

STUDIA IURIDICA

91

MISCELLANEA

MISCELLANEA



Studia Iuridica tom 91

MISCELLANEA



Warszawa 2022

Rada Programowa

Grażyna Bałtruszajtys (przewodnicząca), Jan Błęszyński, Zdzisław Galicki,
Hubert Izdebski, Jacek Lang, Maria Rogacka-Rzewnicka, Marek Wąsowicz,
Beata Janiszewska (sekretarz)

Członkowie Rady Programowej afiliowani za granicą

Marc Bors (Uniwersytet we Fribourgu), Michael Martinek (Uniwersytet w Saarbrücken),
Alessandro Somma (Uniwersytet Sapienza w Rzymie), Elena V. Timoshina (Uniwersytet w Sankt
Petersburgu)

Recenzenci „Studia Iuridica” w 2022 r.

Francisco Javier Andrés Santos, Wojciech Dajczak, Włodzimierz Kamyszanski, Luz Maria Martinez
Velencoso, Andrzej Łusznikow, Bronisław Sitek, Jakob Fortunat Stagl

Redaktor naukowy

Adam Niewiadomski

Redaktor naczelny

Tomasz Giaro

Redaktor tematyczny

Łukasz Pisarczyk

Redaktor językowy

Radosław Pawelec

Sekretarz Redakcji

Adam Niewiadomski

Redaktor prowadzący

Dorota Dziedzic

Copyright © by Authors, 2022

Some rights reserved

Publication under the Creative Commons Attribution 3.0 PL (CC BY 3.0 PL)
(license (full text available at: <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/pl/legalcode>))

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja elektroniczna.
„Studia Iuridica” znajdują się w wykazie czasopism punktowanych przez Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego na potrzeby oceny parametrycznej jednostek naukowych.

ISSN 0137-4346 (druk)

ISSN 2544-3135 (pdf online)

Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego

02-678 Warszawa, ul. Smyczkowa 5/7

www.wuw.pl; e-mail: wuw@uw.edu.pl

Dział Handlowy WUW: tel. (48 22) 55 31 333; e-mail: dz.handlowy@uw.edu.pl

Skład i łamanie

Barbara Obrębska

Druk i oprawa: POZKAL

SPIS TREŚCI

<i>Igor Adamczyk</i> – Reguła zarachowania świadczenia z art. 451 § 3 Kodeksu cywilnego a roszczenie przedawnione	9
<i>Aleksander Bokszczanin, Marianna-Elizabet Iaroslavska</i> – O wybranych problemach prawnych obrotu roślinnymi produktami leczniczymi	42
<i>Marek Dobrowolski, Aleksander Stępkowski</i> – Skarga nadzwyczajna – dopełnienie systemu ochrony porządku konstytucyjnego	64
<i>Tomasz Giaro</i> – Nauka o prawie a prawo o nauce. Dwie feralne recenzje <i>Propagandy bezprawia</i> Jarosława Kuisza	82
<i>Michał Grudecki</i> – Karcenie małoletnich – kontratyp czy ekskulpan? Uwagi <i>de lege ferenda</i>	90
<i>Roman Kaczor, Maciej Tygielski</i> – Uwagi do projektu nowelizacji Kodeksu karnego wykonawczego z 29 października 2021 r.	107
<i>Karol Karski</i> – Najwyższy Trybunał Narodowy a osądzenie sprawców zbrodni popełnionych podczas tłumienia powstania warszawskiego – niewykorzystany instrument	122
<i>Maria Magdalena Kenig-Witkowska</i> – The EU biodiversity strategy for 2030: Building nature resilience in the wake of the post pandemic Covid-19 socio-economic recovery	146
<i>Patryk Kukliński</i> – Pandemia w instytucji totalnej na przykładzie Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie	164
<i>Katarzyna Laskowska</i> – Kara śmierci w Republice Białoruś – aspekty konstytucyjne, karnoprawne i wykonawcze	185
<i>Izabela Lipińska, Jarosław Dobkowski</i> – Urzędowy model kontroli żywności	206
<i>Przemysław Mroczkowski</i> – Charakter prawny rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego	227
<i>Agata Niewiadomska</i> – Krajowy Plan Strategiczny jako instrument prawny rozwoju rolnictwa	242
<i>Adam Niewiadomski</i> – Lokalizowanie odnawialnych źródeł energii na obszarach wiejskich w świetle zasad planowania przestrzennego	256
<i>Magdalena Ossowska</i> – Abandonment of a thing: The legal construction and the possibility to exercise this right in Polish law	269
<i>Monika Piosik, Anna Białek-Jaworska, Agnieszka Teterycz</i> – Prawo do skorzystania z preferencyjnej stawki podatkowej IP box na podstawie autorskiego prawa do programu komputerowego	281
<i>Ryszard Piotrowski</i> – Wojna i pokój w Konstytucji RP	300

<i>Mariusz Popławski, Krzysztof Michalak</i> – Bezpieczeństwo obywateli w art. 5 Konstytucji RP. O konstytucyjnych uwarunkowaniach eliminacji papierosów tradycyjnych	320
<i>Krzysztof Radzikowski</i> – Prawo podatkowe w cieniu populizmu (na przykładzie Polskiego Ładu)	334
<i>Piotr Krzysztof Sowiński</i> – W sprawie tajemnicy dziennikarskiej i zasad zwalniania z tej tajemnicy. Uwagi polemiczne	351
<i>Weronika Szafrńska</i> – Limitation of the principle of openness in Polish judicial-administrative proceedings during the pandemic and the standards of a fair hearing: The reasons for possible complaints brought before the European Court of Human Rights	368
<i>Eleonora Zielińska</i> – Działania Unii Europejskiej w zwalczaniu przemocy wobec kobiet	387
<i>Sabina Żróbek, Małgorzata Renigier-Biłoźor, Marek Walacik</i> – Definicja prawna wartości rynkowej w teorii i praktyce wyceny nieruchomości w Polsce	412
<i>Monika Żuchowska-Grzywacz, Piotr Kobylski</i> – Legal solutions concerning the redistributive function of public finance as a tool to support biodiversity	431
 Z Wydziału	
<i>Sławomir Lewandowski</i> – Profesor Andrzej Malinowski (1943–2021) – prawnik, logik, badacz języka prawnego	447

TABLE OF CONTENTS

<i>Igor Adamczyk</i> – The rule of imputation of performance under art. 451 sec. 3 of the polish civil code and the time-barred debt	9
<i>Aleksander Bokszezanin, Marianna-Elizabet Iaroslavska</i> – Analysis of some legal problems related to the marketing of herbal medicinal products	42
<i>Marek Dobrowolski, Aleksander Stepkowski</i> – Extraordinary complaint – supplementing the system for protecting constitutional order	64
<i>Tomasz Giaro</i> – Legal science and a law on science. About two unfortunate reviews of Jarosław Kuisz’s <i>Propaganda bezprawia</i>	82
<i>Michał Grudecki</i> – Punishment of minors: justification or excuse? <i>De lege ferenda</i> postulates	90
<i>Roman Kaczor, Maciej Tygielski</i> – Comments on the draft amendment to the executive penal code of 29 october 2021	107
<i>Karol Karski</i> – The Supreme National Tribunal and the trial of the perpetrators of the crimes committed during the suppression of the Warsaw Uprising – an unused instrument	122
<i>Maria Magdalena Kenig-Witkowska</i> – The EU biodiversity strategy for 2030: Building nature resilience in the wake of the post pandemic Covid-19 socio-economic recovery	146
<i>Patryk Kukliński</i> – Pandemic in a total institution: Case of the National Centre for the Prevention of the Antisocial Behaviour in Gostynin	164
<i>Katarzyna Laskowska</i> – The death penalty in the republic of belarus: Constitutional, criminal and executive aspects	185
<i>Izabela Lipińska, Jarosław Dobkowski</i> – Official model of food control	206
<i>Przemysław Mroczkowski</i> – Legal character of an act calling elections to local authorities	227
<i>Agata Niewiadomska</i> – National Strategic Plan as a legal instrument for agricultural development	242
<i>Adam Niewiadomski</i> – Locating renewable energy sources in rural areas in the light of the principles of spatial planning	256
<i>Magdalena Ossowska</i> – Abandonment of a thing: The legal construction and the possibility to exercise this right in Polish law	269
<i>Monika Piosik, Anna Bialek-Jaworska, Agnieszka Teterycz</i> – The right to deduct preferential IP box tax rate under a copyrighted computer program	281
<i>Ryszard Piotrowski</i> – War and peace in the Constitution of the Republic of Poland	300

<i>Mariusz Popławski, Krzysztof Michalak</i> – “Security of citizens” in art. 5 of the Constitution of the republic of Poland: on the constitutional preconditions for the elimination of traditional cigarettes	320
<i>Krzysztof Radzikowski</i> – Tax law in the shadow of populism (as exemplified by <i>Polski Ład</i>)	334
<i>Piotr Krzysztof Sowiński</i> – On journalistic secrecy and the rules of exemption: Polemic remarks	351
<i>Weronika Szafrńska</i> – Limitation of the principle of openness in Polish judicial-administrative proceedings during the pandemic and the standards of a fair hearing: The reasons for possible complaints brought before the European Court of Human Rights	368
<i>Eleonora Zielińska</i> – European Union’s action to combat violence against women	387
<i>Sabina Żróbek, Małgorzata Renigier-Bilozor, Marek Walacik</i> – Legal definition of market value in theory and practice of property valuation in Poland	412
<i>Monika Żuchowska-Grzywacz, Piotr Kobylski</i> – Legal solutions concerning the redistributive function of public finance as a tool to support biodiversity	431
 <i>From the Faculty</i>	
<i>Sławomir Lewandowski</i> – Professor Andrzej Malinowski (1943–2021) – lawyer, logician, researcher of legal language	447

Igor Adamczyk

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: i.adamczyk@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-0218-286X

**REGUŁA ZARACHOWANIA ŚWIADCZENIA
Z ART. 451 § 3 KODEKSU CYWILNEGO
A ROSZCZENIE PRZEDAWNIONE**

**THE RULE OF IMPUTATION OF PERFORMANCE UNDER ART.
451 SEC. 3 OF THE POLISH CIVIL CODE
AND THE TIME-BARRED DEBT**

Abstract

This article deals with the question whether it is possible in the process of the imputation of payment to take into account the time-barred debts. The aim is to contribute to the Polish legal discussion, which is basically limited to dogmatic considerations, by formulating a solution based on historical and comparative legal arguments. Therefore, the article describes the origins of the rule of imputation and the purpose of this institution, with particular focus on the Roman law and the views of the legal doctrine and jurisprudence in the selected European legal systems.

KEYWORDS

imputation of payment, time-barred debt, civil law, Roman law, Code of obligations, comparative law

SŁOWA KLUCZOWE

zarachowanie świadczenia, dług przedawniony, prawo cywilne, prawo rzymskie, Kodeks zobowiązań, komparatystyka prawnicza

1. WSTĘP

W przypadku, gdy dłużnik jest zobowiązany wobec wierzyciela do spełnienia wielu świadczeń tego samego rodzaju, a w chwili wykonania zobowiązania świadczenie nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich wierzytelności, niezbędne jest zarachowanie spełnianego świadczenia. Może to nastąpić na podstawie porozumienia stron stosunku zobowiązaniowego, jak również oświadczenia jednej ze stron. Natomiast, gdy żadna ze stron nie wskaże sposobu zarachowania, zastosowanie znajduje reguła ustawowa. Jednakże nie zawsze pozwala ona wyjaśnić wszelkie wątpliwości związane z procesem rozliczenia świadczenia.

Reguła zarachowania świadczenia w prawie polskim została unormowana w art. 451 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹, która obecnie nie jest zasadniczo przedmiotem szczególnych zainteresowań polskiej nauki prawa. Należy zwrócić natomiast uwagę na dyskusję odnoszącą się do wpływu przedawnienia roszczeń na ustawowe zarachowanie świadczenia, o którym mowa w art. 451 § 3 k.c. Powstaje bowiem pytanie, czy ustawowe zarachowanie świadczenia powinno uwzględniać długi przedawnione. W doktrynie wciąż pobrzmiewa stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 18 czerwca 1957 r., 1 CR 456/56, zgodnie z którym, jeśli dłużnik spełnił świadczenie bez wskazania, który z kilku długów zaspokaja, to nie ma podstaw do przyjęcia, że wolą dłużnika była zapłata długu przedawnionego². Stanowisko to dotąd jest przywoływane w orzecznictwie sądów powszechnych oraz nauce prawa³. Ponadto jest

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360; dalej: k.c.

² Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1957 r., 1 CR 456/56, OSP 1958, nr 9, poz. 228.

³ F. Zoll, (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom VI. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 1063–1064; W. Popiołek, *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Legalis/el. 2021, nb 8; R. Morek, *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny*.

prezentowany pogląd, że art. 451 § 3 k.c. nie daje podstaw do odmowy zarachowania świadczenia dłużnika na poczet długu przedawnionego⁴.

Celem artykułu jest próba uzupełnienia dotychczasowej dyskusji, ograniczającej się zasadniczo do rozważań dogmatycznych na gruncie prawa polskiego, przez sformułowanie rozwiązania na podstawie argumentów historycznego i porównawczego. W związku z tym zostanie przedstawiona geneza reguły zarachowania, ze szczególnym uwzględnieniem prawa rzymskiego, a także poglądy nauki prawa i stanowiska orzecznictwa w przedmiocie ustawowego zarachowania długu przedawnionego w wybranych europejskich systemach prawnych.

2. ZARACHOWANIE ŚWIADCZEŃ NA GRUNCIE PRAWA RZYMSKIEGO

A. REGUŁA ZARACHOWANIA PRZEKAZANA W KOMPILACJI JUSTYNIAŃSKIEJ

Potrzeba ustalenia sposobu zarachowania świadczenia w przypadku wielości długów była dostrzegana już na gruncie prawa rzymskiego. Kompilacja justyniańska zawiera wiele tekstów odnoszących się do sytuacji, gdy spełnienie świadczenia przez dłużnika nie pozwalało na zaspokojenie wszystkich długów tego samego rodzaju. Jeśli strony stosunku zobowiązaniowego nie postanowiły odmiennie, zgodnie z generalną zasadą, uprawnienie do określenia długu podlegającego zaspokojeniu przysługiwało dłużnikowi. Jeśli natomiast nie skorzystał on z tego uprawnienia, prawo do wiążącego rozliczenia spełnionego świadczenia przysługiwało wierzycielowi. Gdy w końcu zarówno dłużnik, jak i wierzyciel nie skorzystali ze swoich uprawnień, świadczenie podlegało określonym regułom zarachowania⁵.

Jednym z kluczowych źródeł rzymskich, odnoszącym się do zarachowania świadczeń, jest tekst D. 46, 3, 1, zawierający ogólną regułę przedstawioną przez Ulpiana w 43. księdze komentarza do dzieł Sabinusa.

Tom IIIA. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna, Warszawa 2017, pkt 12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 21 grudnia 2016 r., I ACa 913/16, LEX nr 2265757; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 15 stycznia 2020 r., I AGa 49/19, LEX nr 2924763.

⁴ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zarachowanie świadczenia dłużnika na rzecz roszczenia przedawnionego na gruncie art. 451 k.c.*, „Przeгляд Sądowy” 2016, nr 6, s. 53–65; K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 451*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2021, nb 18.

⁵ R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Traditions*, Oxford 1996, s. 750.

D. 46, 3, 1 Ulp. 43 ad Sab.

Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. Quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non⁶ est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituat⁷, ut in re sua constitueret, sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est.

Już początkowa część fragmentu potwierdza, że to dłużnik w pierwszej kolejności miał prawo wskazać, który dług zaspokaja, a dokonany przez niego wybór był dla wierzyciela wiążący (*quod dixerit, id erit solutum*). Jeśli natomiast dłużnik nie skorzystał ze swojego uprawnienia, określenie sposobu zaliczenia świadczenia przechodziło na wierzyciela, który powinien był działać w interesie dłużnika i dokonać zarachowania tak, jakby działał w swojej własnej sprawie. Jednocześnie źródło wymienia katalog długów, które nie powinny być uwzględniane przez wierzyciela przy zarachowaniu. Są to długi sporne, jeszcze niewymagalne, czy też niezaciągnięte bezpośrednio przez dłużnika (w tym przypadku poręczenie)⁸.

