalnej kadry narodowej; otrzymywaniu przez zawodników gratyfikacji finansowych z budżetu państwa, co w konsekwencji może doprowadzić do spadku zainteresowania dyscypliną³⁹.

Takie rozwiązanie jest wątpliwe w kontekście zasady pewności prawa, której elementem jest ochrona praw nabytych⁴⁰. Ograniczenie albo pozbawienie praw nabytych jest możliwe ze względu na ważny interes społeczny i wówczas, gdy dochodzi do pełnego wyrównania utraconych przez podmiot praw⁴¹. Stanie się przez polski związek sportowy związkiem sportowym i utrata licznych kompetencji, wobec dysproporcji w katalogach uprawnień przysługujących tym podmiotom, może być sporym problemem dla organizacji współzawodnictwa w danej dyscyplinie.

³⁸ Poza tym, zgodnie z przepisami wykonawczymi do art. 45 Karty Olimpijskiej wykaz dyscyplin występujących, na igrzyskach może się zmienić najpóźniej na trzy lata przed rozpoczęciem igrzysk.

³⁹ Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sportu i Turystyki ws. dyskryminacji sportów nieolimpijskich, dostępne na stronie internetowej: https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MSIT_ws_dyskryminacji_sportow_nieolimpijskich_0.pdf [dostęp: 16.06.2016].

⁴⁰ Zob. Wyrok TK z dnia 13 kwietnia 1999 r, K 36/98, Dz.U. z 1999 r., nr 34, poz. 320.

⁴¹ Por. J. Oniszczyk, *Zasada ochrony praw nabytych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999/4, s. 4.

ZAKOŃCZENIE

Celem ustawodawcy, w zakresie przepisu art. 12a ust. 1 u.s., było zapewnienie odpowiednich standardów uprawiania sportu – zgodnych z m.in. zasadami fair play, a także w poszanowaniu obowiązujących reguł antydopingowych. Wskazanie konkretnego podmiotu, do którego przynależność spełnia obowiązek z art. 12a ust. 1 u.s., może być problemem dla sprawnie funkcjonujących polskich związków sportowych, które staną w obliczu utraty tego statusu, co będzie wiązało się z wystąpieniem daleko idących konsekwencji. Słuszne wydają się słowa A. Szwarca, że „(...) państwo nie powinno ingerować (także regulacjami prawnymi) w sprawy sportu, jeśli to nie jest bezwzględnie konieczne (...)”⁴². Wobec tego *de lege ferenda* należałoby się zastanowić, czy przyjęte rozwiązanie było bezwzględnie konieczne, czy też zapewnienia odpowiedniego kształtu rywalizacji sportowej w Polsce, zgodnej z międzynarodowymi standardami, nie dałoby się osiągnąć pomijając wskazywanie konkretnej międzynarodowej organizacji sportowej.

BIBLIOGRAFIA

- Badura M., Basiński. H., Kałużny G., Wojcieszak M., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Burns T., *European Sports Federations: A Critical Review of the Options of Incorporation*, „Entertainment Law”, Vol. 2, Nr 2, 2003.
- Cajsel W., *Ustawa o sporcie kwalifikowanym. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowej publicznej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014.
- Dodatkowy Protokół do Konwencji Antydopingowej z dnia 12 września 2002 r., Dz.U. z dnia 26 stycznia 2006 r. Nr 13, poz. 82.
- Foks J., *Prawo krajowe a prawo międzynarodowe w sporcie – „casus” Polska*, „Sport Wyczerpany” 2006/1–2.
- Foster K., *Is there a global Sports Law?*, „Entertainment Law” 2003, Vol. 2, Nr 1.
- Gniatkowski M., Kokot P. [w:] M. Gniatkowski (red.), *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Wrocław 2011.
- Jabłońska-Bonca J., *Istota spójności regulacji prawnych oraz niesprzeczności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi*, [w:] A.J. Szwarc (red.), *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014.
- Kolasiński M.K., Glosa do wyroku z 18 VII 2006, C-519/04, „Państwo i Prawo” 2010/11.
- Kolasiński M.K., *Zawieszenie narodowej federacji piłkarskiej w świetle wspólnotowego prawa konkurencji*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007/7.
- Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2015.
- Krześniak E.J., *Prawne mechanizmy zabezpieczenia realizacji zasady autonomii sportu na przykładzie struktury i sposobu funkcjonowania Międzynarodowej Federacji Piłki Nożnej (FIFA)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016/2.
- Kuźniak B., Marcinko M., *Organizacje międzynarodowe*, Warszawa 2013.

⁴² A.J. Szwarc, *Prawna reglamentacja sportu w ustawie o sporcie*, [w:] *Ustawa o sporcie*, Poznań 2011, s. 24.

- Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu dopingu w sporcie z dnia 19 października 2005 r., Dz.U. z dnia 8 sierpnia 2007 r. Nr 142, poz. 999.
- Nafziger J.A.R., *A comparison of the European and North American Models of Sports Organisation*, [w:] S. Gardiner, R. Parrish, C.R. Siekmann (red.), *EU, Sport, Law and Policy. Regulation, Re-regulation and Representation*, Haga 2009.
- Oniszczyk J., *Zasada ochrony praw nabytych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999/4.
- Parrish R., Miettinen S., *The Sporting Exception in European Union Law*, Haga 2008.
- Piechota R., *Pluralizm reguł antydopingowych*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeński (red.), *Pluralizm prawny: tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009.
- Pieńkos J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Kraków 2004.
- Radke H., *Prawo międzynarodowych federacji sportowych a prawo krajowe*, [w:] D. Bunikowski, K. Dobrzeński (red.), *Pluralizm prawny: tradycja, transformacje, wyzwania*, Toruń 2009.
- Rischka-Słowik B., *Konstytucja Sportu w Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.
- Suski P., *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2011.
- Szwarc A.J., *Kompatybilność regulacji sportowych i prawnych w kontekście prawnej reglamentacji sportu*, [w:] *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, Poznań 2014.
- Szwarc A.J., *Prawna reglamentacja sportu w ustawie o sporcie*, [w:] *Ustawa o sporcie*, Poznań 2011.
- Trova E., Alexandrakis V., Skouris P., *Olympic Games of the European Union*, Baden-Baden 2011.
- Ustawa z dn. 7 IV 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach, Dz.U. z 1989 r. nr 20, poz. 104 ze zm.
- Ustawa z dn. 29 VII 2005 r. o sporcie kwalifikowanym, Dz.U. z 2005 r., nr 155 poz. 1298 ze zm.
- Wyrok NSA z dnia 10 stycznia 2013 r., III GSK 1961/11, Lex nr 1270118.
- Wyrok SN z dnia 10 czerwca 2009 r., III PO 11/08, LEX nr 518069.
- Wyrok TK z dnia 13 kwietnia 1999 r., K 36/98, Dz.U. z 1999 r., nr 34, poz. 320.
- Wyrok TS w sprawie Meca- Medina, Majcen (C-519/04).
- Wyrok TS w sprawie Walrave, Koch (C-36/74).
- Wyrok TS w sprawie Bosman (C-415/93).
- Wyrok TS w sprawie Kolpak (C-438/00).
- Wyrok TS w sprawie Simutenkov (C-265/03).
- Wyrok TS w sprawie Bernard (C-325/08).
- Vieweg K., *The Legal Autonomy of Sport Organisations and the Restrictions of European Law*, [w:] A. Caiger, S. Gardiner (red.), *Professional Sport in the European Union: Regulation and Re-regulation*, Haga 2000.

Inne

- Dokument Konsultacyjny Komisji Europejskiej „Europejski Model Sportu”, dostępny na stronie internetowej: http://www.bso.or.at/fileadmin/Inhalte/Dokumente/Internationales/EU_Euro-pean_Model_Sport.pdf [dostęp: 16.06.2016].
- Karta Olimpijska, dostępna na stronie internetowej: http://www.olimpijski.pl/Media/files/final_PL_olympic_charter_2-08_2015.pdf [dostęp: 16.06.2016].
- Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sportu i Turystyki ws. dyskryminacji sportów nieolimpijskich, dostępne na stronie internetowej: https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Do_MSiT_ws_dyskryminacji_sportow_nieolimpijskich_0.pdf [dostęp: 16.06.2016].
- Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o sporcie oraz ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, dostępne na stronie internetowej: [Ius Novum
4/2016](https://bip.msit.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnych/zakonczonej-proces-legi/ustawa-o-zmianie-ustawy/1139,Ustawa-o-</p></div><div data-bbox=)

zmianie-ustawy-o-sporcie-oraz-ustawy-o-podatku-dochodowym-od-osob-fizyc.html [dostęp: 16.06.2016].

Uzasadnienie do projektu do ustawy o sporcie, dostępne na stronie internetowej: <https://bip.msit.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/zakonczone-proces-legi/ustawa-o-sporcie/409,Projekt-ustawy-o-sporcie-wraz-z-aktami-wykonawczymi-z-dnia-5-sierpnia-2009-r.html> [dostęp: 16.06.2016].

OBOWIĄZEK PRZYNALEŻNOŚCI POLSKIEGO ZWIĄZKU SPORTOWEGO DO MIĘDZYNARODOWEJ ORGANIZACJI SPORTOWEJ

Streszczenie

Polskie związki sportowe, jako organizacje o krajowym zasięgu, odgrywają istotną rolę w organizowaniu współzawodnictwa w danym sporcie. Nowelizacja ustawy o sporcie nałożyła na polskie związki sportowe obowiązek przynależności do właściwej międzynarodowej federacji sportowej działającej w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innej uznanej przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski. Prezentowany artykuł zawiera rozważania dotyczące tego rozwiązania (także krytyczne) oraz roli międzynarodowych organizacji sportowych i ich wpływu na krajowe porządki prawne.

Słowa kluczowe: *polski związek sportowy, Międzynarodowy Komitet Olimpijski, międzynarodowe organizacje sportowe*

OBLIGATION TO BE A MEMBER OF AN INTERNATIONAL SPORTS ORGANISATION IMPOSED ON POLISH SPORTS ASSOCIATIONS

Summary

Polish sports associations, as countrywide organisations, play an important role in organising the competition system in a particular sport. As a result of the amendments to the Act on sport, every Polish sports association shall be a member of an international sports association of an Olympic or Paralympic sport, or of another association recognized by the International Olympic Committee (Article 12a, Section 1). The article contains considerations (also critical) regarding the application of Article 12a.1. and presents a discussion of the role of international sports associations as well as their impact on domestic legal orders.

Key words: *polish sports associations, International Olympic Committee, international sports associations.*

PRAWO ZABUDOWY

KINGA ŁALOWICZ

1. RYS HISTORYCZNY

Pierwotór instytucji prawa zabudowy znany był już w prawie rzymskim. Pojawienie się tego prawa zwanego *emfiteuzą* wynikało z konieczności osłabienia skutków powszechnie stosowanej zasady *superficies solo cedit*. Zgodnie z jej treścią, nie było prawnej możliwości nabycia odrębnej własności nieruchomości budynkowej bez nieruchomości gruntowej, na której ów budynek został wzniesiony¹. *Emfiteuza* to bowiem dziedziczne i zbywalne prawo trwałego użytkowania cudzego gruntu za stosowną opłatą².

W Polsce prawo zabudowy, polegające na wznoszeniu budowli na cudzym gruncie za zgodą jego właściciela, funkcjonowało od czasów staropolskich, poprzez okres zaborów oraz ustawodawstwo dzielnicowe z okresu zaborów (poza byłym Królestwem Polskim, gdzie odpowiednikiem prawa zabudowy była wieczysta dzierżawa)³. Na terenach należących do byłego zaboru pruskiego zgodnie z §§ 1012–1017 kodeksu cywilnego BGB funkcjonowało prawo zabudowy – „rzeczowe prawo użytkowania obcego gruntu na cele budowlane”⁴. Prawo to było dziedziczne i można je było zbywać. Nową, późniejszą koncepcję prawa zabudowy wprowadziło niemieckie rozporządzenie z 15 I 1919, a które obowiązywało w Polsce w okresie międzywojennym na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z 26 IV 1922. Zgodnie z dwoma powyższymi rozporządzeniami, omawiana instytucja polegała na tym, iż nieruchomością gruntową

¹ Zob. R. Strzelczyk, A. Turlej, *Własność lokali. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 110–122. Zgodnie z tą zasadą „własność gruntu rozciągała się na ową *superficies*, przez którą rozumiano – w znaczeniu szerokim – wszystko to, co było z gruntem trwale związane”. Zatem budynek, który został wzniesiony na cudzym gruncie, przypadać miał z mocy samego prawa właścicielowi gruntu, na którym został ów budynek wybudowany. Tym samym nie miało znaczenia czy to ktoś inny poniósł nakłady na rzecz, ani też jak wysokie one były.

² W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1981, s. 292.

³ S. Płaza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym, część 3, okres międzywojenny*, Kraków 2001, s. 133.

⁴ *Ibidem*, s. 132.

można było zbudować zarówno na jej powierzchni, jak i pod nią. Przez cały czas trwania uprawnienia właściciel otrzymywał miało stosowne wynagrodzenie lub mógł być współdopuszczony do korzystania z gruntu – co zależało od woli stron – a po jego wygaśnięciu uprawnionemu przysługiwało odszkodowanie za wzniesione budynki (w formie wynagrodzenia). Tak ukształtowane prawo zabudowy miało być zbliżone w swej naturze do prawa własności nieruchomości gruntowej, dlatego też do tego prawa stosować się miało odpowiednio przepisy o własności⁵.

Jednakże, pomimo że prawo zabudowy było prawnie dopuszczalne, to jednak trzeba zaryzykować stwierdzenie, iż w dawnej Polsce praktyczne jego znaczenie było raczej niewielkie. Prawdopodobnie z tego też powodu polski projekt prawa rzeczowego z 1937 roku autorstwa F. Zolla i J. Wasilkowskiego wprowadzał w jego miejsce jeszcze inne rozwiązanie, to jest tzw. własność czasową, rezygnując tym samym z koncepcji prawa zabudowy jako ograniczonego prawa rzeczowego. Sam zaś F. Zoll systematyzując prawo cywilne, przedmiotowe prawo zaliczył do kategorii „innych praw rzeczowych”⁶.

Natomiast po II Wojnie Światowej instytucja ta została uregulowana jednolicie dopiero w dekreście z 26 X 1945 o prawie zabudowy (Dz.U. nr 50/1945, poz. 280). I zgodnie z przytoczoną regulacją, omawiane prawo miało polegać na uprawnieniu osoby określonej umową do wzniesienia zabudowy budynkowej na gruncie i mogło zostać ustanowione przez państwo lub związek samorządu terytorialnego na nieruchomościach pozostających jego własnością. Rozumiano je jako: „przeniesienie własności gruntu za opłatą symboliczną z zastrzeżeniem powrotu własności na rzecz gminy miasta stołecznego Warszawy, stosownie do przepisów prawa rzeczowego”⁷. Takie rozwiązanie skutkowało tym, iż nabywca prawa zabudowy był użytkownikiem gruntu i jednocześnie właścicielem usytuowanych na nim budynków, a prawo to ujawniało się w wykazie księgi hipotecznej prowadzonej dla nieruchomości gruntowej obciążonej przedmiotowym uprawnieniem. Miało ono charakter dziedziczny i zbywalny. Nabywca mógł dowolnie obciążać nieruchomość budynkową pozostającą jego własnością, zaś co do obciążania nieruchomości gruntowej musiał mieć uprzednią zgodę jego właściciela. Umowa o ustanowienie prawa zabudowy powinna była określać: sposób zabudowy (odbudowy w razie zniszczenia budynku w trakcie trwania umowy), czas trwania tego prawa (od 30 lat do 80 lat) i wysokość opłat. Nadto umowa taka powinna była być sporządzona w formie aktu notarialnego. I choć omawiana regulacja prawna obowiązywała jedynie do końca 1946 roku tj. do wejścia w życie prawa rzeczowego z tegoż samego roku, warto zaznaczyć, iż w wyżej opisanej koncepcji prawa zabudowy swoje korzenie ma funkcjonująca aktualnie w polskim porządku prawnym instytucja użytkowania wieczystego⁸.

⁵ Gdyż prawa związane z gruntem traktowano za część składową gruntu.

⁶ S. Płaza, *Historia prawa w Polsce...*, Kraków 2001, s. 110–111.

⁷ G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2011, s. 345 i n.

⁸ R. Strzelczyk, *Prawo nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 184–186.

2. PRAWO UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO

Obecnie w polskim prawie cywilnym obowiązuje instytucja prawa użytkowania wieczystego, którą ewentualne prawo zabudowy mogłoby zastąpić bądź uzupełnić. Jest to prawo rzeczowe na rzeczy cudzej, mocą którego użytkownik wieczysty posiada uprawnienia do władania nieruchomością zbliżone do prawa własności⁹ – w systematyce kodeksu cywilnego usytuowane pomiędzy własnością a ograniczonymi prawami rzeczowymi¹⁰ – zaś koncepcję tę potwierdziło wielokrotnie orzecznictwo Sądu Najwyższego¹¹. Prawo to zostało wprowadzone do polskiego porządku ustawą z 14 VII 1961 o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. nr 32/1961, poz. 159) – obowiązującą od 22 X 1961. W okresie powojennym (od 1945 do 1961 roku) obowiązywały także inne prawa o podobnym zakresie, a mianowicie¹²: prawo zabudowy, prawo wieczystej dzierżawy i prawo własności czasowej¹³. Zostały one jednak przekształcone z 22 X 1961 w prawo wieczystego użytkowania, zgodnie z art. 41 pkt 4 ustawy o gospodarce terenami w miastach i osiedlach w zw. z § 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki Komunalnej z 26 I 1962 w sprawie zmiany niektórych gruntów na prawo wieczystego użytkowania lub użytkowania (Dz.U. nr 15/1962, poz. 67)¹⁴. Za wyżej wspomnianą regulacją, prawo użytkowania wieczystego było początkowo ustanawiane nie na mocy umowy, a decyzji organu gospodarki komunalnej i mieszkaniowej Prezydium Rady Narodowej właściwej dla położenia danej nieruchomości. Miało ono zatem w jakiejś części charakter administracyjny. Polegało bowiem na oddawaniu w użytkowanie wieczyste takich terenów państwowych, które były położone na terenach miast i osiedli oraz poza ich granicami, ale objętych planami zagospodarowania przestrzennego tych miast¹⁵.

Aktualnie prawo wieczystego użytkowania regulują dwie ustawy: kodeks cywilny (Dz.U. nr 16/1964, poz. 93 ze zm.) oraz ustawa o gospodarce nieruchomościami (Dz.U.

⁹ W uchwale Sądu Najwyższego z 22 X 1968, III CZP 98/68, użytkowanie wieczyste zdefiniowano w następujący sposób: „użytkowanie wieczyste zawiera istotne cechy różniące tę instytucję od prawa własności i od ograniczonych praw rzeczowych, (...) jest ono (...) postacią prawa rzeczowego o odrębnej od tych praw treści, (...) jednak instytucja ta bliższa jest raczej własności aniżeli ograniczonemu prawu rzeczowemu użytkowania”.

¹⁰ R. Skwarło, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 13 i s. 109.

¹¹ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 22 X 1968, III CZP 98/68.

¹² Wprowadzone kolejno dekrety: z 26 X 1945 o prawie zabudowy (Dz.U. nr 50/1945, poz. 280), z 11 X 1946 Prawo rzeczowe (Dz.U. nr 57/1946, poz. 319), z 26 X 1945 o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy oraz z 10 XII 1952 o odstępowaniu przez państwo nieruchomości mienia nierolniczego na cele mieszkaniowe oraz na cele budownictwa indywidualnych domów jednorodzinnych (Dz.U. nr 49/1952, poz. 326).

¹³ Zob. R. Strzelczyk, *Prawo nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 187. Własność czasowa polegała na prawie przenoszenia na rzecz osób trzecich na czas określony (między 30 lat a 80 lat) prawa własności nieruchomości należących do Skarbu Państwa, związków samorządu terytorialnego czy innych publicznych osób prawnych. Koncepcja ta przewidywała prawo powrotu do zbywcy, z mocy samego prawa, nieruchomości obciążonej własnością czasową po okresie, na który została ona ustanowiona. Można było jednak czas obowiązywania takiej własności przedłużyć na kolejne okresy. Warto przy tym zauważyć, iż prawo powrotu było zbywalnym ograniczonym prawem rzeczowym.

¹⁴ G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości...*, s. 345 i n.

¹⁵ R. Strzelczyk, *Prawo nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 187.

nr 115/ 1997, poz. 741). Ma ono charakter czasowy, gdyż jest ustanawiane na oznaczony czas, maksymalnie 99 lat z możliwością jego przedłużenia. Dość wąskie zastosowanie tej instytucji polega na ograniczeniu jej ustanawiania do nieruchomości będących własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego albo ich związków. Nadto użytkownik wieczysty jest, z wyłączeniem właściciela, jedynym uprawnionym do korzystania z oddanego mu gruntu. Oczywiście musi on korzystać z tego prawa zgodnie z celem, na jaki został mu grunt oddany, a który to cel określają same strony w umowie o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste. Tym samym użytkownik wieczysty posiada w stosunku do oddanego mu w użytkowanie gruntu takie same prawa jak właściciel, dlatego do prawa tego stosuje się odpowiednio przepisy o własności.

3. UREGULOWANIA WYBRANYCH USTAWODAWSTW PAŃSTW ZACHODNICH

Podobne regulacje znane są w prawie francuskim, szwajcarskim, austriackim, holenderskim oraz niemieckim. Dla przykładu można podać, iż we Francji porządek prawny przewiduje równolegle dzierżawę wieczystą (*bail emphyteotique*) oraz dzierżawę w celu zabudowy (*bail a construction*). Zaś prawo zabudowy (*Erdbaurecht*) stosowane jest w prawie niemieckim, a jej kształt ma niewątpliwie stanowić pierwowzór dla polskiego prawodawcy.

W prawie niemieckim omawiana instytucja (*Erdbaurecht*) ukształtowana została w kodeksie cywilnym BGB oraz w późniejszym rozporządzeniu z 1919 roku, wspomnianym powyżej, a który to akt prawny był wielokrotnie nowelizowany, i w takiej formie obowiązuje po dzień dzisiejszy¹⁶. Prawo zabudowy polega na możliwości wzniesienia oraz posiadania budowli na cudzej nieruchomości, a tym samym jest formą obciążenia gruntu właściciela jako ograniczone prawo rzeczowe. Jednak stosuje się do niego przepisy jak do prawa własności oraz ujawnia się, tak samo jak prawo własności, w dziale drugim księgi wieczystej prowadzonej dla obciążonego prawem zabudowy gruntu. Ustawodawca niemiecki założył, iż omawiane uprawnienie może być ustanowione na okres od 75–99 lat (a jeśli chodzi o nieruchomości przemysłowe na 40–50 lat). Nadto jest to prawo dziedziczne oraz można je zbywać za zgodą właściciela gruntu, a zamiast ceny sprzedaży uprawniony zobowiązany jest do uiszczania corocznych opłat w wysokości 3–5% wartości nieruchomości. Istnieje także możliwość obciążania prawa zabudowy innymi prawami (np. hipoteką bądź długiem gruntowym). Do jego powstania koniecznym jest zawarcie umowy o ustanowienie prawa do zabudowy pomiędzy właścicielem a uprawnionym, zaś do wygaśnięcia wystarczy upływ czasu, na który zostało to prawo ustanowione. Umowa o ustanowienie stanowi jednocześnie podstawę prawną ujawnienia zabudowcy w księdze wieczystej¹⁷.

We Francji natomiast istnieją równolegle: dzierżawa wieczysta (*bail emphyteotique*) uregulowana ustawą z 25 IV 1902, charakterystyczna dla gospodarki rolnej,

¹⁶ R. Skwarło, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego...*, Warszawa 2008, s. 109–110.

¹⁷ <http://www.krotoski-adwokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotyczace-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> z 28 VII 2014.

oraz znacznie późniejsza dzierżawa w celu zabudowy – prawo do zabudowy (*bail a construction*) wprowadzona ustawą z 16 X 1964. Oba uprawnienia nadawane są mocą umowy zawieranej pomiędzy zainteresowanymi stronami na czas określony od 18 do 99 lat i mają charakter zbywalny, zaś właścicielowi przysługuje stosowna opłata wnoszona przez uprawnionego za korzystanie z gruntu¹⁸. Ustawodawca francuski zadbał o uregulowanie instytucji prawa do zabudowy zarówno na terenie miast, jak i wsi. Dzierżawa wieczysta (*bail emphyteotique*) jest to instytucja uregulowana przez prawo wiejskie (*code rural*), choć stosowana także w miastach, celem rozwoju wsi i podniesieniu wartości gospodarstw rolnych. Dzierżawca ma obowiązek utrzymywać i naprawiać istniejące budowle oraz te, które ewentualnie wzniesie (ale nie ma nakazu budowy). Natomiast za ustanowione prawo ponosi stosowne opłaty (w płodach rolnych lub w pieniądzu). W zamian uprawniony zdobywa prawo do polowania, połowów, do eksploataowania kopalń, torfowisk oraz do uprawy ziemi. Dzierżawa w celu zabudowy – prawo do zabudowy (*bail a construction*), jak sama nazwa wskazuje ustanawiana jest celem wzniesienia budowli na wydzierżawianym gruncie, a następnie utrzymaniu tych budynków, ponoszeniu wszelkich opłat (podatków, kosztów remontów etc.) i ewentualnie przeniesieniu ich własności na osobę trzecią. Uprawniony bowiem jest właścicielem wzniesionych zabudowań a zatem może je zbyć niezależnie od gruntu i na odwrót, właściciel gruntu może się go pozbyć bez przenoszenia własności budynków, które na gruncie powstały. Czynsz ustala się na podstawie kosztów brutto wzniesionych zabudowań lub proporcjonalnie do ich wartości. Można się także umówić, iż po zakończeniu kontraktu dzierżawca wykupi nieruchomość gruntową (*bail a construction a l'envers*). Ustawodawca przewidział tę możliwość po to, by zachęcić do budowy na gruntach dotychczas niezabudowanych celem zagospodarowania ich. Interesujące, i zdaje się także korzystne, jest rozwiązanie co do sposobu zapłaty za wykupywany grunt. Uiszcza się go w ratach, a każda rata stanowi dodatek do opłaty za dzierżawę, której całość odpowiada wartości nieruchomości¹⁹.

Wspólnym celem omówionych regulacji prawnych jest umożliwienie prowadzenia inwestycji, przede wszystkim przez prywatne podmioty²⁰, na cudzym gruncie, bez konieczności jego zakupu, a jedynie za stosowną opłatą. Warto zauważyć, iż możliwość taka przewidziana jest co do gruntu będącego własnością zarówno osób fizycznych, osób prawnych, jak i Skarbu Państwa czy jednostek samorządu terytorialnego. Ma to olbrzymie znaczenie dla rozwoju inwestycji, zwłaszcza na terytorium miast i wpływa pozytywnie na proces ich urbanizacji.

¹⁸ R. Skwarło, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego...*, Warszawa 2008, s. 110–111.

¹⁹ Por. J.M. Berly, H. des Lyons, *Code de la construction et de l'habitation, Commente*, Lexis Nexis, Francja 2013, s. 190 i n.; D. Krajewski, *Droit Rural*, Lextenso Editions, Francja 2009, s. 92, oraz: <http://www.robine-associes.com/docs/Print-Bail-a-construction-a-l-envers.pdf>; <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bail-a-construction.php>; <http://www.outil2amenagement.cerutu.developpement-durable.gouv.fr/bail-emphyteotique-bail-a-a568.html>; <http://www.comby-foncier.com/evaluationsousbail.pdf>; http://www.actionlogement.fr/media/upload/pdf/divers/doc-application/pass_foncier/BACCCMIa-vril2010.pdf; http://www.ada-j-avocats.com/pdf2/FICHE_Bail_construction.pdf

²⁰ Nie tak jak w Polsce jedynie przez jednostki państwowe bądź terytorialne.

4. NOWE OGRANICZONE PRAWO RZECZOWE – PRAWO ZABUDOWY

Dnia 10 XI 2010 opublikowano projekt ustawy o zmianie ustawy – kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, który został przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego. Projekt ten przewiduje wprowadzenie zupełnie nowej konstrukcji prawa zabudowy²¹, wzorowanego częściowo na uregulowaniach innych państw europejskich w tym zakresie, jak i obowiązujących już kiedyś w Polsce. Planowane zmiany miałyby dotyczyć: art. 240 i n. oraz księgi drugiej kodeksu cywilnego, gdzie w Tytule III po art. 251 dodano by kolejny dział: „Dział I[1]. Prawo zabudowy”, składający się z trzech rozdziałów. Tym samym nowe ograniczone prawo rzeczowe w całości znalazłoby się w ramach kodeksu cywilnego.

Nowością, którą wprowadziłaby instytucja prawa zabudowy, ma być przede wszystkim możliwość obciążania tym prawem każdego rodzaju nieruchomości na rzecz każdego zainteresowanego, bez ograniczeń. Innymi słowy prawo to ma mieć charakter powszechny.

Instytucja ta polegać ma na obciążaniu nieruchomości gruntowej (jednej bądź wielu) takim uprawnieniem, które daje możliwość jej eksploatacji zarówno pod²², jak i na jej powierzchni, w dodatku kilku uprawnionym jednocześnie. Dotychczas przepisy dopuszczały możliwość wznoszenia zabudowy przez jednego użytkownika wieczystego w wybrany przez niego sposób.

Prawo do wznoszenia nowych lub korzystania z już istniejących budynków a także innych urządzeń przysługiwać by miało na okres od 30 do maksymalnie 100 lat. Przy czym własność rzeczonych budynków lub innych urządzeń, jako prawo związane z prawem zabudowy, stanowiłoby przedmiot własności zabudowcy, o ile strony w umowie o ustanowieniu tego prawa nie zastrzegłyby inaczej²³. Nadto zabudowca mógłby zostać ograniczony w wykonywaniu swego prawa jedynie do oznaczonej części nieruchomości

²¹ Zob. A. Bieranowski, *Prawo zabudowy i ciężary realne w pracach nad projektem kodeksu cywilnego – podstawowe założenia konstrukcyjne*, „Rejent” rok 22, numer specjalny XII 2012, s. 18 i n. Według systematyki ograniczonych praw rzeczowych odwołującej się do kryterium treści uprawnień, prawo zabudowy stanowi ma prawo do substancji (*Nutzungsrechte*), a jego istotą ma być uprawnienie do korzystania. Instytucja ta nawiązywać ma także do tzw. praw powierzchniowych, znanych już w prawie antycznym.

²² Zob. A. Bieranowski, *Prawo zabudowy i ciężary realne...*, *op. cit.*, s. 23. Dyskusyjna jest dopuszczalność ustanowienia prawa zabudowy polegającego jedynie na wzniesieniu zabudowy nad powierzchnią nieruchomości bez zainstalowania jakichkolwiek trwałych urządzeń w granicach przestrzennych nieruchomości obciążonej. Należałoby uznać w takiej sytuacji, że jest to raczej prawo przesyłu aniżeli prawo zabudowy. Pomimo tych wątpliwości projekt ustawy przewiduje *expressis verbis* możliwość zabudowy nad gruntem.

²³ Zob. <http://www.krotoski-advokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotycza-ce-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> z 28 VII 2014. Jak podają autorzy tego artykułu (M. Krotoski, P. Walczak), strony w umowie mogą przewidzieć, iż zabudowa powstała na gruncie właściciela w ramach wykonywania prawa zabudowy stanie się jego własnością, nie zaś zabudowcy, co wymagałoby odpowiedniego wpisu w księdze wieczystej. W moim przekonaniu nie jest to jednak możliwe. Co prawda, ustawodawca przewiduje, że same strony umową mają kształtować ten stosunek prawny (swoboda umów), to jednak takie postanowienia umowy o zabudowę wypatrzyłyby ideę prawa zabudowy. Celem jej jest, jak trafnie wskazują sami autorzy: „na treść prawa zabudowy składać się mają przede wszystkim dwa uprawnienia – do korzystania z budynków lub innych urządzeń trwale związanych z gruntem, a także do usytuowania (wzniesienia) takich przedmiotów na lub pod nieruchomością gruntową”.

ści gruntowej, a korzystać z niej powinien w taki sposób, aby jak najmniej utrudniać korzystanie z niej pozostałym uprawnionym.

Dla prawa zabudowy miałaby być prowadzona osobna księga wieczysta (wpis konstytutywny), a do jego przeniesienia, tak jak do przeniesienia ograniczonego prawa rzeczowego, stosować się powinno odpowiednio przepisy o przeniesieniu własności nieruchomości.

Projekt zakłada możliwość ustanawiania innych ograniczonych praw rzeczowych (takich jak użytkowanie, służebność czy hipoteka) na prawie zabudowy, z koniecznością ich ujawnienia w księdze wieczystej prowadzonej dla tego prawa, celem skuteczności ich powstania (wpis konstytutywny).

5. PRAWO ZABUDOWY – POWSTANIE I ROZPORZĄDZENIE

Prawo zabudowy powstawać ma co do zasady w drodze umowy, zawieranej w formie aktu notarialnego. Umową tą strony określać mają treść ustanawianego prawa, a to: rodzaj zabudowy (w tym możliwe będzie nałożenie obowiązku wzniesienia określonych budynków w określonym czasie – co wymagać ma ujawnienia w księdze wieczystej), sposób i czas korzystania z obciążonej nieruchomości oraz jego zakres i ewentualną odpłatność – jednorazową bądź w postaci świadczeń okresowych (lub ich brak). Prawo to można będzie ustanawiać pod warunkiem (za wyjątkiem warunku rozwiązującego) oraz na nieruchomości obciążonej uprzednio użytkowaniem wieczystym. Nadto istnieć będzie możliwość ograniczenia w rozporządzaniu nim (co wymagać ma także ujawnienia w księdze wieczystej). Tym samym ustawodawca nie przedstawia definicji „zabudowy”²⁴.

Istotnym jest, iż projektowana instytucja ma mieć pierwszeństwo przed innymi ograniczonymi prawami rzeczowymi ustanawianymi na nieruchomości gruntowej²⁵. Ponadto jako nowatorskie rozwiązanie należy wskazać możliwość obciążenia jednej nieruchomości gruntowej kilkoma prawami zabudowy z równym pierwszeństwem, co oznaczać ma koegzystencję kilku praw tego samego rodzaju na jednej nieruchomości. Jedynym zastrzeżeniem w takiej sytuacji byłaby zasada nieuszczerplania uprawnień wcześniejszego uprawnionego przez kolejnego.

Innym sposobem nabycia prawa zabudowy ma być także jego zasiedzenie w trybie, jaki przewidują odpowiednio przepisy o biegu zasiedzenia nieruchomości.

Ustawodawca zaproponował dwa rodzaje prawa wykupu omawianego prawa: umowne oraz ustawowe. Przy czym należy zaznaczyć, iż przejście prawa zabudowy na właściciela obciążonej nieruchomości gruntowej nie powoduje, co do zasady,

²⁴ Zob. <http://www.krotoski-advokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotycza-ce-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> z 28 VII 2014. Jak słusznie zauważają autorzy tego artykułu (M.Krotoski, P.Walczak), brakuje w projektowanych przepisach definicji prawa zabudowy. Odesłanie do postanowień umownych w tym zakresie, wskazuje na szerokie rozumienie sposobu zabudowy, którym wobec tego mogą być zarówno: budynki, jak i wszelkiego rodzaju budowle i inne urządzenia związane z gruntem.

²⁵ Poza służebnością przesyłu, służebnością drogi koniecznej oraz służebnością ustanowioną zgodnie z art. 231 kc.

wygaśnięcia tego prawa (podobnie, gdyby zabudowca nabył własność obciążonej nieruchomości). Umowne prawo wykupu ma być to uprawnienie związane z własnością nieruchomości gruntowej obciążonej prawem zabudowy i polegać ma ono na zobowiązaniu uprawnionego do przeniesienia prawa zabudowy na właściciela nieruchomości gruntowej za wynagrodzeniem po ziszczeniu się warunku przewidzianego w umowie ustanawiającej to prawo. Natomiast ustawowe prawo wykupu miałyby być uprawnieniem właściciela nieruchomości obciążonej do żądania przeniesienia na niego prawa zabudowy w sytuacji, gdyby zabudowca korzystał z nieruchomości w sposób oczywiście sprzeczny z jej przeznaczeniem (nie wznosił budowy przewidzianej w umowie bądź wznosił ją niezgodnie z umową).

6. PRAWO ZABUDOWY – PRZEDŁUŻENIE I WYGAŚNIĘCIE

Zasadą ma być możliwość przedłużenia prawa zabudowy na kolejne okresy, przy czym właściciel nieruchomości może się do tego zobowiązać nie wcześniej niż w okresie pięciu lat przed upływem terminu jego wygaśnięcia. Przedłużenie prawa zabudowy odbywać się ma zgodnie z przepisami o jego ustanowieniu²⁶.

Jeżeli wartość zabudowy przekroczyłaby znacznie wartość nieruchomości obciążonej, na sześć miesięcy przed terminem jego wygaśnięcia właściciel nieruchomości miałby prawo żądać od zabudowcy, aby ten ostatni nabył od niego własność tej nieruchomości lub jej części.

Z drugiej strony, zabudowca będzie mógł żądać, aby właściciel nieruchomości gruntowej wypłacił mu wynagrodzenie za powstałą na gruncie zgodnie z umową zabudowę, zaś wynagrodzenie to powinno odpowiadać jej wartości z chwili wygaśnięcia tegoż prawa.

Moment ten będzie niezwykle istotny także z punktu widzenia wierzycieli zabudowcy, gdyż projektowane przepisy przewidują, że wraz z wygaśnięciem prawa zabudowy wygasać mają wszystkie inne prawa na nim ustanowione. Tym samym wierzyciele, których ewentualne niespłacone hipoteki przestałyby w ten sposób istnieć, nabyliby ustawowe prawo zastawu na roszczeniu zabudowcy o wypłatę wynagrodzenia za powstałą zabudowę.

Oczywiście prawo zabudowy podlegałoby również dziedziczeniu, tak jak inne prawa o charakterze przenoszalnym.

7. WNIOSKI

Do nowych rozwiązań prawnych podchodzić winno się z dystansem. Podobnie pochylić się należy nad projektowanymi zmianami w zakresie wprowadzenia prawa zabudowy jako nowego ograniczonego prawa rzeczowego. Istotnym jest także, aby znaleźć odpowiedź na pytania o cel takiej transformacji. Od dawna toczy się ożywiona dyskusja

²⁶ Tego typu regulacji brakuje w aktualnych przepisach co do prawa użytkowania wieczystego, co nastarcza wiele problemów natury praktycznej, o czym szczegółowiej w tym artykule.

nad utrzymaniem lub definitywną likwidacją instytucji użytkownika wieczystego z polskiego systemu prawnego – czy słusznie?

Projektowana instytucja prawa zabudowy ma równie wielkie grono entuzjastów, jak i sceptyków. Według eksperta Pracodawców RP Jacka Cieplaka „propozycja nowego prawa zabudowy jest ryzykownym pomysłem”, gdyż ustanawianie prawa zabudowy może znacząco ograniczać wykonywanie prawa własności. Jak uważa ekspert, „nie ma potrzeby tworzenia nowej instytucji”, ponieważ w przypadku mniejszych działek gruntu (jakich według niego jest większość w aglomeracjach miejskich) właściciel praktycznie nie będzie mógł w ogóle korzystać ze swojej nieruchomości²⁷. Podobnie uważa wiceprezes Zrzeczenia Właścicieli Nieruchomości Warszawskich – Tadeusz Koss – według którego: „jeśli prawo zabudowy zostanie uchwalone, zostanie natychmiast zaskarżone do Trybunału Konstytucyjnego”. Sytuację taką motywuje pogwałceniem konstytucyjnych zasad, a mianowicie nienaruszalności własności prywatnej, a także Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, który także dotyczy ochrony własności²⁸. Przeciwnikami nowego prawa są również przedstawiciele konfederacji LEWIATAN, którzy zarzucają projektowi ustawy brak umotywowania wprowadzania nowego ograniczonego prawa rzeczowego do obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego. Uważają oni nadto, iż instytucja ta może prowadzić do przymusowego ograniczenia prawa własności, omijając procedurę wywłaszczenia, uzasadniając to celami publicznymi. Sugerują także, iż aby nowe prawo było rozwiązaniem pożądanym należy je dostosować do obowiązujących realiów gospodarczych, a co za tym idzie twierdzą, iż aktualny projekt nie spełnia tej przesłanki²⁹. Wydaje się zatem, iż obawa przed nowymi rozwiązaniami doprowadziła przeciwników projektowanej instytucji do wniosku, iż istniejące obecnie regulacje prawne są wystarczające i nie ma konieczności ich zmieniania poprzez wprowadzanie nowych rozwiązań.

Pojawiają się także inne, poboczne wątpliwości wymagające wyjaśnienia a wynikające z braku ich uregulowania w omawianym projekcie ustawy. Mowa o statusie prawnym drzew oraz innych roślin, które znajdowałyby się na nieruchomości obciążonej prawem zabudowy. A. Bieranowski proponuje następujące rozwiązanie: należy je traktować jako części składowe nieruchomości gruntowej a co za tym idzie należy uznać, iż stanowią przedmiot prawa zabudowy³⁰.

Instytucja prawa zabudowy była wprowadzana w zachodnioeuropejskich prawodawstwach na początku XX wieku głównie w celu zaspakajania, jak najtańszym kosztem, celów mieszkaniowych. Aktualnie w Polsce cel ten zdaje się mieć nieco mniejsze znaczenie, a wydaje się bardziej istotne zaspakajanie potrzeb w zakresie tzw. małej architektury³¹. Jednocześnie należy zwrócić uwagę na fakt, iż na terenach miast coraz

²⁷ <http://www.pracodawcyrp.pl/en/news/art.285,the-proposed-new-construction-law-is-a-risky-concept.html> [dostęp: 2.10.2014].

²⁸ Zob. <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/koss-prawo-zabudowy-zostanie-zaskarzone-do-trybunalu?doAsGroupId=2221015&refererPlid=68467180> [dostęp: 7.10.2014].

²⁹ Zob. raport roczny Konfederacji Lewiatan z 2013 roku http://konfederacjalewiatan.pl/o_nas/raporty_roczne, s. 44.

³⁰ A. Bieranowski, *Prawo zabudowy i ciężary realne...*, op. cit., s. 27.

³¹ Zob. *ibidem*, s. 33. Jak słusznie podkreśla autor tego artykułu, budowa kortów tenisowych, pomników, parków, tuneli, centrów handlowych czy garaży podziemnych zdaje się mieć aktualnie większe znaczenie aniżeli budownictwo mieszkaniowe, a tym większe, iż kurczący się grunt miejski

bardziej brakuje miejsc pod zabudowę mieszkaniową, a zatem być może cel ten na nowo stanie się ważny i wymagający zaspokojenia.

Wprowadzenie nowego ograniczonego prawa rzeczowego w postaci prawa zabudowy i zastąpienie nim dotychczasowych regulacji prawnych, mogłoby mieć spore znaczenie ekonomiczne i prawne. Po pierwsze, po dopracowaniu projektu³², uregulowano by dotychczasowe problemy ze stosowaniem prawa użytkowania wieczystego poprzez wprowadzenie nowych rozwiązań. Po wtóre, projektowane prawo zabudowy przyczyniło by się do rozwoju inwestycji miejskich³³ takich jak: parkingi podziemne, zagospodarowanie terenów komercyjnych powstałych pod budowanymi mostami, tunelami czy innego rodzaju przejściami podziemnymi, a co za tym idzie wpłynęłoby pozytywnie na proces urbanizacji tych miast. Jak twierdzą niektórzy, byłoby to być może remedium na aktualny kryzys gospodarczy i zastój w obrocie nieruchomościami. Jednocześnie w literaturze przedmiotu³⁴ podkreśla się, iż proponowane rozwiązanie prawne stanowiłoby instrument mający na celu poszerzenie możliwości wykorzystania danej nieruchomości przez jej właściciela³⁵. Oznacza to, że będzie można na jednej nieruchomości ustanawiać kilka praw o różnym zakresie, a to użytkowanie wieczyste, prawo zabudowy (a nawet kilka na raz) oraz własność lokali. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw przewiduje bowiem także możliwość ustanawiania odrębnej własności lokali w budynkach stanowiących zabudowę. Tym samym nieruchomości, które dotychczas były wykorzystywane w niewielkim bądź ograniczonym zakresie np. z uwagi na wszelkiego rodzaju utrudnienia w inwestowaniu w nie, mogłyby zyskać na nowo zainteresowanie potencjalnych inwestorów.

BIBLIOGRAFIA

Książki

- Bieranowski A., *Prawo zabudowy i ciężary realne w pracach nad projektem kodeksu cywilnego – podstawowe założenia konstrukcyjne*, „Rejent” rok 22, numer specjalny XII 2012, s. 18 i n.
- Berly J.M., H. des Lyons, *Code de la construction et de l’habitation, Commente*, Lexis Nexis, Francja 2013, s. 190 i n.

mógłby być wykorzystywany równolegle na i pod powierzchnią gruntu przez różne niezależne podmioty. Korzyścią zaś dla właściciela nieruchomości byłoby wynagrodzenie za korzystanie z jego gruntu jednocześnie przez kilku zabudowców.

³² Brakuje m.in. zapisów dotyczących możliwości (bądź jej braku) sprzedaży obciążonych prawem zabudowy nieruchomości w drodze postępowania egzekucyjnego bądź upadłościowego, zakazu ustanowienia prawa zabudowy w drodze decyzji administracyjnej (co rozwiązałoby wątpliwości przeciwników projektowanego prawa) oraz możliwości (bądź jej braku) w zakresie ustanawiania prawa podzabudowy.

³³ Zob. <http://www.krotoski-adwokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotyca-ace-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> [dostęp: 28.07.2014]. Jak słusznie zauważają autorzy tego artykułu (M. Krotoski, P. Walczak) np.: „Dodatkowo prawo zabudowy ma stanowić alternatywę dla wywłaszczenia właścicieli, gdy ich grunt jest potrzebny na cel publiczny, np. pod budowę autostrady”.

³⁴ A. Kowalczyk-Pogorzelska, Ł. Sęk, *Prawo zabudowy jako alternatywa dla prawa użytkowania wieczystego*, „Polish Construction Review” nr 2 (107), 4 II 2010, s. 15–16.

³⁵ Bynajmniej nie ma być to sposób na ograniczanie właściciela w rozporządzaniu posiadanym prawem własności.

- Bieniek G., Rudnicki S., *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 345 i n.
- Dekret z 26 X 1945 o prawie zabudowy (Dz.U. nr 50/1945, poz. 280).
- Dekret z 11 X 1946 Prawo rzeczowe (Dz.U. nr 57/1946, poz. 319).
- Dekret z 10 XII 1952 o odstępowaniu przez państwo nieruchomości mienia nierolniczego na cele mieszkaniowe oraz na cele budownictwa indywidualnych domów jednorodzinnych (Dz.U. nr 49/1952, poz. 326).
- Kowalczyk-Pogorzelska A., Sęk Ł., *Prawo zabudowy jako alternatywa dla prawa użytkowania wieczystego*, „Polish Construction Review” nr 2 (107), 4 II 2010, s. 15–16.
- Krajewski D., *Droit Rural*, Lextenso Editions, Francja 2009, s. 92.
- Osuchowski W., *Rzymskie prawo prywatne*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 1981, s. 292.
- Płaza S., *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym, część 3, okres międzywojenny*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2001, s. 133.
- Skwarło R., *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 13 i s. 109.
- Strzelczyk R., *Prawo nieruchomości*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 184–186.
- Strzelczyk R., Turlej A., *Własność lokali. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 110–122.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 22 X 1968, III CZP 98/68.

Wydawnictwa elektroniczne

1. <http://www.krotoski-adwokaci.pl/publikacje/prawo-nieruchomosci/nowe-zasady-dotyczace-prawa-zabudowy-czy-projekt-zmian-stanie-sie-lekiem-na-kryzys> [dostęp: 2.12.2015].
2. <http://www.pracodawcyrp.pl/en/news/art,285,the-proposed-new-construction-law-is-a-risky-concept.html> [dostęp: 2.12.2015].
3. http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/koss-prawo-zabudowy-zostanie-zaskarzone-do-trybunalu?d_oAsGroupId=2221015&refererPlid=68467180 [dostęp: 2.12.2015].
4. <http://www.robine-associes.com/docs/Print-Bail-a-construction-a-l-envers.pdf> [dostęp: 2.12.2015].
5. <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bail-a-construction.php> [dostęp: 2.12.2015].
6. <http://www.outil2amenagement.certu.developpement-durable.gouv.fr/bail-empyeteotique-bail-a-a568.html> [dostęp: 2.12.2015].
7. <http://www.comby-foncier.com/evaluationsousbail.pdf> [dostęp: 2.12.2015].
8. http://www.actionlogement.fr/media/upload/pdf/divers/doc-application/pass_foncier/BACCC-MIavril2010.pdf [dostęp: 2.12.2015].
9. http://www.adaj-avocats.com/pdf2/FICHE_Bail_construction.pdf [dostęp: 2.12.2015].
10. http://konfederacjalewiatan.pl/o_nas/raporty_roczne, raport roczny Konfederacji Lewiatan z 2013 roku, s. 44 [dostęp: 2.12.2015].

PRAWO ZABUDOWY

Streszczenie

Dnia 10 listopada 2010 roku opublikowano projekt ustawy o zmianie ustawy – kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, który został przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego. Projekt ten przewiduje wprowadzenie zupełnie nowej instytucji – prawa zabudowy – wzorowanej częściowo na uregulowaniach innych państw europejskich, jak i obowiązujących

już kiedyś w Polsce. Niniejszy artykuł składa się z kilku podrozdziałów i traktuje o: rysie historycznym projektowanego prawa, aktualnie stosowanym użytkowaniu wieczystym, nadto przytacza wybrane uregulowania z ustawodawstw innych państw europejskich. Nowe ograniczone prawo rzeczowe – prawo zabudowy – zostało omówione pod kątem jego powstania, rozporządzenia nim, oraz ewentualnej możliwości jego przedłużania i wygaśnięcia. Tym samym planowane zmiany miałyby zastąpić obecnie stosowane w Polsce prawo użytkowania wieczystego, a dotychczas: art. 240 i n. oraz księgi drugiej kodeksu cywilnego, gdzie w Tytule III po art. 251 dodano by kolejny dział: „Dział I[1]. Prawo zabudowy”. Nowe ograniczone prawo rzeczowe w całości znalazłoby się w ramach kodeksu cywilnego.

Słowa kluczowe: *ograniczone prawo rzeczowe, użytkowanie wieczyste, prawo zabudowy, nieruchomości gruntowa, prawo cywilne, ustawa o gospodarce nieruchomościami, dzierżawa w celu zabudowy, prawo własności czasowej*

LEASEHOLD LAW

Summary

A bill amending the Civil Code and some other acts prepared by the Civil Law Codification Commission was published on 10 November 2010. The project stipulates the introduction of a completely new institution – leasehold that is partly based on regulations existing in other European countries as well as observed in Poland in the past. The present paper comprises a few chapters and provides: a historical overview of the proposed law, currently applicable usufruct as well as selected provisions that are in force in other European countries. The new limited property right – i.e. leasehold – has been discussed with respect to its origination, its use, its time limit extensibility and termination. Thus, the amendments are planned to replace usufruct currently in force in Poland, and they concern Article 240 and further ones as well as Book II of the Civil Code, where in Title III, after Article 251, another section entitled „Section I [1]. Leasehold law” would be included. Hence the entire new limited property law would be incorporated in the Civil Code.

Key words: *limited property rights, usufruct, leasehold law, land property, civil law, Real Estate Management Act, lease in order to build, temporary property ownership rights*

SPÓR O FEDERALNĄ PRZYSZŁOŚĆ UNII EUROPEJSKIEJ

DANUTA KABAT-RUDNICKA

L'Europe se fera dans les crises et elle sera
la somme des solutions apportées à ces crises.¹

1. UWAGI WSTĘPNE

Powstanie Wspólnot Europejskich (1952 r., 1958 r.), a następnie Unii Europejskiej (1993 r.), nowych i odmiennych w stosunku do klasycznych form współpracy międzynarodowej, stanowi wyzwanie dla dyscyplin internacjonalistycznych. Stajemy bowiem nie tylko przed problemem precyzyjnego zdefiniowania tego co stanowi *differentia specifica* nowego bytu, ale także określenia jego politycznego wymiaru – pytanie coraz częściej pojawiające się w dyskursie publicznym. W dyskusji wysuwane są różne koncepcje Unii Europejskiej w zależności od punktu widzenia i preferowanej dyscypliny naukowej (prawa międzynarodowego, stosunków międzynarodowych, polityki porównawczej, *etc.*), *i.e.* Unii jako organizacji międzynarodowej, konfederacji, czy związku współpracujących ze sobą państw w ściśle określonych dziedzinach, czy też federacji, zintegrowanej struktury, w ramach której państwa związane są wspólną polityką, realizując wspólne cele i zadania. To z kolei można zredukować do mającej już swój wyraz historyczny alternatywy: albo federacja europejska albo Europa ojczyzn².

Jak zostało powiedziane, Unia Europejska jest postrzegana i definiowana bardzo różnie, w zależności od przyjętej perspektywy badawczej. Unia w perspektywie nauki o stosunkach międzynarodowych jawi się jako regionalna organizacja międzynarodowa, której pole działania wyznacza umowa międzynarodowa, traktat zawarty pomiędzy 28 suwerennymi podmiotami – państwami narodowymi. *Prima facie* rysuje się obraz Unii jako względnie luźnej struktury, stowarzyszenia państw, konfederacji, ograniczającej się do współpracy w ściśle zdefiniowanych obszarach. Przyjmując natomiast za

¹ J. Monnet, *Mémoires*, Fayard, Paris 1976, s. 488.

² „L'Europe des patries” adresowana do poglądów i polityki europejskiej gen. Charlesa de Gaulle'a.

punkt odniesienia politykę porównawczą (*comparative politics*), Unia przedstawia się jako struktura *quasi* państwowa, najbliższa federacji, struktura zintegrowana, gdzie prowadzone są wspólne polityki i gdzie prawo ma autonomiczny charakter, wiążąc nie tylko państwa członkowskie, lecz również obywateli.

W dyskursie naukowym, zwłaszcza w państwach Europy Zachodniej, pojawiają się zarówno argumenty przemawiające za Unią jako federacją jak i przeciwne tej koncepcji. Nie są kwestionowane takie ustalenia jak te, że Unia Europejska jest organizacją międzynarodową o zasięgu regionalnym, opartą na traktatach prawa międzynarodowego, że nie jest systemem hierarchicznym, nie dysponuje odrębną od państw członkowskich sferą kompetencji, nie funkcjonuje w stałych granicach, nie posiada skrytyzowanej tożsamości i nie ma też możliwości narzucania swoich decyzji, a mimo to stanowi prawo, które wiąże zarówno państwa członkowskie jak i obywateli, dysponuje kompetencją pozwalającą na rozwiązywanie wewnętrznych sporów i konfliktów, reguluje rynki, 'ogłasza' wybory, dokonuje alokacji środków, *etc.* – sprawuje zatem szereg funkcji, które wykraczają poza zakres rutynowej działalności klasycznej organizacji międzynarodowej, stowarzyszenia państw, czy konfederacji, dysponuje bowiem prerogatywami, które są charakterystyczne dla władzy państwowej.

Mówiąc o rozwiązaniach federalistycznych należy mieć na uwadze to, że federalizm (jako idea i zasada mająca praktyczne zastosowanie) stanowi zarówno podstawę dla struktur państwowych, jak i niepaństwowych, to z kolei implikuje, że zastosowanie rozwiązań federalistycznych nie jest równoznaczne z tym, iż mamy do czynienia z państwem federalnym. Formuła federalizmu opiera się na połączeniu samorządzenia i współzrządzenia (*self-rule plus shared-rule*), a zatem wszędzie tam, gdzie obecne jest wspólne wykonywanie władzy, tam też można upatrywać rozwiązań federalistycznych. Tak więc niezależnie od tego, czy zdefiniujemy Unię jako związek państw współpracujących w ściśle określonych dziedzinach, czy jako zintegrowaną strukturę, *i.e.* federację europejską, tak w jednym i w drugim przypadku będzie to rozwiązanie typu federalistycznego, łączące elementy samorządzenia i współzrządzenia. W tym stanie rzeczy nasuwa się wniosek, że Unia jest federacją, nie jest jednakże państwem federalnym (*sic!*), natomiast pytanie jakie się pojawia dotyczy tego, w jakim zakresie (*i.e.* w jakich obszarach) Unia ma być strukturą ściśle zintegrowaną, gdzie decyzje podejmowane są na szczeblu unijnym (przy współdziałaniu państw członkowskich), w jakich zaś kompetencja winna nadal przynależeć państwom członkowskim.

Warto też zauważyć, że Unia jest strukturą wtórną, pochodną państw ją tworzących, co doskonale tłumaczy to, że państwa chcą zachować jak największy wpływ zarówno na podejmowane przez nią działania, jak i jej docelowy kształt. Co więcej, Unia jest związkiem 28 państw różniących się zarówno doświadczeniami historycznymi, kulturą polityczną, jak i koncepcją Unii w jej wymiarze politycznym. Dyskusja nad docelowym kształtem Unii, będąca jednocześnie dyskusją nad jej przyszłością, zyskuje na znaczeniu zwłaszcza w warunkach kryzysu, któremu towarzyszą działania zaradcze, w postaci rozwiązań przyjmowanych *ad hoc*, które budzą wątpliwości zarówno prawne jak i polityczne. W sytuacji kryzysowej, zarówno zwolennicy Europy ojczyzn, jak i rzecznicy federacji europejskiej przejawiali, mimo dzielących ich różnic, większe zrozumienie dla potrzeby ściślejszej współpracy w ramach Unii Europejskiej.

2. FEDERACJA VERSUS KONFEDERACJA

Alternatywa: Stany Zjednoczone Europy czy Europa ojczyzn, rysująca się na gruncie konkretnych rozwiązań, wiąże się z koniecznością dokonania wyboru jednej z dwóch przeciwstawnych koncepcji Europy, wpisujących się w wielki projekt polityczny jakim jest Unia Europejska. Zarówno pierwszy jak i drugi wariant stawia poza nawiasem kwestię czy kontynuować i rozwijać współpracę, lecz w jakim trybie i w jakich ramach winna ona przebiegać, czy ma ograniczać się do współpracy państw w ściśle zdefiniowanych obszarach i formach (*e.g.* w ramach klasycznej organizacji międzynarodowej, czy konfederacji), czy też ma obejmować obok kwestii gospodarczych także sprawy społeczne, kulturowe, prawne i polityczne, w ramach zintegrowanej struktury (*e.g.* federacji). Zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku mamy do czynienia z podmiotami wtórnymi, bytami niesuwerennymi, których zakres władzy i kompetencji wyznaczają postanowienia traktatowe, *i.e.* traktaty zawarte pomiędzy państwami członkowskimi, przy czym, o ile w pierwszym przypadku państwa mogą kontrolować zachodzące procesy, to w drugim wymykają się one ich kontroli. Problem nie dotyczy więc tego, czy współpracować, lecz jak dalece oraz w oparciu o jakie rozwiązania prawne i struktury polityczne – słowem, w jakiej mierze państwa są skłonne przekazywać swe kompetencje do ponadnarodowego centrum decyzyjnego i tym samym przystać na ich wspólne wykonywanie.

Określanie Unii Europejskiej jako federacji ma szereg uzasadnień, chociaż jest źle widziane z punktu widzenia politycznej poprawności. Termin federacja europejska (jako forma docelowa procesów integracyjnych) został użyty *expressis verbis* w pierwszym dokumencie sztandarowym, *i.e.* w słynnej deklaracji Schumana, swoistym manifestie, zapowiadającym procesy integracyjne oraz awizującym powstanie pierwszej struktury, *i.e.* Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali. Dodać należy, że termin federacja nie pojawia się w innych oficjalnych dokumentach (*e.g.* w traktatach), znajdujemy jednakże inne (rzec można zastępcze) określenia odwołujące się do coraz ściślejzego związku pomiędzy narodami Europy³.

W deklaracji Schumana czytamy:

La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne (...)⁴.

Par la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix⁵.

³ Preambuła do Traktatu ustanawiającego Unię Europejską (Lizbona).

⁴ (Poddanie produkcji węgla i stali pod wspólny zarząd zapewni powstanie wspólnych podstaw dla rozwoju gospodarczego, pierwszego etapu Federacji Europejskiej (...)). Tekst deklaracji dostępny na stronie CVCE (le centre de recherche et de documentation interdisciplinaire sur le processus de la construction européenne), Luksembourg: *Déclaration de Robert Schuman* (Paris, 9 mai 1950) [online], <http://www.cvce.eu> [dostęp: 30.03.2014].

⁵ (Poddanie produkcji pod wspólny zarząd i ustanowienie Wysokiej Władzy, której decyzje zwiążą Francję, Niemcy i kraje, które do niej przystąpią, stanowić będzie pierwszą konkretną podstawą Federacji Europejskiej, nieodzownej dla zachowania pokoju). *Ibidem*.

Zarówno federacje jak i konfederacje (rozwiązania mające swoje odwzorowania w Unii) należą do szeroko rozumianych systemów federalnych. Jeśli tak, to co wyróżnia konfederację i w czym różni się od federacji? Konfederacja, która jest związkiem państw suwerennych przyjmuje postać organizacji międzynarodowej funkcjonującej w oparciu o traktat, i inaczej aniżeli w federacji, która w świetle prawa międzynarodowego jest suwerennym państwem (przy czym możliwe są struktury niepaństwowe, byty niesuwerenne)⁶, konfederacja państwem nie jest, natomiast suwerenność zachowują konstytuujące ją państwa. Toteż federacja uważana jest nie bez powodu za trwalszą formę ustrojową, podczas gdy konfederacja traktowana jest jako luźniejsza struktura tymczasowa. Kryterium różnicującym jest także stosunek władzy zwierzchniej do obywateli. W federacji podmiotem praw i obowiązków są zarówno konstytuujące jednostki jak i obywatele, natomiast konfederacja może 'docierać' do obywateli jedynie za pośrednictwem tworzących ją państw. Ważnym elementem różnicującym jest także prawo, i o ile w federacji obowiązuje wspólne prawo, to w konfederacji kwestie prawne pozostawione są tworzącym ją państwom, z wyjątkiem wyraźnie wydzielonych wspólnych obszarów. Różnicę pomiędzy rozwiązaniami systemowymi, o których tutaj mowa, trafnie ujął Daniel J. Elazar, zdaniem którego federacje są wspólnotami zarówno jednostek politycznych jak i obywateli (z przynależnymi im wolnościami), konfederacje natomiast są zasadniczo wspólnotami jednostek politycznych, przywiązującymi nadzędne znaczenie do wolności tworzących je jednostek politycznych⁷.

Z perspektywy państwa narodowego, które zainteresowane jest tym, by kompetencje pozostawały i były wykonywane na szczeblu państwowym (w szczególności te kompetencje, które są nierozłącznie związane z suwerennością państwa), rozwiązaniem, które byłoby najbardziej niesprzeczne z interesami państw jest klasyczna organizacja międzynarodowa, unia państw czy konfederacja. Jednakże z drugiej strony, tzw. wspólne wykonywanie kompetencji niekoniecznie musi oznaczać ograniczanie suwerennych praw, co więcej, może być na swój sposób potraktowane jako wyraz i potwierdzenie suwerenności państwa. Nadto, w tak zróżnicowanym organizmie politycznym jakim jest Unia Europejska, można liczyć na jej dobre funkcjonowanie jedynie wówczas, gdy jej działanie oparte zostanie na zasadzie federalnej.

W Unii Europejskiej najważniejsze zasady zostały wyinterpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości co sprawia, że orzecznictwo Trybunału zasługuje na szczególną uwagę. Powołując się na konieczność realizacji wspólnych celów, Trybunał 'rozcignął' swoje działania na omalże wszystkie dziedziny (gospodarczą, społeczną, polityczną)⁸, kierując je nie tylko do rządów, lecz również do obywateli – cecha, która odróżnia rząd rządów (jak zwykło definiować się konfederację) od rządu pojedynczego narodu (inaczej federacji). Trybunał ustanowił w drodze orzecznictwa takie zasady jak: zasada bezpośredniego stosowania prawa wspólnotowego (obecnie unijnego), zasada jednolitej wykładani oraz zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego (unijnego) przed prawem

⁶ Należy pamiętać, że państwo federalne to tylko jedno z możliwych rozwiązań, federacja może bowiem przyjąć inne formy, niepaństwowe.

⁷ D.J. Elazar, *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa 1987, s. 93.

⁸ Zob. też: R. Arigho, *The Supremacy of European Union Law: An Inevitable Revolution Or Federalism in Action?*, „Journal of Postgraduate Research” 2014, vol. 13, s. 9.

krajowym, ustanawiając tym samym nowy, autonomiczny porządek prawny⁹. Zasady, które wyinterpretował Trybunał są zasadami prawnymi, i jak trafnie zauważył Michael Burgess, logika prawna zbieżna jest z logiką federalną¹⁰.

Kolejną cechą charakterystyczną, która odróżnia federację od konfederacji, jest prawo do secesji. I tutaj, jeśli rządy jednostek konstytuujących mogą zostać przegłosowane w ramach obowiązującego systemu oznacza to, ni mniej ni więcej, że nie posiadają autonomicznej władzy i pozostają zależne od centrum, jeśli zaś przegłosowanie ich jest niemożliwe oznacza to, że mogą 'przejąć' centrum albo też oderwać się od federacji. W przypadku struktury federalnej secesja nie tylko oznacza brak federalnej władzy nad terytorium, lecz także brak władzy rządu centralnego nad obywatelami¹¹. Zatem w sytuacji ujawnienia się poważnego konfliktu, konfederacje po prostu się rozwiązują, podczas gdy federacje na ogół zachowują swój byt, dysponują bowiem mechanizmami umożliwiającymi rozwiązywanie konfliktów¹².

3. UNIA JAKO FEDERACJA

Unia Europejska (wcześniej Wspólnoty Europejskie) jest organizacją międzynarodową o zasięgu regionalnym, funkcjonującą w oparciu o postanowienia traktatowe. Unia najbliższa jest też konfederacji, i tak jest generalnie postrzegana na gruncie naukowym¹³. Podobny punkt widzenia na Unię miał jeden z najbardziej uznanych teoretyków federalizmu Daniel J. Elazar. W piśmiennictwie naukowym prezentowany jest również inny punkt widzenia, w myśl którego Unia wyraźnie różni się od konfederacji, posiada bowiem kompetencje ustawodawcze, wykonawcze i sądownicze, a także kompetencje w sprawach finansowych, jak również umożliwia wspólnym instytucjom podejmowa-

⁹ Zob. też: I. David, *From Dialectics to Political Theology: Rethinking Complexity in Federalism*, [w:] J. Drew (ed.), *Redefining Europe*, Amsterdam, Rodopi, New York 2005, s. 46.

¹⁰ „Legal logic coincides with federalist logic” M. Burgess, *Federalism and European Union: the Building of Europe, 1950–2000*, Routledge, London, New York 2000, s. 27.

¹¹ Zob. P. King, *Federalism and Federation*, Croom Helm, London, Canberra 1982.

¹² Pomimo że federacja uważana jest za strukturę trwałą, nie oznacza bynajmniej, że nie może dojść do jej rozpadu, a jeśli już dochodzi to najczęściej w drodze rozwiązań siłowych, czego przykład stanowi Jugosławia. Odnosząc się z kolei do prawa do secesji, należy powiedzieć, że tutaj głosy są podzielne, jedni przyjmują prawo do secesji, inni stanowczo mu się sprzeciwiają. Można zatem skonstatować, że secesja, choć nie jest pożądana, jest mimo to dozwolona, o ile istnieje porozumienie w tej materii pomiędzy rządem centralnym a rządami jednostek konstytuujących. Zob. J. Crawford, *State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession*, Report to Government of Canada concerning unilateral secession by Quebec, 19 February 1997; zob. też: *A federalist theory of secession*, [w:] W. Norman, *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, New York 2006, s. 170–215.

¹³ Zob. np. G. Majone, *Federation, Confederation, and Mixed Government: A EU-US Comparison*, [w:] A. Menon, M. Schain (eds), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York 2006 s. 121–148; zob. też: G. Majone, *Dilemmas of European integration. The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 221; W. Norman, *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, New York 2006, s. 78; R.L. Watts, *Federalism, regionalism and political integration*, [w:] D.M. Cameron (ed.), *Regionalism and Supranationalism. Challenges and Alternatives to the Nation-State in Canada and Europe*, Institute for Research and Public Policy, Montreal 1981, s. 11.

nie niezależnych działań. Unia reguluje większość dziedzin (gospodarczą, społeczną, polityczną) państw członkowskich tak dalece, że działania te zdecydowanie wykraczają poza te, rutynowo prowadzone w ramach klasycznej organizacji międzynarodowej. Dodać należy, że same traktaty, niezależnie od faktu, że są umowami prawa międzynarodowego różnią się od klasycznych umów międzynarodowych, wiążą bowiem swoimi postanowieniami nie tylko państwa, lecz również obywateli¹⁴. Nadto prawo wspólnotowe (obecnie unijne), zarówno pierwotne jak i pochodne, jest nadrzędne wobec prawa państw członkowskich (nawet rangi konstytucyjnej), tworząc nowy, autonomiczny porządek prawny¹⁵, traktaty zaś uważane są za konstytucję jednoczącą się Europy¹⁶.

W Unii Europejskiej elementy typu federalistycznego znajdujemy w szeregu rozwiązań instytucjonalnych, a także (zdaniem niektórych przede wszystkim) prawnych. Pośród tych pierwszych wyróżnia się Komisja Europejska z takimi cechami jak: niezależność członków, kolegialność, prawo inicjatywy ustawodawczej, obligatoryjny udział Komisji w procesie legislacyjnym, kompetencja do wydawania aktów prawnych. Inną instytucją, gdzie obecne są elementy rozwiązań federalistycznych jest Rada, przede wszystkim z uwagi na: charakter przyjmowanych aktów prawnych (bezpośrednio stosowane rozporządzenia, pierwszeństwo prawa unijnego przed prawem krajowym, moc wiążąca dyrektyw), szeroki zakres spraw, gdzie Rada podejmuje decyzje w głosowaniu większościowym, a także przyjmowanie budżetu Unii wspólnie z Parlamentem Europejskim. Parlament znajduje się także w gronie tych instytucji, które charakteryzują się obecnością elementów federalistycznych. Parlament może doprowadzić do ustąpienia Komisji poprzez przegłosowanie wotum nieufności, wspólnie z Radą przyjmuje budżet Unii, traktaty reformujące zwiększyły udział Parlamentu w procedurach przyjmowania aktów prawnych, Parlament zyskał też głos stanowiący przy obsadzaniu członków Komisji. Nadto, kompetencje prawodawcze Parlamentu, prawo weta i możliwość wprowadzania zmian do propozycji aktów prawnych stanowią ważny krok w kierunku utworzenia systemu dwuizbowego, w którym Parlament pełniłby funkcję przedstawicielstwa narodowego (obywateli Unii), zaś Rada stanowiłaby izbę państw. Instytucją, którą należy również przywołać, jest Trybunał Sprawiedliwości jako że: stoi na straży przestrzegania traktatów, orzeczenia Trybunału mają moc wiążącą, wydaje orzeczenia prejudycjalne, jednostki, *i.e.* osoby fizyczne i prawne mogą kierować sprawy do Trybunału.

W systemach federalnych szczególne znaczenie mają rozwiązania prawne, *i.e.* zasady niezbędne z punktu widzenia należytego funkcjonowania systemu. W Unii, inaczej aniżeli w innych federacjach, nie zostały one zapisane w traktatach, lecz zostały wyinterpretowane przez Trybunał. Mowa tutaj o zasadzie pierwszeństwa prawa wspólnotowego (obecnie unijnego), zasadzie bezpośredniego stosowania, zasadzie bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego (unijnego), zasadzie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa oraz doktrynie *preemption*. Dla uzupełnienia należy dodać

¹⁴ Zob. orzeczenie w sprawie *Costa v. ENEL*, case 6/64 (1964) ECR 585.

¹⁵ Zob. orzeczenie w sprawie *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, case 26/62 (1963) ECR 1.

¹⁶ Zob. orzeczenie w sprawie *Les Verts vs. European Parliament*, case 294/83 (1986) ECR 1339, a także: opinia 1/91 *Draft agreement relating to the creation of the European Economic Area* (1991) ECR I-6079. Konstytucyjny charakter porządku prawnego Unii dobrze ilustruje orzecznictwo Trybunału w sprawie *Kadi*.

zasadę pomocniczości i zasadę lojalności (szczerej współpracy), jak również akty prawne przyjmowane przez instytucje Unii.

Zasada pierwszeństwa stanowi, że prawo unijne ma pierwszeństwo przed prawem państw członkowskich, nawet jeśli norma krajowa została wydana później i nawet jeśli posiada status normy konstytucyjnej¹⁷ – zasada wyrażona przez Trybunał w orzeczeniu *Costa v. ENEL*¹⁸. Należy przypomnieć, że zasada pierwszeństwa dotyczy pierwszeństwa stosowania prawa nie zaś pierwszeństwa obowiązywania¹⁹, co więcej, zasada pierwszeństwa stanowi istotny element w pełni rozwiniętego systemu federalnego, odnosi się bowiem do hierarchii norm prawnych²⁰. Kolejna, zasada bezpośredniego stosowania prawa unijnego, wywodzi się również z orzecznictwa Trybunału²¹, przy czym można doszukiwać się podstaw rzezzonej zasady w art. 288 TFUE, który stanowi, że rozporządzenia wiążą w całości i są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. W znanym orzeczeniu *Van Gend en Loos*, Trybunał stwierdził, że po spełnieniu określonych warunków postanowienia traktatowe mogą mieć bezpośredni skutek²², który sprowadza się do tego, że normy prawa unijnego mogą być samodzielnym źródłem praw lub obowiązków zarówno dla osób fizycznych jak i prawnych. Następnie Trybunał poszerzył zakres doktryny bezpośredniego skutku stanowiąc, że normy traktatowe mogą być egzekwowane nie tylko w relacjach pomiędzy państwem a jednostką, lecz również pomiędzy jednostkami, rozszerzył też zakres doktryny bezpośredniego skutku do innego instrumentu prawnego, jakim jest dyrektywa²³.

Pozostaje jeszcze zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, za którą stoi także orzecznictwo Trybunału, który stwierdził, że pełna efektywność prawa unijnego byłaby ograniczona, a co więcej, osłabiona zostałyby ochrona gwarantowanych praw, jeśliby jednostki nie mogły otrzymać odszkodowania w sytuacji, gdy ich prawa zostały naruszone wskutek złamania prawa wspólnotowego, za które można przypisać odpowiedzialność państwu. Odszkodowanie winno być należne zwłaszcza wówczas, gdy pełna skuteczność prawa wspólnotowego zależy od uprzedniego działania ze strony państwa, zaś w przypadku braku takiego działania jednostki nie mogą wyegzekwować przed sądami krajowymi przypadających im praw. Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa stanowi ostatni środek

¹⁷ Zob. orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, case 11/70 (1970) ECR 1125, zob. też: orzeczenie w sprawie *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.*, case 106/77 (1978) ECR 629.

¹⁸ „(...) the transfer by the states from their domestic legal systems to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail”. Orzeczenie w sprawie *Costa v. ENEL*, case 6/64 (1964) ECR 585.

¹⁹ Zob. orzeczenie w sprawie *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.*, case 106/77 (1978) ECR 629 oraz orzeczenie w sprawie *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*, case 103/88 (1989) ECR 1839.

²⁰ Zob. D. Starr-Deelen, B. Deelen, *The European Court of Justice as a Federator*, „Publius” 1996, vol. 26, no. 4, s. 83.

²¹ „The direct application of a Regulation means that its entry into force and its application in favour of or against those subject to it are independent of any measure of reception into national law.” Orzeczenie w sprawie *F.lli Variola Spa v. Amministrazione Italiana delle Finanze*, case 34/73 (1973) ECR 981.

²² Orzeczenie w sprawie *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, case 26/62 (1963) ECR 1.

²³ Orzeczenie w sprawie *Van Duyn v. Home Office*, case 41/74 (1974) ECR 137.

prawny umożliwiający jednostkom dochodzenie praw w sytuacji, gdy dyrektywa przyznaje im prawa, jednak jej postanowieniom nie można przypisać bezpośredniej skuteczności, a także wówczas gdy pro-unijna wykładnia nie prowadzi do zadowalającego rezultatu²⁴.

Do innych zasad wypracowanych przez Trybunał należy doktryna *preemption* (tzw. zawłaszczanie pola), która określa czy cały obszar polityki aktualnie lub potencjalnie zostaje 'zajęty' dla władzy centralnej, mającej tym samym wpływ na potencjalne działania jednostek konstytuujących (państw członkowskich). W Unii nie znajdujemy wyraźnej podstawy traktatowej dla doktryny *preemption*, jednakże Trybunał stwierdził, że gdy Wspólnota w znaczącym stopniu reguluje określony obszar polityki, wówczas 'zawłaszcza pole' dla potencjalnych działań legislacyjnych państw członkowskich, z wyjątkiem tych przypadków w których prawo stanowi inaczej²⁵. W Unii Europejskiej najbardziej wyraźnie zaznacza się doktryna *preemption* w obszarze wspólnej polityki rolnej i wspólnej polityki handlowej.

W kontekście powyższych uwag przywołać należy również akty prawne przyjmowane przez Unię. Należy powiedzieć, że działania regulacyjne Unii kierowane są bezpośrednio nie tylko do państw członkowskich ale także do ich obywateli, są zaś podejmowane w ramach kompetencji ustawodawczych, przy wykorzystaniu takich instrumentów prawnych jak: rozporządzenia, dyrektywy oraz decyzje, i wywołują określone skutki prawne. Rozporządzenia są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich, z kolei dyrektywy stanowią ten rodzaj ustawodawstwa unijnego, który znajduje częste zastosowanie z tego powodu, że pozostawia państwom członkowskim możliwość wyboru formy i środków implementacji. Dyrektywy wiążą państwa odnośnie skutku i tym samym zbliżają się do umowy międzynarodowej, która co prawda wiąże państwa, lecz której wewnętrzne skutki zależą od krajowych środków implementujących. Trybunał orzekł jednakże, że jednostki mogą powoływać się w pewnych okolicznościach na postanowienia dyrektyw przed sądami państw członkowskich, niezależnie od krajowych środków implementujących. A zatem, nadając bezpośredni skutek niektórym postanowieniom dyrektyw, Trybunał przybliżył je do rozporządzeń, i tym samym do ustawodawstwa federalnego²⁶.

²⁴ Zob. orzeczenie w sprawie *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic*, cases C-6/90 and C-9/90 (1991) ECR 5357. Trybunał rozszerzył zakres odpowiedzialności państw w przypadku naruszenia prawa unijnego w wyniku nie tylko braku implementacji dyrektyw do wewnętrznego porządku prawnego, lecz także implementacji dyrektyw w sposób niepełny (zob. orzeczenie w sprawie *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v. Bundesrepublik Deutschland*, joined cases C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 and C-190/94 (1996) ECR 4845), jak również naruszenia w inny możliwy sposób norm prawa wspólnotowego (pierwotnego i pochodnego). Dodać należy, że odpowiedzialność państwa może być wynikiem zarówno działań jak i zaniechań władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej (zob. opinia AG w sprawie *Köbler; Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, case C-224/01 (2003) ECR I-10239). Natomiast w przypadku państw federalnych, państwo nie może się 'uwolnić' od odpowiedzialności tylko dlatego, że za szkodę odpowiadają władze jednostek konstytuujących (zob. orzeczenie w sprawie *Klaus Konle v. Republik Österreich*, case C-302/97 (1999) ECR 3099). Nie stanowi także przeszkody do zasądzenia odszkodowania okoliczność, że wyrządzenie szkody wiąże się z działalnością podmiotu, który ma przyznaną odrębną od państwa podmiotowość publiczno-prawną (zob. orzeczenie w sprawie *Salomone Haim v. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, case C-424/97 (2000) ECR 5123).

²⁵ Zob. orzeczenie w sprawie *Commission v. United Kingdom*, case 60/86 (1988) ECR 3921.

²⁶ M. Cappelletti, M. Seccombe, J. Weiler (eds), *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1 *Methods, Tools and Institutions*, Book 1 *A Political, Legal and Economic Overview*, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1986, s. 235.

Nie ulega wątpliwości, że w Unii Europejskiej mamy co najmniej dwa poziomy stanowienia prawa: narodowy i ponadnarodowy. Taka sytuacja zmusza do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób te dwa porządki ze sobą współistnieją; czy występuje pomiędzy nimi jakaś ustalona hierarchia, czy są zastępowalne czy raczej komplementarne. W orzeczeniu *Humblet v. Belgium*²⁷ Trybunał przywołał art. 86 TEWWiS chcąc w ten sposób wykazać, że państwa członkowskie są zobligowane do wycofania z obrotu prawnego decyzji sprzecznych z prawem wspólnotowym, prawem bezpośrednio stosowanym we wszystkich państwach członkowskich od chwili ratyfikowania traktatu. Można zatem przyjąć, że mamy do czynienia z zależnością hierarchiczną pomiędzy prawem unijnym a prawem państw członkowskich, przy czym to prawo unijne ma pierwszeństwo w narodowych porządkach prawnych²⁸.

W katalogu zasad, o których tutaj mowa, nie może zabraknąć zasady pomocniczości oraz zasady lojalnej współpracy. Pierwsza, zasada pomocniczości, znajduje zastosowanie w stosunkach wzajemnych pomiędzy państwem a obywatelami, strukturami organizacyjnymi wyższego i niższego szczebla, a także pomiędzy państwami członkowskimi i Unią Europejską²⁹. Zasada pomocniczości stanowi, że w dziedzinach, które nie należą do wyłącznej kompetencji Unii, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać zrealizowane w sposób wystarczający przez państwa członkowskie, zarówno na poziomie centralnym, regionalnym jak i lokalnym oraz jeśli z uwagi na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii³⁰. Zasada pomocniczości ma istotne znaczenie w kontekście przyjętych rozwiązań federalistycznych, znajduje bowiem zastosowanie wszędzie tam, gdzie mamy do czynienia z kompetencjami dzielonymi, jak również z kompetencjami uzupełniającymi, i tym samym zasadnie uważana jest za polityczną gwarancję federalizmu w europejskim porządku prawnym. Z kolei zasada lojalności (szczerzej współpracy) stanowi, że zarówno Unia jak i państwa członkowskie traktują się z należyтым szacunkiem oraz udzielają sobie wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z traktatów, państwa zaś podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne, właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii. Tak więc, państwa ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań oraz powstrzymują się od przyjmowania środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii³¹. Nie jest też przypadkiem, że unijna zasada lojalnej współpracy semantycznie odpowiada pojęciu *Bundestreue*, funkcjonującemu na gruncie niemieckiego prawa konstytucyjnego.

W świetle powyższych uwag należy powiedzieć, że instytucje Unii, podobnie jak i państwa członkowskie oraz osoby fizyczne i prawne, mają do dyspozycji kilka bezpośrednich trybów umożliwiających im zwracanie się do Trybunału w sprawach, w których może zostać podniesiona *implicite* kwestia podziału kompetencji. Z podobnym

²⁷ Orzeczenie w sprawie *Jean-E. Humblet v. Belgian State*, case 6/60 (1960) English special edition, page 559.

²⁸ J.M. Josselin, A. Marciano, *The political economy of European federalism*, University of Rennes, Working Paper no. 7, 2006, s. 8.

²⁹ Zob. J. Kranz, *Tło prawne dyskusji nad reformą ustrojową Unii Europejskiej*, Societas Vistulana, Kraków–Warszawa 2007, s. 33.

³⁰ Art. 5(3) Traktatu ustanawiającego Unię Europejską.

³¹ Art. 4(3) Traktatu ustanawiającego Unię Europejską.

rozwiązaniem mamy do czynienia w Niemczech, gdzie Federalny Trybunał Konstytucyjny dysponuje kompetencją umożliwiającą rozstrzyganie we wszystkich konfliktach prawa publicznego, również tych dotyczących podziału kompetencji pomiędzy federacją a krajami związkowymi. Nadto procedury prawodawcze i rodzaje przyjmowanych aktów prawnych wykazują analogie do procesu legislacyjnego, z jakim spotykamy się w państwach federalnych Europy Zachodniej, gdzie jednostki konstytuujące, podobnie jak obywatele, sprawują kontrolę i wywierają wpływ na kształt prawa federalnego w ramach federalnego procesu decyzyjnego. I chociaż instytucje Unii nie są w pełni porównywalne z tymi, występującymi w ukształtowanych systemach federalnych, nie umniejsza to wartości porównań tego rodzaju. Parlament jako instytucja reprezentująca obywateli Unii bywa przyrównywany do jednej z izb parlamentu federalnego, z kolei Komisja wykazuje podobieństwo do federalnej egzekutywy. Natomiast większych trudności nastręcza próba znalezienia analogii odpowiadającej umiejscowieniu Rady, instytucji hybrydowej, której skład tworzą państwa członkowskie odgrywające samodzielną rolę zarówno w procesach integracyjnych, jak i w strukturze instytucjonalnej.

4. KRYZYS I FEDERALISTYCZNE KONCEPCJE

Kryzys finansowy okazał się dla Unii nieposiadającej wypracowanych procedur antykryzysowych poważnym wstrząsem i wymusił w trybie awaryjnym podjęcie działań *ad hoc*, działań kontrowersyjnych i wątpliwych prawnie, dając tym samym asumpt do poważnej debaty. Zaczęły więc pojawiać się głosy na rzecz zwiększenia zaangażowania państw członkowskich, wystąpienia z Unii, a przynajmniej opuszczenia strefy euro, czy też potencjalnej dezintegracji, jeśli nie całej Unii to przynajmniej strefy euro i powrotu do walut narodowych. Jednakże wbrew trudnościom i perturbacjom gospodarczym, a zwłaszcza problemom w sektorze bankowym, Unia (ze strefą euro na czele) zasadniczo wyszła z kryzysu obronną ręką, co więcej, doszło do kolejnego rozszerzenia obejmującego Chorwację, która stała się 28 państwem członkowskim (od 1 lipca 2013), natomiast strefa euro uległa powiększeniu o Łotwę (od 1 stycznia 2014) – 18 państwo, które przyjęło wspólną walutę. Należy również odnotować, że obok głosów popierających dezintegrującą koncepcję Unii różnych prędkości, podniosły się również głosy na rzecz jeszcze ściślejszej integracji, unii politycznej, czy nawet federacji europejskiej.

Do tej drugiej pro-integracyjnej tendencji zaliczyć należy manifest francuskich federalistów na rzecz wspólnoty politycznej euro³². Manifest proponuje utworzenie wspólnoty państw strefy euro jako federalnej unii politycznej, istniejącej równolegle z Unią Europejską³³. *Le Groupe Eiffel Europe* proponuje utworzenie wspólnoty euro, która będzie otwarta dla pozostałych państw europejskich, wyposażonej w nowe instrumenty, i której celem będzie nie tylko łagodzenie wahań koniunktury gospodarczej ale także udzielanie pomocy najbardziej potrzebującym państwom. Przewiduje ponadto nadanie

³² Deklaracja francuskich federalistów *Le Groupe Eiffel Europe*, *Pour une Communauté politique de l'Euro*, 14 février 2014 [online], <http://www.groupe-eiffel.eu/pour-une-communaute-politique-de-leuro> [dostęp: 30.03.2014].

³³ Ch. Grant, *French federalists propose a Euro Community*, 03 March 2014 [online], <http://www.cer.org.uk> [dostęp: 30.03.2014].

priorytetu takim zadaniom jak: zwalczanie nierówności i wykluczenia społecznego, rozwijanie kapitału ludzkiego, szkolenia i innowacje. Wspólnota będzie również rozwijać polityki długookresowe w takich obszarach jak: inwestycje w energetyczne linie przesyłowe oraz duże przedsięwzięcia infrastrukturalne jak: sieci cyfrowe, sieci transportowe i sieci energetyczne oraz badania naukowe. Podniesiona została również potrzeba zintensyfikowania działań na polu prawa i sprawiedliwości, w tym na zapewnieniu pewności prawa, prostych zasadach, wydajnym ponadgranicznym systemie prawnym oraz na walce z korupcją. Zwrócono także uwagę na potrzebę zwiększenia roli wspólnoty na arenie międzynarodowej, jej gospodarczej i dyplomatycznej pozycji oraz znaczenia na polu obronności. Postulowana wspólnota euro winna ponadto zagwarantować zasady demokratyczne spełniające najwyższe standardy państw je tworzących.

W odniesieniu do kwestii instytucjonalnych wysunięty został postulat ustanowienia władzy wykonawczej wspólnoty euro, odrębnej od organów krajowych, *i.e.* rząd, który zostanie wybrany w wyniku wyborów do Zgromadzenia. Z kolei Zgromadzenie będzie uprawnione do kontrolowania władzy wykonawczej oraz zgłaszania wotum nieufności. Władzy wykonawczej przypadać będzie realizacja poszczególnych polityk, finansowanych ze środków własnych, pochodzących z odrębnie tworzonego budżetu, będzie też dysponować władzą dyskrecyjną, pozostającą pod kontrolą Zgromadzenia i Trybunału Sprawiedliwości. W tak pomyślanej strukturze państwa członkowskie zatrzymają dla siebie część zadań, podejmując działania w oparciu o jasno zdefiniowane kompetencje (kończąc tym samym ze źle zdefiniowaną subsydiarnością, będącą pretekstem do renacjonalizacji polityk). Jeśli zaś chodzi o rozstrzygnięcie kwestii spornych, zadanie to zostanie powierzone istniejącemu już Trybunałowi, który będzie orzekał w sprawach wspólnoty. Odnosząc się z kolei do budżetu, wspólnota miałaby dysponować własnym budżetem, na który będą się składać m.in. podatek od osób prawnych i podatek ekologiczny. Tak zorganizowana wspólnota będzie – zdaniem pomysłodawców – mniej ‘inwazyjna’, m.in. ze względu na wyraźny podział kompetencji – cecha uważana za jedną z zalet federalizmu, jako że jednostki sfederalizowane są wówczas lepiej chronione przeciwko wkraczaniu federalnego centrum. Początkowo działania winny być – zdaniem autorów koncepcji – podejmowane w ramach istniejących traktatów, natomiast docelowo utworzenie wspólnoty euro wymagać będzie przyjęcia nowego traktatu.

Należy nadmienić, że deklaracja francuskich federalistów podąża w tym samym kierunku (lub też zdaje się być inspirowana), co wcześniejsza deklaracja niemieckiej grupy *Glienicker*³⁴. Autorzy deklaracji opowiadają się za ściślejszą współpracą oraz za dokonaniem ‘jakościowego skoku’ i przyjęciem traktatu-euro (*Euro-Vertrag*), który będzie otwarty dla pozostałych państw. Zdaniem pomysłodawców, potrzebna jest zdolna do działania europejska egzekutywa, która będzie mogła podejmować polityczne działania, takie jak: negocjowanie pakietów reform z krajami znajdującymi się w kryzysie, decydowanie w sprawie zamknięcia banków oraz dostarczanie dóbr publicznych. Taki rząd gospodarczy, wybrany i kontrolowany przez parlament-euro, winien posiadać upraw-

³⁴ Deklaracja *Glienicker Gruppe Aufbruch in die Euro-Union*, ukazała się jako artykuł pt. *Mobil, gerecht, einig*, „Die Zeit“ [online] 13 Oktober 2013, <http://www.glienickergruppe.eu> [dostęp: 30.03.2014].

nienia do ingerowania w autonomię budżetową państw, co więcej, potrzebuje budżetu, który byłby finansowany ze składek członkowskich.

W pierwszy nurt wpisał się głos przewodniczącego Rady Europejskiej Hermana van Rompuy'a na temat przyszłości Unii Europejskiej. Van Rompuy powiedział w swym wystąpieniu na konferencji w Londynie 28 lutego 2013 roku, że uważa za sprawę wysokiego priorytetu ustanowienie unii bankowej oraz pogłębienie koordynacji gospodarczej, nie zaś doprowadzenie do utworzenia unii politycznej. W wystąpieniu czytamy:

It may disappoint some, or be a relief to others, but the fact is: we are not witnessing the birth pangs of a federal „Euroland”. Evolution, not revolution. Changing the EU treaties is therefore not the priority³⁵.

Widać wyraźnie, że celem strategicznym jest pogłębianie koordynacji gospodarczej, przyjmującej formę dobrowolnej współpracy, nie zaś integracja ponadnarodowa. W kontekście powyższych rozważań należy powiedzieć, że kluczową kwestią pozostaje zarządzanie polityką makroekonomiczną i fiskalną w ramach istniejącej struktury instytucjonalnej – zadanie, które może stać się nadrzędną kwestią na nadchodzące lata³⁶.

Warto przytoczyć w tym miejscu pogląd Jean-Claude'a Trichet, byłego prezydenta Europejskiego Banku Centralnego, wpisujący się w koncepcje drugiego nurtu, zdaniem którego idea aktywizacji gospodarczej i federacji fiskalnej jest nie tylko konieczna, ale także stanowić będzie krok, który musi zostać uczyniony. J.C. Trichet powiedział wyraźnie w swym wystąpieniu:

This idea of activating some kind of economic – not only fiscal, economic and fiscal federation by exception – seems to me not only necessary in the light of the present experience at the level of the, I would say, new step that we would have to do to be sure that we have a solid European union or a solid Euro area³⁷.

Obok wspomnianych, pojawiają się również inne propozycje, z których jedna dotyczy koordynacji polityki fiskalnej, a która sprowadza się do wyemitowania tzw. niebieskich oraz czerwonych obligacji³⁸ w celu sfinansowania zadłużenia państw strefy euro. Państwa-członkowie unii monetarnej finansowałyby do 60% PKB z tzw. niebieskich euro-obligacji, emitowanych wspólnie przez wszystkie kraje strefy, natomiast deficyty powyżej 60% PKB byłyby finansowane przez same państwa w drodze emitowania tzw. czerwonych obligacji. I o ile niebieskie obligacje wpisują się w perspektywę federalistyczną,

³⁵ (To może rozczarować niektórych, lub też stanowić ulgę dla innych, lecz faktem jest: nie jesteśmy świadkami narodzin federalnego „Eurolandu”. Ewolucja, nie rewolucja. Zmiana traktatów UE nie jest więc priorytetem). Speech by President of the European Council Herman Van Rompuy at the Annual Conference of Policy Network Britain in Europe: *channeling change together*, London, European Council, 28 February 2013, EUCO 56/13.

³⁶ F.A.G. den Butter, M.L.L. Segers, *Prospects for an EMU between Federalism and Nationalism*, Tinbergen Institute Discussion Paper 008/VI, 2014, s. 10.

³⁷ (Idea utworzenia jakiegś gospodarczej – nie tylko fiskalnej federacji – uważam nie tylko za konieczną w świetle obecnego doświadczenia, powiedziałbym, nowy krok, który będziemy musieli zrobić aby być pewnym, że mamy solidną Unię Europejską lub solidną strefę euro). J.-C. Trichet, *Lessons from the Crisis: Challenges for the Advanced Economies and for the European Monetary Union*, Eleventh Annual Niarchos Lecture Peterson Institute for International Economics, Washington DC, 17 May 2012 [online], <http://www.iie.com> [dostęp: 30.03.2014].

³⁸ J. Delpla, J. von Weizsäcker, *The Blue Bond Proposal*, Bruegel Policy Brief, 2010 iss. 3.

o tyle czerwone obligacje są zbieżne z perspektywą współpracy międzyrządowej³⁹. Za znamienne należałoby uznać także decyzje podjęte podczas spotkań Rady Europejskiej państw strefy euro z czerwca i grudnia 2012 roku, gdzie nakreślona została wyraźna perspektywa, zgodnie z którą strefa euro pozostanie jednym, zintegrowanym podmiotem⁴⁰.

Kończąc rozważania należy powiedzieć, że zasadniczo można mówić o trzech sposobach procedowania w zaistniałej sytuacji. Pierwszy, to przekształcenie unii walutowej w unię polityczną, aczkolwiek ta perspektywa wiodąca ku federalnej Europie wydaje się być mało realna, biorąc pod uwagę polityczne i kulturowe tożsamości oraz różnice dzielące poszczególne państwa strefy euro. Poza tym wystąpienie van Rompuy'a wskazuje na wolę blokowania drogi do dalszej federalizacji. Drugi wariant oznaczałby powrót do walut narodowych i zniesienie wspólnej polityki monetarnej, jednakże rozwiązanie to jest dość nieprawdopodobne ze względu na wysokie koszty gospodarcze i polityczne, niezależnie od tego, że oznaczałoby przekreślenie wielu korzyści wynikających z przyjęcia wspólnej waluty. Zawsze jednak pozostaje trzecia droga, oznaczająca poszukiwanie kompromisu pomiędzy podejściem federalistycznym a międzyrządowym (czy narodowym)⁴¹.

5. UWAGI KOŃCOWE

Wreszcie refleksja końcowa. Wiadomo, że państwa, które odniosły sukces były zazwyczaj federacjami, i tym samym w federalizmie upatruje się recepty na sukces ze wzajemnie korzystnej współpracy pomiędzy małymi i dużymi jednostkami politycznymi, zwłaszcza w sytuacji, gdy mamy do czynienia ze społecznościami pluralistycznymi, wielojęzycznymi oraz zróżnicowanymi pod względem religijnym i etnicznym. Nie powinno zatem dziwić, że federalizm znalazł się w centrum obecnej debaty na temat docelowego kształtu Unii Europejskiej. Natomiast wiele trudności w toczącej się debacie wynika z bardzo różnego rozumienia federalizmu. Przykładem może być rozumienie federalizmu na gruncie języka angielskiego, gdzie termin ten ukształtował się pod wpływem północnoamerykańskich doświadczeń historycznych, stając się synonimem pojęcia centralny – rząd federalny w realiach amerykańskich oznacza rząd centralny. Nie powinno zatem dziwić, że dla brytyjskiego odbiorcy pierwszym skojarzeniem jest powiązanie federalizmu z biurokratycznym zagrożeniem oraz kierowanym z Brukseli super-państwem, wbrew interesom państw członkowskich⁴².

Co zaś się tyczy pytania: federacja czy związek państw, *i.e.* konfederacja, unia, organizacja międzynarodowa, *etc.*, to należy powiedzieć, że zależnie od sytuacji społecznej, politycznej i gospodarczej w Europie i państwach członkowskich, perspektywa ulega zmianie i inne czynniki wysuwają się na plan pierwszy. I o ile w latach 60. i 70. możemy mówić o zauważalnej stagnacji w procesach integracyjnych, o tyle w latach 80.

³⁹ F.A.G. den Butter, M.L.L. Segers, *Prospects...*, *op. cit.*, s. 28.

⁴⁰ Zob. też: P.E. Petrakis, P.C. Kostis, D.G. Valsamis, *European Economics and Politics in the Midst of the Crisis. From the Outbreak of the Crisis to the Fragmented European Federation*, Springer, Berlin, Heidelberg 2013, s. 254.

⁴¹ F.A.G. den Butter, M.L.L. Segers, *Prospects...*, *op. cit.*, s. 29.

⁴² Zob. M. Umbach, *Federalism in Europe: History and Future Options*, [w:] J. Drew (ed.), *Redefining Europe*, Rodopi, Amsterdam, New York 2005, s. 25.

i 90. należy odnotować ich przyśpieszenie. Ważnym dokumentem na drodze do jedności europejskiej był traktat konstytucyjny, który nie przeszedł jednak fazy ratyfikacji i został odrzucony. Aktualny traktat lizboński uchodzi za jego kontynuację, chociaż jest tylko kolejnym traktatem reformującym, co więcej odstąpiono w nim od retoryki traktatu konstytucyjnego, by w większym stopniu podkreślić pozycję państw członkowskich.

Ostatni kryzys finansowy wykazał jednak, że pomimo trudności państwa członkowskie dostrzegają i doceniają potrzebę zacieśniania współpracy. W pierwszej kolejności w państwach członkowskich, następnie zaś na szczeblu Unii Europejskiej podjęte zostały działania antykryzysowe, i mimo tego, że były nie raz krytykowane jako działania *ad hoc* oraz prawnie wątpliwe, to są przecież akceptowane i wprowadzane w życie, zwłaszcza przez państwa strefy euro, do których zostały w pierwszym rządzie zaadresowane. Podejmowane działania zaradcze mają na celu utworzenie unii gospodarczej, fiskalnej i politycznej, i w związku tym prawna unifikacja w dziedzinie gospodarczej przesuwana się od centralnie (wspólnie) zarządzanej koordynacji do przyjmowania i narzucania twardego prawa⁴³. Unia, która zasadniczo przetrwała kryzys finansowy, stoi obecnie przed inną trudną sytuacją międzynarodową i będzie musiała sprawdzić się jako solidarna wspólnota polityczna, mówiąca jednym głosem w sprawach międzynarodowych. Ostatnie doświadczenia pokazują też, że kryzysy międzynarodowe zarówno te polityczne jak i gospodarcze, nie są już sprawą poszczególnych państw, mają co najmniej wymiar regionalny, o ile nie światowy. Stwarza to tym bardziej potrzebę Unii silnej gospodarczo, skutecznej w działaniu i solidarnej oraz mówiącej jednym głosem na arenie międzynarodowej. Receptą na taką Unię jest federacja europejska, której *gros* elementów Unia posiada już dzisiaj. Unia *de facto* najbliższa jest federacji, choć nie federacji w znaczeniu państwa federalnego, lecz federacji, w której państwa zachowują suwerenny status, i jednocześnie godzą się na ustanowienie nowej jednostki posiadającej międzynarodową osobowość prawną, utworzonej w oparciu o traktat, który w sensie materialnym przypomina konstytucję, federacji, która nie opiera się na porządku hierarchicznym, ani też nie posiada kompetencji-kompetencji, a prawo federacji ma pierwszeństwo wyłącznie w tych obszarach, w jakich Unia dysponuje kompetencjami do podejmowania działań – słowem, federacji bez państwa federalnego.

Konkludując należy powiedzieć, że w aktualnym stanie poglądów i nastrojów, unia polityczna nie idzie w parze z preferencjami większości europejskich wyborców, i tym samym nie jest możliwa do zrealizowania z polityczno-demokratycznego punktu widzenia. Jednakże alternatywa jaką jest powrót do Europy narodów byłaby nie tylko bardzo ryzykownym eksperymentem, lecz również bardzo kosztownym z ekonomicznego punktu widzenia, bowiem zagrażałaby w znacznej mierze dobrobytowi, który jest zależny od równoległego dążenia do dalszej integracji rynkowej i wspólnej waluty⁴⁴. Federalna Europa czy może Europa jeszcze bardziej sfederalizowana? Jeśli projekt unii politycznej miałby być wprowadzony w życie, musi zyskać poparcie społeczeństw, nie może więc stanowić kolejnego przedsięwzięcia elit, niezrozumiałego dla przeciętnego obywatela.

⁴³ J. Wouters, H. Cuyckens, T. Ramopoulos, *The European Union: A Federation in All but Name*, [w:] D. Halberstam, M. Reimann (eds), *Federalism and Legal Unification, Ius Gentium: Comparative Perspective on Law and Justice*, Springer Science+Business, Dordrecht 2014, s. 215.

⁴⁴ F.A.G. den Butter, M.L.L. Segers, *Prospects...*, *op. cit.*, s. 6.

BIBLIOGRAFIA

- Arigho R., *The Supremacy of European Union Law: An Inevitable Revolution Or Federalism in Action?*, „Journal of Postgraduate Research” 2014, vol. 13, s. 7–23.
- Burgess M., *Federalism and European Union: the Building of Europe, 1950–2000*, Routledge, London, New York 2000.
- Cappelletti M., Seccombe M., Weiler J. (eds), *Integration through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1 *Methods, Tools and Institutions*, Book 1 *A Political, Legal and Economic Overview*, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1986.
- Crawford J., *State Practice and International Law in Relation to Unilateral Secession*, Report to Government of Canada concerning unilateral secession by Quebec, 19 February 1997.
- David I., *From Dialectics to Political Theology: Rethinking Complexity in Federalism* [w:] *Redefining Europe*, J. Drew (ed.), Rodopi, Amsterdam, New York 2005, s. 35–57.
- Deklaracja francuskich federalistów Le Groupe Eiffel Europe, *Pour une Communauté politique de l’Euro*, 14 février 2014 [online], <http://www.groupe-eiffel.eu/pour-une-communaute-politique-de-leuro> [dostęp: 30.03.2014].
- Deklaracja Glienicker Gruppe *Aufbruch in die Euro-Union*, ukazała się jako artykuł pt. *Mobil, gerecht, einig*, „Die Zeit” [online] 13 Oktober 2013, <http://www.glienickergruppe.eu> [dostęp: 30.03.2014].
- Delpla J., von Weizsäcker J., *The Blue Bond Proposal*, Bruegel Policy Brief, 2010 iss. 3.
- den Butter F.A.G., Segers M.L.L., *Prospects for an EMU between Federalism and Nationalism*, Tinbergen Institute Discussion Paper 008/VI, 2014.
- Elazar D.J., *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa 1987.
- Grant Ch., *French federalists propose a Euro Community*, 03 March 2014 [online], <http://www.cer.org.uk> [dostęp: 30.03.2014].
- Josselin J.M., Marciano A., *The political economy of European federalism*, University of Rennes, Working Paper no. 7, 2006.
- King P., *Federalism and Federation*, Croom Helm, London, Canberra 1982.
- Kranz J., *Tło prawne dyskusji nad reformą ustrojową Unii Europejskiej*, Societas Vistulana, Kraków–Warszawa 2007.
- Le centre de recherche et de documentation interdisciplinaire sur le processus de la construction européenne, Luksembourg: *Déclaration de Robert Schuman* (Paris, 9 mai 1950) [online], <http://www.cvce.eu> [dostęp: 30.03.2014].
- Majone G., *Dilemmas of European integration. The ambiguities and pitfalls of integration by stealth*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Majone G., *Federation, Confederation, and Mixed Government: A EU-US Comparison*, [w:] A. Menon, M. Schain (eds), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, New York 2006, s. 121–148.
- Monnet J., *Mémoires*, Fayard, Paris 1976.
- Norman W., *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, New York 2006.
- Norman W., *A federalist theory of secession*, [w:] *Negotiating Nationalism. Nation-building, Federalism, and Secession in the Multinational State*, Oxford University Press, Oxford, New York 2006, s. 170–215.
- Opinia 1/91 *Draft agreement relating to the creation of the European Economic Area* (1991) ECR I-6079.
- Opinia AG w sprawie *Köbler; Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, case C-224/01 (2003) ECR I-10239.

- Orzeczenie w sprawie *Jean-E. Humblet v. Belgian State*, case 6/60 (1960) English special edition, page 559.
- Orzeczenie w sprawie *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, case 26/62 (1963) ECR 1.
- Orzeczenie w sprawie *Costa v. ENEL*, case 6/64 (1964) ECR 585.
- Orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, case 11/70 (1970) ECR 1125.
- Orzeczenie w sprawie *F.lli Variola Spa v. Amministrazione Italiana delle Finanze*, case 34/73 (1973) ECR 981.
- Orzeczenie w sprawie *Van Duyn v. Home Office*, case 41/74 (1974) ECR 137.
- Orzeczenie w sprawie *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal S.p.A.*, case 106/77 (1978) ECR 629.
- Orzeczenie w sprawie *Les Verts vs. European Parliament*, case 294/83 (1986) ECR 1339.
- Orzeczenie w sprawie *Commission v. United Kingdom*, case 60/86 (1988) ECR 3921.
- Orzeczenie w sprawie *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*, case 103/88 (1989) ECR 1839.
- Orzeczenie w sprawie *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic*, cases C-6/90 and C-9/90 (1991) ECR 5357.
- Orzeczenie w sprawie *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula and Trosten Knor v. Bundesrepublik Deutschland*, joined cases C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 and C-190/94 (1996) ECR 4845).
- Orzeczenie w sprawie *Klaus Konle v. Republik Österreich*, case C-302/97 (1999) ECR 3099.
- Orzeczenie w sprawie *Salomone Haim v. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, case C-424/97 (2000) ECR 5123.
- Petrakis P.E., Kostis P.C., Valsamis D.G., *European Economics and Politics in the Midst of the Crisis. From the Outbreak of the Crisis to the Fragmented European Federation*, Springer, Berlin, Heidelberg 2013.
- Speech by President of the European Council Herman Van Rompuy at the Annual Conference of Policy Network *Britain in Europe: channeling change together*, European Council, London 28 February 2013, EUCO 56/13.
- Starr-Deelen D., Deelen B., *The European Court of Justice as a Federator*, „Publius” 1996, vol. 26, no. 4, s. 81–97.
- Trichet J.-C., *Lessons from the Crisis: Challenges for the Advanced Economies and for the European Monetary Union*, Eleventh Annual Niarchos Lecture Peterson Institute for International Economics, Washington DC, 17 May 2012 [online], <http://www.iie.com> [dostęp 30.03.2014].
- Umbach M., *Federalism in Europe: History and Future Options*, [w:] J. Drew (ed.), *Redefining Europe*, Amsterdam, Rodopi, New York 2005, s. 19–34.
- Watts R.L., *Federalism, regionalism and political integration*, [w:] D.M. Cameron (ed.), *Regionalism and Supranationalism. Challenges and Alternatives to the Nation-State in Canada and Europe*, Institute for Research and Public Policy, Montreal 1981, s. 3–20.
- Wouters J., Cuyckens H., Ramopoulos T., *The European Union: A Federation in All but Name*, [w:] D. Halberstam, M. Reimann (eds), *Federalism and Legal Unification, Ius Gentium: Comparative Perspective on Law and Justice*, Springer Science+Business, Dordrecht 2014, s. 191–235.

SPÓR O FEDERALNĄ PRZYSZŁOŚĆ UNII EUROPEJSKIEJ

Streszczenie

Unia Europejska bywa różnie postrzegana, w zależności od przyjętej perspektywy i preferowanej dyscypliny naukowej. Unia jawi się nam jako organizacja międzynarodowa, konfederacja oraz związek współpracujących ze sobą państw w ściśle określonych dziedzinach, a także federacja, zintegrowana struktura, w ramach której państwa prowadzą wspólne polityki, realizują wspólne cele i zadania. Federalizm (jako idea i zasada mająca praktyczne zastosowanie) stanowić może podstawę zarówno dla struktur państwowych, jak i niepaństwowych, ergo zastosowanie rozwiązań federalistycznych nie jest równoznaczne z tym, iż mamy do czynienia z państwem federalnym. A jako że federalizm stanowi połączenie samorządzenia i współrzędzenia, wszędzie tam, gdzie mamy do czynienia ze wspólnym wykonywaniem władzy, tam też można upatrywać rozwiązań federalistycznych. Dyskusja nad docelowym kształtem Unii zyskuje na znaczeniu w warunkach kryzysu, któremu towarzyszą działania zaradcze, w postaci rozwiązań, które budzą wątpliwości tak natury prawnej, jak i politycznej. W sytuacji kryzysowej, zarówno zwolennicy Europy ojczyzn, jak i rzecznicy federacji europejskiej przejawiają, pomimo dzielących ich różnic, większe zrozumienie dla potrzeby ściślejszej współpracy w ramach Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: *federacja, konfederacja, związek państw, organizacja międzynarodowa, Unia Europejska, kryzys*

DISCOURSE ON FEDERAL FUTURE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

The perception of the European Union varies significantly, depending on the adopted perspective and the preferred scientific discipline. The European Union appears to be an international organization, a confederation and an association of states cooperating in specific areas as well as a federation, an integrated structure, in which the member states conduct common policies and pursue common goals and objectives. Federalism (an idea and principle, which has a practical application) may establish a basis for both state and non-state structures, so the application of federal solutions is not tantamount to a federal state. And, since federalism is a combination of self-rule and shared-rule, thus, wherever we have to do with the common exercise of authority, there are also federal solutions present. A discussion on the European Union's future is gaining in importance in the time of crisis accompanied by countermeasures, which are solutions that raise legal and political doubts. In a crisis situation, both supporters of l'Europe des patries as well as advocates of a European federation manifest, despite differences, a greater understanding of the need for closer cooperation within the European Union.

Key words: *federation, confederation, association of states, international organization, European Union, crisis*

W POSZUKIWANIU TOŻSAMOŚCI EUROPEJSKIEJ

ZBIGNIEW B. RUDNICKI

1. AVANT PROPOS

Tożsamość europejska, często wymieniana jako podstawa dla wspólnej identyfikacji narodów i ludów Europy, bywa porównywana z innymi projektami ponadnarodowych tożsamości, których realność leży bardziej w sferze pobożnego życzenia aniżeli faktów intersubiektywnych. Rozległa literatura przedmiotu ukazuje problem tożsamości jako materię o dużym stopniu złożoności, rozpatrywaną z różnych pozycji metodologicznych¹. Dodatkowo, horyzontalny wymiar zjawiska skłania do poszukiwania płaszczyzny rozważań na tyle uniwersalnej aby uwzględniać mogła, z jednej strony, jego specyfikę lokalną, z drugiej natomiast, wyróżniała aspekty umożliwiające rozpatrywanie go na szerszym tle porównawczym.

Punktem wyjścia dla badań tej złożonej i nie do końca rozpoznanej problematyki, jest uniwersalny charakter fenomenu tożsamości, jako immanentnej cechy kultur ludzkich. Rola tożsamości, pomimo efemerycznego charakteru dowodów na jej istnienie jest wysoce znacząca, ponieważ mieści się ona w sferze odczuć i wyobrażeń, trudnych do skonkretyzowania. Tożsamość, zwłaszcza zbiorowa, należy do grupy pojęć nieostrych, wartościujących, pokrewnych takim koncepcjom jak charakter narodowy czy interesy narodowe. Nie powinno też dziwić, że studia nad tożsamością europejską mają swoich zdeklarowanych zwolenników i zagorzałych krytyków. Poglądy w tej sprawie zdają się do pewnego stopnia zależeć od zajmowanych pozycji teoretycznych i metodologicznych. Warto zauważyć, że problematyka tożsamości jest mocno zideologizowana i podlega instrumentalizacji politycznej. Polityka tożsamości należy do kategorii polityki miękkiej (*soft policy*), gdyby posłużyć się terminem spopularyzowanym przez Josepha S. Nye'a)². Nic w tym dziwnego, ponieważ w przypadku Unii Europejskiej

¹ Przegląd problematyki tożsamościowej prezentują w szerokim ujęciu w swym artykule V. Kaina, I.P. Karolewski, *EU governance and European identity*, "Living Reviews of European Governance" [online] 2013, vol. 8, no 1, <http://www.livingreviews.org/lreg-2013-1> [dostęp: 30.03.2014].

² J.S. Nye Jr., *Hard, Soft, and Smart Power*, [w:] A.F. Cooper, J. Heine, R. Thakur (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 559–574; L. Lin, H. Xiaonan, *The Application and Revelation of Joseph Nye's Soft Power Theory*, "Studies in Sociology

jej głównym polem odniesienia jest Europa jako idea, w której Unia jest nadal bardziej wspólnotą wyobrażoną (w analogicznym sensie jak pojęcie „wspólnot wyobrażonych” u Benedict Anderson)³, aniżeli rzeczywistym bytem kwazi-państwowym. Krytyka tożsamości jako koncepcji nadającej się do naukowego zweryfikowania, wychodzi z kręgu zwolenników różnych odmian szkoły realizmu, którzy z natury są wyczuleni na problemy bardziej *hard* aniżeli *soft power*. Z drugiej strony, należy zauważyć, że problematyka tożsamości pomimo trudności badawczych, stanowi frapujące wyzwanie intelektualne, nawet jeśli jej krytycy porównują badania nad tożsamością europejską do poszukiwań świętego Graala. Problematyka ta dostarcza wielu przykładów trudności metodologicznych, doświadczanych przez badaczy w naukach społecznych, gdzie istnieje generalnie zgoda co do akceptowalnej intersubiektywności badanych faktów, niemniej jednak granice intersubiektywności pozostają przedmiotem otwartej dyskusji. Szczególne kontrowersje budzą kwalifikacje faktów ze świata kultury i społeczeństwa, które ze względu na swoją specyfikę poznawczą zasadniczo nie poddają się kwantyfikacji. Z tego też powodu są stosunkowo często poddawane w wątpliwość. Podstawową trudność stanowi w tym przypadku nieprzystawalność metod ilościowych do zjawisk społecznych podlegających silnej indywidualizacji i podporządkowanych wartościom odgrywającym wiodącą rolę w kulturze i życiu społecznym. Skądinąd za paradoks uznać można fakt, że do zjawiska tak trudnego do skonkretyzowania przywiązuje się tak duże znaczenie.

Jednym z głównych problemów poznawczych w przypadku fenomenu tożsamości jest jego wielopostaciowość oraz zmienny charakter. Jak już wspomnieliśmy wcześniej, tożsamość indywidualna jednostki jest faktem niepodważalnym. Wiele wątpliwości i zastrzeżeń budzi natomiast realność tożsamości grupowej. Nawet wywodząca się ideologicznie i semantycznie z XIX wiecznego nacjonalizmu tożsamość narodowa, obecna we współczesnej dyskusji jako kontrapunkt, podważana jest przez niektórych autorów jako termin naukowy. Ze zdecydowanie większym sceptycyzmem i powątpiewaniem traktowana jest koncepcja tożsamości zbiorowej, zwłaszcza w odniesieniu do Unii Europejskiej – w sytuacji gdy ta ostatnia wymyka się (jako wspólnota będąca źródłem tej tożsamości) jednoznacznej klasyfikacji. Dotyczy to zwłaszcza Unii Europejskiej widzianej z perspektywy stosunków wzajemnych i wewnętrznych w państwach członkowskich, będących terytorialnymi państwami narodowymi, często niejednorodnymi pod względem językowym, religijnym czy etnicznym. Nasuwa się pytanie, czy jest możliwe przypisanie formacji, tak rozległej przestrzennie i zróżnicowanej pod względem kulturowym jak Unia Europejska jakiegoś jednego rodzaju tożsamości. A przecież nie koniec na tym, ponieważ do wyraźnej fragmentaryzacji wewnętrznej Unii przyczyniają się jeszcze czynniki zróżnicowania gospodarczego, politycznego oraz inne, kształtujące charakter i zwyczaje społeczności narodowych i regionalnych. Europa charakteryzuje się licznymi podziałami występującymi na stosunkowo małym, w porównaniu

of Science” [online] 2012, vol. 3, no. 2, s. 48–52, <http://www.cscanada.net/index.php/sss/article/view/j.sss.1923018420120302.9Z0210> [dostęp: 30.03.2014].

³ B. Anderson, *Imagined Communities – reflections on the origin and spread of nationalism*, Verso, London & New York 1991 (polski przekład: B. Anderson, *Wspólnoty wyobrażone: rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu*, Społeczny Instytut Wydawniczy „Znak”, Kraków 1997).

z innymi kontynentami, terytorium. Niezależnie od podziałów językowych, religijnych, czy etnicznych istnieje jeszcze ważna sfera historycznie ukształtowanych wyobrażeń na temat przynależności do Europy i jej znaczeń, ukształtowanych w procesie historycznym, rzutujących z punktu widzenia tożsamości na podstawowe identyfikacje „swoich” i „obcych”. Ważną rolę w tych podziałach odegrały burzliwe dzieje kontynentu i wynikające stąd utrwalone wyobrażenia silnych odrębności i podziałów, dające znać o sobie po dzień dzisiejszy i utrudniające ściślejszą integrację Unii Europejskiej i Europy. Charakterystyczne są tu żywe po dzień dzisiejszy podziały na Europę Zachodnią i resztę kontynentu, które wiążą się nie tylko z geografiami fizyczną ale także z rolą i znaczeniem poszczególnych części, ponieważ wyobrażenie wspomnianej reszty nie ogranicza się do „drugiego płuca” – Europy Wschodniej, ale owocuje bardziej skomplikowanymi podziałami na Europę Środkową i Wschodnią (niekiedy zwaną Europą Środkowo-wschodnią), z historycznie utrwaloną ideą *Mitteleurop*y, z Europą Południową oraz Śródziemnomorską, *etc.*⁴. Okazuje się, że podziałów tych nie usunęły ani koniec Zimnej Wojny, ani rozszerzenie NATO, ani proces rozszerzenia Unii Europejskiej po 2004 roku. Każda ze wspomnianych postaci Europy ma swoje trwałe miejsce i swoją historię w dziejach kontynentu. Niezależnie od wymienionych powyżej, są jeszcze inne ukształtowane historycznie podziały o charakterze kulturowym związane, z jednej strony, ze stosunkami wewnątrz Europy, a z drugiej, będące wynikiem szczególnej roli jaką odegrała cywilizacja europejska w dziejach świata. Jednym z takich ugruntowanych podziałów jest przebiegający wzdłuż kanału La Manche naturalny podział w obrębie rodziny prawa europejskiego na dwie odrębne kultury prawne – *common law* i *civic law*. Zarówno prawo precedensu jak i prawo kodeksowe powstały w wyniku dwóch równoległe rozwijających się systemów prawnych. Podział ten *nolens volens* stał się jednym z ważnych wyznaczników tożsamości, jako wyraz odmiennej filozofii i mentalności prawnej, a zarazem barierą na drodze do integracji w tej ważnej dziedzinie życia społecznego i zawodowego, normującej charakter stosunków handlowych, odgrywających szczególną rolę w procesie integracji europejskiej.

Należy uwzględnić fakt, że w dyskursie nad tożsamością europejską posługujemy się szeregiem pojęć nieostrych i niejednoznacznych, a przecież, jeśli w perspektywie mamy roztrząsać problematykę o tak znacznym stopniu złożoności, to powinniśmy mieć wyjaśnione na wstępie elementarne kwestie terminologiczne, co pozwoliłoby na uniknięcie zasadniczych nieporozumień i wątpliwości. Niemożność wyjścia poza problemy terminologiczne może bowiem stawiać pod znakiem zapytania dyskusję a w lepszym razie czynić ją jałową.

Skoro problematyczną staje się odpowiedź na pytanie czym jest Europa, a analiza dyskursu prowadzi do wniosku, że podstawowym jej desygnatem jest idea, a więc Europa będąca projekcją naszych pragnień i wyobrażeń ugruntowanych w świadomości. Europa w dyskursie funkcjonuje przede wszystkim jako idea. Rodzinna Europa, jeśli użyć słów Czesława Miłosza⁵, które niosą z sobą metaforę oddającą nasze w tym

⁴ O. Halecki, *Historia Europy – jej granice i podziały*, Instytut Europy Środkowo-wschodniej, Lublin 2000; J. Szűcs, *Trzy Europy*, Instytut Europy Środkowo-wschodniej, Lublin 1995; *Eastern Europe... Central Europe ... Europe*, „Daedalus”, Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences 1990, vol. 119.

⁵ Cz. Miłosz, *Rodzinna Europa*, „Biblioteka Kultury”, T. 327, Instytut Literacki, Paryż 1986.

względnie intuicje prowadzące do konkluzji, że jeśli odrzucimy europejską kulturę duchową to Europa różnic i podziałów zdominuje obraz, sprowadzając zagadnienie do ram geografii fizycznej, gospodarczej i politycznej kontynentu rozmywających się granic. Z perspektywy historycznej patrząc, można wysnuć hipotezę o ewoluującym charakterze tożsamości jako fenomenu zmieniającego się w czasie i przestrzeni, przedstawić ją jako kontinuum, począwszy od jej form pierwotnych do w pełni rozwiniętej tożsamości narodowej z perspektywą na dalszy rozwój, idący w kierunku bardziej złożonej tożsamości post-narodowej. Większość autorów zajmujących się współczesnymi aspektami identyfikacji grup społecznych jest skłonna zgodzić się z twierdzeniem, że kanwą dla diskutowanego problemu tożsamości europejskiej (łącznie z tożsamością Unii Europejskiej) jest tożsamość narodowa. Najbardziej sporną kwestią jest domniemana odrębność (samoistność) tożsamości europejskiej / Unii Europejskiej, jako efektu tworzącej się tożsamości ponadnarodowej. Przedmiotem dyskusji jest także to, czy właściwym jest oddzielne traktowanie wszystkich tych uświadamianych tożsamości, czy też mamy w rzeczywistości do czynienia z jednym zjawiskiem o emanujących na wiele sposobów i z różną intensywnością oddziaływania na społeczeństwa europejskie? Nasuwa się pytanie, czy mamy do czynienia z ewolucją świadomości ukształtowanej na skutek więzi wspólnotowej oraz wyznaczającym jej granice światem zewnętrznym („obcych”), czy z bardziej może złożonym splotem tożsamości, występujących w podobnym czasie (choć niekoniecznie równocześnie), które są dane w wyniku doświadczenia. Człowiek będący „nośnikiem kultury” (*Kulturträger*), jeśli użyć określenia z niemieckiej szkoły kręgów kulturowych (*Kulturkreise*)⁶. Takie próby rozczłonkowania tożsamości wywołują wbrew intencjom wrażenie nadmiernego uproszczenia tej skomplikowanej materii. Z drugiej strony, szersze, pluralistyczne spojrzenie na tożsamość ma również swoje słabości, wyrażające się ogólnikowością i mglistością dyskursu, jak również ograniczeniami co do wykorzystania wyników badań empirycznych i tym samym niemożnością konfrontowania założeń teoretycznych z praktyką.

Niniejszy artykuł koncentruje się na percepcji tożsamości europejskiej rozpatrywanej bardziej w kategoriach kulturowej konwergencji i indywidualnej identyfikacji, aniżeli tradycyjnej wizji tożsamości narodowej. Punkt odniesienia dla analizy stanowią dwa charakterystyczne kazusy dotyczące zakończonych fiaskiem prób stworzenia ponadnarodowych form tożsamości, znanych z niedawnej przeszłości. W oparciu o analizę podejmowanych wysiłków sformułowana zostanie ocena jakie potencjalne warunki mogłyby okazać się korzystne z punktu widzenia przewidywalnego większego zbliżenia kulturowego w Europie i Unii Europejskiej. Uwagi końcowe zawierają tezę, że studenci biorący udział w programach wymiany uniwersyteckiej i wolny przepływ pracowników przyczyniają się do szerszego zrozumienia wspólnych elementów kultur europejskich oraz to, że poliglotyzm może stać się efektywnym surogatem wspólnego języka.

Tożsamość odgrywa istotną rolę w procesie integracji od najwcześniejszych etapów, przy czym w pierwszej fazie pojęciem kluczowym w dyskursie europejskim była integracja. Tożsamość wysuwa się na plan pierwszy w latach 70., kiedy postępujący proces integracji zaczyna się komplikować na tle trudności zewnętrznych (gospodar-

⁶ A. Waligórski, *Antropologiczna koncepcja człowieka*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973, s. 196–232.

czych), związanych z embargiem surowcowym państw arabskich – producentów ropy naftowej oraz brakiem jednolitej koncepcji rozwojowej Wspólnot, ścieraniem się przeciwstawnych koncepcji Europy federalistycznej z Europą ojczyzn. Ten brak jedności w kwestiach przyszłości i docelowego kształtu Wspólnoty skierował specjalną uwagę na problem tożsamości europejskiej. Upatrywano w znikomym stanie tożsamości europejskiej przyczynę zahamowań pojawiających się na różnych etapach procesu integracji. Wyrazem świadomości politycznej problemu tożsamości było ogłoszenie podczas spotkania na szczycie Rady Europejskiej słynnej *deklaracji o tożsamości europejskiej* w Kopenhadze w grudniu 1973 roku⁷. Nie oznacza to jednak, że odkryto wówczas tożsamość jako fundamentalny problem i zaczęto się nim zajmować, ponieważ pytania o tożsamość europejską powracały w różnych kontekstach w debacie na temat przyszłości integracji europejskiej.

Nie pierwszy raz trudności na drodze do zjednoczonej Europy kierowały uwagę kręgów politycznych i opinii publicznej na kwestię europejskiej tożsamości, będącej symbolicznym wyrazem europejskiej jedności.

Dzisiaj kwestia tożsamości powraca w kontekście borykającej się z trudnościami Unii Europejskiej. Szerzący się pod hasłem idei narodowościowych populizm, wywołany kryzysem gospodarczym i finansowym sprawia, że pytania te powracają z większą siłą, jako uzasadnione. Nie straciło na aktualności fundamentalne z punktu widzenia tematu rozważań pytanie, czy europejska tożsamość kulturowa i polityczna może doprowadzić do wzmocnienia i pogłębienia procesu integracji? A nawet czy istnieje możliwość, aby doczekać się prawdziwie europejskiej tożsamości przy istniejących tak wielu silnych tożsamości narodowych na naszym kontynencie? Co więcej, czy taka tożsamość mogłaby rozwijać się autonomicznie, czy też może musiałaby potrzebować jakiejś łagodnej formy politycznego poparcia?

Znany jako herold nowych czasów, głosiciel „końca historii” Francis Fukuyama⁸ stwierdził dość kategorycznie, że „dotąd nigdy nie było udanej próby stworzenia europejskiego poczucia tożsamości”. Stwierdził też, że koncepcja europejskiego obywatelstwa, definiująca powinności, odpowiedzialność, obowiązki i prawa, które mają Europejczycy, nigdy nie wyszła poza sformułowania słowne potwierdzone na kartach podpisanych traktatów⁹.

Biorąc pod uwagę trudności wyłaniające się w trakcie badań naukowych warto zadać pytanie, czy kiedykolwiek doszło do udanej próby stworzenia ponadnarodowej, czy nawet para-narodowej tożsamości, w nieco podobnych warunkach społeczno-historycznych? Fakty z historii najnowszej Europy nie tylko sugerują odpowiedź negatywną ale podsuwają także dwa przykłady na dowód tego, przy czym jeden jest dość dobrze znany opinii publicznej, a drugi wydaje się być mniej nagłośniony.

⁷ *Deklaracja o tożsamości, Rada Europejska, Kopenhaga 1973*, [w:] B. Grodzicki, J. Pomian (red.), *Wspólnota Europejska. Przewodnik dokumentalny*, Polonia Book Found, London 1982, s. 112–116.

⁸ F. Fukuyama, *Koniec historii*, Zysk i S-ka, Poznań 1992.

⁹ „I don't want to minimize these problems at all, but in a sense, there is a deeper failure at the European level – a failure in European identity. That is to say, there was never a successful attempt to create a European sense of identity, and a European sense of citizenship that would define the obligations, responsibilities, duties and rights that Europeans have to one another beyond simply the wording of the different treaties that were signed. Por. Francis Fukuyama, *The Challenges for European Identity*, “The Global Journal” [online] 2012, <http://theglobaljournal.net/article/view/469> [dostęp: 30.03.2014].

2. FIASKO ZAMYŚLÓW STWORZENIA TOŻSAMOŚCI PONADNARODOWYCH

Rozpad Związku Radzieckiego był wydarzeniem bez precedensu, na miarę wielkich rewolucji, choć dokonał się zasadniczo w sposób bezkrwawy, nie licząc późniejszych następstw już w okresie istnienia Federacji Rosyjskiej. Szokujący efekt w skali międzynarodowej niespodziewanego rozpadu drugiej potęgi militarnej świata, a także fala przemian będąca jego następstwem w skali regionalnej i globalnej, w tym zakończenie Zimnej Wojny i koniec układu dwubiegunowego, zatarły obraz innego wielkiego eksperymentu komunistycznego imperium. Tym pozostającym w cieniu rozpadu i dezintegracji imperium był projekt stworzenia przez władze ZSRR jednolitej, zunifikowanej sowieckiej tożsamości w wielkiej, wieloetnicznej, multi-religijnej i wielojęzycznej unii. Elity sowieckie robiły wszystko co było w ich mocy, aby osiągnąć ten cel, włącznie z zastosowaniem na masową skalę inżynierii demograficznej, przez narzucenie wszystkim narodom ZSRR komunistycznej doktryny (ideologii) jako substytutu zabronionej religii i wprowadzenie rosyjskiego jako oficjalnego języka.

Po części z powodu językowego pokrewieństwa, a po części historycznych powiązań, a także koniec końców z powodu ciężkich prześladowań przez reżim Stalina każdego najmniejszego nawet przejawu nacjonalizmu – narody należące do grupy języków wschodniosłowiańskich były bardziej podatne na narzucenie tej swoistej nowej tożsamości, aniżeli narody Kaukazu i Bałtowie. Rozpad ZSRR sprawił, że wyzwolone, uciśkane dotąd tożsamości narodowe od niedawna niepodległych państw pogardały Rosją i Rosjanami, postrzegając ich bardziej jako asymilatorów, aniżeli typowych nosicieli wspólnej sowieckiej tożsamości. Ubocznym skutkiem chybionej polityki tożsamości w wydaniu sowieckim było wytworzenie się w mentalności i zachowaniach społecznych pewnego skrzywienia osobowościowego, określanego mianem *homo sovieticus*, które później przywołał w swojej pracy ks. Józef Tischner¹⁰.

Drugim przypadkiem nieudanej próby stworzenia wspólnej tożsamości jest kasus byłej Jugosławii i jej „wspólnej” jugosłowiańskiej tożsamości. Jakkolwiek w okolicznościach znacznie bardziej sprzyjających niż te, które miały miejsce w ZSRR (lub te charakterystyczne dla Unii Europejskiej), architekci jugosłowiańskiej polityki tożsamości stanęli wobec podobnych wyzwań, kiedy przyszło im zmierzyć się z etnicznym i religijnym sfragmentaryzowaniem, mając w tle różnice językowe i kulturowe wynikające z przeszłości.

Za interesujące uznać można, że inaczej niż w przypadku Związku Radzieckiego, wysiłki idące w kierunku stworzenia jugosłowiańskiej tożsamości przyszło realizować w dwóch odmiennych systemach społeczno-politycznych. Pierwsze wysiłki przypadły na drugą dekadę XX w., kiedy to regent Serbii ks. Aleksander Karadjordjević ogłosił powstanie jednolitego Królestwa Serbów, Chorwatów i Słoweńców, które objęło Serbię z Czarnogórą oraz wszystkie jugosłowiańskie ziemie byłej monarchii austrowęgierskiej. Aleksander, który zyskał sobie przydomek Zjednoczyciela, wprowadził dyktaturę, zniósł konstytucję i zapowiedział budowę nowego państwa w oparciu o zasadę „jeden

¹⁰ J. Tischner, *Etyka solidarności oraz Homo sovieticus*, Instytut Wydawniczy „Znak”, Kraków 1992.

naród, jeden król, jeden kraj”, powołując tym samym do życia Jugosławię i serbochorwacki jako język oficjalny narodów Jugosławii¹¹.

Jesienią 1929 roku nazwa Królestwa Serbów, Chorwatów i Słoweńców została zastąpiona przez Jugosławię i wprowadzono pojęcie narodowości jugosłowiańskiej, a obszar państwa podzielono na dziewięć wielkich jednostek terytorialnych, nazwanych od nazwy rzek (poza Primorjem, czyli wybrzeżem Adriatyku). Zatarło przy tej okazji granice historyczne Serbii, Chorwacji czy Bośni. Tylko Słowenia, która nie miała swoich granic historycznych, znalazła się w ramach jednego obwodu.

Wybuch II wojny światowej okazał się początkiem końca Królestwa Jugosławii, które uległo dezintegracji, a po wojnie zostało zastąpione przez Socjalistyczną Federalną Republikę Jugosławii¹². Zmienił się co prawda ustrój państwowy, ale nowe socjalistyczne elity kontynuowały wcześniejsze dążenia do stworzenia wspólnej tożsamości jugosłowiańskiej w imię „braterstwa oraz jedności”, niezależnie od faktu, że narody Jugosławii, podobnie jak w większości narody Unii Europejskiej, znajdowały się w przeciwnych obozach podczas II wojny światowej.

Warto zauważyć, że metody stosowane w celu wypromowania wspólnej tożsamości były niewspółmiernie bardziej subtelne niż te, którymi posługiwali się Sowietci: wspólny język miał naturalne uzasadnienie, będąc połączeniem języków dwóch największych grup etnicznych – Serbów i Chorwatów¹³; etniczne migracje były dobrowolne i nawet po cichu popierane, głównie z powodów ekonomicznych, ale też planowane i zorganizowane; a całe spektrum polityk, włącznie z tymi obejmującymi roboty publiczne, fundusze solidarnościowe, służbę wojskową, szkolnictwo wyższe i pracę, było kreowane na użytek wzmocnienia więzi między-etnicznych jako elementu polityki spójności. Aprobata i poparciem ze strony władz cieszyło się także zawieranie na większą skalę małżeństw między-etnicznych, które miały zapewnić przyjsście na świat nowego pokolenia „prawdziwych” Jugosłowian.

Jednakże z drugiej strony, proces budowania nowej tożsamości pociągał za sobą wykluczanie religijnych tożsamości, wykorzenienie narodowych mitów i stworzenie w ich miejsce bardziej masowych zamienników, nie mówiąc o ciężkich prześladowaniach dysydentów, nie odbiegających w praktyce od wzorców sowieckich.

Wiele elementów tożsamościowych narzucono z zewnątrz a spontaniczne przejawy samoidentyfikacji zostały zakazane. Tłumione latami napięcia i wrogość, będące pokłosiem konfliktu z czasów II wojny światowej, w końcu doprowadziły do wybuchu pod wpływem destrukcyjnego wpływu odradzającego się nacjonalizmu. Nacjonalizmu, który stał się w Jugosławii w 1991 roku instrumentem polityki tożsamości, wiążącej się z demonstracyjną i nieustępliwą manifestacją długo negowanej tożsamości narodowej i zapowiedzią dominacji jednego narodu nad drugim, z czystkami etnicznymi

¹¹ Dwa największe spośród narodów Jugosławii, Serbów i Chorwatów, łączyć miał język, uważany za wspólny, za identyczny, nazywany od ponad stu lat językiem serbochorwackim czy „chorwackim albo serbskim”, i to nie tylko przez polityków ale przez uczonych językoznawców w instytucjach naukowych.

¹² Jugosławia przestała być monarchią w listopadzie 1945 roku.

¹³ Z sześciu republik byłej Jugosławii ten niemal wspólny język obowiązywał w czterech: Serbii, Chorwacji, Bośni i Hercegowinie oraz w Czarnogórze, podczas gdy w Słowenii i Macedonii obowiązywały tamtejsze narodowe języki literackie.

włącznie. Wojna domowa w Jugosławii, która zakończyła się rozpadem federacji¹⁴ stała się probierzem siły tłumionych autorytarnie tożsamości narodowych udowadniając, że zastąpienie ukształtowanej historycznie tożsamości etnicznej nową formą tożsamości ponadnarodowej jest niezwykle trudnym i ryzykownym zadaniem.

3. TOŻSAMOŚĆ EUROPEJSKA *VERSUS* TOŻSAMOŚCI NARODOWE

Chociaż obydwie omawiane powyżej próby stworzenia wspólnych tożsamości dla etnicznie i religijnie różniących się populacji ostatecznie zakończyły się fiaskiem, można wyciągnąć lekcję z ich niepowodzenia, odnosząc ją do stosunków pomiędzy nacjonalizmem a tożsamością, co może okazać się potencjalnie użyteczne w kontekście dyskusji nad europejską tożsamością.

Kwestia tożsamości narodowej nie była przedmiotem szerszej dyskusji w Europie do czasu, kiedy kwestie imigracji i roli Unii Europejskiej w świecie stały się aktualnym problemem politycznym ze względu na spowolnienie gospodarcze, stając się pożywką dla demagogii i populizmu. Rosnące zainteresowanie kwestiami tożsamościowymi jest czymś w rodzaju intermezzo w debacie na temat narodowej tożsamości zainicjowanej przez Jürgena Habermasa¹⁵, w którego ocenie Europejczycy znaleźli się w przełomowym momencie przechodzenia na etap tożsamości postnarodowej. Stanowisko J. Habermasa wynika najprawdopodobniej z jego wyraźnej konstruktywistycznego pojmowania tożsamości zbiorowej. Tożsamość, zamiast być w miarę trwałym lub statycznym wytworem, który jednostki ludzkie po prostu dziedziczą, „jest artefaktem politycznej praktyki (...) a bardziej konkretnie publiczną deliberacją”¹⁶.

Anthony D. Smith, powszechnie przywoływany jako autor prac poświęconych tożsamości narodowej, skonstatował ze swej strony, że dla nacjonalistów naród jest jedynym uprawnionym argumentem dla sprawowania rządów i wspólnoty politycznej, oraz że identyfikacja narodowa staje się normą kulturową i polityczną. Wskazał na fakt, że okrzepłe kultury z utrwalonymi tradycjami, jak ma to miejsce w przypadku niemal wszystkich krajów europejskich, mają tendencję do przeciwstawiania się rozwojowi tożsamości, która wykracza poza ramy krajowe¹⁷. Okazuje się, że gdyby nawet udało się zdefiniować europejską tożsamość, posiadającą *nota bene* wszelkie elementy narodowości, wyliczone przez Karla Deutscha w jego pracy doktorskiej¹⁸ – takie jak: ojczyzna, mity wspólnego pochodzenia, ten sam standard kulturowy, mobilność pracowników i wspólne prawa – wprowadzenie jej w życie może być bardzo trudnym

¹⁴ Nie ulega wątpliwości, że główną przyczyną kryzysu Jugosławii już przed 1939 r. i jej rozpadu w 1991 r. był konflikt chorwacko-serbski. Problemy Słowenii, Macedonii i Kosowa odegrały w porównaniu z nim niewielką rolę i miały na tym etapie znaczenie drugorzędne.

¹⁵ J. Habermas, *Après l'État-nation: une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris 2000; zob. też J. Habermas, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Polity, Cambridge 2001.

¹⁶ C.R. Hayward, *Democracy's Identity Problem: Is "Constitutional Patriotism" the Answer?*, "Constellations" 2007, vol. 14, no. 2, s. 182–196.

¹⁷ A.D. Smith, *National identity and the idea of European unity*, "International Affairs" 1992, vol. 68, no. 1, s. 55–76.

¹⁸ K.W. Deutsch, *Nationalism and social communication* (Doctoral dissertation), Harvard University, Harvard 1951.

zadaniem¹⁹. Jednakowoż, jak twierdzi A.D. Smith, jeśli naród ma być uważany za raczej woluntarystyczną (*voluntary*) i pluralistyczną koncepcję – jako racjonalnie działające stowarzyszenie, pielęgnujące wspólne prawa i kulturę – jednostki ludzkie mogłyby dokonywać wyboru, decydując same do którego narodu chcą przynależać. Z punktu widzenia tożsamości wydaje się mieć znaczenie także to, co pozwala na współistnienie krajowych i europejskich tożsamości równoległe. I nie ma w tym nic szczególnie zaskakującego, ani nadzwyczajnego, ponieważ większość ludzi ma poczucie wielu tożsamości, stale przechodząc od jednej do drugiej.

Na tożsamościowy *background* składają się czynniki językowe, religijne i narodowościowe wymieszane nierzadko na skutek przesuwanych wielokrotnie po wojnach granic europejskich państw, jak również specyfiki wielonarodowych tworów państwowych, takich jak Szwajcaria, Belgia i im podobnych. Można to stwierdzić badając pochodzenie mieszkańców Lugano, Eupen, Santiago di Compostela, czy leżącego w granicach dzisiejszego wielkiego Hamburga okręgu Altona, którego dzielnice (Othmarschen, Blankenese, czy Groß Flottbek) zachowały swój pierwotny duński charakter. Problem w tym, jak tego rodzaju tożsamość europejską, jeszcze nie w pełni rozwiniętą, wyodrębnić i jak pielęgnować?

4. E PLURIBUS UNUM?

Francis Fukuyama twierdzi, że od początku europejski projekt był prowadzonym przez elity technokratycznym eksperymentem („the whole European project has been an elite-driven affair”)²⁰. W tym przypadku, w którym elity – nie jeden raz – uznały *vox populi* za najdalej idący przejaw demokracji – referenda w sprawach konstytucyjnych – choć później, pod wpływem otrzymanego wyniku – korygując swe pierwotne zamiary doszły do wniosku, że należy sprawę poddać ponownie pod głosowanie, jak miało to miejsce w przypadku ratyfikacji traktatu z Maastricht, czy traktatu lizbońskiego. W sytuacji gdy zbiegło się to z pogarszającą się sytuacją gospodarczą na całym kontynencie, zachowanie takie przyczyniło się do alienacji obywateli z Unii Europejskiej i wzrostu nacjonalistycznego antyeuropejskiego populizmu.

Na dodatek decydenci – twórcy polityki Unii Europejskiej nigdy nie usiłowali transformować głoszonych wartości Unii – solidarności, równości i sprawiedliwości – w plan wykreowania europejskiej tożsamości. Zamiast tego, przyczynili się do rozpowszechnienia tego, co J. Habermas zdefiniował jako „oczekiwanie, że rosnące wzajemne zaufanie wśród narodów europejskich zaowocuje ponadnarodową, jakkolwiek stonowaną, formą obywatelskiej solidarności pomiędzy obywatelami Unii”²¹.

W dzisiejszej Europie nie sposób jednak oczekiwać poczucia solidarności bez przekonania o wspólnej ciągłości i wiary we wspólne przeznaczenie. Nic w tym dziwnego, biorąc pod uwagę jak bardzo Europejczycy różnią się w masie pod względem języko-

¹⁹ Zob. też wydanie książkowe: K.W. Deutsch, *Nationalism and social communication: An inquiry into the foundations of nationality*, John Wiley, Cambridge 1953.

²⁰ Francis Fukuyama, *The Challenges for European Identity*, „The Global Journal” [online] 2012, <http://theglobaljournal.net/article/view/469> [dostęp: 30.03.2014].

²¹ J. Habermas, *The crisis of the European Union: A response*, Polity Press, Cambridge 2012, s. 29.

wym, prawnym, religijnym, a nawet pod względem systemu politycznego. Na domiar złego, brak wizji wspólnej przyszłości może być symptomatyczny dla braku historycznego momentu, który mógłby być wykorzystany dla takiej konstrukcji.

Kazusy ZSRR i byłej Jugosławii ilustrują daremność wysiłków stworzenia tożsamości mającej zastąpić lub konkurować z tożsamością narodową. Jeśli można mówić o jakiegokolwiek formie tożsamości zbiorowej, to jest nią w najlepszym razie tradycyjna tożsamość narodowa. Nie trzeba dodawać, że wschodni model nacjonalizmu zdążył już wytworzyć naturalne przeciwciała odpornościowe na próby stworzenia ujednoczonej tożsamości ponad ideą przynależności narodowej.

Biorąc to wszystko pod uwagę, tożsamość europejska powinna prawdopodobnie być rozpatrywana z nieco szerszej perspektywy i definiowana w sposób mniej rygorystyczny. W zestawieniu z resztą świata, większość Europejczyków przedstawia sobą to, co można określić jako poczucie zróżnicowanej identyfikacji. Rzeczą jednak w tym, czy możliwe jest rozwinięcie wspólnego europejskiego doświadczenia w pewną formę trans-europejskiego dziedzictwa kulturowego?