Tytuł D. 46, 3 zawiera również fragmenty odnoszące się do sposobu zarachowania świadczenia w sytuacji, gdy żadna ze stron nie skorzystała ze swojego uprawnienia. W pierwszej kolejności świadczenie podlegało zaliczeniu na poczet długu wymagalnego (D. 46, 3, 3 Ulp. 43 ad Sab.). Spośród długów wymagalnych pierwszeństwo miały długi bardziej uciążliwe dla dłużnika. Jako przykład takiego długu Ulpian podaje dług wymagalny, który jest zabezpieczony (np. poręczeniem). Jeśli natomiast istniało kilka długów jednakowo uciążliwych, zarachowanie następowało na poczet długu starszego (D. 46, 3, 5 Ulp. 43 ad Sab.). Z kolei, jeśli było więcej długów jednakowo starych, wówczas świadczenie podlegało proporcjonalnemu zaliczeniu na nie wszystkie (D. 46, 3, 8 Paul. 10 ad Sab.).

Analogiczna reguła zarachowania świadczeń, w tym szczegółowo opisująca, jak rozumieć uciążliwość długu dla dłużnika, została przedstawiona przez Papińiana w księdze drugiej definicji.

⁶ Zdaniem Kujaciusza słowo *non* powinno stać przed *in id debitum, quod*. Umiejscowienie negacji w miejscu proponowanym przez Kujaciusza nadaje sens zdaniu. Za argumentacją Kujaciusza przemawia również treść tego fragmentu utrwalona w Bazylkach; zob. I. Cuiacius, *Obserservatio-num et emendationum Lib. XXVIII*, L. V. C. 34, Halle 1737, s. 155; też Basil. XXVI, 5,1.

⁷ Zdaniem Gothofredusa zamiast pierwotnie występującego we Florentynie słowa *constitutus* powinno znajdować się *constituit*, co odpowiadałoby formie pozostałych czasowników w tym zdaniu; zob. D. Gothofredus, *Corpus Iuris Civilis. Pandectis*, Amsterdam 1662, przyp. nr 8 do D. 46, 3, 1.

⁸ B. Windscheid, T. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen Rechts*, Frankfurt am Main 1906, s. 432–433.

D. 46, 3, 97 Papinianus 2 def.

Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur: mox eius, quae poenam continet: tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. Si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum vel pro parte minuendo videbitur datum.

Z powyższego fragmentu wynika jednoznacznie, że w przypadku, gdy ani dłużnik, ani wierzyciel nie określili sposobu zarachowania świadczenia (*utriusque demonstratione cessante*), świadczenie podlegało w pierwszej kolejności zaliczeniu na: 1) dług, ze względu na który zasądzenie pociągało za sobą infamię; następnie na 2) dług zagrożony karą umowną; 3) dług zabezpieczony hipoteką lub zastawem ręcznym; 4) dług własny w pierwszeństwie przed poręczonym. Ostatecznie, gdy nie występowały wyżej wymienione przesłanki, świadczenie podlegało zaliczeniu na dług starszy. Jeśli spełnione świadczenie pozwalało na zaspokojenie w całości długu, który miał pierwszeństwo, nadwyżka podlegała zarachowaniu na kolejny dług.

Papinian, oprócz określenia sposobu zarachowania świadczenia, wyjaśnił również przyczyny przedstawionego przez siebie porządku. Według przekazu Papiniana porządek ten miał być przyjęty przez prawników określonych jako *veteres*⁹ i odpowiadać prawdopodobnej woli starannego dłużnika (*diligens debitor*) działającego w swojej własnej sprawie¹⁰. Przedstawiona przez Papiniana kolejność zarachowania świadczenia uwzględnia przede wszystkim sytuację prawną dłużnika poprzez dążenie do uwolnienia go w pierwszej kolejności od długów bardziej uciążliwych¹¹. Wydaje się również, że spełnione świadczenie nie mogło zostać zaliczone na poczet długu, który był niezaskarżalny, a zatem stanowił zobowiązanie naturalne. Wynika to z innego dzieła Papiniana, przytoczonego we fragmencie D. 46, 3, 94, 3 (Pap. 8 quaest.)¹².

⁹ Przez pojęcie *veteres* w okresie klasycznym rozumiano prawników okresu przedklasycznego – II/I w. przed Chr.; zob. również hasło *veteres* w: A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 762.

¹⁰ H. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, Leipzig 1864, s. 213–214.

¹¹ M. Avenarius, *Die Anrechnung von Teilleistungen auf mehrere Forderungen bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung – § 366 Abs. 2 BGB im Spannungsfeld zwischen Schuldnerinteressen und Rechtssicherheit*, „Archiv für die civilistische Praxis” 2003, Bd. 203, s. 522.

¹² H. Siber, *Beiträge zur Interpolationsforschung*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung” 1925, nr 45, s. 184.

Reguła zarachowania świadczeń znajduje swoje odzwierciedlenie również w konstytucji cesarza Karakali z 212 r.¹³:

C. 8, 42, 1.

In potestate eius est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. Quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit. Si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur.

Konstytucja zawiera zasadniczo myśl podobną do reguł zarachowania przedstawionych przez Ulpiana i Papiniana. W momencie zapłaty dłużnik zobowiązany na podstawie kilku zobowiązań może wskazać, na który konkretnie dług należy zaliczyć spłatę. Jeśli nie określił on zaspokajanego długu, wówczas prawo wyboru przechodziło na wierzyciela. Konstytucja odnosi się natomiast odmiennie do sytuacji, gdy żadna ze stron nie skorzystała ze swego uprawnienia. W takim razie należało zaliczyć zapłatę w pierwszej kolejności na spłatę odsetek (*prius in usuras*), a pozostałą kwotę na kapitał¹⁴.

Z powyższych źródeł wynika, że Rzymianie poświęcali szczególną uwagę dłużnikowi. Dłużnik, spełniając świadczenie, mógł właściwie dowolnie określić, który dług zaspokaja. Jedynym ograniczeniem był obowiązek zaliczenia zapłaty na odsetki przed kapitałem. Z kolei na wierzyciela został nałożony obowiązek działania w interesie dłużnika, co oznaczało, że został on pozbawiony możliwości swobodnego dokonania zarachowania. Również, gdy żadna ze stron nie wskazała sposobu zaliczenia świadczenia, zarachowanie przebiegało w sposób przyjazny dla dłużnika.

Autentyczność fragmentu D. 46, 3, 1 wywoływała wątpliwości w dwudziestowiecznej romanistyce. F. Schulz i H. Siber opowiadali się za poglądem o justyniańskim rodowodzie reguły zarachowania (interpolacjach)¹⁵. Współcześnie jednak przyjmuje się, że w romanistyce pierwszej połowy XX w. przyjmowano niemal automatycznie założenie, że każdy tekst przekazany w kompilacji justyniańskiej podlegał przetworzeniu przez kompilatorów, w związku z czym niezbędne stawało się poszukiwanie oryginalnego brzmienia¹⁶. Obecnie pogląd

¹³ Najprawdopodobniej autorem konstytucji był Arrius Menander, który od 212 r. po Chr. prowadził kancelarię *a libellis*; zob. D. Liebs, *Hoffjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010, s. 64–65; T. Honoré, *Emperors and lawyers*, London 1981, s. 64–65.

¹⁴ B. Biondi, *Instituzioni di diritto romano*, Milano 1956, s. 406.

¹⁵ F. Schulz, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, s. 112–114; za interpolacją fragmentu D. 46, 3, 1–5 opowiadał się również H. Siber, *Beiträge...*, s. 176–179; tak też S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Vol. 1, Napoli 1935, s. 132.

¹⁶ F. J. Andrés Santos, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano]* XXXIII (2011), s. 106.

o interpolacji powyżej omawianych fragmentów kompilacji justyniańskiej uważany jest jednak za nieaktualny¹⁷.

B. KSZTAŁT REGULACJI ZARACHOWANIA W PRAWIE RZYMSKIM. PODSUMOWANIE

Bez względu na to, czy klasyczne źródła rzymskie odnoszące się do reguły zarachowania podlegały przetworzeniu przez kompilatorów, to ostatecznie treść, jaka została utrwalona w kompilacji justyniańskiej, stanowiła przedmiot późniejszej recepcji prawa rzymskiego i wpłynęła na kształt rozwiązań prawnych przyjętych we współczesnych systemach prawa cywilnego¹⁸. Brzmienie analizowanych źródeł rzymskich daje podstawę do sformułowania wniosku, że zarachowanie świadczenia nie mogło abstrahować od potencjalnej woli dłużnika. W sytuacji, gdy prawo do zaliczenia świadczenia przechodziło na wierzyciela, był on obowiązany dokonać zarachowania w taki sam sposób, w jaki chciałby, by doszło do zarachowania jego świadczenia, gdyby to on sam był dłużnikiem. Jednocześnie wierzyciel nie mógł uwzględnić w rozliczeniu świadczenia długów niewymagalnych, spornych, jak również niebędących długami własnymi (np. długi poręczyciela), a także niezaskarżalnych (zobowiązań naturalnych). W ten trend dostrzegania interesu dłużnika wpisywała się również reguła zarachowania świadczeń, gdy żadna ze stron nie skorzystała ze swojego uprawnienia. Nie dziwi zatem, że juryści, a także cesarz Karakala, przyjęli, że w takiej sytuacji reguła zarachowania będzie odzwierciedlać potencjalną wolę dłużnika, który z zasady działa we własnym interesie. W konsekwencji rozwiązanie, które zostało utrwalone w kompilacji justyniańskiej, dawało w oczywisty sposób pierwszeństwo interesowi dłużnika.

3. ZARACHOWANIE ŚWIADCZEŃ WE WSPÓŁCZESNYCH KODYFIKACJACH PRAWA CYWILNEGO

Przedmiotem analizy prawnoporównawczej w niniejszym artykule są regulacje zarachowania świadczeń w kodeksach austriackim, niemieckim, szwajcarskim i francuskim, ponieważ stanowiły one wzorzec dla kodyfikacji w wielu krajach świata, w tym również dla polskiego Kodeksu cywilnego¹⁹ oraz wcześniejszego

¹⁷ M. Avenarius, *Die Anrechnung...*, s. 521.

¹⁸ W. Waldstein, J. M. Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, München 2014, s. 283.

¹⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1360); dalej: k.c.

Kodeku zobowiązań²⁰. Jednocześnie kodeksy te pozostają pod wpływem prawa rzymskiego, w związku z czym wiele uregulowanych w nich instytucji prawnych ma swe korzenie właśnie w rozwiązaniach rzymskich. Obserwacja ta odnosi się również do reguły zarachowania. Ponieważ celem artykułu jest przedstawienie m.in. rozwiązań współcześnie obowiązujących w europejskich systemach prawnych tradycji rzymskiej, z którymi spokrewnione jest prawo polskie, opracowanie nie obejmuje historii recepcji prawa rzymskiego.

A. AUSTRIACKI KODEKS CYWILNY (ABGB)

I. REGUŁA OGÓLNA

Reguła zarachowania świadczeń została zawarta w §§ 1415–1416 ABGB. Zgodnie z § 1415 zd. 2 ABGB w przypadku wielości długów pieniężnych pomiędzy tymi samymi stronami zapłata następuje na poczet długu, który został wskazany przez dłużnika za przyzwoleniem wierzyciela. Wierzyciel ma zatem wpływ na proponowany przez dłużnika sposób zarachowania świadczenia i może się mu sprzeciwić²¹. Paragraf 1416 ABGB dotyczy natomiast sytuacji, w której istnieją wątpliwości co do woli dłużnika, który dług miał on zamiar zaspokoić, lub zaproponowany przez dłużnika sposób zarachowania został odrzucony przez wierzyciela. Wówczas świadczenie zostaje w pierwszej kolejności zarachowane na poczet odsetek (oczywiście, jeśli one powstały), a następnie na kapitał. Wśród kilku kapitałów świadczenie zalicza się na poczet długu, którego spełnienie zostało zażądane, albo długu przynajmniej wymagalnego; w dalszej kolejności na poczet tego długu, który dla dłużnika jest bardziej uciążliwy²². Jeśli jest kilka długów równie uciążliwych, spełnione świadczenie należy zaliczyć proporcjonalnie na wszystkie z nich. To końcowe rozwiązanie, które odpowiada zasadom przekazanym w Digestach justyniańskich, wynika nie z samego tekstu ABGB, lecz z dorobku judykatury²³.

²⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. nr 82, poz. 598, z późn. zm.); dalej: k.z.

²¹ § 1415 ABGB: Der Gläubiger ist nicht schuldig, die Zahlung einer Schuldpost theilweise, oder auf Abschlag anzunehmen. Sind aber verschiedene Posten zu zahlen; so wird diejenige für abgetragen gehalten, welche der Schuldner, mit Einwilligung des Gläubigers tilgen zu wollen, sich ausdrücklich erklärt hat.

²² § 1416 ABGB: Wird die Willensmeinung des Schuldners bezweifelt, oder von dem Gläubiger widersprochen; so sollen zuerst die Zinsen, dann das Capital, von mehreren Capitalien aber dasjenige, welches schon eingefordert, oder wenigstens fällig ist, und nach diesem dasjenige, welches schuldig zu bleiben dem Schuldner am meisten beschwerlich fällt, abgerechnet werden.

²³ Orzeczenie austriackiego Sądu Najwyższego (OGH) z dnia 6 marca 1884 r., nr GIU 9924; orzeczenie OGH z dnia 19 września 1967 r., 8 Ob 231/67 (8 Ob 232/67), SZ (Sammlung Zivilrecht) 40/119.

Rozwiązanie przyjęte w ABGB, odmiennie niż model rzymski, w pierwszej kolejności stawia na porozumienie stron, którego istnienie domniemuje się, gdy wierzyciel nie zgłosi sprzeciwu²⁴. Wierzyciel natomiast nie posiada prawa do samodzielnego zarachowania świadczenia. Chociaż ABGB nie przewiduje uprawnienia wierzyciela do złożenia oświadczenia o zarachowaniu świadczeń, w nauce prawa dopuszcza się, by to najpierw wierzyciel wystąpił z propozycją zarachowania, która następnie musi zostać zaakceptowana przez dłużnika. Zgoda ta może przyjętą postać nawet zgody milczącej²⁵.

Reguła zarachowania świadczeń z § 1416 ABGB miała w zamiarze twórców kodeksu służyć zapewnieniu równowagi pomiędzy interesami wierzyciela i dłużnika. Z przepisu tego można wyłuskać zarówno rozwiązania sprzyjające wierzycielowi, jak i dłużnikowi²⁶. Przykładem rozwiązania prowierzycielskiego jest, określona już przez cesarza Karakalę, zasada, że zapłata podlega w pierwszej kolejności zaliczeniu na odsetki, a dopiero następnie na kapitał²⁷. Ponadto reguła wymagająca, by w przypadku długów o tej samej wymagalności świadczenie zaliczyć na poczet długu bardziej uciążliwego dla dłużnika, ma charakter oczywiście prodlużniczy. W orzecznictwie austriackiego Sądu Najwyższego (Oberster Gerichtshof – OGH) przyjmuje się, że przy wyborze długu, na poczet którego zalicza się świadczenie, należy uwzględnić potencjalną wolę dłużnika, tj. który dług zaspokoiłby on przy wszechstronnym rozważeniu okoliczności prawnych i gospodarczych²⁸. Jako przykład długów uciążliwych dla dłużnika wskazuje się w nauce prawa i judykaturze m.in.: długi obciążone zabezpieczeniem rzeczowym, np. hipoteką lub zastawem, czy też poręczeniem, jeśli poręczycielowi przysługuje prawo regresu do dłużnika²⁹. Wydaje się zatem, że w rozwiązaniu austriackim przeważa jednak mimo wszystko interes dłużnika, w szczególności z uwagi na okoliczność, że przy zarachowaniu należy kierować się jego potencjalną wolą.

II. WYŁĄCZENIE SPOD ZASTOSOWANIA § 1416 ABGB DŁUGÓW PRZEDAWNIONYCH

Przykładem interpretacji § 1416 ABGB w interesie dłużnika, odwołującej się do jego potencjalnej woli, jest wyłączenie z zarachowania świadczenia na podsta-

²⁴ M. Spitzer, *Komentarz do § 1415*, (w:) H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkommentar zum ABGB*, Wien 2017, s. 1845.