5. KONWERGENCJA KULTUROWA

Jak dotąd, główna uwaga europejskich decydentów politycznych skupiała się na ekonomicznych a w drugim rzędzie politycznych aspektach integracji europejskiej, zaniebując problemy kulturowe i psychologiczne związane z procesem. W powiedzeniu, którego autorstwo mylnie przypisywane jest J. Monnetowi, w związku z jego rolą „ojca założyciela” projektu europejskiego, zawarte jest stwierdzenie, że gdyby Europa miała być ponownie tworzona, to należałoby zacząć raczej od kultury aniżeli od ekonomii²².

Niezależnie od trafności tego spostrzeżenia, świadczącego o znajomości meandrów procesu integracji i popełnionych błędów, należy zauważyć, że współczesne elity europejskie zdawały sobie sprawę ze znaczenia i konieczności podbudowania gospodarczej i politycznej unifikacji kulturowym zbliżeniem. Warto przypomnieć, że to właśnie proces gospodarczej i politycznej integracji umożliwił zidentyfikowanie kulturowych podobieństw i pozwolił zapoczątkować ich stopniową konwergencję.

Wydaje się, że aktualnie kulturowa konwergencja jest prawdopodobnie bliższa identyfikacji możliwej do osiągnięcia w Europie. Istnieją niewątpliwie wspólne tradycje, elementy kultury i historii, chociaż zdają się one być podzielane przez niektóre narody Europy, jednak nie wszystkie, a przez niektóre pośród nich w bardzo wąskim zakresie.

Nie sposób nie zauważyć, że owe fragmenty kultury i tradycji były podzielane przez tysiąclecia a ich różnorodność i wielość stwarzają w sumie możliwości dla zapoczątkowania rokującego powodzenie procesu konwergencji kulturowej. Jednakże w dużej mierze zostały podzielone na skutek konfliktów i konkurencji, podczas gdy narodowe tożsamości zostały stworzone dla ustanowienia i zwiększenia wewnętrznej spójności

²² E. Banus, *Cultural Policy in the EU and the European Identity*, [w:] M. Farrell, S. Fella, M. Newman (eds), *European Integration in the Twenty-First Century: Unity in Diversity?*, Sage, London 2002, s. 158.

nowo powstałych państw narodowych, dlatego tak często podkreślających różnice między nimi a sąsiadami.

Zmiany spowodowane przez integrację europejską, postęp technologiczny, edukację i wzrastającą mobilność ludności stworzyły warunki, w których identyfikacja, uznanie i wymiana podobieństw kulturowych mogłyby przyjmować się samorzutnie, przy neutralnym nastawieniu lub nawet afirmatywnie odgórnie urobionej opinii.

Programy wymiany uniwersyteckiej dla studentów i swobodne przepływy pracowników przyczyniły się bardziej niż cokolwiek do kulturowej konwergencji w Europie, a nawet zapoczątkowały formowanie się podstaw potencjalnej przyszłej europejskiej tożsamości. W ciągu ostatnich 25 lat, więcej niż 3 miliony młodych Europejczyków było beneficjentami programu Erasmus, a ostatnio szacuje się, że około 230 tysięcy studentów w skali rocznej bierze udział w programach wymiany. Poznawanie innych kultur i języków na masową skalę, spotykanie innych młodych ludzi z różnych części kontynentu i wywieranie silnego wpływu kulturowego na rówieśników, na etapie kiedy światopogląd zaczyna się krystalizować w umyśle, stwarza sposobność, jakiej żadne wcześniejsze pokolenie nie miało okazji doświadczyć.

Michael Mann zauważył, że połączenie edukacji i nauki języka wpływa w sposób decydujący na rozwój tożsamości, świadomości i samowiedzy²³, a propagatorzy idei europejskiego wykształcenia przyszłych elit zjednoczonej Europy działający w Ruchu Europejskim podkreślali przy wielu okazjach znaczenie szkoły jako miejsca kształtowania obywateli²⁴. Kierując się tą samą logiką można by powiedzieć, że program *Erasmus* tworzy europejskich obywateli, sprzyja kulturowej konwergencji a nawet rozwija formację młodzieżową, którą można by nazywać „prototypowymi Europejczykami”.

Należą do tej grupy osoby o wyraźnie zdefiniowanej tożsamości narodowej, często co najmniej dwujęzyczni (z wykształcenia), urodzeni w jednym kraju, wykształceni lub pracujący w innym i nierzadko mający za towarzyszy życia partnerów niewywodzących się z ich rodzinnego kraju.

Ci nowi Europejczycy nie tylko postrzegają i uznają kulturową konwergencję, której doświadczać i do której się przyczyniają. Faktem jest, że pojawiają się w coraz większej liczbie w każdej europejskiej stolicy i w większych ośrodkach edukacyjnych i gospodarczych kontynentu. Wniosek stąd, że istnienie *lingua franca* nie jest konieczne dla konwergencji, lecz bardziej wielojęzyczność może tu działać jako europejski substytut wspólnego języka.

Jeśli mowa o konwergencji kulturowej i zbliżeniu pomiędzy obywatelami Europy, konieczne jest dalsze upodobnienie narodowych systemów edukacyjnych. Program *Erasmus* jest potrzebny dla dalszego rozszerzania polityki edukacyjnej Unii Europejskiej²⁵, a polityka w zakresie narodowych środków masowego przekazu nie powinna ograniczać się do transmisji wyłącznie w języku rodzimym, pozwalając aby treści w innych

²³ M. Mann, *The emergence of modern European nationalism*, [w:] J. Hall, I. Jarvie (eds), *Transition to modernity*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 137–166.

²⁴ Z.B. Rudnicki, *Contribution of the European Movement to the Idea of the European Unity in the Field of the Culture and Education in the Early Post-War Years*, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2006.

²⁵ Więcej na temat tradycji europejskich programów edukacyjnych i wymiany uniwersyteckiej zob. Z.B. Rudnicki, *Edukacja europejska*, [w:] Konstanty A. Wojtaszczyk (red.), *Integracja europejska. Wstęp*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2006.

językach europejskich, mogły docierać do odbiorców w ich integralnej postaci. Jednolity rynek pracy powinien być respektowany i krajowe prawo pracy oczyszczone z klauzul dyskryminujących w celu umożliwienia prawdziwej mobilności. Ponadto, polityczne elity powinny robić więcej dla wytłumaczenia obywatelom znaczenia decyzji podejmowanych na szczelbu Unii Europejskiej przybliżając im w ten sposób zrozumienie wspólnego celu i przeznaczenia europejskiego projektu. Wybory do Parlamentu Europejskiego mogą stanowić dobrą okazję do zaawansowania stanu świadomości europejskiej, a tym samym kształtowania się wspólnej tożsamości obywateli Unii.

6. KONKLUZJA

W kontekście powyższych rozważań i nasuwających się pytań w materii tożsamości europejskiej w ogóle, a tożsamości UE w szczególności, należy zauważyć, że Unia Europejska, ten – jak powiedział Jacques Delors „niezdefiniowany obiekt polityczny”²⁶ – istnieje zaledwie 20 lat pod tą nazwą, a ma swoją osobowość prawną od mniej niż połowy dekady, obszar Schengen dopiero osiągnął pełnoletniość, minęło niecałe ćwierć stulecia od ponownego zjednoczenia Europy wraz ze zburzeniem Muru Berlińskiego i usunięciem Żelaznej Kurtyny, a kraje Europy Środkowo-wschodniej dołączyły do Unii zaledwie przed nieco niż 10 laty. Jakkolwiek niecałe dwa stulecia minęły od czasu wymyślenia Koncertu Europejskiego i ponad 55 lat od stworzenia Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, realna integracja europejska jest trwającym od stosunkowo niedawna procesem. Tak naprawdę, Unia Europejska zaczęła dopiero stawać się liczącą się we świecie polityczną wspólnotą, której legislacyjne i normatywne prace mogły uzyskać akceptację szerszej opinii publicznej i legitymację jako wspólnej struktury prawnej po wejściu w życie Traktatu z Lizbony. Jednakowoż, zbiegło się to z kryzysem finansowym i gospodarczym, przez co Unia stała się wymarzoną kózka ofiarną gospodarczego spowolnienia. Odbiło się to negatywnie nie tylko na zaufaniu w sprawach wspólnego projektu europejskiego, ale także na wzajemnym zaufaniu pomiędzy narodami europejskimi. Niemniej jednak 62% Europejczyków żyjących w Unii Europejskiej wciąż czuje się obywatelami Unii, choć są oni coraz bardziej zdegustowani niedostatkiem praw obywatelskich i pesymistycznie nastawieni co do przyszłości Wspólnoty.

W tym krytycznym momencie, przebudowanie wewnątrz-europejskiej społecznej kohezji i poczucia wspólnego celu mają pierwszorzędne znaczenie; konieczne jest jednak postępowanie z wyczuciem, ażeby uniknąć przeciwnych efektów, doświadczanych w przeszłości z powodu arbitralnego dekretowania rozwiązań, które nie raz okazywały się błędne, a nawet szkodliwe w skutkach. Postępująca stopniowo konwergencja kulturowa może w tym przypadku okazać się znacznie lepsza od jakiegokolwiek próby szybkiego utworzenia europejskiej *identité communautaire*.

²⁶ W swym przemówieniu na sesji inauguracyjnej Konferencji Międzyrządowej w Luksemburgu 9 września 1985 roku Jacques Delors powiedział: “For we must face the fact that in 30 or 40 years Europe will constitute a UPO – a sort of unidentified political object – unless we weld it into an entity enabling each of our countries to benefit from the European dimension and to prosper internally as well as hold its own externally”, “Bulletin EC” 1985, no. 9, s. 8.

Parafrazując słynne powiedzenie Massimo Taparelli, markiza d'Azeglio *purtroppo s'è fatta l'Italia, ma non si fanno gl'Italiani* – „mamy już Europę, pozostaje nam jeszcze stworzyć Europejczyków”²⁷, a to wymagać będzie odpowiednich warunków umożliwiających powstawanie indywidualnych interpretacji europejskiej tożsamości.

BIBLIOGRAFIA

- Anderson B., *Imagined Communities – reflections on the origin and spread of nationalism*, Verso, London & New York 1991.
- Anderson B., *Wspólnoty wyobrażone: rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu*, Społeczny Instytut Wydawniczy „Znak”, Kraków 1997.
- Banus E., *Cultural Policy in the EU and the European Identity*, [w:] M. Farrell, S. Fella, M. Newman (eds), *European Integration in the Twenty-First Century: Unity in Diversity?*, Sage, London 2002, s. 158–183.
- Deklaracja o tożsamości, Rada Europejska, Kopenhaga 1973*, [w:] B. Grodzicki, J. Pomian (red.), *Wspólnota Europejska. Przewodnik dokumentalny*, Polonia Book Found, London 1982, s. 112–116.
- Deutsch K.W., *Nationalism and social communication* (Doctoral dissertation), Harvard University, Harvard 1951.
- Deutsch K.W., *Nationalism and social communication: An inquiry into the foundations of nationality*, John Wiley, Cambridge 1953.
- Eastern Europe... Central Europe ... Europe*, “Daedalus”, Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences 1990, vol. 119.
- Fukuyama F., *Koniec historii*, Zysk i S-ka, Poznań 1992.
- Fukuyama F., *The Challenges for European Identity*, “The Global Journal” [online] 2012, <http://theglobaljournal.net/article/view/469> [dostęp: 30.03.2014].
- Habermas J., *Après l'État-nation: une nouvelle constellation politique*, Fayard, Paris 2000.
- Habermas J., *The Postnational Constellation: Political Essays*, Polity, Cambridge 2001.
- Habermas J., *The crisis of the European Union: A response*, Polity Press, Cambridge 2012.
- Halecki O., *Historia Europy – jej granice i podziały*, Instytut Europy Środkowo-wschodniej, Lublin 2000.
- Hayward C.R., *Democracy's Identity Problem: Is “Constitutional Patriotism” the Answer?*, “Constellations” 2007, vol. 14, no. 2, s. 182–196.
<http://www.cscanada.net/index.php/sss/article/view/j.sss.1923018420120302.9Z0210> [dostęp: 30.03.2014].
- Kaina V., Karolewski I.P., *EU governance and European identity*, “Living Reviews of European Governance” [online] 2013 vol. 8 no 1, <http://www.livingreviews.org/lreg-2013-1> [dostęp: 30.03.2014].
- Lin L., Xiaonan H., *The Application and Revelation of Joseph Nye's Soft Power Theory*, “Studies in Sociology of Science” [online] 2012, vol. 3, no. 2, s. 48–52.
- Mann M., *The emergence of modern European nationalism*, [w:] J. Hall, I. Jarvie (eds), *Transition to modernity*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 137–166.
- Miłosz Cz., *Rodzina Europa*, „Biblioteka Kultury”, T. 327, Instytut Literacki, Paryż 1986.
- Nye J.S. Jr., *Hard, Soft, and Smart Power*, [w:] A.F. Cooper, J. Heine, R. Thakur (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 559–574.

²⁷ M. Taparelli d'Azeglio, *I miei ricordi*, Barbèra, Firenze 1869.

- Rudnicki Z.B., *Contribution of the European Movement to the Idea of the European Unity in the Field of the Culture and Education in the Early Post-War Years*, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2006.
- Rudnicki Z.B., *Edukacja europejska*, [w:] Konstanty A. Wojtaszczyk (red.), *Integracja europejska. Wstęp*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2006, s. 301–333.
- Smith A.D., *National identity and the idea of European unity*, "International Affairs" 1992, vol. 68, no. 1, s. 55–76.
- Speech by Mr Delors, "Bulletin EC" 1985, no. 9.
- Szűcs J., *Trzy Europy*, Instytut Europy Środkowo-wschodniej, Lublin 1995.
- Taparelli d'Azeglio M., *I miei ricordi*, Barbèra, Firenze 1869.
- Tischner J., *Etyka solidarności oraz Homo sovieticus*, Instytut Wydawniczy „Znak”, Kraków 1992.
- Waligórski A., *Antropologiczna koncepcja człowieka*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973, s. 196–232.

W POSZUKIWANIU TOŻSAMOŚCI EUROPEJSKIEJ

Streszczenie

Artykuł dotyczy tożsamości europejskiej i jej przemian rzutowanych na szerokie tło nowych zjawisk zmieniających oblicze współczesnej Europy. Opisane zostały podstawowe kategorie znaczeniowe pojęcia „tożsamość” w odniesieniu do tożsamości indywidualnych, zbiorowych, czy wreszcie tożsamości narodowych, i w końcu tożsamości europejskiej. Okazuje się, że najbardziej kontrowersyjną kategorią jest tożsamość zbiorowa, której istnienie zakłada się, czyniąc domniemanie na temat tworzących się tożsamości ponadnarodowych.

Słowa kluczowe: *tożsamość indywidualna, tożsamość zbiorowa, tożsamość narodowa, tożsamość europejska, integracja*

IN SEARCH OF THE EUROPEAN IDENTITY

Summary

The article deals with the European identity and its transformation projected on a broad background of new phenomena that are changing the image of contemporary Europe. Basic semantic categories of the notion of 'identity' in relation to individual, collective and national identities and finally to the European identity have been described. It turns out that the most controversial category is the collective identity, the existence of which is assumed while making a presumption on the formation of supranational identities.

Key words: *individual identity, collective identity, national identity, European identity, integration*

PRAWNE, POLITYCZNE I SPOŁECZNE KONSEKWENCJE ROZDŹWIĘKU MIĘDZY UZUSEM A DEFINICJAMI ZAWARTYMI W TEKSTACH PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH IMIGRACJI

PIOTR SADOWSKI

I. WSTĘP

Dotychczas, problematyka imigracji cudzoziemców do Polski nie była przedmiotem żywej debaty, w tym dyskusji politycznej¹. Także polskie media rządziej niż te w innych państwach UE akcentowały te zagadnienia, informując głównie o próbach niezgodnego z prawem przekroczenia granicy państwowej lub przemytu ludzi² i o strajkach w ośrodkach, w których umieszczani byli cudzoziemcy oczekujący na wykonanie decyzji o wydaleniu (obecnie: o zobowiązaniu do powrotu)³. W dyskursie społecznym nie zajmowały jednak istotnego miejsca zidentyfikowane przypadki niezgodnego z prawem zatrudnianie imigrantów⁴.

¹ Niniejsze opracowanie wyraża wyłącznie poglądy autora.

² Tak np. w: bzato/kan, *Świecko: chcieli nielegalnie przekroczyć granicę*, informacja z 21 września 2012 r., <http://www.tvp.info/8583440/twoje-info/swiecko-chcieli-nielegalnie-przekroczyc-granice/> [dostęp: 5.09.2015] i dmiło/bzat, *Przemysłowcy zatrzymani w Polsce i w Niemczech*, informacja z 3 lutego 2014 r., <http://www.tvp.info/13867765/twoje-info/przemyslownicy-ludzi-zatrzymani-w-polsce-i-w-niemczech/> [dostęp: 5.09.2015].

³ Tak np. w: PAP, *Szef MSW: w ośrodkach dla cudzoziemców będzie mniejszy reżim*, informacja z serwisu LEX z 14 grudnia 2012 r., <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/szef-msw-w-osrodkach-dla-cudzoziemcow-będzie-mniejszy-rezim> [dostęp: 5.09.2015] i M. Fał, *Protest głodowy w ośrodkach dla uchodźców, a los nielegalnych imigrantów nikogo nie obchodzi*, informacja z 23 października 2012 r., <http://natemat.pl/36515.protest-glodowy-w-osrodkach-dla-uchodzcow-a-los-nielegalnych-imigrantow-nikogo-nie-obchodzi> [dostęp: 5.09.2015].

⁴ A. Rozwadowska, *Duszczyk: W Polsce będzie więcej pracy niż chętnych. Masowa imigracja do Polski? Nie wierzę*, informacja z 20 sierpnia 2015 r., <http://wyborcza.biz/biznes/1,100896,18596143,duszczyk-w-polsce-będzie-więcej-pracy-niz-chętnych-masowa.html> [dostęp: 26.08.2015]. Skala nielegalnego zatrudnienia cudzoziemców w Polsce zwiększa się, choć pozostaje nieznaczna. Zob. Państwowa Inspekcja Pracy, *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2014 r.*, Warszawa 2015, s. 195–196, <http://www.pip.gov.pl/pl/f/v/133794/sprawozdanie%202014.pdf> [dostęp: 26.08.2015].

Sytuacja osób wewnętrznie przesiedlonych na Ukrainie i tragedie na M. Śródziemnym, sprawiły jednak, iż polskie media zaczęły poruszać tę problematykę. Ponadto, dyskusja nad przyjęciem przez Polskę imigrantów z Włoch i Grecji sprawiła, iż imigracja przestała być zagadnieniem teoretyczno-technicznym, stając się elementem powszechnej debaty. Mając powyższe na względzie, uwzględniając fakt, że liczba imigrantów na stałe przebywających w Polsce jest nieznaczną⁵ za zrozumiałe uznać należy problemy terminologiczne, jakie zaobserwować można w bieżącym dyskursie.

Celem artykułu jest wykazanie, że uzus dotyczący imigracji używany w mediach i w debacie politycznej jest sprzeczny z definicjami, które znajdują się w międzynarodowych i krajowych aktach prawnych. Weryfikowane będzie, czy nieprawidłowe posługiwanie się terminami dotyczącymi przedmiotowego zjawiska wynika z braku znaczącej liczby imigrantów przebywających w Polsce, czy też motywowane jest niechęcią do imigrantów. Artykuł koncentruje się zatem na wpływie aktualnych ocen etycznych i światopoglądowych na stosowanie prawa dotyczącego imigracji oraz na wykazaniu zakresu suwerennej władzy państwa w zakresie ustalania zasad admisji cudzoziemców. Nie zawiera jednak pogłębionej analizy leksykalnej, socjologicznej czy politologicznej.

II. ŹRÓDŁA BRAKU SPÓJNOŚCI TERMINOLOGICZNEJ

Problematyka migracji pozostaje w obszarze zainteresowania zarówno organizacji o charakterze uniwersalnym (czyli działających w wymiarze globalnym, np. ONZ), jak i regionalnym (np. Unia Europejska – a wcześniej Wspólnoty Europejskie, dalej wspólnie określanych, jako UE oraz Rada Europy). Jednakże w ramach organizacji regionalnej terminy dotyczące imigracji definiowane są w wielu dokumentach o charakterze politycznym i prawnym. Sprawia to, iż nawet w systemach, w których zdecydowano się na harmonizację prawa, w tym prawa dotyczącego imigracji, istnieją istotne rozbieżności terminologiczne⁶. Potwierdzają to m.in. problemy dotyczące właściwego stosowania przez państwa członkowskie UE terminu „osoba ubiegająca się o ochronę międzynarodową”⁷, a zatem kluczowego elementu Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że skoro wśród „państw członkowskich UE, które zainteresowane są pogłębioną współpracą istnieją rozbieżności terminologiczne, które uniemożliwiają spójne stosowanie dyrektyw, to zapewnienie (...) spójności terminologicznej wśród krajów prezentujących różne tradycje prawne, kulturowe

⁵ W dniu 1 stycznia 2015 r. w Polsce było ważnych 175 066 kart pobytu. Dane Urzędu do Spraw Cudzoziemców dostępne na: <http://udsc.gov.pl> [dostęp: 31.07.2015].

⁶ O ewolucji harmonizacji prawa UE w: J. Osiejewicz, *Ingerencja harmonizacyjna Unii Europejskiej w porządku prawne państw członkowskich*, „Ius Novum” 2014, Nr 4, s. 120–121. Więcej o historii współpracy w tym zakresie w: E. Borawska-Kędzińska, K. Strąk, *Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Część 2: Polityka wizowa, azylowa i imigracyjna*, Warszawa 2009, wyd. 1, s. XI.2-1 i n.

⁷ Zob. Komisja Europejska, *Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na temat stosowania Dyrektywy 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich*, KOM(2010) 465 wersja ostateczna, Bruksela 8.9.2010, s. 4.

i doświadczających różnych trendów migracyjnych (...) z różnymi systemami politycznymi i różną siłą działania organizacji pozarządowych wydaje się być mało realne”⁸.

Ranga wykładni językowej, umożliwiającej „ustalenie znaczenia normy prawnej na podstawie analizy sformułowań zawartych w tekście normatywnym”⁹ w przypadku organizacji międzynarodowych, w których teksty prawne funkcjonują w kilku wersjach autentycznych jest mniejsza niż w prawie krajowym. Od wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej, także w kontekście Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, określanych jako TSUE) z dnia 3 marca 1977 r. w sprawie C-80/76 *North Kerry Milk Products przeciwko Minister for Agriculture*¹⁰ nie budzi bowiem wątpliwości fakt, iż wszystkie wersje językowe tekstów prawnych WE/UE mają taką samą wagę¹¹. Analiza prawa UE może więc wymusić zastosowanie wykładni porównawczej, czyli zbadania kilku wersji językowych, w celu zrozumienia badanego pojęcia¹².

Problematyka migracji analizowana jest także przez przedstawicieli różnych dyscyplin naukowych. Zgodzić należy się z P. Dąbrowskim, że „różne aspekty problematyki cudzoziemskiej są przedmiotem zainteresowania (...) doktryny prawa administracyjnego, praw człowieka, w coraz większym stopniu także prawa Unii Europejskiej”¹³, a zatem słusznie M. Leciak opowiada się w tym zakresie za „refleksją choćby w płaszczyźnie socjologicznej czy też prawnej”¹⁴. Dostrzegalne jednak są spory dotyczące m.in. typologizacji migracji¹⁵ i określania przypadków, w których pobyt cudzoziemca ma charakter nielegalny¹⁶.

Także orzecznictwo, w tym wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) unaczynia problem braku spójności terminologicznej. Zapewniając, że Euro-

⁸ P. Sadowski, *Zwalczanie nielegalnej migracji na przykładzie działań podejmowanych w ramach Procesu Praskiego*, prezentacja podczas Konferencji „Rola Polski w regionalnych konsultacjach Procesu Praskiego” zorganizowanej 20 maja 2015 r. w Warszawie przez Polski Instytut Spraw Międzynarodowych oraz Ministerstwo Spraw Wewnętrznych (oczekuje na publikację), s. 3.

⁹ A. Kalisz, *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Unia Europejska. System prawny, porządek instytucjonalny, proces decyzyjny*, Warszawa 2009, s. 440.

¹⁰ Zb.Orz. 1977, s. 0425. Wszystkie wyroki TSUE dostępne w bazie CURIA na: <http://curia.europa.eu/> [dostęp: 26.08.2015].

¹¹ O genezie fundamentów systemu językowego UE w: N. Konieczna, *Unia Europejska – wielojęzyczny problem?*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2013, Nr 2, s. 45 i n. Por. A. Doczekalska, *Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej*, EPS, maj 2006, s. 15 i n.

¹² Por. § 22 wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 27 lutego 1986 r. w sprawie C-238/84 *Postępowanie karne przeciwko Hans Röser*. TSUE porównał niemiecką wersję językową z jej angielskim, francuskim i włoskim wariantem.

¹³ P. Dąbrowski, *Cudzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Warszawa 2011, s. 15.

¹⁴ M. Leciak, *Konflikty międzykulturowe w Polsce w ujęciu prawnokarnym – próba diagnozy problemu*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, Vol. 15, s. 111.

¹⁵ Więcej w: P. Sadowski, *Udzielanie ochrony międzynarodowej a zwalczanie nielegalnej migracji w prawie UE*, Toruń 2014, niepublikowana praca doktorska, s. 35 i n. i cytowana tam literatura. UE jednoznacznie akcentuje podział na migracje: legalne (m.in. w celu podejmowania pracy i dołączania do członka rodziny), nielegalne i handel ludźmi, związane z komponentem rozwojowym i z udzielaniem ochrony międzynarodowej. Por. Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Globalne podejście do kwestii migracji i mobilności*, KOM(2011) 743 wersja ostateczna, Bruksela 18.11.2011, s. 6. Więcej o globalnym podejściu do kwestii migracji i mobilności w: P. Sadowski, *Capacity building in a field of migration: the cases of Moldova and Georgia*, „Web Journal of Current Legal Issues” 2012, No. 1, s. 3 i n., <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2012/issue1/sadowski1.html> [dostęp: 28.07.2015].

¹⁶ Por. M. Duszczyk, *Polityka imigracyjna Unii Europejskiej oraz swobodny przepływ pracowników – ewolucja i teraźniejszość*, Warszawa 2010/2011, s. 18–20.

pejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (dalej: EKPCz z 1950 r.)¹⁷ jest interpretowana elastycznie, gwarantując realną ochronę praw w niej określonych Trybunał zmienia bowiem jej zakres przedmiotowy i podmiotowy, odstępując tym samym od woli państw-Stron, które przystępowały do Konwencji¹⁸. Gwarantuje jednak, że „zobowiązania traktatowe nie funkcjonują w próżni społecznej; wręcz przeciwnie, »żyją« w ścisłym powiązaniu z trendami zachodzącymi we współczesnych społeczeństwach demokratycznych”¹⁹. Fakt, iż Trybunał „odszedł od tradycyjnej linii orzeczniczej dotyczącej najbardziej drażliwych zagadnień, a więc tych dotyczących samego sedna zróżnicowanych przecież systemów aksjologii społecznej państw europejskich”²⁰, sprawia, iż wpisuje się on w spór, co do granic dopuszczalnej wykładni²¹.

Konwencja nie odnosi się *explicite* m.in. do udzielania cudzoziemcom ochrony i do zasad admisji imigrantów. Mimo to ETPCz wyznaczył zakres ochrony (obejmujący m.in. zasadę *non-refoulement* oraz konieczność poszanowania prawa do życia prywatnego i rodzinnego imigrantów oraz zapewnienie szczególnej ochrony imigrantom przebywającym przez dłuższy czas lub przez całe życie na terytorium pozwanego państwa), który musi być zapewniony przez państwo, pod którego jurysdykcją się znajdują²².

Należy podkreślić, że EKPCz z 1950 r. i orzecznictwo ETPCz wpływa na legislację UE i na sposób jej interpretacji. UE zobowiązana jest do akcesji do Konwencji, której wszystkie państwa członkowskie UE są stronami²³. Akcentuje się także, że przyjęcie art. 52 ust. 3 Karty Praw Podstawowych z 2012 r.²⁴ zwiększyło spójność orzecznictwa ETPCz i TSUE²⁵. Mimo to Trybunał luksemburski nie jest sądem praw człowieka, pozostając sądem integracji europejskiej²⁶.

¹⁷ Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

¹⁸ ETPCz określił potrzebę uczynienia Konwencji *living instrument* w § 31 wyroku z 25 kwietnia 1978 r. w sprawie *Tyler przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 5856/72, wszystkie wyroki ETPCz dostępne w bazie HUDOC na: <http://hudoc.echr.coe.int/> [dostęp: 25.8.2015]). Por. B. Gronowska, *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawa drugiej generacji – kilka refleksji o zacieraniu granic*, EPS, wrzesień 2013, s. 8 i n.

¹⁹ B. Gronowska, *Czas a zobowiązania materialne państw-Stron EKPCz – zarys problemu*, EPS, sierpień 2014, s. 18. Więcej o wpływie czasu na interpretację EKPCz z 1950 r. *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, s. 20.

²¹ Zjawisko aktywności sędziowskiej występuje także w wyrokach TSUE i wzmacnia się wraz z przekazywaniem mu nowych kompetencji np. w zakresie udzielania obywatelom państw trzecich ochrony międzynarodowej. Więcej w: P. Sadowski, *Wpływ poszerzenia kompetencji Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej na rozwój europejskiej polityki migracyjnej*, [w:] A. Garnuszek, P. Sosnowski (red.), *Rola Trybunałów i Doktryny w Prawie Międzynarodowym*, Warszawa 2010, s. 196 i n.

²² Zob. np. § 96 wyroku ETPCz z 9 października 2003 r. w sprawie *Silvenko przeciwko Łotwie* (skarga nr 48321/99) i wyrok ETPCz z 27 października 2005 r. w sprawie *Keles przeciwko Niemcom* (skarga nr 32231/02). Więcej w: P. Sadowski, *Udzielanie...*, s. 69–76 i cytowane tam orzecznictwo.

²³ Negatywne opinie TSUE (opinia nr 2/94 z 28 marca 1996 r., ECR 1996, s. I-1759, polska wersja językowa dostępna na: http://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-AVIS-C-0002-1994-200407019-05_00.html [dostęp: 5.09.2015] i opinia nr 2/13 z 18 grudnia 2014 r., dostępna w bazie CURIA) jedynie opóźnią akcesję.

²⁴ Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391.

²⁵ Por. B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka – w poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 320 i n. Na konieczność dobrej współpracy zwraca uwagę także: A. Bisztyga, *Europejska Konwencja Praw Człowieka a Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej – stan kompatybilności czy konkurencyjności?*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, Nr 3, s. 185.

²⁶ Zob. wyrok TSUE z dnia 8 marca 2011 r. w sprawie C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano przeciwko Office national de l'emploi (ONEm)*. Więcej w: K. Rowińska, P. Sadowski, *Obywatelstwo UE dzieci imigrantów jako przesłanka do legalizacji pobytu ich rodziców*, oczekuje na publikację, s. 1 i n.

III. KONSEKWENCJE BRAKU SPÓJNOŚCI TERMINOLOGICZNEJ

Wśród decydentów powszechne jest przekonanie, że mogą oni skutecznie kontrolować imigrację, umożliwiając wjazd cudzoziemców potrzebnych gospodarce (tzw. nacjonalizm metodologiczny)²⁷. Takie podejście bazuje na przeświadczeniu, że zarządzanie migracjami oparte jest na wiedzy, która odgrywa kluczową rolę w kształtowaniu dynamiki mobilności, osiedleń i integracji²⁸. Ustalanie zasad admisji cudzoziemców (w tym określenie profilu pożądanych imigrantów np. studenci, pracownicy wysoko wykwalifikowani, niewykwalifikowani) zależy jednak nie tylko od obiektywnych czynników, ale także od wyznawanych wartości, preferencji i interesów²⁹. Polityka migracyjna nie ma bowiem charakteru technokratycznego, nawet gdy konstruowana jest w oparciu o pogłębione analizy i ekspertyzy³⁰. Stąd też „funkcjonowanie mitów na temat imigracji powoduje, że np. w walce wyborczej i agitacji za czy przeciw imigracji politycy i media posługują się często (nieświadomie lub celowo) zniekształconym obrazem rzeczywistości”³¹.

Mając świadomość wyzwań stojących przed polityką migracyjną i jej realizacją, zasadne wydaje się używanie prawidłowej terminologii. Dotyczy to precyzyjnego określania charakteru migracji (np. legalna imigracja ekonomiczna/legalna imigracja w celu dołączania do członka rodziny/imigracja nielegalna/imigracja w celu poszukiwania ochrony) i statusu pobytowego (np. wiza, zezwolenie na pobyt czasowy, zezwolenie na pobyt stały, zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego UE, status uchodźcy, ochrona uzupełniająca, pobyt humanitarny, pobyt tolerowany), a także obywatelstwa (czy jest apartydą, obywatelem państwa członkowskiego UE, czy też obywatelem innego kraju niż państwo członkowskie UE). Używanie terminów takich jak „nielegalni migranci”³², „nieautoryzowani imigranci”³³, „nieregularni migranci”³⁴, „nieudokumentowani migranci”³⁵, które nie odnoszą się do zjawiska nielegalnej imigra-

²⁷ Więcej w: P. Dąbrowski, *Cudzoziemiec...*, s. 48 i n. oraz P. Sadowski, *Udzielanie...*, s. 65 i n.

²⁸ Więcej w: C. Boswell, A. Geddes, P. Scholten, *The Role of Narratives in Migration Policy-Making: A Research Framework*, „British Journal of Politics and International Relations” 2011, Vol. 13, Issue 1, s. 3.

²⁹ Taki przykład wyznaczania dyskursu politycznego adresowanego do konkretnego odbiorcy podano *ibidem*, s. 4–5. Por. B. Malone, *Why Al Jazeera will not say Mediterranean ‘migrants’*, informacja z 20 sierpnia 2015 r., <http://www.aljazeera.com/blogs/editors-blog/2015/08/al-jazeera-mediterranean-migrants-150820082226309.html> [dostęp: 5.09.2015].

³⁰ C. Boswell, A. Geddes, P. Scholten, *The Role...*, s. 7. Na dodatkowy charakter badań nad migracjami wskazano też w: European Commission – Directorate-General for Research, *Moving Europe: EU research on migration and policy needs*, Brussels 2009, s. 35.

³¹ KF, *(P)rzeczywistość*, „Biuletyn Migracyjny”, grudzień 2014, s. 9. Por. B.A. Vollmer, *Policy Discourses on Irregular Migration in the EU – Number Games and Political Games*, „European Journal of Migration and Law” 2011, Vol. 13, Issue 3, s. 317 i n.

³² Tak np. M. Jaroszewicz, *Trendy ogólne*, [w:] A. Łobaszewska, K. Kazimierska (red.), *Wyzwania migracyjne w państwach wschodniego sąsiedztwa Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 51.

³³ Tak np. A. Levinson, *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Oxford 2005, *passim*.

³⁴ Tak np. C. González-Enríquez, *Spain, the Cheap Model. Irregularity and Regularisation as Immigration Management Policies*, „European Journal of Migration and Law” 2009, Vol. 11, Issue 2, s. 152.

³⁵ Tak np. A. Chrzanowska, W. Klaus (red.), *Poza systemem. Dostęp do ochrony zdrowia nieudokumentowanych migrantów i cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową w Polsce*, Warszawa 2011, *passim*.

cji, ale do domniemanego jej powiązania z przestępczością, może bowiem wzmacniać nastroje ksenofobiczne³⁶. Tymczasem nielegalna imigracja może, ale nie musi, łączyć się z popełnianiem wykroczeń i przestępstw (np. podrabianiem/przerabianiem dokumentów i wykorzystywaniem ich, jako autentyczne), choć wzrostowi liczby imigrantów przebywających na terytorium kraju może towarzyszyć proporcjonalny wzrost liczby przestępstw z udziałem cudzoziemców. Słusznie bowiem wskazuje M. Jaroszewicz, że „pozostawianie imigrantów w szarej strefie z jednej strony zwiększa podatność tej grupy na udział w przestępczości zorganizowanej (...), a z drugiej – pozbawia ją ochrony przed działaniami grup przestępczych”³⁷. Mimo to media akcentują obywatelstwo/pochodzenie etniczne przestępców, w tym terrorystów³⁸. Można by to uznać za uzasadnione, gdyby towarzyszyła temu informacja o przestępczości imigrantów i obywateli tego kraju. Brak tych danych kwestionuje jednak obiektywny charakter przekazu.

Problemy terminologiczne występują także podczas debaty dotyczącej sytuacji osób, które poszukują ochrony międzynarodowej. W systemie uniwersalnym termin „uchodźca” zdefiniowano w Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., uzupełnionej Protokołem dotyczącym statusu uchodźców, sporządzonym w Nowym Jorku dnia 31 stycznia 1967 r.³⁹ Zawiera ona m.in. odniesienie do uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych, a uzupełnienie Konwencji genewskiej z 1951 r. o nowe przesłanki, od spełnienia których uzależnione jest nadanie statusu uchodźcy uznac należy za mało prawdopodobne. Stąd też błędem jest mówienie o „uchodźcach klimatycznych”, czyli osobach uciekających z obawy przed zmianami klimatu⁴⁰.

W doktrynie występują jednak spory dotyczące charakteru prawnego decyzji w sprawie nadania statusu uchodźcy. Nie jest zatem możliwe jednoznaczne ustalenie, czy osoba, która złożyła wniosek o udzielenie ochrony powinna być nazywana

³⁶ O wpływie terminologii dotyczącej zwalczania nielegalnej imigracji na społeczne postrzeganie imigrantów w: P. Sadowski, *Zwalczanie...*, s. 2 i n., F. Düvell, *Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration*, „European Journal of Migration and Law” 2011, Vol. 13, Issue 3, s. 275 i n.; M. Schrover, J. van der Leun, L. Lucassen, C. Quispel, *Illegal...*, s. 1 i n. oraz M. Duszczyk, *Polityka...*, s. 18. Na problemy: nastrojów antyimigranckich oraz zasadności włączenia dyskryminacji ze względu na status migracyjny do przestępstw mowy nienawiści zwróciło również uważyć Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w: *Resolution 2069(2015) on recognising and preventing neo-racism adopted by the Assembly on 26 June 2015 (27th Sitting)*, punkty 4 i 6.2.1. O zwiększeniu w Polsce liczby przestępstw popełnianych z pobudek ksenofobicznych w: J. Bojarski, *Ocena sytuacji w Polsce na progu zróżnicowania kulturowego społeczeństwa*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, Vol. 15, s. 25–26 i M. Leciak, *Konflikty...*, s. 119–120. Przykład konfliktu postawy pro i antyimigranckiej w: fe, *Żywiec. Napisałi na murze: Spalimy uchodźców. Jest śledztwo*, informacja z 24 sierpnia 2015 r., <http://bielskobiola.gazeta.pl/bielskobiola/1,88025,18618107.zywiec-napisali-na-murze-spalimy-uchodzcow-jest-sledztwo.html#BoxLokKraKLink> [dostęp: 24.8.2015].

³⁷ Por. M. Jaroszewicz, *Trendy...*, s. 55.

³⁸ Zob. A. Goodman, *7 charged with aiding Madrid train bombers*, informacja z 2 listopada 2009 r., <http://edition.cnn.com/2009/WORLD/europe/11/02/spain.madrid.bombing/index.html?iref=24hours> [dostęp: 5.09.2015] i G. Frankel, *British Seek Egyptian-Born Chemist In Connection With London Attacks*, informacja z 15 lipca 2005 r., <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/14/AR2005071400535.html> [dostęp: 5.09.2015].

³⁹ Dz.U. 1991 Nr 119, poz. 515 i 516. Dalej: Konwencja genewska z 1951 r.

⁴⁰ Więcej o dyskusji w: P. Sadowski, *Udzielanie...*, s. 38 i n. oraz M.M. Kenig-Witkowska, *Problematyka „uchodźców środowiskowych” w prawie międzynarodowym*, PIP 2013, Nr 10, s. 6 i n.

wnioskodawcą⁴¹, czy też może być nazywana uchodźcą⁴². Problem ten ma wymiar praktyczny, gdyż zakres praw przyznanych wnioskodawcom jest inny niż ten, który przysługuje cudzoziemcom, którym udzielono ochrony. Tak np. w Polsce uznani uchodźcy mają zapewnioną pomoc integracyjną, która jest szersza niż pomoc pre-integracyjna oferowana cudzoziemcom oczekującym na wydanie decyzji w sprawie o udzielenie ochrony⁴³. Nie ulega jednak wątpliwości, że złożenie wniosku o udzielenie ochrony powoduje uregulowanie sytuacji pobytowej cudzoziemca, nawet gdy wcześniej w sposób niezgodny z prawem przekroczył granicę państwa lub pozostał na terytorium UE mimo upływu ważności zezwolenia.

Systemy regionalne mogą zawierać szersze definicje terminu „uchodźca” oraz przewidywać dodatkowe formy udzielania ochrony cudzoziemcom. Tak np. Wspólny Europejski System Azylowy (oparty na pełnym stosowaniu Konwencji genewskiej z 1951 r.⁴⁴) ustanawia dodatkową, wspólną dla wszystkich państw członkowskich UE formę ochrony – „ochronę uzupełniającą”⁴⁵. Określa także wspólne procedury na wypadek masowego napływu wysiedleńców⁴⁶, czyli obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców, którzy zostali zmuszeni do opuszczenia swojego państwa lub regionu pochodzenia lub też zostali ewakuowani, w szczególności w odpowiedzi na apel organizacji międzynarodowych, i nie są w stanie bezpiecznie i na stałe powrócić ze względu na sytuację istniejącą w ich państwie, oraz którzy mogą być objęci zakresem art. 1A Konwencji genewskiej z 1951 r. lub innego instrumentu międzynarodowego, lub krajowego przyznającego międzynarodową ochronę.

⁴¹ Tak np. art. 2 lit. b i c Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona), Dz.Urz. UE L 180 z 29.6.2013, s. 60. Por. art. 23 ust. 1. ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, t.j. Dz.U. 2012, poz. 680, z późn. zm.

⁴² Spotkać można poglądy, iż Konwencja genewska z 1951 r. pozostawia nadawanie statusu uchodźcy wśród prerogatyw państwa. Tak np. A. Szklanna, *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 66. Nie brak jednak autorów akcentujących deklaratoryjny charakter nadania statusu uchodźcy. Tak np. M.T. Gil-Bazo, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2008, Vol. 27, No. 3, s. 33 i J. Chlebny, *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*, Warszawa 2011, s. 39.

⁴³ Więcej w: W. Klaus, A. Chrzanowska, *Integracja i pomoc społeczna wobec uchodźców w Polsce. Wyniki badań aktowych*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej” 2007, Nr 8, s. 2 i n.

⁴⁴ Tak np. motyw 2 Dyrektywy Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiającej minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl, Dz.Urz. UE L 31 z 6.2.2003, s. 18, Polskie wydanie specjalne: Dz.Urz. UE Rozdział 19, Tom 006, s. 101. Termin „azyl” posiada na gruncie UE znaczenie autonomiczne i nie może być utożsamiany z azylem politycznym.

⁴⁵ Zob. motyw 7 Dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony, Dz.Urz. UE L 304 z 30.9.2004, s. 12, Polskie wydanie specjalne: Dz.Urz. UE Rozdział 19, Tom 007, s. 96, gdzie *explicitie* odwołano się do różnic w legislacji i praktyce państw członkowskich UE.

⁴⁶ Dyrektywa Rady 2001/55/WE z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi związanych z przyjęciem takich osób wraz z jego następstwami, Dz.Urz. WE L 212 z 7.8.2001, s. 12, Polskie wydanie specjalne: Dz.Urz. UE Rozdział 19, Tom 004, s. 162.

Również prawo krajowe może przewidywać dodatkowe formy udzielania ochrony cudzoziemcom – np. w Polsce można udzielić zgody na pobyt humanitarny oraz na pobyt tolerowany⁴⁷. Może także szeroko interpretować Konwencję genewską z 1951 r., tak jak w art. 6 armeńskiej ustawy z dnia 27 listopada 2008 r. o uchodźcach i azylu⁴⁸.

Duża liczba tytułów uprawniających obywateli państw trzecich do pobytu odpowiada przyczynom migracji. Taka różnorodność zezwoleń sprawia jednak, że zasadnym jest przybliżenie tej problematyki społeczeństwu⁴⁹. Kampanie informacyjne powinny dotyczyć m.in. skali zjawiska imigracji (w tym nielegalnej imigracji), przyczyn imigracji (w tym wyraźnego odróżnienia migracji z powodów ekonomicznych od migracji osób poszukujących ochrony międzynarodowej), a także katalogu praw przysługujących imigrantom (w tym zakresu oferowanej pomocy socjalnej). Podjęcie takich działań w Polsce jest tym bardziej zasadne, gdyż imigracja jest w debacie publicznej tematem stosunkowo nowym.

Potwierdził to spór, który uwidocznił się podczas dyskusji nad zakresem pomocy, jakiej Polska powinna udzielić Włochom i Grecji, które zmagaly się ze zwiększonym napływem imigrantów⁵⁰. Prawo przewidywało możliwość relokacji do Polski obywateli państw trzecich, którzy na terytorium państw członkowskich UE złożyli wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, ale nie otrzymali jeszcze decyzji w tych sprawach⁵¹. Rozważenie nowelizacji tego mechanizmu uzasadniała jednak sytuacja

⁴⁷ Dział II ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także Dział VIII, Rozdział 3 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, Dz.U. 2013, poz. 1650, z późn. zm.

⁴⁸ <http://smsmta.am/upload/2-law-eng.pdf>, stan na: 4.8.2015. Więcej w: E. Borawska-Kędzińska, P. Cybul, K. Rowińska, P. Sadowski, A. Skiba, *Report prepared in Activity 1.1 implemented under the aegis of the Twinning project "Support the State Migration Service for Strengthening of Migration Management in Armenia"*, M. Kosiel-Pajak (red.), Warsaw/Yerevan 2013, s. 89 i n., http://media.wix.com/ugd/baab96_1d2feb51acbc400b98374e1ffcfe5bed.pdf [dostęp: 5.09.2015].

⁴⁹ Kampania „Polska. Tu mieszkam” potwierdza, że istnieje potrzeba upowszechniania wiedzy o migracjach. Więcej informacji o podjętych działaniach dostępnych na: <http://cudzoziemcy.gov.pl/> [dostęp: 30.08.2015].

⁵⁰ Mowa tu o dyskusji podczas prac nad Wnioskiem Komisji Europejskiej w sprawie Decyzji Rady wprowadzającej środki przejściowe w dziedzinie ochrony międzynarodowej na korzyść Włoch i Grecji, COM(2015) 286 final, Bruskeła, 27.5.2015 r. Zob. np. P. Wroński, *Zamieszanie po rządowej deklaracji o przyjęciu uchodźców*, „Gazeta Wyborcza” z 11–12 lipca 2015 r., ab/ka/en, „Powinniśmy być przygotowani na przyjęcie uchodźców ze Wschodu”. „Nie ma żadnych zagrożeń, to mają być chrześcijanie”, informacja z 20 lipca 2015 r., <http://www.tvp.info/20906240/powinnismy-byc-przygotowani-na-przyjecie-uchodzcow-ze-wschodu-nie-ma-zadnych-zagrozen-to-maja-byc-chrzescijanie>, stan na: 5.9.2015 i PAP/asop, *Polityka migracyjna. Wiemy, ile Polska dostanie z Brukseli pieniędzy*, informacja PAP z 10 sierpnia 2015 r., <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1487108.Polityka-migracyjna-Wiemy-ile-Polska-dostanie-z-Brukseli-pieniedzy> [dostęp: 27.08.2015].

⁵¹ Art. 86a w zw. z art. 2 lit 9d ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dodany wraz z wejściem w życie w dniu 1 stycznia 2012 r. art. 14 punkt 23 ustawy z dnia 28 lipca 2011 r. o zalegalizowaniu pobytu niektórych cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i ustawy o cudzoziemcach (Dz.U. 2011 Nr 191, poz. 1133). O relokacji do Polski osób poszukujących ochrony na Malcie w: Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji, *Uzasadnienie do projektu ustawy o zalegalizowaniu pobytu niektórych cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i ustawy o cudzoziemcach (wersja do rozpatrzenia przez Radę Ministrów)*, s. 7, http://www.udsc.gov.pl/files/prawo/projekty_ustaw/uzasadnienie.pdf [dostęp: 10.07.2012].

migracyjna w basenie M. Śródziemnego. Dyskusje koncentrowały się na potencjalnym zagrożeniu dla bezpieczeństwa i porządku państwa⁵², fiasku multikulturalizmu⁵³, moralnym obowiązku wsparcia osób, które są prześladowane i wskazywaniu, że Polska ma obowiązek odwzajemnienia pomocy⁵⁴ i że może jej udzielić w oparciu o zasadę dobrowolności „na poziomie zgodnym z aktualnymi możliwościami [krajowego] systemu azylowego, recepcyjnego i integracyjnego”⁵⁵.

⁵² Tak np. pl/jk, *Wróbel: imigrantów z Afryki trzeba dokładnie sprawdzić. To mogą być islamisci*, informacja z 11 lipca 2015 r., <http://www.tvp.info/20805422/wrobel-imigrantow-z-afryki-trzeba-dokladnie-sprawdzic-to-moga-byc-islamisci> [dostęp: 5.09.2015] oraz M. Kamieniecki, *Unia budowniczym zagrożenia terrorystycznego*, informacja z 25 sierpnia 2015 r., <http://www.naszdziennik.pl/polska-kraj/142635.unia-budowniczym-zagrozenia-terrorystycznego.html> [dostęp: 5.09.2015]. O dominacji w polskim dyskursie politycznym przeświadczenia o zagrożeniu, jakie towarzyszy imigracji w: M. Lesińska, *Wnioski*, [w:] A. Górny, I. Grabowska-Lusińska, M. Lesińska, M. Okólski (red.), *Transformacja nieoczywista. Polska jako kraj imigracji*, Warszawa 2010, s. 122–123.

⁵³ M. Leciak, *Konflikty...*, s. 114. O genezie multikulturalizmu i definicji tego terminu Ibidem, s. 113–14. Akcentowano, że „zamachy w Madrycie i Londynie, zabójstwo kontrowersyjnego dziennikarza i reżysera (...) w Holandii, wystąpienia imigrantów we Francji w 2005 r., a także protesty muzyłmanów w Danii (...) spowodowały zmianę podejścia do kwestii integracji obywateli państw trzecich, zwłaszcza tych pochodzących z odmiennych kręgów kulturowych”. B. Mikołajczyk, *Integracja obywateli państw trzecich w Unii Europejskiej – nowe tendencje i wyzwania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, Zeszyt 2, s. 160.

⁵⁴ W. Wilk, *Będziemy mieli więcej uchodźców w Polsce*, informacja z 13 lipca 2015 r., <http://www.rp.pl/artukul/1215225.html> [dostęp: 25.08.2015], mar/mmt, *Naszym obowiązkiem jest pomóc uchodźcom z Syrii*, informacja z 2 czerwca 2015 r., <https://radiogdansk.pl/index.php/wydarzenia/item/25368-naszym-obowiazkiem-jest-pomoc-uchodzcom-z-syrii.html> [dostęp: 5.09.2015], dżek, *Fuszara: liczę, że uchodźców przyjmijemy gościnnie, niezależnie od ich religii. Trzeba się przyzwyczajać do wielokulturowości*, informacja PAP z 22 sierpnia 2015 r., <http://www.tokfm.pl/Tokfm/1,130517,18610318,fuszara-licze-ze-uchodzcow-przyjmijemy-goscinnie-niezaleznie.html> [dostęp: 5.09.2015]. Podobna debata toczyła się na Słowacji. Por. fil/ja, *Słowacja informowała, że przyjmie tylko chrześcijan. Teraz prostuje*, informacja PAP z 20 sierpnia 2015 r., <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiate,2/slowacja-prostuje-uchodzcy-z-krajow-muzulmanskich-moga-byc-przyjeci,570327.html> [dostęp: 5.09.2015].

⁵⁵ Stanowisko Rady Ministrów za: Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, *Opinia w sprawie wniosku dotyczącego decyzji Rady wprowadzającej środki przejściowe w dziedzinie ochrony międzynarodowej na korzyść Włoch i Grecji (COM(2015) 286 final) przekazana pismem numer BAS-WASGiPU/WAPEiM-1425/15 z dnia 3 sierpnia 2015 r. do Pani Poseł Agnieszki Pomaski, Przewodniczącej Komisji do Spraw Unii Europejskiej*, s. 4, <http://orka.sejm.gov.pl/SUE7.nsf/Pliki-zal/1425-15.doc/%24File/1425-15.doc> [dostęp: 5.08.2015]. Por. *Polska chce sama decydować, ilu uchodźców przyjmie*, informacja PAP z 16 czerwca 2015 r., http://www.superstacja.tv/Wiadomosc/Polska_Chee_Sama_Decydowac_Ilu_Uchodzcow_Przyjmie,1453196/Swiat/ [dostęp: 27.08.2015] oraz J. Bielecki, *Przymusowa gościnność*, „Rzeczpospolita” z 31 sierpnia 2015 r., Nr 202 (10231), s. A1. O dobrowolności debatowano także w Parlamencie Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej. Zob. European Union Committee of House of Lords, *Second Report on The United Kingdom opt-in to the proposed Council Decision on the relocation of migrants within the EU*, punkt 24, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/22/2203.htm> [dostęp: 5.09.2015]. Komisja Europejska oczekiwała ustanowienia systemu dzielenia się odpowiedzialnością, ustalającego państwo przyjmujące zgodnie z ustalonymi zasadami (klucz redystrybucji oparto na: PKB, liczbie ludności, stopie bezrobocia oraz liczbie osób ubiegających się w przeszłości o azyl i przesiedlonych w przeszłości uchodźców). Por. Komisja Europejska, *Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie Europejskiego programu w zakresie migracji*, COM(2015) 240 final, Bruksela 13.5.2015 r., s. 5. Jest to dokument o charakterze strategicznym, wyznaczający spójne stanowisko w zakresie migracji, które stanowi podstawę działalności legislacyjnej i operacyjnej instytucji UE i agencji UE.

Zarysowany przez P. Singera dylemat dotyczący określania zasad przynależności do grupy społecznej (problem swój-obcy) oraz wynikającej z tego zasadności/ konieczności udzielenia wsparcia osobom należącym do tej grupy pozostaje zatem nierozwiązany⁵⁶. Słusznie zatem Stowarzyszenie Interwencji Prawnej oraz Poznańskie Centrum Praw Człowieka INP PAN pytały, „czy obawy, jakie pojawiają się w związku z obecnością uchodźców w Europie, w Polsce, powinny przeważać nad prawnym i moralnym charakterem zobowiązań, jakie wobec nich ponosimy?”⁵⁷. Podkreśla to, że problem imigracji jest jednym z najtrudniejszych wyzwań przed jakimi stoi UE.

IV. PODSUMOWANIE

Niepewność towarzyszącą zwiększającej się liczbie imigrantów trudno uznać za bezpodstawną, zwłaszcza w obliczu nagłaśnianych przez media incydentów i przestępstw z udziałem imigrantów i osób z pochodzeniem imigranckim. Nie dziwi więc, że problematyka imigracji budzi emocje społeczne, będąc istotnym elementem programów wyborczych⁵⁸. Stąd też zasadne jest aktywne prowadzenie kampanii informujących o różnych aspektach zjawiska imigracji, w szczególności podkreślających różnorodność przyczyn migracji (odróżnienie migrantów ekonomicznych od osób uciekających przed prześladowaniem), informujących o realnej skali imigracji⁵⁹ i przypominających, że prawo UE stanowiąc jest w drodze konsensusu (nie zawsze możliwe jest więc osiągnięcie celów narodowych)⁶⁰. Działania takie powinny być adresowane do ogółu społeczeństwa⁶¹ i do osób, które mogą upowszechniać wiedzę o migracjach i stymulować otwartą debatę (np. akcja adresowana do dziennikarzy).

Słusznie bowiem wskazuje K. Karsznicki, że „wpływ na formowanie się kultury prawnej ma nie tylko prawo, lecz także moralność i religia. W każdej społeczności normy z tych trzech sfer pozostają w obszarze wzajemnego oddziaływania”⁶². Konflikt ten występuje także w Polsce, co uwidoczniają m.in. zidentyfikowane przypadki wielożeństwa, małżeństw zawieranych pod przymusem i dokonywania uboju rytualnego⁶³. Stąd też wskazuje się m.in. na ujawniające się już na tym etapie problemy dotyczące „zmiany

⁵⁶ P. Singer, *Etyka praktyczna*, Warszawa 2003, s. 235 i n.

⁵⁷ Informacja prasowa dostępna na: <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=3d41b7fd29fc9b4ab18b63e1727b59b9eb5df1e2-d3> [dostęp: 29.07.2015].

⁵⁸ Tak np. w kontekście Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej w: P. Sadowski, *Imigracja do Zjednoczonego Królestwa po II Wojnie Światowej w świetle zmian brytyjskiego prawa o cudzoziemcach*, „Ius Novum” 2013, Nr 1, s. 163 i n. O sytuacji w Rosji w: M. Jaroszewicz, *Trendy...*, s. 55–56.

⁵⁹ Por. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Resolution 2069(2015)*..., punkt 6.5.1.

⁶⁰ Por. M. Duszczyk, M. Lesińska, *Europeizacja polskiej polityki migracyjnej i jej efekty*, [w:] A. Górny, I. Grabowska-Lusińska, M. Lesińska, M. Okólski (red.), *Transformacja nieoczywista. Polska jako kraj imigracji*, Warszawa 2010, s. 75.

⁶¹ Kampanię „Nie ma nielegalnych uchodźców” prowadzi Biuro UNHCR w Polsce (więcej informacji na: <http://www.youtube.com/embed/LsWqCxShbrl?ref=0>, stan na: 28.7.2015). Wydaje się jednak, że akcja ma ograniczony charakter.

⁶² K. Karsznicki, *Główne kultury prawne na świecie*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, Vol. 15, s. 76. Por. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2000, s. 44–52.

⁶³ M. Leciak, *Konflikty...*, s. 118.

podejścia do zachowań, od dawna praktykowanych przez przedstawicieli mniejszości religijnych i narodowych [,choć] w niektórych przypadkach uwzględnianie różnic kulturowych może wzbudzić sprzeciw, gdyż prowadzi do osłabienia prawnokarnej ochrony słabszych grup w ramach danej mniejszości kulturowej, zwłaszcza kobiet i dzieci”⁶⁴.

Równoległe z kampaniami informacyjnymi prowadzona powinna dyskusja dotycząca imigracji. Zderzenie opartych na faktach poglądów pozwala bowiem na konfrontację idei oraz odniesienie się do wartości i interesów. Wysłuchani powinni być zarówno zwolennicy wprowadzania ułatwień umożliwiających przyjazd do Polski większej liczbie imigrantów, jak i propagatorzy ograniczania imigracji (w zakresie, w jakim wprowadzenie ograniczeń dopuszczone jest przez prawo międzynarodowe).

BIBLIOGRAFIA

- Bielecki J., *Przymusowa gościnność*, „Rzeczpospolita” z 31 sierpnia 2015 r., Nr 202 (10231).
- Biszyta A., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej – stan kompatybilności czy konkurencyjności?*, „Przeгляд Prawa Konstytucyjnego” 2011, Nr 3.
- Bojarski J., *Ocena sytuacji w Polsce na progu zróżnicowania kulturowego społeczeństwa*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, Vol. 15.
- Borawska-Kędzińska E., Cybul P., Rowińska K., Sadowski P., Skiba A., *Report prepared in Activity 1.1 implemented under the aegis of the Twinning project "Support the State Migration Service for Strengthening of Migration Management in Armenia"*, Kosiel-Pajak M. (red.), Warsaw/Yerevan 2013, http://media.wix.com/ugd/baab96_1d2feb51acbc400b98374e1ffcfe5bed.pdf [dostęp: 5.09.2015].
- Borawska-Kędzińska E., Strąg K., *Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Część 2: Polityka wizowa, azylowa i imigracyjna*, Warszawa 2009, wyd. 1.
- Boswell C., Geddes A., Scholten P., *The Role of Narratives in Migration Policy-Making: A Research Framework*, „British Journal of Politics and International Relations” 2011, Vol. 13, Issue 1.
- Chlebny J., *Postępowanie w sprawie o nadanie status uchodźcy*, Warszawa 2011.
- Chrzanowska A., Klaus W. (red.), *Poza systemem. Dostęp do ochrony zdrowia nieudokumentowanych migrantów i cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową w Polsce*, Warszawa 2011.
- Dąbrowski P., *Cudzoziemiec niepożądany w polskim prawie o cudzoziemcach*, Warszawa 2011.
- Doczekalska A., *Interpretacja wielojęzycznego prawa Unii Europejskiej*, EPS, maj 2006.
- Duszczyk M., *Polityka imigracyjna Unii Europejskiej oraz swobodny przepływ pracowników – ewolucja i teraźniejszość*, Warszawa 2010/2011.
- Duszczyk M., Lesińska M., *Europeizacja polskiej polityki migracyjnej i jej efekty*, [w:] Górny A., Grabowska-Lusińska I., Lesińska M., Okólski M. (red.), *Transformacja nieoczywista. Polska jako kraj imigracji*, Warszawa 2010.
- Düvell F., *Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration*, „European Journal of Migration and Law” 2011, Vol. 13, Issue 3.
- Dyrektywa Rady 2001/55/WE z dnia 20 lipca 2001 r. w sprawie minimalnych standardów przyznawania tymczasowej ochrony na wypadek masowego napływu wysiedleńców oraz środków wspierających równowagę wysiłków między Państwami Członkowskimi związanych z przy-

⁶⁴ J. Bojarski, *Ocena...*, s. 24–25 i 35–36.

- jęciem takich osób wraz z jego następstwami, Dz.Urz. WE L 212 z 7.8.2001, s. 12, Polskie wydanie specjalne: Dz.Urz. UE Rozdział 19, Tom 004, s. 162.
- Dyrektywa Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl, Dz.Urz. UE L 31 z 6.2.2003, s. 18, Polskie wydanie specjalne: Dz.Urz. UE Rozdział 19, Tom 006, s. 101.
- Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony, Dz.Urz. UE L 304 z 30.9.2004, s. 12, Polskie wydanie specjalne: Dz.Urz. UE Rozdział 19, Tom 007, s. 96.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona), Dz.Urz. UE L 180 z 29.6.2013, s. 60.
- Gil-Bazo M.T., *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2008, Vol. 27, No. 3.
- González-Enríquez C., *Spain, the Cheap Model. Irregularity and Regularisation as Immigration Management Policies*, „European Journal of Migration and Law” 2009, Vol. 11, Issue 2.
- Gronowska B., *Czas a zobowiązania materialne państw-Stron EKPCz – zarys problemu*, EPS, sierpień 2014.
- Gronowska B., *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawa drugiej generacji – kilka refleksji o zacieraniu granic*, EPS, wrzesień 2013.
- Gronowska B., *Europejski Trybunał Praw Człowieka – w poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011.
- Jaroszewicz M., *Trendy ogólne*, [w:] Łobaszewska A., Kazimierska K. (red.), *Wyzwania migracyjne w państwach wschodniego sąsiedztwa Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
- Kalisz A., *Wykładnia prawa Unii Europejskiej*, [w:] Barcz J. (red.), *Unia Europejska. System prawny, porządek instytucjonalny, proces decyzyjny*, Warszawa 2009.
- Karsznicki K., *Główne kultury prawne na świecie*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, Vol. 15.
- Klaus W., Chrzanowska A., *Integracja i pomoc społeczna wobec uchodźców w Polsce. Wyniki badań aktowych*, „Analizy, Raporty, Ekspertyzy Stowarzyszenia Interwencji Prawnej” 2007, Nr 8.
- Kenig-Witkowska M.M., *Problematyka „uchodźców środowiskowych” w prawie międzynarodowym*, PiP 2013, Nr 10.
- Konieczna N., *Unia Europejska – wielojęzyczny problem?*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2013, Nr 2.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284, z późn. zm.
- Leciak M., *Konflikty międzykulturowe w Polsce w ujęciu prawnokarnym – próba diagnozy problemu*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, Vol. 15, s. 111.
- Lesińska M., *Wnioski*, [w:] Górný A., Grabowska-Lusińska I., Lesińska M., Okólski M. (red.), *Transformacja nieoczywista. Polska jako kraj imigracji*, Warszawa 2010.
- Levinson A., *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Oxford 2005.
- Mikołajczyk B., *Integracja obywateli państw trzecich w Unii Europejskiej – nowe tendencje i wyzwania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, Zeszyt 2.
- Morawski L., *Wstęp do prawnoznawstwa*, Toruń 2000.
- Political Games*, „European Journal of Migration and Law” 2011, Vol. 13, Issue 3.
- Karta Praw Podstawowych z 2012 r., Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 391.

- Konwencja genewska dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., Dz.U. 1991 Nr 119, poz. 515 i 517.
- Komisja Europejska, Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na temat stosowania Dyrektywy 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich, KOM(2010) 465 wersja ostateczna, Bruksela 8.9.2010.
- Komisja Europejska, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Globalne podejście do kwestii migracji i mobilności, KOM(2011) 743 wersja ostateczna, Bruksela 18.11.2011.
- Komisja Europejska, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie Europejskiego programu w zakresie migracji, COM(2015) 240 final, Bruksela 13.5.2015 r.
- Komisja Europejska, Wniosek Komisji Europejskiej w sprawie Decyzji Rady wprowadzającej środki przejściowe w dziedzinie ochrony międzynarodowej na korzyść Włoch i Grecji, COM(2015) 286 final, Bruksela 27.5.2015 r.
- Opinia Trybunału w sprawie przystąpienia Wspólnoty do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 28 marca 1996 r. (opinia 2/94, ECR 1996, s. I-1759, polska wersja językowa dostępna na: http://curia.europa.eu/arrets/TRA-DOC-PL-AVIS-C-0002-1994-200407019-05_00.html [dostęp: 5.09.2015]).
- Opinia Trybunału w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 28 marca 1996 r. (opinia nr 2/13 z 18 grudnia 2014 r.)
- Osiejewicz J., *Ingerencja harmonizacyjna Unii Europejskiej w porządku prawnym państw członkowskich*, „Ius Novum” 2014, Nr 4.
- Rowińska K., Sadowski P., *Obywatelstwo UE dzieci imigrantów jako przesłanka do legalizacji pobytu ich rodziców*, oczekuje na publikację.
- Sadowski P., *Zwalczanie nielegalnej migracji na przykładzie działań podejmowanych w ramach Procesu Praskiego, prezentacja podczas Konferencji „Rola Polski w regionalnych konsultacjach Procesu Praskiego” zorganizowanej 20 maja 2015 r. w Warszawie przez Polski Instytut Spraw Międzynarodowych oraz Ministerstwo Spraw Wewnętrznych* (oczekuje na publikację).
- Sadowski P., *Udzielanie ochrony międzynarodowej a zwalczanie nielegalnej migracji w prawie UE*, Toruń 2014, niepublikowana praca doktorska.
- Sadowski P., *Imigracja do Zjednoczonego Królestwa po II Wojnie Światowej w świetle zmian brytyjskiego prawa o cudzoziemcach*, „Ius Novum” 2013, Nr 1.
- Sadowski P., *Capacity building in a field of migration: the cases of Moldova and Georgia*, „Web Journal of Current Legal Issues” 2012, No. 1, <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/2012/issue1/sadowski1.html> [dostęp: 28.07.2015].
- Sadowski P., *Wpływ poszerzenia kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na rozwój europejskiej polityki migracyjnej*, [w:] Garnuszek A., Sosnowski P. (red.), *Rola Trybunałów i Doktryny w Prawie Międzynarodowym*, Warszawa 2010.
- Singer P., *Etyka praktyczna*, Warszawa 2003.
- Szklanna A., *Ochrona prawna cudzoziemca w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2010.
- ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, t.j. Dz.U. 2012, poz. 680, z późn. zm.
- ustawa z dnia 28 lipca 2011 r. o zalegalizowaniu pobytu niektórych cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i ustawy o cudzoziemcach (Dz.U. 2011 Nr 191, poz. 1133).
- ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, Dz.U. 2013, poz. 1650, z późn. zm.

- ustawa z dnia 27 listopada 2008 r. o uchodźcach i azyl, [uhttp://smsmta.am/upload/2-law-eng.pdf](http://smsmta.am/upload/2-law-eng.pdf) [dostęp: 4.08.2015].
- wyrok ETPCz z 25 kwietnia 1978 r. w sprawie Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (skarga nr 5856/72).
- wyrok ETPCz z 9 października 2003 r. w sprawie Silvenko przeciwko Łotwie (skarga nr 48321/99).
- wyrok ETPCz z 27 października 2005 r. w sprawie Keles przeciwko Niemcom (skarga nr 32231/02).
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 marca 1977 r. w sprawie C-80/76 North Kerry Milk Products przeciwko Minister for Agriculture, Zb.Orz. 1977, s. 0425.
- wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 27 lutego 1986 r. w sprawie C-238/84 Postępowanie karne przeciwko Hans Röser.
- wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 marca 2011 r. w sprawie C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano przeciwko Office national de l'emploi (ONEm).
- Vollmer B.A., *Policy Discourses on Irregular Migration in the EU – Number Games and Political Games*, „European Journal of Migration and Law” 2011, Vol. 13, Issue 3, s. 317 i n.
- Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Resolution 2069(2015) on recognising and preventing neo-racism adopted by the Assembly on 26 June 2015 (27th Sitting)*.

Źródła internetowe

- Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, Opinia w sprawie wniosku dotyczącego decyzji Rady wprowadzającej środki przejściowe w dziedzinie ochrony międzynarodowej na korzyść Włoch i Grecji (COM(2015) 286 final) przekazana pismem numer BAS-WASGiPU/WAPEiM-1425/15 z dnia 3 sierpnia 2015 r. do Pani Poseł Agnieszki Pomaski, Przewodniczącej Komisji do Spraw Unii Europejskiej, s. 4, <http://orka.sejm.gov.pl/SUE7.nsf/Pliki-zal/1425-15.doc/%24File/1425-15.doc> [dostęp: 5.08.2015].
- Biuro UNHCR w Polsce, Kampania „Nie ma nielegalnych uchodźców”, <http://www.youtube.com/embed/LsWqCxShbrl?ref=0> [dostęp: 28.07.2015].
- European Union Committee of House of Lords, *Second Report on The United Kingdom opt-in to the proposed Council Decision on the relocation of migrants within the EU*, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/22/2203.htm> [dostęp: 5.09.2015].
- European Commission – Directorate-General for Research, *Moving Europe: EU research on migration and policy needs*, Brussels 2009.
- Frankel G., *British Seek Egyptian-Born Chemist In Connection With London Attacks*, informacja z 15 lipca 2005 r., <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/14/AR2005071400535.html> [dostęp: 5.09.2015].
- Fuszara: liczę, że uchodźców przyjmimy gościnnie, niezależnie od ich religii. Trzeba się przyzwyczajać do wielokulturowości, informacja PAP z 22 sierpnia 2015 r., <http://www.tokfm.pl/Tokfm/1,130517,18610318,fuszara-licze-ze-uchodzcow-przyjmujemy-goscinnie-niezaleznie.html> [dostęp: 5.09.2015].
- Goodman A., *7 charged with aiding Madrid train bombers*, informacja z 2 listopada 2009 r., <http://edition.cnn.com/2009/WORLD/europe/11/02/spain.madrid.bombing/index.html?iref=24hours> [dostęp: 5.09.2015].
- Kamieniecki M., *Unia budowniczym zagrożenia terrorystycznego*, informacja z 25 sierpnia 2015 r., <http://www.naszdziennik.pl/polska-kraj/142635,unia-budowniczym-zagrozenia-terrorystycznego.html> [dostęp: 5.09.2015].
- Malone B., *Why Al Jazeera will not say Mediterranean 'migrants'*, informacja z 20 sierpnia 2015 r., <http://www.aljazeera.com/blogs/editors-blog/2015/08/al-jazeera-mediterranean-migrants-150820082226309.html> [dostęp: 5.09.2015].

- Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji, *Uzasadnienie do projektu ustawy o zalegalizowaniu pobytu niektórych cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i ustawy o cudzoziemcach (wersja do rozpatrzenia przez Radę Ministrów)*, http://www.udsc.gov.pl/files/prawo/projekty_ustaw/uzasadnienie.pdf [dostęp: 10.07.2012].
- Naszym obowiązkiem jest pomóc uchodźcom z Syrii*, informacja z 2 czerwca 2015 r., <https://radiogdansk.pl/index.php/wydarzenia/item/25368-naszym-obowiazkiem-jest-pomoc-uchodzcom-z-syrii.html> [dostęp: 5.09.2015].
- Państwowa Inspekcja Pracy, *Sprawozdanie z działalności Państwowej Inspekcji Pracy w 2014 r.*, Warszawa 2015, <http://www.pip.gov.pl/pl/f/v/133794/sprawozdanie%202014.pdf> [dostęp: 26.08.2015].
- Polityka migracyjna. Wiemy, ile Polska dostanie z Brukseli pieniędzy*, informacja PAP z 10 sierpnia 2015 r., <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1487108.Polityka-migracyjna-Wiemy-ile-Polska-dostanie-z-Brukseli-pieniedzy> [dostęp: 27.08.2015].
- Polska chce sama decydować, ilu uchodźców przyjmie*, informacja PAP z 16 czerwca 2015 r., http://www.superstacja.tv/Wiadomosc/Polska_Chee_Sama_Decydowac_Ilu_Uchodzcow_Przyjmie.1453196/Swiat/ [dostęp: 27.08.2015].
- „Powinniśmy być przygotowani na przyjęcie uchodźców ze Wschodu”*. „Nie ma żadnych zagrożeń, to mają być chrześcijanie”, informacja z 20 lipca 2015 r., <http://www.tvp.info/20906240/powinnismy-byc-przygotowani-na-przyjecie-uchodzcow-ze-wschodu-nie-ma-zadnych-zagrozen-to-maja-byc-chrzescijanie> [dostęp: 5.09.2015].
- Protest głodowy w ośrodkach dla uchodźców, a los nielegalnych imigrantów nikogo nie obchodzi*, informacja z 23 października 2012 r., <http://natemat.pl/36515.protest-glodowy-w-osrodkach-dla-uchodzcow-a-los-nielegalnych-imigrantow-nikogo-nie-obchodzi> [dostęp: 5.09.2015].
- (P)rzeczywistość*, „Biuletyn Migracyjny”, grudzień 2014.
- Przemysłowcy zatrzymani w Polsce i w Niemczech*, informacja z 3 lutego 2014 r., <http://www.tvp.info/13867765/twoje-info/przemyslownicy-ludzi-zatrzymani-w-polsce-i-w-niemczech/> [dostęp: 5.09.2015].
- Rozwadowska A., *Duszczyk: W Polsce będzie więcej pracy niż chętnych. Masowa imigracja do Polski? Nie wierzę*, informacja z 20 sierpnia 2015 r., <http://wyborcza.biz/biznes/1,100896,18596143,duszczyk-w-polsce-bedzie-wiecej-pracy-niz-chetnych-masowa.html> [dostęp: 5.09.2015].
- Słowacja informowała, że przyjmie tylko chrześcijan. Teraz prostuje*, informacja PAP z 20 sierpnia 2015 r., <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/slowacja-prostuje-uchodzcy-z-krajow-muzulmanskich-moga-byc-przyjeci,570327.html> [dostęp: 5.09.2015].
- Stowarzyszenie Interwencji Prawnej oraz Poznańskie Centrum Praw Człowieka INP PAN, informacja prasowa dostępna na: <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=3d41b7fd29fc9b4ab18b63e1727b59b9eb5df1e2-d3> [dostęp: 29.07.2015].
- Szef MSW: w ośrodkach dla cudzoziemców będzie mniejszy reżim*, informacja z serwisu LEX z 14 grudnia 2012 r., <http://www.lex.pl/czytaj/-artykul/szef-msw-w-osrodkach-dla-cudzoziemcow-bedzie-mniejszy-rezim> [dostęp: 5.09.2015].
- Świecko: chcieli nielegalnie przekroczyć granicę*, informacja z 21 września 2012 r., <http://www.tvp.info/8583440/twoje-info/swiecko-chcieli-nielegalnie-przekroczyc-granice/> [dostęp: 5.09.2015].
- Urząd do Spraw Cudzoziemców, informacje statystyczne dostępne na: <http://udsc.gov.pl>, [dostęp: 31.07.2015].
- Urząd do Spraw Cudzoziemców, Kampania „Polska. Tu mieszkam”, <http://cudzoziemcy.gov.pl/> [dostęp: 30.08.2015].

- Wilk W., *Będziemy mieli więcej uchodźców w Polsce*, informacja z 13 lipca 2015 r., <http://www.rp.pl/artykul/1215225.html> [dostęp: 25.08.2015].
- Wroński P., *Zamieszczanie po rządowej deklaracji o przyjęciu uchodźców*, „Gazeta Wyborcza” z 11–12 lipca 2015 r.
- Wróbel: *imigrantów z Afryki trzeba dokładnie sprawdzić. To mogą być islamiści*, informacja z 11 lipca 2015 r., <http://www.tvp.info/20805422/wrobel-imigrantow-z-afryki-trzeba-dokladnie-sprawdzic-to-moga-byc-islamisci> [dostęp: 5.09.2015].
- Żywiec. *Napisali na murze: Spalimy uchodźców. Jest śledztwo*, informacja z 24 sierpnia 2015 r., <http://bielskobiala.gazeta.pl/bielskobiala/1,88025,18618107,zywiec-napisali-na-murze-spalimy-uchodzcow-jest-sledztwo.html#BoxLokKrakLink> [dostęp: 24.08.2015].

PRAWNE, POLITYCZNE I SPOŁECZNE KONSEKWENCJE ROZDŹWIĘKU MIĘDZY UZUSEM A DEFINICJAMI ZAWARTYMI W TEKSTACH PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH IMIGRACJI

Streszczenie

Celem artykułu jest wykazanie (na podstawie przykładów przekazów medialnych), że uzus dotyczący migracji pozostaje w sprzeczności z definicjami ujętymi w międzynarodowych i krajowych aktach prawnych. Analiza tego problemu jest zasadna m.in. z uwagi na codzienne informacje o kolejnych imigrantach, którzy zatonęli na Morzu Śródziemnym oraz o tych, którzy po dotarciu do Włoch i Grecji przygotowują się do dalszej drogi. Zastosowana w artykule ograniczona metoda dogmatyczno-prawna pozwala na podjęcie próby nakreślenia przyczyn problemów w zapewnieniu spójnej interpretacji przepisów, a socjologia prawa stanowi podstawę do zbadania, czy zwiększona presja migracyjna na Europę wzmacnia negatywne postrzeganie imigrantów. Badanie wykazało bowiem, że istotnym novum jest prowadzenie powszechnej dyskusji dotyczącej imigracji także w krajach tranzytowych, w tym w Polsce. Stąd też rekomendowane jest zorganizowanie obiektywnych kampanii informujących m.in. o polskim i europejskim prawie imigracyjnym i skali imigracji do Polski.

Słowa kluczowe: *imigracja, uchodźcy, ksenofobia, prawa człowieka, polityki imigracyjne Unii Europejskiej i Polski*

LEGAL, POLITICAL AND SOCIAL CONSEQUENCES OF THE CONFLICT BETWEEN THE ADOPTED PRACTICE AND THE DEFINITIONS LAID DOWN IN LEGAL TEXTS ON IMMIGRATION

Summary

The article aims to point out (based on examples from media reports) that the adopted practice in relation to migration is in conflict with the definitions laid down in international and domestic legal acts. The analysis of the problem is necessary inter alia because of everyday information on successive immigrants who drowned in the Mediterranean and those who having reached Italy or Greece are preparing to continue their journey. A limited dogmatic and legal method used in the article allows for making an attempt to describe the reasons of the problems with

coherent interpretation of regulations, and sociology of law gives grounds for examining whether the increased migration pressure on Europe strengthens negative perception of immigrants. The research shows that public discussion on immigration, also in transit countries, including Poland, is an important change. Thus, it is recommended that objective campaigns informing about Polish and European migration law and the scale of immigration to Poland should be organized.

Key words: immigration, refugees, xenophobia, human rights, immigration policies of the European Union and Poland

O POJĘCIU ODPADÓW W ROZUMIENIU USTAWY Z DNIA 14 GRUDNIA 2012 ROKU

DARIA DANECKA

W dniu 23 stycznia 2013 r. doszło do znaczącej zmiany stanu prawnego, dotyczącego gospodarki odpadami. Weszła w życie nowa ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach¹. Została ona uchwalona przede wszystkim w związku z koniecznością implementacji dyrektywy 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy². Termin jej transpozycji upłynął 12 grudnia 2010 roku. Wobec niedostosowania polskiego prawa do przepisów prawa unijnego, Komisja Europejska 26 czerwca 2012 roku wniosła skargę przeciwko Polsce, żądając m.in. nałożenia kary pieniężnej w wysokości 67 314,24 EUR za każdy dzień zwłoki w transpozycji przepisów dyrektywy. Uchwalenie nowej ustawy „uchroniło” Polskę przed tak dotkliwą karą³.

Nowa ustawa o odpadach składa się z 253 artykułów. Część jej rozwiązań stanowi powtórzenie przewidzianych ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 roku⁴. Przedmiotem niniejszego opracowania są rozważania na temat pojęcia odpadów, ponieważ właśnie poprawna identyfikacja „odpadów” ma kluczowe znaczenie i ogromną wartość praktyczną. Tylko wówczas możliwe jest poprawne zastosowanie przepisów prawa regulujących postępowanie z odpadami.

¹ Dz.U. z 2015 r., poz. 87, 122. Dalej „u.odp.2012”.

² Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy, Dz. Urz. UE L 312 z 22.11.2008, str. 3.

³ Informacje pozyskane ze źródeł internetowych, <http://portalprocesowy.pl/>, dostępny dnia 28 czerwca 2013 r.

⁴ Dz.U. z 2001 r. Nr 62, poz. 628

1. EWOLUCJA POJĘCIA „ODPADÓW”

Po raz pierwszy pojęcie „odpad” zdefiniowane zostało w ustawie z dnia 31 stycznia 1980 r.⁵ Zgodnie z treścią art. 3 pkt 5 odpadami były zużyte przedmioty oraz substancje stałe, a także niebędące ściekami substancje ciekłe, powstające w związku z bytowaniem człowieka lub działalnością gospodarczą, nieprzydatne w miejscu lub czasie, w którym powstały, i uciążliwe dla środowiska. Ówczesna definicja opierała się na dwóch kryteriach „nieprzydatności” i „uciążliwości”. Jak zauważono w nauce, pierwsze kryterium odnosiło się do miejsca lub czasu powstania odpadów, a zamieszczony w definicji wyraz „lub” prowadził do wniosku, że zużyte przedmioty lub substancje były odpadami w znaczeniu prawnym, tylko wówczas, gdy: były nieprzydatne w miejscu i czasie powstania; były nieprzydatne w miejscu powstania, aczkolwiek były przydatne w czasie powstania; bądź były nieprzydatne w czasie powstania, aczkolwiek były przydatne w miejscu powstania. „Wobec tego zużyte przedmioty lub substancje nie były odpadami zawsze i tylko, gdy były przydatne w miejscu i czasie powstania”⁶. W odniesieniu do drugiego kryterium, należy stwierdzić, że definicja odpadów nie wskazywała na określone „uciążliwości”, z czego wynikało, iż każdy odpad był uciążliwy z samego faktu bycia odpadem. Trzeba zważyć na fakt, że kryterium „przydatności” jest zawodne, bowiem jakaś substancja lub przedmiot może okazać się przydatna tylko „raz na jakiś czas”, w pozostałym czasie jest nieprzydatna, zajmuje miejsce. Patrząc przez pryzmat owej definicji powinniśmy uznać daną substancję bądź przedmiot za odpad w czasie jej nieprzydatności. Jak widać, rozwiązanie zamieszczone w wyżej wskazanej ustawie nie umożliwiało identyfikacji odpadów, nie pozwalało na odróżnienie przedmiotów bądź substancji będących odpadami od tych, które nimi nie były.

Przez kilkanaście lat przepisy powyższej ustawy, wraz z rozporządzeniem wykonawczym w sprawie ochrony środowiska przed odpadami i innymi zanieczyszczeniami oraz utrzymania czystości i porządku w miastach i wsiach⁷ były jedynymi rozwiązaniami regulującymi postępowania z odpadami. Dopiero ustawa z dnia 3 kwietnia 1993 r.⁸, po raz pierwszy wprowadziła do naszego prawa pojęcie odpadów niebezpiecznych, zdefiniowanych jako odpady, które ze względu na swoje pochodzenie, skład chemiczny, biologiczny, inne właściwości lub okoliczności stanowią zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego lub środowiska przyrodniczego. Objęte one były listą Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa⁹.

W trakcie obowiązywania ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska z 1980 roku Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) wydał rozstrzygnięcia, które miały zna-

⁵ Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r., o ochronie i kształtowaniu środowiska, Dz.U. Nr 3, poz. 6, tekst jedn. Dz.U. z 1994 r. Nr 49, poz. 196 z późn. zm.

⁶ Zob. W. Radecki, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 21–22.

⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 września 1980 r., w sprawie ochrony środowiska przed odpadami i innymi zanieczyszczeniami oraz utrzymania czystości i porządku w miastach i wsiach, Dz.U. Nr 24, poz. 91 z późn. zm.

⁸ Ustawa z dnia 3 kwietnia 1993 r. o zmianie ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska oraz ustawy – Prawo wodne, Dz.U. Nr 40, poz. 183.

⁹ Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 3 sierpnia 1993 r. w sprawie ustalenia listy odpadów niebezpiecznych, Dz.U. Nr 76, poz. 362, objęło 106 rodzajów odpadów.

czący wpływ na przyszłe regulacje ustawowe. Niektóre z nich – ze względu na to, że kształtowały definicję odpadów – zasługują na przytoczenie.

W wyroku z dnia 16 lipca 1985 r., pojawił się problem, czy nadkład zdejmowany w kopalni odkrywkowej jest odpadem. NSA stanął na stanowisku, że: „nadkład zdejmowany przy budowie i eksploatacji kopalni odkrywkowej nie jest odpadem, za który ustala się opłaty zgodnie z art. 86 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie i kształtowaniu środowiska”¹⁰. Uzasadniając swoje stanowisko, NSA uznał, że nie da się sprecyzować pojęcia odpadu w kategoriach fizycznych, technologicznych i prawnych. Natomiast rozróżnienie wynikające z art. 54 ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska¹¹ pozwala na zakwalifikowanie nadkładu zdejmowanego w kopalni odkrywkowej do „innych materiałów uznanych za nieprzydatne do wykorzystania gospodarczego”, a nie do „odpadów”.

Z kolei w wyroku z dnia 7 lipca 1993 r. NSA orzekł w przedmiocie charakteru prawnego tymczasowo składowanych odchodów kurzych. Sąd postawił tezę, zgodnie z którą te same przedmioty lub substancje (również odchody zwierzęce) niekiedy będą mogły być traktowane jako odpady w rozumieniu przepisów o ochronie środowiska, innym razem zaś nie będzie można im nadać takiego charakteru¹². Jego zdaniem, zasadniczo odpadem w rozumieniu art. 3 pkt 5 ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska również są odchody kur i innych zwierząt gospodarskich, jeżeli nie zostaną wykorzystane w produkcji rolnej w cyklu produkcyjnym. Jednakże w przypadku, kiedy cała „produkcja” odchodów zwierzęcych byłaby wykorzystywana w działalności gospodarczej, tj. produkcji roślinnej, to trudno mówić o odpadach. Bowiem wówczas nawet tymczasowe ich składowanie jest istotą późniejszego ich zużycia jako nawozu i stanowi spełnienie zasad prawidłowej gospodarki.

1.1. POJĘCIE ODPADÓW W USTAWIE O ODPADACH Z 1997 ROKU

Ustawa z 1997 r. w art. 3 pkt 1 zdefiniowała odpady jako „wszystkie przedmioty oraz substancje stałe, a także nie będące ściekami substancje ciekłe powstałe w wyniku prowadzonej działalności gospodarczej lub bytowania człowieka i nieprzydatne w miejscu lub czasie, w którym powstały; za odpady uważa się również osady ściekowe”¹³. Definicja odpadów tak samo jak w ustawie o ochronie i kształtowaniu środowiska opierała się na kryterium „nieprzydatności”, jednakże usunięto kryterium „uciążliwości”. Ponadto ustawa wprowadziła odrębną definicję odpadów niebezpiecznych (art. 3 pkt 2) oraz odpadów komunalnych (art. 3 pkt 3). Odpady, zgodnie z art. 6 ust. 1, podlegały klasyfikacji w zależności od źródeł powstawania, stopnia uciążliwości bądź stwarzania zagrożeń dla życia lub zdrowia ludzi oraz dla środowiska. Klasyfikację odpadów, z wyodrębnieniem odpadów niebezpiecznych określał Minister właściwy do spraw środowiska po zasięgnięciu opinii Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

¹⁰ Wyrok NSA z dnia 16 lipca 1985 r., III SA 324/84, OSPiKA 1986, z. 7–8, poz. 137.

¹¹ Art. 54 ust. 1 zakładał, iż: „Odpady, których nie można wykorzystać gospodarczo, likwiduje się lub unieszkodliwia, gromadzi albo wylewa w miejscach wyznaczonych na ten cel w planach zagospodarowania przestrzennego, w sposób zapewniający ochronę środowiska”.

¹² Wyrok NSA z dnia 7 lipca 1993 r., IV SA 1713/92, ONSA 1994, nr 3 poz. 108.

¹³ Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r., o odpadach, Dz.U. z 1997 r., Nr 96 poz. 592 z późn. zm.

Na uwagę zasługują także dwa – właściwie sprzeczne ze sobą – stanowiska NSA, wypowiedziane pod rządami omawianej w tym punkcie ustawy. W wyroku z dnia 19 lipca 1999 roku przyjęto, że „uszkodzony pojazd samochodowy może być uznany za odpad (...), jeśli ze względu na zakres i charakter uszkodzeń (stopień zużycia) nie jest możliwe przywrócenie jego stanu technicznego do stanu umożliwiającego dopuszczenie do ruchu drogowego”¹⁴. Uzasadniając tę ocenę Sąd przyjął, że „decydujące dla uznania określonego przedmiotu za „odpad” kryterium „nieprzydatności w miejscu lub w czasie” winno być pojmowane w sposób obiektywny”. Z kolei w wyroku z 30 maja 2000 r., NSA stwierdził, że „pojazd który na skutek wypadku nie nadaje się do dalszego wykorzystania i został wycofany z eksploatacji, traktowany być musi jako odpad. Natomiast okoliczność, że pojazd ten, po przeprowadzeniu stosownego remontu i usunięciu uszkodzeń, będzie mógł być ponownie dopuszczony do ruchu i wykorzystania, nie może mieć wpływu na jego kwalifikację prawną jako odpadu przed dokonaniem takiego remontu. Nie wyklucza to jednak obrotu (importu lub eksportu) tego typu odpadami, gdyż odpady te są w świetle prawa traktowane jako towar. Jednakże uwzględniając specyfikę odpadu jako towaru, obrót odpadami poddany został szczególnej reglamentacji prawnej, także ze względu na wymaganie ochrony środowiska”¹⁵.

1.2. POJĘCIE ODPADÓW W USTAWIE O ODPADACH Z 2001 ROKU

Definicja odpadów zamieszczona w art. 3 ust. 1 tej ustawy zakładała, że odpadami są: każda substancję lub przedmiot należący do jednej z kategorii, określonych w załączniku nr 1 do ustawy, których posiadacz pozbywa się, zamierza pozbyć się lub do ich pozbycia się jest obowiązany. Jak widać definicja ta nie opierała się już – tak jak do tej pory – na kryterium „nieprzydatności”, lecz na kryterium przynależności do jednej z kategorii określonej w załączniku 1 do ustawy, których jednak posiadacz albo pozbywa się, albo zamierza się pozbyć lub też do których pozbycia się jest obowiązany. Ustawa nawiązywała do dyrektywy ramowej¹⁶. Jednakże załącznik do ustawy, na który powoływał się ustawodawca, wprawdzie wyliczał kategorię odpadów, lecz to wyliczenie miało charakter otwarty. Świadczyła o tym kategoria Q16, obejmująca wszystko inne nieujęte w kategoriach Q1–Q15. Dokonano tam jedynie klasyfikacji odpadów, co nie znaczyło, że każdy przedmiot bądź substancja spośród wymienionych w tym załączniku zawsze było odpadem. Zatem załącznik ten nie dawał jednoznacznej odpowiedzi na to, co jest odpadem, a co nim nie jest. Przykładowo Rzecznik Generalny Niila Jääskinen w opinii z dnia 18 czerwca 2013 roku w sprawie połączonej C-241/12 i C-242/12, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV i Belgian Shell, stwierdziła, że wykazy (w załączniku I do dyrektywy 2006/12) mają charakter otwarty oraz „jedynie instrukcyjny, a klasyfikacja odpadów powinna być wywnioskowana w głównej mierze z zachowania posiadaczy oraz znaczenia terminu „usuwać”¹⁷. Przyjmuje się, że trudności związane z definicją odpadu, wiążą się

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 19 lipca 1999 r., I SA/Ka 2252/98, CBOSA.

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 30 maja 2000 r., I SA/Ka 2268/98, CBOSA.

¹⁶ Dyrektywa Rady 91/156/EWG z dnia 18 marca 1991 zmieniająca Dyrektywę 75/442/EWG w sprawie odpadów.

¹⁷ Opinia Rzecznika Generalnego Niila Jääskinen z dnia 18 czerwca 2013 roku w sprawie połączonej C-241/12 i C-242/12, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV i Belgian Shell, <http://eur-lex>.

z brakiem odpowiedniego kryterium pozwalającego wyróżnić taką kategorię substancji i przedmiotów¹⁸. Zdaniem W. Radeckiego rozstrzyga o tym termin „**pozbywanie się**”, którego ustawodawca jednak nie zdefiniował. Słowniki definiują czasownik „pozbyć się”, „pozbywać się” jako „oddalić, odsunąć kogoś lub coś od siebie, uwolnić się od kogoś lub czegoś”¹⁹. Z kolei w innym słowniku znajdujemy wyjaśnienie, że: „Jeśli pozbyliśmy się czegoś niepotrzebnego lub niepożądanego, to zrobiliśmy coś, aby tego nie mieć lub nie odczuwać”²⁰. Według W. Radeckiego „pozbycie się” może być działaniem faktycznym, zamierzonym lub nakazanym. Może być ono zgodne z prawem (np. przekazanie do odzysku lub unieszkodliwienia), bądź sprzeczne z prawem i karalne (np. porzucenie w lesie lub podrzucenie sąsiadowi), ale we wszystkich wariantach jest to pozbywanie się w rozumieniu art. 3 ust. 1²¹. Jego zdaniem umieszczenie przedmiotu w pojemniku na odpady, przekazanie (nawet odpłatne) firmie specjalizującej się w odbiorze odpadów albo porzucenie (aczkolwiek jest to nielegalne) są zachowaniami świadczącymi o zamiarze „pozbycia się”. Innymi słowy, przedmiot staje się odpadem, gdy posiadacz nie znajduje dla niego żadnego zastosowania lub nie potrafi go wskazać²². Natomiast M. Górski – biorąc pod uwagę ogólne cele postępowania z odpadami – ochronę życia i zdrowia ludzi oraz środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju – a także na zasady ustawy – Prawo ochrony środowiska²³ – opowiedział się za indywidualizowaniem pojęcia „pozbycia się” przyjmując, że w sytuacji wątpliwości, czy dany przedmiot jest odpadem wskutek zmiany sposobu jego „użytkowania” (w sensie korzystania), a potencjalnie możliwe byłoby negatywne oddziaływanie tego sposobu „użytkowania” na człowieka lub środowisko, należałoby uznać dany przedmiot za odpad. Uznanie takie – jego zdaniem – pozwala na poddanie sposobu „użytkowania” prewencyjnej i bieżącej kontroli, zapewnianej przez konstrukcje ustawy o odpadach i innych ustaw²⁴. NSA w wyroku z dnia 9 października 2012 r. powołując poglądy M. Górskiego ustalił znaczenie tego pojęcia, uznając, że „Pozbycie się” rozumiane jest jako przekazanie przedmiotu innemu podmiotowi, który będzie ten przedmiot wykorzystywał w zasadniczo odmienny od pierwotnego sposób. Przy czym, w razie wątpliwości, czy dany przedmiot jest odpadem wskutek zmiany sposobu jego użytkowania, należy mieć na względzie ogólne cele postępowania z odpadami – ochronę życia i zdrowia ludzi oraz środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju i wobec tego indywidualizować badanie przesłanki ‘pozbycia się’ ze względu na negatywne oddziaływanie tego sposobu użytkowania na człowieka lub środowisko”²⁵. Zdaniem Sądu: „przedmiot staje się odpadem, gdy posiadacz nie znajdując dla niego zastosowania

europa.eu/. Podobnie: wyrok z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie C-188/07 Commune de Mesquer, Zb.Orz. s. I-4501, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁸ J. Jerzmański (red.), *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Wrocław 2002, s. 51.

¹⁹ E. Sobol (opracowanie), *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2005, s. 744.

²⁰ M. Bańko (red.), *Inny słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 2000, s. 233.

²¹ W. Radecki, *Ustawa o odpadach...*

²² J. Jerzmański (red.), *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Wrocław 2002, s. 65.

²³ Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001, Prawo ochrony środowiska, Dz.U. z 2001 r., Nr 62, poz. 627 z późn. zm.

²⁴ M. Górski, *Gospodarowanie odpadami*, [w:] *Prawo ochrony środowiska*, M. Górski, J.S. Kierzkowska (red.), Bydgoszcz 2006 r., s. 28.

²⁵ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 9 października 2012 r., II OSK 1071/11, LEX nr 1234052. Zob. także: Wyrok NSA z dnia 9 czerwca 2009 r., II OSK 960/08, LEX nr 563569; wyrok NSA z dnia 26 czerwca 2009 r., II OSK 1042/08, LEX nr 563532.

pozbywa się go. Może to uczynić legalnie, przez przekazanie do odzysku lub unieszkodliwienia, bądź w sposób nielegalny, porzucając go w dowolnym miejscu. W warunkach konkretnej sprawy kwalifikacja określonego przedmiotu jako odpadu wymaga odrębnej oceny w zakresie przesłanek określonych przepisem art. 3 ust. 1 ustawy o odpadach²⁶. Jednak, w świetle powyższego wyroku NSA, nadal trudno jest ustalić, co jest odpadem. Przykładowo można zastanowić się nad sytuacją, kiedy w danym czasie nie znajdujemy zastosowania dla określonego przedmiotu i pozbywamy się go – jak to określił NSA – w sposób nielegalny, porzucając go w dowolnym miejscu (np. stary gramofon wynosimy na strych, do garażu, bądź do domu babci, ponieważ, na przykład, nie posiadamy płyt winylowych). W świetle wyroku NSA gramofon jest odpadem, ponieważ posiadacz, nie znajdując dla niego zastosowania, porzucił ten przedmiot (przykładowo na strychu, bądź w domu babci). Jednak w momencie zakupu płyt winylowych może postanowić „odzyskać” gramofon i korzystać z niego zgodnie z przeznaczeniem. W tym miejscu należy zastanowić się, czy określony przedmiot może być odpadem niejako „czasowo”, przez określony okres czasu? Ramy tekstu nie pozwalają na rozstrzygnięcie tej kwestii, dlatego ograniczę się do stwierdzenia, że pojęcie „pozbycia się” nie rozstrzyga jednoznacznie o tym, czy dany przedmiot jest odpadem.

Skoro pojęcie „pozbycia się” nie rozstrzyga o tym, co jest odpadem, to jak wobec tego określić, co jest odpadem w przypadku „zamiaru” pozbycia się jakiegoś przedmiotu lub substancji? Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie rozstrzygał sprawę, w której skarżący będąc właścicielem motocykla (nabytego jako odpad) nie ma zamiaru pozbyć się gołego przedmiotu, lecz zamierza wyremontować motocykl i z niego korzystać zgodnie z przeznaczeniem. Wyrok ten został wydany w wyniku skargi wniesionej przez właściciela motocykla na decyzję Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, który nałożył na niego – jako odbiorcę odpadu – obowiązek przekazania używanego motocykla do upoważnionej stacji demontażu, ponieważ uznał, na podstawie dokumentacji zgromadzonej w sprawie, że przedmiotowy motocykl jest odpadem. W ocenie Głównego Inspektora Ochrony Środowiska przesłanką z art. 3 ust. 1 ustawy o odpadach z 27 kwietnia 2001 roku jest to, że właściciel przedmiotowego pojazdu wyzbył się posiadania tego przedmiotu. Zdaniem skarżącego pojęcie posiadacza – odnosić należy do aktualnego właściciela – posiadacza danego przedmiotu. W ocenie Sądu rozumowanie skarżącego było jednak błędne, ponieważ prowadziłoby do sytuacji, gdy danego przedmiotu nie można byłoby zakwalifikować jako odpadu, mimo że należy on do jednej z kategorii określonych w załączniku nr 1 do ustawy – gdyż obecny jego posiadacz nie miałby zamiaru pozbycia się go. Sąd ten przyjął, że dla rozstrzygnięcia takiej sprawy istotne są intencje nie aktualnego właściciela pojazdu lecz jego poprzednika, który niewątpliwie pozbył się pojazdu przeznaczonego do złomowania, sprzedając rzecz skarżącemu i nakazał postępować z tym motocyklem jak z odpadem²⁷. Z wyrokiem tym koresponduje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), który stwierdził, że pojęcie odpadu w żadnym przypadku nie może nie obejmować substancji lub przedmiotów możliwych do powtórznego użycia lub recyklingu²⁸. Może to jednak oznaczać, że przykładowo puszka czy butelka po spożytym napoju nie będzie odpadem, ponieważ

²⁶ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 9 października 2012 r., II OSK 1071/11, LEX nr 1234052.

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 października 2007 r., IV SA/Wa 1413/07, LEX nr 420281.

²⁸ Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 28 marca 1990 r., C-359/88 *Postępowanie karne przeciwko E. Zanetti i in.*, Zb. Orz. TE [1990] I-01509, 19, 23, 26, 166.

możliwy jest w tym przypadku recykling. O sytuacji związanej z powyższym wyrokiem Trybunału orzekał NSA, który uznał, że „samochód jako odpad to (...) taki pojazd, którego posiadacz pozbył się i który nie może już być użytkowany w dotychczasowy sposób. A więc jest niezdatny do dalszego poruszania się po drogach ze względu na stopień zużycia oraz zakres i charakter uszkodzeń, a także niemożność przywrócenia jego stanu technicznego do stanu umożliwiającego dopuszczenie do ruchu drogowego”²⁹. Jednakże należy zauważyć, iż zawsze istnieje możliwość przywrócenia pojazdu do stanu umożliwiającego dopuszczenie do ruchu drogowego. Szczególnie w przypadku, kiedy dany pojazd ma szczególne znaczenie jako pamiątka, bądź też zabytek.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 27 września 2007 r., przyjął, że „o uznaniu danego przedmiotu za odpad w świetle art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (...) decyduje co do zasady wola posiadacza”³⁰. Zdaniem tego sądu, obowiązkiem organu orzekającego w sprawie uznania danego przedmiotu bądź substancji za odpad, jest uprawdopodobnienie, w sposób nie budzący wątpliwości, że rzeczywiście taki zamiar przeświecał byłemu właścicielowi lub też, wykazanie na pewne okoliczności sprawy pozwalające organowi uznać dany przedmiot (substancję) za odpad. Sąd ten wskazuje zatem, że o tym, co jest odpadem decyduje wola posiadacza, którą identyfikuje z zamiarem, ewentualnie uznanie organu rozstrzygającego, dążącego do „dochodzenia prawdy obiektywnej” w oparciu o pewne okoliczności.

Z kolei NSA w Warszawie, w wyroku z dnia 19 grudnia 2008 roku, stwierdził, że „kabel energetyczny linii podziemnej, który przestał być wykorzystywany do przesyłu energii elektrycznej i w związku z tym stał się bezużyteczny jest odpadem”³¹. Sąd przyjął więc założenie, zgodnie z którym o tym co jest odpadem decyduje jego użyteczność, a także to czy dany przedmiot może spełniać swoją funkcję. Trzeba wziąć pod uwagę, że wyrok ten został wydany podczas obowiązywania ustawy z 27 kwietnia 2001 roku o odpadach, w której pojęcie odpadu nie opierało się na kryterium „użyteczności” bądź „funkcjonalności” (kryterium takie było brane pod uwagę we wcześniejszej ustawie o odpadach z 1997 r., oraz wcześniejszej ustawie o ochronie i kształtowaniu środowiska z 1980 r.). Abstrahując od przyjętego przez NSA kryterium, w oparciu o które dokonał on identyfikacji odpadu, należy rozważyć, co w sytuacji, kiedy kabel elektryczny linii podziemnej, ze względu na remont – przebudowę nie jest przez dotychczasowego odbiorcę energii elektrycznej wykorzystywany, ale będzie wykorzystany po zakończeniu remontu. Ponownie pojawia się problem „czasowego” bycia odpadem.

Na koniec tego punktu rozważań należy przytoczyć jeszcze słowa Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, który w opinii z dnia 29 stycznia 2004 r., zauważył, że „Trybunał wysnuł wniosek, że pojęcie odpadów nie może być interpretowane wąsko”³². Stwierdził także, że różne państwa członkowskie

²⁹ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 9 października 2012 r., II OSK 1071/11, LEX nr 1234052; także wyrok NSA z dnia 19 lipca 1999 r., I SA/Ka 2252/98, OSP 2000/3/39.

³⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 września 2007 r., IV SA/Wa 1081/07, LEX nr 437809.

³¹ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 19 grudnia 2008 r., II OSK 1688/07, LEX nr 530484.

³² Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 29 stycznia 2004 r., Sprawa C-1/03, *Ministère public przeciwko Paulowi Van de Wallemu i in.*; *Wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych C-418/97 i C-419/97 ARCO Chemie Nederland i in.*, Rec.

ograniczają pojęcie odpadów do rzeczy ruchomych³³, lecz zgodnie z postanowieniami opinii „tradycja ustawodawcza niektórych państw członkowskich nie może jednak mieć decydującego znaczenia dla wykładni pojęć prawa wspólnotowego”³⁴.

Podsumowując ten wątek rozważań należy stwierdzić, że rozwiązania zamieszczone w ustawie o odpadach z 2001 roku również nie pozwalały na identyfikację odpadów. Składy orzekające, które miały rozstrzygnąć kwestie związane z pojęciem odpadów, orzekały w oparciu o rozmaite kryteria. Jednym razem o tym co jest odpadem decydowało „pozbycie się” przedmiotu (substancji), innym razem „intencja posiadacza”, pojawiały się także stanowiska, zgodnie z którymi przesądza o tym ich „użyteczność”. Wydane zostały również orzeczenia stwierdzające co nie jest odpadem – w przypadku substancji lub przedmiotów możliwych do powtórnego użycia lub recyklingu. Na gruncie tej ustawy nie zostało więc ukształtowane jednolite stanowisko w zakresie pojęcia odpadów, co świadczy niewątpliwie o „niejasności” uregulowań ustawodawcy w tym zakresie.

1.3. POJĘCIE ODPADÓW W PRAWODAWSTWIE UNII EUROPEJSKIEJ

Dyrektywa ramowa³⁵ zmieniona przez Dyrektywę 91/156/EWG³⁶ i 91/692/EWG oraz decyzję Komisji 96/350/WE³⁷ oraz przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1882/2003³⁸ definiuje odpady jako „wszelkie substancje lub przedmioty należące do kategorii określonych w załączniku I, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub ma obowiązek się pozbyć”. Polski ustawodawca przeniósł wprost zapis dyrektywy ramowej dotyczącej definicji odpadów do ustawy o odpadach z 14 grudnia 2012 roku.

2. POJĘCIE ODPADÓW W USTAWIE O ODPADACH Z 2012 ROKU

Pojęcie „odpadu” jest elementem kluczowym z punktu widzenia reżimu prawnego z zakresu gospodarki odpadami, bowiem dopiero zakwalifikowanie substancji lub przedmiotu jako „odpadu” umożliwi zastosowanie przepisów ustawy o odpadach. Definicja odpadów stanowi podstawowy element ochrony europejskiego środowiska naturalnego przed skutkami powstawania odpadów i zarządzania nimi. Przedmioty

str. I-4475, pkt 38 i nast. oraz z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie C-9/00 *Palin Granit i Vehmassalon Kansanterveysyön Kuntayhtymän hallitus*, Rec. str. I-3533, pkt 23.

³³ W szczególności Niemcy i Francja; we Włoszech rozgraniczenie to opiera się na wyroku Corte suprema di cassazione z dnia 18 września 2002 r. nr 31011. Inaczej jest w Austrii, gdzie pojęcie odpadów obejmuje wyraźnie rzeczy ruchome, które zetknęły się z ziemią i które pogarszają stan środowiska naturalnego (§ 2 ust. 2 *Abfallwirtschaftsgesetz*, ustawy o gospodarce odpadami).

³⁴ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 29 stycznia 2004 r., *Sprawa C-1/03, Ministère public przeciwko Paulowi Van de Wallemu i in.*

³⁵ Dyrektywa Rady 75/442/EWG z dnia 15 lipca 1975 r. w sprawie odpadów, Dz. Urz. WE L 194 z 25.07.1975, str. 39, L 78 z 26.03.1991, str. 32 i L 377 z 23.12.1991, str. 48.

³⁶ Dyrektywa Rady 91/156/EWG z dnia 18 marca 1991 zmieniająca Dyrektywę 75/442/EWG w sprawie odpadów.

³⁷ Tekst pierwotny: OJ L 194 25.07.1975 p. 39.

³⁸ Dz. Urz. WE L 194 z 25.07.1975, str. 39 z późn. zm.

lub substancje określane jako „odpady” podlegają kontroli ze strony wspólnotowego prawodawstwa dotyczącego odpadów, którego celem jest ochrona środowiska, a także życia i zdrowia ludzkiego. W związku z powyższym, rozróżnienie między tym, co jest odpadem, a tym co nim nie jest, ma charakter kluczowy. TSUE podkreślał kilkakrotnie w swoich orzeczeniach, że ustalenie, czy dany materiał jest, czy nie jest odpadem, zależy od określonych okoliczności faktycznych, i że decyzja w tej kwestii powinna być podejmowana przez właściwe organy po indywidualnym rozpatrzeniu każdego przypadku³⁹.

Stosownie do art. 3 ust 1 pkt 6 u.odp. 2012 odpadem jest każda substancja lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany. Definicja ta jest powtórzeniem definicji „odpadów” zamieszczonej w art. 3 dyrektywy 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008r⁴⁰. Jak widać w definicji tej zrezygnowano z odwołania się do wzorca, będącego załącznikiem do ustawy (jak w poprzednim uregulowaniu). Dotychczasowe rozważania doprowadziły do wniosku, że nie została sformułowana definicja, która pozwoliłaby jednoznacznie ustalić, co jest odpadem. Powoływano się na różne rozwiązania. Jedni stali na stanowisku, że decyduje o tym „pozbywanie się”, mogące być działaniem faktycznym, zamierzonym, lub nakazanym. Inni opowiadali się za indywidualizowaniem tego pojęcia, polegającym na uznaniu danego przedmiotu bądź substancji za odpad, biorąc pod uwagę ogólne cele postępowania z odpadami. Wyrażony został także pogląd, zgodnie z którym przedmiot

³⁹ Por. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (trzecia izba) z dnia 18 grudnia 2007 r., Sprawa C-195/05, EUR-lex 62005CJ0195. Jak wywodzi Zbigniew Bukowski, problematyki gospodarki odpadami dotyczy bardzo bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Do najbardziej rozważanych w nim zagadnień należą kwestie terminologiczne, zwłaszcza odnoszące się do pojęcia odpadu. Autor wskazuje na następujące ważniejsze myśli zawarte w orzeczeniach Trybunału:

- narodowa legislacja, w której definicja odpadów wyłącza substancje i przedmioty, które są zdolne do powtórnego wykorzystania, jest niezgodna z prawodawstwem wspólnotowym (wyrok TS z dnia 28 marca 1990 r. C-359/88, publ. ECR 1990/3/I-01509),
- pojęcie odpadu w żadnym przypadku nie może nie obejmować substancji lub przedmiotów możliwych do powtórnego użycia lub recyklingu (sprawa C-442/92),
- odpadami są także materiały podlegające ponownemu gospodarstwu wykorzystaniu, będące przedmiotem transakcji lub wymienione na listach handlowych, nawet gdy zostaną poddane procesom dezaktywacyjnym mającym na celu unieszkodliwienie potencjalnych zagrożeń (wyrok TS z dnia 25 czerwca 1997 r. w połączonych sprawach C-304/94, C-330/94, C-342/94 i C-224/95, publ. ECR 1997/6/I-03561),
- pojęcie odpadu nie wyłącza substancji i przedmiotów, które nadają się do dalszego gospodarczego wykorzystania (wyrok TS z dnia 15 stycznia 2004 r. C-235/02, publ. ECR 2004/1B/I-01005),
- pozostały kamień z wydobycia w kamieniołomach gromadzony na nieokreślony czas w oczekiwaniu na możliwe wykorzystanie musi zostać zakwalifikowany jako odpad, jeżeli jego posiadacz pozbywa się go albo ma zamiar się pozbyć (wyrok TS z dnia 18 kwietnia 2002 r. C-9/00, LEX nr 111886),
- przedmiot poddawany procesom odzysku jest odpadem (wyrok TS z dnia 15 czerwca 2000 r. w połączonych sprawach C-418/97 i C-419/97, LEX nr 82853),
- substancja nie jest wyłączona z definicji odpadu jedynie dlatego, że bezpośrednio lub pośrednio stanowi integralną część procesu produkcji przemysłowej (sprawa C-129/01),
- odpadami nie są wszelkie materiały wymienione w Europejskim katalogu odpadów; o ich zaliczeniu do odpadów decyduje spełnienie przesłanek określonych w definicji odpadu (wyrok TS z dnia 29 kwietnia 2004 r. C-194/01, publ. ECR 2004/4B/I-04579).

⁴⁰ Tak samo: Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2013 r., Sprawa C-358/11, EUR-lex 62011CJ0358.

staje się odpadem, jeżeli posiadacz nie znajdując dla niego zastosowania pozbywa się go. Pojawiło się również stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego, uznające za odpad przedmiot bezużyteczny, bez konieczności pozbywania się go⁴¹. Jednakże uważam, że to nie tylko okoliczność „pozbywania się” ma jedynie znaczenie. Ustawodawca przecież wyraźnie wskazał definiując odpady, że nie chodzi tylko o „pozbywanie się”, ale także o „zamiar”, bądź „obowiązek” pozbywania się. O ile nie mamy większych problemów z ustaleniem co jest „odpadem”, w sytuacji owego obowiązku – wynika on z przepisów prawa, o tyle budzić może wątpliwości określenie co jest „odpadem” w przypadku „zamiaru” pozbycia się danego przedmiotu bądź substancji. Tym bardziej, że może nim być każdy przedmiot bądź każda substancja. Wprawdzie pojawiło się stanowisko, zgodnie z którym to organ ma obowiązek uprawdopodobnić w sposób nie budzący wątpliwości, że rzeczywiście dany podmiot miał zamiar pozbycia się danego przedmiotu (substancji) lub też, powinien wykazać na pewne okoliczności sprawy pozwalające organowi uznać dany przedmiot (substancję) za odpad⁴². W świetle powyższego można przyjąć, że każdy przedmiot i każda substancja jest odpadem, bowiem nie mamy jasnych przesłanek pozwalających uprawdopodobnić, bądź też zakwestionować istnienie owego zamiaru. Pojawia się także zagadnienie „czasowości” zamiaru. Jednak aby rozważyć tę kwestię należy na początku określić czym w ogóle jest „zamiar”. Według „Słownika Współczesnego Języka Polskiego”. zamiar „to jest to, co ktoś zamierza zrobić; to intencja zrobienia czegoś; zamiysł, plan, projekt, chęć”⁴³. Znanie jest przysłownie, które mówi o tym, że „zamiar czynu nie stanowi”⁴⁴. Pojęcie „zamiaru” nie było do tej pory przedmiotem rozważań doktryny z zakresu prawa ochrony środowiska, ani też orzecznictwa sądów administracyjnych. Jest to natomiast jeden z kluczowych problemów podejmowanych przez doktrynę prawa karnego, dlatego moje rozważania zacznę od przedstawienia stanowiska wyrażanego w piśmiennictwie z tego zakresu. Na zamiar składa się zarówno strona intelektualna (wyobrażenie celu), jak i woluntatywna (dążenie oparte na motywacji osiągnięcia tego celu)⁴⁵. Przyjmuje się, że „nie sposób bowiem dopuścić do umyślnego popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, nie mając zamiaru jego popełnienia (...) zamiar ten musi jeszcze nadto towarzyszyć realizowaniu przez sprawcę zachowania się”⁴⁶. Pojęcie „zamiaru” (z angielskiego: *intention*) najczęściej definiowane jest przez akcentowanie procesu decyzyjnego, „w związku z czym sprawca działa w zamiarze, jeżeli :

- 1) chce postąpić w określony sposób lub wyrządzić daną szkodę;
- 2) jest przekonany o możliwości osiągnięcia opatrzonego celu przez wybrany sposób postępowania;
- 3) podejmuje to działanie w wyniku – a przynajmniej w części wyniku – pragnienia (*desire*) określonego postępowania lub wyrządzenia szkody, lub swojego przekonania (*belief*) o możliwości osiągnięcia celu przez wybrany sposób postępowania”⁴⁷.

⁴¹ Zob. Wyrok NSA z dnia 19 grudnia 2008 r., II OSK 1688/07, CBOSA.

⁴² Zob. Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 czerwca 2011 r., IV SA/Wa 747/11, CBOSA.

⁴³ B. Dunaj (red.), *Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, t. V, Kraków.

⁴⁴ S. Skorupka (red.), *Słownik Frazeologiczny Języka Polskiego*, Warszawa 1985.

⁴⁵ T. Dukiet-Nagórska, *Prawo karne Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2010, s. 100.

⁴⁶ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012 r., s. 146.

⁴⁷ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, t. I, Warszawa 2011, s. 386.

Powyższa definicja nawiązuje do instytucji usiłowania popełnienia przestępstwa i zawartej w niej treści psychicznej. Uważam, że powyższą definicję możemy próbować odnieść do pojęcia odpadów. Jednakże w tym przypadku ustawodawca „zamiar” w definicji odpadów potraktował jako osobną „możliwość”, bowiem nie uzależnił on „zamiaru pozbycia się” od czynności faktycznej w postaci rzeczywistego „pozbycia się” określonego przedmiotu czy substancji. Więc należy przyjąć, że sam zamiar podmiotu będzie przesądzał o tym, co jest odpadem. Jednak zamiar – jak już wyżej wskazano – jest pojęciem związanym z psychiką człowieka. W prawie karnym wykazanie zamiaru może nastąpić albo poprzez analizę całokształtu okoliczności przedmiotowych oraz momentów podmiotowych i przybrać postać oceny, że zachodzi zamiar; albo można go wykazać, uprawdopodobniając wolę sprawcy przez ustalenie szczególnych cech osobowościowych lub charakterystykę jego postawy⁴⁸. Treść tego pojęcia jest wyznaczona wolą sprawcy, która zawsze powinna być rekonstruowana w kontekście konkretnych wymogów ustawowych⁴⁹. To wola może ulec przeobrażeniom⁵⁰. Trzeba jednak zwrócić uwagę na najistotniejszą rzecz odróżniającą „zamiar” w prawie karnym od „zamiaru” w definicji odpadów. W przypadku prawa karnego „zamiar” jest określany już po popełnieniu czynu (bez względu na to, czy nastąpił skutek jaki chciano osiągnąć, czy też nie), natomiast w definicji odpadu określenie tego zamiaru ma nastąpić w „oderwaniu” od konkretnego czynu, decydujące ma być samo już zamierzenie. Jak wobec tego ustalić, co jest odpadem w odniesieniu do „zamiaru pozbycia się” określonego przedmiotu lub substancji? Ma decydować o tym już sama „chęć”, „pragnienie” czy „przekonanie” dotyczące pozbycia się. Jest to jednak uczucie, pewien stan psychiczny człowieka, który może ulec różnorodnym przeobrażeniom. W świetle powyższej argumentacji status „odpadu” może uzyskać każdy przedmiot bądź substancja, której w przyszłości chcemy się pozbyć. Nie jest zatem racjonalne stanowisko Rzecznika Generalnego TSUE wyrażone w opinii z dnia 13 grudnia 2012 roku⁵¹, zgodnie z którym „punktem wyjścia Trybunału jest przekonanie, że status odpadu trwa dopóty, dopóki posiadacz pozbywa się danej rzeczy, zamierza lub ma obowiązek się jej pozbyć zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 1 dyrektywy w sprawie odpadów⁵². To pojęcie odpadów należy interpretować w świetle celów dyrektywy w sprawie odpadów, które zgodnie z jej motywem 6 polegają na zmniejszeniu negatywnych skutków wytwarzania odpadów i gospodarowania nimi dla zdrowia ludzkiego i środowiska, a także w świetle art. 191 ust. 2 TUE, zgodnie z którym polityka Unii w dziedzinie środowiska naturalnego stawia sobie za cel wysoki poziom ochrony i opiera się w szczególności na zasadach ostrożności

⁴⁸ Zob. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 2004 r., IV KK 276/03, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 29; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2002 r., V KKN 401/01, Prok. I Pr.-wkł, 2003 r., Nr 1, poz. 6, wyrok siedmioosobowego składu Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 1977 r., VI KRN 14/77, OSNKW 1978 r., z. 4-5, poz. 43.

⁴⁹ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna*..., s. 611.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 612.

⁵¹ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 13 grudnia 2012 r., Sprawa C-358/11, *Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen liikenne ja infrastruktuuri – vastualue*, opinia pochodzi ze strony <http://curia.europa.eu>.

⁵² Wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych C-418/97 i C-419/97 ARCO Chemie Nederland i in., Rec. s. I-4475, pkt 94; z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie C-9/00 *Palin Granit i Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus*, Rec. s. I-3533, pkt 46, orzeczenia pochodzi ze strony <http://curia.europa.eu>.

oraz działania zapobiegawczego. W konsekwencji pojęcie odpadu należy interpretować szeroko⁵³. Biorąc pod uwagę rozważania poświęcone pojęciu „zamiaru”, przyjęcie takiego stanowiska w sprawie pojęcia może prowadzić do absurdalnych skutków. W konsekwencji bowiem, wszystko co aktualnie posiadamy, a co chcielibyśmy w przyszłości „wymienić” na nowe, powinno zostać uznane za odpad i w związku z tym należałoby postępować z takimi przedmiotami bądź substancjami zgodnie z zasadami gospodarowania odpadami oraz podlegać takiemu nadzorowi i kontroli, jakiej podlegają przedmioty, których posiadacze faktycznie się pozbyli. Co więcej, należy zwrócić uwagę na fakt, iż odpadami mogą być uznane przedmioty, których posiadacz pomimo zamiaru pozbycia się, ciągle używa. TSUE w wyroku z dnia 1 marca 2007 r., orzekł, że „system nadzoru i gospodarowania powinien bowiem obejmować wszystkie przedmioty i substancje usuwane przez ich posiadaczy, nawet jeżeli mają wartość handlową i są gromadzone zarobkowo w celu przetworzenia, odzyskiwania lub ponownego wykorzystywania”⁵⁴. Trybunał swoim wyrokiem objął jedynie przedmioty i substancje, które zostały usunięte przez posiadaczy.

3. ODPAD A PRODUKT UBOCZNY

Prawodawca w art. 10 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku uregulował pojęcie „produktu ubocznego”. Przepis ten stanowi, że „przedmiot lub substancja, powstające w wyniku procesu produkcyjnego, którego podstawowym celem nie jest ich produkcja, mogą być uznane za produkt uboczny, niebędący odpadem, jeżeli są łącznie spełnione następujące warunki:

- 1) dalsze wykorzystywanie przedmiotu lub substancji jest pewne;
- 2) przedmiot lub substancja mogą być wykorzystywane bezpośrednio bez dalszego przetwarzania, innego niż normalna praktyka przemysłowa;
- 3) dany przedmiot lub substancja są produkowane jako integralna część procesu produkcyjnego;
- 4) dana substancja lub przedmiot spełniają wszystkie istotne wymagania, w tym prawne, w zakresie produktu, ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi, dla określonego wykorzystania tych substancji lub przedmiotów i wykorzystanie takie nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko, życie lub zdrowie ludzi”.

Z przepisu wynika po pierwsze, że produkt uboczny nie jest odpadem, więc stanowi nową kategorię. W związku z tym, nie będzie on objęty regulacjami związanymi z postępowaniem z odpadami oraz systemem gospodarowania nimi. Po drugie, ustawo-

⁵³ Wyżej wymienione w przypisie wyroki Trybunału Sprawiedliwości: w sprawie ARCO Chemie Nederland i in., pkt 36–40; w sprawie Palin Granit i Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus, pkt 23; wyrok z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie C-188/07 Commune de Mesquer, Zb.Orz. s. I-4501, pkt 38 i nast., orzeczenia pochodzą ze strony <http://curia.europa.eu>. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 29 stycznia 2004 r., Sprawa C-1/03, Ministère public przeciwko Paulowi Van de Wallemu i in.

⁵⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 marca 2007 r., w sprawie C-176/05, orzeczenie pochodzi ze strony <http://curia.europa.eu>.

dawca wskazuje, że to uznanie danego organu decyduje o tym, czy mamy do czynienia z produktem ubocznym, tak więc skoro mamy do czynienia z uznaniem, to organ będzie miał wybór jednego ze sposobów działania przewidzianych w przepisach prawa⁵⁵ – może uznać dany przedmiot lub substancję za produkt uboczny, bądź nie. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 u. odp. 2012: „uznanie przedmiotu lub substancji za produkt uboczny następuje, jeżeli marszałek województwa w terminie 3 miesięcy od dnia otrzymania zgłoszenia uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny nie wyrazi sprzeciwu, w drodze decyzji”. Uznanie to uprawnienie administracji do kształtowania skutków prawnych w danej sprawie w ramach swobody pozostawionej organowi przez przepisy prawa materialnego i w ramach obowiązujących reguł proceduralnych⁵⁶. Art. 11 ust. 6 wskazuje, że „minister właściwy do spraw środowiska może określić, w drodze rozporządzenia, szczegółowe kryteria dotyczące uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny, kierując się względami ochrony środowiska, życia lub zdrowia ludzi”. Ponadto zwrócić należy uwagę na to, że skoro kontrola granic uznania administracyjnego polega na zbadaniu przez sąd, czy organ dopełnił wszystkich obowiązków wynikających z przepisów prawa⁵⁷, nie obejmuje zaś kwestii jej zasadności i celowości⁵⁸, wobec czego trudno będzie taką decyzję uchylić. Wreszcie po trzecie, należy zauważyć, iż aby dany przedmiot lub substancja mógł zostać uznany za produkt uboczny musi łącznie spełnić warunki wskazane w art. 10 ustawy. Oznacza to, że niespełnienie któregokolwiek z nich, skutkować będzie brakiem możliwości uznania za produkt uboczny. Jednakże przesłanki te nie zostały jasno określone. Zawierają bowiem zwroty niedookreślone, takie jak: „**pewność**” dalszego wykorzystywania, „**normalna** praktyka przemysłowa”, „**integralna** część procesu produkcyjnego”, czy też „spełniają **wszystkie istotne** wymagania”, które z kolei prowadzą do konieczności dokonywania ocen przez organ wydający opinię i ustalania skutków prawnych zgodnie z tymi ocenami⁵⁹.

W dniu 27 marca 2013 roku Wojewódzki Sąd Administracyjny w Kielcach⁶⁰ stwierdził, iż zgodnie z art. 98 ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r., o podatku akcyzowym⁶¹, za tytoń do palenia uznaje się: „**odpady** tytoniowe **będące** pozostałościami liści tytoniu i **produktami ubocznymi** uzyskanymi podczas przetwarzania tytoniu lub produkcji

⁵⁵ Zob. I. Bogucka, *Państwo prawne a problem uznania administracyjnego*, PiP 1992, z. 10, s. 37. Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 8 V 2008, I SA/Gd 1097/07, LEX nr 469674. Por.: Wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 IX 2000, I SA 945/00, LEX nr 79608. J. Lang, J. Służewski (red.), M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1995, s. 201

⁵⁶ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1980, s. 86–89; K. Redeker, H.J. von Oertzen, *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, Stuttgart–Berlin–Köln–Meinz 1981, s. 587.

⁵⁷ Podkreślić jednak należy, że użycie przez ustawodawcę pojęcia „uznanie” nie oznacza, że chodzi o konstrukcję teoretyczną „uznania administracyjnego”.

⁵⁸ J. Lang, J. Służewski (red.), M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Polskie prawo...*, s. 201. Zob. Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 8 V 2008, I SA/Gd 1097/07, LEX nr 469674, gdzie przyjęto, że *Kontroli sądowej nie podlega uznanie administracyjne samo w sobie, lecz kwestia, czy decyzja została podjęta zgodnie z podstawowymi regułami postępowania administracyjnego, a w szczególności, czy wydano ją w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz czy ocena tego materiału została dokonana zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, czy też zawiera elementy dowolności*.

⁵⁹ Zob. J. Nowacki, *O przepisach zawierających klauzule generalne*, [w:] *Prawo i polityka*, K. Opałek, F. Ryszka, W. Sokolewicz (red.), Warszawa 1988, s. 90.

⁶⁰ Wyrok WSA w Kielcach z dnia 27 marca 2013 r., I SA/Ke 67/13, CBOSA; orzeczenie niepramocnie, przytaczam ze względu na aktualność w odniesieniu do nowej ustawy o odpadach.

⁶¹ Dz.U. z 2011 r., Nr 108, poz. 626 ze zm.

wyrobów tytoniowych, oddane do sprzedaży detalicznej, niebędące papierosami, cygarami lub cygaretkami, a nadające się do palenia”. W świetle tego orzeczenia należy zauważyć, iż organ w drodze decyzji uznaje, co jest tytoniem, jednak uwagę zwraca treść przytoczonego przepisu, jakoby odpady były produktami ubocznymi, które co więcej – korzystając z terminologii NSA – są „użyteczne”⁶². Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że traktowanie jako oddzielnych kategorii odpadów i produktów ubocznych w praktyce będzie „kłopotliwe”, ponieważ nie zostały jasno określone kryteria przesądzające o tym czy dany produkt bądź substancja jest produktem ubocznym, czy też odpadem.

Rozmiary tekstu nie pozwalają na omówienie wszystkich problemów związanych z „produktami ubocznymi”. Jednak konkludując należy stwierdzić, że w świetle dotychczasowych rozważań, zarówno tych dotyczących odpadów, jak i produktów ubocznych pojawiają się podobne problemy. Zarówno pojęcie „odpadów” jak i „produktu ubocznego” nie zostało jasno sformułowane przez ustawodawcę, co rodzić może wątpliwości w przypadku określania danego przedmiotu lub substancji jako odpadu bądź produktu ubocznego. Z tą różnicą, że w przypadku produktów ubocznych ustawodawca wskazał, iż jest to decyzja uznaniowa, natomiast w odniesieniu do odpadów – nie. W uzasadnieniu do u. odp. 2012⁶³ wskazano, że brzmienie definicji odpadów wynika bezpośrednio z dyrektywy 2008/98/WE, zbieżnej z brzmieniem ustawy o odpadach z 2001r., która stanowiła transpozycję wcześniejszej dyrektywy 2006/12/WE w sprawie odpadów. Założono również, iż pojęcie odpadów będzie w podobny sposób interpretowane. Jednak przy kwestii interpretacji zwrócono uwagę na to, że pojawia się nowy instrument w postaci produktu ubocznego oraz możliwość utraty przez niektóre strumienie odpadów statusu odpadów. Ustawodawca przy okazji tworzenia nowej ustawy o odpadach, pomimo wcześniej istniejących wątpliwości dotyczących definicji odpadów, nie starał się tak sformułować tego pojęcia tak, by było możliwe rozróżnienie odpadów od innych przedmiotów lub substancji.

4. ZAKOŃCZENIE

Jak wynika z niniejszego artykułu, pomimo bogatego orzecznictwa, zarówno sądów polskich, jak również TSUE, nie zostało wypracowane jednolite stanowisko, rozstrzygające o pojęciu odpadów. Pojęcie to ma kluczowe znaczenie, bowiem przedmioty lub substancje, które zostaną uznane za odpady, podlegają kontroli sądowej. Ponadto to właśnie do odpadów odnoszą się wszystkie przepisy związane z gospodarką odpadami. W przypadku, kiedy nie możemy dokonać identyfikacji odpadów, owe przepisy nie mogą znaleźć zastosowania. Z analizy orzecznictwa oraz piśmiennictwa można sformułować wniosek, że zarówno autorzy publikacji zajmujący się tematyką związaną z ustawą o odpadach, w tym gospodarką odpadami, jak również organy wydające rozstrzygnięcie w tym przedmiocie mają problem z określeniem co jest odpadem. Jeden z teoretyków i filozofów prawa XX wieku, Lon Luvois Fuller, wyraził pewne

⁶² Zob. wyrok NSA z dnia 19 grudnia 2008 r., II OSK 1688/07, CBOSA.

⁶³ Zob. Druk sejmowy nr 456, <http://www.sejm.gov.pl>.

sposzczenie, które moim zdaniem tłumaczy postępowanie organów wydających rozstrzygnięcia. Jak zauważył, „prawo może, ze względu na jego instrumentalny charakter sprawiać wrażenie najbardziej jałowej z nauk. Przeraza możliwością przystosowania się; oczekuje w ciągłej gotowości, by móc obsłużyć wszystkich przychodzących, okazujących właściwe dokumenty”⁶⁴. Wobec konieczności wydania rozstrzygnięcia organy te najczęściej orzekają według własnego uznania. Raz o uznaniu za odpady określonych przedmiotów i substancji decyduje „wola posiadacza”, innym razem „użyteczność”, „możliwość powtórzonego użycia lub recyklingu”, „cele ustawy o odpadach, bądź dyrektywy w sprawie odpadów”. Jednak moim zdaniem powyższe spostrzeżenia nie wyjaśniają istoty tego pojęcia, co więcej w moim przekonaniu – obecna definicja odpadów nie pozwala na sformułowanie jasnych kryteriów pozwalających na zakwalifikowanie danego przedmiotu czy substancji w kategorii odpadów, ponieważ ustawodawca posłużył się pojęciem „zamiaru”, którego bez określonego zachowania się podmiotu, uzewnętrzniającego owy zamiar wyznaczyć się nie da. W świetle powyższego należy dojść do wniosku, iż zwrot: „zamierza się pozbyć” użyty przez ustawodawcę w ustawie o odpadach jest zbędny.

Pozostaje również kwestia rozróżnienia „odpadów” od „produktów ubocznych. Jak zostało powiedziane w niniejszym tekście, traktowanie odpadów i produktów ubocznych jako oddzielnych kategorii będzie „kłopotliwe”, z uwagi na niejasno określone kryteria przesądzające o kwalifikacji danego produktu (substancji) jako produktu ubocznego, bądź też odpadu. Konkludując więc ten wątek rozważań, można powiedzieć, iż zarówno w odniesieniu do odpadów, jak i produktów ubocznych pojawiają się podobne problemy. A przecież dopiero poprawna kwalifikacja pozwala na zastosowanie bądź przepisów odnoszących się do odpadów, bądź przepisów dotyczących produktów ubocznych.

BIBLIOGRAFIA

- Bańko M. (red.), *Inny słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 2000.
- Bogucka I., *Państwo prawne a problem uznania administracyjnego*, PiP 1992.
- Dukiet-Nagórska T., *Prawo karne Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2010.
- Dunaj B. (red.), *Słownik Współczesnego Języka Polskiego*, t. V, Kraków.
- Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy, Dz. Urz. UE L 312 z 22.11.2008, s. 3.
- Dyrektywa Rady 91/156/EWG z dnia 18 marca 1991 zmieniająca Dyrektywę 75/442/EWG w sprawie odpadów.
- Dyrektywa Rady 75/442/EWG z dnia 15 lipca 1975 r. w sprawie odpadów, Dz. Urz. WE L 194 z 25.07.1975, str. 39, L 78 z 26.03.1991, str. 32 i L 377 z 23.12.1991.
- Fuller L.L., *Anatomia prawa*, Lublin 1993, s. 11.
- Górski M., *Gospodarowanie odpadami*, [w:] *Prawo ochrony środowiska*, M. Górski, J.S. Kierkowska (red.), Bydgoszcz 2006.
- Jerzmański J. (red.), *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Wrocław 2002.

⁶⁴ L.L. Fuller, *Anatomia prawa*, Lublin 1993 r., s. 11.

- Królikowski M., Zawłocki R., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31*, t. I, Warszawa 2011.
- Lang J., Służewski J. (red.), Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Polskie prawo administracyjne*, Warszawa 1995.
- Maurer H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 1980, s. 86–89.
- Nałęcz A., *Uznanie administracyjne a reglamentacja działalności gospodarczej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Nowacki J., *O przepisach zawierających klauzule generalne*, [w:] *Prawo i polityka*, K. Opałek, F. Ryszka, W. Sokolewicz (red.), Warszawa 1988.
- Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 29 stycznia 2004 r., Sprawa C-1/03, Ministère public przeciwko Paulowi Van de Wallemu i in., <http://curia.europa.eu>.
- Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 13 grudnia 2012 r., Sprawa C-358/11, Lapin elinkeino-, liikenne- ja ympäristökeskuksen liikenne ja infrastruktuuri –vastuualue, <http://curia.europa.eu>.
- Opinia Rzecznika Generalnego Niila Jääskinena z dnia 18 czerwca 2013 roku w sprawie połączonej C-241/12 i C-242/12, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV i Belgian Shell, <http://eur-lex.europa.eu/>.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2012.
- Radecki W., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Redeker K., von Oertzen H.J., *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, Stuttgart–Berlin–Köln–Meinz 1981.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 września 1980 r., w sprawie ochrony środowiska przed odpadami i innymi zanieczyszczeniami oraz utrzymania czystości i porządku w miastach i wsiach, Dz.U. Nr 24, poz. 91 ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 3 sierpnia 1993 r. w sprawie ustalenia listy odpadów niebezpiecznych, Dz.U. Nr 76, poz. 362, objęło 106 rodzajów odpadów.
- Skorupka S. (red.), *Słownik Frazeologiczny Języka Polskiego*, Warszawa 1985.
- Sobol E., *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2005.
- Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r., o ochronie i kształtowaniu środowiska, Dz.U. Nr 3, poz. 6, tekst jedn. Dz.U. z 1994 r. Nr 49, poz. 196 ze zm.
- Ustawa z dnia 3 kwietnia 1993 r. o zmianie ustawy o ochronie i kształtowaniu środowiska oraz ustawy – Prawo wodne, Dz.U. Nr 40, poz. 183.
- Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r., o odpadach, Dz.U. z 1997 r. Nr 96, poz. 592 ze zm.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001, Prawo ochrony środowiska, Dz.U. z 2001 r. Nr 62, poz. 627 ze zm.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach Dz.U. z 2001 r. Nr 62, poz. 628 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r., o podatku akcyzowym Dz.U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626 ze zm.
- Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, Dz.U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.
- Wyrok NSA z dnia 16 lipca 1985 r., III SA 324/84, OSPiKA 1986, z. 7–8, poz. 137.
- Wyrok NSA z dnia 7 lipca 1993 r., IV SA 1713/92, ONSA 1994, nr 3 poz. 108.
- Wyrok NSA z dnia 19 lipca 1999 r., I SA/Ka 2252/98, CBOSA.
- Wyrok NSA z dnia 30 maja 2000 r., I SA/Ka 2268/98, CBOSA.
- Wyrok NSA z dnia 26 września 2000, I SA 945/00, LEX nr 79608.
- Wyrok NSA z dnia 19 grudnia 2008 r., II OSK 1688/07, LEX nr 530484.
- Wyrok NSA z dnia 9 czerwca 2009 r., II OSK 960/08, LEX nr 563569.
- Wyrok NSA z dnia 26 czerwca 2009 r., II OSK 1042/08, LEX nr 563532.
- Wyrok NSA z dnia 9 października 2012 r., II OSK 1071/11, LEX nr 1234052.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 2004 r., IV KK 276/03, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 29.

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2002 r., V KKN 401/01, Prok. I Pr.-wkł, 2003 r., Nr 1, poz. 6.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 1977 r., VI KRN 14/77, OSNKW 1978 r., z. 4–5, poz. 43.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (trzecia izba) z dnia 18 grudnia 2007 r., Sprawa C-195/05, EUR-lex 62005CJ0195.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 28 marca 1990 r., C-359/88 Postępowanie karne przeciwko E. Zanetti i in., Zb. Orz. TE [1990] I-01509, 19, 23, 26, 166.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych C-418/97 i C-419/97 ARCO Chemie Nederland i in., Rec. str. I-4475, pkt 38 i nast.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie C-9/00 Palin Granit i Vehmassalon Kansanterveystyön Kuntayhtymän hallitus, Rec. str. I-3533, pkt 23.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 czerwca 2008 r. w sprawie C-188/07 Commune de Mesquer, Zb.Orz. s. I-4501, pkt 53, <http://curia.europa.eu>.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1990 r. C-359/88, publ. ECR 1990/3/I-01509.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 czerwca 1997 r. w połączonych sprawach C-304/94, C-330/94, C-342/94 i C-224/95, publ. ECR 1997/6/I-03561.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 stycznia 2004 r. C-235/02, publ. ECR 2004/1B/I-01005.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 kwietnia 2002 r. C-9/00, LEX nr 111886.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2000 r. w połączonych sprawach C-418/97 i C-419/97, LEX nr 82853.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 kwietnia 2004 r. C-194/01, publ. ECR 2004/4B/I-04579.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 marca 2013 r., Sprawa C-358/11, EUR-lex 62011CJ0358.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawach połączonych C-418/97 i C-419/97 ARCO Chemie Nederland i in., Rec. s. I-4475, pkt 94, <http://curia.europa.eu>.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 kwietnia 2002 r. w sprawie C-9/00 Palin Granit i Vehmassalon kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus, Rec. s. I-3533, pkt 46, <http://curia.europa.eu>.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 1 marca 2007 r., w sprawie C-176/05, <http://curia.europa.eu>.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 września 2007 r., IV SA/Wa 1081/07, LEX nr 437809.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 października 2007 r., IV SA/Wa 1413/07, LEX nr 420281.
- Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 8 maja 2008, I SA/Gd 1097/07, LEX nr 469674.
- Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 czerwca 2011 r., IV SA/Wa 747/11, CBOSA.
- Wyrok WSA w Kielcach z dnia 27 marca 2013 r., I SA/Ke 67/13, CBOSA.

O POJĘCIU ODPADÓW W ROZUMIENIU USTAWY Z DNIA 14 GRUDNIA 2012 ROKU

Streszczenie

Artykuł ma na celu wskazanie problemów związanych z pojęciem odpadów w świetle ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach. W tekście przeprowadzona została analiza orzecznictwa sądów polskich, Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, a także doktryny.

Wskazano, iż problem definicji „odpadów” ma kluczowe znaczenie nie tylko ze względu na to, że przedmioty lub substancje, które zostaną uznane za odpady, podlegają kontroli sądowej, ale także dlatego, że właśnie do odpadów odnoszą się wszystkie przepisy związane z gospodarką odpadami. W przypadku, kiedy nie możemy zidentyfikować odpadów, owe przepisy nie mogą znaleźć zastosowania. Rozważania podjęte w artykule pozwoliły na sformułowanie wniosków zarówno *de lege lata* jak również *de lege ferenda*. Obecna definicja odpadów – ze względu na to, że ustawodawca posłużył się pojęciem „zamiaru”, którego bez określonego zachowania się podmiotu, uzewnętrzniającego ów zamiar wyznaczyć się nie da – nie pozwala na sformułowanie jasnych kryteriów pozwalających na zakwalifikowanie danego przedmiotu czy substancji w kategorii odpadów. W tekście wyrażony został pogląd, iż zwrot: „zamierza się pozbyć” użyty przez ustawodawcę w ustawie o odpadach jest zbędny. W artykule podjęto także analizę kwestii rozróżnienia „odpadów” od „produktów ubocznych”. Konkluzja doprowadziła do stwierdzenia, że zarówno w odniesieniu do odpadów, jak i produktów ubocznych pojawiają się podobne problemy z uwagi na niejasno określone kryteria przesądzające o kwalifikacji danego produktu (substancji) jako produktu ubocznego, bądź też odpadu.

Słowa kluczowe: *odpady, gospodarka odpadami, produkt uboczny, prawodawstwo Unii Europejskiej*

ON THE CONCEPT OF WASTE UNDER THE ACT OF 14 DECEMBER 2012

Summary

The article aims to highlight the issues connected with the concept of waste in the light of the Act of 14 December 2012 on waste. It analyses the judgements of Polish courts, the Court of Justice of the European Union and the doctrine. It is pointed out that the definition of waste is of key importance not only because objects and substances treated as waste are subject to court control but also because all the regulations on waste management are applicable to waste. In case we cannot identify waste the regulations cannot be applied. The discussion undertaken in the article allowed for drawing conclusions both *de lege lata* and *de lege ferenda*. The present definition of waste does not allow for formulating clear criteria classifying a given object or substance in waste categories because the legislator used a term “intent”, which cannot be determined without a specified behaviour of a subject demonstrating that intent. The author presents an opinion that a phrase “intends to dispose of” used by the legislator is useless. The article also presents an analysis of the issue of differentiating between “waste” and “by-products”. The conclusion is that in case of both waste and by-products there are similar problems because of unclear criteria for classifying a product (substance) as a by-product or waste.

Key words: *waste, waste management, by-product, European Union legislation*

ZAKRES POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO W SPRAWACH Z ZAKRESU ROZSTRZYGANIA KONKURSU OFERT NA ZAWIERANIE UMÓW O UDZIELANIE ŚWIADCZEŃ OPIEKI ZDROWOTNEJ

PAWEŁ DANIEL

Stosownie do treści art. 132 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹, podstawą udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przez Narodowy Fundusz Zdrowia² jest umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawarta pomiędzy świadczeniodawcą, a więc podmiotem wykonującym działalność leczniczą w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej lub osobą fizyczną, która uzyskała fachowe uprawnienia do udzielania świadczeń zdrowotnych i udziela ich w ramach wykonywanej działalności gospodarczej, a Narodowym Funduszem Zdrowia. Co charakterystyczne, umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej (art. 132 ust. 2 powołanej powyżej ustawy), po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert albo rokowań. W celu przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu powołuje komisję (art. 139 ust. 1 i 4 ustawy o świadczeniach), która po przeprowadzonym postępowaniu konkursowym ogłasza o rozstrzygnięciu postępowania wskazując wybraną ofertę, o ile wcześniej nie nastąpiło unieważnienie tego postępowania (art. 151 ust. 1 powołanej powyżej ustawy).

Ustawodawca przewidział, w art. 152 ust. 1 ustawy o świadczeniach, że świadczeniodawcy, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 581 ze zm., dalej jako „ustawa o świadczeniach”.

² Dalej jako „NFZ”.

świadczeń opieki zdrowotnej, przysługują środki odwoławcze i skarga do sądu administracyjnego na zasadach określonych w art. 153 i 154 powołanej powyżej ustawy. Przepis art. 154 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy o świadczeniach stanowi, że świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu może wnieść do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania. Po rozpatrzeniu odwołania, dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie (art. 154 ust. 3 ustawy o świadczeniach), przy czym od decyzji powyższej przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 154 ust. 4 ustawy o świadczeniach), a na decyzję wydaną w powyższym trybie odwoławczym przysługuje skarga do sądu administracyjnego (art. 154 ust. 8 ustawy o świadczeniach).

Postępowanie zainicjowane odwołaniem od rozstrzygnięcia o wyborze świadczeniobiorcy stanowi postępowanie administracyjne (dwuinstancyjne), kończące się wydaniem w każdej instancji decyzji administracyjnej. Opisane powyżej postępowanie pełni przy tym funkcję postępowania kontrolnego w stosunku do postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (postępowania konkursowego lub postępowania w trybie rokowań) - przedmiotem jego kontroli jest bowiem rozstrzygnięcie wydane w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy, polegające na dokonaniu wyboru świadczeniodawców. Wyjaśnienia jednak wymaga, że postępowanie prowadzone przez komisję konkursową nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego³, a „rozstrzygnięcie” komisji nie jest decyzją administracyjną, ani innym aktem o charakterze administracyjnoprawnym. Sprawa o zawarcie umowy o udzielenie świadczenia staje się sprawą administracyjną dopiero z chwilą złożenia przez świadczeniodawcę odwołania od rozstrzygnięcia komisji.

Określona przepisami ustawy o świadczeniach procedura budzi jednak wątpliwości, co do zakresu prowadzonego postępowania odwoławczego. Konieczne staje się bowiem rozważenie, czy w ramach procedury zapoczątkowanej wniesionym odwołaniem badaniu podlega całe postępowanie dotyczące wyboru świadczeniobiorcy, a więc ponowna ocena wszystkich złożonych ofert, czy też organ administracji, a w konsekwencji również sąd administracyjny, powinny ograniczyć się jedynie do oceny oferty podmiotu, który kwestionuje wynik postępowania konkursowego. Jest to o tyle istotne, że odwołanie oraz skarga mogą być wniesione również przez podmiot, którego oferta, na podstawie art. 149 ust. 1 ustawy o świadczeniach, została odrzucona, a więc nie podlegała ocenie w czasie konkursu. Analiza orzeczeń sądów administracyjnych wskazuje, że zagadnienie powyższe pozostaje źródłem wielu wątpliwości.

W doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się, że odwołanie stanowi środek prawny, za pomocą którego kwalifikowane podmioty uprawnione są do kwestionowania rozstrzygnięcia administracyjnego (decyzji, postanowienia) w celu spowodowania weryfikacji tego rozstrzygnięcia przez organ drugiej instancji⁴. Jest to więc instytucja umożliwiająca stronie lub innym uczestnikom działającym na prawach strony spowodowanie sprawdzenia w toku instancji administracyjnych prawidłowości rozstrzygnięć,

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 267 ze zm., dalej jako „K.p.a.”.

⁴ B. Adamiak, *Odwołanie w polskim systemie prawa administracyjnego*, Wrocław 1980, s. 25–26.

w celu ich zmiany lub uchylenia”⁵. Dopuszczenie możliwości wniesienia odwołania stanowi realizację zasady dwuinstancyjności postępowania, opierającej się na konieczności zapewnienia gwarancji dwukrotnego rozpatrzenia sprawy⁶.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że w orzecznictwie sądów administracyjnych jednolicie przyjmuje się, że postępowanie, poprzedzające wydanie decyzji, o jakiej mowa w art. 154 ust. 6 ustawy o świadczeniach jest postępowaniem, do którego stosować należy przepisy ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego⁷. Mogłoby to prowadzić do wniosku, że wniesienie środka odwoławczego, o jakim mowa w art. 152 ust. 1 ustawy o świadczeniach, jest równoznaczne ze wniesieniem środka odwoławczego w rozumieniu K.p.a. i powoduje wszczęcie postępowania w przedmiocie weryfikacji prawidłowości świadczeń przyznanych w ramach postępowania konkursowego. Stąd przedmiotem kontroli byłoby całe postępowanie, obejmujące zarówno ofertę podmiotu odwołującego, ofertę podmiotów, które nie zostały wybrane przez komisję konkursową, jak i ofertę podmiotu, którego oferta została wybrana. Zakres powyższego postępowania obejmowałby przy tym zweryfikowanie podanych przez strony informacji, nie zaś ustalanie nowego stanu faktycznego, istotnego dla rozstrzygnięcia⁸. Stanowisko powyższe nie było jednak w orzecznictwie sądów administracyjnych jednolite.

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego⁹ w Warszawie z 12 marca 2008 r.¹⁰ wyjaśniono, że z treści art. 154 ust. 1 i art. 152 ust. 1 ustawy o świadczeniach wynika, iż przedmiotem rozstrzygnięcia organu rozpoznającego odwołanie od rozstrzygnięcia komisji jest badanie naruszenia interesu prawnego odwołującego się wskutek naruszenia zasad postępowania. Przedmiot badania organu jest zatem skonkretyzowany do określonego podmiotu (odwołującego się) i do określonych czynności komisji podejmowanych w stosunku do tego podmiotu. Oznacza to, iż organ rozpoznający odwołanie nie prowadzi ponownie postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, lecz rozpoznaje sprawę w odniesieniu do konkretnego podmiotu i konkretnych czynności.

Inne stanowisko zajęto z kolei w wyroku WSA w Warszawie z 15 grudnia 2009 r.¹¹, gdzie wskazano, że zadaniem organu, w ramach postępowania zapoczątkowanego wniesionym odwołaniem jest ustalenie, czy postępowanie konkursowe przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania świadczeniodawców. Oznacza to, że nie chodzi jedynie o zbadanie, czy nie zostały naruszone wymagania formalnoprawne, ale również o ustalenie, czy nie naruszono wymienionych zasad w znaczeniu materialnym przez nierównoprawne stosowanie kryteriów przyjętych jako podstawa dokonanych ocen. W postępowaniu administracyjnym zadaniem organu jest dokonanie kontroli postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej pod

⁵ S. Piątek [w:] Z. Rybicki, S. Piątek, *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1984, s. 380.

⁶ Z. Kmieciak, *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011, s. 58–59.

⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 15 czerwca 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 578/05, Baza NSA.

⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 22 września 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1904/05, Baza NSA.

⁹ Dalej jako: „WSA”.

¹⁰ Sygn. akt VII SA/Wa 2049/07, Baza NSA.

¹¹ VI SA/Wa 1827/09, Baza NSA.

kątem ewentualnego naruszenia przepisów prawa, ale także zbadanie stanu faktycznego sprawy w takim zakresie, który mógł mieć wpływ na uszczerbek interesu prawnego uczestnika postępowania. Stąd w uzasadnieniach wydanych rozstrzygnięć konieczne jest wyjaśnienie i uzasadnienie, dlaczego jeden z oferentów otrzymał podaną ilość punktów przez komisję, co może wynikać jedynie z porównania wniesionych ofert¹².

Powyższa rozbieżność dotycząca zakresu kontroli postępowania zapoczątkowanego wniesionym odwołaniem była dostrzegalna również w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego¹³, gdzie można było odnaleźć stanowisko, zgodnie z którym odwołanie, o którym mowa w art. 154 ust. 1 ustawy o świadczeniach wszczynano postępowanie administracyjne w rozumieniu art. 1 pkt 2 K.p.a. dotyczące całego rozstrzygnięcia o wyborze świadczeniodawcy (świadczeniodawców) do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a nie tylko oceny oferty wnoszącego odwołanie¹⁴. W konsekwencji, w większości orzeczeń NSA prezentowany był pogląd, zgodnie z którym środek odwoławczy, jakim jest odwołanie nie powinien być ograniczany wyłącznie do „sprawy” wnoszącego odwołanie, rozumianej jako rozpatrzenie okoliczności dotyczących oceny jego tylko oferty z punktu widzenia zgodności z regułami przeprowadzania postępowania o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń¹⁵. Jak bowiem zauważono w wyroku NSA z dnia 24 września 2014 r.¹⁶, w treści art. 154 ustawy o świadczeniach nie można odnaleźć jakichkolwiek przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że mamy w tym przypadku do czynienia z odstępstwami od ogólnych zasad K.p.a., określających granice rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy przez organ administracyjny, zwłaszcza pozwalających przyjąć, że organ administracyjny zajmuje się sprawą jedynie w granicach określonych w odwołaniu (będącym wnioskiem o wszczęcie postępowania administracyjnego) i co za tym idzie – nie dotyczą go określone w K.p.a. zasady postępowania administracyjnego. Organy administracji mają zatem obowiązek rozpatrzenia sprawy wszczętej odwołaniem wniesionym w trybie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w pełnym jej zakresie, według reguł określonych w K.p.a., nie zaś w zakresie wyznaczonym odwołaniem.

Z drugiej zaś strony, w orzecznictwie NSA odnaleźć było można również pogląd, zgodnie z którym rozpoznanie odwołania wniesionego na podstawie art. 154 ustawy o świadczeniach jest ograniczone wyłącznie do zbadania, czy nie doszło do naruszenia zasad postępowania, które spowodowało uszczerbek w interesie prawnym świadczeniodawcy (oferenta), zaś w granicach tego postępowania nie mieści się ponowna ocena złożonych ofert, w tym badanie prawidłowości oceny oferty złożonej przez podmiot konkurujący z podmiotem wnoszącym odwołanie¹⁷.

Przedstawione powyżej rozbieżności, widoczne zarówno w orzecznictwie sądów I instancji, jak i w orzecznictwie NSA, stanowią zjawisko niekorzystne dla stron postę-

¹² Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 03 lutego 2012 r., sygn. akt VI SA/Wa 1762/11, Baza NSA.

¹³ Dalej jako: „NSA”.

¹⁴ Wyrok NSA z 11 lipca 2012 r., sygn. akt II GSK 121/12, ONSAiWSA 2014, Nr 6, poz. 94.

¹⁵ Por. wyrok NSA z 06 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 1163/12, Baza NSA; wyrok NSA z 8 maja 2013 r. sygn. akt II GSK 255/12, wyrok NSA z 14 stycznia 2014 r., sygn. akt II GSK 1615/12, Baza NSA.

¹⁶ Sygn. akt II GSK 1278/13, Baza NSA.

¹⁷ Wyrok NSA z dnia 8 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 2014/12, Baza NSA.

powania. Niedopuszczalna była bowiem sytuacja, w której strona, wnosząca środek odwoławczy, o jakim mowa w art. 154 ustawy o świadczeniach, w istocie nie wiedziała, jaki będzie zakres zainicjowanego przez nią postępowania, a więc czy będzie odnosił się do całego postępowania konkursowego, czy też ograniczony zostanie wyłącznie do oceny jej oferty.

Niejednolite orzecznictwo sądów administracyjnych doprowadziło do zmiany ustawy o świadczeniach. Ustawą z dnia 11 października 2013 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw¹⁸, zmieniono przepis art. 154 ustawy o świadczeniach w ten sposób, że dodano ust. 6a, zgodnie z którym stronami postępowania zainicjowanego odwołaniem są świadczeniodawca, który złożył odwołanie oraz świadczeniodawcy, którzy zostali wybrani do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Wprowadzona zmiana, która w zamierzeniu ustawodawcy miała przyczynić się do ograniczenia kosztów postępowania (zarówno po stronie Narodowego Funduszu Zdrowia, jak i samych świadczeniodawców), z uwagi na brak konieczności doręczania pism (np. odpisów składanej skargi do sądu administracyjnego) wszystkim podmiotom, które złożyły oferty w danym postępowaniu (często niezainteresowanym prowadzonym postępowaniem przed sądem)¹⁹, równocześnie przyczyniła się do wyjaśnienia zakresu postępowania odwoławczego. Skoro stronami postępowania są jedynie podmiot, który wnosi odwołanie oraz podmiot (podmioty), który w ramach ukończonego konkurs został wskazany jako podmiot z najlepszą ofertą, to konsekwentnie jedynie ich oferty powinny podlegać kontroli w ramach prowadzonego postępowania. Poza zakresem postępowania pozostają tym samym inne oferty, a więc oferty które zostały odrzucone w postępowaniu konkursowym, lub też oferty, które nie zostały wybrane przez komisję konkursową.

Teza powyższa znajduje swoje odzwierciedlenie chociażby w wyroku NSA z dnia 24 września 2014 r.²⁰, gdzie wskazano, że zarówno postępowanie w formie konkursu, jak i postępowanie w trybie rokowań, jest postępowaniem opartym na zasadzie konkurencji (o ograniczoną ilość dóbr może się ubiegać nieograniczona liczba świadczeniodawców). Ustalenie wyniku tego konkurowania w postaci rankingu (klasyfikacji wartościującej poszczególne oferty) mieści w sobie implicite porównywanie ofert świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu. Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej nakłada na Fundusz obowiązek równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach). Równe traktowanie w zakresie ocen ofert jest kwestią pewnych relacji pomiędzy tymi ocenami. Nie jest więc możliwe skontrolowanie respektowania zasady równego traktowania przy ustalaniu rankingu świadczeniodawców wyłącznie na podstawie weryfikacji oceny oferty odwołującego się, dokonanej pod względem zgodności z wymaganiami stawianymi świadczeniodawcom. Narusza bowiem tę zasadę również prawidłowa ocena

¹⁸ Dz.U. z 2013 r., poz. 1290.

¹⁹ Druk sejmowy Sejmu RP VII Kadencji Nr 1785.

²⁰ Sygn. akt II GSK 1207/13, Baza NSA.

oferty odwołującego się w sytuacji, gdy ocena któregośkolwiek z jego konkurentów wyżej uplasowanej w rankingu została bezpodstawnie zawyżona.

Prezentowaną powyżej tezę dodatkowo potwierdza treść art. 154 ust. 2 zd. 2 ustawy o świadczeniach, zgodnie z którym wniesienie odwołania wstrzymuje zawarcie umowy o udzielanie świadczeń do czasu jego rozpatrzenia. Wstrzymanie to obowiązuje – ze względu na niewykonalność decyzji administracyjnej organu pierwszej instancji – do czasu ostatecznego rozpatrzenia odwołania, a więc również rozpatrzenia ewentualnego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, o jakim mowa w art. 154 ust. 4 ustawy o świadczeniach²¹. Oznacza to, że skutki prawne wniesionego odwołania nie ograniczają się jedynie do podmiotu wnoszącego odwołanie, ale obejmują również podmiot, którego oferta została wybrana w ramach prowadzonego postępowania konkursowego.

W tym miejscu należy zauważyć, że oprócz dodania do art. 154 ustawy o świadczeniach ust. 6a, ustawodawca zdecydował się również na doprecyzowanie skutków, jakie niesie ze sobą skuteczne wniesienie odwołania. Pierwotnie, stosownie do treści art. 154 ust. 7 ustawy o świadczeniach, w przypadku uwzględnienia odwołania konieczne było przeprowadzenie ponownego postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Innymi słowy, uwzględnienie odwołania skutkowało uchyleniem całego postępowania konkursowego, a co za tym idzie koniecznością jego ponownego przeprowadzenia. Tak daleko idące konsekwencje wniesionego odwołania, stanowiły dodatkowy argument, pozwalający przyjąć, że w ramach postępowania, o jakim mowa w art. 154 ustawy o świadczeniach, konieczne było rozważanie wszystkich ofert złożonych w prowadzonym postępowaniu konkursowym. Dopiero ich ocena pozwalała na rozstrzygnięcie, czy prowadzone postępowanie jest obarczone tak daleko idącą wadą, która skutkować musiała ponownym przeprowadzeniem postępowania konkursowego.

Ustawodawca, chcąc przeciwdziałać negatywnym następstwom związanym z koniecznością przeprowadzenia ponownego postępowania konkursowego w przypadku uwzględnienia odwołania zdecydował o nowelizacji art. 154 ust. 7 ustawy o świadczeniach precyzując, że w przypadku uwzględnienia odwołania dotyczącego rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przeprowadza się postępowanie w trybie rokowań ze świadczeniodawcą, który złożył wskazane odwołanie, chyba że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawiera się z jednym świadczeniodawcą na danym obszarze. W takim przypadku dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu ponownie przeprowadza postępowanie w sprawie zawarcia umowy.

Opisana powyżej zmiana, jednoznacznie określającą skutki prawne związane z uznaniem zasadności wniesionego odwołania, dodatkowo precyzuje, jaki powinien być zakres postępowania odwoławczego. Skoro ewentualne uwzględnienie odwołania nie niesie ze sobą skutku w postaci konieczności przeprowadzenia ponownego postępowania konkursowego, lecz skutkuje jedynie koniecznością przeprowadzenia postępowania w trybie rokowań ze świadczeniodawcą, który wniósł odwołanie, to brak jest podstaw do badania, w ramach prowadzonego postępowania, prawdziwości oceny innych, niewybranych ofert złożonych przez podmioty konkurujące z podmiotem

²¹ Por. wyrok NSA z 24 września 2014 r., sygn. akt II GSK 1104/13, Baza NSA.

wnoszącym odwołanie. Prowadzone postępowanie powinno być ograniczone jedynie do zweryfikowania, czy doszło do naruszenia zasad postępowania, które spowodowało uszczerbek w interesie prawnym świadczeniodawcy, poprzez wybór świadczeniodawcy niespełniającego wszystkich warunków konkursowych lub też wadliwe ocenione. Z tego punktu widzenia, oferty innych świadczeniodawców nie mają znaczenia dla sytuacji prawnej wnoszącego odwołanie. Również w przypadku, gdy umowę o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej zawiera się z jednym świadczeniodawcą na danym obszarze, obowiązkiem organu jest dokonanie ponownej oceny, zarówno oferty wybranej przez komisję konkursową, jak i oferty podmiotu odwołującego. Powyższy wniosek wynika wprost ze skutku, jaki niesie ze sobą uwzględnienie odwołania, a którym jest konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy, a więc konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania konkursowego. W tej sytuacji, ograniczenie postępowania odwoławczego jedynie do oferty podmiotu wnoszącego odwołanie mogłoby prowadzić do daleko idących skutków, gdyż stwierdzenie zasadności odwołania, z uwagi na naruszenie przepisów postępowania konkursowego, prowadziłyby do automatycznego uchylecia całego postępowania konkursowego. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, że w danym konkursie faktycznie doszło do naruszenia interesu prawnego podmiotu wnoszącego odwołanie, jednak okoliczność powyższa nie miała wpływu na wynik sprawy, gdyż w istocie komisja konkursowa wskazała podmiot, który przedstawił najlepszą ofertę. Wysłanie powyższego wniosku jest jednak możliwe dopiero po dokonaniu wszechstronnej oceny zarówno oferty podmiotu, wnoszącego środek, o jakim mowa w art. 154 ustawy o świadczeniach, jak i oferty podmiotu wybranego przez komisję konkursową.

Sam zakres postępowania, w którym dokonuje się oceny zarówno oferty podmiotu wnoszącego odwołanie oraz podmiotu, którego oferta została wybrana obejmuje całość ofert złożonych przez powyższe podmioty. Podzielić przy tym należy stanowisko zajęte przez WSA w Gorzowie Wlkp. w wyroku z dnia 12 lutego 2015 r.²², że porównanie ofert w toku postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej obejmuje nie tylko kompleksowość czy jakość udzielanych świadczeń, ale także ich dostępność, kwalifikacje personelu, wyposażenie w sprzęt i aparaturę medyczną, na podstawie wewnętrznej oraz zewnętrznej oceny, która może być potwierdzona certyfikatem jakości lub akredytacją; ceny i liczby oferowanych świadczeń opieki zdrowotnej oraz kalkulacje kosztów. Ocena obu oferentów w tych kategoriach winna być odzwierciedlona w decyzji, tak aby można było ocenić czy organ równo traktował oferentów w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. A więc w granicach postępowania odwoławczego mieści się badanie prawidłowości oceny oferty złożonej przez podmiot konkurujący z podmiotem wnoszącym odwołanie²³. Co istotne, organy administracji mają obowiązek rozpatrzenia sprawy w pełnym jej zakresie, według reguł określonych w K.p.a., nie zaś w zakresie wyznaczonym odwołaniem. Wynika to z faktu, że przepisy ustawy o świadczeniach nie zawierają jakiegokolwiek przepisu ograniczającego zakres postępowania odwoławczego, zainicjowanego wniesieniem odwołania, o jakim mowa w art. 154 ust. 1 ustawy o świadczeniach. Konsekwentnie,

²² Sygn. akt II SA/Go 850/14, Baza NSA.

²³ Wyrok NSA z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt II GSK 732/13, Baza NSA.

za niedopuszczalne uznać by należało samodzielne ograniczenie prowadzonego postępowania jedynie do zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Podsumowując dotychczasowe rozważania przyjąć należy, że w obecnym stanie prawnym zakres postępowania odwoławczego, określonego w art. 154 ust. 1 ustawy o świadczeniach nie ograniczona się do oceny oferty złożonej przez odwołującego oraz określonych czynności komisji podejmowanych w stosunku do tego podmiotu, lecz obejmuje konieczność dokonania ponownej oceny zarówno podmiotu wnoszącego odwołanie, jak i podmiotu (podmiotów) wskazanych przez komisję konkursową. W ramach prowadzonego postępowania odwoławczego niezbędne jest zbadanie, czy nie doszło do naruszenia zasad postępowania, które spowodowały uszczerbek w interesie prawnym świadczeniodawcy, co nie ogranicza się jedynie do badania zarzutów podniesionych w odwołaniu, lecz obejmuje całość postępowania konkursowego.

BIBLIOGRAFIA

- Adamiak B., *Odwołanie w polskim systemie prawa administracyjnego*, Wrocław 1980.
- Kmiecik Z., *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 267 ze zm.).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 581 ze zm.).
- Ustawa z dnia 11 października 2013 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1290).
- Rybicki Z., Piątek S., *Zarys prawa administracyjnego i nauki administracji*, Warszawa 1984.
- Wyrok NSA z 11 lipca 2012 r., sygn. akt II GSK 121/12, ONSAiWSA 2014, Nr 6, poz. 94.
- Wyrok NSA z 06 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 1163/12, Baza NSA;
- Wyrok NSA z 08 marca 2013 r., sygn. akt II GSK 2014/12, Baza NSA.
- Wyrok NSA z 08 maja 2013 r. sygn. akt II GSK 255/12, Baza NSA
- Wyrok NSA z 14 stycznia 2014 r., sygn. akt II GSK 1615/12, Baza NSA.
- Wyrok NSA z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt II GSK 732/13, Baza NSA.
- Wyrok NSA z 24 września 2014 r., sygn. akt II GSK 1207/13, Baza NSA.
- Wyrok NSA z 24 września 2014 r., sygn. akt II GSK 1104/13, Baza NSA.
- Wyroku NSA z 24 września 2014 r., sygn. akt II GSK 1278/13, Baza NSA.
- Wyrok WSA w Gorzowie Wlkp. w wyroku z dnia 12 lutego 2015 r., sygn. akt II SA/Go 850/14, Baza NSA.
- Wyrok WSA w Warszawie z 15 czerwca 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 578/05, Baza NSA.
- Wyrok WSA w Warszawie z 22 września 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1904/05, Baza NSA.
- Wyrok WSA w Warszawie z 12 marca 2008 r., sygn. akt VII SA/Wa 2049/07, Baza NSA.
- Wyrok WSA w Warszawie z 15 grudnia 2009 r., sygn. akt VI SA/Wa 1827/09, Baza NSA.
- Wyrok WSA w Warszawie z 03 lutego 2012 r., sygn. akt VI SA/Wa 1762/11, Baza NSA.

ZAKRES POSTĘPOWANIA ODWOŁAWCZEGO W SPRAWACH Z ZAKRESU ROZSTRZYGANIA KONKURSU OFERT NA ZAWIERANIE UMÓW O UDZIELANIA ŚWIADCZEŃ OPIEKI ZDROWOTNEJ

Streszczenie

Analiza orzeczeń sądów administracyjnych wskazuje na istniejące, na gruncie stosowania przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, rozbieżności dotyczące zasad prowadzenia postępowania odwoławczego w sprawach z zakresu konkursów na świadczenie usług zdrowotnych. W szczególności wątpliwości budzi, czy w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego konieczne jest dokonanie ponownej oceny wszystkich wniesionych ofert.

Podjęte badania, w których oparto się na metodzie analizy tekstów prawnych oraz orzeczeń sądów administracyjnych, doprowadziły do wniosku, że w ramach postępowania odwoławczego konieczne jest dokonania ponownej oceny zarówno podmiotu wnoszącego odwołanie, jak i podmiotu (podmiotów) wskazanych przez komisję konkursową. W ramach prowadzonego postępowania odwoławczego niezbędne jest zbadanie, czy nie doszło do naruszenia zasad postępowania, które spowodowały uszczerbek w interesie prawnym świadczeniodawcy, co nie ogranicza się jedynie do zarzutów podniesionych w odwołaniu, lecz obejmuje całość postępowania konkursowego.

Słowa kluczowe: *świadczenia opieki zdrowotnej, postępowanie konkursowe, postępowanie odwoławcze*

COMPLAINT PROCEDURE WITHIN PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE IN THE FIELD OF HEALTHCARE SERVICES PROVISION

Summary

The analysis of administrative courts judgements shows that, based on the implementation of the provisions of the Act of 27 August 2004 on the provision of healthcare services financed from public funds, there are discrepancies in the complaint procedure rules concerning public procurement in the provision of healthcare services. Doubts are especially raised about whether it is necessary to analyse all the submitted applications within the conducted complaint procedure. The research based on the analysis of legal texts and administrative courts judgements led to a conclusion that within the complaint procedure it is necessary to re-evaluate the entity filing a complaint as well as the entity (entities) chosen by the procurement commission. Within the conducted complaint procedure, it is necessary to examine whether an infringement of rules has occurred and caused damage to the legal interests of the service provider. This is not limited to the examination of claims made in the complaint but covers the whole procurement procedure.

Key words: *provision of healthcare services, public procurement procedure, complaint procedure*

ROLA KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO W KARNEJ OCHRONIE RYNKU FINANSOWEGO

PIOTR OCHMAN

I. UWAGI OGÓLNE

Rynek finansowy stanowi platformę alokacji kapitału pieniężnego o różnych terminach zapadalności¹. Wzajemne zależności występujące pomiędzy rynkiem finansowym, jego poszczególnymi segmentami oraz systemem finansowym państwa, a także potrzeba ochrony interesów deponentów² stanowią argumenty na rzecz reglamentacji tego rynku. Ochrona ta realizowana jest w szczególności poprzez stwarzanie ekonomicznych i prawnych instrumentów stwarzających instytucjonalne i faktyczne podstawy bezpieczeństwa, stabilności i zaufania do tego rynku. Po okresie tendencji deregulacyjnych, ostatni kryzys finansowy, zapoczątkowany impasem na rynku kredytów *subprime* w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej³, unaoczniał, że brak skutecznego nadzoru nad rynkiem finansowym nie sprzyja jego skutecznej ochronie. Istotnym instrumentem oddziaływania na właściwe funkcjonowanie rynku finansowego stanowią organy nadzoru⁴.

¹ I. Pyka, *Funkcjonowanie i organizacja rynku finansowego*, [w:] I. Pyka (red.), *Rynek finansowy*, Katowice 2010, s. 9; A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 23–24; M. Lemmonier, *Europejskie modele instrumentów finansowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 219; P. Zawadzka, *Pojęcie i zakres rynku finansowego*, [w:] R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo finansowe*, Warszawa 2011, s. 476–477.

² Por. O. Szczepańska, *Stabilność finansowa jako cel banku centralnego. Studium teoretyczno-porównawcze*, Warszawa 2008, s. 40–45; A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego...*, s. 166–171; C. Kosikowski, M. Olszak, *Od prawa bankowego do prawa rynku finansowego*, [w:] J. Głuchowski (red.), *Prawo walutowe. Prawo dewizowe. Prawo rynku finansowego. System prawa finansowego. Tom IV*, Warszawa 2010, s. 210. Zob. także przepis art. 2 ustawy z dnia 21 lipca 2006 roku o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. z 2015 r., poz. 614, zwana dalej „NRFU”).

³ Zob. K. Borowski, *Kryzys na rynku kredytów subprime i jego skutki*, [w:] J. Nowakowski, T. Famulska (red.), *Stabilność i bezpieczeństwo systemu bankowego*, Warszawa 2008, s. 87–93.

⁴ Zob. D. Llewelyn, *The Economic Rationale for Financial Regulation*, FSA Occasional Paper, April 1999, *passim*.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest próba przedstawienia roli, jaką spełnia Komisja Nadzoru Finansowego⁵ w systemie karnej ochrony rynku finansowego. Zarysowany w ten sposób problem badawczy może się wydać *prima facie* kontrowersyjny, z uwagi na fakt, że – niezależnie od pojawiających się w literaturze fachowej wątpliwości odnośnie do statusu prawnego tego organu⁶ – nie posiada on statusu ani organu ścigania ani też organu wymiaru sprawiedliwości. Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, że z funkcjonowaniem KNF związane są także kompetencje, których realizacja wywiera bezpośredni lub pośredni wpływ na potencjalne lub toczące się postępowania karne w zakresie spraw dotyczących rynku finansowego⁷. W konsekwencji, analiza tych normatywnie określonych kompetencji jawi się jako uzasadniona⁸.

II. UWAGI SZCZEGÓŁOWE

1) KARNOPRAWNA OCHRONA RYNKU FINANSOWEGO W UJĘCIU SYSTEMOWYM

Już w opublikowanych na początku lat 80. ubiegłego wieku Zaleceniach Rady Europy dotyczących przestępstw gospodarczych⁹ podkreślono potrzebę wzmacniania pozakarnych środków eliminacji patologii gospodarczych¹⁰. Wśród właściwych w tym

⁵ Zwana w dalszej części opracowania także „KNF”. Podkreślenia wymaga, że niekiedy konkretne uprawnienia przysługują nie bezpośrednio KNF, lecz samoistnie jej Przewodniczącemu (lub zastępcy). W konsekwencji wskazywanie KNF jako podmiotu (instytucji) ochrony karnej rynku finansowego stanowi pewne uproszczenie.

⁶ Zob. szerzej: P. Wajda, *Rola decyzji administracyjnej w nadzorze nad polskim systemem finansowym*, Warszawa 2009, s. 148–168; Sz. Pawłowski, *Pozycja ustrojowa Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] P. Radziejewicz (red.), *Aktualne problemy konstytucyjne w świetle wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2010, s. 11–23, T. Nieborak, *Status prawny Komisji Nadzoru Finansowego w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 czerwca 2011 roku* (sygn. K 2/09), [w:] L. Etel, M. Tyniewicz (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe. Realia i perspektywy zmian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Eugeniuszowi Ruśkowskiemu*, Białystok 2012, s. 573–582; A. Jurkowska-Zeidler, *Status prawny Komisji Nadzoru Finansowego jako organu administracji publicznej w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 czerwca 2011 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, Nr 28, s. 145–153; M. Dyl, *Środki nadzoru na rynku kapitałowym*, Warszawa 2012, s. 95–103; A. Nadolska, *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze Europejskiego Nadzoru Finansowego*, Warszawa 2014, s. 245–260.

⁷ W literaturze fachowej wskazuje się, że chodzi w tym przypadku o zagadnienia ze „styku stosowania przepisów prawa karnego”. Zob. M. Dyl, *Środki nadzoru...*, s. 165.

⁸ W zakresie przedmiotowej problematyki zob. w szczególności M. Dyl, *Środki nadzoru...*, Warszawa 2012, s. 165–188; R. Blicharz, *Postępowanie wyjaśniające Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 201–216; M. Wierzbowski, *Postępowanie wyjaśniające przed Komisją Papierów Wartościowych i Giełd*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, Nr 4, s. 12–14; A. Ochnio, *Blokada rachunku instrumentów finansowych*, „Prokuratura i Prawo” 2009, Nr 1, s. 70–86; *eadem*, *Blokada rachunku i wstrzymanie transakcji jako środki przymusu w procesie karnym*, Warszawa 2015, *passim*.

⁹ Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (81) 12* z 25.06.1981 r.

¹⁰ Zob. na ten temat O. Górniok, *Problemy przestępczości gospodarczej w zaleceniach Rady Europy*, Państwo i Prawo 1991, Nr 9, s. 45–54; *eadem*, *Środki zapobiegania przestępczości gospodarczej w zaleceniach Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 1992, Nr 10, s. 24–31; *eadem*, *Przestępczość gospodar-*

zakresie instrumentów wskazywano na konieczność istnienia określonych wymogów kapitałowych oraz innych warunków tworzenia podmiotów gospodarczych, właściwego nadzoru nad tymi podmiotami, jak również propagowania pozaprawnych środków wzmacniających świadomość etyczną uczestników obrotu gospodarczego. Również w badaniach naukowych dotyczących środków przeciwdziałania przestępczości gospodarczej przeważa pogląd, że przepis karny nie może być jedynym instrumentem służącym do kształtowania polityki gospodarczej państwa¹¹. Akceptacja powyższej tezy nie powinna być jednak rozumiana na rzecz odrzucenia koncepcji ochrony rynku finansowego również za pomocą środków prawa karnego. Pomimo że, zgodnie z zasadą subsydiarności prawa karnego, ochrona dóbr prawnych nie może być absolutna i nieograniczona, w odniesieniu do dóbr prawnych mających szczególną wartość społeczną na ustawodawcy ciąży jednak obowiązek kryminalizacji zachowań je naruszających lub narażających na niebezpieczeństwo¹². Na marginesie, podkreślenia wymaga fakt, że nie sama przynależność „gałęziowa” danego instrumentu ochrony analizowana *in abstracto* stanowić może jedyną miarę stopnia dolegliwości stwarzanej przez daną regulację. Przykładowo, w kontekście problemu zastępowania odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze przez odpowiedzialność administracyjną represyjną, wskazać można, że jakkolwiek ten drugi rodzaj odpowiedzialności może pozornie jawić się jako mniej dolegliwy dla jednostki, to jednak obecny stopień rozwoju regulacji dotyczących odpowiedzialności administracyjnej, a ściślej jego mankamenty w postaci braku zasad odpowiedzialności i zasad karania za delikty administracyjne (zasady wymiaru kary administracyjnej, przedawnienie karalności, przedawnienie wykonania kary, reguły pozwalające na rozstrzygnięcie zbiegu przestępstw (wykroczeń) i deliktów administracyjnych), mogą stwarzać *in concreto* dużo większą dolegliwość dla jednostki, aniżeli sankcje karne¹³.

cza i jej zwalczanie, Warszawa 1994, s. 163–167; *eadem*, *Pojęcie karnego prawa gospodarczego i jego szczególne problemy* [w:] O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 27–30.

¹¹ T. Cyprian, *Problemy kodyfikacyjne przestępstw gospodarczych*, „Państwo i Prawo” 1958, z. 11, s. 747; *idem*, *Czy przepis karny jest instrumentem polityki gospodarczej*, „Nowe Prawo” 1958, Nr 3, s. 81; S. Gabryszewski, T. Oczkowski, *Zapobieganie i zwalczanie przestępczości gospodarczej*, „Prokuratura i Prawo” 1996, Nr 12, s. 51; J. Broł, M. Safjan, *Prawo wobec zjawisk patologicznych w gospodarce – propozycje rozwiązań*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, Nr 7–9, s. 145; R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 8–9; *idem*, *Istota prawa karnego gospodarczego*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2012, s. 36; O. Górniok, *Istota karnego prawa gospodarczego...*, s. 6–12; *eadem*, *Rola karania w przeciwdziałaniu patologicznym zachowaniom gospodarczym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, Nr 5, s. 12–15; S. Zótek, *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009, s. 94–135. Już W. Wolter pisał bowiem, że „każdy maksymalizm karny w dwóch kierunkach daje wyniki ujemne. Z jednej bowiem strony pokazuje, że inflacja przepisów karnych bynajmniej nie jest w stanie odpowiednio kierować życiem społecznym, z drugiej strony tego rodzaju inflacja wywołuje skutki wręcz szkodliwe, polegające na tym, że nieuniknioną konsekwencją nadmiaru zakazów karnych jest niemożliwość ich pełnego egzekwowania” (W. Wolter, *Granice i zakres prawa karania*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 2, s. 243–244).

¹² Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 98.

¹³ Zob. szerzej W. Radecki, *Kilka uwag o zastępowaniu odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną*, [w:] *Współczesne problemy nauk penalnych*, Wrocław 1994, s. 13–22; *idem*, *Zastępowanie odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną na przykładzie prawnej ochrony środowiska*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi*

Środki zapobiegania przestępczości gospodarczej mogą być klasyfikowane na wiele sposobów. Biorąc pod uwagę sposób ich oddziaływania, można wyróżnić środki o charakterze prewencyjnym, gdzie na plan pierwszy wysuwa się zapobieganie określonym patologiom w obrocie gospodarczym, oraz środki o charakterze represyjnym, gdzie pierwszoplanowym elementem jest represja¹⁴. Z kolei, z punktu widzenia statusu gałęziowego określonych instrumentów, wyróżnić można karne i pozakarne środki zapobiegania przestępczości gospodarczej¹⁵. Wśród instrumentów pozakarnych wyróżnia się środki osobowe (personalne) oraz rzeczowe. Środki osobowe mają na celu zapobieganie uczestnictwu w obrocie gospodarczym osób niedających rękopmi należytego wypełniania powierzonych im obowiązków¹⁶. Natomiast zasadniczy cel środków rzeczowych stanowi utrudnienie wykorzystywania działalności gospodarczej do popełniania przestępstw¹⁷. Jeszcze inny podział wskazuje na mieszany, trójstopniowy model ochrony obrotu gospodarczego, w ramach którego wyróżnić można¹⁸ środki ochrony cywilnoprawnej, instytucjonalnej oraz karnoprawnej¹⁹. W powyższym ujęciu KNF stanowi element instytucjonalnej ochrony rynku finansowego, którego celem jest zapewnienie bezpieczeństwa, stabilności i zaufania do tego rynku.

2) KOMISJA NADZORU FINANSOWEGO JAKO ORGAN INSTYTUCJONALNEJ OCHRONY RYNKU FINANSOWEGO

Komisja Nadzoru Finansowego została powołana na podstawie przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym. Wejście w życie powołanej ustawy zapoczątkowało proces przebudowy modelu nadzoru nad polskim rynkiem finansowym w kierunku nadzoru zintegrowanego²⁰. Aktualnie, nadzór sprawowany przez

Tadeuszowi Bojarskiemu, Lublin 2011, s. 531–547; *idem*, *Dezintegracja polskiego prawa penalnego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, Nr 9, s. 5–28; T. Oczkowski [w:] *Delikty administracyjne jako szczególna forma represji publicznej. Próba określenia przyczyn coraz większego znaczenia sankcji administracyjnych*, [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, K. Nazar-Gutowska, J. Piórkowska-Flieger, D. Firkowski (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej. Lublin. 26–27 września 2011*, Lublin 2011, s. 173–186; *idem*, *Problematyka deliktów administracyjnych – rozważania o represji za naruszenie norm prawa administracyjnego*, [w:] A. Marek, T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, Warszawa 2011, s. 249–254; D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004, s. 68–72. Zob. także M. Dyl [w:] A. Chłopecki, M. Dyl, *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2012, s. 19; P. Ochman, *Karnoprawna ochrona rynku kapitałowego. Przepisy karne ustaw polskiego rynku kapitałowego*, Londyn 2014, s. 49–51.

¹⁴ L. Lernell, *Przestępczość gospodarcza*, Warszawa 1968, s. 184–185.

¹⁵ S. Gabryszewski, T. Oczkowski, *Zapobieganie i zwalczanie...*, s. 51.

¹⁶ *Ibidem*, s. 53. Zob. także przykładowo P. Ochman, *Z problematyki zakazu pełnienia funkcji piastuna organu w spółkach handlowych – uwagi na marginesie przepisu art. 18 § 2 k.s.h.*, Rejent 2012, Nr 12, s. 49–69.

¹⁷ S. Gabryszewski, T. Oczkowski, *Zapobieganie i zwalczanie...*, s. 54.

¹⁸ Zob. R. Kuciński, *op. cit.*, s. 47. Por. T. Żółtek, *Prawo karne...*, s. 229.

¹⁹ Zob. także P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, Warszawa 2011, s. 115–128.

²⁰ Przed wejściem w życie NRFU, tj. 19 września 2006 roku, nadzór nad rynkiem finansowym poddany był organom sektorowym, tj. Komisji Papierów Wartościowych i Giełd, Komisji Nadzoru Ubezpieczeń i Funduszy Emerytalnych oraz Komisji Nadzoru Bankowego. Wejście w życie NRFU spowodowało z mocy prawa zniesienie dwóch pierwszych centralnych organów administracji rządowej.

Komisję Nadzoru Finansowego obejmuje²¹: nadzór bankowy²², nadzór emerytalny²³, nadzór ubezpieczeniowy²⁴, nadzór nad rynkiem kapitałowym²⁵, nadzór nad instytucjami płatniczymi, biurami usług płatniczych, instytucjami pieniądza elektronicznego, oddziałami zagranicznych instytucji pieniądza elektronicznego²⁶, nadzór nad agencjami ratingowymi²⁷, nadzór uzupełniający²⁸, oraz nadzór nad spółdzielczymi kasami

Z kolei, włączenie nadzoru bankowego w zakres kompetencji KNF, wraz z uprzednim zniesieniem Komisji Nadzoru Bankowego, nastąpiło od 1 stycznia 2008 roku.

²¹ Zakres nadzoru KNF określony w przepisie art. 1 ust. 1 NRFU wyznaczany jest zarówno poprzez sektorowe wskazanie nadzorowanych segmentów rynku finansowego, jak również specyfikę oddziaływania nadzorczego wynikającą, przykładowo, z funkcjonowania podmiotów rynku finansowego w ramach konglomeratów finansowych.

²² Nadzór bankowy sprawowany jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 128, z późn. zm., zwana dalej PrB), ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o Narodowym Banku Polskim (Dz.U. z 2013 r. poz. 908, z późn. zm., zwana dalej „NBPU”), ustawy z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (Dz.U. z 2014 r. poz. 109, z późn. zm.) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz.Ur. UE L 176 z 27.06.2013, str. 1, z późn. zm.).

²³ Nadzór emerytalny sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. z 2013 r. poz. 989, z późn. zm., zwanej dalej „OFFEU”), ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych (Dz.U. z 2014 r., poz. 710, zwanej dalej „PPEU”), ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontaktach emerytalnych oraz indywidualnych kontaktach zabezpieczenia emerytalnego (Dz.U. z 2014 r., poz. 1147, zwanej dalej „IKEU”), ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym (Dz.U. z 2013 r., poz. 290, z późn. zm., zwana dalej „NUEU”) oraz ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1097, zwana dalej „EKU”).

²⁴ Nadzór ubezpieczeniowy sprawowany jest zgodnie z przepisami ustawy nadzór ubezpieczeniowy, sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. poz. 1844, zwana dalej „DUU”), ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 2014 r., poz. 1450, z późn. zm., zwana dalej „PUU”), ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o ubezpieczeniach upraw rolnych i zwierząt gospodarskich (Dz.U. z 2015 r. poz. 577).

²⁵ Nadzór nad rynkiem kapitałowym sprawowany jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. z 2014 r., poz. 94, z późn. zm., zwana dalej „OIFU”), ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 1382, z późn. zm., zwana dalej „OPU”), ustawy z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych (Dz.U. z 2014 r., poz. 157, z późn. zm., zwana dalej „FIU”), ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2014 r., poz. 197, z późn. zm., zwana dalej „GTU”) oraz ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (Dz.U. z 2014 r., poz. 1537, z późn. zm., zwana dalej „NRKU”).

²⁶ Nadzór nadzór nad instytucjami płatniczymi, biurami usług płatniczych, instytucjami pieniądza elektronicznego, oddziałami zagranicznych instytucji pieniądza elektronicznego sprawowany jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. z 2014 r., poz. 873, z późn. zm., zwana dalej „UPU”).

²⁷ Nadzór nad agencjami ratingowymi sprawowany jest w zakresie przewidzianym przepisami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1060/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie agencji ratingowych (Dz.Ur. WE L 302 z 17.11.2009, str. 1, zwane dalej Rozporządzeniem w sprawie agencji ratingowych).

²⁸ Nadzór uzupełniający sprawowany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 kwietnia 2005 r. o nadzorze uzupełniającym nad instytucjami kredytowymi, zakładami ubezpieczeń, zakładami reasekuracji i firmami inwestycyjnymi wchodzącymi w skład konglomeratu finansowego (Dz.U. z 2014 r., poz. 1406, z późn. zm.).

oszczędnościowo-kredytowymi i Krajową Spółdzielczą Kasą Oszczędnościowo-Kredytową²⁹. Podkreślenia wymaga fakt, że kształt polskiego rynku finansowego, w tym także nadzoru nad tym rynkiem sprawowanego przez KNF współwyznaczany jest (bezpośrednio³⁰ lub pośrednio³¹) również poprzez regulacje prawa unijnego³². Uniwersalne, tj. wspólne dla całego rynku finansowego, cele nadzoru sprawowanego przez KNF zostały określone w przepisie art. 2 NRFU. Stanowią je *verba legis*: zapewnienie prawidłowego funkcjonowania tego rynku, jego stabilności, bezpieczeństwa oraz przejrzystości, zaufania do rynku finansowego, a także zapewnienie ochrony interesów uczestników tego rynku również poprzez rzetelną informację dotyczącą funkcjonowania rynku. Szczegółowe (sektorowe) cele nadzoru nad poszczególnymi segmentami rynku finansowego wskazane zostały poprzez odniesienie do aktów prawnych regulujących

²⁹ Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo – kredytowymi i Krajową Kasą Oszczędnościowo-Kredytową sprawowany jest zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1450, z późn. zm., zwana dalej „SKOKU”).

³⁰ Np. w odniesieniu do agencji ratingowych, z uwagi na konieczność bezpośredniego stosowania przepisów Rozporządzenia w sprawie agencji ratingowych.

³¹ Poprzez konieczność implementacji stosownych przepisów prawa unijnego. Wśród podstawowych aktów prawa unijnego w tym zakresie wymienić należy w szczególności:

- **sektor bankowy**: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (Dz.Urz. UE seria L Nr 176, s. 1, tzw. CRR) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniająca dyrektywę 2002/87/WE i uchylająca dyrektywę 2006/48/WE oraz 2006/49/WE (Dz.Urz. UE seria L, Nr 176, s. 338, tzw. CRD IV), dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniającą dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylającą dyrektywę 2000/46/WE (Dz.Urz. UE seria L, Nr 267, s. 7) oraz dyrektywę 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniającą dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylającą dyrektywę 97/5/WE (Dz.Urz. UE seria L, Nr 319, s. 1),
- **sektor kapitałowy**: dyrektywę 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie rynków finansowych zmieniającą dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającą dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.Urz. UE seria L, Nr 145, s. 1, tzw. dyrektywa MiFID) oraz dyrektywę 2009/65/WE z 13.7.2009 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (Dz.Urz. UE seria L, Nr 302, s. 32, tzw. dyrektywa UCITS IV) oraz dyrektywę 2011/61/UE Parlamentu i Rady z 8.6.2011 r. w sprawie zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi i zmiany dyrektyw 2003/41/WE i 2009/65/WE oraz rozporządzeń (WE) Nr 1060/2009 i (UE) Nr 1095/2010 (Dz.Urz. UE seria L, Nr 174, s. 1, tzw. dyrektywa AIFMD),
- **sektor ubezpieczeniowy i emerytalny**: dyrektywa 2009/138/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 25.11.2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.Urz. UE seria L, Nr 335, s. 1, tzw. dyrektywa Solvency II), dyrektywa 2002/92/WE z 9.12.2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (Dz.Urz. UE seria L z 2003 r., Nr 9, s. 3), dyrektywa 2003/41/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 3.6.2003 r. w sprawie działalności instytucji pracowniczych programów emerytalnych oraz nadzoru nad takimi instytucjami (Dz.Urz. UE seria L, Nr 235, s. 10).

³² Zob. C. Kosikowski, M. Olszak, *Od prawa bankowego...*, [w:] J. Głuchowski (red.), *Prawo walutowe...*, s. 212–213; J. Bąk, A. Stepanów, *Europejskie prawo finansowe*, Warszawa 2013, *passim*.

poszczególne segmenty rynku finansowego³³. Słusznie wskazuje się w literaturze fachowej, że bliższa analiza przedmiotowych celów nadzoru pozwala na stwierdzenie, iż aktywność KNF służyć ma zarówno ochronie dóbr publicznych, jak i prywatnych³⁴.

³³ Normatywnie określone cele nadzoru, w odniesieniu do poszczególnych segmentów rynku finansowego, przedstawiają się następująco:

- **nadzór bankowy** (art. 133 ust. 1 PrB): bezpieczeństwo środków pieniężnych gromadzonych na rachunkach bankowych, zgodności działalności banków z przepisami PrB, rozporządzenia nr 575/2013, NBPU, statutem oraz decyzją o wydaniu zezwolenia na utworzenie banku, a także zgodności działalności prowadzonej przez banki zgodnie z art. 70 ust. 2 OIFU z przepisami OIFU oraz PrB i statutem;
- **nadzór nad sektorem usług płatniczych** (art. 99 ust. 2 UPU): *(w odniesieniu do krajowych instytucji płatniczych, w tym przez ich agentów i innych przedsiębiorców, za pośrednictwem których krajowa instytucja płatnicza świadczy usługi płatnicze lub dokonuje wykupu pieniądza elektronicznego, oraz podmiotów wykonujących niektóre czynności operacyjne na podstawie umowy, o której mowa w art. 86 ust. 1 UPU)*: bezpieczeństwo finansowe krajowych instytucji płatniczych, zgodność działalności krajowych instytucji płatniczych, w tym prowadzonej przez ich agentów i innych przedsiębiorców, za pośrednictwem których krajowa instytucja płatnicza świadczy usługi płatnicze lub dokonuje wykupu pieniądza elektronicznego, oraz podmioty wykonujące niektóre czynności operacyjne na podstawie umowy, o której mowa w art. 86 ust. 1, z przepisami UPU, rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 924/2009 z dnia 16 września 2009 r. w sprawie płatności transgranicznych we Wspólnocie oraz uchylającego rozporządzenie (WE) nr 2560/2001 (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 924/2009”) i rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 260/2012 z dnia 14 marca 2012 r. ustanawiającego wymogi techniczne i handlowe w odniesieniu do poleceń przelewu i poleceń zapłaty w euro oraz zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 924/2009 (zwanego dalej „rozporządzeniem 260/2012”) oraz zezwoleniem, o którym mowa w art. 60 ust. 1 UPU, a także ochrona interesów użytkowników i posiadaczy pieniądza elektronicznego; *(w odniesieniu do biur usług płatniczych – art. 129 ust. 2 UPU)*: zapewnienie zgodności działalności biur usług płatniczych z przepisami UPU oraz ochrona interesów użytkowników usług płatniczych; *(w odniesieniu do krajowych instytucji pieniądza elektronicznego – art. 132z ust. 2 UPU)*: zapewnienie bezpieczeństwa finansowego krajowych instytucji pieniądza elektronicznego, zapewnienie zgodności działalności krajowych instytucji pieniądza elektronicznego, w tym prowadzonej przez ich agentów i innych przedsiębiorców, za pośrednictwem których krajowa instytucja pieniądza elektronicznego świadczy usługi płatnicze lub dokonuje wykupu pieniądza elektronicznego, oraz podmioty wykonujące niektóre czynności operacyjne na podstawie umowy, o której mowa w art. 132v ust. 1 UPU, z przepisami UPU, rozporządzenia nr 924/2009, rozporządzenia nr 260/2012 oraz zezwoleniem, o którym mowa w art. 132a ust. 1 UPU, ochrona interesów użytkowników i posiadaczy pieniądza elektronicznego;
- **nadzór nad rynkiem kapitałowym** (art. 4 ust. 1 NRKU): prawidłowe funkcjonowanie rynku kapitałowego, w szczególności bezpieczeństwo obrotu oraz ochrona inwestorów i innych jego uczestników, a także przestrzeganie reguł uczciwego obrotu;
- **nadzór ubezpieczeniowy i emerytalny** (art. 3 NUEU): ochrona interesów osób ubezpieczających, ubezpieczonych, uposażonych lub uprawnionych z umów ubezpieczenia, członków funduszy emerytalnych, uczestników pracowniczych programów emerytalnych, osób otrzymujących emeryturę kapitałową lub osób przez nie uposażonych;
- **nadzór nad agencjami ratingowymi**: ochrona stabilności rynków finansowych i inwestorów;
- **nadzór uzupełniający** (art. 2 ust. 1 NUU): ochrona stabilności finansowej instytucji kredytowych, zakładów ubezpieczeń, zakładów reasekuracji i firm inwestycyjnych wchodzących w skład konglomeratu finansowego;
- **nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo – kredytowymi** (art. 61 ust. 1 SKOKU): zapewnienie stabilności finansowej kas, prawdziwości prowadzonej przez kasy działalności finansowej, bezpieczeństwa środków pieniężnych gromadzonych w kasach, zgodności działalności kas z przepisami SKOKU;
- **nadzór nad Kasą Krajową** (art. 61 ust. 2 SKOKU): zapewnienie stabilności finansowej Kasy Krajowej, prawdziwości wykorzystania funduszu stabilizacyjnego oraz innych środków deponowanych przez kasy w Kasie Krajowej, zgodności działalności Kasy Krajowej z przepisami SKOKU.

³⁴ J. Monkiewicz, *Wybrane problemy kształtowania nadzoru ubezpieczeniowego w Polsce w minionym piętnastolecu*, Rozprawy Ubezpieczeniowe 2007, Nr 1, s. 5–6.

Komisja Nadzoru Finansowego jest organem kolegialnym, w skład którego wchodzi Przewodniczący, dwóch Zastępców Przewodniczącego oraz czterech członków³⁵. Wśród instrumentów prawnych, które posiada KNF wyróżnić należy środki o charakterze władczym, niewładczym oraz mieszanym³⁶. Organ ten współtworzy również sieć bezpieczeństwa finansowego (tzw. *financial safety net*), czyli zespół instytucji i regulacji prawnych mających na celu ochronę systemu finansowego przed jego destabilizacją³⁷. Instrumenty z zakresu karnej ochrony stosowane na rynku finansowym przez KNF mają przede wszystkim na celu ochronę stabilności, bezpieczeństwa i zaufania do tego rynku, a także ochronę jego uczestników. W konsekwencji, biorąc pod uwagę zadania znajdujące się w zakresie kompetencji KNF, udział tego organu w systemie ochrony karnej rynku finansowego jest jak najbardziej uzasadniony. Podkreślenia wymaga również fakt, że niekiedy – pomimo kolegialnego charakteru KNF – określone uprawnienia lub obowiązki z zakresu nadzoru nad rynkiem finansowym przysługiwać mogą samoistnie Przewodniczącemu KNF lub jego zastępcom. Taki stan rzeczy wynika z dualistycznego statusu Przewodniczącego KNF³⁸. Z jednej strony podmiot ten upoważniony jest do reprezentowania KNF oraz kierowania jej pracami³⁹, z drugiej natomiast, przysługują mu samoistne uprawnienia (przyznane wprost lub na mocy upoważnienia KNF), stanowiące podstawę do działania jednoosobowego⁴⁰. Wskazany stan rzeczy rzutuje także na sposób realizacji określonych uprawnień i obowiązków z zakresu karnej ochrony rynku finansowego.

3) INSTRUMENTY KARNEJ OCHRONY RYNKU FINANSOWEGO

Wśród instrumentów prawnych przysługujących KNF w zakresie karnej ochrony rynku finansowego wskazać należy na następujące:

- a) złożenie zawiadomienia o przestępstwie,
- b) uzyskanie statusu pokrzywdzonego,
- c) podanie do publicznej wiadomości informacji o przestępstwie,

³⁵ Członkami Komisji są minister właściwy do spraw instytucji finansowych albo jego przedstawiciel, minister właściwy do spraw zabezpieczenia społecznego albo jego przedstawiciel, Prezes Narodowego Banku Polskiego albo delegowany przez niego Wiceprezes Narodowego Banku Polskiego oraz przedstawiciel Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej.

³⁶ Zob. szerzej M. Dyl, *Środki nadzoru...*, Warszawa 2012, s. 204–297.

³⁷ Zob. szerzej A. Nadolska, *Komisja Nadzoru finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze Europejskiej Nadzoru Finansowego*, Warszawa 2014, s. 335–394. Zob. także ustawę z dnia 7 listopada 2008 o Komitecie Stabilności Finansowej (Dz.U. Nr 209, poz. 1317 z późn. zm.). Do zadań Komitetu, zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 powołanej ustawy należy w szczególności: dokonywanie ocen sytuacji w krajowym systemie finansowym i na rynkach międzynarodowych oraz zapewnienie właściwego obiegu informacji pomiędzy członkami Komitetu dotyczących istotnych zdarzeń i tendencji mogących stanowić zagrożenie dla stabilności krajowego systemu finansowego; opracowywanie i przyjmowanie procedur współdziałania na wypadek wystąpienia zagrożenia dla stabilności krajowego systemu finansowego oraz koordynowanie działań członków Komitetu w sytuacji bezpośredniego zagrożenia dla stabilności krajowego systemu finansowego.

³⁸ Na temat statusu Przewodniczącego KNF zob. w szczególności A. Michór, *Z problematyki statusu Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego*, Studia Prawnicze Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego 2008, Nr 4, s. 87–97.

³⁹ W razie nieobecności przewodniczącego KNF kompetencje te może uzyskać upoważniony przez niego zastępca (art. 13 NRFU).

⁴⁰ M. Dyl, *Środki nadzoru...*, s. 85.

- d) przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego,
- e) wystąpienie o dokonanie blokady rachunku.

a) Obowiązujące przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks postępowania karnego⁴¹ przewidują społeczny (art. 304 § 1 k.p.k.) oraz prawny (art. 304 § 2 k.p.k.) obowiązek zawiadomienia o przestępstwie ściganym z urzędu⁴². Społeczny obowiązek zawiadomienia o takim przestępstwie spoczywa na każdym, kto dowiedział się o jego popełnieniu⁴³. Z kolei, adresatami przedmiotowego prawnego obowiązku są instytucje państwowe lub samorządowe⁴⁴. Niezależnie od kontrowersji, odnośnie do prawnego statusu KNF, zwrócić należy uwagę na fakt, że posiada ona regulowany przepisem art. 304 § 2 k.p.k. status „instytucji państwowej”, a w konsekwencji jest ona adresatem wskazanego w tym przepisie obowiązku. Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie, przynajmniej *prima facie*, nie jest ograniczony do określonego katalogu przestępstw, w tym zwłaszcza przestępstw rynku finansowego, lecz do przestępstw ściganych z urzędu, o których podmiot obowiązany (KNF) powziął wie-

⁴¹ Dz.U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm., zwana dalej „k.p.k.”.

⁴² Zob. w szczególności na ten temat: M. Szewczyk, *Zawiadomienie o przestępstwie – obowiązek i uprawnienie*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1972, Tom V, s. 101–114; P. Kardas, *Odpowiedzialność za nadużycie władzy publicznej w przypadku niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, Nr 7/8, s. 5–41; S. Cora, *Z problematyki zawiadomienia o przestępstwie*, [w:] M. Płachta (red.), *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Prof. J. Grajewskiemu*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2003, Nr 11, s. 265–276; *idem*, *Zawiadomienie o przestępstwie jako obowiązek i uprawnienie*, „Państwo i Prawo” 2011, Nr 6, s. 77–87. Zwrócić także należy uwagę na wynikający z przepisu art. 240 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm., zwany dalej „KK”) powszechny prawny obowiązek zawiadomienia o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art. 118, 118a, 120–124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 252 KK lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Ponadto, niekiedy również ustawy szczególne (np. art. 106a PrB) nakładają na określone kategorie podmiotów obowiązki zawiadomienia o przestępstwach związanych z działalnością tych podmiotów (zob. przykładowo: T. Czech, *Obowiązek denuncjacji na podstawie art. 106a prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 2007, Nr 2 s. 45–63; J. Grajewski [w:] L. K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX 2015.

⁴³ Zob. M. Szewczyk, *Zawiadomienie o przestępstwie...*, s. 101–114; J. Łupiński, *Społeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Prokuratura i Prawo” 2009, Nr 1, s. 129–153; S. Cora, *Podstawy społecznego obowiązku zawiadomienia o przestępstwie. Problematyka art. 304 § 1 k.p.k., art. 113 § 1 k.k.s. i art. 4 § 1 i 2 u.p.n.*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 681–696; J. Kosonoga, *Przejawy udziału czynnika społecznego w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego. Tom VI*, Warszawa 2012, s. 376–379. Zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2014 r., sygn. SDI 28/14, opubl. SIP Legalis.

⁴⁴ Zob. przykładowo: wyrok SN z dnia 12 lutego 2008 r., sygn. WA 1/08, opubl. OSNKW 2008 nr 4, poz. 31, s. 71; uchwała SN z dnia 23 sierpnia 2007 r., sygn. SN) 42/07, opubl. OSNSD 2007 nr 1, poz. 61. Naruszenie tego obowiązku stanowić może przestępstwo (np. art. 244 KK lub 231 KK). Zob. także W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006, s. 70; P. Kardas, *Odpowiedzialność za nadużycie władzy...*, s. 5–41; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 1039; J. Grajewski [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany...*; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do przepisów o postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa 2003, SIP LEX; K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 548.

dzę w związku ze swoją działalnością⁴⁵. W tym kontekście powstaje wątpliwość, czy przepis art. 304 § 2 k.p.k. odnosi się do wszystkich przestępstw ściganych z urzędu, co do których stosowną wiedzę powzięła instytucja obowiązana, czy może wyłącznie do przestępstw objętych zakresem kompetencyjnym tej instytucji⁴⁶ (np. wynikającym z przepisu art. 3 ust. 2 NRFU)? Interpretując przepis art. 304 § 2 k.p.k. literalnie, można by dojść do wniosku, że to pierwsze stanowisko jest prawidłowe. Właściwsze jednak wydaje się stanowisko drugie⁴⁷. Argumentem przemawiającym za jego trafnością może być treść przepisu art. 304 § 2 k.p.k. *in fine*, zgodnie z którym instytucja, na której ciąży ten prawny obowiązek zobowiązana jest do podjęcia stosownych czynności, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów przestępstwa⁴⁸. Nałożenie takiej dodatkowej powinności na instytucje zobowiązane wynika z ich profesjonalnego charakteru w zakresie dotyczącym przestępstw, do których popełnienia doszło w bezpośrednim związku z ich działalnością. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że prawny obowiązek zawiadomienia przez KNF o przestępstwie ściganim z urzędu odnosi się do przestępstwa, do którego popełnienia doszło w związku ze sprawowanym przez KNF nadzorem nad rynkiem finansowym, przy czym niekoniecznie popełnionego na szkodę tej instytucji⁴⁹. Realizacja przedmiotowego, prawnego obowiązku nastąpić powinna przez osoby pełniące funkcje kierownicze w instytucjach obowiązanych, jak również osoby upoważnione do ich reprezentowania⁵⁰. W odniesieniu do KNF status ten posiada Przewodniczący KNF⁵¹. Jednakże z kręgu podmiotów uprawnionych nie należy wyłączać również innych osób działających z upoważnienia Przewodniczącego KNF lub też upoważnienia KNF. Zawiadomienie prokuratora lub Policji o przestępstwie, w trybie przepisu art. 304 § 2 k.p.k., powinno nastąpić *verba legis* niezwłocznie⁵². W literaturze fachowej wyrażony został pogląd, że „w takim przypadku wystarczające jest posiadanie informacji wskazujących na popełnienie przestępstwa; nie musi się to wiązać w żadnym z zakresie ze zbieraniem materiału dowodowego”⁵³. Podkreślenia wymaga jednak, iż jakkolwiek, zgodnie z słownikowym znaczeniem „niezwłocznie” oznacza „bez odkładania na później, bez zwłoki, natychmiast, zaraz, bezzwłocznie”⁵⁴,

⁴⁵ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, SIP LEX.

⁴⁶ Zob. A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 130–131, przypis 207.

⁴⁷ Zob. *ibidem*, s. 131, przypis 207; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, SIP LEX.

⁴⁸ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 297–467. Tom II*, Warszawa 2011, s. 47–48; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, SIP LEX.

⁴⁹ Zob. M.O. Piaskowska, *Znaczenie rozstrzygnięć administracyjnych w procesie karnym*, Warszawa 2014, s. 56–57; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, SIP LEX.

⁵⁰ K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 549; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, SIP LEX.

⁵¹ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2007 roku, sygn. SNO 42/07, opubl. OSNSD 2007, Nr 1, poz. 61.

⁵² Zob. W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego...*, s. 71.

⁵³ M. Dyl, *Środki nadzoru...*, s. 174.

⁵⁴ W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego. Tom Piąty*, Warszawa 1963, s. 309.

to jednak w perspektywie celu przepisu art. 304 § 2 k.p.k. termin ten nie może być rozumiany jako „*bezrefleksyjnie*”. Trafnie bowiem wskazuje się, że „doniesienie o przestępstwie nie może ograniczać się do gołosłownych sformułowań, lecz powinno być poparte konkretnymi dowodami”⁵⁵. W konsekwencji, złożenie stosownego zawiadomienia o przestępstwie poprzedzone być powinno dokonaniem stosownych ustaleń we własnym zakresie przez KNF.

b) Uprawnieniem, przysługującym wyłącznie Przewodniczącemu KNF, jest możliwość uzyskania praw pokrzywdzonego w postępowaniu karnym w sprawach o przestępstwa rynku finansowego⁵⁶. Szczególną podstawę prawną w tym zakresie stanowi przepis art. 6 ust. 2 NRFU, który wprowadza *sui generis* wyjątek od definicji pokrzywdzonego przewidzianej w k.p.k.⁵⁷. O karnoprocesowym statusie pokrzywdzonego – w myśl przepisu art. 49 § 1 k.p.k. – decydują bowiem: charakter prawny podmiotu, dobro prawne oraz stopień jego naruszenia⁵⁸. W konsekwencji, zgodnie z przepisem art. 49 § 1 k.p.k. status pokrzywdzonego posiadają: osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo⁵⁹. Status ten posiadają także niemająca osobowości prawnej instytucja państwowa lub samorządowa, a także inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną (art. 49 § 2 k.p.k.). Centralnym elementem tak określonej definicji pokrzywdzonego jest pojęcie dobra prawnego. To jego naruszenie lub zagrożenie – co do zasady – determinuje możliwość osiągnięcia relewantnego karnoprocesowo statusu. W konsekwencji, potencjalny krąg pokrzywdzonych wyznaczany jest i ograniczany zarazem poprzez zespół ustawowych znamion określonego czynu zabronionego oraz czynów współukaranych stanowiących przedmiot postępowania karnego⁶⁰. Zwrócić jednak należy uwagę na

⁵⁵ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz...*, SIP LEX.

⁵⁶ Podkreślenia wymaga fakt, że Przewodniczący KNF nie jest pokrzywdzonym, lecz jest uprawniony do wykonywania praw tego uczestnika procesu karnego. Zob. także M. Dyl, *Środki nadzoru...*, s. 166–168.

⁵⁷ W konsekwencji, Przewodniczący KNF pomimo że nie posiada karnoprocesowego statusu pokrzywdzonego, do wykonywania praw pokrzywdzonego w postępowaniu karnym jest uprawniony.

⁵⁸ Zob. także R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2001 rok*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, Nr 2, s. 88; W. Daszkiewicz, *Pokrzywdzony przestępstwem*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Zeszyt 14*, Warszawa 1998, s. 148; W. Posnow, *Sytuacja pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, Wrocław 1991, s. 10; A. Muszyńska, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010, s. 101; S. Szotucha [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 185; K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 129; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 254–255.

⁵⁹ W orzecznictwie sądowym akceptowany jest pogląd o możliwości posiadania statusu pokrzywdzonego przez osobowe spółki handlowe. Zob. w odniesieniu do spółki jawnej: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. I KZP 7/11, opubl. OSNKW 2011, Nr 8, poz. 67.

⁶⁰ Zob. przykładowo uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 26/99, opubl. OSNKW 1999, z. 11–12, poz. 69; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 29/03, opubl. OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 94 oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2005 r., sygn. II KK 108/05, opubl. R – OSNKW 2005, poz. 2094; postanowienie Sądu Najwyższego z 17 lutego 2010 r., sygn. III K 292/09, opubl. OSNwSK 2010, Nr 1, poz. 35; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2013 r., sygn. IV KK 209/13, opubl. SIP Legalis Nr 738111.

fakt, że przestępstwa rynku finansowego to w większości tzw. przestępstwa bez ofiar⁶¹. Do ich istoty należy bowiem naruszenie (narażenie na niebezpieczeństwo) interesów ponadindywidualnych w sferze gospodarowania (stabilność, bezpieczeństwo, zaufanie do rynku finansowego)⁶². Ich popełnienie nie będzie najczęściej wiązało się z możliwością zidentyfikowania⁶³. Kodeks postępowania karnego przewiduje jednak przypadki, w których określony podmiot, pomimo że nie posiada statusu pokrzywdzonego, jako pokrzywdzony jest traktowany⁶⁴, bądź też do wykonywania praw pokrzywdzonego jest uprawniony⁶⁵. Do tej ostatniej sytuacji zbliżona jest regulacja przepisu art. 6 ust. 2 NRFU, z mocy którego „*uprawnienia pokrzywdzonego w postępowaniu karnym*” mogą przysługiwać Przewodniczącemu KNF. Aktualizacja tych uprawnień uzależniona jest jednak od spełnienia kilku warunków. Uzyskanie uprawnień pokrzywdzonego przez Przewodniczącego KNF ograniczone jest do przestępstw wymienionych w przepisie art. 6 ust. 2 pkt 1 lub 2 NRKU. Chodzić będzie o przestępstwa stypizowane w: OFFEU, PrB, GTU, DUU, PUU, PPEU, IKEU, FIU, OIFU, OPU, EKU oraz UPU. Taki zamknięty katalog przestępstw rynku finansowego może budzić jednak pewne wątpliwości. Po pierwsze, pomimo wymienienia w katalogu z art. 6 ust. 2 pkt 1 NRFU ustawy o emeryturach kapitałowych, nie zawiera ona przepisów karnych! Po drugie, zwraca uwagę pominięcie przez ustawodawcę przestępstw stypizowanych w ustawach niewymienionych w przedmiotowym katalogu, a określających zakres nadzoru nad rynkiem finansowym, zgodnie z przepisem art. 1 ust. 2 NRFU (np. przestępstw określonych w NRKU). Po trzecie, wątpliwości budzi brak w katalogu określonym w przepisie art. 6 ust. 2 pkt 1 NRFU przestępstw stypizowanych w ustawach niewymienionych co prawda w przepisie art. 1 ust. 2 NRFU, lecz niewątpliwie regulujących funkcjonowanie polskiego rynku finansowego (np. określonych w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych⁶⁶, ustawie z dnia 14 grudnia 1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym⁶⁷, czy też ustawie z dnia 5 listopada r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych). Ewentualne negatywne skutki tego stanu rzeczy mogą być w pewnym stopniu zniwelowane poprzez rozciągnięcie uprawnienia do uzyskania statusu pokrzywdzonego przez Przewodniczącego KNF również na przestępstwa „*dotyczące czynów skierowanych przeciwko interesom uczestników rynku, pozostają-*

⁶¹ Zob. O. Górnioł, *Wiktymologiczne problemy przestępczości gospodarczej*, Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne 1988, t. 19, s. 31–44; L. Falandysz, *Wiktymologia*, Warszawa 1979, s. 52–56.

⁶² Por. P. Ochman, *Karnoprawna ochrona rynku kapitałowego...*, s. 42–46.

⁶³ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2006, s. 295–296.

⁶⁴ Sytuacja taka odnosi się do zakładu ubezpieczeń, który uważany jest za pokrzywdzonego w zakresie, w jakim pokrył szkodę wyrządzoną pokrzywdzonemu przez przestępstwo lub jest zobowiązany do jej pokrycia (art. 49 § 3 KPK).

⁶⁵ W sprawach o przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o których mowa w art. 218–221 oraz w art. 225 § 2 Kodeksu karnego, organy Państwowej Inspekcji Pracy mogą wykonywać prawa pokrzywdzonego, jeżeli w zakresie swego działania ujawniły przestępstwo lub wystąpiły o wszczęcie postępowania (art. 49 § 3a KPK). Ponadto, w sprawach o przestępstwa, którymi wyrządzono szkodę w mieniu instytucji lub jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 49 § 2 KPK, jeżeli nie działa organ pokrzywdzonej instytucji lub jednostki organizacyjnej, prawa pokrzywdzonego mogą wykonywać organy kontroli państwowej, które w zakresie swojego działania ujawniły przestępstwo lub wystąpiły o wszczęcie postępowania (art. 49 § 4 KPK).

⁶⁶ Dz.U. z 2003 r. Nr 99, poz. 919, z późn. zm., zwana dalej „LZU”.