²⁵ F. Gschnitzer, *Komentarz do §§ 1415–1416*, (w:) H. Klang (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 1951, s. 383–384.

²⁶ F. von Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, Bd. 4, Wien–Triest 1813, s. 121.

²⁷ F. Gschnitzer, *Komentarz do §§ 1415–1416*, (w:) H. Klang (Hrsg.), *Kommentar...*, s. 384.

²⁸ Orzeczenie OGH z 1 lutego 1934 r., 2 Ob. 13/34, SZ 16/23.

²⁹ C. Rudolf, *Komentarz do § 1416*, (w:) A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonkilch (Hrsg.), *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar §§ 1411–1430 ABGB. Aufhebung der Rechte*, Wien 2019, s. 52–53.

wie ustawowej reguły długów wynikających z zobowiązań naturalnych, w tym również długów przedawnionych. Pogląd ten ugruntowany jest zarówno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie austriackim, gdzie przyjmuje się, że zobowiązania naturalne, łącznie z przedawnionymi nie mogą zostać uwzględnione w ramach ustawowej reguły zarachowania świadczeń³⁰. By uniknąć zarachowania, nie jest nawet konieczne podniesienie zarzutu przedawnienia przez dłużnika³¹, podczas gdy § 1501 ABGB, podobnie jak art. 117 § 2 k.c., wymaga zasadniczo podniesienia zarzutu przedawnienia³². Do uwzględnienia długów przedawnionych może dojść wyłącznie w sytuacji, gdy dłużnik wyraźnie oświadczy, że spełnia świadczenie na poczet takiego długu³³.

W austriackim orzecznictwie wskazuje się, że jeśli § 1416 ABGB ma na celu uwzględnienie potencjalnej woli rozsądnego działającego dłużnika, to w sytuacji, gdy dłużnik nie określi, który dług zaspokaja, nie ma podstaw do przyjęcia, że jego wolą byłoby zaspokojenie roszczenia przedawnionego, co do spełnienia którego może się uchylić, a w konsekwencji do zaliczenia zapłaty na poczet takiego długu. Co więcej, w takiej sytuacji niesprecyzowanie przez dłużnika, który dług zaspokaja, nie może być poczytywane za rezygnację z zarzutu przedawnienia. Wręcz przeciwnie, by uznać, że dłużnik rezygnuje z zarzutu i godzi się zaspokoić dług przedawniony, musi on taką wolę zmanifestować w sposób widoczny³⁴. Takie oświadczenie należałoby wówczas oceniać raczej przez pryzmat § 1415 zd. 2 ABGB, który przewiduje uprawnienie dłużnika do wskazania sposobu zarachowania spełnianego świadczenia, a nie ustawowej reguły zarachowania z § 1416 ABGB.

Koncepcja austriacka pomijania długów przedawnionych wyraźnie zbliża się więc do wyrażonego już w prawie rzymskim celu i natury ustawowej reguły zarachowania, które bazują na potencjalnej woli dłużnika. Trudno bowiem przyjąć, by dłużnik działający w swoim interesie pragnął zaspokoić dług, od którego zaspokojenia mógłby się skutecznie uchylić.

³⁰ *Ibidem*, s. 44; tak też F. Gschnitzer, *Komentarz do §§ 1415–1416*, (w:) H. Klang (Hrsg.), *Kommentar...*, s. 385; OGH orzeczenie z dnia 7 listopada 1889 r., GIU 12987; orzeczenie OGH z dnia 19 grudnia 1991 r., 8 Ob. 636/91, ecolex 1992, 231. W odniesieniu do innego roszczenia niezaskarżalnego, tj. umowy darowizny, zob. orzeczenie OGH z dnia 8 października 1873 r., nr GIU 5099.

³¹ Orzeczenie OGH z dnia 10 listopada 1993 r., 3 Ob 164/93, SZ 66/142.

³² P. Vollmaier, *Komentarz do § 1501*, (w:) A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonkilch (Hrsg.), *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar §§ 1451–1512 ABGB*, Wien 2012, s. 538–552.

³³ Orzeczenie OGH z dnia 19 grudnia 1991 r., 8 Ob. 636/91, ecolex 1992, 231.

³⁴ Orzeczenie OGH z dnia 27 lutego 1997 r., 2 Ob 11/97z, ÖJZ 1997/147.

B. NIEMIECKI KODEKS CYWILNY (BGB)

I. REGUŁA ZARACHOWANIA W NIEMIECKIM BGB – ZASADY OGÓLNE

W prawie niemieckim reguła zarachowania świadczeń umiejscowiona jest w § 366 BGB³⁵. Również i tym razem to dłużnik ma prawo określić w chwili spełnienia świadczenia, który dług zaspokaja. Jeśli wierzyciel nie zgadza się ze sposobem zarachowania przedstawionym przez dłużnika, może on wyłącznie odmówić przyjęcia świadczenia. Wierzycielowi nie przysługuje natomiast uprawnienie do samodzielnego zarachowania otrzymanego świadczenia. Jednocześnie musi on mieć na względzie, że odmowa przyjęcia świadczenia i zarachowania w sposób określony przez dłużnika będzie wiązać się z popadnięciem w zwłokę wierzyciela³⁶.

Jeśli natomiast dłużnik przy spełnieniu świadczenia nie wskaże, który dług zaspokaja, wówczas zastosowanie znajduje reguła zarachowania określona w § 366 ust. 2 BGB. W pierwszej kolejności zaspokojeniu podlegają długi wymagalne. Wśród kilku długów wymagalnych pierwszeństwo mają te, które są mniej zabezpieczone. Przy stosowaniu tego kryterium rozstrzyga walor gospodarczy roszczenia. Jeśli dług zabezpieczony jest ograniczonym prawem rzeczowym, np. hipoteką, to z zasady możliwość dochodzenia tego roszczenia przez wierzyciela jest w większym stopniu zapewniona niż w przypadku długu zabezpieczonego poręczeniem lub w ogóle niezabezpieczonego³⁷. Wśród długów o takim samym stopniu zabezpieczenia zaliczenie powinno nastąpić na poczet długu bardziej uciążliwego dla dłużnika. Należy przez to rozumieć negatywne następstwa niewykonania zobowiązania, np. powstanie obowiązku zapłaty odsetek lub kary umownej, czy też powstanie sporu sądowego³⁸. Wśród długów równie uciążliwych dla dłużnika pierwszeństwo mają długi starsze. Jeśli jest więcej długów tego samego rodzaju, świadczenie należy zaliczyć proporcjonalnie na nie wszystkie.

Niemiecki BGB daje również pierwszeństwo odsetkom i innym należnościom ubocznym. Zgodnie z § 367 BGB przed zarachowaniem świadczenia na kapitał należy je zaliczyć najpierw na koszty, a następnie na odsetki. Oznacza

³⁵ § 366 BGB: (1) Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

(2) Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.

³⁶ R. Fetzter, *Kommentar zu § 366*, (w:) W. Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. Schuldrecht*, München 2019, nb 13.

³⁷ D. Olzen, *Kommentar zu § 366*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2011, nb 38–40.

³⁸ M. Fries, *Kommentar zu § 366*, (w:) R. Schulze (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden 2021, nb 6.

to, że w pierwszej kolejności ustala się kapitał podlegający zaspokojeniu zgodnie z § 366 BGB, a następnie, gdy istnieją należności uboczne, spełnione świadczenie zalicza się na nie³⁹. Jeśli dłużnik przedstawi odmienny sposób zaliczenia świadczenia, wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia⁴⁰. Tym razem nie naraża się on na popadnięcie w zwłokę wierzyciela⁴¹.

II. WPLYW LANDRECHTU PRUSKIEGO NA REGULACJE § 366 BGB

Źródło rozwiązań z § 366 BGB spoczywa w prawie rzymskim oraz tradycji germańskiej, której pierwiastki były przejęte do Landrechtu Pruskiego (ALR)⁴². Znany ze swej obszerności Landrecht poświęcał zarachowaniu zapłaty (świadczeniu) aż 10 paragrafów – I 16 § 150–159⁴³. W odróżnieniu od prawa rzymskiego ALR nakazywał w pierwszej kolejności badać, jakie było porozumienie

³⁹ D. Olzen, *Komentarz do § 367*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2011, nb 1.

⁴⁰ § 367 BGB: (1) Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.

(2) Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen.

⁴¹ Postanowienie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH) z dnia 13 kwietnia 1983 r., VIII ZB 38/82, BGH, NJW 1983, 2773.

⁴² M. Avenarius, *Die Anrechnung...*, s. 518–525.

⁴³ ALR I 16: § 150. Ist der zahlende dem Empfänger aus mehrern Forderungen verhaftet: so muß hauptsächlich nach dem Uebereinkommen der Parteyen beurtheilt werden, auf welche der schuldigen Posten die geleistete Zahlung anzurechnen sey.

§ 151. Hat der Schuldner die Zahlung ausdrücklich auf eine gewisse Post geleistet, und der Gläubiger selbige angenommen, ohne seinen Widerspruch innerhalb der Tit. V. §. 91. sqq. bestimmten Fristen nach Empfang des Geldes gegen den Zahlenden zu äußern; so kann er diese Zahlung nachher auf eine andere Forderung nicht anrechnen.

§ 152. Hat der Gläubiger die ohne weitere Bestimmung gezahlte Summe ausdrücklich auf eine gewisse Post angerechnet, und der Schuldner hat solcher nicht binnen obgedachten Fristen nach Empfang der Quittung widersprochen: so muß er sich diese Anrechnung auch in der Folge gefallen lassen.

§ 153. Ist kein Uebereinkommen unter den Parteyen vorhanden: so muß die geleistete Zahlung zu vörderst auf die damals verfallenen Zinsen gerechnet werden.

§ 154. Hat der Schuldner auch Kosten zu entrichten: so gehen diese den Zinsen noch vor.

§ 155. Unter mehrern Capitalsposten ist die Zahlung vorzüglich auf diejenige zu rechnen, welche der Gläubiger zuerst eingefordert hat.

§ 156. Ist keine derselben, oder sind sie alle zugleich eingefordert worden: so kann der Gläubiger die gezahlte Summe auf diejenige Post anrechnen, bey welcher ihrer Qualität nach die wenigste Sicherheit ist.

§ 157. Sind die Forderungen von gleicher Qualität: so geschieht die Anrechnung auf diejenige, welche in Ansehung des Zinssatzes dem Schuldner die lästigste ist.

§ 158. Tritt keiner von vorstehenden Bestimmungen ein: so muß die Zahlung auf diejenige Post, welche am längsten verfallen ist, angerechnet werden.

§ 159. Kann auch hieraus kein Bestimmungsgrund entnommen werden: so ist die Zahlung auf alle Schuldposten verhältnißmäßig abzurechnen.

stron. Mogło do niego dojść przez oświadczenie woli i wyrażenie w nim sposobu zarachowania płatności przez dłużnika lub wierzyciela przy braku sprzeciwu drugiej strony⁴⁴. Jeśli żadna ze stron nie oświadczyła, w jaki sposób należało zaliczyć płatność, dochodziło do zarachowania według szczegółowych postanowień § 153–159. Płatność najpierw zaliczano na wymagalne odsetki, chyba że dłużnika obciążał również obowiązek zapłaty kosztów związanych z długiem, wówczas w pierwszej kolejności zaspokajano koszty. Pomiędzy należnościami głównymi pierwszeństwo miał dług, do którego płatności wierzyciel wezwał dłużnika. Wśród długów równie wymagalnych lub gdy takich brakowało, płatność należało zaliczyć na poczet długu, który z perspektywy wierzyciela był gorzej zabezpieczony, a dopiero w dalszej kolejności na poczet długu bardziej uciążliwego dla dłużnika. Taka kolejność, w odróżnieniu np. od § 1416 ABGB, była korzystniejsza dla wierzyciela⁴⁵. Prawo pruskie nie przyjęło więc, w odróżnieniu od prawa rzymskiego⁴⁶, ogólnego pierwszeństwa interesu dłużnika, lecz miało na celu zachowanie równowagi interesów obydwu stron stosunku zobowiązaniowego⁴⁷.

W przypadku, gdy powyższe reguły okazały się niewystarczające, zapłatę należało zaliczyć na dług najstarszy. W nauce prawa wyrażane było stanowisko, że nie może być to dług przedawniony⁴⁸. Gdy istniało z kolei wiele długów równie starych, płatność podlegała proporcjonalnemu zarachowaniu na poczet tych długów (I 16 § 159 ALR).

Obok Landrechu w znacznej części Cesarstwa Niemieckiego obowiązywało wciąż prawo powszechne (niem. *gemeines Recht*), czyli *de facto* recypowane prawo rzymskie⁴⁹, którego reguła zarachowania nie różniła się od przekazanej w kompilacji justyniańskiej⁵⁰.

Koncepcja zarachowania świadczenia w sposób uwzględniający zarówno interes dłużnika, jak i wierzyciela przenikła z ALR do BGB. Niemiecki kodeks cywilny stara się zachować w tym zakresie równowagę pomiędzy rozwiązaniami prawa rzymskiego, kierującymi się przy zarachowaniu świadczenia przede wszystkim interesem dłużnika, a interesem wierzyciela. BGB dąży przez to do

⁴⁴ H. Dernburg, *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, 2. Bd., Haale an der Saale 1880, s. 224.

⁴⁵ C. F. Koch, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten mit Kommentar in Anmerkungen*, T. 1, Bd. 2, Berlin 1870, s. 355, przyp. 10.

⁴⁶ F. C. von Savigny, (w:) C. Wollschläger, J. Rückert (Hrsg.), *Landrechtvorlesung 1824. Nachschrift*, 2. Hb., Frankfurt am Main 1998, s. 605.

⁴⁷ M. Avenarius, *Die Anrechnung...*, s. 518–525.

⁴⁸ C. F. Koch, *Allgemeines Landrecht...*, s. 356, przyp. 10a.

⁴⁹ T. Giaro, (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018, s. 104.

⁵⁰ B. Windscheid, T. Kipp, *Lehrbuch...*, s. 431–434.

przyjęcia reguły, która odpowiadałaby potencjalnemu porozumieniu stron stosunku zobowiązaniowego, co podkreślała II komisja kodyfikacyjna BGB⁵¹.

III. MOŻLIWOŚĆ ZARACHOWANIA DŁUGU PRZEDAWNIONEGO NA GRUNCIE § 366 BGB

Regulacja § 366 BGB zmierza do zachowania równowagi pomiędzy interesami wierzyciela i dłużnika. Powstaje zatem pytanie, czy ustawowa reguła zarachowania obejmuje długi przedawnione, w stosunku do których dłużnik nie zgłosił zarzutu przedawnienia. W prawie niemieckim, analogicznie do art. 117 § 2 k.c., po upływie terminu przedawnienia zobowiązany może uchylić się od zaspokojenia roszczenia przez podniesienie zarzutu przedawnienia (§ 214 ust. 1 BGB)⁵².

W doktrynie prawa niemieckiego widoczne są dwa stanowiska. Według pierwszego długi przedawnione co do zasady podlegają zarachowaniu ustawowemu, chyba że dłużnik podniósł zarzut przedawnienia. Wskazuje się, że nie ma żadnej podstawy prawnej ani uzasadnienia celowościowego w § 366 ust. 2 BGB, by długi przedawnione uznawać za niewymagalne, a przez to, by wyłączyć je spod ustawowego zarachowania⁵³.

Z drugiej strony prezentowane jest stanowisko, że reguły rządzące zarachowaniem świadczenia z § 366 ust. 2 BGB odwołują się mimo wszystko do domniemanej woli dłużnika⁵⁴. W konsekwencji świadczenie nie może zostać zaliczone na poczet długu już przedawnionego. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy dłużnik wyraźnie wskaże, że świadczy na poczet długu przedawnionego⁵⁵. Zdaniem W. von Seelera zarachowanie świadczenia na poczet długu przedawnionego przeczyłoby ewidentnie celowi ustawowej reguły z § 366 BGB⁵⁶. Analogiczny pogląd prezentowany jest również przez J. Gernhubera, według którego pierwszeństwo powinny mieć wyłącznie roszczenia nieprzedawnione. J. Gernhuber podaje przykład, że w sytuacji, gdy dłużnik spełnia świadczenie w wysokości odpowiadającej aktualnie wymagalnym i nieprzedawnionym roszczeniom, należy przyjąć, że dłużnik w ten sposób podnosi zarzut przedawnienia, w związku z czym nie można zarachować świadczenia na długi przedawnione. Jeśli natomiast dłużnik

⁵¹ B. Mugdan (Hrsg.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse. Motive*, Berlin 1899, s. 543.

⁵² H. Grothe, *Komentarz do § 214*, (w:) C. Schubert (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgemeiner Teil*, München 2021, nb 3.

⁵³ D. Olzen, *Komentarz do § 366*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar...*, nb 38; R. Fetzer, *Komentarz do § 366*, (w:) W. Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar...*, nb 38.

⁵⁴ H. Heinrichs, *Komentarz do § 366*, (w:) H. Heinrichs (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München 1994, nb 12.

⁵⁵ H. Kaduk, *Komentarz do § 366*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 1994, nb 35.

⁵⁶ W. von Seeler, *Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach B.G.B. § 396. Ein Beitrag zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, „Archiv für bürgerliches Recht” 1899, Bd. 15, s. 110.

zapłaciły kwotę wyższą niż wartość roszczeń nieprzedawnionych, wówczas należałoby przyjąć, że zarachowanie nadwyżki na długi przedawnione spoczywa na jego wyraźnym wskazaniu⁵⁷.

Stanowiska zwolenników koncepcji wyłączenia spod ustawowej reguły zarachowania z § 366 BGB długów przedawnionych korespondują z rozwiązaniami wypracowanymi w orzecznictwie austriackim, gdzie podkreśla się, że nie ma podstaw, by przyjmować automatycznie, że wolą dłużnika byłoby zaspokojenie w pierwszej kolejności długów przedawnionych, co do których dłużnik mógłby podnieść zarzut przedawnienia⁵⁸.

C. FRANCUSKI KODEKS CYWILNY (CODE CIVIL)

Omawiając regułę zarachowania w europejskich porządkach prawnych, nie można pominąć prawa francuskiego. Do chwili wejścia w życie ordonansu nr 2016–131 z dnia 10 lutego 2016 r. zarachowanie zapłaty uregulowane było w art. 1253–1256 Code Civil (CC). Podobnie jak w powyżej omawianych kodyfikacjach, art. 1253 CC przewidywał, że prawo określenia długu podlegającego zaspokojeniu przysługuje dłużnikowi w chwili zapłaty⁵⁹. Jednocześnie dłużnik nie miał pełnej swobody w zarachowaniu. Jeśli od długu przypadały odsetki lub należne były wcześniejsze zaległości, dłużnik nie mógł bez zezwolenia wierzyciela zarachować zapłaty na kapitał przed zapłatą odsetek lub wcześniej powstałych zaległości. Jeśli zapłata nie pozwalała na zaspokojenie w całości kapitału i odsetek, podlegała ona zaliczeniu najpierw na poczet odsetek⁶⁰. Jest to rozwiązanie w pełni korespondujące z omawianą powyżej konstytucją cesarza Karakali, który również nakazał zaliczanie zapłaty w pierwszej kolejności na odsetki, a dopiero po ich zaspokojeniu na kapitał.

Jeśli dłużnik nie wskazał długu podlegającego zaspokojeniu, uprawnienie to przechodziło na wierzyciela, który określał sposób zarachowania w pokwitowaniu. Gdy dłużnik przyjął pokwitowanie wierzyciela, tracił możliwość dokonania odmiennego zarachowania zapłaty, z wyjątkiem sytuacji, w której wierzyciel działał podstępnie⁶¹. Ostatecznie, jeśli żadna ze stron nie określiła sposobu

⁵⁷ J. Gernhuber, *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen 1983, s. 140.

⁵⁸ Orzeczenie OGH z dnia 27 lutego 1997 r., 2 Ob 11/97z, ÖJZ 1997/147.

⁵⁹ Art. 1253 CC. Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

⁶⁰ Art. 1254 CC. Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts: le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

⁶¹ Art. 1255 CC. Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus

zarachowania, zastosowanie znajdowała reguła ustawowa z art. 1256 CC. Zgodnie z tym przepisem zapłata podlegała zaliczeniu najpierw na poczet długu wymagalnego, w którego zaspokojeniu dłużnik miał największy interes. Zapłata podlegała zarachowaniu na dług wymagalny, nawet jeśli dłużnik miał większy interes w zaspokojeniu długu jeszcze niewymagalnego. Jeśli było więcej długów tego samego rodzaju, zapłatę należało zaliczyć na poczet długu najstarszego. W wielości długów równie starych zapłatę zarachowywano proporcjonalnie na nie wszystkie⁶². We francuskiej nauce i orzecznictwie wyraźnie podnoszono, że ustawowa reguła zarachowania ma na celu poszukiwanie najkorzystniejszego rozwiązania dla dłużnika⁶³. Potwierdza to zatem tezę, że regulacja francuska sięga swoimi źródłami do prawa rzymskiego, które przyjęło prymat interesu dłużnika.

Przepisy dotyczące zarachowania świadczenia zostały znowelizowane we wspomnianym powyżej ordonansie z 2016 r. Artykuły 1253–1256 CC zostały zastąpione przez art. 1342–10 CC. Ustawodawca pozostawił dłużnikowi pierwszeństwo w określeniu sposobu zarachowania świadczenia. Code Civil obecnie natomiast odmiennie reguluje sytuację, gdy dłużnik nie wskazał długu podlegającego zaspokojeniu. Wówczas uprawnienie do zarachowania świadczenia nie przechodzi, jak przed 2016 r., na wierzyciela, lecz zastosowanie znajduje bezpośrednio reguła ustawowa. W nauce prawa przyjmuje się przy tym, że przyznanie uprawnienia do zarachowania świadczenia wyłącznie dłużnikowi nie wyłącza możliwości zawarcia przez strony porozumienia, które będzie uwzględniało również interes wierzyciela⁶⁴.

Obecna reguła ustawowa nie odbiega znacząco od wersji pierwotnej. W pierwszej kolejności świadczenie jest zaliczane na długi wymagalne, a wśród nich na poczet długu, w którego wygaśnięciu dłużnik ma największy interes. Jeśli interes ten jest taki sam w odniesieniu do większej liczby długów, zarachowanie następuje na dług najstarszy, a pomiędzy równie starymi – proporcjonalnie na nie wszystkie⁶⁵.

demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

⁶² Art. 1256 CC. Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues; sinon, sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

⁶³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit Civil. Les Obligations*, Paris 2011, s. 598; orzeczenie Cour de Cassation, z dnia 23 listopada 1976 r., Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 3, nr 418, s. 318.

⁶⁴ O. Deshayes, T. Genicon, Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016, komentarz do art. 1342-10 CC.

⁶⁵ Art. 1342-10 CC. Le débiteur de plusieurs dettes peut indiquer, lorsqu'il paie, celle qu'il entend acquitter.

A défaut d'indication par le débiteur, l'imputation a lieu comme suit: d'abord sur les dettes échues; parmi celles-ci, sur les dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter. A égalité

Reguła zarachowania w wersji znowelizowanej z 2016 r. wydaje się jeszcze bardziej podkreślać interes dłużnika. Świadczy o tym przede wszystkim fakt, że wierzyciel utracił możliwość jednostronnego określenia sposobu zarachowania. Pewnym narzędziem, mającym za zadanie wzmocnić pozycję wierzyciela, jest art. 1342–4 CC⁶⁶, zgodnie z którym wierzyciel może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, nawet jeśli przedmiot świadczenia jest podzielny (np. pieniądze)⁶⁷.

Ponieważ ustawowa reguła zarachowania przewidziana w Code Civil, zarówno w brzmieniu pierwotnym, jak i po nowelizacji z 2016 r., podkreśla interes dłużnika, należy rozważyć, czy dopuszcza ona zarachowanie świadczenia na poczet długu przedawnionego. Z orzecnictwa Cour de Cassation wynika, że rozstrzygające znaczenie ma przesłanka interesu dłużnika. Sąd powinien zbadać indywidualnie w każdej sprawie, w wygaszeniu którego długu dłużnik miał największy interes. Kwestia ta pozostawiana jest swobodnej ocenie sędziego rozpoznającego sprawę⁶⁸. Dopiero, jeśli nie uda się ustalić interesu dłużnika, sąd może zarachować świadczenia na poczet długu najstarszego⁶⁹. W orzecnictwie Cour de Cassation wskazuje się, że dłużnik, co do zasady, dąży w swoim interesie do zaspokojenia długów wymagalnych i nieprzedawnionych. Przykładowo, w wyroku z dnia 5 stycznia 2010 r. Cour de Cassation przyjął, że jeśli wezwanie do zapłaty zostało skierowane do dłużnika w chwili, gdy część roszczeń była już przedawniona, nie ma podstaw, by przyjąć, iż dłużnik, spełniając częściowo świadczenie, pragnął zaspokoić długi przedawnione⁷⁰.

W nauce prawa obecne jest również stanowisko przeciwne, w myśl którego unikanie zaspokojenia w pierwszej kolejności długów przedawnionych, lub szerszej, zobowiązań naturalnych, powinno być traktowane jako niemoralne, a przez to niedopuszczalne⁷¹. Wydaje się, że jest to stanowisko zbyt radykalne i pomija ono fakt, iż wierzyciel miał przecież możliwość skutecznego dochodzenia spełnienia świadczenia przez dłużnika już od momentu powstania stanu wymagalności.

d'intérêt, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

⁶⁶ Art. 1342-4 CC. Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible.

Il peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû.

⁶⁷ O. Deshayes, T. Genicon, Y-M. Laithier, *Réforme...*, komentarz do art. 1342-10 CC, przypis 32.

⁶⁸ J. Flour, J-L. Aubert, É. Savaux, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2009, s. 112.

⁶⁹ Wyrok Cour de Cassation, civile z dnia 22 maja 2019 r., nr 18–13.659.

⁷⁰ Wyrok Cour de Cassation, civile z dnia 5 stycznia 2010 r., nr 08–21.569.

⁷¹ K. Bellis, *Système de L'obligation naturelle*, 2021, s. 602, https://books.google.pl/books?id=bw0jEAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Kouroch+Bellis%22&hl=pl&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false (dostęp: 29.07.2022 r.).

Na gruncie art. 1256 Code Civil (od nowelizacji w 2016 r. art. 1342–10 CC) wyrażany jest także pogląd, że przez przesłankę długu, w którego zaspokojeniu dłużnik ma największy interes, należy rozumieć dług najbardziej uciążliwy dla dłużnika, czyli przede wszystkim obciążony wysokimi odsetkami, karami umownymi lub zabezpieczony osobowo albo rzeczowo⁷².

Wydaję się zatem, że na gruncie prawa francuskiego ustawową regułą zarachowania świadczenia należy rozumieć jako rozwiązanie sprzyjające dłużnikowi i służące ochronie jego interesów. Pogląd ten prezentowany jest również przez niektórych przedstawicieli francuskiej nauki prawa⁷³.

D. SZWAJCARSKIE PRAWO ZOBOWIĄZAŃ (OR)

Warta odnotowania jest również reguła zarachowania przyjęta przez prawo szwajcarskie. Obligationenrecht (OR – pol. prawo zobowiązań) poświęca regule zarachowania dwa artykuły – art. 86 i 87⁷⁴. Podobnie jak w prawie rzymskim, możliwość określenia zarachowania świadczenia przysługuje w pierwszej kolejności dłużnikowi. Zgodnie z art. 86 OR dłużnik, dokonując zapłaty, może wskazać, który dług pragnie zaspokoić. Jeśli dłużnik nie określił zaspokajanego długu, może go wybrać wiążąco wierzyciel w wystawionym przez siebie pokwitowaniu, o ile dłużnik, niezwłocznie po otrzymaniu pokwitowania, nie sprzeciwi się zarachowaniu dokonanemu przez wierzyciela. W sytuacji, gdy żadna ze stron nie dokona zarachowania lub dłużnik sprzeciwi się zarachowaniu dokonanemu w pokwitowaniu, zastosowanie znajdzie reguła ustawowa z art. 87 OR⁷⁵. Zgodnie z tym przepisem zapłata podlega w pierwszej kolejności zarachowaniu na poczet długu wymagalnego. Wśród wielu długów wymagalnych zapłatę zalicza się na poczet długu, który wierzyciel rozpoczął najwcześniej dochodzić, względnie

⁷² A. Bénabent, *Droit Civil. Les Obligations*, Paris 2010, s. 583; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris 2009, s. 1345–1346.

⁷³ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Droit Civil...*, s. 598.

⁷⁴ Art. 86. 1. OR Hat der Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will.

2. Mangelt eine solche Erklärung, so wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet, vorausgesetzt, dass der Schuldner nicht sofort Widerspruch erhebt.

Art. 87. 1. OR Liegt weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so ist die Zahlung auf die fällige Schuld anzurechnen, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, und hat keine Betreuung stattgefunden, auf die früher verfallene.

2. Sind sie gleichzeitig verfallen, so findet eine verhältnismässige Anrechnung statt.

3. Ist keine der mehreren Schulden verfallen, so wird die Zahlung auf die Schuld angerechnet, die dem Gläubiger am wenigsten Sicherheit darbietet.

⁷⁵ U. G. Schroeter, *Komentarz do art. 86*, (w:) C. Widmer Lüchinger, D. Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I. Basler Kommentar*, Basel 2019, nb 10–16.

na poczet długu najwcześniej wymagalnego. Jednocześnie w nauce prawa podnosi się, że zarachowanie nie może nastąpić na poczet długu przedawnionego⁷⁶. W dalszej kolejności, jeśli jest więcej długów o jednakowym terminie wymagalności, zapłata podlega zarachowaniu proporcjonalnie na nie wszystkie. Ostatecznie, gdy żaden z długów nie jest jeszcze wymagalny, zapłata jest zaliczana na poczet długu, który jest najmniej zabezpieczony.

Szwajcarska reguła zarachowania wyraźnie nawiązuje do rozwiązań rzymskich. Przede wszystkim to dłużnik powinien mieć decydujący wpływ, który dług zaspokaja. Rozwinięciem tej myśli jest stanowisko nauki prawa o wyłączeniu spod ustawowego zarachowania długów przedawnionych, co wyraźnie podkreśla, że celem ustawowej reguły zarachowania jest sprzyjanie dłużnikowi. Jednocześnie, mimo wszystko, został uwzględniony interes wierzyciela, o czym świadczy zaliczenie zapłaty w pierwszej kolejności na długi wymagalne, co przeciwdziała ich przedawnieniu, a w dalszej kolejności również na długi słabiej zabezpieczone lub wcale niezabezpieczone.

4. CZY MOŻNA ZARACHOWAĆ ŚWIADCZENIE NA POCZET DŁUGU PRZEDAWNIONEGO NA GRUNCIE PRAWA POLSKIEGO?

A. REGUŁA ZARACHOWANIA W KODEKSIE ZOBOWIĄZAŃ I KODEKSIE CYWILNYM

Reguła zarachowania znalazła swoje miejsce również w Kodeksie zobowiązań z 1933 r., który poświęcił tej regule cały rozdział, składający się z 3 artykułów – art. 212–214 k.z.⁷⁷. W myśl art. 212 k.z. pierwszeństwo we wskazaniu

⁷⁶ U. G. Schroeter, *Komentarz do art. 87*, (w:) C. Widmer Lüchinger, D. Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I...*, nb 5; D. Loertscher, A. Tolou, *Komentarz do art. 87*, (w:) L. Thévenoz, F. Werro (Hrsg.), *Code des obligations I. Commentaire Romand*, Bâle 2021, nb 3.

⁷⁷ Art. 212 § 1. Dłużnik, mający wobec tego samego wierzyciela kilka długów tego samego rodzaju, może wskazać przy zapłacie, który dług chce uiścić.

§ 2. Jednak z tego, co przypada na rachunek danego długu, wierzyciel ma prawo zaspokoić przede wszystkim zaległe koszty, odsetki lub raty.

Art. 213. Jeżeli dłużnik nie wskazał, który dług chce uiścić, i przyjął pokwitowanie, w którym wierzyciel zarachował zapłatę na jeden lub niektóre z długów, dłużnik nie może już żądać zarachowania na inny dług.