⁶⁷ Dz.U. z 2014 r., poz. 1866, z późn. zm., zwana dalej „BFGU”.

cych w związku z działalnością podmiotów wykonujących działalność na tym rynku” (art. 6 ust. 2 pkt 2 NRFU). W kontekście tak (nie)określonego zakresu przedmiotowego uprawnienia, powstaje jednak pytanie o rodzaj rynku⁶⁸, jego uczestników i podmiotów, o których mowa w cytowanym przepisie? Brak precyzji ustawodawcy w tym zakresie może stanowić jedną z przyczyn ograniczonego stosowania tej podstawy „nabycia” przez Przewodniczącego KNF uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu karnym. Warunkiem formalnym skorzystania z przedmiotowych uprawnień przez Przewodniczącego KNF, zarówno określonych w ust. 1, jak i 2 art. 6 NRFU, jest złożenie stosownego „wniosku”. Jak się wskazuje w literaturze fachowej, w świetle posłużenia się przez ustawodawcę sformułowaniem „na jego wniosek” może powstać sytuacja, w której wniosek Przewodniczącego KNF o skorzystanie z uprawnień pokrzywdzonego może zostać nieuwzględniony⁶⁹. W odniesieniu do przestępstw wymienionych w przepisie art. 6 ust. 2 pkt 1 NRFU – z uwagi na zamknięty katalog przestępstw – brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do nieuwzględnienia ewentualnego wniosku. Ewentualny brak jego uwzględnienia może podlegać kontroli w ramach postępowania zażaleniowego⁷⁰.

c) Istotną kompetencją KNF, również z uwagi na jej walor informacyjny, edukacyjny i ostrzegawczy dla uczestników rynku finansowego, jest informowanie o złożeniu zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstw rynku finansowego. Obowiązek ten odnosi się do przestępstw określonych w art. 215 OFFEU (przestępstwo bezprawnego używania nazw „fundusz emerytalny”, „powszechnie towarzystwo emerytalne” lub „pracownicze towarzystwo emerytalne”) i 216 OFFEU (przestępstwo bezprawnego prowadzenia działalności funduszu emerytalnego lub towarzystwa emerytalnego), art. 171 ust. 1–3 PrB (przestępstwo bezprawnego prowadzenia działalności bankowej oraz przestępstwo bezprawnego używania nazw „bank” lub „kasa”), art. 56a GTU (przestępstwo bezprawnego nabycia lub proponowania nabycia towarów giełdowych) i 57 GTU (przestępstwo bezprawnego prowadzenia działalności instytucji rynku towarów giełdowych), art. 430 DUU (przestępstwo bezprawnego wykonywania czynności ubezpieczeniowych lub działalności reasekuracyjnej), art. 47 PUU (przestępstwo bezprawnego wykonywania działalności lub czynności z zakresu pośrednictwa ubezpieczeniowego) i 48 PUU (przestępstwo bezprawnego używania określeń wskazujących na wykonywanie czynności agencyjnych albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji), art. 50 ust. 1 i 2 PPEU (przestępstwo bezprawnego używania określenia „program emerytalny”), art. 40 IKEU (przestępstwo bezprawnego używania określeń „indywidualne konto emerytalne” lub „indywidualne konto zabezpieczenia emerytal-

⁶⁸ Ustawodawca w przepisie art. 6 ust. 2 NRFU nie wskazuje bowiem *expressis verbis*, że chodzi tu o rynek finansowy. Jakkolwiek, biorąc pod uwagę zakres przedmiotowy NRFU, rynek finansowy uznać należy za „rynek” w rozumieniu art. 6 ust. 2 pkt 2 NRFU. Trywialność powyższego wniosku wcale jednak nie powinna stanowić argumentu przeciwko konieczności dbałości o poprawność legislacyjną tekstu prawnego, której niewątpliwym zaprzeczeniem jest brzmienie przepisu art. 6 ust. 2 NRFU. Zob. M. Wędrychowski [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 1400.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 1400–1401.

⁷⁰ Np. w konsekwencji wydanego zarządzenia w przedmiocie odmowy uznania za podmiot uprawniony do wykonywania praw pokrzywdzonego lub zarządzenia o odmowie przyjęcia zażalenia na postawienie o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia ze względu na wniesienie przez osobę nieuprawnioną.

nego” albo skrótów „IKE” lub „IKZE”), art. 287 FIU (przestępstwo bezprawnego prowadzenia działalności lokacyjnej), 290–291 FIU (przestępstwa bezprawnego zbywania tytułów uczestnictwa funduszy inwestycyjnych), 292 FIU (przestępstwo bezprawnego tworzenia oddziałów spółek zarządzających), 293 FIU (przestępstwo bezprawnego wykonywania działalności spółek zarządzających), 294 FIU (przestępstwo bezprawnego tworzenia oddziałów spółek, które zarządzają funduszami inwestycyjnymi), 295 FIU (przestępstwo bezprawnego wykonywania działalności towarzystwa funduszy inwestycyjnych), art. 296 FIU (przestępstwo bezprawnego używania określeń „fundusz inwestycyjny”, „towarzystwo funduszy inwestycyjnych” lub ich skrótów), art. 178 OIFU (przestępstwo bezprawnego prowadzenia działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi), art. 99 i art. 99a OPU (przestępstwa bezprawnego dokonywania oferty publicznej) oraz art. 150 UPU (przestępstwo bezprawnego prowadzenia działalności w zakresie usług płatniczych lub wydawania pieniądza elektronicznego oraz przestępstwo bezprawnego używania określeń „usługi płatnicze”, „wydawanie pieniądza elektronicznego”, „instytucja płatnicza”, „biuro usług płatniczych”, „instytucja pieniądza elektronicznego” albo „oddział zagranicznej instytucji płatniczej” i art. 151 UPU (przestępstwo bezprawnego zawierania umowy o usługę płatniczą). W realizacji wskazanego obowiązku, na wyodrębnionej stronie internetowej pod nazwą „Lista ostrzeżeń publicznych Komisji Nadzoru Finansowego”⁷¹, podaje się do publicznej wiadomości firmę (nazwę) podmiotu, w związku z działalnością którego złożone zostało zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, a w przypadku gdy podmiot ten prowadzi działalność pod innym oznaczeniem, do publicznej wiadomości podaje się także to oznaczenie. Podawane przez KNF informacje nie mogą zawierać danych osobowych, przy czym zakazu tego nie narusza podanie do publicznej wiadomości firmy (nazwy), pod którą prowadzi działalność osoba fizyczna. Wskazane informacje powinny być każdorazowo uzupełniane o wzmiankę o prawomocnej odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego albo o prawomocnym umorzeniu postępowania przygotowawczego, a w przypadku wniesienia aktu oskarżenia o wzmiankę o prawomocnym orzeczeniu sądu. Jeśli natomiast postępowanie przygotowawcze prowadzone jest w konsekwencji zawiadomienia o przestępstwie pochodzącego od podmiotu innego niż KNF lub zostało wszczęte z urzędu, przepis art. 6b ust. 6 NRFU nakłada na prokuratora obowiązek zawiadomienia KNF o tym fakcie. W tym przypadku, informacja o prowadzeniu postępowania karnego umieszczana jest na liście ostrzeżeń publicznych wyłącznie wówczas, gdy w ślad za informacją uzyskaną od prokuratora, Przewodniczący KNF skorzysta z uprawnień pokrzywdzonego. Wskazaną regulację, wprowadzoną stosunkowo niedawno⁷², ocenić należy pozytywnie, zwłaszcza biorąc pod uwagę jej funkcję informacyjną dla uczestników rynku finansowego. Zwraca jednak uwagę brak określenia w przepisie art. 6b jakiegokolwiek terminu, w którym KNF, jak i prokurator wykonać winny nałożone na te instytucje obowiązki.

⁷¹ Dostępna jest pod adresem: http://www.knf.gov.pl/o_nas/ostrezenia_publiczne/lista_ostrezenia.html.

⁷² Przepis art. 6b NRFU został dodany na podstawie przepisu art. 1 pkt 3 ustawy z 23 października 2013 roku o zmianie ustawy o nadzorze nad rynkiem finansowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1567).

d) Niejako komplementarne⁷³ wobec prawnego obowiązku złożenia zawiadomienia o przestępstwie określonego w przepisie art. 304 § 2 k.p.k. jest uprawnienie KNF do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego⁷⁴. Przedmiotowe uprawnienie odnosi się jednak wyłącznie do podmiotów funkcjonujących na rynku kapitałowym. Jego istotą jest w szczególności ustalenie, czy istnieją podstawy do złożenia przez KNF zawiadomienia o przestępstwie⁷⁵. Możliwość wszczęcia postępowania wyjaśniającego w powyższym zakresie uzależniona jest jednak od rodzaju przestępstwa, co do którego popełnienia KNF powzięła wiedzę. Zgodnie bowiem z przepisem art. 38 ust. 1 NRKU wszczęcie przedmiotowego postępowania możliwe jest w odniesieniu do przestępstw stypizowanych w OPU, OIFU, FIU, GTU, a także innych ustawach – w zakresie dotyczącym czynów skierowanych przeciwko interesom uczestników rynku kapitałowego, pozostających w związku z działalnością podmiotów nadzorowanych. Podkreślenia wymaga fakt, że przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego nie stanowi warunku *sine qua non* złożenia zawiadomienia o przestępstwie. Niekiedy bowiem, sprawdzenie zasadności złożenia takiego zawiadomienia nie będzie konieczne. Słusznie wskazuje się jednak w literaturze fachowej, że stopień skomplikowania przestępstw rynku kapitałowego powoduje zazwyczaj konieczność uzupełnienia pozyskanych dowodów właśnie z wykorzystaniem tego instrumentu prawnego⁷⁶. Postępowanie wyjaśniające nie stanowi niepoddanego żadnym regułom przejawu działalności organu nadzoru, lecz jest sformalizowane i ograniczone dowodowo. Może być ono prowadzone wyłącznie przez upoważnionego pracownika urzędu KNF i nie powinno trwać dłużej niż 6 miesięcy. W ramach tego rodzaju postępowania administracyjnego przewidziane zostały ograniczenia dowodowe w postaci: zakazu przeprowadzania dowodu z opinii biegłego, przesłuchania osoby oraz dokonywania innych czynności wymagających spisania protokołu, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁷⁷. W toku postępowania wyjaśniającego możliwe jest natomiast dokonanie

⁷³ Za nietrafne uznać należy stanowisko, zgodnie z którym możliwość prowadzenia postępowania wyjaśniającego stanowi wyjątek od obowiązku niezwłocznego zawiadomienia o przestępstwie określonego w przepisie art. 304 § 2 KPK (tak: M. Dyl, *Środki nadzoru...*, s. 174–175; por. B. Wojno [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego...*, s. 1534). W literaturze fachowej trafnie bowiem wskazuje się, że złożenie takiego zawiadomienia nie może być gołosłowne i powinno być poprzedzone stosownym sprawdzeniem informacji posiadanych przez obowiązującą instytucję (zob. przypis 47).

⁷⁴ Na temat postępowania wyjaśniającego zob. w szczególności R. Blicharz, *Postępowanie wyjaśniające Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 201–216; M. Wierzbowski, *Postępowanie wyjaśniające przed Komisją Papierów Wartościowych i Giełd*, Przegląd Prawa Handlowego 2005, Nr 4, s. 12–14.

⁷⁵ Z uwagi na cel artykułu, przedmiotu dalszych rozważań nie będzie stanowić postępowanie wyjaśniające mające na celu ustalenie, czy istnieją podstawy do wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przepisów prawa w zakresie podlegającym nadzorowi KNF.

⁷⁶ B. Wojno [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego...*, s. 1533–1534.

⁷⁷ Dz.U. z 2013 r., poz. 267, z późn. zm. Czynnościami takimi są, zgodnie z przepisem art. 67 § 2 powołanej ustawy: przyjęcie wniesionego ustnie podania; przesłuchanie strony, świadka i biegłego; oględziny i ekspertyza dokonywane przy udziale przedstawiciela organu administracji publicznej; rozprawa; ustne ogłoszenie decyzji i postanowienia. Powołany katalog czynności protokołowanych nie stanowi jednak katalogu zamkniętego (zob. J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 339).

zajęcia dokumentu lub innego nośnika informacji niezbędnych dla dalszego postępowania. Ponadto, przewidziane zostało uprawnienie do żądania przez Przewodniczącego KNF informacji stanowiących tajemnicę telekomunikacyjną (od podmiotu świadczącego usługi telekomunikacyjne) lub tajemnicę skarbową (od Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej). Co istotne, pozytywna weryfikacja wstępnych podejrzeń odnośnie do możliwości popełnienia przestępstwa stanowi obowiązek złożenia przez Przewodniczącego KNF zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (art. 304 § 2 k.p.k.)⁷⁸. W przeciwnym wypadku – o ile postępowanie wyjaśniające nie dostarczy podstaw do wszczęcia postępowania administracyjnego w sprawie naruszenia przepisów prawa w zakresie podlegającym nadzorowi KNF – Przewodniczący KNF zobligowany jest do zamknięcia postępowania wyjaśniającego (art. 38 ust. 6 NRKU).

e) Instrumentem prawnym przysługującym KNF, który dotkliwie ingeruje w sferę praw i wolności jednostki jest możliwość złożenia wniosku o dokonanie blokady rachunku⁷⁹. Zastosowanie tego instrumentu powoduje czasowe uniemożliwienie dysponowania i korzystania z całości lub części instrumentów finansowych lub środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku, w tym również przez podmiot nadzorowany, z wyłączeniem dokonania rozliczeń w instrumentach finansowych lub środkach pieniężnych wynikających z transakcji zawartych i zobowiązań wynikających z nabytych instrumentów finansowych przed otrzymaniem żądania dokonania blokady rachunku. Charakter prawny blokady rachunku dokonywanej na podstawie przepisu art. 39 NRKU budzi w literaturze wątpliwości⁸⁰. Wskazuje się bowiem, że instrument ten rozważany może być jako środek *sui generis*, zwykła forma zabezpieczenia majątkowego, *quasi* zabezpieczenie majątku osoby podejrzewanej o dokonanie przestępstw⁸¹. Zastosowanie blokady rachunku może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy z uzyskanych przez KNF informacji, uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa określonego w art. 181–183 OIFU, wynika, że transakcja, która została dokonana lub ma zostać dokonana, może mieć związek z popełnieniem tego przestępstwa. Dokonanie blokady rachunku następuje na podstawie żądania Przewodniczącego KNF lub jego zastępcy⁸², które powinno zawierać datę wystąpienia z żądaniem, zakres oraz termin dokonania blokady rachunku i przeprowadzane jest bezpośrednio przez podmiot nadzorowany przez KNF⁸³. Czas trwania blokady nie może wynosić więcej niż 48 godzin od momentu

⁷⁸ Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 6 NRKU po zakończeniu postępowania wyjaśniającego Przewodniczący Komisji składa zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub wszczynają postępowanie administracyjne albo zarządza zamknięcie postępowania wyjaśniającego.

⁷⁹ Zob. szerzej A. Ochnio, *Blokada rachunku instrumentów...*, s. 70–86; *eadem*, *Blokada rachunku i wstrzymanie transakcji, passim*.

⁸⁰ M. Wędrychowski [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego...*, s. 1540.

⁸¹ Zob. A. Ochnio, *Blokada rachunku instrumentów...*, s. 72. Zob. także M. Dyl [w:] *Środki nadzoru...*, s. 185.

⁸² Zastrzeżenia w przedmiocie takiej dychotomii podmiotów uprawnionych przedstawia M. Dyl [w:] *Środki nadzoru...*, s. 182.

⁸³ W konsekwencji przedmiotowego żądania podmiot nadzorowany jest obowiązany do dokonania blokady prowadzonego przez siebie rachunku papierów wartościowych lub rachunku zbiorczego, innego rachunku, na którym są zapisywane instrumenty finansowe niebędące papierami wartościowymi lub rachunku pieniężnego. Niedopełnienie obowiązku blokady rachunku stanowi przestępstwo. Zob. sze-

wskazanego w żądaniu. Równocześnie z żądaniem przeprowadzenia blokady rachunku kierowanym do podmiotu nadzorowanego Przewodniczący KNF lub jego zastępca jest obowiązany do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Złożenie takiego zawiadomienia stanowić będzie podstawę do przedłużenia stosowania przedmiotowej blokady przez prokuratora w trybie art. 40 NRKU oraz przepisów k.p.k.

III. UWAGI PODSUMOWUJĄCE

Dokonana analiza pokazuje, że wśród instrumentów prawnych pozwalających Komisji Nadzoru Finansowego na współkształtowanie karnej ochrony rynku finansowego wyróżnić można środki: przysługujące bezpośrednio KNF (np. obowiązek zawiadomienia o przestępstwie) lub jej Przewodniczącemu (np. uzyskanie statusu pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa rynku finansowego), przysługujące KNF wyłącznie (np. podanie do publicznej wiadomości informacji o złożeniu zawiadomienia o przestępstwie) albo jako jednemu z ogólnie uprawnionych podmiotów (np. prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie), odnoszące się do całego rynku finansowego (np. uzyskanie statusu pokrzywdzonego) lub do jego wyodrębnionych sektorów (np. dokonanie blokady rachunku), inkwizycyjne (np. przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego) lub sygnalizacyjne (np. podanie do publicznej wiadomości informacji o złożeniu zawiadomienia o przestępstwie).

Realizacja przez Komisję Nadzoru Finansowego wskazanych wyżej instrumentów prawnych stanowi istotny element w systemie ochrony bezpieczeństwa, stabilności i zaufania do tego rynku finansowego, a także ochrony jego uczestników. Organ ten monitorując rynek finansowy pozyskuje oraz weryfikuje informacje dotyczące patologii związanych z jego funkcjonowaniem. W konsekwencji, profesjonalny charakter organu, jakim jest Komisja Nadzoru Finansowego, stanowić może istotne wsparcie dla organów ścigania oraz organów wymiaru sprawiedliwości w zakresie przeciwdziałania i zwalczania przestępstw rynku finansowego, stanowiących rodzaj przestępstw gospodarczych.

BIBLIOGRAFIA

- Bąk J., Stepanów A., *Europejskie prawo finansowe*, Warszawa 2013.
- Blicharz R., *Postępowanie wyjaśniające Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, Warszawa 2010.
- Błachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*, Gdańsk 2006.
- Boratyńska K.T. [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Borkowski J. [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014.

rzej P. Ochman, *Karnoprawna ochrona rynku kapitałowego...*, s. 270–274; M. Dyl, *Środki nadzoru...*, s. 187–188.

- Borowski K., *Kryzys na rynku kredytów subprime i jego skutki*, [w:] J. Nowakowski, T. Famulska (red.), *Stabilność i bezpieczeństwo systemu bankowego*, Warszawa 2008.
- Brol J., Safjan M., *Prawo wobec zjawisk patologicznych w gospodarce – propozycje rozwiązań*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1992, Nr 7–9.
- Cora S., *Z problematyki zawiadomienia o przestępstwie*, [w:] M. Płachta (red.), *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Prof. J. Grajewskiemu*, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, Nr 11.
- Cora S., *Zawiadomienie o przestępstwie jako obowiązek i uprawnienie*, „Państwo i Prawo” 2011, Nr 6.
- Cora S., *Podstawy społecznego obowiązku zawiadomienia o przestępstwie. Problematyka art. 304 § 1 k.p.k., art. 113 § 1 k.k.s. i art. 4 § 1 i 2 u.p.n.*, [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013.
- Cyprian T., *Czy przepis karny jest instrumentem polityki gospodarczej*, „Nowe Prawo” 1958, Nr 3.
- Cyprian T., *Problemy kodyfikacyjne przestępstw gospodarczych*, „Państwo i Prawo” 1958, z. 11.
- Czech T., *Obowiązek denuncjacji na podstawie art. 106a prawa bankowego*, „Prawo Bankowe” 2007, Nr 2.
- Daszkiewicz W., *Pokrzywdzony przestępstwem*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Zeszyt 14*, Warszawa 1998.
- Doroszewski W. (red.), *Słownik języka polskiego. Tom Piąty*, Warszawa 1963.
- Dyl M., *Środki nadzoru na rynku kapitałowym*, Warszawa 2012.
- Dyl M. [w:] A. Chłopecki, M. Dyl, *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2012.
- Falandysz L., *Wiktymologia*, Warszawa 1979.
- Gabryszewski S., Oczkowski T., *Zapobieganie i zwalczanie przestępczości gospodarczej*, „Prokuratura i Prawo” 1996, Nr 12.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Górniok O., *Wiktymologiczne problemy przestępczości gospodarczej*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1988, t. 19.
- Górniok O., *Problemy przestępczości gospodarczej w zaleceniach Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 1991, Nr 9.
- Górniok O., *Środki zapobiegania przestępczości gospodarczej w zaleceniach Rady Europy*, „Państwo i Prawo” 1992, Nr 10.
- Górniok O., *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994.
- Górniok O., *Rola karania w przeciwdziałaniu patologicznym zachowaniom gospodarczym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1999, Nr 5.
- Górniok O., *Pojęcie karnego prawa gospodarczego i jego szczególne problemy*, [w:] O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2003.
- Grajewski J. [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX 2015.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467*, Warszawa 2014.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 297–467. Tom II*, Warszawa 2011.
- Jurkowska-Zeidler A., *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Jurkowska-Zeidler A., *Status prawny Komisji Nadzoru Finansowego jako organu administracji publicznej w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 czerwca 2011 roku*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, Nr 28.
- Kardas P., *Odpowiedzialność za nadużycie władzy publicznej w przypadku niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2007, Nr 7/8.

- Kosikowski C., Olszak M., *Od prawa bankowego do prawa rynku finansowego*, [w:] J. Głuchowski (red.), *Prawo walutowe. Prawo dewizowe. Prawo rynku finansowego. System prawa finansowego. Tom IV*, Warszawa 2010.
- Kosonoga J., *Przejawy udziału czynnika społeczno-gospodarczego w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, [w:] K. Ślęzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego. Tom VI*, Warszawa 2012.
- Lemmonier M., *Europejskie modele instrumentów finansowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 219.
- Lernell L., *Przestępczość gospodarcza*, Warszawa 1968.
- Llewelyn D., *The Economic Rationale for Financial Regulation*, FSA Occasional Paper, April 1999.
- Łupiński J., *Społeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Prokuratura i Prawo” 2009, Nr 1.
- Michór A., *Z problematyki statusu Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego*, „Studia Prawnicze Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 2008, Nr 4.
- Monkiewicz J., *Wybrane problemy kształtowania nadzoru ubezpieczeniowego w Polsce w minionym piętnastolecium*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2007, Nr 1.
- Muszyńska A., *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010.
- Nadolska A., *Komisja Nadzoru Finansowego w nowej instytucjonalnej architekturze Europejskiego Nadzoru Finansowego*, Warszawa 2014.
- Nieborak T., *Status prawny Komisji Nadzoru Finansowego w świetle orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 czerwca 2011 roku (sygn. K 2/09)*, [w:] L. Etel, M. Tyniewicki (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe. Realia i perspektywy zmian. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Eugeniuszowi Ruśkowskiemu*, Białystok 2012.
- Ochman P., *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, Warszawa 2011.
- Ochman P., *Z problematyki zakazu pełnienia funkcji piastuna organu w spółkach handlowych - uwagi na marginesie przepisu art. 18 § 2 k.s.h.*, „Rejent” 2012, Nr 12.
- Ochman P., *Karnoprawna ochrona rynku kapitałowego. Przepisy karne ustaw polskiego rynku kapitałowego*, Londyn 2014.
- Ochnio A., *Blokada rachunku instrumentów finansowych*, „Prokuratura i Prawo” 2009, Nr 1.
- Ochnio A., *Blokada rachunku i wstrzymanie transakcji jako środki przymusu w procesie karnym*, Warszawa 2015.
- Oczkowski T. [w:] *Delikty administracyjne jako szczególna forma represji publicznej. Próba określenia przyczyn coraz większego znaczenia sankcji administracyjnych*, [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, K. Nazar-Gutowska, J. Piórkowska-Flieger, D. Firkowski (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Materiały z konferencji naukowej. Lublin. 26–27 września 2011*, Lublin 2011.
- Oczkowski T., *Problematyka deliktów administracyjnych – rozważania o represji za naruszenie norm prawa administracyjnego*, [w:] A. Marek, T. Oczkowski (red.), *Problem spójności prawa karnego z perspektywy jego nowelizacji*, Warszawa 2011.
- Pawłowski Sz., *Pozycja ustrojowa Komisji Nadzoru Finansowego*, [w:] P. Radziejewicz (red.), *Aktualne problemy konstytucyjne w świetle wniosków, pytań prawnych i skarg konstytucyjnych do Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2010.
- Piaskowska M.O., *Znaczenie rozstrzygnięć administracyjnych w procesie karnym*, Warszawa 2014.
- Posnow W., *Sytuacja pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, Wrocław 1991.
- Pyka I., *Funkcjonowanie i organizacja rynku finansowego*, [w:] I. Pyka (red.), *Rynek finansowy*, Katowice 2010.

- Radecki W., *Kilka uwag o zastępowaniu odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną*, [w:] *Współczesne problemy nauk penalnych*, Wrocław 1994.
- Radecki W., *Zastępowanie odpowiedzialności karnej odpowiedzialnością administracyjną na przykładzie prawnej ochrony środowiska*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011.
- Radecki W., *Dezintegracja polskiego prawa penalnego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, Nr 9.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2001 rok*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, Nr 2.
- Stefański R.A., *Komentarz do art. 304*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do przepisów o postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa 2003, SIP LEX.
- Sych W., *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006.
- Szewczyk M., *Zawiadomienie o przestępstwie - obowiązek i uprawnienie*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1972, Tom V.
- Szczepańska O., *Stabilność finansowa jako cel banku centralnego. Studium teoretyczno-porównawcze*, Warszawa 2008.
- Szołucha S. [w:] J. Skorpka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Szumiło-Kulczycka D., *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004.
- Wajda P., *Rola decyzji administracyjnej w nadzorze nad polskim systemem finansowym*, Warszawa 2009.
- Wąsek A., *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973.
- Wierzbowski M., *Postępowanie wyjaśniające przed Komisją Papierów Wartościowych i Giełd*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, Nr 4.
- Wędrzychowski M. [w:] M. Wierzbowski, L. Sobolewski, P. Wajda (red.), *Prawo rynku kapitałowego. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Wolter W., *Granice i zakres prawa karania*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 2.
- Zawadzka P., *Pojęcie i zakres rynku finansowego*, [w:] R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo finansowe*, Warszawa 2011.
- Zawłocki R., *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007.
- Zawłocki R., *Istota prawa karnego gospodarczego*, [w:] R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2012.
- Żółtek S., *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Warszawa 2009.

ROLA KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO W KARNEJ OCHRONIE RYNKU FINANSOWEGO

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest próba przedstawienia roli, jaką spełnia Komisja Nadzoru Finansowego w systemie karnej ochrony rynku finansowego. Komisja Nadzoru Finansowego, nie posiadając statusu, ani organu ścigania ani także organu wymiaru sprawiedliwości, posiada jednak kompetencje, których realizacja wywiera bezpośredni lub pośredni wpływ na potencjalne lub toczące się postępowania karne w zakresie spraw dotyczących rynku finansowego. Dla realizacji zamierzonego celu badawczego dokonano analizy aktualnych uregulowań prawnych, a także literatury fachowej, w szczególności z zakresu prawa karnego i prawa finansowego. W konsekwencji przeprowadzonych rozważań uznano, że Komisja Nadzoru Finansowego posiada instrumenty

prawne pozwalające temu organowi na współkształtowanie karnej ochrony rynku finansowego. Ich status jest zróżnicowany, gdyż można wśród nich wyróżnić środki przysługujące bezpośrednio KNF lub jej Przewodniczącemu, przysługujące temu organowi wyłącznie albo jako jednemu z ogólnie uprawnionych podmiotów, odnoszące się do całego rynku finansowego lub do jego wyodrębnionych sektorów. Zaprezentowane w artykule kompetencje Komisji Nadzoru Finansowego stanowią istotną komponentę systemu ochrony bezpieczeństwa, stabilności i zaufania do tego rynku finansowego, a także ochrony jego uczestników.

Słowa kluczowe: *Komisja Nadzoru Finansowego, Rynek Finansowy, postępowanie karne, prawo karne, prawo finansowe*

ROLE OF THE POLISH FINANCIAL SUPERVISION AUTHORITY IN THE PENAL PROTECTION OF THE FINANCIAL MARKET

Summary

The article is an attempt to present the role of the Polish Financial Supervision Authority in the system of penal protection of the financial market. The Polish Financial Supervision Authority, although it does not have a status of a law enforcement agency or a justice execution organ, has competences that can be used to exert direct or indirect influence on the potential or pending criminal proceedings concerning the financial market. In order to fulfil the planned research objective, current regulations and literature were analysed, especially those concerning criminal law and financial law. As a result of the considerations, it was decided that the Polish Financial Supervision Authority has legal instruments enabling this organ to co-develop penal protection of the financial market. Their status is varied because some measures are the competences of the PFSA and some are the competences of its Chairman; some are vested in this organ exclusively or as one of the entitled organs; some refer to the whole financial market or to some of its selected sectors. The competences of the Polish Financial Supervision Authority presented in the article constitute a substantial component of the system of security, stability and trust in the financial market as well as the protection of its members.

Key words: *Polish Financial Supervision Authority, financial market, criminal procedure, criminal law, financial law*

PRZEDAWNIEŃ ŚWIADCZENIA ODSETEK, A PRZEDAWNIEŃ ZOBOWIĄZANIA CELNEGO

ADAM DROZDEK

Regulacje z zakresu unijnego ani krajowego prawa celnego nie zawierają definicji odsetek, trudno również znaleźć definicje przedstawiane przez przedstawicieli doktryny prawa celnego. Na gruncie prawa celnego, odsetki spełniają „klasyczną rolę” odsetek za zwłokę, należnych w przypadku naruszenia terminu płatności kwoty wynikającej z długu celnego¹, są one zobowiązaniem będącym następstwem powstania zwłoki w zapłacie świadczenia celnego². Odsetki stanowią wynagrodzenie za korzystanie z cudzego kapitału, jak również są sankcją za opóźnienie w zapłacie zobowiązania celnego. Z uwagi na publicznoprawny charakter prawa celnego są one kojarzone przede wszystkim z tą ostatnią funkcją. Jako instrument finansowy nie pozwalają na uzyskania przez dłużnika celnego jakiegokolwiek korzyści finansowej wynikającej z przesunięcia daty powstania lub zaksięgowania kwoty zobowiązania celnego.

Obowiązujące regulacje prawa celnego nie określają, czy odsetki ulegają przedawnieniu i w jakim terminie. Problem ten nie tylko nie jest komentowany w piśmiennictwie, ale również rzadko zauważany w orzecznictwie sądownoadministracyjnym. Przedmiotem rozważań podjętych w niniejszym artykule jest próba przedstawienia następujących problemów badawczych. Po pierwsze: ustalenie istoty i charakteru prawnego odsetek w stosunku do zobowiązania celnego. Drugi problem wiąże się z koniecznością rozstrzygnięcia skutku przedawnienia długu celnego dla istnienia roszczenia odsetkowego. W praktyce interpretacja przepisów w tym zakresie napotyka na szereg trudności. Potrzeba zajęcia się tym zagadnieniem wynika także z konieczności wypełnienia luki w literaturze przedmiotu oraz podjęcia szczegółowych badań nad instytucją przedawnienia świadczenia odsetek w prawie celnym.

¹ W przedmiotowej literaturze dług celny określany bywa też jak zobowiązanie celne (K. Sawicka, *Dług celny jako zobowiązanie publicznoprawne*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1998, nr 41, s. 25 i n.; K. Włodkowski, *Powstanie z mocy prawa długu celnego*, „Głosa” 2004, nr 3, s. 35).

² Dla potrzeb niniejszych rozważań poprzez świadczenie celne należy rozumieć cło, które jest świadczeniem ustalonym i pobieranym na podstawie taryfy celnej od podmiotów dokonujących obrotu towarowego z zagranicą w związku z przemieszczaniem się towaru przez granicę celną państwa lub grupy państw tworzących unię celną.

Obowiązkowy charakter terminowego uiszczenia świadczenia celnego wynika wprost z wartości konstytucyjnych zawartych w treści art. 84 Konstytucji³, zgodnie z którym każdy jest zobowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym danin publicznych określonych w ustawach. W przepisie tym zostały wyrażone konstytucyjne zasady równości oraz powszechności w ponoszeniu ciężarów i świadczeń publicznych. Nie ulega zatem wątpliwości, że świadczenie celne jest ciężarem publicznym, a obowiązek jego ponoszenia wynika bezpośrednio z przepisów unijnego⁴, jak i krajowego prawa celnego⁵. Cechą charakterystyczną świadczenia celnego jest to, że pobierane jest od osób dokonujących obrotu towarowego z zagranicą, w związku z przekroczeniem towaru celnego przez granicę celną państwa lub unii celnej. Przepisy prawa celnego ze swej istoty skonstruowane zostały w ten sposób, aby zapewnić związkowi publicznoprawnemu – państwu i Unia Europejska – należnych mu wpływów z tytułu pobieranego na podstawie Wspólnej Taryfy Celnej⁶ świadczenia celnego⁷. Z tych względów, obok regulacji dotyczących trybu uiszczenia świadczenia celnego, istotne znaczenie mają także przepisy dotyczące uiszczenia przez dłużnika celnego odsetek z tytułu naruszenia przepisów prawa celnego.

Jednym z ciekawszych zagadnień pojawiających się w obecnym prawie celnym jest ustalenie, kiedy dłużnik celny zobowiązany jest do uiszczenia odsetek, a kiedy jest z tego obowiązku zwolniony. Organy celne na podstawie regulacji prawnych zawartych w unijnym i krajowym prawie celnym zostały zobowiązane do poboru następujących odsetek celnych:

- a. za zwłokę, jeżeli kwota świadczenia celnego nie została uiszczona w terminie⁸,
- b. w przypadku, gdy kwota wynikająca z długu celnego została zaksięgowana na podstawie nieprawidłowych lub niekompletnych danych, podanych przez zgłaszającego w zgłoszeniu celnym⁹,
- c. w przypadku powstania długu celnego w sytuacji naruszenia przepisów prawa celnego¹⁰, oraz
- d. w przypadku naruszenia przez operatora publicznego warunków lub (i) terminów poboru należności celnych od odbiorcy przesyłki pocztowej¹¹.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiające unijny kodeks celny (wersja przekształcona), (Dz. Urz. UE L 269 z 10.10.2013, s. 1 z późn. zm.) – dalej powołane jako UKC.

⁵ Ustawa z dnia 19 marca 2004 r. Prawo celne (Dz.U. z 2015 r., poz. 858 z późn. zm.) – dalej powołana jako ustawa Prawo celne lub u.p.c.

⁶ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 2658/87 w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej (Dz.U. L 256 z 7.9.1987, s. 1.).

⁷ Zob. art. 2 ust. 1 lit. a) oraz ust. 3 decyzji Rady nr 2014/335/UE, Euratom z dnia 26 maja 2014 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE. L 168 z dn. 07.06.2014 r., s. 105) w związku z art. 3 i 311 Traktat z dnia 25 marca 1957 r. o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana w brzmieniu nadanym traktatem lizbońskim, Dz. Urz. UE nr C 83 z dn. 30.03.2010 r., s. 47).

⁸ Art. 65 ust. 3 u.p.c.

⁹ Art. 105 ust. 3 UKC w zw. z art. 65 ust. 5 u.p.c.

¹⁰ Art. 79 oraz art. 82 i art. 124 UKC w zw. z art. 65 ust. 4 u.p.c.

¹¹ Art. 65a ust. 1 u.p.c.

Podjmując rozważania w przedmiocie odsetek w prawie celnym, należy zauważyć, że regulacja problematyki odsetek nie ma charakteru kompleksowego. Ustawodawca bowiem zaznaczył, że kwestie te częściowo są przedmiotem regulacji nie tylko prawa celnego, ale również i prawa podatkowego. Charakterystyczną cechą zastosowanych rozwiązań jest to, iż od nieuiszczonej w terminie kwoty świadczenia celnego, pobierane są odsetki o których mowa w ww. pkt. a-d w wysokości i według zasad określonych dla pobierania odsetek za zwłokę od należności podatkowych¹², a więc wg postanowień zawartych w art. 53 oraz 54–56 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa¹³ oraz w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach¹⁴. Niniejsza analiza zostanie ograniczona tylko do trzech z pierwszych przypadków poboru odsetek przez organy celne.

Rozważając problem charakteru przedawnienia świadczenia odsetek, niezbędnym jest przeanalizowanie tej instytucji pod kątem okresowości (periodyczności) i akcesoryjności (uboczności), uwzględniając w głównej mierze dorobek literatury prawa podatkowego.

W przypadku niewykonania w terminie obowiązku uiszczenia należnego świadczenia podatkowego powstaje po stronie dłużnika obowiązek uiszczenia należnych odsetek. W prawie podatkowym odsetki powstają i stają się wymagalne okresowo, w tym przypadku z upływem każdego kolejnego dnia opóźnienia¹⁵. Świadczenie odsetek nie powstaje jednorazowo, lecz powiązane jest z czynnikiem czasu, którego upływ decyduje o wielkości roszczenia¹⁶. Jak zauważa się w doktrynie prawa podatkowego, odsetki są świadczeniem okresowym oraz ubocznym, zależnym od istnienia i ważności zobowiązania głównego¹⁷. W oparciu o wnioski *a contrario*, należy zatem przyjąć, iż w przypadku braku zobowiązania głównego nie istnieje zobowiązanie wywołujące skutki w postaci roszczenia o odsetki¹⁸. L. Etel wskazuje, iż odsetki od zaległości podatkowych nie są samodzielnym, oderwanym od zaległości podatkowej świadczeniem. Posiadają one charakter akcesoryjny w stosunku do należności głównej, jaką jest zaległość podatkowa, w związku z czym odsetki powstają w sytuacjach, gdy powstaje sama zaległość. Wygaśnięcie zaległości w całości lub w części przesądza również o wygaśnięciu odsetek za zwłokę (w całości lub w części). W obowiązującym stanie prawnym nie jest możliwe wygaśnięcie zaległości głównej bez wygaszenia zobowiązania z tytułu odsetek. Można natomiast np. umorzyć same odsetki, bez umarzenia kwoty zaległości głównej. Obowiązek naliczenia odsetek jest niezależny od okoliczności powstania zale-

¹² Por. art. 65 ust. 6 u.p.c.

¹³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2015, poz. 613) – dalej powołana jako Ordynacja podatkowa lub O.p.

¹⁴ Dz.U. Nr 165, poz. 1373 z późn. zm.

¹⁵ Por. J. Zubrzycki [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2003, s. 232; A. Kaźmierczak [w:] A. Kaźmierczak (red.), *Ordynacja podatkowa. Źródła i wykładnia prawa podatkowego*, Warszawa 2010, s. 171.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 19 stycznia 1990 r., sygn. IV CR 294/89, OSNC 1991, nr 2–3, poz. 33.

¹⁷ J. Zubrzycki [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki (red.), *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 232; A. Kaźmierczak [w:] A. Kaźmierczak (red.), *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 171.

¹⁸ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Leksykon Ordynacji podatkowej*, Wrocław 2009, s. 184.

głości podatkowej i woli stron stosunku prawnopodatkowego. Powstają one w każdym przypadku *z ipso iure*, niezależnie od tego, czy podatnik lub organ podatkowy posiada informacje o powstaniu zaległości i w konsekwencji o samych odsetkach¹⁹. Z kolei zdaniem Kaźmierczak, jeśli już powstają odsetki od zaległości podatkowych, to nabywają one w odpowiednim zakresie samodzielny byt prawny. Autorka ta podkreśla, iż możliwe jest umorzenie samych odsetek za zwłokę²⁰. Poglądu tego nie należy do końca uznać za trafny, ponieważ zgodnie z treścią art. 55 § 2 O.p. wpłata, która nie pokrywa zaległości podstawowej i odsetek, zaliczana jest proporcjonalnie na poczet zaległości i odsetek w takim stosunku, w jakim pozostają do siebie obie te wielkości. Podatnik nie może prawnie skutecznie zakwestionować tej zasady²¹. Podatnik nie może więc liczyć na to, że wpłaci zaległość główną i pozostaną mu do zapłacenia wyłącznie odsetki (albo odwrotnie – wpłaci odsetki, a pozostanie do zapłacenia wyłącznie zaległość główna).

Zaprezentowane stanowiska doktryny i judykatury skłaniają do wniosku, iż z okresowego charakteru tego świadczenia płyną określone konsekwencje. Dla powstania roszczenia o odsetki konieczne jest przede wszystkim istnienie świadczenia głównego, jakim jest zobowiązanie podatkowe. Odsetki powstają narastająco i stają się wymagalne osobno za każdy dzień opóźnienia, począwszy od bezskutecznego upływu terminu spełnienia świadczenia głównego, aż do dnia jego zapłaty lub wygaśnięcia. Akcesoryjny charakter odsetek podatkowych powoduje, że wraz z ustaniem bytu zobowiązania podatkowego dochodzi do ustania bytu prawnego odsetek. Oznacza to także, że odsetki są świadczeniem uzupełniającym w stosunku świadczenia głównego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przepisów prawa celnego, należałoby zatem przyjąć, że odsetki od kwoty należności wynikającej z długu celnego posiadają charakter akcesoryjny w stosunku do należności głównej. Powstają z mocy prawa w sytuacjach, gdy powstaje sama zaległość, niezależnie od tego, czy dłużnik celny lub organ celny wie o powstaniu zaległości i w konsekwencji o samych odsetkach. Odsetki w prawie celnym nie służą bezpośrednio reglamentacji obrotu towarowego z zagranicą ani ochronie rynku wewnętrznego – Unijnego. Celem wprowadzenia odsetek, jest zapobieganie osiągnięciu przez dłużnika celnego korzyści finansowych wynikających z przesunięcia daty powstania lub zaksięgowania kwoty długu celnego²². Na temat odsetek wypowiedziała się także część judykatury. I tak, np. NSA w orzeczeniu²³ z dnia 21 lutego 2006 r., zwrócił uwagę, że odsetki za zwłokę są następstwem niewykonania w terminie obowiązków wynikających z przepisów prawa celnego w postaci uiszczenia należności celnych. Odsetki w prawie celnym nie mają samoistnego charakteru, lecz pełnią rolę akcesoryjną (uboczną) w stosunku do zobowiązania głównego i są ściśle powiązane z należnością główną w ten sposób, że istnienie oraz wysokość odsetek uzależniona została od trzech elementów, które muszą wystąpić łącznie: (i) od istnienia

¹⁹ L. Etel, *Komentarz do art. 53 ustawy – Ordynacja podatkowa*, LEX; uchwała NSA w Warszawie z dnia 7 grudnia 2009 r., sygn. II FPS 5/09, LEX nr 529806.

²⁰ A. Kaźmierczak [w:] A. Kaźmierczak (red.), *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 171.

²¹ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 17 sierpnia 2001 r., sygn. III SA 1772/00, LEX nr 61457.

²² Por. A. Drozdek, *Zakres pojęcia należności celnych w świetle unijnego kodeksu celnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2015, tom 96 (XCVI), s. 52.

²³ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 16 maja 2014 r., sygn. II FSK 1395/12, LEX nr 1481503.

należności głównej (świadczenia celnego), (ii) od ilości czasu, w jakim zaległość ta powstała, oraz (iii) od wysokości stawki (stopy) odsetek za zwłokę.

Charakter akcesoryjny świadczenia z tytułu odsetek nie pozwala na oderwanie go od należności głównej²⁴. Słusznie zatem wydaje się pogląd znajdujący oparcie w orzecznictwie NSA, że odsetki za zwłokę w zapłacie świadczenia celnego, nie są zobowiązaniem celnym w rozumieniu przepisów art. 5 pkt 18 UKC²⁵. Wskutek tego, odsetki nie mają wpływu na istnienie i wielkość świadczenia głównego, a jedynie są od niego zależne. Mogą one powstać tylko wtedy, gdy istnieje zobowiązanie główne.

Mając na uwadze poczynione rozważania na wstępie, należy zauważyć, że przesłanki naliczania oraz poboru odsetek zostały zróżnicowane w zależności od tego, w jaki sposób powstało zobowiązanie celne. W pierwszym przypadku, w obrocie towarowym z zagranicą, realizowanym w pełnej zgodności z przepisami prawa celnego, pobieranie odsetek jest dopuszczalne tylko w przypadku nieuiszczenia w terminie kwoty świadczenia celnego. Obowiązek uiszczenia takich odsetek wynika z art. 114 ust. 1 UKC. Co do zasady termin płatności zobowiązania celnego wynosi dziesięć dni²⁶. Przekroczenie tego terminu powoduje, iż na organie celnym spoczywa obowiązek poboru odsetek od kwot należności nieuiszczonych w terminie²⁷. Zgodnie bowiem z powołaną regulacją prawną odsetki za zwłokę naliczane są od dnia następującego po dniu upływu terminu płatności świadczenia celnego, a każdy następny dzień opóźnienia powoduje wymagalność roszczenia o odsetki za opóźnienie za okres poprzedzający tę datę. Ich bieg kończy się zaś w dniu spełnienia świadczenia głównego, jakim jest świadczenie celne, przy czym dzień ten wlicza się do okresu, za który ustalana jest ta uboczna należność pieniężna.

W drugim z analizowanych przypadków odsetki pobierane są w sytuacji, gdy zobowiązanie celne powstało w wyniku naruszenia przepisów prawa celnego²⁸. Przepisy unijnego ani krajowego prawa celnego nie zawierają żadnego „mechanizmu” zapobiegającego przesuwaniu daty wymagalności długu celnego przez podmiot naruszający przepisy prawa celnego. Termin 10-dniowy, nie znajduje zastosowanie w przypadku, gdy dług celny powstał wskutek niezgodnych z prawem działań dłużnika celnego, np. przemyt celny²⁹, ponieważ dług celny powstał już w momencie nielegalnego wprowa-

²⁴ Wyrok NSA w Poznaniu z dnia 25 sierpnia 1995 r., sygn. SA/Po 279/95, LEX nr 24102, OSSG 1996, nr 6, poz. 59; wyrok NSA w Szczecinie z dnia 11 grudnia 2003 r., sygn. SA/Sz 1326/03, Legali; wyrok NSA z dnia 21 lutego 2006 r., sygn. II FSK 369/05, LEX nr 175846.

²⁵ Wyrok NSA z dnia 15 grudnia 2000 r., sygn. SA/Sz 1444/98; powołano za: D. Jankowiak, *Ordynacja podatkowa w orzecznictwie SN i NSA*, Wrocław 2004, s. 213–214.

²⁶ Art. 65 ust. 1 u.p.c. w związku z art. 108 ust. 1 UKC.

²⁷ Art. 65 ust. 3 u.p.c.

²⁸ Art. 79 oraz art. 82 i art. 124 UKC.

Np. przemyt, usunięcie spod dozoru celnego, niewykonanie obowiązków wynikających z czasowego składowania towarów lub ze stosowania procedury celnej, która towar został objęty, czy niedopełnienie warunków wymaganych do objęcia towaru procedura lub do zastosowania obniżonych bądź zerowych stawek należności celnych przywozowych ze względu na przeznaczenie towaru.

²⁹ Należy podkreślić, iż ogólnym przedmiotem ochrony deliktów karnoskarbowych rozdziału 7 części szczególnej materialnego prawa skarbowego jest karna ochrona realizacji celów polityki ekonomicznej Unii Europejskiej i Skarbu Państwa w zakresie wymiany towarowej, stabilności rynku wewnętrznego i zabezpieczenia interesów Unijnych i polskich producentów (por. L. Wilk, *Zagadnienia materialnego prawa karnego skarbowego*, Toruń 2004, s. 124–125; K. Machalica-Drozdek, *Unieważnienie zgłoszenia celnego*, „Monitor Prawa Celnego i Podatkowego” 2009, nr 2, s. 62–64; art. 85 do 96 ustawy z dnia 10 września 1999 r., Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 186 z późn. zm.).

dzenia towaru na obszar celny unii³⁰. Z tych względów krajowy prawodawca postanowił, że odsetki liczone są od dnia następującego po dniu jego powstania, aż do dnia powiadomienia dłużnika celnego o kwocie należności wynikającej z tego długu³¹. Odsetki w przypadku naruszenia przepisów prawa celnego pobierane są w każdym przypadku, a przepisy prawa celnego nie przewidują żadnych wyjątków zwalniających od obowiązku naliczenia odsetek. Odsetki te posiadają charakter sankcji³², ponieważ pobierane są w związku z nieprzedstawieniem przez podmiot dokonujący obrotu towarowego z zagranicą towaru do odprawy celnej.

Ponadto podkreślić należy, że termin płatności kwoty zobowiązania celnego w wyniku nielegalnego wprowadzenia towarów na obszar celny wspólnoty wraz z należnymi odsetkami wynosi 10 dni od dnia doręczenia stronie decyzji przez naczelnika urzędu celnego³³, mimo że zobowiązanie celne powstało już w momencie nielegalnego wprowadzenia towaru na obszar celny Unii Europejskiej³⁴.

Z kolei w trzecim z analizowanych przypadków, odsetki pobierane są w przypadku gdy kwota wynikająca z zobowiązania celnego została zaksięgowana na podstawie nieprawidłowych lub niekompletnych danych podanych przez zgłaszającego w zgłoszeniu celnym. W takich okolicznościach odsetki pobierane są od kwoty stanowiącej różnicę między zaksięgowaną i pobraną kwotą należności a niezaksięgowaną i niepobraną na podstawie zgłoszenia celnego kwoty należności wynikającej z zobowiązania celnego³⁵. W takich sytuacjach organ celny zobowiązany jest do pobierania odsetek od dnia następującego po dniu powstania długu celnego, aż do dnia powiadomienia o tej kwocie. Data wymagalności odsetek zależy przede wszystkim od daty ujawnienia faktu naruszenia prawa celnego oraz wydania i doręczenia decyzji organu celnego określającej kwotę wynikającą z zobowiązania celnego³⁶. Termin płatności kwoty zobowiązania w wyniku retrospektywnego zaksięgowania kwoty zobowiązania celnego wraz z należnymi odsetkami wynosi 10 dni od dnia doręczenia stronie decyzji określającej prawidłową kwotę zobowiązania celnego³⁷. Przepisy prawa celnego przewidują jednak pewne odstępstwa od tej zasady. W postępowaniu celnym prowadzonym przez organy celne powinno być jednoznacznie przesądzone – w drodze wydania decyzji – czy dłużnika celnego obciążają odsetki, czy też może został zwolniony z ich zapłaty wykazując, że podanie nieprawidłowych lub niekompletnych danych było spowodowane okolicznościami niewynikającymi z jego zaniedbania lub świadomego działania³⁸. Nie ulega przy tym wątpliwości, że rozkład ciężaru dowodowego w zakresie okoliczności mogących stanowić podstawę do odstąpienia przez organy celne od poboru odsetek celnych polega

³⁰ W. Morawski [w:] W. Morawski (red.), *Wspólnotowy kodeks celny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 980.

³¹ Por. art. 65 ust. 4 u.p.c.; wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 maja 2011 r., sygn. I GSK 360/10, LEX nr 1080783.

³² Por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 15 września 2011 r., sygn. I GSK 500/10, LEX nr 1130430; wyroku z dnia 26 maja 2011 r., sygn. I GSK 299/10, LEX nr 1080771.

³³ Por. art. 65 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 1 u.p.c.

³⁴ W. Morawski [w:] W. Morawski (red.), *Wspólnotowy kodeks...*, *op. cit.*, s. 980.

³⁵ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 21 marca 2013 r., sygn. I SA/Rz 94/13, LEX nr 1301024.

³⁶ Art. 65 ust. 5 u.p.c.

³⁷ Por. art. 65 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 3 u.p.c.

³⁸ Por. wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 maja 2011 r., sygn. I GSK 299/10, LEX nr 1080771; wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 maja 2011 r., sygn. I GSK 360/10, LEX nr 1080783.

na tym, że to na dłużniku spoczywa ciężar wykazania, że podanie nieprawidłowych lub niekompletnych danych było spowodowane okolicznościami niewynikającymi z jego zaniedbania lub świadomego działania. Oznacza to, że podmiot zagrożony obowiązkiem zapłaty odsetek musi udowodnić przed organem celnym, że nie działał świadomie lub, że nie zaniedbał odpowiednich czynności wynikających z przepisów prawa celnego.

Jak zauważono na wstępie niniejszych rozważań, pobierane przez organ celny odsetki, obliczane i pobierane się w wysokości i według zasad określonych w odrębnych przepisach dotyczących pobierania odsetek za zwłokę od należności podatkowych³⁹. Jak trafnie zauważa NSA w wyroku z dnia 26 maja 2011 r., odsetki za zwłokę naliczane są przez dłużnika celnego w wyniku samoobliczenia, a ich wysokość nie musi być poprzedzona wydaniem przez organ celny decyzji zobowiązującej obowiązek ich uiszczenia⁴⁰. Z drugiej jednak strony zgodzić należy się z poglądem WSA w Krakowie⁴¹, który zresztą znajduje oparcie w doktrynie prawa celnego⁴², że odsetki stanowią rodzaj sankcji finansowej, jaka powinna być stosowana w stosunku do podmiotów mających zamiar wprowadzenia organów celnych w błąd lub działających w sposób niedbały. W świetle powyższego należy wnioskować, że odsetki w prawie celnym powstają nie tylko w przypadku gdy kwota świadczenia celnego nie została uiszczona w terminie, ale również w przypadku naruszenia przez podmiot dokonujący obrotu towarowego z zagranicą obowiązków wynikających z przepisów prawa celnego, w tym konkretnym przypadku najpierw powinna zostać wydana decyzja określająca zobowiązanie główne, a dopiero później w wyniku samoobliczenia przez dłużnika celnego odsetki są uiszczane na rachunek właściwej Izby Celnej.

W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że organ celny może zgodnie z art. 114 ust. 3–4 UKC odstąpić od pobrania odsetek za zwłokę w następujących przypadkach:

- a) jeżeli mogłoby to, ze względu na sytuację dłużnika, spowodować poważne trudności natury gospodarczej lub społecznej;
- b) jeżeli kwota do pokrycia w każdym przypadku nie przekracza 10 EUR;
- c) jeżeli wysokość odsetek nie przekraczałaby trzykrotności wartości opłaty pobieranej przez operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe⁴³ za traktowanie przesyłki listowej jako przesyłki poleconej⁴⁴.

W konkluzji należy stwierdzić, że ewentualne rozstrzygnięcie odstąpienia od pobrania odsetek za zwłokę od świadczenia celnego należeć będzie w drodze decyzji do naczelnika urzędu celnego⁴⁵.

³⁹ Por. art. 65 ust. 6 u.p.c. w zw. art. 53 § 3 i art. 55 § 1 O.p.

⁴⁰ Sygn. I GSK 360/10, LEX nr 1080783.

⁴¹ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 24 lutego 2009 r., sygn. III SA/Kr 1092/08, LEX nr 541396.

⁴² H. Mackiewicz, A. Werner, *Odsetki wyrównawcze w prawie celnym – kilka uwag na temat dopuszczalności ich nakładania*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 7, s. 16; T. Lyons, *EC Customs Law*, Oxford 2001, s. 104–106.

⁴³ Dz.U. z 2012 r., poz. 1529 z późn. zm.

⁴⁴ Art. 54 § 1 pkt 5 O.p.

⁴⁵ Art. 69 ust. 1 u.p.c.

Wydaje się, iż decydować powinien o tym jednak dyrektor izby celnej, albowiem ten organ jest wierzycielem należności celnych i w tym organie umiejscowione są komórki finansowe. Ustawodawca nie przypisał jednak mu takiej kompetencji zgodnie z art. 70 ust. 1 pkt 1 u.p.c.

W ramach spójności prowadzonego wywodu należy poczynić kilka uwag wprowadzających do zagadnienia przedawnienia roszczenia głównego, jakim jest kwota należności wynikająca z długu celnego, dla istoty przedawnienia świadczenia odsetkowego. Przedawnienie jako konstrukcja prawna wywodzi się z prawa cywilnego⁴⁶, określana jest jako dawność. Terminem tym definiuje się instytucję prawną, która określa skutki prawne będące następstwem niewykonania uprawnień przez czas określony w ustawie⁴⁷. Jak zauważa w swych rozważaniach R. Radwański, przedawnienie jest to zdarzenie prawne, w których przesłanką wywołującą określone skutki prawne jest upływ czasu. Społeczna funkcja dawności przejawia się w potrzebie likwidacji niepożądanego zjawiska, jakim jest kolizja między treścią stosunku prawnego a utrzymaniem się przez dłuższy czas stanem faktycznym⁴⁸. Powołany już autor wskazuje także, że instytucja przedawnienia opiera swoje istnienie na silnym fundamencie aksjologiczno-logicznym w postaci potrzeby usunięcia wszelkiego stanu niepewności wywołanego upływem czasu⁴⁹. Z drugiej strony, należy także podzielić pogląd SN z dnia 12 lutego 1991 r.⁵⁰, który w tezie wyroku stwierdził, że nie należy bowiem dopuścić do sytuacji, w której podmiot zobowiązany, przez dziesięciolecia pozostawać będzie w niepewności co do przysługującego mu prawa lub dotyczącego go obowiązku.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż przedawnienie nierozzerwalnie łączy się z czynnikiem czasu, który w konsekwencji swojego upływu wywołuje szereg skutków prawnych, w postaci usunięcia stanu niepewności, w jakim znajduje się dłużnik.

Wyjaśnienie i istota przedawnienia podjęta została w doktrynie prawa podatkowego. I tak, np. R. Mastalski wskazuje, iż przedawnienie jest to zdarzenie prawne, które może prowadzić do nabycia lub utraty określonych praw materialnych⁵¹, poprzez zmianę stosunków prawnych w miarę upływu czasu. Niewątpliwie instytucja ta działa na korzyść osoby, która nie wykonuje ciężących na niej obowiązków, zapewniając jej ochronę przed wierzycielem podatkowym do dochodzenia należnego świadczenia. W konsekwencji, prawo odmawia ochrony podmiotowi uprawnionemu, faworyzując w ten sposób zobowiązanego do uiszczenia zobowiązania podatkowego. Taka nierówność pozostaje w sprzeczności ze społecznym poczuciem sprawiedliwości⁵². Jak bowiem wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej, na skutek upływu terminu przedawnienia następuje stabilizacja sytuacji prawnej podatnika. Nabywa on pewność, że jego stosunek zobowiązaniowy w sferze publicznoprawnej nie ulegnie już zmianie. Z drugiej strony, organy administracji publicznej, które w okresie biegu terminu przedawnienia

⁴⁶ F. Koschnick, *Die Verjährung im Verwaltungsrecht*, Göttingen 1936, s. 12.

⁴⁷ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniak, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000, s. 345.

⁴⁸ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1993, s. 221; podobnie: W. Stachurski, *Przedawnienie w prawie podatkowym – wybrane zagadnienia*, [w:] L. Etel (red.), *Ordynacja podatkowa. W teorii i praktyce*, Białystok 2008, s. 181.

⁴⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009, s. 347.

⁵⁰ Sygn. III CRN 500/99, OSNC 1992, z. 7–8, poz. 137.

⁵¹ R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2009, s. 240.

⁵² Por. A. Nita, *Przedawnienie powinności podatnika – zagadnienia dyskusyjne*, [w:] R. Dowgier (red.), *Ordynacja podatkowa. Rozstrzygnięcia organów podatkowych i skarbowych*, Białystok 2014, s. 202–203.

nie podjęły stosownych działań prawnych, pozbawione zostały możliwości ingerencji w prawa i obowiązki podatnika. Następuje więc po obu stronach, nieistniejącego już zobowiązania podatkowego, stan pewności w zakresie wzajemnych zobowiązań i uprawnień⁵³. Wnioskowanie *a contrario* prowadzi do wniosku, że zapłata zobowiązania podatkowego nie zostaje wykonana. W konsekwencji, w wyniku upływu czasu określonego w przepisach prawa wierzyciel podatkowy zostaje pozbawiony środków na realizację zadań publicznych. Przedstawione rozważania nie pozostawiają także wątpliwości odnośnie do tego, że przedawnienie stanowi nieefektywny sposób wygasania zobowiązania podatkowego⁵⁴.

Należy zauważyć, iż przedawnienie pełni we wszystkich dziedzinach prawa zbliżoną funkcję. Jest to instytucja mająca na celu nie tylko „uwolnienie” się dłużnika od ciężącego na nim zobowiązania, ale również nabywa on prawa (uprawnienia obronne), których funkcja sprowadza się do możliwości skutecznego zablokowania wierzycielowi drogi do realizacji swoich praw podmiotowych⁵⁵. Mając na uwadze poczynione rozważania wymaga podkreślenia, iż podobną funkcję instytucja przedawnienia spełnia na płaszczyźnie prawa celnego, w związku z czym należy więc posługiwać się definicją wypracowaną przez doktrynę prawa podatkowego, gdzie z instytucji tej korzysta również często prawo celne.

Przedawnienie zobowiązania celnego uregulowane zostało przepisami unijnego, jak i krajowego prawa celnego stanowiąc, iż:

1. powiadomienie dłużnika celnego o kwocie należności wynikającej z zobowiązania celnego nie może nastąpić po upływie trzech lat, licząc od dnia powstania długu celnego. Jest to przedawnienie prawa organu celnego do określenia i powiadomienia dłużnika celnego o kwocie wynikającej z długu celnego, czyli prawo do ustalenia wysokości zobowiązania celnego⁵⁶, oraz że
2. kwot należności, których można dochodzić w terminie 5 lat, licząc od dnia, w którym zostały one „zaksięgowane” przez organy celne – tzw. przedawnienie zobowiązania celnego⁵⁷.

Po upływie 3 lat organ celny traci prawo do zaksięgowania, a w konsekwencji również i prawo do pobierania należności. Skutkuje to tym, że *de facto* nie następuje, bowiem przedawnienie długu celnego, lecz przedawnienie prawa organu celnego do określenia i powiadomienia dłużnika o wysokości długu celnego⁵⁸.

Przedawnienie jako szczególna instytucja wygasania zobowiązania celnego polega na tym, że jeżeli osoba zobowiązana do zapłacenia kwoty długu celnego (dłużnik celny)

⁵³ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. I GSK 14/10, LEX nr 744726.

⁵⁴ Por. B. Adamiak, J. Borkowski, R. Mastalski, J. Zubrzycki, *Ordynacja podatkowa...*, *op. cit.*, s. 326; P. Borszowski, *Wygasanie zobowiązań podatkowych przez zapłatę a przedawnienie*, „Głosa” 2005, nr 4, s. 112; R. Mastalski, *Prawo podatkowe...*, *op. cit.*, s. 240.

⁵⁵ Por. T. Pałdyna, *Przedawnienie w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2009, s. 37–38.

⁵⁶ Art. 103 ust. 1 UKC; podobnie: W. Morawski [w:] W. Morawski (red.), *Wspólnotowy kodeks...*, *op. cit.*, s. 972; wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 30 grudnia 2009 r., sygn. I SA/Bd 777/09, LEX nr 582560.

⁵⁷ Art. 65 ust. 7 u.p.c.

Regulacje prawne unijnego i krajowego prawa celnego postępują się terminem przedawnienia w następujących artykułach: art. 124 UKC, art. 65 ust. 8-11 oraz art. 65c u.p.c.

⁵⁸ W. Morawski [w:] W. Morawski (red.), *Wspólnotowy kodeks...*, *op. cit.*, s. 972.

wskutek upływu określonego czasu w przepisach prawa celnego nie zostanie powiadomiony o zarejestrowaniu kwoty należności wynikającej z zobowiązania celnego, to organ celny nie ma możliwości dochodzenia od niego określonego świadczenia. W konsekwencji, powoduje to wygaśnięcie długu celnego, wskutek czego dłużnik celny nie będzie ponosił odpowiedzialności za ten dług⁵⁹. Podstaw do tego typu stwierdzenia dostarcza przede wszystkim teza wyroku TK z dnia 21 czerwca 2011 r.⁶⁰, zgodnie z którym wierzyciel celny nie może się już skutecznie domagać spełnienia świadczenia celnego wraz z należnymi mu odsetkami za zwłokę, jako że stosunek zobowiązaniowy łączący go z dłużnikiem celnym, który wynikał z treści zobowiązania wygasł z mocy samego prawa.

W wyniku przedawnienia organ celny pozbawiony został również prawa do weryfikacji zgłoszenia celnego oraz dokonania w nim zmian wartości celnej towaru, a w konsekwencji traci również uprawnienia do wyegzekwowania od dłużnika celnego kwoty zaniżonego zobowiązania celnego. Z kolei podmiot dokonujący obrotu towarowego z zagranicą traci prawo do zwrotu nadpłaconego cła – zwrot nadpłaty⁶¹. W literaturze prawa celnego⁶² oraz judykaturze podkreśla się, że na mocy przepisów *lex specialis*, jakimi są przepisy prawa podatkowego, jest dopuszczalne zastosowanie rozwiązań wyjątkowych stosowanych dla potrzeb ustalenia prawidłowej wysokości należności podatkowych. Po upływie przedawnienia zobowiązania celnego, a przed upływem zobowiązania podatkowego wprawdzie nie jest możliwe powiadomienie dłużnika o weryfikacji długu celnego, ale jest prawnie dopuszczalne ustalenie prawidłowych elementów kalkulacyjnych zgodnie z przepisami prawa podatkowego dla prawidłowego ustalenia wysokości należności podatkowych obciążających obrót towarowy z zagranicą i wyegzekwowania w ten sposób prawidłowej kwoty zobowiązania podatkowego.

Przedawnienie jako instytucja prawna nie tylko oznacza zmianę stosunków prawnych w miarę upływu czasu, która powoduje, że dokonanie określonej czynności jest prawnie niedopuszczalne, ale również w konsekwencji może prowadzić to, do nabycia lub utraty określonych praw materialnych, np. dłużnik celny uzyskuje korzyści finansowe, w wysokości nieuiszczonego zobowiązania celnego. Uwzględniając wcześniejsze uwagi dotyczące przedawnienia, należy zwrócić uwagę na nierówność wobec prawa podmiotów dokonujących obrotu towarowego z zagranicą. Dłużnik celny, zdolny do zapłaty zobowiązania celnego, opóźniając moment spełnienia świadczenia celnego, stawia się bowiem w lepszej sytuacji ekonomicznej niż ta, w której znajdują się dłużnicy celni terminowo spełniający ciężące na nich powinności wynikające z przepisów prawa celnego. Przesunięcie terminu zapłaty należnego długu celnego powoduje uprzywilejo-

⁵⁹ Por. F. Prusak, *Prawo celne...*, *op. cit.*, s. 961.

⁶⁰ Por. orzeczenia TK z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. P 26/10, OTK-A 2011, nr 5, poz. 43, Dz.U. z 2011 r., nr 140, poz. 825, LEX nr 950592; z dnia 17 lipca 2012 r., sygn. P 30/11, LEX nr 1171372.

⁶¹ A. Drozdek, *Cto jako niepodatkowa należność budżetowa – część II*, „Monitor Prawa Celnego i Podatkowego” 2012, nr 1, s. 18.

⁶² Należy zwrócić uwagę, iż w przeciwieństwie do prawa celnego termin przedawnienia zobowiązań podatkowych z tytułu podatków i usług oraz podatku akcyzowego jest dłuższy, wynosi 5 lat licząc od końca roku, w którym upłynął termin płatności (A. Drwiłło, *Problem podatkowego charakteru ceł w świetle obowiązującego prawa celnego i podatkowego*, [w:] W. Miemieć (red.), *Księga jubileuszowa profesora R. Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, Wrocław 2009, s. 131; wyrok NSA Warszawie z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. I GSK 378/12, LEX nr 1311581).

wane położenie dłużnika celnego, w którym samowolnie znalazł się, regulując swoje zobowiązanie ze zwłoką. Aby usunąć tę „nierówność”, koniecznym jest obciążenie dłużnika celnego z tytułu nieuiszczenia w terminie należnego świadczenia obowiązkiem poniesienia dodatkowej powinności w postaci odsetek celnych⁶³.

Przeprowadzona analiza pozwala na sformułowanie następujących wniosków końcowych.

Przedawnienie odsetek jest bardzo problematyczną konstrukcją, której analiza wymaga wszechstronnego zbadania wielu aspektów związanych z charakterem prawnym. Przedawnienie zobowiązania celnego oznacza, że wierzyciel celny po jego zaistnieniu nie może skutecznie domagać się jego uregulowania. W wyniku czego pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem wygasa zobowiązanie celne. Z kolei dobrowolne spełnienie tego zobowiązania przez dłużnika celnego prowadzi do powstania nadpłaty, która podlega zwrotowi. Trudno jest znaleźć praktyczne argumenty, dla których możliwość dalszego naliczenia odsetek od przedawnionego zobowiązania celnego powinna być dopuszczalna. Przyjmując takie założenia mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której dłużnik celny został zobowiązany do ponoszenia dodatkowych świadczeń naliczanych jako odsetki, obowiązku którego nie da się wyegzekwować pod przymusem państwowym, gdyż roszczenie z niego, jest pozbawione cechy zaskarżalności. Wynika z tego, że obowiązek ich zapłaty nie może powstać bez obowiązku zapłaty świadczenia głównego, w związku z czym odsetki od zobowiązania celnego nie są samodzielnym, oderwanym od długu celnego świadczeniem.

Termin przedawnienia zobowiązania celnego stanowi równocześnie termin przedawnienia zobowiązania akcesoryjnego, jakim są odsetki w prawie celnym. Za poglądem takim przemawia uboczny charakter odsetek oraz to, że tworzą one ustawowe roszczenie wierzyciela celnego. Przepisy prawa celnego przewidują konsekwencje finansowe, w postaci obowiązku zapłaty odsetek w przypadku naruszenia prawa przez podmioty dokonujące obrotu towarowego z państwami trzecimi. Odsetki za zwłokę są następstwem powstania zaległości celnej. Powstają one w sytuacji, gdy dłużnik celny zobowiązany do uiszczenia długu celnego nie uiszcza go w terminie zobowiązania, w przypadku gdy kwota wynikająca z długu celnego została zaksięgowana na podstawie nieprawidłowych lub niekompletnych danych, podanych przez zgłaszającego w zgłoszeniu celnym oraz w przypadku powstania długu celnego w sytuacji naruszenia przepisów prawa celnego.

Odsetki pobierane od kwoty zobowiązania celnego nie należy utożsamiać z należnościami celnymi w rozumieniu przepisów art. 5 pkt 20 i 21 UKC. Argumentem przemawiającym za tym jest fakt, że należności celne w przeciwieństwie do odsetek celnych pobierane i wymierzone są na podstawie przepisów rozporządzenia Rady (EWG) nr 2658/87 z dnia 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej. W związku, z czym odsetki w prawie celnym

⁶³ Por. A. Nita, *Czynnik czasu w prawie podatkowym*, [w:] B. Brzeziński (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009, s. 87–88; A. Drwiłło, *Problem podatkowego charakteru ceł w świetle obowiązującego prawa celnego i podatkowego*, [w:] W. Miemieć (red.), *Księga Jubileuszowa...*, op. cit., s. 125; K. Włodkowski, *Zasada powszechności ceł i jej ograniczenia w Polsce, Unii Europejskiej oraz w wybranych krajach Europy Wschodniej*, Toruń 2009, s. 37; A. Nita, *Przedawnienie powinności podatnika – zagadnienia dyskusyjne*, [w:] R. Dowgier (red.), *Ordynacja podatkowa...*, op. cit., s. 203–204.

stanowią należność uboczną, która ściśle związana jest z istnieniem należności głównej. Do odsetek jako niesamoistnej należności nie mogą być zastosowane przepisy art. 101–107 UKC dotyczące „Pokrycie, zwrot i umorzenie kwoty należności celnych przywozowych lub wywozowych”. Umorzenie odsetek jest możliwe jedynie w przypadku umorzenia należności głównej, jaką stanowią należności celne. Obowiązek ich zapłaty powstaje z chwilą niewykonania w terminie obowiązków wynikających z przepisów prawa celnego w postaci obciążenia przewożonych towarów przez granicę celną kwoty należności wynikającej z długu celnego, w związku z czym nie są związane z obrotem towarowym z zagranicą.

BIBLIOGRAFIA

- Bartosiewicz A., Kubacki R., *Leksykon Ordynacji podatkowej*, Wrocław 2009.
- Borszowski P., *Wygasanie zobowiązań podatkowych przez zapłatę a przedawnienie*, „Glosa” 2005, nr 4.
- Drozdek A., *Cło jako niepodatkowa należność budżetowa – część II*, „Monitor Prawa Celnego i Podatkowego” 2012, nr 1.
- Drozdek A., Zakres pojęcia należności celnych w świetle unijnego kodeksu celnego, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2015, tom 96 (XCVI).
- Drwiłło A., *Problem podatkowego charakteru ceł w świetle obowiązującego prawa celnego i podatkowego*, [w:] Miemieć W. (red.), *Księga jubileuszowa profesora R. Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*, Wrocław 2009.
- Etel L., *Komentarz do art. 53 ustawy – Ordynacja podatkowa*, LEX.
- Jankowiak D., *Ordynacja podatkowa w orzecznictwie SN i NSA*, Wrocław 2004.
- Kaźmierczak A. [w:] Kaźmierczak A. (red.), *Ordynacja podatkowa. Źródła i wykładnia prawa podatkowego*, Warszawa 2010.
- Koschnick F., *Die Verjährung im Verwaltungsrecht*, Göttingen 1936.
- Lyons T., *EC Customs Law*, Oxford 2001.
- Machalica-Drozdek K., *Unieważnienie zgłoszenia celnego*, „Monitor Prawa Celnego i Podatkowego” 2009, nr 2.
- Mackiewicz H., Werner A., *Odsetki wyrównawcze w prawie celnym – kilka uwag na temat dopuszczalności ich nakładania*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 7.
- Mastalski R., *Prawo podatkowe*, Warszawa 2009.
- Morawski W. [w:] Morawski W. (red.), *Wspólnotowy kodeks celny. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Nita A., *Czynnik czasu w prawie podatkowym*, [w:] Brzeziński B. (red.), *Prawo podatkowe. Teoria. Instytucje. Funkcjonowanie*, Toruń 2009.
- Nita A., *Przedawnienie powinności podatnika – zagadnienia dyskusyjne*, [w:] Dowgier R. (red.), *Ordynacja podatkowa. Rozstrzygnięcia organów podatkowych i skarbowych*, Białystok 2014.
- Pałdyna T., *Przedawnienie w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2009.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 1993.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009.
- Sawicka K., *Dług celny jako zobowiązanie publicznoprawne*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1998, nr 41.
- Stachurski W., *Przedawnienie w prawie podatkowym – wybrane zagadnienia*, [w:] Etel L. (red.), *Ordynacja podatkowa. W teorii i praktyce*, Białystok 2008.
- Wilk L., *Zagadnienia materialnego prawa karnego skarbowego*, Toruń 2004.
- Włodkowski K., *Powstanie z mocy prawa długu celnego*, „Glosa” 2004, nr 3.