Art. 214. W braku jakiegokolwiek oświadczenia zarachowuje się zapłatę naprzód na poczet długu wymagalnego; jeżeli jest kilka długów wymagalnych, na poczet tego, który jest najmniej zabezpieczony; jeżeli jest kilka długów jednakowo zabezpieczonych, na poczet najbardziej uciążliwego dla dłużnika; jeżeli jest kilka długów równie uciążliwych, na poczet najdawniejszego; w jednakowych pod każdym względem okolicznościach – na poczet wszystkich długów stosunkowo.

długu podlegającego zapłacie przypadają dłużnikowi, przy czym wierzyciel miał prawo zarachować zapłatę przed kapitałem na należności uboczne. W sytuacji, gdy dłużnik nie skorzystał ze swego prawa, wierzyciel mógł w myśl art. 213 k.z. określić w pokwitowaniu sposób zarachowania świadczeń. Przyjęcie pokwitowania przez dłużnika powodowało, że zarachowanie dokonane przez wierzyciela stawało się wiążące. Ostatecznie, gdy żadna ze stron nie skorzystała ze swoich uprawnień, zastosowanie znajdowała ustawowa reguła zarachowania z art. 214 k.z., zgodnie z którą zapłatę zarachowywano najpierw na poczet długu wymagalnego, w przypadku kilku długów wymagalnych – na poczet najmniej zabezpieczonego, a jeżeli było kilka długów równie uciążliwych – na poczet najdawniejszego. Wśród równych okoliczności zapłatę rozliczano stosunkowo na poczet wszystkich długów. Reguła przyjęta w polskim Kodeksie zobowiązań zasadniczo wpisuje się w tradycję rzymską i określony zarówno w Digestach justyniańskich, jak i w Kodeksie Justyniana sposób zarachowania świadczeń⁷⁸. Wyraźne jest również podobieństwo do rozwiązań przyjętych w prawie niemieckim, jak też francuskim⁷⁹. Z kolei ustawowa reguła zarachowania miała za zadanie, w zamysle autorów Kodeksu zobowiązań, uwzględnić interes zarówno dłużnika, jak i wierzyciela⁸⁰. Jak wskazywał główny referent projektu Kodeksu zobowiązań R. Longchamps de Bérier, brzmienie art. 214 k.z. było inspirowane § 366 niemieckiego BGB i art. 190 projektu włosko-francuskiego kodeksu zobowiązań⁸¹.

Kodeks zobowiązań, podobnie jak pozostałe kodyfikacje europejskie, nie regulował kwestii zarachowania świadczenia na poczet długów przedawnionych. W nauce prawa obecny był pogląd J. Korzonka i I. Rosenblütha, zdaniem których na gruncie art. 214 k.z. wierzytelność zaskarżalna powinna zostać zaspokojona przed niezaskarżalną⁸². Zagadnienie zarachowania długów przedawnionych było natomiast przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, w szczególności należy w tym miejscu przywołać omówione poniżej orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1957 r., I CR 456/56.

Kodeks cywilny z 1964 r. w dużym stopniu powielił rozwiązania przyjęte w Kodeksie zobowiązań, przy czym jednocześnie zwięźlej reguluje ustawowe zarachowanie świadczenia. Zgodnie z art. 451 § 1 k.c. prawo określenia długu podlegającego zarachowaniu przysługuje w pierwszej kolejności dłużnikowi, przy czym wierzyciel ma prawo zaliczyć to, co przypada na poczet tego długu, na zaległe należności uboczne, a w dalszej części na świadczenie główne. Jeśli dłuż-

⁷⁸ Por. szczegółowo powyżej, s. 11–15.

⁷⁹ L. Domański, *Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny*, Warszawa 1936, s. 756–758.

⁸⁰ R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 334.

⁸¹ R. Longchamps de Bérier, *Uzasadnienie Projektu Kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu: art. 168–238*, Warszawa 1935, s. 309–310.

⁸² J. Korzonek, I. Rosenblüth, *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1934, komentarz do art. 214, s. 470.

nik nie skorzystał ze swego uprawnienia, wierzyciel zgodnie z § 2 może określić w pokwitowaniu sposób zarachowania świadczenia. Gdy pokwitowanie zostanie przez dłużnika przyjęte, nie może on żądać zaliczenia świadczenia na poczet innego długu. Ostatecznie, gdy żadna ze stron nie oświadczy, w jaki sposób zalicza świadczenie, zarachowanie podlega zasadom określonym przez ustawodawcę w § 3. W pierwszej kolejności świadczenie zalicza się na poczet długu wymagalnego, a w przypadku kilku długów wymagalnych na poczet długu najdawniej wymagalnego. Podobnie jak Kodeks zobowiązań, Kodeks cywilny nie reguluje bezpośrednio zarachowania świadczenia na poczet długów przedawnionych, pozostawiając tę problematykę nauce prawa i orzecznictwu.

B. POGLĄDY DOKTRYNY I ORZECZNICTWA

W polskiej nauce prawa cywilnego współistnieją przeciwstawne poglądy w przedmiocie ustawowego zarachowania świadczenia na poczet długu przedawnionego.

Jedno ze stanowisk, które warto szerzej przytoczyć, zostało wyrażone przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 18 czerwca 1957 r., I CR 456/56. Sąd Najwyższy rozpatrywał rewizję w sprawie z powództwa Państwowej Centrali Drzewnej – Ekspozytury w W. przeciwko pozwanym Waławowi G. i Zygmuntovi K. o zapłatę kwoty 8232,06 zł. W sprawie został początkowo wydany nakaz zapłaty przeciwko pozwanym na podstawie weksla własnego wystawionego przez Waławę G. na zlecenie Zygmunta K. Po wniesieniu zarzutów przez pozwanego Waławę G. sąd wojewódzki uchylił nakaz zapłaty i oddalił powództwo w całości. W ocenie sądu wojewódzkiego w dochodzonej ostatecznie kwocie 5862,39 zł mieściła się kwota 5126,49 zł (wcześniej 170 883 zł)⁸³ z tytułu materiałów dostarczonych pozwanemu Waławowi G. Dostawa tych materiałów nastąpiła w 1947 r., a ówczesnym dostawcą była Polska Agencja Drzewna „Paged” będąca kupcem w rozumieniu Kodeksu handlowego, w związku z czym wierzytelność ulegała przedawnieniu z upływem 2 lat zgodnie z art. 285 pkt 1 k.z.⁸⁴ Termin przedawnienia upływał więc w sierpniu 1949 r. Natomiast dokonana przez pozwanego wpłata kwoty 1500 zł (wcześniej 50 000 zł) miała miejsce 31 grudnia

⁸³ W nawiasach kwoty w wartości sprzed reformy 1950 r.

⁸⁴ Art. 285 k.z. Z upływem lat dwóch ulegają przedawnieniu:

1) wierzytelności przemysłowców, rzemieślników i kupców z tytułu dokonania robót i dostarczenia towarów, tudzież wierzytelności rolników z tytułu dostarczenia płodów rolniczych lub leśnych;

2) wierzytelności z tytułu utrzymania, pielęgnowania, wychowania lub nauki, przypadające osobom, trudniącym się tem zawodowo, albo utrzymującym zakłady, na ten cel przeznaczone;

3) wierzytelności przedsiębiorstw prowadzących hotele, pokoje umeblowane, domy zajezdne i wszelkiego rodzaju jadłodajnie, z tytułu należności za dostarczone gościom mieszkanie, utrzymanie i usługi, oraz z tytułu wydatków dla nich poniesionych.

1949 r. Rewizję od wyroku wywiódł powód. Zarzucił on naruszenie art. 214 k.z. przez błędne przyjęcie przez sąd wojewódzki, że w braku oświadczeń obu stron, kwota wpłaty 1500 zł (wcześniej 50 000 zł) podlegała zarachowaniu na długi nieprzedawnione, a nie na poczet długu przedawnionego 5126,49 zł (wcześniej 170 883 zł). Sąd Najwyższy oddalił rewizję. W odniesieniu do roszczenia o zapłatę przedawnionego długu w kwocie 170 883 zł Sąd Najwyższy przyjął, że sąd wojewódzki prawidłowo zastosował art. 214 k.z., i uznał, że dług przedawniony nie podlegał zarachowaniu, ponieważ z chwilą nadejścia terminu przedawnienia stał się on zobowiązaniem niezupełnym, które może być przez dłużnika spełnione tylko dobrowolnie. Sąd Najwyższy podkreślił, że „jeżeli dłużnik świadczy bez wskazania, który z kilku długów chce zaspokoić, nie ma podstaw do przyjęcia, że wolą jego była zapłata długu przedawnionego przed innymi nieprzedawnionymi. Przepis więc art. 214 k.z. wchodzący w zastosowanie wówczas, gdy dłużnik nie przejawia swej woli, który z kilku długów chce zapłacić, nie może być stosowany do długu przedawnionego”. Sąd wojewódzki miał więc podstawy, by uznać, że wpłata kwoty 50 000 zł 31 grudnia 1949 r. nie dotyczyła długu, który przedawnił się w sierpniu 1949 r.⁸⁵

Uzasadnienie Sądu Najwyższego jest lakoniczne, lecz nie pozbawione racji, gdy uwzględni się genezę ustawowej reguły zarachowania świadczeń. W tradycji rzymskiej zarachowanie świadczenia miało uwzględniać przede wszystkim interes dłużnika. Jak zostało wspomniane powyżej, m.in. reguła przekazana przez Papiniana (Pap. D. 46, 3, 97) nakazywała, by zarachowanie odpowiadało potencjalnej woli rozsądnego dłużnika, działającego w swojej własnej sprawie. Ten zazwyczaj chce zrzucić z siebie jak największy ciężar. Trudno zatem od niego oczekiwać, by w pierwszej kolejności chciał zaspokoić dług przedawniony, od którego normalnie może się on uchylić, podnosząc zarzut przedawnienia. Stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy znajduje również uzasadnienie w dorobku orzecznictwa i doktryny austriackiej oraz szwajcarskiej, a także częściowo niemieckiej i francuskiej, które to systemy prawne miały bezpośredni wpływ na polskie prawo zobowiązań⁸⁶. Zgodnie z orzecznictwem austriackiego Sądu Najwyższego reguła zarachowania została pomyślana w taki sposób, by uwzględnić interes dłużnika, czemu sprzeciwia się objęcie przez ustawowe zarachowanie dłu-

⁸⁵ Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1957 r., 1 CR 456/56, OSP 1958, nr 9, poz. 228.

⁸⁶ Należy przypomnieć, że austriackie prawo zobowiązań, podobnie jak niemieckie i o rodowodzie francuskim, obowiązywało w Polsce do wprowadzenia w życie Kodeksu zobowiązań. Systemy te miały więc wpływ na kształtowanie poglądów prawnych, a co za tym idzie, praktyki sądowej. Z kolei prawo szwajcarskie stanowiło bezpośrednią inspirację dla autorów Kodeksu zobowiązań; zob. A. M. Falkowska, *Szwajcarski kodeks zobowiązań w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w okresie dwudziestolecia międzywojennego*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2008, t. IV, s. 57–68.

gów przedawnionych. Wyjątkiem jest oczywiście sytuacja, gdy dłużnik wyraźnie oświadczy, że pragnie zaspokoić dług przedawniony⁸⁷.

Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1957 r. znajdowało poparcie nauki prawa po wejściu w życie Kodeksu cywilnego⁸⁸. Także po zmianach gospodarczo-ustrojowych w 1989 i 1990 r. stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w 1957 r. wciąż uważane jest przez część nauki prawa i orzecznictwa za aktualne⁸⁹.

Analogicznie do stanowiska Sądu Najwyższego podnosi się, że zarachowanie świadczenia na poczet długu przedawnionego byłoby nie do pogodzenia z wolą dłużnika, do której nawiązuje regulacja art. 451 § 3 k.c. Zdaniem F. Zolla zaliczenie świadczenia na poczet długu przedawnionego nie dawałoby się wówczas pogodzić z celem art. 451 § 3 k.c.⁹⁰. Pogląd ten koresponduje ze stanowiskiem W. von Seelera, iż zarachowanie świadczenia na poczet długu przedawnionego przeczyłoby celowi ustawowej reguły z § 366 BGB⁹¹.

Jednocześnie w nauce prawa wyrażany jest pogląd przeciwny, według którego nie ma podstaw normatywnych do wyłączenia długów przedawnionych spod działania reguły z art. 451 § 3 k.c.⁹². Z nowszych publikacji szczególną uwagę należy zwrócić na artykuł J. Kuźmickiej-Sulikowskiej *Zarachowanie świadczenia dłużnika na rzecz roszczenia przedawnionego na gruncie art. 451 k.c.* Autorka przedstawia w nim argumentację przemawiającą przeciwko wykluczeniu spod zastosowania art. 451 § 3 k.c. długów przedawnionych. Zasadniczo należy zgodzić się z J. Kuźmicką-Sulikowską, że sam upływ terminu przedawnienia roszczenia nie uniemożliwia jego dochodzenia na drodze sądowej⁹³. Niemniej nie wszystkie argumenty podniesione przez J. Kuźmicką-Sulikowską wydają się być w pełni trafne.

C. PRÓBA ODPOWIEDZI

Niektórzy przedstawiciele nauki prawa podnoszą, jakoby argument historyczny nie uzasadniał odmowy zarachowania długu przedawnionego, choćby ze

⁸⁷ Orzeczenie OGH z dnia 27 lutego 1997 r., 2 Ob 11/97z, ÖJZ 1997/147.

⁸⁸ J. Dąbrowa, (w:) Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Tom III. Część I. Prawo zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1981, s. 736.

⁸⁹ F. Zoll, (w:) A. Olejniczak (red.), *System...*, s. 1063–1064; W. Popiołek, *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, nb 8; R. Morek, *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks...*, pkt 12; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 21 grudnia 2016 r., I ACa 913/16, LEX nr 2265757; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 15 stycznia 2020 r., I AGa 49/19, LEX nr 2924763.

⁹⁰ F. Zoll, (w:) A. Olejniczak (red.), *System...*, s. 1064.

⁹¹ W. von Seeler, *Aufrechnung bei einer Mehrheit...*, s. 110.

⁹² K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 451*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2021, nb 9.

⁹³ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zarachowanie świadczenia...*, s. 61.

względu na pierwotne brzmienie art. 117 k.c.⁹⁴. Rzeczywiście, zgodnie z art. 117 § 2 k.c. w brzmieniu pierwotnym, sąd zobligowany był z urzędu brać pod uwagę przedawnienie dochodzonego roszczenia, tj. bez względu na podniesienie przez dłużnika zarzutu przedawnienia⁹⁵. Nie ulega przy tym wątpliwości, że pod rządami Kodeksu cywilnego przed 1989 r. nauka prawa podzielała stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 18 września 1957 r.

Należy natomiast rozważyć, w jakim reżimie prawnym zapadło przedmiotowe orzeczenie Sądu Najwyższego. Materię prawa zobowiązań regulował wówczas Kodeks zobowiązań z 1933 r., część ogólna prawa cywilnego zaś, w tym przepisy o sposobie uwzględniania przedawnienia roszczeń przez sąd, zostały uregulowane w ustawie z dnia 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego⁹⁶. Zgodnie z art. 106 p.o.p.c. po upływie terminu przedawnienia dłużnik mógł uchylić się od zaspokojenia roszczenia. Oznaczało to, że by skutecznie przeciwstawić się żądaniu wierzyciela zaspokojenia długu przedawnionego, dłużnik powinien był podnieść zarzut przedawnienia⁹⁷. Sąd nie mógł z urzędu uwzględnić przedawnienia⁹⁸. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1957 r. zapadł więc w stanie prawnym, gdy do uchylenia się od zaspokojenia roszczenia przedawnionego należało podnieść zarzut. Mimo to Sąd Najwyższy uznał, że nie ma podstaw, by przyjmować na podstawie art. 214 k.z., że wolą dłużnika było zaspokojenie długu przedawnionego.

Współcześnie obowiązuje analogiczny reżim przedawnienia do tego z 1957 r. Zgodnie z art. 117 § 2 k.c., by uchylić się od zaspokojenia roszczenia przedawnionego, dłużnik musi, co do zasady, podnieść zarzut przedawnienia. Zbieżność regulacji prawnych ustawy – Przepisy ogólne prawa cywilnego i współczesnych nie stoi więc na przeszkodzie, by uznać stanowisko Sądu Najwyższego z orzeczenia z dnia 18 września 1957 r. za aktualne również obecnie. Co więcej, argument ten ulega wzmocnieniu w stosunku do konsumentów po nowelizacji Kodeksu cywilnego w 2018 r.⁹⁹. Zgodnie z art. 117 § 2¹ k.c. po upływie terminu przedawnienia nie można domagać się zaspokojenia roszczenia przysługującego przeciwko konsumentowi. Oznacza to, że sąd ma obowiązek z urzędu uwzględnić przedawnienie roszczenia, a konsument nie musi podnosić zarzutu przedawnienia, by uniknąć zasądzenia¹⁰⁰. Konsekwentnie należałoby zatem przyjąć,

⁹⁴ *Ibidem*, s. 61.

⁹⁵ S. Grzybowski, (w:) S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 1974, s. 730.

⁹⁶ Dz.U. z 1950 r., nr 34, poz. 311; dalej: p.o.p.c.

⁹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 1963 r., III CR 193/62, OSNC 1964 r., nr 5, poz. 97.

⁹⁸ S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1950, s. 229.

⁹⁹ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1104).

¹⁰⁰ P. Machnikowski, *Komentarz do art. 117*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2021, nb 28–29.

że reguła zarachowania z art. 451 § 3 k.c. nie dopuszcza zarachowania świadczenia na poczet długu przedawnionego wobec konsumenta.

Za przyjęciem stanowiska o wyłączeniu długów przedawnionych spod reguły z art. 451 § 3 k.c. mogą przemawiać również przeprowadzone w 2019 r. zmiany w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego¹⁰¹ o egzekucji, które wykluczają przymusową egzekucję długu przedawnionego¹⁰². W myśl art. 804 § 2 k.p.c., jeżeli z treści tytułu wykonawczego wynika, że termin przedawnienia dochodzonego roszczenia upłynął, a wierzyciel nie przedłożył dokumentu, z którego wynika, że doszło do przerwania biegu przedawnienia, organ egzekucyjny odmawia wszczęcia egzekucji. Przepis ten umocowuje zatem organ egzekucyjny do badania przedawnienia roszczenia z urzędu i odmowy wszczęcia egzekucji w każdym przypadku, w którym upływ terminu przedawnienia wynika z treści tytułu wykonawczego, a wierzyciel nie udowodnił, by bieg przedawnienia został przerwany¹⁰³. Jeśli tytuł wykonawczy daje podstawy do przyjęcia, że roszczenie jest przedawnione, wierzyciel nie będzie mógł wszcząć egzekucji, co *de facto* powoduje, że roszczenie stwierdzone w tytule wykonawczym staje się zobowiązaniem naturalnym. Jednocześnie ustawodawca nie ograniczył zastosowania tego przepisu do określonej kategorii roszczeń, np. dochodzonych przeciwko konsumentom. Przepis ten znajduje zatem zastosowanie do każdego rodzaju roszczeń majątkowych.

W dyskusji o możliwości ustawowego zarachowania świadczenia na poczet długu przedawnionego pojawia się również argument, jakoby brak oświadczenia dłużnika o zarachowaniu świadczenia na poczet długu przedawnionego lub niepodniesienie zarzutu przedawnienia były jednoznaczne ze zrzeczeniem się tego zarzutu przez dłużnika¹⁰⁴. Argument ten wydaje się chybiony. Zrzeczenie się zarzutu przedawnienia jest oświadczeniem woli. Kodeks cywilny nie uzależnia wprawdzie skuteczności zrzeczenia się od zachowania formy, ale oświadczenie podlega ogólnym regułom wykładni z art. 65 k.c. Zrzeczenie się może być więc dokonane przez każde zachowanie, z którego w sposób dostateczny wynika wola podmiotu uprawnionego (art. 60 k.c.). Nie można natomiast z samego faktu, że osoba nie podniosła zarzutu przedawnienia (milczała), wyprowadzać wniosku o zrzeczeniu się przez nią zarzutu¹⁰⁵. Co do zasady milczenie nie stanowi

¹⁰¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. 2021 r., poz. 1805, z późn. zm.); dalej k.p.c.

¹⁰² Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r., poz. 1469).

¹⁰³ A. Adamczuk, *Komentarz do art. 804*, (w:) M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Art. 478–1217*, Warszawa 2021, pkt 4.

¹⁰⁴ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zarachowanie świadczenia...*, s. 57.

¹⁰⁵ P. Machnikowski, *Komentarz do art. 117*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, nb 22.

bowiem dorozumianego oświadczenia woli¹⁰⁶. W orzecznictwie wyrażany jest również pogląd, że „tylko wówczas można przyjąć dorozumiane oświadczenie woli dłużnika o zrzeczeniu się zarzutu przedawnienia, gdy jego zamiar zrzeczenia się zarzutu przedawnienia wynika w sposób niewątpliwy z towarzyszących temu oświadczeniu okoliczności. Takie okoliczności to np. pertraktacje dłużnika z wierzycielem na temat rozłożenia długu na raty, zawarcie umowy nowacyjnej, zawarcie ugody sądowej lub pozasądowej”¹⁰⁷. Zamiar zrzeczenia się zarzutu przedawnienia musi zatem wynikać w sposób niewątpliwy z okoliczności towarzyszących temu oświadczeniu. Co więcej, skuteczne zrzeczenie się zarzutu przedawnienia powinno być świadome i celowe¹⁰⁸.

Warty odnotowania argument przeciwko uznawaniu milczenia za rezygnację z zarzutu przedawnienia został wyrażony w orzeczeniu austriackiego Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 1997 r. Austriacki Sąd Najwyższy wskazał, że jeśli dokonano zapłaty częściowej, niepozwalającej na zaspokojenie wszystkich wierzytelności zarówno przedawnionych, jak i nieprzedawnionych, a jednocześnie dłużnik spełniający świadczenie nie określił, który dług zaspokaja, to nie można wówczas częściowej zapłaty uważać za rezygnację z zarzutu przedawnienia. W ocenie sądu zapłata dokonana bez określenia długu podlegającego zaspokojeniu nie może być zaliczana na poczet długu przedawnionego. W częściowej zapłacie można upatrywać uznania długu (zrzeczenia się zarzutu przedawnienia) tylko wtedy, gdy zapłaty dokonano wyraźnie na poczet konkretnego długu spośród wielu istniejących¹⁰⁹. Natomiast, gdy dłużnik świadczy i nie wskazuje, który dług zaspokaja, trudno ustalić, że chciał on zaspokoić konkretny dług, a co za tym idzie, by chciał odnośnie do niego zrzec się zarzutu przedawnienia. Można sobie natomiast wyobrazić sytuację, gdy spełnione świadczenie odpowiada wysokości jednego z długów, co może wówczas uzasadniać wniosek, że dłużnik zaspokoił właśnie ten dług¹¹⁰.

Wyrażany jest również pogląd, że wyjęcie długów przedawnionych spod reguły zarachowania z art. 451 § 3 k.c. powodowałoby, że dłużnik stawałby się nadmiernie uprzywilejowany w stosunku do wierzyciela. Wszak mógł on sam określić sposób zarachowania świadczenia, odmówić przyjęcia pokwitowania lub podnieść zarzut przedawnienia¹¹¹. Tego rodzaju argumentacja nie ma jednak żadnego oparcia w przepisach ustawowych, a także w naturze instytucji ustawo-

¹⁰⁶ M. Safjan, *Komentarz do art. 60*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449⁰*, Legalis/el. 2020, nb 18.

¹⁰⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 620/03, LEX nr 137673.

¹⁰⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., II CSK 73/11, OSNC-ZD 2012, nr 4, poz. 84.

¹⁰⁹ Orzeczenie OGH z dnia 27 lutego 1997 r., 2 Ob 11/97z, ÖJZ 1997/147; orzeczenie z dnia 28 marca 1859, nr 2486, GIU 759.

¹¹⁰ C. Rudolf, *Komentarz do § 1416*, (w:) A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonkilch (Hrsg.), *Großkommentar...*, s. 45–46.

¹¹¹ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zarachowanie świadczenia...*, s. 63.

wego zarachowania. Istotnie, w ustawowej regule zarachowania występuje swego rodzaju konflikt interesów wierzyciela i dłużnika. Rozwiązanie go nie może natomiast arbitralnie ograniczać się do przyjęcia, że pozycja dłużnika jest już na tyle mocna, iż należy opowiedzieć się przeciwko wyłączeniu spod zarachowania ustawowego długów przedawnionych tylko z tego powodu, że dłużnik nie skorzystał z przysługujących mu wcześniej uprawnień.

Należy również wziąć pod uwagę moment, w którym każda ze stron może skorzystać ze swego uprawnienia. Dłużnik władny jest określić sposób zarachowania świadczenia, świadczenie to spełniając, co wynika wprost z art. 451 § 1 k.c. Czasowo ograniczone jest też uprawnienie wierzyciela. Między spełnieniem świadczenia przez dłużnika, który nie wskazał, na poczet którego z wielu długów zaliczył świadczenie, a wystawieniem przez wierzyciela pokwitowania powinno zachodzić bezpośrednie następstwo czasowe. W innym wypadku zastosowanie znajdzie reguła ustawowa¹¹². Natomiast bierność wierzyciela w kwestii zarachowania nie uprawnia ponownie dłużnika do samodzielnego zarachowania świadczenia¹¹³. Do zastosowania art. 451 § 3 k.c. dochodzi więc z reguły dopiero w sytuacji, gdy wierzyciel nie skorzysta ze swojego uprawnienia do określenia długu podlegającego zaspokojeniu, a przecież mógł on zarachować świadczenie na poczet długu przedawnionego na podstawie art. 451 § 2 k.c. W konsekwencji, przyjęcie rozwiązania, czy to w interesie wierzyciela, czy to dłużnika, będzie mogło zawsze spotkać się z zarzutem arbitralności. W tej sytuacji należy odwołać się do celu art. 451 § 3 k.c.

Z tradycji rzymskiej wynika wyraźnie, że reguła zarachowania zapłaty (świadczeń) została ukształtowana w zamiarze odzwierciedlenia potencjalnej woli rozsądnego i starannego dłużnika. Jeśli ani dłużnik, ani wierzyciel nie skorzystali ze swojego uprawnienia, wówczas świadczenie podlega zarachowaniu na podstawie zasad oddających w przeważającej mierze potencjalną wolę starannego dłużnika, działającego w swojej własnej sprawie (Pap. D. 46.3.97). Kierując się tą dyrektywą, trudno więc przyjąć, by przeciętny dłużnik, działający w swoim własnym interesie, pragnął zaspokoić dług, co do którego w toku procesu sądowego mógłby się uchylić, podnosząc zarzut przedawnienia. Słusznie więc podnosi F. Zoll, że „aby możliwe było zaliczenie świadczenia na poczet roszczenia przedawnionego, konieczne jest wyraźne oświadczenie dłużnika na to zezwalające”¹¹⁴.

¹¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2002 r., I CKN 1331/00, LEX nr 75340; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 582/04, 1110948; W. Popiołek, *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks...*, nb 8.

¹¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2016 r., IV CSK 57/16, LEX nr 2237416; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2015 r., III CNP 1/14, LEX nr 1645268; A. Janiak, *Komentarz do art. 451*, (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2019, nb 18.

¹¹⁴ F. Zoll, (w:) A. Olejniczak (red.), *System...*, s. 1064; R. Morek, *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks...*, nb 12.

Należy przy tym pamiętać, że przy ustawowym zarachowaniu świadczenia dłużnik nie ma możliwości podnieść zarzutu przedawnienia. Zaliczenie świadczenia zgodnie z art. 451 § 3 k.c. następuje bowiem *ipso iure* w chwili, gdy żadna ze stron nie skorzystała wcześniej ze swych uprawnień do zarachowania świadczenia. Skutkiem zarachowania świadczenia jest natomiast zmniejszenie długu lub nawet jego wygaśnięcie na skutek pełnego zaspokojenia¹¹⁵. Z kolei możliwość podniesienia zarzutu wymaga wcześniejszego sformułowania przez wierzyciela żądania spełnienia świadczenia przedawnionego¹¹⁶. Zarzut przedawnienia nie może więc zostać złożony w oderwaniu od czynności wierzyciela. Co więcej, zarzut przedawnienia wywołuje skutki prawne właściwie dopiero wtedy, gdy zostanie podniesiony na etapie postępowania sądowego. Podniesienie zarzutu nie powoduje bowiem wygaśnięcia roszczenia, lecz tylko uniemożliwia jego dochodzenie na drodze sądowej, prowadząc do oddalenia powództwa¹¹⁷. W związku z tym w chwili, gdy zastosowanie znajduje zasada z art. 451 § 3 k.c., należy rozważyć, czy rozsądnie działający dłużnik, w sytuacji dochodzenia roszczenia przez wierzyciela, uchyliłby się od spełnienia świadczenia, np. podniósłby zarzut przedawnienia. Wydaje się, że takiego zachowania należałoby od niego oczekiwać. Gdyby natomiast dłużnik w konkretnym przypadku miał wolę spełnienia świadczenia na poczet długu przedawnionego, dałby temu wcześniej wyraz.

5. PODSUMOWANIE

Pogląd o zasadności wyłączenia długów przedawnionych spod reguły zarachowania z art. 451 § 3 k.c. wydaje się być w obecnym stanie prawnym wciąż uzasadniony. Przede wszystkim istotny jest cel przyjęcia ustawowej reguły zarachowania. Ma ona służyć uporządkowaniu rozliczenia świadczeń pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego. Rozliczenie to zawsze będzie nasuwało pytanie, czyj interes zasługuje na większą ochronę – dłużnika czy wierzyciela. Obydwie strony zobowiązania miały przecież możliwość wskazania sposobu rozliczenia, a tego zaniechały. Ten swego rodzaju konflikt interesów może zostać rozwiązany przez odwołanie się do argumentu historycznoprawnego i tradycji prawnej. Prawo rzymskie, w kształcie przekazanym w kompilacji justyniańskiej,

¹¹⁵ K. Zagrobelny, *Komentarz do art. 451*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, nb 9.

¹¹⁶ A. Jedliński, *Komentarz do art. 117*, (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 2012, pkt 16; M. Mataczyński, M. Saczywko, *Komentarz do art. 117*, (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, Warszawa 2021, nb 34.

¹¹⁷ M. Pyziak-Szafnicka, *Komentarz do art. 117*, (w:) P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014, pkt 20.

daje wyraźny przykład, że ustawowy sposób zarachowania świadczenia powinien odzwierciedlać potencjalną wolę dłużnika. Nie dziwi to, ponieważ to właśnie on spełnia świadczenie. Takie podejście widoczne jest również w systemach prawnych, z którymi spokrewnione jest polskie prawo cywilne, w szczególności w utrwalonym orzecznictwie i poglądach nauki austriackiej, a także w nauce szwajcarskiej, niemieckiej i francuskiej. We wszystkich tych systemach prezentowany jest pogląd, że ustawowa reguła zarachowania świadczenia bazuje przede wszystkim na potencjalnej woli dłużnika. Z kolei odwołując się do potencjalnej woli dłużnika, trudno przyjąć, by dłużnik chciał spełnić świadczenie przedawnione, co do którego może się uchylić. Gdyby chciał on spełnić takie świadczenie, to zapewne wprost by to oświadczył lub można byłoby to ustalić na podstawie okoliczności towarzyszących wykonaniu zobowiązania.

Jednocześnie nie należy ograniczać się do stwierdzenia, że dłużnik może uchylić się od obowiązku spełnienia świadczenia przedawnionego tylko wtedy, gdy podniesie zarzut. Przede wszystkim w sytuacji normowanej przez art. 451 § 3 k.c. dłużnik nie ma sposobności, by podnieść zarzut przedawnienia. Takie zachowanie dłużnika można sobie co najwyżej wyobrazić, gdy wierzyciel zarachowuje świadczenie na podstawie art. 451 § 2 k.c.

Z kolei analiza historycznoprawna nie daje podstaw, by ściśle wiązać ustawową regułę zarachowania świadczenia z modelem uwzględniania przedawnienia przez sąd. W konsekwencji należy uznać stanowisko wyrażone przez polski Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 18 czerwca 1957 r., zgodnie z którym ustawowa reguła zarachowania nie obejmuje długów przedawnionych, za aktualne również w obecnym stanie prawnym.