Włodkowski K., *Zasada powszechności cła i jej ograniczenia w Polsce, Unii Europejskiej oraz w wybranych krajach Europy Wschodniej*, Toruń 2009.

Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniak K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2000.

Zubrzycki J. [w:] Adamiak B., Borkowski J., Mastalski R., Zubrzycki J. (red.), *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Wrocław 2003.

PRZEDAWNIEŃ ŚWIADCZENIA ODSETEK, A PRZEDAWNIEŃ ZOBOWIĄZANIA CELNEGO

Streszczenie

Przepisy prawa celnego przewidują konsekwencje finansowe, w postaci obowiązku zapłaty odsetek w przypadku naruszenia prawa przez podmioty dokonujące obrotu towarowego z państwami trzecimi. Spełniają one „klasyczną rolę” odsetek za zwłokę, należnych w przypadku naruszenia terminu płatności kwoty wynikającej z długu celnego. Są one zobowiązaniem będącym następstwem powstania zwłoki w zapłacie świadczenia celnego. Z kolei termin przedawnienia zobowiązania celnego stanowi równocześnie termin przedawnienia zobowiązania akcesoryjnego, jakim są odsetki na gruncie prawa celnego. Za poglądem takim przemawia ich uboczny charakter oraz to, że tworzą one ustawowe roszczenie wierzyciela celnego. Odsetki za zwłokę są następstwem powstania zaległości celnej.

Słowa kluczowe: *świadczenie celne, zobowiązanie celne, odsetki*

EXTINCTION OF INTEREST CHARGES VS. EXTINCTION OF CUSTOMS DEBT

Summary

The provisions of customs law lay down financial consequences in the form of an obligation to pay interest in case of law infringement by entities trading with third countries. It fulfils a “classic function” of interest charged for a delay that is due in case of a default in payment of the amount of customs debt. It constitutes an obligation resulting from a delay in payment of customs duty. On the other hand, the extinction time limit of a customs obligation also stands for the extinction time limit of an accessory obligation, i.e. interest under customs law. The reason behind such interpretation consists in its accessory character and the fact that it constitutes a statutory claim of a customs creditor. Interest for a delay is charged as a result of customs arrears.

Key words: *customs duty, customs obligation, interest*

ORGANIZACJA REJESTRACJI STANU CYWILNEGO W POLSCE W UJĘCIU HISTORYCZNYM

WOJCIECH M. HRYNICKI

WPROWADZENIE

Współczesna rejestracja stanu cywilnego, wywodząca się ze średniowiecznej rejestracji sakramentów kościelnych, odgrywa nieprzecenioną rolę w szeroko pojętej ewidencji ludności. Ponieważ ma charakter „systemu obligatoryjnych, trwałych i ciągłych wpisów dotyczących stanu cywilnego”¹, wpływa na indywidualną pozycję jednostki w sferze administracyjnoprawnej. Jak zauważył jednak J. Litwin, zadaniem rejestracji stanu cywilnego jest uchwycenie pewnych zdarzeń indywidualnych i kształtowania się w tej dziedzinie losów jednostki; funkcja społecznie służebna w zakresie administracyjnoprawnej ewidencji obywateli dla przeróżnych celów administracyjnych i tworzenia obrazu zjawisk demograficznych jest funkcją wtórną, acz niemniej ważną². Należy zgodzić się z twierdzeniem, że „rejestracja zdarzeń określających stan cywilny stabilizuje pozycję osoby fizycznej w stosunkach faktycznych i prawnych, a regulując stosunki społeczne i obrót prawny, jest istotnym czynnikiem porządku w państwie”³.

Rejestracja stanu cywilnego w Polsce od czasów zakończenia II wojny światowej ma wyłącznie charakter świecki. Sekularyzacja tej dziedziny administracji publicznej nastąpiła w naszym kraju dość późno i była przejawem XIX-wiecznej tendencji przejmowania przez administrację wielu zadań, które wcześniej w większości należały do

¹ Z. Duniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego – zagadnienia administracyjnoprawne*, [w:] *Materialne prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady*, M. Stahl (red.), Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2002, s. 44.

² J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Łódź: Spółdzielnia Wydawnicza „Prawo”, 1949, s. 11.

³ J. Szreniawski, *Prawo administracyjne. Część szczegółowa*, Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta, 1997, s. 20.

sfery kościelnej⁴. Przez te prawie siedemdziesiąt lat mocno ewoluowała i dziś należy zastanowić się czy wybrany system rejestracji jest systemem prawidłowym, zwłaszcza w obliczu proponowanej przez ustawodawcę nowej formuły Prawa o aktach stanu cywilnego⁵.

OD ŚREDNIOWIECZA DO NOWOŻYTNOŚCI

Na wstępie należy przypomnieć, że akty stanu cywilnego wyrosły z kościelnych metryk chrztów, ślubów i zgonów, które prowadzono początkowo wyłącznie dla celów kościelnych⁶. Początki rejestracji stanu cywilnego na ziemiach Europy, w tym również na ziemiach Polski, związane są z historią kościoła rzymskokatolickiego, a konkretnie z Soborem w Trydencie, zwołanym w 1545 roku przez papieża Pawła III w celu zapobieżenia skutkom reformacji i następnie przeniesionym w 1547 roku, z powodu dżumy – do Bolonii.

Kryzys moralny kościoła rzymskokatolickiego w XVI wieku i narastające ruchy protestanckie spowodowały konieczność przeprowadzenia głębokich reform i zmiany spojrzenia na świat. Pod naciskiem cesarza Karola V, papież Paweł III (*Alessandro Farnese*), zgodził się zwołać sobór do Trydentu, gdzie spodziewano się nawiązać dialog z protestantami⁷. Ten niecierpiący się dobrą sławą papież, znany z rozwiązanego trybu życia i nałożenia ekskomuniki na króla Anglii Henryka VIII, zapisał się pozytywnie w historii administracji, zwołując sobór tak istotny z punktu widzenia organizacji rejestracji stanu cywilnego. Sobór ten, trwający za pontyfikatu jeszcze kolejnych czterech papieży⁸, zakończył się w 1563 roku, odciskając na zawsze piętno na aktach stanu cywilnego poprzez wprowadzenie obowiązku rejestracyjnego urodzin, zgonów i małżeństw.

W roku 1577 duchowieństwo polskie przyjęło ustawy Soboru Trydenckiego⁹ i od tego czasu przyjęc należałoby organizację rejestracji stanu cywilnego w Polsce. Rejestracja ta z całą pewnością obciążona była natenczas wieloma wadami. Przede wszystkim nie objęła całego ówczesnego obszaru państwa polskiego (nie sięgała wschodnich rubieży, które po unii z Litwą wykraczały poza linię Smoleńsk – Kozielsk – Kursk) i prowadzona była nader niedokładnie. Często pomijano w księgach istotne dane, takie jak np. data urodzenia lub data zgonu, wpisując jedynie datę dokonania obrządku reli-

⁴ E. Knosala, *Rozważania z teorii nauki administracji*, Tychy: Wyższa Szkoła Zarządzania i Nauk Społecznych, 2004, s. 110.

⁵ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. z 2014 r., poz. 1741 ze zm., zwana dalej *Prawem asc.*

⁶ E. Smoktunowicz, *Pozycja obywatela w dziedzinie stosunków osobistych*, [w:] *System prawa administracyjnego*, T. Rabska (red.), t. IV, Wrocław: Polska Akademia Nauk – Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1980, s. 23.

⁷ J.A. Gierowski, *Historia Włoch*, Wrocław – Warszawa – Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1999, s. 200.

⁸ Kolejno: Juliusz III (*Giovanni Maria Ciochi del Monte*), Marcellin II (*Marcello Cervini degli Spannuchi*), Paweł IV (*Giovanni Pietro Carafa*), Pius IV (*Giovanni Angelo de Medici*).

⁹ M. Albiniak, A. Czajkowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego*, Toruń: Dom Organizatora TNOiK, 1996, s. 11.

gijnego (datę chrztu, datę pogrzebu)¹⁰. Ponieważ wprowadzona przez Sobór Trydencki rejestracja była znacząco dysfunkcyjna, dużym osiągnięciem w zakresie jej uporządkowania, było ustanowienie w 1614 roku przez papieża Pawła V (*Camillo Borghese*)¹¹ – formuły sporządzania aktów metrykalnych oraz nakazanie biskupom w roku 1744 – przez papieża Benedykta XIV (*Prospero Lorenzo Lambertini*) – czuwania nad dokładnym wykonywaniem przepisów metrykalnych¹². Tak zatem kolejni papieże wpisali się w historię administracji w obszarze rejestrowania stanu cywilnego. Jednak uporządkowanie było tylko pozorne, bowiem dalej rejestrację kościelną cechowała daleko posunięta niedokładność i wybiórczość (np. nie rejestrowano dzieci, które nie dożyły chrztu kościelnego lub zgonów w czasach epidemii).

Ponieważ państwa europejskie, w tym Polska, powierzyły rejestrację stanu cywilnego osobom duchownym, znajdowała się ona wtenczas poza kontrolą aparatu państwa jako tworu świeckiego. Wyłączenie spraw rejestrowania stanu cywilnego z obszaru administracji świeckiej pociągało za sobą szereg nieprawidłowości na ziemiach polskich, zwłaszcza w obliczu wielości wyznań i konfliktów między nimi, a szczególnie w epoce rozwijających się ruchów protestanckich. Niedbalstwo i niedokładność duchowieństwa, a czasem wręcz niewykonywanie odgórnych zaleceń władzy kościelnej w tym obszarze zadań rodziło wiele problemów praktycznych. Władze kościelne próbowały temu zaradzić i kontrolować duchowieństwo, np. Synod Łowicki w 1602 roku i Synod Chełmiński w 1641 roku zakładały nałożenie kary dziesięciu grzywien na niedbanych duchownych, a Synod Łucki w 1641 roku zabronił proboszczom wyręczać się posługą nauczycieli lub sług kościelnych w sprawach rejestracyjnych¹³. Wydaje się jednak, że dopiero wyżej wspomniany nakaz papieża Benedykta XIV z 1744 roku poprawił nadzór nad wykonywaniem przepisów metrykalnych.

W tym zakresie można powiedzieć, że średniowieczna i postmediewalna organizacja rejestracji stanu cywilnego była niewydolna, a biurokracja w tym obszarze jawiła się na ogół w pejoratywnym świetle. Na tamten okres rejestracja ta wymagała głębszych zmian.

OD NOWOŻYTNOŚCI DO DZISIEJSZYCH POSTULATÓW

Nie ulega wątpliwości, że administracja jest systemem żywym, który nieustannie podlega przeobrażeniom i ewolucjom, mając na celu swoje doskonalenie. Toteż państwo polskie w drugiej połowie XVIII wieku, dostrzegając niedostatki administracji kościelnej w omawianym obszarze, zaczęło regulować obowiązek prowadzenia rejestracji stanu cywilnego. Wtedy to ustawa z 1764 roku przyznała księgom prowadzonym przez proboszczów wyznania rzymskokatolickiego i greckounickiego „moc dowodową doku-

¹⁰ L. Szwejkowska, *Ważność czynności prawnych związanych z rejestracją stanu cywilnego*, „Poradnik dla kolegów orzekających” nr 3/rok IV, s. 4.

¹¹ J.N.D. Kelly, *Encyklopedia papieży*, Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1997, *passim*.

¹² I. Grabowski, *Urzędy stanu cywilnego*, [w:] *Encyklopedia powszechna prawa publicznego*, Z. Cybichowski (red.), t. II, Warszawa: Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska” 1930, s. 1078–1079.

¹³ *Ibidem*, s. 1079.

mentów publicznych”¹⁴. Z punktu widzenia nauki administracji i prawa administracyjnego było to wydarzenie doniosłe, gdyż po raz pierwszy nadano tym dokumentom wprowadzonym i tworzone przez sektor niepaństwowy – charakter publiczny. W ślad za tym ustawa z 22 czerwca 1789 roku wprowadziła obowiązek prowadzenia metryk chrztów, ślubów i pogrzebów przez duchownych wszystkich wyznań chrześcijańskich, wyrażając coraz większe zainteresowanie kontrolą tej sfery publicznej. System jednak w dalszym ciągu funkcjonował wadliwie, nie tylko ze względu na pozostawanie poza nim ksiąg rejestracyjnych wyznań niechrześcijańskich (głównie rabinów żydowskich i imamów mahometańskich), ale licznych błędów rejestracyjnych oraz swobodnego podejścia duchownych do nałożonego na nich obowiązku. Jednak całkowicie system rejestracji stanu cywilnego w Polsce zmieniły rozbiory Polski, dzieląc dotychczasowe terytorium państwa między zaborców preferujących z biegiem czasu odmienne systemy rejestracyjne, początkowo wyznaniowe, ale później w części świeckie.

Pierwszym świeckim na ziemiach polskich systemem, który wyrwał kościołowi rzymskokatolickiemu administrację odpowiedzialną za rejestrację stanu cywilnego (konkretnie w Księstwie Warszawskim) był niespodziewanie rewolucyjny system francuski. Znaczenia Rewolucji Francuskiej (1789–1799) dla rozwoju współczesnej demokracji, praw człowieka oraz nowoczesnej i świeckiej administracji nie sposób przecenić¹⁵. „Sekularyzacja urzędów i ksiąg stanu cywilnego jest dziełem Wielkiej Rewolucji Francuskiej i wypływa z ducha jakobińskiego”¹⁶. Należy przypomnieć, że 1 maja 1808 roku Księstwo Warszawskie poddane zostało świeckiemu prawu cywilnemu, poprzez wprowadzenie m.in. Kodeksu Napoleona z 1807 roku¹⁷. Kodeks Napoleona regulował prowadzenie rejestracji stanu cywilnego wyłącznie w formie świeckiej i w tym zakresie wzorował się na pierwszych na świecie ustawach wprowadzających świecki system rejestracji urodzeń, małżeństw i zgonów – ustawie z 20-25 września 1792 r., będącej dziełem francuskich racjonalistów oraz ustawie z 27 lutego (*20 pluviöse*) 1800 r., które oddały system prowadzenia aktów stanu cywilnego na zawsze urzędom stanu cywilnego¹⁸. Ten świecki system wprowadził obowiązek rejestrowania stanu cywilnego (w księgach urodzeń, małżeństw i zgonów) dla wszystkich obywateli niezależnie od ich wyznania i przekonań religijnych, a nawet dokonywał rejestracji małżeństw zawartych przed osobą duchowną w formie wyznaniowej.

Dzięki temu *novum* historia organizowania rejestracji stanu cywilnego na ziemiach polskich uczyniła milowy krok do przodu. System świecki zapewniał większy profesjonalizm oraz równość w dostępie do aktów stanu cywilnego. Do tej pory bowiem zdarzało się w całej Europie, w tym oczywiście w Polsce, że rejestracja stanu cywilnego dokonywana przez duchownych była wybiórcza i niedokładna. Poza tym pozbawiona była kontroli ze strony aparatu państwa, którego obywateli rejestrowano. Wprowadzenie profesjonalnej kadry urzędniczej, która w założeniu miała zawodowo zajmować się tym

¹⁴ L. Szweykowska, *op. cit.*, s. 4.

¹⁵ Zob. więcej: K. Krasowski, M. Krzymkowski, K. Sikorska-Dzięgielewska, J. Walachowicz, *Historia ustroju państwa*, Poznań: Ars Boni et Aequi, 2002, s. 215 i n., A. Mączak (red.), *Historia Europy*, Wrocław – Warszawa – Kraków 1997, s. 492 i n.

¹⁶ J. Litwin, *op. cit.*, s. 6.

¹⁷ Zob. S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1954, s. 23.

¹⁸ I. Grabowski, *op. cit.*, s. 1080.

wycinkiem spraw publicznych, musiało przynieść pozytywne efekty. Kadra ta musiała być także odpowiednio kierowana, by po latach móc z całą pewnością zbierać owoce sekularyzacji. Słowa te nie wydają się tylko postulatami, bowiem w kwietniu 1808 roku powołano komisję egzaminacyjną dla kandydatów na posady urzędnicze i utworzono Szkołę Prawa w Warszawie, a w 1811 roku Szkołę Nauk Administracyjnych¹⁹.

Choć Rewolucja Francuska wywarła wielce pozytywny wpływ na organizację rejestrowania stanu cywilnego na naszym terytorium, francuski system świecki nie obowiązywał na wszystkich ziemiach polskich i po upadku Napoleona został stopniowo wyparty. Jednak mimo likwidacji Księstwa Warszawskiego i powołania Królestwa Kongresowego, świecki system rejestracji stanu cywilnego obowiązywał do 1825 roku, kiedy wydano pierwszą księgę kodeksu cywilnego polskiego, która niestety zniósła świecką rejestrację dla wyznań chrześcijańskich, ale utrzymała ją dla wyznań niechrześcijańskich. Z biegiem czasu do systemu wyznaniowego głównych kościołów włączono rejestrację prowadzoną przez mniejsze kościoły chrześcijańskie (mennonitów, staroobrzędowców, mariawitów). System świecki dla bezwyznaniowców również okazał się niepotrzebny, bowiem zgodnie z ideą carską, każdy obywatel miał obowiązek należeć do jednego z prawnie uznanych wyznań religijnych.

Innym przykładem organizowania przed II wojną światową rejestracji stanu cywilnego na ziemiach polskich wyłącznie w formie świeckiej był system pruski, wprowadzony na ziemiach zajętych przez tego zaborcę. Trzeba powiedzieć, że system ten, oparty w części na francuskim systemie rewolucyjnym, choć wprowadzony stosunkowo późno, funkcjonował bardzo sprawnie i z pewnością możemy powiedzieć, że był to najlepiej funkcjonujący system rejestracji stanu cywilnego na historycznych ziemiach polskich. Rejestracja na terenie zaboru pruskiego prowadzona była na podstawie Kodeksu Cywilnego Niemieckiego (*Bürgerliches Gesetzbuch*) z 1896 r. oraz wprowadzonej wcześniej ustawy z 6 lutego 1875 r. o rejestracji stanu cywilnego i o zawieraniu małżeństw²⁰ (zatem dopiero na dzień 1 stycznia 1876 roku datuje się sekularyzację rejestracji stanu cywilnego w Starej Rzeszy). Akty te statuowały rejestrację o wyłącznie świeckim charakterze, prowadzoną przez urzędy stanu cywilnego dla wszystkich mieszkańców niezależnie od wyznania. Rejestracja kościelna straciła natenczas na znaczeniu, a księgi kościelne, choć nadal były prowadzone, straciły ostatecznie moc dowodową dokumentów stanu cywilnego. Świeckość rejestracji pruskiej była daleko idąca. Nie tylko małżeństwo zawarte w formie religijnej w obliczu prawa cywilnego nie było ważne i nie podlegało rejestracji w urzędzie stanu cywilnego, ale i duchowni nie mogli udzielać ślubów tym osobom, które nie zawarły uprzednio małżeństwa w formie świeckiej przed urzędnikiem stanu cywilnego. „Za przekroczenie tego zakazu osoby duchowne podlegały karze grzywny lub więzienia, a wyjątek od niego stanowiło udzielenie ślubu religijnego w wypadku, gdy życiu jednego z przyszłych małżonków zagrażało niebezpieczeństwo z powodu choroby”²¹. Z biegiem czasu wprowadzono także ustawę z dnia 11 czerwca 1920 r. o stanie cywilnym, która potwierdziła rejestrację wyłącznie świecką dla wszystkich osób bez względu na wyznanie lub bezwyznaniowość.

¹⁹ T. Maciejewski, *Historia administracji*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2006, s. 207.

²⁰ M. Albinia, A. Czajkowska, *op. cit.*, s. 12.

²¹ L. Szwejkowska, *op. cit.*, s. 9.

Państwo pruskie stworzyło prawie doskonały korpus urzędniczy, wiernie oddany państwu i jego polityce. „Sprawność pruskiej administracji zwłaszcza w XVIII wieku budziła podziw w Europie”²². Stała się ona podwaliną sprawnego funkcjonowania II Rzeszy Niemieckiej w XIX w. W urzędach stanu cywilnego był ustanowiony jeden urzędnik stanu cywilnego i przynajmniej jeden zastępca. W celu zapewnienia rejestracji charakteru ściśle świeckiego obowiązywał zakaz łączenia funkcji urzędnika stanu cywilnego i jego zastępcy z funkcją kościelną. Administracja pruska zdawała sobie bowiem sprawę z tego, że dalsze prowadzenie ksiąg stanu cywilnego przez duchownych, nawet zasiadających na państwowych urzędach, może być narażone na ogrom błędów identyfikowanych dotychczas w tej rejestracji. Poza tym państwo pruskie realizowało ściśle politykę świeckości, zdając sobie sprawę z niemożności efektywnego nadzoru nad urzędnikami, którzy jednocześnie byli duchownymi. Nic też dziwnego, że to właśnie tacy Niemcy, jak np.: Max Weber i Karl Marx, obserwując administrację własnego kraju, spopularyzowali termin biurokracja (w jego pozytywnym znaczeniu)²³. Organizacja rejestracji stanu cywilnego do przedednia II wojny światowej na ziemiach polskich zagarniętych przez zaborcę nie cechowała się istotnymi dysfunkcjami i, nie licząc ustaw norymberskich, dopiero reforma z 1937 roku wprowadziła do aktów stanu cywilnego instytucje będące przejawem polityki hitlerowskiej III Rzeszy Niemieckiej.

W przeciwieństwie do dobrze zorganizowanej pruskiej organizacji rejestrowania stanu cywilnego, organizacja tego obszaru administracji w zaborze rosyjskim była obciążona dysfunkcjami. Rejestracja na tych terenach (Białostoczczyzna i tereny zabużańskie wraz z terenami Wielkiego Księstwa Litewskiego) poddana została przepisom IX tomu Zводу Praw Cesarstwa Rosyjskiego (*Svod Zakonov*) z 1832 roku. System ten miał charakter wyłącznie wyznaniowy, a rejestracja prowadzona była przez przełożonych duchowieństwa wszystkich wyznań (prawosławnego, katolickiego, ewangelickiego, mojżeszowego). W systemie tym można było jednak odnaleźć pierwiastek świeckości. Mianowicie „rolę konsystorza wyznań chrześcijańskich pełniły urzędy wojewódzkie i zarządy miejskie”²⁴. Organizacja rosyjska rejestracji stanu cywilnego cechowała się dużą swobodą i jeszcze większą niedokładnością (nie rejestrowano wszystkich zdarzeń, mieszano różne zdarzenia w jednej księdze, zamiast nowych wpisów czyniono wzmianki przy wpisach już istniejących – zwłaszcza dotyczyło to wzmianek o małżeństwie lub zgonie dopisywanych przy urodzeniu). W księgach tych często pomijano pewien procent mieszkańców, zwłaszcza tych najuboższych.

Nieco lepiej, aczkolwiek niewiele, zorganizowana była rejestracja stanu cywilnego na terenach byłego zaboru austriackiego. Od czasów austriackiego Kodeksu Cywilnego (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) z 1811 roku, system rejestracji stanu cywilnego miał charakter mieszany (wyznaniowo-świecki), z przewagą rejestracji wyznaniowej. Dla wyznań chrześcijańskich rejestrację prowadzili proboszczowie parafii, z kolei dla wyznań niechrześcijańskich wyznaniowe urzędy metrykalne (np. dla wyznania mojżeszowego – rabini). Nadzór nad rejestracją wyznaniową sprawowały władze administracyjne. Rejestracja świecka obowiązywała natomiast jedynie w stosunku do osób

²² G. Górski, *Historia administracji*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2002, s. 122.

²³ Zob. H. Izdebski, *Historia administracji*, Warszawa: Wydawnictwo Liber, 1997, s. 160–161.

²⁴ L. Szweykowska, *op. cit.*, s. 9.

nienależących do żadnego wyznania prawnie uznanego lub w stosunku do bezwyznaniowców, a ponieważ takich osób nie było za wiele – rejestracja ta nie miała większego znaczenia. Stąd też na terenie zaboru austriackiego nigdy nie powstał tak sprawny korpus urzędniczy, jaki udało się stworzyć administracji pruskiej.

W tak skomplikowanej rzeczywistości rejestracyjnej pojawiały się również problemy kolizyjne, które występowały zwłaszcza przy zawieraniu małżeństw. Rozstrzygane one były w sposób pragmatyczny, mianowicie w tym systemie, w którym dokonywany był obrzęd, ten system determinował rejestrację.

Niestety wraz z odzyskaniem przez Polskę niepodległości w 1918 roku, organizacja rejestracji stanu cywilnego na ziemiach polskich nie tyle nie uległa zasadniczej zmianie, co wręcz skomplikowała się. Rejestracja stanu cywilnego, tonąca w otchłani czterech odmiennych systemów preferowanych przez zaborców, wzbogacona została o kolejny system, oparty o węgierską ustawę XXXIII z 1894 r. o metrykach państwowych, która obowiązywała na terenie Spiszu i Orawy²⁵. I choć system węgierski, podobnie jak system pruski, miał charakter wyłącznie świecki, zakres rejestracji stanu cywilnego na ziemiach polskich komplikował się o kolejne podstawy prawne. Dodatkowo trzeba zauważyć, że ze względu na osiągnięcia w dziedzinie prawa i organizacji administracji Wielkiej Rewolucji Październikowej (1917), na terenie Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich obowiązywał już dekret Rady Komisarzy Ludowych RSFRR z 18 grudnia 1917 r. o małżeństwie cywilnym, dzieciach i prowadzeniu ksiąg stanu cywilnego, sekularyzujący tam rejestrację stanu cywilnego²⁶. Jednak na terenach przedwojennych województw wschodnich i Białostocczyzny, wchodzących niegdyś do zaboru rosyjskiego, nadal funkcjonował system jedynie wyznaniowy rejestracji stanu cywilnego²⁷.

Taki swoistego rodzaju bałagan systemów organizujących rejestrację stanu cywilnego powodował wiele komplikacji w praktyce. Stan ten należało jak najszybciej zmienić poprzez ujednoczenie systemu na całym terenie odrodzonego państwa polskiego oraz poprzez jego całkowitą sekularyzację. Mimo ponad dwudziestu lat nie zdołano tego osiągnąć, a jedynym znaczącym krokiem ku poprawie było zniesienie przez art. 96 Konstytucji Marcowej z 1921 r. tytułów rodowych²⁸, co miało przełożenie na nieujmowanie tych tytułów i różnic stanowych w aktach stanu cywilnego. Biurokracja polskich aktów stanu cywilnego w międzywojniu jawiła się więc w niekorzystnym świetle, mimo tego, że w pewnych obszarach funkcjonowała sprawnie. Rejestracji bowiem nie zaprzestano, akty stanu cywilnego i kościelne metryki tworzone nieustannie i bezkolizyjnie wydawano z nich odpisy, choć z punktu widzenia ponad dwudziestu lat II Rzeczypospolitej – wachlarz różnych systemów prawnych kształtujących tę rejestrację jest dziś nie do usprawiedliwienia.

Należy wziąć pod uwagę, że „jeżeli w administracji państwowej widzimy celową organizację powołaną do realizacji zadań państwa, jeżeli dalej uznajemy, że zadania te mają charakter publiczny w tym sensie, że dotyczą istotnych interesów społecznych

²⁵ K. Gonderek, A. Ustowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Przepisy wykonawcze i związkowe*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1991, s. 9.

²⁶ J. Litwin, *op. cit.*, s. 6.

²⁷ L. Szwejkowska, *op. cit.*, s. 11.

²⁸ Ustawa z dn. 17 III 1921 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. nr 44, poz. 267.

stwa, to w tych warunkach nie może być miejsca dla poglądu, że organy administracji państwowej mogą działać byle jak i że z istoty ich zadań nie wynika konieczność sprawnego działania”²⁹. Jednak z punktu widzenia czasu, nierozwiązanie w dwudziestoleciu międzywojennym problemu niejednolitego rejestrowania stanu cywilnego należy poddać krytyce, zwłaszcza w aspekcie postulatu efektywności administracji, osiąganey nie tylko poprzez sprawną organizację, ale dzięki sprawnemu korpusowi urzędniczemu i właściwemu nadzorowi nad nim. Administracji międzywojnia nie udało się stworzenie korpusu fachowych urzędników stanu cywilnego. Spowodowało to pozostawienie zadań związanych z rejestracją stanu cywilnego częściowo w rękach duchownych, co zakłóciło właściwy nadzór aparatu państwa nad tym obszarem zadań publicznych. A przecież wszelkie działania są sprawne, gdy prowadzą do osiągnięcia zamierzonego celu przy możliwie najmniejszych nakładach. „Zasada sprawności jako zasada prawa wprowadza normatywny obowiązek sprawnego działania organów administracji”³⁰. W dwudziestoleciu międzywojennym zasada ta w obszarze rejestracji stanu cywilnego nie była więc szczególnie przestrzegana. „W działalności każdego kolektywu realizującego określone zadania można wyodrębnić element kontroli, odgrywający przeważnie istotną rolę i łączący się z kierownictwem”³¹. Tak też i kontrola nad administracją stanu cywilnego nie spełniała standardów, a kierownictwo tą gałęzią spraw publicznych nie może być dziś oceniane pozytywnie.

W czasie II wojny światowej okupant hitlerowski próbował ujednoczyć rejestrację stanu cywilnego na ziemiach zajętych, ale nie wszędzie się to udało. Nadto część terytorium polskiego państwa przedwojennego znalazła się pod okupacją radziecką, a tam wprowadzanie administracji przez tego okupanta przebiegało nader chaotycznie. Jak wspomina J. Litwin, rejestracja stanu cywilnego w Polsce była przed dniem 1 stycznia 1946 roku, poza obszarem ziem zachodnich, dziedziną wyraźnie niepraworządną, a nawet anachroniczną, w której wiele rzeczy działo się po prostu „na marginesie” porządku prawnego³². Luki w przepisach dzielnicowych owocowały np. wydawaniem aktów zastępczych, tzw. „aktów znania”, z kolei niezupełność i niedokładność ksiąg przedwojennych (zwłaszcza z obszaru zaboru rosyjskiego, w tym byłego Królestwa Kongresowego) skutkowało przez dziesiątki lat koniecznością uzupełniania tych ksiąg.

PROBLEMY POWOJENNE

Stumilowym krokiem do normalizacji organizowania rejestracji stanu cywilnego w Polsce było zakończenie II wojny światowej i uchwalenie przez Radę Ministrów dekretu z dn. 25 IX 1945 r. Prawo o aktach stanu cywilnego³³. Zatem to, co nie udało się

²⁹ W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1970, s. 53.

³⁰ E. Olejniczak-Szałowska, *Zasada sprawności działań administracji (zasada efektywności)*, [w:] *Prawo administracyjne – pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, M. Stahl (red.), Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2004, s. 149.

³¹ J. Szreniawski, *Prawo administracyjne – część ogólna*, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 1994, s. 145.

³² J. Litwin, *op. cit.*, s. 9.

³³ Dz.U. nr 48, poz. 272 ze zm.

w ciągu ponad dwudziestu lat ustawodawcy przedwojennemu, po wojnie przygotowane zostało w zaledwie kilka miesięcy. W dużej części bazowano jednak na pracach przedwojennych, a zwłaszcza na projekcie ustawy z 1931 roku, co niewątpliwie przyśpieszyło prace późniejsze³⁴. Prawo o aktach stanu cywilnego z 1945 roku było nowoczesne na tle ówczesnego ustawodawstwa europejskiego i na zawsze zerwało z modelem wyznaniowym, a nawet mieszanym rejestracji stanu cywilnego. Weszło ono w życie 1 stycznia 1946 roku i od tej pory datować trzeba ujednoczenie systemu rejestracji stanu cywilnego na terenie powojennych ziem polskich.

Pozytywnie ocenić należy organizację administracji w omawianym obszarze zaproponowaną przez ustawodawcę powojennego. Rejestracji stanu cywilnego dokonywały urzędy stanu cywilnego podległe Ministrowi Administracji Publicznej. Były to, podobnie zresztą jak i dzisiaj, agendy jednostek samorządu terytorialnego szczebla podstawowego (gmin miejskich i wiejskich). Obszar każdej gminy stanowić miał obwód urzędu stanu cywilnego (jednak istniały od tej reguły wyjątki). Stan cywilny można było od tej pory stwierdzić na podstawie aktów stanu cywilnego, sporządzanych w księgach stanu cywilnego – oddzielnie dla urodzeń, małżeństw i zgonów. Z aktów stanu cywilnego wydawano wyciągi oraz odpisy. Nowatorskim rozwiązaniem były uregulowania dotyczące rejestracji dzieci, które urodziły się martwe lub zmarły przy porodzie (co do tej pory było rozmaicie traktowane). Wpis w stosunku do tych dzieci następował jedynie w księdze urodzeń. Do czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego upoważniony był urzędnik stanu cywilnego – organ wyłącznie świecki. W każdym obwodzie urzędu stanu cywilnego powinien być jeden urzędnik stanu cywilnego i co najmniej jeden jego zastępca. Z mocy prawa urzędnikiem tym był wójt gminy (burmistrz lub prezydent miasta), jednak osoby te rzadko korzystały z tego przywileju i zazwyczaj ustanawiano odrębnego urzędnika – pracownika urzędu gminy. Niedopuszczalne było ustanowienie na stałe jednej i tej samej osoby urzędnikiem stanu cywilnego w kilku samodzielnych obwodach. Możliwe to było jednak tymczasowo – w razie nagłej konieczności albo przemijającej przeszkody w sprawowaniu czynności przez urzędnika stanu cywilnego, co podyktowane mogło być względami kadrowymi po II wojnie światowej.

Oczywistym jest, że w obliczu pożogi wojennej i zaplanowanej przez najeźdźców akcji mordowania polskiej inteligencji, pierwotnie kadry powojennych urzędów stanu cywilnego, zwłaszcza w małych miejscowościach, mogły nie spełniać wymogów obowiązujących w nowoczesnej administracji. Stąd też na tym polu działania odnotowywano szereg niedokładności, a szczególnie rolę powinien był wówczas pełnić aspekt etyczny. Wiadomo przecież, że „skuteczność działania organów administracji publicznej zależy też od etyczno-moralnych postaw, ogólnej inteligencji i umiejętności ludzi stosujących prawo, ale również osób mających wpływ na stosowanie tego prawa (np. biegłych)”³⁵. W literaturze tego okresu postulowano, by urzędnik stanu cywilnego był osobą świecką, co wynikało z samej laicyzacji rejestracji stanu cywilnego, a także by znał dobrze język rosyjski lub niemiecki, jeśli w archiwum urzędu znajdowały się księgi stanu cywilnego (metrykalne), w których akta były sporządzone w tych językach,

³⁴ Z. Duniewska, *op. cit.*, s. 45.

³⁵ B. Jastrzębski, *Z teorii i praktyki funkcjonowania administracji publicznej w III RP*, Płock: Oficyna Wydawnicza Szkoły Wyższej im. Pawła Włodkowica – Wydawnictwo Naukowe „Novum”, 2007, s. 343.

w przeciwnym bowiem razie urząd nie mógłby wydawać wypisów, odpisów zupełnych, ani tym bardziej odpisów skróconych (...)³⁶. Niewątpliwie tworzenie rzetelnej, profesjonalnej i zawodowej kadry urzędników stanu cywilnego wchodziło natenczas dopiero w fazę początkową. Tym niemniej, zapoczątkowany wówczas proces tworzenia tej kadry dzisiaj zaczyna przynosić właściwe owoce.

Wraz z Prawem o aktach stanu cywilnego, Rada Ministrów wydała dn. 25 IX 1945 r. Przepisy wprowadzające prawo o aktach stanu cywilnego³⁷. Przepisy tego aktu prawnego miały równie duży wpływ na organizację rejestracji stanu cywilnego w naszym kraju. Osobom świeckim, które dotychczas prowadziły księgi stanu cywilnego (metrykalne) nakazano przekazanie ich do 15 stycznia 1946 roku urzędom stanu cywilnego. Osoby duchowne, które dotychczas prowadziły księgi stanu cywilnego (metrykalne) początkowo zachowały je w posiadaniu, chyba że księga kościelna była jedyną istniejącą. Wówczas na zarządzenie indywidualne lub ogólne Ministra Administracji Publicznej księga taka musiała być niezwłocznie wydana władzy świeckiej. Początkowo wydawano zarządzenia indywidualne w tym zakresie, ale skala braków w księgach stanu cywilnego była tak znaczna, że dn. 11 VIII 1949 r. Minister Administracji Publicznej wydał zarządzenie ogólne o przekazaniu ksiąg metrykalnych³⁸ urzędom stanu cywilnego przez osoby duchowne (z lat 1890–1945). Na tamten czas nierozwiązana pozostawała jednak kwestia ksiąg stanu cywilnego z parafii i związków wyznaniowych, które po umowie z 16 sierpnia 1945 r. o polsko-radzieckiej granicy państwowej znalazły się poza granicami kraju (głównie w Ukraińskiej SRR, Białoruskiej SRR i Litewskiej SRR). Część z nich na mocy umowy z Ukrainą SRR w latach 1948–1952 przekazana została Polsce wraz z niektórymi dobrami kultury. W znacznej jednak części księgi stanu cywilnego do Polski nie zostały przekazane, a wręcz na terenie Białoruskiej SRR były palone i niszczone, względnie wywożone w nieznaną. Zdarzało się jednak, że księgi były zabezpieczone przez gorliwych polskich duchownych z tych terenów. I choć władza radziecka zakazywała duchownym wywożenia ich do Polski, często mimo to przyjeżdżały one z ludnością przesiedloną na ziemie zachodnie. Tak też w trybie pilnym zorganizowano tzw. Archiwum Zabużańskie przy warszawskim urzędzie stanu cywilnego (na podstawie § 3 zarządzenia nr 191 Ministra Spraw Wewnętrznych z dn. 18 X 1957 r.³⁹). Ponieważ przekazywanie przez duchownych z byłych parafii wschodnich ksiąg stanu cywilnego szło nader opornie (do dziś pojawiają się informacje o nieprzekazanych księgach), wspomnianym zarządzeniem Ministra Administracji Publicznej z dn. 11 VIII 1949 r., nałożono bezwzględny obowiązek przekazywania przez duchownych ksiąg stanu cywilnego władzy świeckiej. Dzięki temu zarządzeniu, administracja powojennej Polski zgromadziła pokaźny zbiór przedwojennych ksiąg stanu cywilnego, służący obywatelom do dnia dzisiejszego (nawet jeśli na odpis aktu stanu cywilnego czasem należy czekać kilka dni). Na pozytywną ocenę pracy powojennych urzędników stanu cywilnego niewątpliwie ogromny wpływ miała sekularyzacja rejestracji stanu cywilnego. W świetle analizy historycznej tego obszaru spraw publicznych, można dziś postawić tezę, że taki zabieg nie udałby się, gdyby rejestracja stanu

³⁶ Zob. J. Litwin, *op. cit.*, s. 25.

³⁷ Dz.U. nr 48, poz. 273.

³⁸ M. P. nr A-57, poz. 756.

³⁹ Dz. Urz. MSW nr 19, poz. 52.

cywilnego poruczona była w dalszym ciągu władzom kościelnym. Należy przypomnieć, że w latach 1947–1952 prowadzono także akcję odtwarzania w postępowaniu sądowym aktów stanu cywilnego, które na skutek działań wojennych zostały utracone. Obecnie akta te przechowywane są w Urzędzie Stanu Cywilnego Łódź-Śródmieście.

Organizacja administracji odpowiedzialnej za rejestrację stanu cywilnego została nieco przeformułowana na podstawie przepisów nowego dekretu z dn. 8 VI 1955 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁴⁰, głównie ze względu na nowy podział władzy administracyjnej w kraju. Od tamtej pory urzędy stanu cywilnego działały przy prezydiach gromadzkich rad narodowych i rad narodowych osiedli oraz przy prezydiach miejskich rad narodowych, w miastach podzielonych zaś na dzielnice – przy prezydiach dzielnicowych rad narodowych. Namnożenie urzędów stanu cywilnego w tamtym okresie było zjawiskiem wysoce niepożądanym i nie pozostało bez wpływu na jakość sporządzanych natenczas aktów stanu cywilnego. Szczególnie niepożądanym zjawiskiem w tamtych czasach było korzystanie, wbrew ustawie z wszelkiego rodzaju wykazów (rejestrów, spisów, słowników) imion⁴¹. Poza tym, stworzenie sieci urzędów stanu cywilnego w gromadach, osiedlach i dzielnicach miast potęgowało rozbieżności pomiędzy decyzjami poszczególnych urzędów. Istotną zmianą wprowadzoną także w 1955 roku było zerwanie z tradycyjną nazwą „urzędnik stanu cywilnego” i zastąpienie jej nazwą „kierownik urzędu stanu cywilnego”, choć na terenach byłego Królestwa Polskiego obowiązywała ona już od stu pięćdziesięciu lat, a na terenach byłego zaboru pruskiego od osiemdziesięciu lat⁴². Z mocy przepisów dekretu z 1955 roku, kierownikiem urzędu stanu cywilnego był przewodniczący prezydium rady narodowej, a jednym z zastępców kierownika – sekretarz prezydium. Przepisy jednak dozwalały prezydium rady narodowej powołać odrębnego kierownika, co też najczęściej czyniono. W roku 1973 powrócono jednak do koncepcji gminy, na czele której stał naczelnik gminy/miasta lub prezydent miasta, co pociągnęło za sobą translokację kompetencji kierownika urzędu stanu cywilnego do tych organów.

TENDENCJE WSPÓŁCZESNE I WNIOSKI *DE LEGE FERENDA*

Obecnie funkcjonujące przepisy w zakresie organizacji rejestracji stanu cywilnego, to jest przepisy ustawy z dn. 28 XI 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, wyrosłe z obowiązującej prawie trzydzieści lat ustawy z dn. 29 IX 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁴³, spełniają w przeważającej mierze zasady dobrej i pożytecznej biurokracji, zwłaszcza po reformie samorządu terytorialnego z 1990 roku⁴⁴, kiedy czynności wykonywane przez kierownika urzędu stanu cywilnego przeszły do właściwości orga-

⁴⁰ Dz.U. nr 25, poz. 151 ze zm.

⁴¹ Szerzej: W.M. Hrynicki, *Nadawanie oraz zmiana imion i nazwisk. Komentarz*, Wrocław: Gaskor, 2010, s. 142 i n.

⁴² J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1961, s. 42.

⁴³ Ustawa z dn. 29 IX 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. nr 212, poz. 1264 ze zm.

⁴⁴ Ustawa z dn. 8 III 1990 r. o samorządzie gminnym, Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.

nów gminy jako zadania zlecone z zakresu administracji rządowej. Wątpliwości może jednak budzić kwestia niewłaściwej interpretacji dopuszczalności nadawania imion⁴⁵. Nowe przepisy wprowadziły po raz pierwszy obowiązek rejestracji elektronicznej zdarzeń z zakresu stanu cywilnego, co jest istotnym *novum*. Rejestracja ta prowadzona jest centralnie przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych w postaci systemu teleinformatycznego, ale dokonuje się jej bezpośrednio w gminach – w urzędach stanu cywilnego. Poza tym nowe przepisy zrewolucjonizowały system wydawania odpisów aktów stanu cywilnego.

Urzędy stanu cywilnego wchodzi w skład urzędu gminy (miasta), a gmina stanowi okręg urzędu stanu cywilnego. Minister właściwy do spraw wewnętrznych w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw administracji publicznej i na wniosek właściwego wojewody, w drodze rozporządzenia, może zmieniać właściwość okręgu rejestracji stanu cywilnego (art. 7 *Prawa asc*). Dzieje się to na wniosek gminy (gmin) lub po zasięgnięciu ich opinii oraz przy uwzględnieniu liczby zdarzeń z zakresu stanu cywilnego na danym terenie. Zmiana okręgu rejestracji stanu cywilnego może polegać na ustaleniu właściwości jednego urzędu stanu cywilnego dla więcej niż jednego okręgu rejestracji lub na ustaleniu właściwości kilku urzędów stanu cywilnego w jednym okręgu rejestracji. Kierownikiem urzędu stanu cywilnego jest, na mocy ustawy, wójt, burmistrz (prezydent miasta). W gminach powyżej 50 tys. mieszkańców wójt, burmistrz (prezydent miasta) zatrudnia, a w innych gminach może zatrudnić – inną osobę na stanowisku kierownika urzędu stanu cywilnego (art. 6 *Prawa asc*).

Mimo dobrego kierunku obranego przez ustawodawcę w nowym *Prawie asc*, należy rozpocząć głośną dyskusję nad kwestią właściwego umiejscowienia dzisiejszych urzędów stanu cywilnego oraz kierowników i zastępców kierowników urzędów stanu cywilnego w strukturze administracji publicznej, a w szczególności nad utrzymaniem zasady obszaru gminy jako obszaru okręgu rejestracji stanu cywilnego (art. 6 ust. 2 *Prawa asc*). W tym obszarze biurokracji aktów stanu cywilnego rozważyć należy dwie ważne kwestie.

Należy zastanowić się w pierwszej kolejności, czy istnienie urzędu stanu cywilnego w każdej gminie jest zasadne. W Polsce, według stanu na 1 stycznia 2014 roku, istnieje 2479 gmin, z czego 1566 gmin wiejskich, 608 gmin miejsko-wiejskich oraz 305 gmin miejskich (w tym 66 gmin będących jednocześnie miastami na prawach powiatu)⁴⁶. Zatem teoretycznie powinno funkcjonować w Polsce około 2480 urzędów stanu cywilnego. W rzeczywistości, według danych MSW, funkcjonuje 2299 urzędów stanu cywilnego⁴⁷. Należy zastanowić się, czy ta liczba jak na ponad 38 milionów mieszkańców⁴⁸ nie jest zbyt duża? Czy jeden urząd stanu cywilnego powinien przypadać na średnio zaledwie 15,5 tys. mieszkańców?

Skoro urzędy stanu cywilnego rejestrują stan cywilny (dane dotyczące urodzenia i zgonu oraz dane zawarcia i rozwiązania związku małżeńskiego), a urodzenie

⁴⁵ W.M. Hrynicki, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶ Krajowy Rejestr Urzędowy Podziału Terytorialnego Kraju TERYT GUS – na dzień 1-1-2014 (bip.stat.gov.pl).

⁴⁷ <https://www.msw.gov.pl/pl/import/98,dok.html> [dostęp: 1.06.2015].

⁴⁸ 38,485 mln – stan na 31-3-2014 według GUS – Baza Demografia (www.stat.gov.pl [dostęp 20.08.2014]).

i zgon najczęściej następują w zakładach opieki zdrowotnej (lub innych zakładach publicznych), zlokalizowanych na ogół w większych gminach (głównie w miastach powiatowych lub na prawach powiatu), należałoby się zastanowić nad tym czy jeden, względnie dwa urzędy stanu cywilnego w powiecie nie byłyby wystarczające. Wydaje się, że utrzymywanie urzędów stanu cywilnego w każdej gminie jest niepotrzebne i z pewnością zbyt kosztowne. W miastach takich jak: Szczecin (liczba mieszkańców ok. 408 tys.⁴⁹), Bytom (liczba mieszkańców ok. 174 tys.), Elbląg (liczba mieszkańców ok. 123 tys.), Koszalin (liczba mieszkańców ok. 109 tys.), Grudziądz (liczba mieszkańców ok. 97 tys.) – znajduje się po jednym urzędzie stanu cywilnego, co w zupełności wystarcza. Podobnie w mniejszych miastach: Łomża (ok. 62 tys. mieszkańców), Olkusz (ok. 36 tys. mieszkańców), Jarocin (26 tys. mieszkańców), Puck (ok. 11 tys. mieszkańców) czy Kamień Pomorski (ok. 9 tys. mieszkańców). Z kolei w całym powiecie kamieńskim (ok. 47 tys. mieszkańców) umiejscowionych jest aż sześć urzędów stanu cywilnego (Kamień Pomorski, Dziwnów, Golczewo, Międzyzdroje, Świerzno, Wolin). Podobnie w powiecie puckim (ok. 77 tys. mieszkańców) również funkcjonuje sześć urzędów stanu cywilnego (Puck, Heł, Jastarnia, Kosakowo, Krokowa, Władysławowo). Z kolei w powiecie olkuskim (ok. 114 tys. mieszkańców) funkcjonuje także sześć urzędów stanu cywilnego (Olkusz, Bolesław, Bukowno, Klucze, Trzyciąż, Wolbrom). W końcu w powiecie łomżyńskim (bez miasta Łomża), gdzie mieszka o ponad połowę mniej mieszkańców niż w powiecie olkuskim (ok. 52 tys. mieszkańców) funkcjonuje aż osiem urzędów stanu cywilnego (Jedwabne, Miastkowo, Nowogród, Piątnica, Przytuły, Śniadowo, Wizna, Zbójna). Taki stan wydaje się niepożądany i należałoby zbadać czy istnienie aż tylu urzędów stanu cywilnego w jednym powiecie ma sens, zważywszy zwłaszcza na liczbę mieszkańców danego terenu.

W związku z powyższym, wyznaczenie okręgu rejestracji stanu cywilnego dla jednej gminy wydaje się anachroniczne. W dobie istnienia zawodowego, rzetelnego, bezstronnego i politycznie neutralnego korpusu służby cywilnej (art. 153 ust. 1 Konstytucji RP⁵⁰ oraz przepisy ustawy z dn. 21 XI 2008 r. o służbie cywilnej⁵¹) wydaje się pożądane wyprowadzenie administracji rejestracji stanu cywilnego z gminy i stworzenie wyspecjalizowanych urzędów stanu cywilnego na szczeblu powiatowym (wchodzących w struktury administracji rządowej), których pracownicy stanowiliby część korpusu służby cywilnej, względnie włączenie tak powstałego fragmentu służby cywilnej do struktur starostwa powiatowego. Istnienie dwóch urzędów stanu cywilnego na terenie jednego powiatu usprawiedliwione mogłoby być jedynie w powiatach rozległych geograficznie, zwłaszcza tam, gdzie większe zakłady opieki zdrowotnej nie są umiejscowione jedynie w siedzibie powiatu. Jednak tam, gdzie większość urodzeń i zgonów następuje w szpitalu powiatowym (miejskim, regionalnym), istnienie urzędów stanu cywilnego w mniejszych gminach, rejestrujących jedynie małżeństwa i sporadyczne urodzenia i zgony pozaszpitalne, nie ma sensu z ekonomicznego punktu widzenia. Powyższe uzasadnia także szerokie wykorzystanie możliwości zawierania związku małżeńskiego w formie wyznaniowej, w oparciu o art. 1 § 2 ustawy z dn. 25 II 1964 r.

⁴⁹ Dane dot. liczby ludności ze stron internetowych GUS za 2012 rok (www.stat.gov.pl [dostęp: 20.08.2014]).

⁵⁰ Ustawa z dn. 2 IV 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm..

⁵¹ Dz.U. nr 227, poz. 1505 ze zm.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁵², zwłaszcza że duchowny uprawnionego kościoła lub związku wyznaniowego i tak musi przekazać do właściwego urzędu stanu cywilnego zaświadczenie o złożeniu przez nupturientów zgodnych oświadczeń woli o zawarciu związku małżeńskiego. Niedostarczenie na czas tego zaświadczenia celem sporządzenia aktu małżeństwa skutkuje jego niezawarciem w świetle prawa.

Powyższe uzasadnia także prowadzenie przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych rejestru stanu cywilnego w systemie teleinformatycznym (art. 5 ust. 1 *Prawa asc*). System ten ma charakter centralny, z danych którego korzystają kierownicy urzędów stanu cywilnego oraz wojewodowie w ramach sprawowanego nadzoru. W związku z tym rozdrobnienie urzędów stanu cywilnego również nie ma sensu, nie tylko z ekonomicznego, ale praktycznego punktu widzenia.

Po drugie, nastąpić powinno zerwanie z tradycją łączenia stanowiska wójta, burmistrza (prezydenta miasta) ze stanowiskiem kierownika urzędu stanu cywilnego lub ich wpływem na to stanowisko. Miałoby to zbawienny wpływ na odpolitycznienie tego obszaru administracji i w wielu przypadkach zerwanie z miejscowymi układami rodzinno-towarzyskimi, decydującymi o powołaniu określonej osoby na stanowisko kierownika urzędu stanu cywilnego lub jego zastępcy, czemu w żaden sposób nie zapobiega przepis art. 8 ust. 1 pkt 3 lit. c *Prawa asc*, dopuszczający do pracy kierownika urzędu stanu cywilnego osobę nielegitymującą się wyższym wykształceniem prawniczym lub administracyjnym, a jedynie posiadającą ukończone podyplomowe studia administracyjne, które najczęściej nie przygotowują w stopniu wystarczającym do właściwej interpretacji i stosowania przepisów obowiązującego prawa. Trzeba pamiętać, że „państwo, jako organizacja społeczeństwa globalnego, odpowiedzialna za całokształt warunków życia, bezpieczeństwo i dobrobyt – jak każda organizacja – powinna przykładać wagę do jakości personelu, który zatrudnia”⁵³.

KONKLUZJE

W drugiej połowie XX wieku udało się zlaicyzować funkcjonującą od średniowiecza w systemie kościelnym rejestrację stanu cywilnego i ujednoczyć system tej rejestracji na obszarze całego państwa polskiego, czego nie udało się dokonać w II Rzeczypospolitej, mimo dobrych początków w czasach Księstwa Warszawskiego. Zadanie ujednoczenia i zlaicyzowania oraz zbudowania trwałej administracji aktów stanu cywilnego nie było łatwe w obliczu nie tylko rozbiorów, ale i strat (osobowych, materialnych i terytorialnych), jakie uczyniła w naszej ojczyźnie II wojna światowa.

Nie należy zapominać, że prawidłowo chroniony stan cywilny jest podstawą prawidłowej ochrony jednostki. Właściwe chronienie dokumentów, a przede wszystkim danych z dokumentów gromadzonych w postaci ewidencji i rejestrów również może

⁵² Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 788 ze zm.

⁵³ D. Długosz, *Kadry w administracji publicznej*, [w:] *Administracja publiczna*, J. Hausner (red.), Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2003–2005, s. 234.

gwarantować bezpieczeństwo obywatela⁵⁴. W naszym systemie rejestracji stanu cywilnego jest to zapewnione.

Jednak, jak zauważono wyżej, w XXI wieku potrzeba w Polsce konstruktywnej zmiany myślenia o miejscu administracji odpowiedzialnej za rejestrację stanu cywilnego w strukturze administracji publicznej. Wydaje się pożądane wyprowadzenie tej gałęzi administracji z samorządu terytorialnego i włączenie jej w profesjonalny i bezstronny korpus służby cywilnej, który udało się wskrzesić w naszym kraju w końcu XX wieku i stanowiący obecnie trzon administracji rządowej. Istnienie bowiem urzędu stanu cywilnego na szczeblu każdej gminy i wchodzącego jednocześnie w jej strukturę organizacyjną – zdaje się niepotrzebne i anachroniczne, zwłaszcza w obliczu cyfryzacji zbiorów stanu cywilnego. Wyprowadzenie rejestracji stanu cywilnego z samorządu gminnego i umiejscowienie jej na szczeblu powiatowym, ale w administracji rządowej (czy to zespolonej, czy niezespolonej) pozwoliłoby także zerwać z kłopotliwym związaniem stanowiska kierownika urzędu stanu cywilnego ze stanowiskiem wójta, burmistrza (prezydenta miasta). Związanie rejestracji stanu cywilnego z korpusem służby cywilnej wpłynęłoby także na wzmocnienie profesjonalizmu i neutralności politycznej stanowisk w tej administracji. To wszystko nie pozostawałoby bez znaczenia dla bardziej pozytywnej oceny biurokracji rejestrowania stanu cywilnego, tak by słowo „biurokracja” przestało mieć obecnie w odbiorze przeciętnego obywatela konotacje wyłącznie pejoratywne.

BIBLIOGRAFIA

- Albiniak M., Czajkowska A., *Prawo o aktach stanu cywilnego*, Toruń: Dom Organizatora TNOiK, 1996.
- Cybuchowski Z. (red.), *Encyklopedia podręczna prawa publicznego*, t. II, Warszawa: Instytut Wydawniczy „Biblioteka Polska”, 1930.
- Dawidowicz W., *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1970.
- Gierowski J.A., *Historia Włoch*, Wrocław – Warszawa – Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1999.
- Gonderek K., Ustowska A., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Przepisy wykonawcze i związkowe*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1991.
- Górski G., *Historia administracji*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2002.
- Hausner J. (red.), *Administracja publiczna*, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2003–2005.
- Hrynicky W.M., *Nadawanie oraz zmiana imion i nazwisk. Komentarz*, Wrocław: Gaskor, 2010.
- Hrynicky W.M., *Ochrona osób poza ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia*, [w:] *Bezpečné Slovensko a Európska Únia. Zborník príspevkov 5. medzinárodnej vedeckej konferencie*, Košice: Vysoká Škola Bezpečnostného Manažérstva, 2011.
- Izdebski H., *Historia administracji*, Warszawa: Wydawnictwo Liber, 1997.

⁵⁴ W. M. Hrynicky, *Ochrona osób poza ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia*, [w:] *Bezpečné Slovensko a Európska Únia. Zborník príspevkov 5. medzinárodnej vedeckej konferencie*, Košice: Vysoká Škola Bezpečnostného Manažérstva, 2011, s. 150.

- Jastrzębski B. (red.), *Z teorii i praktyki funkcjonowania administracji publicznej w III RP*, Płock: Oficyna Wydawnicza Szkoły Wyższej im. Pawła Włodkowica – Wydawnictwo Naukowe „Novum”, 2007.
- Kelly J.N.D., *Encyklopedia papieży*, przeł. i uzup. T. Szafranski, Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy, 1997.
- Knosala E., *Rozważania z teorii nauki administracji*, Tychy: Wyższa Szkoła Zarządzania i Nauk Społecznych, 2004.
- Krasowski K., Krzymkowski M., Sikorska-Dzięgielewska K., Wałachowicz J., *Historia ustroju państwa*, Poznań: Ars Boni et Aequi, 2002.
- Litwin J., *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Łódź: Spółdzielnia Wydawnicza „Prawo”, 1949.
- Litwin J., *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1961.
- Maciejewski T., *Historia administracji*, Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2006.
- Mączak A. (red.), *Historia Europy*, Wrocław – Warszawa – Kraków: Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1997.
- Rabska T. (red.), *System prawa administracyjnego*, t. IV, Wrocław: Polska Akademia Nauk – Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1980.
- Stahl M. (red.), *Materialne prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady*, Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2002.
- Stahl M. (red.), *Prawo administracyjne – pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa: Wydawnictwo Difin, 2004.
- Szer S., *Prawo rodzinne*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1954.
- Szreniawski J., *Prawo administracyjne – część ogólna*, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 1994.
- Szreniawski J., *Prawo administracyjne. Część szczegółowa*, Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta, 1997.
- Szweykowska L., *Ważność czynności prawnych związanych z rejestracją stanu cywilnego*, „Poradnik dla kolegów orzekających” nr 3/rok IV.

ORGANIZACJA REJESTRACJI STANU CYWILNEGO W POLSCE W UJĘCIU HISTORYCZNYM

Streszczenie

Autor przedstawia historię rejestracji stanu cywilnego w Polsce z podkreśleniem najbardziej wrażliwych obszarów organizacji tej administracji, doboru właściwej do niej kadry oraz właściwego kierowania w administracji. Śledząc dzieje rejestrowania stanu cywilnego w naszym kraju – od kościelnych ksiąg metrykalnych, będących pokłosiem Soboru Trydenckiego, poprzez ustawodawstwo rozbiorowe oraz Polskę międzywojenną, aż po współczesność – autor skupia się na omówieniu pilających problemów tej administracji. Gloryfikując powojenną sekularyzację rejestracji aktów stanu cywilnego i podkreślając natenczas występujące problemy związane ze zmianą granic naszego kraju, autor zwraca uwagę na potrzebę reformy w urzędach stanu cywilnego, a przede wszystkim na ograniczenie licznych urzędów i sprzężenie kadry tych jednostek z niezależną i apolityczną służbą cywilną. Stworzenie nowego systemu organów odpowiedzialnych za rejestrowanie stanu cywilnego, wydaje się w opinii autora – kluczową tezę prezentowanego tekstu.

Słowa kluczowe: *stan cywilny, rejestracja stanu cywilnego, historia rejestracji stanu cywilnego, urząd stanu cywilnego, potrzeba reformy urzędów stanu cywilnego*

ORGANISATION OF CIVIL REGISTRATION IN POLAND IN HISTORICAL CONTEXT

Summary

The author presents the history of civil registration in Poland with special attention paid to the most sensitive areas of the structure of this administration, the selection of the adequate personnel and proper administration management. While examining the history of civil registration in our country, from the birth certificate registers kept in churches, being the result of the Council of Trent, through the legislation of the Partition of Poland period and the Polish interwar period, until modern times, the author aims at discussing the most pressing problems of this administration. Praising the post-war secularisation of civil registration and emphasising the problems of that time related to territorial changes in our country, the author draws attention to a present need for a reform of register offices. In particular, the author focuses on the issue of limiting the number of offices and combining their personnel with independent and apolitical civil service. In the author's opinion, the development of a new system of bodies responsible for civil registration appears to be the key thesis of the present paper.

Key words: *civil status, civil registration, history of civil registration, register offices, need for a reform of register offices*

PODSTAWA PRAWNA DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ

PAWEŁ PIOTR MAJCZAK

I. W polskim systemie prawa administracyjnego nie sposób odnaleźć pełnej definicji legalnej decyzji administracyjnej¹. Jedynie kodeks postępowania administracyjnego oraz ordynacja podatkowa² regulują to pojęcie w znaczeniu procesowym. Według art. 104 § 1 k.p.a. decyzja administracyjna postrzegana jest jako forma załatwienia sprawy. Decyzje klasyfikuje się w oparciu o art. 104 § 2 k.p.a. na merytoryczne – rozstrzygające sprawę co do istoty w całości lub w części poprzez przyznanie prawa lub nałożenie obowiązku oraz niemerytoryczne, które w inny sposób kończą sprawę w danej instancji. Materialne ujęcie decyzji administracyjnej może sprowadzać się do treści: „...decyzją administracyjną jest 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 zewnętrznych”³.

II. Dokonując analizy podstawy prawnej decyzji merytorycznych, wskazane jest oprzeć ją na hierarchii źródeł prawa w Polsce, począwszy od konstytucji, przechodząc przez umowy międzynarodowe, ustawy a kończąc na rozporządzeniach i aktach prawa miejscowego.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. w art. 8 ust. 2 stanowi: „Przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej”. Ponadto art. 178 ust. 1 konstytucji, stanowi m.in., że sędziowie podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom. Z tego względu: „Sąd może w konkretnej sprawie pominąć normę prawną aktu podustawowego niezgodnego z Konstytucją i wydać rozstrzygnięcie

¹ Próbę ujednoczenia rozumienia określenia „decyzja administracyjna” podjęto poprzez chęć wprowadzenia do obrotu prawnego definicji legalnej, którą odnaleźć można w art. 5 ust. 1 pkt 1 projektu ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego.

² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.).

³ Wyrok NSA z dnia 22 września 1983 r., SA/Wr 367/83, Legalis nr 35056.

wyłącznie na podstawie Konstytucji i ustawy⁴. Pewne wątpliwości dotyczące możliwości stosowania ustawy zasadniczej mogły pojawiać się w odniesieniu do organów administracji publicznej. Zostały one jednak rozwiane przez przepisy prawa pozytywnego, przede wszystkim art. 7 konstytucji w brzmieniu: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa” oraz art. 6 k.p.a., które wyrażają zasadę praworządności. W literaturze podkreśla się, że możliwość bezpośredniego stosowania konstytucji zależy w dużej mierze od sposobu sformułowania jej przepisów⁵. Może być ona stosowana jako samoistna podstawa prawna decyzji administracyjnej, jeżeli jest dostatecznie precyzyjna oraz, gdy dane zagadnienia nie są uregulowane przez ustawy zwykłe lub istnieją tylko unormowania fragmentaryczne pewnego obszaru. W praktyce dość rzadko zdarza się, żeby samoistną podstawą prawną mogła być sama konstytucja⁶. W. Jakimowicz wyłączał możliwość stosowania jej przepisów, w których zakodowane zostały normy-reguły⁷. Z ustawą zasadniczą nieodzownie wiąże się preambuła. Przyjmuje się, że tak jak w przypadku aktów wewnętrznych, nie może na niej być oparta decyzja administracyjna. W sytuacji niezgodności aktów niższego rzędu z aktami wyższego rzędu nie jest jasne, czy organ może samodzielnie odmówić stosowania ustawy sprzecznej z konstytucją, czy też konieczne jest, aby zwrócić się z tym problemem do organu nadzoru. M. Jaśkowska przedstawiła pogląd, w którym na każdy organ stosujący prawo nakładała obowiązek badania zgodności ustawy i aktu niższego rzędu z konstytucją podkreślając, że organ może odmówić stosowania nieprawidłowego aktu⁸. Odmienne ujmował tę kwestię A. Zieliński, który nie przyznawał uprawnienia organom administracyjnym do kwestionowania aktów niższego rzędu, a wręcz nakazywał stosować się do przepisów aktu wykonawczego⁹. Podobne stanowisko do A. Zielińskiego zajęła D. Dąbek, stawiając tezę, że: „organy administracji publicznej nie mogą same oceniać zgodności aktów wykonawczych z ustawami i z tytułu tej niezgodności odmawiać ich stosowania”¹⁰.

W niektórych przypadkach może dojść do sytuacji, że podstawę prawną decyzji administracyjnej będą stanowiły postanowienia umów międzynarodowych¹¹. Ratyfikowane umowy międzynarodowe zostały zaliczone przez konstytucję do źródeł powszechnie obowiązującego prawa. Umożliwia to wysnucie wniosku, że skoro podstawą prawną decyzji administracyjnej może być przepis prawa powszechnie obowiązującego, to nie ma przeciwwskazań, aby norma międzynarodowa taką podstawę stanowiła. Normy prawa międzynarodowego można podzielić na samowykonalne oraz wymagające transpozycji do systemu prawa krajowego. Przepisy samowykonalne to takie, które mogą

⁴ Wyrok SN z dnia 7 marca 2003 r., III RN 33/02, Legalis nr 56410.

⁵ M. Jaśkowska, *Związanie decyzji administracyjnej ustawą*, Toruń 1998, s. 57.

⁶ E. Śladkowska, *Wydanie decyzji administracyjnej bez postawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2013, s. 142.

⁷ W. Jakimowicz, *Bezpośrednie stosowanie przepisów Konstytucji przez sądy administracyjne w sprawach ze skarg na decyzje administracyjne, cz. IV. Stosowanie przepisów dotyczących norm-zasad*, LEX nr 96142/1.

⁸ M. Jaśkowska, *op. cit.*, s. 65.

⁹ A. Zieliński, *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, PiP 1984, z 3, s. 32.

¹⁰ D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007, s. 251.

¹¹ Zob. L. Klat-Wertelecka, *Zasada pierwszeństwa prawa unijnego w działaniu organów administracji publicznej*, [w:] M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, Wrocław 2015, s. 185–198.

być zastosowane bezpośrednio przez sądy lub organy krajowe. Konieczne jest, aby przepisy te dotyczyły jednostek, przyznając im prawa podmiotowe lub nakładając na nie obowiązki. Jednostka powinna mieć możliwość powoływania się na takie normy przed sądami i innymi władzami krajowymi. W procesie stosowania prawa organy administracji publicznej powinny brać pod uwagę nie tylko przepisy prawa krajowego, ale także międzynarodowego. Teza ta została poparta w orzecznictwie, gdzie NSA stwierdził co następuje: „Urzędnik administracyjny, funkcjonariusz aparatu państwowego lub sędzieja nie może zamykać oczu na przepisy międzynarodowe i nie uwzględniać ich w swej działalności oficjalnej”¹².

Obecnie bezspornie uważa się, iż decyzja administracyjna może być wydana wyłącznie na podstawie aktów powszechnie obowiązujących. Ustawa stanowi fundamentalny akt regulujący sytuację prawną obywatela. W oparciu o gałęziowy podział prawa należy dostrzec, że podstawę prawną decyzji administracyjnej stanowią przepisy prawa administracyjnego i finansowego¹³. „Przepisy prawa cywilnego nie mogą być podstawą rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej”¹⁴. Z.R. Kmiecik, dopuszczał jednak w wyjątkowych sytuacjach wydawanie decyzji administracyjnych na podstawie norm prawa cywilnego, a także prawa pracy oraz prawa rolnego¹⁵. W zakresie opierania decyzji administracyjnej na prawie karnym wypowiedział się NSA, który wywiódł, że najważniejsza jest możliwość wyprowadzenia z przepisu prawa normy prawa materialnego, który będzie mógł stanowić podstawę prawną do rozstrzygnięcia sprawy o podwójnej konkretności. Nie jest zatem kluczowe, w jakim akcie został zamieszczony przepis prawa¹⁶. W przypadku decyzji merytorycznych, za ich podstawę prawną należy przyjąć nie tylko przepisy prawa procesowego, ale także przepisy prawa materialnego. Wyłącznie przepisy procesowe nie mogą stanowić o formie rozstrzygnięcia sprawy materialnoprawnej ze względu na to, że o nałożeniu obowiązków lub przyznaniu uprawnień decydują przepisy prawa materialnego¹⁷. Warto wskazać, że momentem ustalania podstawy prawnej decyzji jest dzień jej wydania, niezależnie czy w pierwszej, czy w drugiej instancji¹⁸.

Pod pojęciem aktów niższego rzędu należy rozumieć rozporządzenia oraz akty prawa miejscowego. Są one wydawane na podstawie aktów ustawodawczych i w celu ich wykonania. Postuluje się, aby to ustawy stanowiły podstawę prawną decyzji administracyjnej, a nie rozporządzenia. Stwierdzenie to motywuje się tym, że rozporządzenia muszą zawierać jedynie regulacje o charakterze uzupełniającym¹⁹. Praktyka pokazuje, że powyższe sugestie nie są spełnione, ponieważ w znaczącej liczbie aktów prawnych

¹² Wyrok NSA z dnia 5 czerwca 1991 r., II SA 35/91, Legalis nr 36876.

¹³ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 434.

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 września 2010 r., I SA/Wa 351/10, LEX nr 750792.

¹⁵ Por. Z.R. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne i postępowanie sądownoadministracyjne*, Kraków 2000, s. 113.

¹⁶ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 stycznia 2006 r., I OSK 361/05, LEX nr 196288.

¹⁷ E. Śladkowska, *op. cit.*, s. 147; Wyrok WSA w Warszawie z dnia 16 marca 2012 r., I SA/Wa 1937/11, LEX nr 1270792.

¹⁸ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 1 czerwca 1998 r., II SA 308/98, LEX nr 43186.

¹⁹ C. Martysz, *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, [w:] G. Łaszczyca, A. Matan, L. Zacharko, *Ewolucja prawnych form działania administracji publicznej*, Warszawa 2008, s. 214.

o formie decyzji stanowią dopiero akty wykonawcze do ustaw. Ustawodawca zdecydował się na takie rozwiązanie choćby w art. 26 ust. 2 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne²⁰, w którym zawarł upoważnienie ustawodawcze do wydania rozporządzenia. Ustawa ta nie wskazuje decyzji, jako formy rozstrzygnięcia sprawy. Dopiero rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 29 marca 2001 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków wyznacza takie rozwiązanie, stanowiąc w § 42 ust. 2, że: „Postępowanie administracyjne w sprawie założenia ewidencji gruntów i budynków kończy decyzja starosty w sprawie zatwierdzenia operatu opisowo-kartograficznego”²¹. Podobne rozwiązanie zostało zastosowane w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy z dnia 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów²², gdzie § 5 ust. 3 stanowi: „W przypadku niezastosowania się do wezwania, o którym mowa w ust. 1 lub 2, organ właściwy wierzyciela wydaje decyzję o pozostawieniu wniosku bez rozpatrzenia”²³. Rozporządzenie nie może stanowić samoistnej podstawy prawnej decyzji administracyjnej, przede wszystkim ze względu na to, że nie może funkcjonować w obrocie prawnym bez ustawy, którą wykonuje.

Innym źródłem prawa są akty prawa miejscowego, którym można przypisać pewne swoiste cechy, które pozwolą na sformułowanie definicji, że są to: „akty normatywne w znaczeniu materialnym i formalnym (lub przynajmniej w znaczeniu materialnym), zawierające co najmniej jedną normę powszechnie obowiązującego prawa, ustanowione przez podmiot administrujący będący terenowym organem administracji publicznej”. Rządowe akty prawa miejscowego są stanowione z kolei przez terenowe organy administracji rządowej²⁴. Przykładem takiego aktu, w oparciu o który wydaje się decyzję administracyjną jest plan zagospodarowania przestrzennego w postępowaniu o przyznanie pozwolenia na budowę. Należy podkreślić, że samoistnie nie stanowi on podstawy do wydania decyzji administracyjnej. Organ administracji publicznej jest związany nie tylko ustawami, ale także aktami wykonawczymi do nich i z tego względu powinien dokonywać analizy w zakresie obowiązywania danego aktu podustawowego. Jak podnosiła D. Dąbek, w przypadku wadliwości merytorycznej, organ będzie nadal zobligowany do stosowania nieprawidłowego aktu, dopóki nie zostanie on wyeliminowany z obrotu prawnego²⁵. W przypadku wadliwości formalnej objawiającej się w wydaniu aktu niższego rzędu bez upoważnienia ustawowego, albo z pominięciem właściwości podmiotu do jego wydania, derogowaniem go, czy też uchybień związanych z ogłoszeniem, akt taki nie może być stosowany, głównie ze względu na brak waloru prawa powszechnie obowiązującego²⁶.