REFERENCES

- Adamczuk A., (w:) M. Manowska (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom II. Art. 478–1217*, Warszawa 2021
- Andrés Santos F. J., *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Derecho Romano] XXXIII (2011)
- Avenarius M., *Die Anrechnung von Teilleistungen auf mehrere Forderungen bei Fehlen einer Tilgungsbestimmung – § 366 Abs. 2 BGB im Spannungsfeld zwischen Schuldnerinteressen und Rechtssicherheit*, „Archiv für die civilistische Praxis” 2003, Bd. 203
- Bellis K., *Système de L’obligation naturelle*, 2021, s. 602, https://books.google.pl/books?id=bw0jEAAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Kouroch+Bellis%22&hl=pl&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false (dostęp: 29.07.2022 r.)
- Bénabent A., *Droit Civil. Les Obligations*, Paris 2010
- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953
- Biondi B., *Instituzioni di diritto romano*, Milano 1956
- Cuiacius I., *Obserservationum et emendationum Lib. XXVIII*, Halle 1737

- Dąbrowa J., (w:) Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Tom III. Część 1. Prawo zobowiązań. Część ogólna*, Warszawa 1981
- Dernburg H., *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, Leipzig 1864
- Dernburg H., *Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs*, 2. Bd., Haale an der Saale 1880
- Deshayes O., Genicon T., Laithier Y-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris 2016
- Domański L., *Instytucje Kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny*, Warszawa 1936
- Falkowska A. M., *Szwajcarski kodeks zobowiązań w pracach Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej w okresie dwudziestolecia międzywojennego*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2008, t. IV
- Fetzer R., *Komentarz do § 366*, (w:) W. Krüger (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. Schuldrecht*, München 2019
- Flour J., Aubert J-L., Savaux É., *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Paris 200
- Fries M., *Komentarz do § 366*, (w:) R. Schulze (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden 2021
- Gernhuber J., *Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen*, Tübingen 1983
- Giaro T., (w:) W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériet, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2018
- Gothofredus D., *Corpus Iuris Civilis. Pandectis*, Amsterdam 1662
- Grothe H., *Komentarz do § 214*, (w:) C. Schubert (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1. Allgemeiner Teil*, München 2021
- Grzybowski S., (w:) S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 1974
- Gschnitzer F., *Komentarz do §§ 1415–1416*, (w:) H. Klang (Hrsg.), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Wien 1951
- Heinrichs H., *Komentarz do § 366*, (w:) H. Heinrichs (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, München 1994
- Honoré T., *Emperors and lawyers*, London 1981
- Janiak A., *Komentarz do art. 451*, (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2019
- Jedliński A., *Komentarz do art. 117*, (w:) A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna*, Warszawa 2012
- Kaduk H., *Komentarz do § 366*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 1994
- Koch C. F., *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten mit Kommentar in Anmerkungen*, T. 1, Bd. 2, Berlin 1870
- Korzonek J., Rosenblüth I., *Kodeks zobowiązań. Komentarz*, Kraków 1934
- Kuźmicka-Sulikowska J., *Zarachowanie świadczenia dłużnika na rzecz roszczenia przedawnionego na gruncie art. 451 k.c.*, „*Przegląd Sądowy*” 2016, nr 6
- Liebs D., *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian*, München 2010

- Loertscher D., Tolou A., *Komentarz do art. 87*, (w:) L. Thévenoz, F. Werro (Hrsg.), *Code des obligations I. Commentaire Romand*, Bâle 2021
- Longchamps de Bérier R., *Uzasadnienie Projektu Kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu kodeksu: art. 168–238*, Warszawa 1935
- Longchamps de Bérier R., *Zobowiązania*, Lwów 1939
- Machnikowski P., *Komentarz do art. 117*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2021
- Malaurie P., Aynès L., Stoffel-Munck P., *Droit Civil. Les Obligations*, Paris 2011
- Mataczyński M., Saczywko M., *Komentarz do art. 117*, (w:) M. Gutowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, Warszawa 2021
- Morek R., *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Tom IIIA. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2017
- Mugdan B. (red.), *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse. Motive*, Berlin 1899
- Olzen D., *Komentarz do § 366*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2011
- Olzen D., *Komentarz do § 367*, (w:) M. Löwisch (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2011
- Popiołek W., *Komentarz do art. 451*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Legalis/el. 2021
- Pyziak-Szafnicka M., *Komentarz do art. 117*, (w:) P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2014
- Rudolf C., *Komentarz do § 1416*, (w:) A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonkilch (Hrsg.), *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar §§ 1411–1430 ABGB. Aufhebung der Rechte*, Wien 2019
- Safjan M., *Komentarz do art. 60*, (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, Legalis/el. 2020
- Savigny F. C. von, (w:) C. Wollschläger, J. Rückert (Hrsg.), *Landrechtvorlesung 1824. Nachschrift, 2. Hb.*, Frankfurt am Main 1998
- Schroeter U. G., *Komentarz do art. 86*, (w:) C. Widmer Lüchinger, D. Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I. Basler Kommentar*, Basel 2019
- Schulz F., *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916
- Seeler W. von, *Aufrechnung bei einer Mehrheit von Forderungen nach B.G.B. § 396. Ein Beitrag zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, „Archiv für bürgerliches Recht” 1899, Bd. 15
- Siber H., *Beiträge zur Interpolationsforschung*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung” 1925, nr 45
- Solazzi S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Vol. 1, Napoli 1935
- Spitzer M., *Komentarz do § 1415*, (w:) H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Hrsg.), *Kurzkomentar zum ABGB*, Wien 2017
- Szer S., *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1950
- Terré F., Simler P., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, Paris 2009
- Vollmaier P., *Komentarz do § 1501*, (w:) A. Fenyves, F. Kerschner, A. Vonkilch (Hrsg.), *Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar §§ 1451–1512 ABGB*, Wien 2012

- Waldstein W., Rainer J. M., *Römische Rechtsgeschichte*, München 2014
- Windscheid B., Kipp T., *Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des deutschen Rechts*, Frankfurt am Main 1906
- Zagrobelyny K., *Komentarz do art. 451*, (w:) E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2021
- Zeiller F., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, Bd. 4, Wien–Triest 1813
- Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Traditions*, Oxford 1996
- Zoll F., (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom VI. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2014

Inne

- D. 46, 3, 1 Ulp. 43 ad Sab.
- D. 46, 3, 3 Ulp. 43 ad Sab.
- D. 46, 3, 5 Ulp. 43 ad Sab.
- D. 46, 3, 8 Paul. 10 ad Sab.
- D. 46, 3, 94, 3 Pap. 8 quaest.
- D. 46, 3, 97 Pap. 2 def.
- C. 8, 42, 1.
- Basil. XXVI, 5,1.
- ABGB §§ 1415–1416
- ALR I 16 § 150–159
- BGB §§ 366–367
- BGH, postanowienie z dnia 13 kwietnia 1983 r., VIII ZB 38/82, BGH, NJW 1983, 2773
- CC art. 1253–1256, 1342–10, 1342–4
- Cour de cassation, wyrok z dnia 22 maja 2019 r., nr 18–13.659
- Cour de cassation, wyrok z dnia 23 listopada 1976 r., Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 3, nr 418
- Cour de cassation, wyrok z dnia 5 stycznia 2010 r., nr 08–21.569
- OGH, orzeczenie z dnia 1 lutego 1934 r., 2 Ob. 13/34, SZ 16/23
- OGH, orzeczenie z dnia 10 listopada 1993 r., 3 Ob 164/93, SZ 66/142
- OGH, orzeczenie z dnia 19 grudnia 1991 r., 8 Ob. 636/91, ecolex 1992, 231
- OGH, orzeczenie z dnia 19 grudnia 1991 r., 8 Ob. 636/91, ecolex 1992, 231
- OGH, orzeczenie z dnia 19 września 1967 r., 8 Ob 231/67 (8 Ob 232/67), SZ (Sammlung Zivilrecht) 40/119
- OGH, orzeczenie z dnia 27 lutego 1997 r., 2 Ob 11/97z, ÖJZ 1997/147
- OGH, orzeczenie z dnia 28 marca 1859 r., nr 2486, GIU 759
- OGH, orzeczenie z dnia 6 marca 1884 r., nr GIU 9924
- OGH, orzeczenie z dnia 7 listopada 1889 r., nr GIU 12987
- OGH, orzeczenie z dnia 8 października 1873 r., nr GIU 5099
- OR Art. 86–87
- SA Białystok, wyrok z dnia 15 stycznia 2020 r., I AGa 49/19, LEX nr 2924763
- SA Kraków, wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., I ACa 913/16, LEX nr 2265757
- SN, orzeczenie z dnia 18 czerwca 1957 r., 1 CR 456/56, OSP 1958, nr 9, poz. 228
- SN, wyrok z dnia 1 marca 1963 r., III CR 193/62, OSNC 1964, nr 5, poz. 97

SN, wyrok z dnia 16 stycznia 2015 r., III CNP 1/14, LEX nr 1645268

SN, wyrok z dnia 17 listopada 2016 r., IV CSK 57/16, LEX nr 2237416

SN, wyrok z dnia 27 listopada 2002 r., I CKN 1331/00, LEX nr 75340

SN, wyrok z dnia 7 kwietnia 2005 r., II CK 582/04, LEX nr 1110948

SN, wyrok z dnia 12 października 2011 r., II CSK 73/11, OSNC-ZD z 2012, nr 4, poz. 84

SN, wyrok z dnia 21 lipca 2004 r., V CK 620/03

Aleksander Bokszczanin

Polski Komitet Zielarski, Polska

e-mail: pkz@iwnirz.pl

e-mail: a.bokszczanin@student.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-8606-3138

Marianna-Elizabet Iaroslavska

Polski Komitet Zielarski, Polska

e-mail: pkz@iwnirz.pl

e-mail: m.iaroslavska@student.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-2543-2227

O WYBRANYCH PROBLEMACH PRAWNYCH OBROTU ROŚLINNYMI PRODUKTAMI LECZNICZYMI

ANALYSIS OF SOME LEGAL PROBLEMS RELATED TO THE MARKETING OF HERBAL MEDICINAL PRODUCTS

Abstract

The article analyzes the problem of placing medicinal products on the market and the faulty implementation of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use. As a result of faulty implementation, manufacturers of medicinal products have been deprived of the possibility to market the medicines they produce. This results in significant losses and distortion of competition in the pharmaceutical market. The article offers proposals of specific legislative changes and legal measures

available for manufacturers of medicinal products. In addition, the issue of marketing of dietary supplements is addressed. They are advertised as if they were medicines thereby misleading the consumers. The article describes the risks associated with this problem and suggests proposals of change.

KEYWORDS

directive 2001/83/EC, medicinal products, faulty implementation, manufacturers of medicinal products, placing medicinal products on the market, distortion of competition, pharmaceutical market, legislative changes, dietary supplements, misleading of consumers

SŁOWA KLUCZOWE

dyrektywa 2001/83/UE, produkty lecznicze, wadliwa implementacja, producenci produktów leczniczych, dystrybucja produktów leczniczych, działania antykonkurencyjne, rynek farmaceutyczny, zmiany legislacyjne, suplementy diety, wprowadzanie w błąd konsumentów

I. ZARYS PROBLEMU

Polski rynek roślinnych produktów leczniczych od wielu lat pozostaje w stanie prawnym, który w znaczny sposób narusza prawa producentów leków roślinnych¹ poprzez przepisy nadające hurtowniom farmaceutycznym bardzo silną pozycję w łańcuchu wytwarzania tychże produktów². Celem niniejszej publikacji jest zwrócenie uwagi na przepisy związane z tematyką obrotu roślinnymi produktami leczniczymi, a także zainicjowanie merytorycznej dyskusji mającej na celu analizę ich zasadności, efektywności oraz proporcjonalności zarówno w kontekście prawa Unii Europejskiej, jaki i w zakresie wyważenia praw i obowiązków poszczególnych podmiotów.

Producenci produktów leczniczych zwracają uwagę na antykonkurencyjne działania hurtowni farmaceutycznych, które mogą skutkować stopniową eliminacją producentów leków ziołowych z rynku, a w szczególności małych i średnich przedsiębiorstw farmaceutycznych. W obecnym stanie prawnym dystrybucja produktów leczniczych (w tym także produktów leczniczych w kategorii dostępności

¹ Polski Komitet Zielarski; dalej: PKZ.

² Przedłożona przez PKZ Petycja w przedmiocie zmiany przepisów prawa, <https://www.pkz.pl/wp-content/uploads/2018/03/Petycja.pdf> (dostęp: 5.01.2022 r.).

OTC, tj. wydawanych bez przepisu lekarza³) jest możliwa jedynie za pośrednictwem hurtowni farmaceutycznych, co daje przedsiębiorcom prowadzącym tego typu hurtownie możliwość wyboru bądź wykluczenia podmiotów wytwarzających roślinne wyroby lecznicze, których produkty przyjmą do dystrybucji. Alarmujące są przypadki, w których to hurtownie farmaceutyczne w coraz większym stopniu wykorzystują swoją pozycję rynkową⁴.

Wytwarzaniem roślinnych produktów leczniczych zajmują się podmioty, które spełniły wszystkie warunki określone w ustawie – Prawo farmaceutyczne, dotyczące producentów leków podlegających nadzorowi Głównego Inspektora Farmaceutycznego. Obrót hurtowy produktami leczniczymi jest tymczasem uregulowany w art. 72 ust. 1 pr. farm. w ten sposób, że producenci zobowiązani są do sprzedaży swoich produktów leczniczych za pośrednictwem hurtowni farmaceutycznych. Nie istnieją jednakże przepisy, które obligowałyby hurtownie farmaceutyczne do dystrybucji produktów leczniczych danego producenta. Stanowi to poważne ryzyko dla producentów, których dalsze losy na rynku zależą *de facto* od arbitralnej decyzji hurtowni.

Ponadto istnieje także inny problem. Raporty eksperckie wskazują, że w praktyce trzy największe hurtownie farmaceutyczne, mające według wyliczeń ok. 70% rynku farmaceutycznego⁵, zajęły się produkcją tak zwanych „marek własnych”⁶. Są to zwykle produkty roślinne w postaci suplementów diety, a więc niestandardyzowanych produktów spożywczych⁷ nieróżniących się nazwą oraz formą od dotychczas dystrybuowanych przez te same hurtownie produktów leczniczych. Należy dodać, że od 2014 r. producenci produktów leczniczych roślinnych notują spadek zbytu wielkości od 20% do nawet 60%⁸. Biorąc pod uwagę prawie 70% udziału tych podmiotów (tj. hurtowni farmaceutycznych) w rynku farmaceutycznym, stanowi to ogromne zagrożenie dla bytu producentów. W praktyce obrotu kwestia spadku zbytu do tych przedsiębiorstw ma dotyczyć podstawowych, najwyższej rotujących produktów. Stawia to ich producentów w bardzo niekorzystnej sytuacji, ponieważ nie mają oni innych możliwości sprzedaży produktów leczniczych, które nie zostały wprowadzone do obrotu przez hurtownie farmaceutyczne.

³ Zob. art. 23a ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1977, z późn. zm.); dalej: pr. farm.

⁴ Petycja w przedmiocie...

⁵ Business Insider, *Jak wygląda rynek hurtowy leków w Polsce? Jego struktura może nie być korzystna dla pacjentów*, <https://businessinsider.com.pl/biznes/jak-wyglada-rynek-hurtowy-lekow-w-polsce-jego-struktura-moze-nie-byc-korzystna-dla/9sglboxp> (dostęp: 5.08.2022 r.).

⁶ Petycja w przedmiocie...

⁷ Art. 3 ust. 3 pkt 39 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2021, z późn. zm.); dalej: u.b.ż.ż.

⁸ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu z dnia 7 lutego 2022 r. wydanym przez dr. hab. Marcina Ożarowskiego.

Hurtownie farmaceutyczne oferują aptekom swoje produkty spożywcze w formie suplementów diety. Wykorzystują też przewagę na rynku za każdym razem, kiedy podejmując arbitralną decyzję, dostarczają swoje produkty kosztem produktów innych producentów. Nieistotne jest przy tym, czy faktycznie tak postępują. Ważne jest przede wszystkim to, że mają taką możliwość, ponieważ prawo tego nie zakazuje.