²⁰ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 520 ze zm.

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 542 ze zm.

²² Tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 169.

²³ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 8 grudnia 2015 r. w sprawie sposobu i trybu postępowania, sposobu ustalania dochodu oraz wzorów wniosku, zaświadczeń i oświadczeń o ustaleniu prawa do świadczenia z funduszu alimentacyjnego (Dz.U., poz. 2229).

²⁴ P. Lisowski, A. Ostapski, *Akty prawa miejscowego stanowione przez terenowe organy administracji rządowej*, Wrocław 2008, s. 19.

²⁵ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 27 listopada 2013 r., I Ca 427/13, LEX nr 1716816.

²⁶ D. Dąbek, *op. cit.*, s. 250.

Mając na uwadze dotychczasowe ustalenia, należy stwierdzić, że pierwotne umocowanie do wydania decyzji musi wynikać z ustawy. Rozporządzenia lub akty prawa miejscowego mogą mieć wpływ na kształtowanie treści rozstrzygnięcia, stanowić uszczegółowienie treści wynikających z ustaw, ale nie powinny kształtować nowych zasad, reguł. Można wysunąć przypuszczenie, że ustawodawca w wyjątkowych sytuacjach zdecydował się na określenie podstawy prawnej decyzji dopiero w aktach niższego rzędu dlatego, że wyszedł z założenia, iż z przepisów rangi ustawowej będzie można domniemać formę decyzji administracyjnej. Należy jednak podkreślić, że domniemana może być forma decyzji a nie jej podstawa prawna. Poza tym, jeżeli wskazane byłoby domniemanie formy w ustawie, to tym bardziej domniemywać formę należałoby w rozporządzeniu. Warto w tym miejscu przytoczyć art. 73 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym²⁷ w brzmieniu: „Rejestracji pojazdu dokonuje, na wniosek właściciela, starosta właściwy ze względu na miejsce jego zamieszkania (siedzibę), wydając dowód rejestracyjny i zalegalizowane tablice (tablicę) rejestracyjne oraz nalepkę kontrolną, jeżeli jest wymagana, z zastrzeżeniem ust. 2–5”. Cytowany przepis nie wskazuje, że właściwa do załatwienia sprawy jest decyzja administracyjna. Co więcej, wcześniejsza ustawa regulująca te same zagadnienia stanowiła, że: „Rejestracji pojazdów – z zastrzeżeniem ust. 3, 7 i 8 – dokonuje, na wniosek właściciela, właściwy ze względu na jego miejsce zamieszkania (siedzibę) naczelnik gminy, wydając w drodze decyzji dowód rejestracyjny...”²⁸. Posługując się wykładnią historyczną należałoby zważyć, że skoro racjonalny prawodawca zdecydował się na niewprowadzanie do późniejszego tekstu prawnego słów „w drodze decyzji” to sugeruje to zmianę sposobu rejestrowania pojazdów na tryb czynności materialno-technicznych. Dopiero rozporządzenie²⁹, które weszło w życie po upływie ponad pięciu miesięcy od dnia wejścia w życie nowej ustawy, którą wykonywało, wskazywało w załączniku nr 1 wprost na formę decyzji administracyjnej. Problem ten był nawet rozstrzygany przez NSA w składzie 5 sędziów, który wskazał, że w okresie, gdy w obrocie prawnym nie funkcjonowało jeszcze rozporządzenie, właściwe było domniemanie formy decyzji administracyjnej. Nie poprzestając na tym, sąd zważył, że już po pojawieniu się rozporządzenia, nie ma ono znaczenia dla formy załatwienia sprawy, bo wynika ona już z samej ustawy, tyle że nie wprost³⁰. Praktyka kształtowania podstawy prawnej decyzji w aktach niższego rzędu powoduje mętność procesu legislacyjnego, nie sprzyjając jasności i jednoznaczności przepisów prawa pozytywnego.

III. W kilku przypadkach zachodzi konieczność wydania decyzji ściśle procesowej. Niewątpliwie do decyzji niemerytorycznych należy zaliczyć decyzję w sprawie umorzenia postępowania administracyjnego. Niegdyś do tej grupy zaliczono decyzje odmawiające wznowienia postępowania i decyzje odmawiające stwierdzenia nieważności decyzji. Wątpliwości budziła forma pozostawienia podania bez rozpoznania.

²⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2012 r., poz. 1137 ze zm.

²⁸ Art. 58 ust. 2 ustawy z dnia 1 lutego 1983 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. Nr 6, poz. 35).

²⁹ Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 25 marca 1998 r. w sprawie rejestracji i oznaczenia pojazdów (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 57, poz. 365 ze zm.).

³⁰ Uchwała NSA w Warszawie z dnia 15 listopada 1999 r., OPK 24/99, LEX nr 40267.

W sytuacji, gdy nie będzie możliwe rozstrzygnięcie sprawy co do istoty, konieczne będzie wydanie decyzji umarzającej postępowanie, która stwierdza niemożność jego dalszego prowadzenia, zmierzającego do rozstrzygnięcia o materialnoprawnych uprawnieniach lub obowiązkach stron i „kończy zawisłość sprawy w danej instancji”³¹. Nie jest to równoznaczne z zakończeniem sprawy, gdyż jak to w przypadku typowej decyzji administracyjnej, strona ma zapewnione gwarancje procesowe postępowania administracyjnego, takie jak możliwość odwołania lub zaskarżenia decyzji³². Obecnie możliwe jest umorzenie postępowania nie tylko w całości, ale także w części. W takim przypadku rozstrzygnięcie nieumorzonej części postępowania będzie ułatwieniem całej sprawy decyzją merytoryczną. Będzie się to wiązało z wydaniem dwóch decyzji administracyjnych – o umorzeniu części postępowania oraz rozstrzygającej sprawę co do istoty. Problem może pojawić się w przypadku, gdy w wyniku postępowania odwoławczego upadnie decyzja umarzająca. Wtedy decyzja rozstrzygająca o prawach i obowiązkach strony stanie się decyzją częściową³³. Zagadnienie umorzenia postępowania w sprawie indywidualnej regulowane jest przede wszystkim w art. 105 k.p.a. Inne przepisy kodeksowe stanowią jedynie wskazówkę do tego, kiedy zachodzą okoliczności stanowiące trwałe i nieusuwalne przeszkody do kontynuowania postępowania, które zostały uregulowane w art. 61 § 2 zdanie drugie, art. 98 § 2, czy art. 137 k.p.a. Podstawę do wydania decyzji w sprawie umorzenia postępowania można odszukać ponadto w art. 138 k.p.a., zawierającym zamknięty katalog decyzji organu odwoławczego. Umorzenie postępowania drugoinstancyjnego może nastąpić wyłącznie w dwóch przypadkach – w wyniku cofnięcia odwołania przez stronę na podstawie art. 137 k.p.a. oraz, gdy okaże się, że zostało ono wniesione przez podmiot nie będący stroną (art. 127 § 1 k.p.a.)³⁴. Umorzenie obligatoryjne zostało unormowane w art. 105 § 1 k.p.a. Wiąże się ono z zagadnieniem bezprzedmiotowości. Druga sytuacja to umorzenie fakultatywne za art. 105 § 2 k.p.a., ponieważ to, czy ono nastąpi, zależy od uznania organu. Warto zaznaczyć, że fakultatywne umorzenie postępowania nie różni się w skutkach prawnych od umorzenia obligatoryjnego³⁵.

Forma odmowy wznowienia postępowania jest jasna, ponieważ została wprost uregulowana w art. 149 § 3 k.p.a., który w obecnym stanie prawnym wskazuje na postanowienie. Przed dniem 11 kwietnia 2011 r. odmowa wznowienia postępowania następowała w drodze decyzji administracyjnej.

Prawodawca od 11 kwietnia 2011 r. zdecydował się na uchylenie art. 157 § 3 k.p.a., który brzmiał: „Odmowa wszczęcia postępowania w sprawie nieważności decyzji następuje w drodze decyzji”. Tą samą ustawą dodano jednocześnie art. 61a k.p.a., który stanowiąc ogólną regułę odmowy wszczęcia postępowania, wskazuje na postanowienie. Zostało to potwierdzone wyrokiem WSA w Gdańsku, który stanął na stanowisku, że: „W przypadku złożenia wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji przez podmiot

³¹ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2012, s. 263.

³² Wyrok NSA we Wrocławiu z dnia 16 lipca 1982 r., SA/Wr 220/82, LEX nr 9693.

³³ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, 2011, s. 409 i 410.

³⁴ B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks...*, Warszawa 2014, s. 552.

³⁵ L. Klat-Wertelecka, A. Mudrecki (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2012, s. 438–441.

niewątpliwie niebędący stroną, organ administracji publicznej powinien wydać postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania³⁶.

Instytucja pozostawienia podania bez rozpoznania jest uregulowana w art. 64 k.p.a., który nie określa *expressis verbis*, w jakiej formie ma ono nastąpić. Wątpliwości zostały rozwiane w wyroku NSA o treści: „Pozostawienie sprawy bez rozpoznania nie następuje ani w formie decyzji, ani postanowienia. Jest to czynność materialno-techniczna, o której należy poinformować stronę³⁷, co znalazło także potwierdzenie w późniejszym orzecznictwie³⁸.

„W przypadku decyzji niemerytorycznych przepisy proceduralne stanowią jedyną podstawę prawną ich wydania (np. art. 105 i art. 149 § 3 k.p.a.)³⁹. Natomiast do przepisów tworzących procesową podstawę decyzji administracyjnej, zazwyczaj obok przepisów prawa materialnego⁴⁰, zaliczyć należy art. 104, art. 105, art. 132, art. 138, art. 151, art. 154, art. 155, art. 157, art. 158, art. 161 i art. 162 k.p.a. Przepisy te wprost wskazują, na możliwość określenia sytuacji procesowych wyłącznie w drodze decyzji administracyjnej. Są wydawane zarówno w trybie zwykłym w pierwszej i drugiej instancji jak i trybach nadzwyczajnych.

BIBLIOGRAFIA

- Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądowniczo-administracyjne*, Warszawa 2012.
- Dąbek D., *Prawo miejscowe*, Warszawa 2007.
- Jakimowicz W., *Bezpośrednie stosowanie przepisów Konstytucji przez sądy administracyjne w sprawach ze skarg na decyzje administracyjne, cz. IV. Stosowanie przepisów dotyczących norm-zasad*, LEX nr 96142/1.
- Jaśkowska M., *Związanie decyzji administracyjnej ustawą*, Toruń 1998.
- Klat-Wertelecka L., *Zasada pierwszeństwa prawa unijnego w działaniu organów administracji publicznej*, [w:] Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S. (red.), *Zasada pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, Wrocław 2015.
- Klat-Wertelecka L., Mudrecki A. (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, Gdańsk 2012.
- Kmiecik Z.R., *Postępowanie administracyjne i postępowanie sądowniczo-administracyjne*, Kraków 2000.
- Lisowski P., Ostapski A., *Akty prawa miejscowego stanowione przez terenowe organy administracji rządowej*, Wrocław 2008.
- Martysz C., *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, [w:] Łaszczycza G., Matan A., Zacharko L., *Ewolucja prawnych form działania administracji publicznej*, Warszawa 2008.

³⁶ Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 27 lutego 2013 r., II SA/Gd 633/12, LEX nr 1311368.

³⁷ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 4 stycznia 2000 r., I SAB 133/99, LEX nr 55296.

³⁸ Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2007 r., II GSK 295/2006, LexPolonica nr 1415142; Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 3 września 2015 r., IV SAB/Po 87/15, LEX nr 1808146.

³⁹ Z.R. Kmiecik, *op. cit.*, s. 113.

⁴⁰ Przykładem może być art. 104 k.p.a., który może być podstawą prawną decyzji, ale tylko w związku z innymi materialnymi lub procesowymi przepisami prawa, np. art. 104 k.p.a. w związku art. 105 k.p.a.

Śladowska E., *Wydanie decyzji administracyjnej bez postawy prawnej lub z rażącem naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2013.

Zieliński A., *Podstawa prawna decyzji administracyjnej*, PiP 1984, z 3.

PODSTAWA PRAWNA DECYZJI ADMINISTRACYJNEJ

Streszczenie

Decyzja administracyjna stanowi cel postępowania administracyjnego. Zgodnie z zasadą praworządności wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP: „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Z zasadą tą, która została potwierdzona także w art. 6 k.p.a., nierozdzielnie wiąże się konieczność istnienia podstawy prawnej decyzji administracyjnej, którą mogą stanowić wyłącznie przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Zasadnym wydaje się postulat, aby nosiły one rangę ustawy. Niemały wpływ na podstawę prawną decyzji ma także prawo Unii Europejskiej. Praktyka pokazuje, że w znacznej liczbie aktów prawnych o formie decyzji stanowią dopiero akty wykonawcze do ustaw, co przekłada się na brak przejrzystości procesu legislacyjnego. Decyzja administracyjna stanowi bardzo doniosłą formę działania administracji przede wszystkim ze względu na to, że nakłada obowiązki na jednostkę lub przyznaje jej uprawnienia. Celem artykułu jest przedstawienie i analiza podstawy prawnej decyzji administracyjnej. W pracy została wykorzystana w przeważającej mierze metoda analityczno-prawna oraz dogmatyczna. Praca została oparta na analizie obowiązujących przepisów prawnych i orzeczeń sądowych oraz poglądów przedstawicieli nauki prawa administracyjnego.

Słowa kluczowe: *decyzja, postępowania administracyjne, organy władzy publicznej, kodeks postępowania administracyjnego*

LEGAL BASIS FOR AN ADMINISTRATIVE DECISION

Summary

An administrative decision constitutes the aim of administrative proceeding. In accordance with the principle of lawfulness expressed in Article 7 of the Constitution of the Republic of Poland, “The organs of public authority shall function on the basis of, and within the limits of, the law.” The principle, which was also laid down in Article 6a APC, is strictly connected with the necessity of the existence of legal grounds for an administrative decision that can only be constituted by the provisions of commonly binding law. Thus, the proposal to award them a status of statutes seems to be justified. The European Union law also has enormous influence on the legal basis for a decision. Practice shows that, in connection with many legal acts, the form of the decision depends on the secondary legislation, which results in the lack of the legislative process transparency. An administrative decision constitutes a key form of administrative activity mainly because it imposes duties on individuals or provides them with rights. The article aims to present and analyse legal grounds for an administrative decision. It mainly uses an analytical, legal and dogmatic method. It is based on the analysis of the binding regulations and court judgements as well as opinions of administrative law specialists.

Key words: *decision, administrative procedure, organs of public authority, Administrative Procedure Code*

MARCIN RULKA

Głosa**do postanowienia Sądu Okręgowego w Słupsku
z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. akt I Ns 238/14, niepubl.
(dot. uprawnień sądu okręgowego w zakresie kształtowania procedury
wyborczej w przypadku stwierdzenia nieważności wyboru radnego)**

Przedmiotem glosy jest postanowienie Sądu Okręgowego w Słupsku (dalej: Sąd) w sprawie protestu wyborczego złożonego w związku z wyborami do Rady Miasta Lęborka przeprowadzonymi w dniu 16 listopada 2014 r.

Lębork nie jest miastem na prawach powiatu, w związku z czym wybory przeprowadzone zostały według systemu wyborczego określonego w art. 418 § 1 Kodeksu wyborczego¹. Zgodnie z wymienionym przepisem, w każdym okręgu wyborczym tworzonym dla wyboru rady w gminie niebędącej miastem na prawach powiatu wybiera się jednego radnego. Implikuje to podział terytorium gminy na jednomandatowe okręgi wyborcze. Gmina Lębork została podzielona na 21 jednomandatowych okręgów wyborczych.

W okręgu wyborczym nr 12 wydano wyborcom 503 karty do głosowania, przy czym z urn wyborczych wyjęto 507 kart do głosowania, zaś 505 z nich zostało uznane przez komisję wyborczą za ważne. W protokole z obwodu głosowania² nr 12, jedynym na obszarze okręgu wyborczego nr 12 wskazano, że różnica pomiędzy liczbą kart wydanych wyborcom a liczbą kart ważnych wyjętych z urny wyborczej wynika prawdopodobnie ze sklejenia się kart do głosowania w trakcie ich wydawania wyborcom.

Po podliczeniu ważnie oddanych głosów w okręgu wyborczym nr 12 okazało się, że różnica pomiędzy kandydatem, który uzyskał największą liczbę głosów a kolejnym kandydatem pod względem liczby uzyskanych głosów wyniosła zaledwie 1 głos³. W tym okręgu wyborczym o mandat ubiegało się jeszcze trzech innych kandydatów, którzy uzyskali jednak zdecydowanie mniejszą liczbę głosów. Powyższa rozbieżność stała się przedmiotem protestu wyborczego, który sąd okręgowy zasadnie uwzględnił orzekając nieważność wyborów w okręgu wyborczym nr 12 (punkt 1) oraz wygaszenie mandatu wybranego kandydata (punkt 2). Wydanie wyborcom dwóch dodatkowych kart do głosowania, w sytuacji gdy różnica pomiędzy kandydatami z największą liczbą głosów wyniosła 1 głos, mogło mieć wpływ na wynik wyborów, tj. uzyskanie mandatu

¹ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, Dz.U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112 ze zm., dalej: K.w. lub Kodeks.

² <http://wybory2014.pkw.gov.pl/pl/wyniki/protokoly/19816/5307>

³ Liczba głosów uzyskanych przez poszczególnych kandydatów wyniosła, kolejno: 150, 149, 74, 68 oraz 18.

przez kandydata z największą liczbą głosów, nie zaś kolejnego – pod względem liczby uzyskanych głosów – kandydata. Wątpliwość dotyczy trzeciego punktu postanowienia, w którym Sąd nakazał przeprowadzenie wyborów ponownych, z udziałem jedynie dwóch kandydatów, którzy w wyborach z 16 listopada 2014 r. uzyskali największą liczbę głosów oraz powołanie nowego składu obwodowej komisji wyborczej. Orzeczeniu sądu nie zostało pisemnie uzasadnione.

Rozważając zasadność ostatniego punktu postanowienia sądu należy odwołać się do przepisów Kodeksu dotyczących protestów wyborczych. Zgodnie z art. 394 § 3 K.w. sąd okręgowy, orzekając o nieważności wyboru radnego, stwierdza wygaśnięcie mandatów oraz postanawia o przeprowadzeniu wyborów ponownych lub o podjęciu niektórych czynności wyborczych, wskazując czynność, od której należy ponowić postępowanie wyborcze. Jak wynika z przytoczonego przepisu, w przypadku unieważnienia wyborów sąd okręgowy ma obowiązek jednocześnie stwierdzić wygaśnięcie mandatu oraz wskazać czynności wyborcze, które powinny zostać ponowione. Należy zauważyć, że w większości przypadków nieprawidłowości nie powodują konieczności ponownego przeprowadzenia pełnej procedury wyborczej, a jedynie powtórzenie tych czynności, które zostały przeprowadzone z naruszeniem odpowiednich przepisów prawa. W pierwszym przypadku sąd postanawia zatem o przeprowadzeniu wyborów ponownych, tj. całej procedury wyborczej, w drugim zaś przypadku wskazuje konkretną czynność wyborczą, od której postępowanie powinno zostać powtórzone.

Analizując treść trzeciego punktu postanowienia Sądu w pierwszej kolejności należy wskazać na błąd terminologiczny, gdyż wskazuje jednocześnie na przeprowadzenie wyborów ponownych oraz powtórzenie jedynie części procedury wyborczej od powołania obwodowych komisji wyborczej. Jak można wywnioskować z dalszej części postanowienia, Sądowi nie chodziło o ponowienie całej procedury wyborczej, a jedynie jej części.

Zawarty w trzecim punkcie postanowienia Sądu nakaz powołania nowego składu obwodowej komisji wyborczej należy uznać za zasadny. Zgodnie z art. 396 § 3 K.w. jeżeli podstawą orzeczenia o nieważności wyboru radnego było naruszenie przez komisje wyborcze przepisów kodeksu dotyczących głosowania, wówczas odpowiednio powołuje się nowe komisje. Przepisy Kodeksu nie pozbawiają jednak takich osób prawa do ubiegania się o członkostwo w komisji wyborczej w wyborach ponownych. Jest to istotne pominięcie ustawodawcy. Wydaje się, że sąd okręgowy powinien mieć możliwość wydania postanowienia o pozbawieniu wszystkich lub części członków komisji wyborczej prawa do ubiegania się o członkostwo w nowym składzie tego organu przynajmniej w ramach wyborów ponownych przeprowadzonych w związku ze stwierdzoną sądownie nieprawidłowością w wyborach pierwotnych. Przeprowadzenie wyborów ponownych z udziałem przynajmniej częściowo tego samego składu stanowiłoby nadwątlenie zaufania do procedury wyborczej, co jest konieczne dla demokratyczności całej procedury wyborczej.

Z literalnego brzmienia przepisu art. 394 § 3 K.w. wynikałoby, że w związku z postanowieniem sądu okręgowego o powołaniu nowego składu komisji wyborczej wszystkie czynności wyborcze następujące w trakcie lub po powołaniu obwodowej komisji wyborczej powinny zostać powtórzone. Zgodnie z kalendarzem wyborczym, załączonym do zarządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie zarządzenia wyborów

samorządowych⁴, pierwszą czynnością dotyczącą tworzenia obwodowych komisji wyborczej było zgłoszenie kandydatów na członków obwodowych komisji wyborczych. Literalna wykładnia przywołanego przepisu Kodeksu wyborczego wskazywałaby, że wszystkie czynności wyborcze następujące po czynności wskazanej przez sąd okręgowy, powinny zostać powtórzone. Prowadziłoby to jednak do powtarzania tych czynności, w zakresie których nie wystąpiły nieprawidłowości, a wcześniej nieprawidłowo przeprowadzona czynność wyborcza nie implikuje konieczności ich ponowienia. Przepis kodeksowy należy zatem rozumieć jako obowiązek powtórzenia tylko tych czynności, na które wpływa powtórzenie czynności wyborczej uznanej przez sąd jako nieprawidłowo przeprowadzonej. Taką interpretację zdają się również przyjmować wojewodowie, którzy zgodnie z art. 395 § 1 zarządzają wybory ponowne. Z kalendarza wyborczego załączonego do zarządzenia wojewody pomorskiego w sprawie zarządzenia wyborów ponownych⁵ wydanym w związku z głosowanym orzeczeniem wynika, że powtórzone zostały tylko niektóre czynności wyborcze następujące po powołaniu obwodowej komisji wyborczej.

W punkcie trzecim postanowienia Sąd wskazał również kandydatów, którzy ubiegać będą się o mandat radnego w powtórzonych wyborach. Postanowienie Sądu nie znajduje jednak oparcia w Kodeksie. Uprawnia on bowiem w art. 394 § 3 sąd okręgowy jedynie do postanowienia o ponownym przeprowadzeniu wszystkich lub tylko niektórych czynności wyborczych. Czynności te wykonują natomiast organy wyborcze wskazane w kodeksie wyborczym. O ile zatem postanowienie o ponownym wyborze składu obwodowej komisji wyborczej miało oparcie w wymienionym przepisie, samodzielne ograniczenie przez Sąd kręgu kandydatów w ponownym głosowaniu nie znajduje oparcia prawnego. Sąd mógł jedynie postanowić o ponownym przeprowadzeniu czynności wyborczej polegającej na zgłaszaniu list kandydatów na radnych. W analizowanej sprawie nie miały miejsca nieprawidłowości na tym etapie procedury wyborczej. Nawet jeśli różnica pomiędzy pierwszym i drugim oraz kolejnymi pod względem liczby uzyskanych głosów kandydatami wynosiła więcej aniżeli liczba nadmiarowych kart do głosowania, a tym samym głosów, nie stanowi to podstawy do ograniczania liczby kandydatów uprawnionych do wzięcia udziału w ponowionej procedurze wyborczej.

Ograniczenie liczby kandydatów w wyborach ponownych stanowi również naruszenie koncepcji wyborów do organów stanowiących w gminach niebędących miastami na prawach powiatu. Wybory te zgodnie z Kodeksem przeprowadzane są według systemu większości względnej, co oznacza, że wybór następuje w jednej turze głosowania, zaś wybranym zostaje kandydat z największą liczbą głosów, nawet jeśli jest to liczba mniejsza niż połowa wszystkich ważnie oddanych głosów. Niezależnie od przyczyn wyboru tego rodzaju systemu większościowego, nie zaś systemu większości bezwzględnej, w którym wymagane jest uzyskanie ponad połowy ważnie oddanych głosów, sąd nie posiada kompetencji do swobodnego kształtowania systemu wyborczego. Wybory

⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, Dz.U. z 2014 r. poz. 1134.

⁵ Zarządzenie nr 3/15 Wojewody Pomorskiego z dnia 8 stycznia 2015 r. w sprawie przeprowadzenia wyborów ponownych do Rady Miejskiej w Lęborku w okręgu wyborczym Nr 12 w obwodzie głosowania nr 12 w Lęborku, Dziennik Urzędowy Województwa Pomorskiego z 2015 r., poz. 83.

ponowne zgodnie z art. 396 § 1 K.w. przeprowadza się przy odpowiednim zastosowaniu przepisów Kodeksu co oznacza, że mogą lecz nie muszą znaleźć do nich zastosowanie zawarte w nim przepisy dotyczące pierwotnego głosowania wprost lub z pewnymi modyfikacjami.

Jeśli chodzi o przepisy dotyczące systemu wyborczego, należy je stosować wprost. Sąd nie posiada kompetencji do decydowania o przeprowadzaniu swego rodzaju drugiej tury głosowania pomiędzy kandydatami, którzy uzyskali największą liczbę głosów w głosowaniu pierwotnym. System większości względnej ma na celu wyłonienie kandydatów, którzy posiadają rzeczywiste poparcie największej grupy wyborców. Tymczasem w systemie większości bezwzględnej wybrany kandydat jest często kandydatem kompromisowym, „drugiego wyboru”, „mniejszego zła”.

Pozbawienie przez sąd prawa do kandydowania trzech kandydatów z najmniejszą liczbą głosów uzyskanych w wyborach unieważnionych stanowi również naruszenie ich ustawowego prawa wybieralności. Zostali oni zarejestrowani⁶, zyskując tym samym prawo do kandydowania nie tylko w wyborach pierwotnych, ale również ewentualnych wyborach ponownych.

Można stwierdzić, że postanowienie sądu o dopuszczeniu do głosowania ponownego jedynie dwóch z pięciu kandydatów ubiegających się o mandat radnego w głosowaniu pierwotnym nie tylko pozbawione było podstaw prawnych, ale mogło również wywrzeć faktyczny wpływ na wynik wyborów. Potwierdzają to wyniki wyborów ponownych⁷, w których różnica pomiędzy kandydatami ponownie była minimalna i wyniosła dwa głosy. Fakt niedopuszczenia do wyborów pozostałych kandydatów niewątpliwie mógł mieć wpływ na wynik tych wyborów.

Rodzi to ciekawe pytanie, czy dopuszczalne byłoby podniesienie w proteście wyborczym złożonym w związku z wyborami ponownymi zarzutu błędnego określenia osób kandydujących w wyborach ponownych⁸. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 393 § 3 K.w. sąd okręgowy pozostawia bez dalszego biegu protest wyborczy dotyczący sprawy, co do której w kodeksie przewiduje się możliwość wniesienia skargi lub odwołania do sądu lub właściwego organu wyborczego przed dniem głosowania, co wskazywałoby na dopuszczalność protestu takiej treści. Z drugiej jednak strony, jak stanowi Kodeks w art. 394 § 4 od postanowienia sądu apelacyjnego nie przysługuje środek prawny. Protest wyborczy dotyczący błędnego określenia listy kandydatów, wynikającej z postanowienia sądu apelacyjnego miałby tymczasem na celu podważenie wymienionego orzeczenia.

Należy również zauważyć, że sam kandydat nie jest uprawniony do wniesienia protestu wyborczego, może to uczynić jedynie za pośrednictwem pełnomocnika wyborczego lub jako wyborca. Jednakże, zgodnie z art. 394 § 5 K.w. o zakończeniu postępo-

⁶ Obwieszczenie Miejskiej Komisji Wyborczej w Łęborku z dnia 23 października 2014 r. o zarejestrowanych listach kandydatów na radnych do Rady Miejskiej w Łęborku w wyborach do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz wyborach wójtów, burmistrzów i prezydentów miast zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r.

⁷ Obwieszczenie Komisarza Wyborczego w Słupsku z dnia 16 marca 2015 r. o wynikach wyborów ponownych do Rady Miejskiej w Łęborku przeprowadzonych w dniu 15 marca 2015 r.

⁸ Formalnie zawężenie liczby kandydatów biorących udział w wyborach ponownych nastąpiło na podstawie obwieszczenia Miejskiej Komisji Wyborczej w Łęborku z dnia 16 lutego 2015r. o zarejestrowanych listach kandydatów na radnego do Rady Miejskiej w Łęborku w okręgu wyborczym Nr 12.

wania w sprawie protestów przeciwko ważności wyborów do danej rady lub ważności wyboru radnego tej rady i o treści ostatecznych orzeczeń właściwy sąd zawiadamia wnoszącego protest, wojewodę, komisarza wyborczego i przewodniczącego właściwej komisji wyborczej. Takiego zawiadomienia nie otrzymuje natomiast kandydat, nawet jeśli, w wyniku orzeczenia sądu traci mandat, czy też zostaje wykluczony z kandydowania w wyborach ponownych, jak to ma miejsce w analizowanej sprawie. Upublicznienie informacji o wyborach ponownych, a tym samym ewentualnym negatywnym wyniku rozpatrzonych protestów wyborczych następuje dopiero poprzez zarządzenie wojewody o przeprowadzeniu wyborów ponownych. Wydawane jest ono oczywiście po zakończeniu postępowania sądowego. Ograniczenie to mogło okazać się szczególnie dotkliwe w analizowanej sprawie, gdyż po wydaniu postanowienia przez sąd okręgowy, kandydaci, którzy nie zostali dopuszczeni przez sąd do wyborów ponownych, mogli nie mieć informacji w tym zakresie, a tym samym możliwości wniesienia zażalenia do sądu apelacyjnego. Mając powyższe na uwadze, należałoby rozważyć rozszerzenie katalogu podmiotów, które otrzymują informacje o wyniku postępowania w sprawie w sprawie protestów wyborczych.

Kodeksowa regulacja dotycząca ważności wyborów samorządowych, podobnie jak i innych rodzajów wyborów nie ustanawia prawa sądu do zawężenia kandydatów biorących udział w wyborach ponownych. Kodeks wyborczy w art. 394 § 3 jako przesłankę powtórzenia wyborów wskazuje wpływ nieprawidłowości na wynik wyborów, nie zaś na wybór konkretnego kandydata. Zgodnie z obecną regulacją kodeksową sąd nie posiada uprawnienia do wskazania kandydatów, którzy wezmą udział w wyborach ponownych, z uwagi na to, że zaistniałe nieprawidłowości mogły mieć wpływ na uzyskanie lub nie uzyskanie przez nich mandatu. W związku jednak z tym, że dopuszczenie do głosowania ponownego wszystkich kandydatów, również tych którzy uzyskali bardzo małą liczbę głosów, może stanowić pole do różnego rodzaju nadużyć, warte rozważania jest wprowadzenie przepisu zgodnie z którym, do wyborów ponownych kandydat zostałby dopuszczony przez sąd okręgowy, tylko jeśli wykryte nieprawidłowości mogły mieć wpływ na jego wybór (brak wyboru)⁹. Jedyne w przypadku obowiązywania takiej regulacji w analizowanym przypadku do głosowania ponownego mogli zostać dopuszczeni jedynie dwaj kandydaci z największą liczbą głosów.

Podsumowując, w głosowanym orzeczeniu Sąd wykroczył poza zakres uprawnień przyznanych mu przez ustawodawcę w art. 394 § 3 K.w. Nastąpiło to przez ograniczenie liczby kandydatów biorących udział w ponowionej procedurze wyborczej tylko do tych, na których wybór wykryta nieprawidłowość mogła mieć wpływ. Sąd nie może modyfikować poszczególnych czynności wyborczych, gdyż jest kompetencją organów wyborczych, a jedynie nakazać ich ponowienie.

Głosowane postanowienie sądu ujawnia ponadto pewne niedociągnięcie kodeksowej regulacji dotyczącej protestów wyborczych oraz wyborów ponownych. Wybory ponowne (czy też ponowienie niektórych czynności procedury wyborczej) to instytucja zdecydowanie zbyt skromnie uregulowana w przepisach Kodeksu. Przepis nakazu-

⁹ Dotyczyłoby to oczywiście jedynie wyborów w okręgach jednomandatowych, gdyż w wyborach proporcjonalnych istotny jest przede wszystkim wpływ nieprawidłowości na wynik komitetu wyborczego, nie zaś poszczególnych kandydatów znajdujących się na jego liście.

jący odpowiednio stosowanie przepisów Kodeksu nie jest wystarczający szczególnie w przypadku, gdy nieprawidłowość wyborcza powoduje konieczność powtórzenia jednej z pierwszych czynności wyborczych. Można również wysunąć postulat przyznania sądom okręgowym rozpatrującym protesty wyborcze szerszych uprawnień, dzięki którym w treści orzeczenia mogłyby w większym stopniu uwzględnić charakter nieprawidłowości, która zaistniała w trakcie procedury wyborczej.

BIBLIOGRAFIA

- Obwieszczenie Komisarza Wyborczego w Słupsku z dnia 16 marca 2015 r. o wynikach wyborów ponownych do Rady Miejskiej w Lęborku przeprowadzonych w dniu 15 marca 2015 r.
- Obwieszczenie Miejskiej Komisji Wyborczej w Lęborku z dnia 16 lutego 2015r. o zarejestrowanych listach kandydatów na radnego do Rady Miejskiej w Lęborku w okręgu wyborczym Nr 12.
- Obwieszczenie Miejskiej Komisji Wyborczej w Lęborku z dnia 23 października 2014 r. o zarejestrowanych listach kandydatów na radnych do Rady Miejskiej w Lęborku w wyborach do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz wyborach wójtów, burmistrzów i prezydentów miast zarządzonych na dzień 16 listopada 2014 r.
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2014 r. w sprawie zarządzenia wyborów do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw i rad dzielnic m.st. Warszawy oraz wyborów wójtów, burmistrzów i prezydentów miast, Dz.U. z 2014 r. poz. 1134
- Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, Dz.U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112 ze zm., dalej: K.w. lub Kodeks.
- Zarządzenie nr 3/15 Wojewody Pomorskiego z dnia 8 stycznia 2015 r. w sprawie przeprowadzenia wyborów ponownych do Rady Miejskiej w Lęborku w okręgu wyborczym Nr 12 w obwodzie głosowania nr 12 w Lęborku, Dziennik Urzędowy Województwa Pomorskiego z 2015 r., poz. 83.

Źródła internetowe

<http://wybory2014.pkw.gov.pl/pl/wyniki/protokoly/19816/5307>

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU OKRĘGOWEGO W SŁUPSKU Z DNIA 12 GRUDNIA 2014 R., SYGN. AKT I NS 238/14, NIEPUBL. (DOT. UPRAWNIEŃ SĄDU OKRĘGOWEGO W ZAKRESIE KSZTAŁTOWANIA PROCEDURY WYBORCZEJ W PRZYPADKU STWIERDZENIA NIEWAŻNOŚCI WYBORU RADNEGO)

Streszczenie

W głosowanym orzeczeniu Sąd ograniczył krąg kandydatów biorących udział w częściowo powtórzonej procedurze wyborczej. Zdaniem autora glosy, sąd wykroczył poza zakres uprawnień przyznanych mu przez ustawodawcę w art. 394 § 3 Kodeksu wyborczego. Jego zdaniem sąd nie może modyfikować poszczególnych czynności wyborczych, a jedynie nakazać ich ponowienie, co jest kompetencją organów wyborczych. Na kanwie analizowanego orzeczenia dostrzega ponadto

pewne niedoskonałości regulacji kodeksowej. Wskazuje m.in. na niedoregulowanie instytucji wyborów ponownych oraz brak kompetencji sądu okręgowego do modyfikowania poszczególnych czynności wyborczych (np. dopuszczenie do częściowo ponowionej procedury wyborcze tylko kandydatów, na których wybór <<brak wyboru>> zaistniała nieprawidłowość mogła mieć wpływ).

Słowa kluczowe: *procedura wyborcza, wybory, radny*

GLOSS ON THE REGIONAL COURT DECISION OF 12 DECEMBER 2014,
FILE NO. I NS 238/14, UNPUBLISHED (CONCERNING REGIONAL COURT'S
COMPETENCE TO MODIFY ELECTORAL PROCEDURE IN CASE
OF THE ESTABLISHMENT OF A COUNCILLOR'S ELECTION NULLITY)

Summary

The gloss discusses the judgement, in which the court limited the range of candidates taking part in the partially repeated electoral procedure. In the author's opinion, the court overused the competences laid down by the legislator in Article 394 § 3 of the Electoral Code. In his opinion, the court cannot modify particular electoral procedures but only order to repeat them, which is the competence of electoral organs. Based on the analysed judgement, the author also notices some deficiencies of the statutory regulation. He points out insufficient regulation of repeated election and a lack of competence of a regional court to modify particular electoral procedures (e.g. admission of those candidates to the partially repeated electoral procedure whose successful election (failure in election) might have been influenced by irregularities).

Key words: *electoral procedure, elections, councillor*

SŁAWOMIR JOACHIMIAK

Glosa

**do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2014 r.
w sprawie V KK 213/13 (dotycząca kwalifikacji prawnej przestępstwa
z art. 244 k.k. oraz przestępstwa z art. 178 § 1 i 4 k.k.)**

TEZA Z ORZECZENIA

Opis czynu z art. 244 k.k. w pełni zawiera się w znamionach czynu stypizowanego w art. 178a § 1 i 4 k.k.

STANOWISKO AUTORA

Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie V KK 213/13 Sąd Najwyższy przyjął, że opis czynu z art. 244 k.k. w pełni zawiera się w znamionach czynu stypizowanego w art. 178a § 1 i 4 k.k.¹ Stanowisko wyrażone w tej krótkiej tezie zawiera szereg zagadnień i jedynie częściowo wydaje się słuszne, co wymaga wyjaśnienia.

Pogląd wyrażony w glosowanym orzeczeniu jest niejako powtórzeniem stanowiska zawartego w wyroku z dnia 8 października 2013 r. w sprawie III KK 229/13². Wskazano w nim, iż „żadnej przecież wątpliwości nie budzi, że opis czynu zabronionego zawarty w znamionach art. 244 k.k. – w zakresie dotyczącym niestosowania się do orzeczonego przez sąd zakazu prowadzenia pojazdów, zawiera się w znamionach art. 178a § 1 i 4 k.k. – w części opisującej prowadzenie pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości w okresie obowiązywania orzeczonego przez sąd zakazu prowadzenia takich pojazdów, w związku ze skazaniem za przestępstwo”.

W wyżej wskazanych judykatach Sąd Najwyższy wyraził swoje zapatrywanie odnośnie do zbiegu przepisów przy przestępstwach z art. 178a § 1 i 4 k.k. z art. 244 k.k. przyjmując, iż zachodzi tu pozorny, a nie realny zbieg przepisów.

Problem zbiegu przepisów ustawy przy przestępstwach komunikacyjnych nie jest problemem nowym³ i wciąż budzi kontrowersje i trudności.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2012 r., III KK 170/12⁴ odnoszącym się do omawianej problematyki stwierdzono, iż proces subsumpcji określonego stanu faktycznego musi przebiegać przez ustalenie, czy zbieg przepisów prawa karnego,

¹ Lex nr 1418900, KZS 2014, nr 6, poz. 28.

² Lex nr 1375214.

³ Por. K. Buchała, *Kumulatywna kwalifikacja przestępstw komunikacyjnych*, NP 1972, nr 11, s. 1615 i nast.

⁴ Lex nr 1232831.

których znamiona zostały wyczerpane jednym czynem sprawcy przestępstwa, jest rzeczywisty, czy też ma charakter pozorny (pomijalny). Ustalenie, czy ma zastosowanie rzeczywisty, czy pozorny zbieg przepisów ustawy musi być poprzedzone zastosowaniem reguł wyłączenia wielości ocen prawnokarnych⁵. Ważne dla dokonania oceny głosowanej tezy jest rozróżnienie pomiędzy zbiegiem typu podstawowego i kwalifikowanego oraz kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy.

Rzeczywisty zbieg⁶ przepisów ustawy ma miejsce wówczas, gdy sprawca jednym czynem naruszył co najmniej dwa przepisy określające typy przestępstw i nie można przeprowadzić redukcji wielości ocen do jednego przepisu⁷. Natomiast pozorny zbieg przepisów zachodzi, gdy na podstawie odpowiednich reguł wyłączona została możliwość dokonania wielości ocen prawnokarnych tego samego czynu⁸. Pozorny charakter ma zbieg przepisów określający typ kwalifikowany przestępstwa z jego typem podstawowym, gdyż wypełnia on znamiona przepisu mającego charakter podstawowy oraz dodatkowo znamiona kwalifikujące⁹. Nie wdając się w spory teoretyczne¹⁰ przyjąć należy, iż wielość ocen wyłączają trzy tradycyjne reguły:

- *lex specialis derogat legi generali* – oznaczająca wyłączenie stosowania przepisu ogólnego przez przepis szczególny, który poza znamionami przestępstwa podstawowego, zawiera znamiona opisujące bardziej szczegółowo, specyficznie ten rodzaj przestępstwa;
- *lex consumens derogat legi consumptae* – mówiąca o wyłączeniu przepisu pochłoniętego przez przepis pochłaniający, który określając opis typu przestępstwa, jednocześnie zawiera w sobie znamiona innego przestępstwa, którego opis znamion ma węższy zakres;
- *lex primaria derogat legi subsidiariae* – wskazująca wyłączenie przepisu posiłkowego przez przepis główny, przepisu pierwotnego przez przepis dopełniający; relacja ta występuje w wypadkach wyraźne wskazanych w ustawie¹¹.

⁵ Por. W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 52–53.

⁶ Słowo oznaczające zejście się, spotkanie co najmniej dwóch elementów, por. W. Wolter, *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 10; szerzej odnośnie zbiegu przepisów por. P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011, s. 108 i nast.

⁷ Por. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 337; M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 44; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 241–242; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 410–412, 416; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 148; wyrok SN z dnia 22.11.1994r., II KRN 227/94, OSNKW 1995, z. 1–2, poz. 5; szerzej por. W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 45 i nast.; P. Kardas., J. Majewski, *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jego rozstrzygnięcia*, [w:] Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 177 i nast.

⁸ Por. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 418; W. Wolter, *Nauka...*, s. 337; W. Mąciór, *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, PiP 1975, z. 1, s. 30; W. Świda, *op. cit.*, s. 243; K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 416; por. szerzej A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 53 i nast.

⁹ Zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 228.

¹⁰ Por. A. Rybak, *O istocie kumulatywnej kwalifikacji przepisów ustawy*, Palestra 1999, nr 9–10, s. 44 i nast.

¹¹ Por. S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 418–420; W. Wolter, *Nauka...*, s. 332–336; idem, *Zbieg przepisów ustawy*, PiP 1973, z. 10, s. 90 i n nast. z zastrzeżeniem, iż między przepisami zachodzi stosunek wykluczenia, a nie zbiegu przepisów; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1976;

Różnica pomiędzy pierwszą a drugą regułą dotyczy częstotliwości, z jaką występują pokrywające się zakresy znamion. Przy regule specjalności ma to miejsce a priori w każdym wypadku, natomiast przy regule konsumpcji pochłanianie jednego typu przestępstwa przez inny, mający szerszy zakres znamion ma charakter typowy, występuje zazwyczaj, ale nie zawsze jak w powyższej sytuacji¹².

Omawiając tezę glosowanego orzeczenia wypowiedzieć należy się osobno odnośnie do zbiegu art. 178a § 1 k.k. z art. 178 a § 4 k.k., a także zbiegu każdego z tych przepisów z osobna z art. 244 k.k.

W kwestii relacji art. 178a § 1 k.k. oraz art. 178a § 4 k.k. rozpocząć należy od ustalenia ich charakteru prawnego. Communis opinio nie budzi wątpliwości, iż przestępstwo z art. 178a § 1 k.k. stanowi typ podstawowy przestępstwa, polegający na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego¹³. Przestępstwo z art. 178a § 4 k.k. jest typem kwalifikowanym przestępstwa z art. 178a § 1 k.k., na co wskazuje wyróżnienie szczególnych kwalifikowanych okoliczności czynu, ustanowienie samoistnej i surowszej sankcji karnej, chociaż zaznaczyć należy, iż jego charakter prawny budzi wątpliwości. Przyjmuje się bowiem, że art. 178a § 4 k.k. jest rodzajem nadzwyczajnego zaostżenia wykonania kary¹⁴, kwalifikowanym typem art. 178a § 1 k.k.¹⁵, albo zawiera łącznie obydwie wyżej wymienione cechy¹⁶. Z faktu, iż przepis art. 178a § 1 k.k. jest podstawowym typem przestępstwa prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, a art. 178a § 4 k.k. jest w odniesieniu do niego typem kwalifikowanym, a także opisu znamion obydwu przestępstw, wynikają dalsze konsekwencje.

Pomiędzy tymi przepisami zachodzi pozorny zbieg przepisów ustawy. Przepis art. 178a § 4 k.k. można uznać za specjalny w odniesieniu do art. 178a § 1 k.k., co wynika z przedmiotowej strony czynu zabronionego. Wskazuje się bowiem, iż okoliczności kształtujące kwalifikowany typ przestępstwa, stanowią okoliczności specjalizacji

s. 236–237; W. Świda, *op. cit.*, s. 243–244; L. Gardocki, *op. cit.*, s. 148–149; A. Marek, *op. cit.*, s. 228–229; szerzej por W. Wolter, *Reguły...*, s. 48 i nast.

¹² Por. W. Świda, *op. cit.*, s. 244.

¹³ Por. R.A. Stefański [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 524; tenże [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1054; R. Citowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Warszawa 2013, s. 425; R. Hałas [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 708.

¹⁴ Zob. J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 453; por. też W. Wróbel, *Opinia prawna o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 2 października 2009* (druk sejmowy nr 2115), s. 4.

¹⁵ Por. R.A. Stefański [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 830, przy czym autor ten wskazuje, że w zakresie jego popełnienia w okresie obowiązywania zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych orzeczonego za przestępstwo – także do przestępstwa z art. 244 k.k.; M. Leciak, *Odpowiedzialność karna za przestępstwa komunikacyjne (cz. 1)*, Palestra 2011, nr 9–10, s. 101; R. Hałas, *op. cit.*, s. 710; P. Nowak, *Charakter normatywny art. 178a § 4 k.k. oraz art. 244 k.k., a zatarcie skazania*, „Paragraf na Drodze” 2013, nr 8, s. 19; A. Golonka, „Bat na pijanych kierowców”, czyli o założeniach projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 4, s. 81–82.

¹⁶ Por. M. Małecki, *Charakter prawny art. 178a § 4 k.k.*, „Paragraf na Drodze” 2011, nr 8, s. 34; tenże, *Normatywna zawartość art. 178a § 4 k.k.*, „Paragraf na Drodze” 2014, nr 1, s. 7; T. Razowski [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 377.

jące, tworzące *legis specialis do legis generalis*¹⁷. Stąd wnioskować trzeba, iż pomiędzy omawianymi przepisami zachodzi pozorny zbieg przepisów, wyłączający możliwość przyjęcia ich kumulatywnej kwalifikacji prawnej¹⁸.

W uzasadnieniu głosowanego orzeczenia Sąd Najwyższy stwierdził, iż pomiędzy art. 244 k.k., a art. 178a § 4 k.k. nie zachodzi kumulatywny zbieg przepisów ustawy w rozumieniu art. 11 § 2 k.k., gdyż opis czynu z art. 244 k.k. w pełni zawiera się w znamionach czynu stypizowanego w art. 178a § 1 i 4 k.k. Powołał się w tym zakresie na poprzednie stanowisko, wyrażone postanowieniem z dnia 19 stycznia 2012r. w sprawie I KZP 22/11¹⁹. Pogląd o pozorności zbiegu przepisów art. 244 k.k. i art. 178a § 4 k.k. należy uznać w chwili obecnej za utrwalony w orzecznictwie²⁰ i doktrynie²¹, chociaż wcześniej prezentowano stanowisko odmienne wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2011 r., III KK 211/11²², które uznać należy za odosobnione. W uzasadnieniu tego orzeczenia wskazano, iż „czyn polegający na prowadzeniu pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwym oraz wbrew orzeczonemu zakazowi prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych i rowerów, powinien być zostać prawidłowo zakwalifikowany z art. 178a § 1 i 4 k.k. i art. 244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.”

Pomiędzy art. art. 178a § 4 k.k. i art. 244 k.k. zachodzi pozorny zbieg przepisów ustawy, gdyż pierwszy z przepisów zawiera wśród znamion, oprócz prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego, także znamię niestosowania się do zakazu prowadzenia takich pojazdów, powodujące surowszą odpowiedzialność karną, a zatem w podstawie przypisanej odpowiedzialności karnej odzwierciedla całą kryminalną zawartość popełnionego czynu i zbędne jest jej uzupełnianie o przytoczenie art. 244 k.k.. Zachodzi tu reguła wyłączania wielości ocen w postaci *lex consumens derogat legi consumptae*²³.

Z drugiej strony, nie budzi wątpliwości pogląd, iż pomiędzy art. 178a § 1 k.k. i art. 244 k.k., w przypadku prowadzenia pojazdu mechanicznego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego i jednocześnie wbrew wcześniej orzeczonemu zakazowi prowadzenia takiego pojazdu, zachodził kumulatywny zbieg przepisów. Interesującym nas ustawowym znamieniem strony przedmiotowej przestępstwa z art. 244 k.k. jest naru-

¹⁷ Por. W. Wolter, *Reguły...*, s. 48–50, 53–54; idem, *Nauka...*, s. 332–33; A. Spotowski, *op. cit.*, s. 67 i nast.; A. Marek, *op. cit.*, s. 228; por. też wyrok SN z dnia 23.02.2000r., IV KKN 596/99, Lex nr 51132, mówiący o takiej samej relacji pomiędzy typem podstawowym, a uprzywilejowanym przestępstwa.

¹⁸ Por. W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*, [w:] J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006, s. 67.

¹⁹ OSNKW 2012, z. 1, poz. 6 z glosami M. Małeckiego, CzPKiNP 2012, nr 1, s. 163–178; D. Mieczkowskiej, „Ius Novum” 2013, nr 3, s. 266–275.

²⁰ Por. wyrok SN z dnia 11.12.2012r., III KK 170/12, Prok. i Pr. 2013, nr 3, poz. 1 – wkł.; wyrok SN z dnia 08.10.2013r., III KK 229/13, Lex nr 1375214.

²¹ Por. R.A. Stefański, *Przestępstwo z art. 178a § 4 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2010, z. 9, s. 67; K. Wiak, [w:] K. Wiak, A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1070; T. Razowski, *op. cit.*, s. 836.

²² OSNwSK 2011, nr 1, poz. 2295.

²³ Zob. R.A. Stefański, *Przestępstwo...*, s. 67.

szenie sądowego zakazu prowadzenia pojazdów. Natomiast przestępstwo z art. 178a § 1 k.k. penalizuje prowadzenie pojazdu mechanicznego w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, znajdując się w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego. Wskazane zachowanie stanowi jeden czyn, o czym decyduje liczba podjętych przez sprawcę działań – w tym wypadku jedno – polegające na prowadzeniu pojazdu, a nie ilość spowodowanych skutków, czy naruszonych przez sprawcę norm prawych²⁴. Czyn taki wypełnia znamiona jednego przestępstwa, określonego w art. 178a § 1 k.k. i art. 244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.²⁵ możliwość takiej kwalifikacji istniała do momentu wejścia w życie przepisu art. 178a § 4 k.k.²⁶, to jest do dnia 1 lipca 2010 r. Po tej dacie, w miejsce kumulatywnej kwalifikacji z art. 178a § 1 k.k. i art. 244 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., dla omawianego stanu faktycznego właściwa stała się kwalifikacja wyłącznie z art. 178a § 4 k.k.

Reasumując oraz odnosząc się to tezy postawionej w wyroku Sądu Najwyższego z dnia z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie V KK 213/13 wskazującej, iż „opis czynu z art. 244 k.k. w pełni zawiera się w znamionach czynu stypizowanego w art. 178a § 1 i 4 k.k.” stwierdzić należy, iż opis czynu z art. 244 k.k., w zakresie naruszenia orzeczonego przez sąd zakazu prowadzenia pojazdów zawiera się w znamionach przestępstwa z art. 178a § 4 k.k., natomiast nie zawiera się w znamionach przestępstwa stypizowanego w art. 178a § 1 k.k. Nie zachodzi rzeczywisty zbieg przepisów ustawy pomiędzy art. 178a § 1, a art. 178a § 4 k.k.

BIBLIOGRAFIA

Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1976.

Buchała K., *Kumulatywna kwalifikacja przestępstw komunikacyjnych*, „Nowe Prawo” 1972, nr 11, s. 1615–1627.

²⁴ Por. wyrok SN z dnia 29.07.2008r., IV KK 238/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1540; R.A. Stefański, *Glosa do wyroku SN z dnia z dnia 29 lipca 2008 r. – IV KK 239/08*, „Ius Novum” 2010, nr 1, s. 138–139; szerzej por. M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 13, 24, 43.

²⁵ Por postanowienie SN z dnia 26.08.2004 r., I KZP 11/04, Biuletyn SN 2004, nr 8, s. 14 z glosą B. Zająca, „Paragraf na Drodze” 2006, nr 6, s. 5–8; L. Tyszkiewicz [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1155; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny Komentarz*, Warszawa 2007, s. 310; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2004 r.*, WPP 2005, nr 1, s. 89; idem, *Przestępstwo...*, s. 67; wyrok SN z dnia 29.07.2008 r., IV KK 239/08, Lex nr 609427 z glosą R.A. Stefańskiego, „Ius Novum” 2010, nr 1, s. 137–140; wyrok SN z dnia 05.01.2011r. IV KK 291/10, „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 2, s. 18–19; T. Razowski, [w:] *op. cit.*, s. 836; M. Leciak, *Prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości pomimo orzeczonego uprzednio zakazu jego prowadzenia. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2011r.*, sygn. IV KK 291/10, „Paragraf na Drodze” 2011, nr 6, s. 7–9; J. Piórkowska-Flieger, *op. cit.*, s. 684; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 620; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 424; M. Szewczyk [w:] A Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Kraków 2006, s. 1084; A. Herzog [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1591.

²⁶ Dodanego ustawą z dnia 12.02.2010r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska, Dz.U. Nr 40, poz. 227 ze zm.

- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
- Citowicz R. [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, Warszawa 2013.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2001.
- Golonka A., „Bat na pijanych kierowców”, czyli o założeniach projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2014, nr 4, s. 77–99.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny Komentarz*, Warszawa 2007.
- Hałas R. [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Kardas P., Majewski J., *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jego rozstrzygnięcia*, [w:] Z. Cwiągalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994.
- Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym*, Warszawa 2011.
- Leciak M., *Prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości pomimo orzeczonego uprzednio zakazu jego prowadzenia. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2011r., sygn. IV KK 291/10*, „Paragraf na Drodze” 2011, nr 6, s. 5–9.
- Leciak M., *Odpowiedzialność karna za przestępstwa komunikacyjne (cz. 1)*, „Palestra” 2011, nr 9–10 s. 100–110.
- Małecki M., *Charakter prawny art. 178a § 4 k.k.*, „Paragraf na Drodze” 2011, nr 8, s. 27–37.
- Małecki M., *Normatywna zawartość art. 178a § 4 k.k.*, „Paragraf na Drodze” 2014, nr 1, s. 5–13.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2001.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Mąciór W., *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 1, s. 30–39.
- Mieczkowska D., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2012 r., I KZP 22/11*, „Ius Novum” 2013, nr 3, s. 266–275.
- Mozgawa M. [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Nowak P., *Charakter normatywny art. 178a § 4 k.k. oraz art. 244 k.k., a zatarcie skazania*, „Paragraf na Drodze” 2013, nr 8, s. 13–26.
- Piórkowska-Flieger J. [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Postanowienie SN z 26 VIII 2004r., I KZP 11/04, „Biuletyn SN” 2004 nr 8 s. 14
- Postanowienie z 19 I 2012r., I KZP 22/11, OSNKW 2012 z. 1 poz. 6
- Razowski T. [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Rybak A., *O istocie kumulatywnej kwalifikacji przepisów ustawy*, „Palestra” 1999, nr 9–10, s. 44–49.
- Spotowski A., *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976.
- Stefański R.A. [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2004 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 1, s. 88–134.
- Stefański R.A. [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Stefański R.A., *Glosa do wyroku SN z dnia z dnia 29 lipca 2008r. – IV KK 239/08*, „Ius Novum” 2010, nr 1, s. 137–140.
- Stefański R.A., *Przestępstwo z art. 178a § 4 k.k.*, „Państwo i Prawo” 2010 z. 9 s. 60–69.
- Stefański R.A. [w:] R.A. Stefańskiego, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Szewczyk M. [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Kraków 2006.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1978.

- Tarnawski M., *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977.
- Ustawa z dnia 12.02.2010r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska, Dz.U. Nr 40, poz. 227 ze zm.
- Wiak K. [w:] K. Wiak, A. Grześkowiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Wolter W., *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960.
- Wolter W., *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- Wolter W., *Zbieg przepisów ustawy*, „Państwo i Prawo” 1973, z. 10, s. 90.
- Wróbel W., *Opinia prawna o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 2 października 2009* (druk sejmowy nr 2115).
- Wyrok SN z 22 XI 1994 r., II KRn 227/94, OSNKW 1995 z. 1–2 poz. 5.
- Wyrok SN z 23 II 2000 r., IV KKn 596/99, Lex, nr 51132.
- Wyrok SN z 29 VII 2008 r., IV KK 238/08, OSNwSK 2008 nr 1 poz. 1540.
- Wyrok SN z 29 VII 2008 r., IV KK 239/08, Lex, nr 609427.
- Wyrok SN z 05 I 2011 r., IV KK 291/10, „Biuletyn Prawa Karnego” 2011, nr 2, s. 18–19.
- Wyrok SN z dnia 11 XII 2012 r., III KK 170/12, Lex, nr 1232831; Prok. i Pr. 2013, nr 3, poz. 1 – wkł.
- Wyrok SN z 8 X 2013 r., III KK 229/13, Lex, nr 1375214.
- Wyrok SN z 16 I 2014 r., V KK 213/13, Lex, nr 1418900, KZS 2014 nr 6 poz. 28.
- Zając B., *Głosa do orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 26 sierpnia 2004 r., sygn. I KZP 11/04*, „Paragraf na Drodze” 2006, nr 6, s. 5–8.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 16 STYCZNIA 2014 R.
W SPRAWIE V KK 213/13 (DOTYCZĄCA KWALIFIKACJI PRAWNEJ
PRZESTĘPSTWA Z ART. 244 K.K.
ORAZ PRZESTĘPSTWA Z ART. 178 § 1 I 4 K.K.)

Streszczenie

Jest to głosa częściowo aprobująca do stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie o sygnaturze V KK 213/13, iż opis czynu z art. 244 k.k. w pełni zawiera się w znamionach czynu stypizowanego w art. 178a § 1 i 4 k.k. Omawia ona wzajemny zbieg przepisów art. 244, art. 178a § 1 i art. 178a § 4 k.k. Autor dochodzi do konkluzji, iż opis czynu z art. 244 k.k., w zakresie naruszenia orzeczonego przez sąd zakazu prowadzenia pojazdów zawiera się w znamionach przestępstwa z art. 178a § 4 k.k., natomiast nie zawiera się w znamionach przestępstwa stypizowanego w art. 178a § 1 k.k. Nie zachodzi rzeczywisty zbieg przepisów ustawy pomiędzy art. 178a § 1, a art. 178a § 4 k.k.

Słowa kluczowe: *przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, zbieg przepisów ustawy, zbieg rzeczywisty, zbieg pozorny, typ kwalifikowany*

GLOSS ON THE SUPREME COURT JUDGEMENT OF 16 JANUARY 2014
IN CASE V KK 213/13 (CONCERNING LEGAL CLASSIFICATION
OF CRIME UNDER ARTICLE 244 CC AND CRIME UNDER ARTICLE 178 § 1
AND 4 CC)

Summary

This is a gloss of partial approval of the stand of the Supreme Court expressed in the judgement of 16 January 2014 in case V KK 213/13 that the description of an act under Article 244 CC is fully contained in the features of an act specified in Article 178a § 1 and 4 CC. The gloss discusses the conjuncture of the provisions of Article 244, Article 178a § 1 and Article 178a § 4 CC. The author concludes that a description of an act under Article 244 CC within the scope of violation of the ruled ban on driving is contained in the features of crime under Article 178a § 4, however, is not contained in the features of crime categorized in Article 178a § 1 CC. Thus, there is no real conjuncture of the provisions of the statute between Article 178a § 1 and Article 178a § 4 CC.

Key words: crime against traffic safety, conjuncture of the provisions of a statute, real conjuncture, lex specialis, categorized type

NOTY O AUTORACH

- Francisco Javier Paño Rodríguez prof. dr, Universidad Complutense de Madrid
- Maria Kruk-Jarosz prof. dr hab., Wydział Prawa i Administracji
Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Bożena Gronowska prof. dr hab., Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Maciej Rogalski dr hab., profesor Uczelni Łazarskiego w Warszawie,
Wydział Prawa i Administracji
- Jacek Kosonoga dr hab., profesor Uczelni Łazarskiego w Warszawie,
Wydział Prawa i Administracji
- Izabela Pączek mgr, adwokat
- Damian Gil dr, adiunkt na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego
i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego
w Lublinie
- Julia Kosonoga-Zygmunt dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie
- Aleksandra Domańska mgr, doktorant na Wydziale Prawa Akademii
Leona Koźmińskiego w Warszawie
- Karolina Sawczuk-Skibińska dr, radca prawny
- Łukasz Dawid Dąbrowski dr, adwokat
- Krzysztof Żok dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
- Bartłomiej Gadecki dr, Prokurator Rejonowy w Biskupcu
- Miroslaw Karpiuk dr hab., profesor Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie, Wydział Prawa i Administracji
- Ryszard Szałowski dr hab., profesor Akademia im. Jana Długosza
w Częstochowie, Wydział Filologiczno-Historyczny
- Daria Pałucka mgr, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Kinga Lalowicz mgr, aplikant notarialny

- Danuta Kabat-Rudnicka dr hab., adiunkt na Wydziale Ekonomii i Stosunków Międzynarodowych, Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
- Zbigniew B. Rudnicki dr hab., profesor Uniwersytetu Pedagogicznego w Krakowie, Wydział Humanistyczny
- Piotr Sadowski dr, asystent na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Daria Danecka mgr, asystent w Zakładzie Zagadnień Prawnych Kształtowania i Ochrony Środowiska Instytutu Nauk Prawnych PAN we Wrocławiu
- Paweł Daniel dr, asystent sędziego w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Poznaniu
- Piotr Ochman dr, adiunkt na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu
- Adam Drozdek dr
- Wojciech M. Hrynicky dr, adiunkt na Wydziale Bezpieczeństwa i Nauk Społeczno-Prawnych Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa w Krakowie
- Paweł Majczak mgr, doktorant na wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu
- Marcin Rulka dr, adiunkt na Wydziale Zamiejscowym w Poznaniu SWPS Uniwersytetu
- Sławomir Joachimiak mgr, doktorant na Wydziale Prawa Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu

NOTES ON THE AUTHORS

- Francisco Javier Paño Rodríguez Professor, PhD, Universidad Complutense de Madrid
- Maria Kruk-Jarosz Professor, PhD, Faculty of Law and Administration, Lazarski University in Warsaw
- Bożena Gronowska Professor, PhD, Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń
- Maciej Rogalski PhD, Professor of Lazarski University in Warsaw, Faculty of Law and Administration
- Jacek Kosonoga PhD, Professor of Lazarski University in Warsaw, Faculty of Law and Administration
- Izabela Pączek MA, solicitor
- Damian Gil PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law, Canon Law and Administration, John Paul II Catholic University of Lublin
- Julia Kosonoga-Zygmunt PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration, Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
- Aleksandra Domańska MA, doctoral student at the Faculty of Law and Administration, Kozłowski University in Warsaw
- Karolina Sawczuk-Skibińska PhD, legal advisor
- Łukasz Dawid Dąbrowski PhD, solicitor
- Krzysztof Żok PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration, Adam Mickiewicz University in Poznań
- Bartłomiej Gadecki PhD, Regional Prosecutor in Biskupiec
- Miroslaw Karpiuk PhD, Professor of the University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Faculty of Law and Administration
- Ryszard Szałowski PhD, Professor of Jan Długosz University in Częstochowa, Faculty of Philology and History

- Daria Pałucka MA, doctoral student at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń
- Kinga Lalowicz MA, notary apprentice
- Danuta Kabat-Rudnicka PhD, Assistant Professor at the Faculty of Economics and International Relations, Cracow University of Economics
- Zbigniew B. Rudnicki PhD, Professor of the Pedagogical University of Cracow, Faculty of the Humanities
- Piotr Sadowski PhD, professor assistant at the Faculty of Law and Administration, Nicolaus Copernicus University in Toruń
- Daria Danecka MA, professor assistant at the Department of Legal Issues relating to Conservation and Protection of the Environment of the Polish Academy of Sciences in Wrocław
- Paweł Daniel PhD, judge assistant in the Voivodeship Administrative Court in Poznań
- Piotr Ochman PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law, Administration and economics, University of Wrocław
- Adam Drozdek PhD
- Wojciech M. Hrynicky PhD, Assistant Professor at the Faculty of security and Social and Legal Studies, College of Public and Individual Security in Cracow
- Paweł Majczak MA, doctoral student at the Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław
- Marcin Rulka PhD, assistant Professor at Poznań Faculty of the SWPS University
- Sławomir Joachimiak Sławomir Joachimiak, MA, doctoral student at the Faculty of Law and Administration. Adam Mickiewicz University in Poznań

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 (kursywą), 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 metodykę, 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. Decyzję 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, doświadczone, 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 odrębnym 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, decyzję o publikacji tekstu podejmuje redaktor naczelny po konsultacji z redaktorem tematycznym.

LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW:

1. Prof. dr hab. Zbigniew Czarnik, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Rzeszowie
2. Prof. dr hab. Katarzyna Dudka, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
3. Prof. dr hab. Jolanta Jakubowska-Hara, Zakład Prawa Karnego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
4. Prof. dr hab. Grzegorz Jędrejek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
5. Prof. dr hab. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, Wydział Prawa i Administracji WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej w Rzeszowie
6. Dr Dariusz Kala, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
7. Prof. dr hab. Tomasz Kalisz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu
8. Prof. dr hab. Czesław Kłak, Wydział Prawa i Administracji WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej w Rzeszowie
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 Maria Jez-Ludwichowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
12. Prof. dr hab. Mirosława Melezini, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu w Białymstoku
13. Prof. dr hab. Marek Mozgawa, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
14. Prof. dr hab. Hanna Paluszkiwicz, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego
15. Dr hab. Mateusz Pilich, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
16. Prof. dr hab. Maciej Rogalski, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
17. Prof. dr hab. Jerzy Skorupka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu
18. Prof. dr hab. Jacek Sobczak, Wydział Prawa Uniwersytetu SWPS w Warszawie
19. Prof. dr hab. Sławomir Steinborn, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
20. Prof. dr hab. Krzysztof Ślebzak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
21. Prof. dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek, Wydział Prawa i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II
22. Dr Sławomir Żółtek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

RECENZENCI ZAGRANICZNI

prof. Rodrigo Ochoa Figueroa – adwokat, Katedra Prawa Administracyjnego,
Uniwersytet Michoacana San Nicolas de Hidalgo, Meksyk
prof. Alembert Vera Rivera – Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ekwador,
adwokat Prezydenta Republiki Ekwador
dr Katarzyna Krzysztyniak – adwokat, Republika Czeska
dr Miguel Bustos Rubio – Wydział Prawa Uniwersytetu w Salamance

NUMER 4/2016 RECENZOWALI:

Helen Ciepła
Zbigniew Czarnik
Dominika Harasimiuk
Monika Klejnowska
Czesław Kłak
Jacek Kosonoga
Artur Kuś
Zbigniew Kwiatkowski
Adam A. Lipiński
Mirośława Melezini
Cezary Mik
Mariusz Muszyński
Bartłomiej Opaliński
Andrzej Pieczywok
Ewa Popławska
Maciej Rogalski
Artur Rycak
Jerzy Skorupka
Ryszard Strzelczyk
Krzysztof Ślebzak
Małgorzata Wąsek- Wiaderek
Jacek Zaleśny
Sławomir Żółtek

NUMERY Z 2016 RECENZOWALI:

Helen Ciepła
Zbigniew Czarnik
Katarzyna Dudka
Joanna Haberko
Dominika Harasimiuk
Monika Głądoch
Monika Klejnowska
Irena Kleniewska
Czesław Kłak
Edward Komorowski
Violetta Konarska-Wrzosek
Jacek Kosonoga
Artur Kuś
Zbigniew Kwiatkowski
Daniel E. Lach
Florian Lempa
Adam A. Lipiński
Mirosława Melezini
Cezary Mik
Marek Mozgawa
Mariusz Muszyński
Barbara Nita-Światłowska
Bartłomiej Opaliński
Andrzej Pieczywok
Łukasz Pisarczyk
Ewa Popławska
Wojciech Radecki
Mara Rogacka-Rzewnicka
Maciej Rogalski
Artur Rycak
Małgorzata Sekuła-Lelono
Zofia Sienkiewicz
Jerzy Skorupka
Ryszard Strzelczyk
Grażyna B. Szczygieł
Przemysław Szustakiewicz
Krzysztof Ślebzak
Jan Wawrzyniak
Małgorzata Wąsek- Wiaderek
Jacek Zaleśny
Grzegorz Zawisza
Sławomir Żółtek

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego
oferuje następujące publikacje:

1. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
2. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygieski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
3. Wojciech Bieńkowski, Adam K. Prokopowicz, Anna Dąbrowska, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership. The 21st Century Agreement*, Warsaw 2015.
4. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
5. Jacek Brdulak, Ewelina Florczak, *Uwarunkowania działalności przedsiębiorstw społecznych w Polsce*, Warszawa 2016.
6. Piotr Brzeziński, Zbigniew Czarnik, Zuzanna Łaganowska, Arwid Mednis, Stanisław Piątek, Maciej Rogalski, Marlena Wach, *Nowela listopadowa prawa telekomunikacyjnego*, Warszawa 2014.
7. Hans Ephraimson-Abt, Anna Konert, *New Progress and Challenges in The Air Law*, Warszawa 2014.
8. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
9. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
10. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
11. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
12. Tomasz G. Grosse (red. nauk.), *Między polityką a rynkiem. Kryzys Unii Europejskiej w analizie ekonomistów i politologów*, praca zbiorowa, Warszawa 2013.
13. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
14. Marian Guzek (red. nauk.), *Ekonomia i polityka w kryzysie. Kierunki zmian w teoriach*, praca zbiorowa, Warszawa 2012.
15. Marian Guzek, *Teorie ekonomii a instrumenty antykryzysowe*, Warszawa 2013.
16. Marian Guzek, *Kapitalizm na krawędzi*, Warszawa 2014.
17. Marian Guzek, *Doktryny ustrojowe. Od liberalizmu do libertarianizmu*, Warszawa 2015.
18. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
19. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
20. Dominika E. Harasimiuk, Marcin Olszówka, Andrzej Zinkiewicz (red. nauk.), *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*, Warszawa 2014.
21. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
22. „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.

23. Andrzej Jagiełło, *Polityka akcyzowa w odniesieniu do wyrobów tytoniowych w Polsce w latach 2000–2010 i jej skutki ekonomiczne*, Warszawa 2012.
24. Sylwia Kaczyńska, Anna Konert, Katarzyna Łuczak, *Regulacje hiszpańskie na tle obowiązujących przepisów międzynarodowego i europejskiego prawa lotniczego*, Warszawa 2016.
25. Anna Konert (red.), *Aspekty prawne badania zdarzeń lotniczych w świetle Rozporządzenia 996/2010*, Warszawa 2013.
26. Anna Konert, *A European Vision for Air Passengers*, Warszawa 2014.
27. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
28. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
29. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
30. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
31. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
32. Michał Kuź, *Alexis de Tocqueville's Theory of Democracy and Revolutions*, Warsaw 2016.
33. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
34. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
35. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
36. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
37. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
38. „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.
39. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
40. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2013.
41. Bartłomiej Opaliński, *Rola Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w procesie stanowienia ustaw na tle praktyki ustrojowej Konstytucji III RP*, Warszawa 2014.
42. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
43. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
44. Leokadia Oręziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
45. Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2014.

46. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
47. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
48. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Golat, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
49. Jacek Szymanderski, *Schylek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
50. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.
51. 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