Istotne w tym kontekście jest to, że wymogi stawiane producentom produktów leczniczych są zdecydowanie wyższe. Produkcja suplementów diety jest mniej obciążająca niż produkcja leków. Jest to związane z tym, że produkcja suplementów nie wymaga standaryzacji i jest tańsza, ponieważ podlega reżimowi prawnemu, jakim jest objęta produkcja żywności, a nie produktów leczniczych. Dochodzi więc do sytuacji, gdy hurtownie będące w bezpośrednim stosunku konkurencji z producentami leków roślinnych mają możliwość blokowania dostępu do rynku producentom, przy jednoczesnej możliwości wprowadzania na rynek suplementów diety zamiast leków. Jest to niezwykle złożony stan prawny, angażujący wiele aktów normatywnych oraz mający wpływ na wiele podmiotów na różnych etapach łańcucha wytwarzania i obrotu, tj. producentów, hurtownie farmaceutyczne, placówki obrotu detalicznego oraz samych konsumentów. To wszystko komplikuje ewentualną zmianę stanu prawnego, ponieważ nie wystarczą zmiany w kontekście jednego konkretnego aspektu łańcucha produkcji. Potrzebne jest całościowe „uzdrowienie” stanu prawnego zarówno w aspekcie wertykalnym (w kontekście zapewnienia przez organy państwowe satysfakcjonującej jakości produktu końcowego i odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa konsumentów), jak i horyzontalnym (tak aby zapewniony był odpowiedni stopień konkurencyjności między poszczególnymi przedsiębiorcami uczestniczącymi w łańcuchu produkcji).

Zagadnienia z zakresu problematyki suplementów diety zostały szczegółowo przedstawione w raporcie Najwyższej Izby Kontroli na temat rynku suplementów diety. Jak podkreśla NIK: „Rynek suplementów diety wymaga pilnej poprawy regulacji dotyczących tych produktów. Polscy konsumenci spożywają coraz więcej suplementów diety, traktując je nierzadko jako panaceum na różne dolegliwości. Nie wiadomo jednak dokładnie, co spożywamy, gdyż wprowadzanie do obrotu i sprzedaż są praktycznie poza skuteczną kontrolą. Badania laboratoryjne suplementów diety zlecone przez NIK wykazały, że wiele suplementów nie wykazuje cech deklarowanych przez producentów, a zdarzają się też po prostu szkodliwe dla zdrowia. W sprzedaży, w tym internetowej, ale także w sklepach stacjonarnych i aptekach, obok rzetelnych preparatów znajdowały się suplementy diety zafałszowane zawierające np. bakterie chorobotwórcze, substancje zakazane z listy psychoaktywnych, czy stymulanty podobne strukturalnie do amfetaminy, czyli działające jak narkotyki”⁹. Natomiast niniejszy artykuł ma za zadanie

⁹ Informacja o wynikach kontroli, *Dopuszczanie do obrotu suplementów diety*, LLO.430.002.2016, nr ewid. 195/2016/P/16/078/LLO, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,13031,vp,15443.pdf> (dostęp: 5.08.2022 r.).

m.in. poruszyć problem wpływu rynku suplementów na rynek roślinnych produktów leczniczych, a w szczególności na coraz bardziej dramatyczną sytuację producentów leków roślinnych. Przede wszystkim w kontekście braku możliwości dokonywania obrotu hurtowego przez producentów.

Ponadto NIK przedstawia problem stosowania przez producentów suplementów diety i dystrybutorów oszukańczych praktyk. Kreując popyt na tego typu produkty (tj. suplementy diety), reklamują oni nierzadko suplementy jako równoważne produktom leczniczym. NIK alarmuje, że dzieje się to przy biernej postawie organów państwa. W swoim raporcie ostrzega, że taki stan może rodzić zagrożenie dla zdrowia, a nawet życia konsumentów¹⁰.

Najwyższa Izba Kontroli podkreśla w raporcie, wskazując na badanie TNS Polska¹¹ z 2014 r., niezwykle niską świadomość społeczną Polaków w kontekście suplementów diety. W badaniu wiele osób mylnie uznało suplementy za „witaminy” (31%), czy „minerały” (8%), natomiast aż 41% badanych przypisało suplementom diety właściwości lecznicze, których produkty te (jako żywność) nie mają. Ponadto 50% pytanych uważało, że suplementy są tak samo kontrolowane jak leki. Biorąc pod uwagę definicję legalną suplementu diety¹², są to tym bardziej niepokojące wyniki.

Ustalenia kontroli NIK wykazały, że w Polsce nie jest zapewniony odpowiedni poziom bezpieczeństwa suplementów diety. Organy państwowe nierzetelnie realizowały zadania związane z wprowadzaniem ich po raz pierwszy do obrotu oraz z ich kontrolą. Nieskuteczny był także nadzór nad ich jakością zdrowotną. Niska świadomość społeczna jest bardzo niepokojąca i zdaje się potwierdzać tezę, że „wprowadzony podział na produkty lecznicze oraz suplementy diety (produkty żywnościowe) według kryterium celu jest niewystarczającym rozwiązaniem, ponieważ nie wytycza jasnych granic i prowadzi do wielu nadużyć”¹³.

Biorąc pod uwagę tego typu sytuację, w której produkty lecznicze zostają zastępowane przez środki żywności ze szkodą dla producentów tych pierwszych, należy także wskazać na inne działania hurtowni farmaceutycznych, które mają

¹⁰ Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.); zob. też. art. 3 ust. 3 pkt 39 u.b.ż.ż.

¹¹ TNS Polska jest agencją badawczą zajmującą się badaniem opinii publicznej.

¹² Definicja: „suplement diety – środek spożywczy, którego celem jest uzupełnienie normalnej diety, będący skoncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wykazujących efekt odżywczy lub inny fizjologiczny, pojedynczych lub złożonych, wprowadzany do obrotu w formie umożliwiającej dawkowanie, w postaci: kapsułek, tabletek, drażetek i w innych podobnych postaciach, saszetek z proszkiem, ampulek z płynem, butelek z kroplomierzem i w innych podobnych postaciach płynów i proszków przeznaczonych do spożywania w małych, odmierzonych ilościach jednostkowych, z wyłączeniem produktów posiadających właściwości produktu leczniczego w rozumieniu przepisów prawa farmaceutycznego”; źródło: A. Bąk, *Suplementy diety – żywność czy lek? Problem regulacji prawnych produktów z pogranicza*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 1, s. 43–55.

¹³ A. Bąk, *Suplementy diety – żywność czy lek? Problem regulacji prawnych produktów z pogranicza*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 1, s. 43–55.

niebagatelny wpływ na konkurencję oraz praktykę obrotu¹⁴. Hurtownie farmaceutyczne, mając możliwość arbitralnego wyboru podmiotów, których produkty przyjmą, określają różnego rodzaju warunki, do których producenci muszą się dostosować. Są to, między innymi:

- odgórnie określone warunki handlowe w zakresie terminów płatności – obecnie wynoszące minimum 60 dni;
- obowiązkowe opłaty za wprowadzenie nowego indeksu – sięgające 10 tys. zł;
- obowiązkowe opłaty za promowanie nowego produktu – od kilkuset do 3 tys. zł za indeks;
- weryfikacja sprzedaży nowych indeksów po kilku miesiącach i obowiązkowy odbiór niesprzedanych w tym czasie, więc zazwyczaj przeterminowanych i podlegających obowiązkowej i kosztownej utylizacji produktów;
- narzucanie wysokości rabatów, tzw. bezwarunkowych (miesięcznych od sprzedaży) oraz rabatów dodatkowych na fakturach;
- narzucane dodatkowe budżety trade-marketingowe (tj. planowanych wydatków na marketing sprzedaży danego produktu), mogących wynosić nawet do kilkudziesięciu tysięcy złotych rocznie¹⁵;
- żądanie minimalnego dwunastomiesięcznego terminu ważności dla produktów leczniczych roślinnych, podczas gdy wiele z tych wyrobów ze względu na swoją specyfikę ma maksymalny termin ważności wynoszący rok;
- żądanie bezwarunkowego przyjęcia zwrotu niesprzedanego produktu w każdym terminie, niezależnie od czasu przyjęcia ich przez hurtownię zgodnie ze złożonym przez nią zamówieniem;
- zmiana warunków handlowych w ciągu roku, a przy braku ich przyjęcia blokowanie dostawcy¹⁶.

Producent leków roślinnych jest więc zmuszony do akceptacji niejednokrotnie bardzo daleko idących i narzucanych przez hurtownie farmaceutyczne postanowień umownych. W wypadku ich odmowy bądź też chęci negocjacji ryzykuje brakiem jakiegokolwiek możliwości podaży swojego produktu (gdyż hurtownia nie przyjmie ich do dystrybucji), a co za tym idzie, utratą płynności finansowej. Jest to tym bardziej kuriozalna sytuacja, biorąc pod uwagę opisaną wcześniej i obecną w obrocie praktykę tworzenia „marek własnych” suplementów diety przez przedsiębiorstwa powiązane z hurtowniami farmaceutycznymi, a więc wytwarzającymi produkty, które (jak wskazuje NIK) wykorzystując zbliżone nazewnictwo, marketing oraz wiele innych praktyk, stają się produktami konkurencyjnymi w stosunku do produktów leczniczych roślinnych. Jest to sytuacja, w której spółki zależne hurtowni farmaceutycznych wprowadzają „marki własne” suplementów diety (czyli produktów spożywczych) takich samych z nazwy i formy jak produkty lecznicze. Stają się tym samym największym konkurentem

¹⁴ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

¹⁵ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

¹⁶ *Ibidem*.

wytwórców leków¹⁷. Wśród tego rodzaju praktyk należy zwrócić uwagę m.in. na najczęstszą postać „herbatek ekspresowych”, najtrudniejszych do oceny przez konsumenta¹⁸. Zarówno ustawodawstwo polskie, jak i unijne zabrania używania na opakowaniach środków spożywczych informacji, które mogłyby wprowadzić w błąd nabywcę towaru. Celem tych działań normatywnych jest więc jednoznaczne rozróżnienie pomiędzy oznakowaniem środka spożywczego a jego reklamą i prezentacją¹⁹, co jednak – jak wskazuje praktyka obrotu oraz raport NIK – nie zostało osiągnięte.

Samodzielna próba „sprzeciwu” ze strony poszczególnego producenta może skutkować całkowitym zablokowaniem jego dostępu do rynku przez hurtownie farmaceutyczne na czas trwania postępowania, co oznaczałoby utratę płynności finansowej przez przedsiębiorstwo²⁰. Żaden przedsiębiorca nie podejmie takiego ryzyka. W tej sytuacji zasadne wydaje się rozważenie wprowadzenia zmian na poziomie ustawodawczym.

Kwestia wymogów stawianych producentom leków roślinnych, jak również producentom suplementów diety także wymaga podkreślenia. Podmioty wytwarzające leki (w tym roślinne), muszą spełnić określone wymogi, aby taką działalność mogły prowadzić (GMP, czyli Dobra Praktyka Wytwarzania²¹), natomiast nadzór nad tymi podmiotami sprawuje Główny Inspektor Farmaceutyczny. Każdy produkt leczniczy (w tym roślinny) podlega obowiązkowej rejestracji w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych, natomiast organem uprawnionym do wydania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu jest Prezes Urzędu Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych²². Dokumentacja, którą należy złożyć, musi zawierać: opis procesu wytwarzania i jego kontroli wraz ze schematem blokowym procesu, informacje dotyczące substancji roślinnej wraz ze specyfikacją jakościową, metody badań, walidację²³ i ocenę procesów, badania rozwojowe procesów wytwarzania, kontrole etapów krytycznych i produktów pośrednich, specyfikację substancji czynnej, metody badań analitycznych i walidacje tych metod, badania serii i uzasadnienie specyfikacji substancji czynnej. Niezbędne są również: zaprezentowanie używanych wzorców do badań tożsamościowych substancji roślinnej i czynnej, przedstawienie materiałów opakowaniowych, ich

¹⁷ Petycja w przedmiocie...; Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

¹⁸ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

¹⁹ M. Stych, *Administracyjnoprawne zagadnienia suplementu diety*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 10, s. 83–98.

²⁰ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

²¹ Komunikat Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego dotyczący Certyfikatu Dobrej Praktyki Wytwarzania, <https://www.gov.pl/web/gif/certyfikat-dobrej-praktyki-wytwarzania---inspekcja-na-terytorium-rp> (dostęp: 7.08.2022 r.).

²² Zob. art. 3 i n. pr. farm.

²³ Walidacja oznacza udokumentowanie powtarzalności metod badawczych i procesów wytwarzania.

specyfikacji, badania i systemy ich zamknięcia, badania trwałości substancji czynnej, protokół z tych badań, wnioski i dane na temat trwałości oraz zobowiązanie na temat trwałości, opis i skład produktu leczniczego, badania rozwojowe dotyczące składu i postaci farmaceutycznej, właściwości fizykochemiczne i biologiczne, charakterystyka mikrobiologiczna. Przedsiębiorca musi dostarczyć także: odpis procesu wytwarzania produktu i jego kontroli wraz ze schematem blokowym procesu, kontrole etapów krytycznych, walidację i ocenę procesów produkcyjnych, metody badań analitycznych i walidacja metod, badanie serii produktu leczniczego, specyfikacje opakowań bezpośrednich, ich badania, świadectwa analizy, badania trwałości produktu leczniczego, dane na temat trwałości i zobowiązanie dotyczące trwałości, a także dane co do pomieszczeń i ich klasyfikacji oraz wyposażenia produkcyjnego wraz z kwalifikacją wszystkich maszyn i urządzeń produkcyjnych i badawczych²⁴. Są to wyłącznie skrótowo przedstawione wymogi.

Następnie Główny Inspektor Farmaceutyczny po weryfikacji dokumentacji systemu jakości i przeprowadzeniu inspekcji wydaje certyfikat GMP oraz zezwolenie na wytwarzanie, które są niezbędne do prowadzenia działalności wytwórczej w zakresie produktów leczniczych. Kolejnym krokiem jest rejestracja produktu w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Te kroki warunkują uzyskanie pozwolenia na wytwarzanie roślinnego produktu leczniczego. Muszą być poparte badaniami, przeprowadzonymi przez laboratoria także posiadające certyfikat GMP, których wyniki należy załączyć do wniosku. Dokumentację składa się dla każdego produktu oddzielnie. Wraz z dokumentacją należy wnieść opłatę rejestracyjną (za złożenie i ocenę wniosku rejestracyjnego). Zaczynają się one od 10 080 zł do nawet 40 000 zł w zależności od kategorii produktu leczniczego roślinnego oraz procedury.

Corocznie producent wpłaca także do Urzędu Rejestracji tzw. opłatę produktową „roczną” za każdy roślinny produkt leczniczy w wysokości od 840 zł do 2100 zł w zależności od kategorii. Ponadto wpłaca się również dodatkowe opłaty z tytułu zmian niezależnych bezpośrednio od wytwórcy, a wynikających np. ze zmiany nazwy botanicznej rośliny, zmuszających producenta do przeprowadzenia każdorazowej korekty w dokumentacji. Opłaty dodatkowe mogą wynosić od ok. 1000 zł, przy drobnych zmianach, do nawet ok. 17 000 zł przy dużych zmianach niektórych produktów roślinnych o ugruntowanym zastosowaniu (np. zmiana pochodzenia surowca roślinnego lub zmiana w procesie wytwarzania substancji czynnej roślinnej). Wymienione wcześniej badania także generują koszt od 6000 zł do 8000 zł. Badania każdej serii roślinnego produktu leczniczego wpro-

²⁴ Komunikat prasowy na stronie Biznes.gov.pl, *Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego w procedurze narodowej. Uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego*, <https://www.biznes.gov.pl/pl/opisy-procedur/-/proc/41> (dostęp: 8.08.2022 r.).

wadzanego na rynek farmaceutyczny do aptek i sklepów zielarsko-medycznych także stanowią wydatek w wysokości kilku tysięcy złotych²⁵.

Dla porównania producent suplementów diety jest zobowiązany do notyfikacji o wytwarzaniu i wprowadzeniu do obrotu suplementu diety oraz przesłania elektronicznie do GIS²⁶ wraz z przedstawieniem projektu etykiety²⁷; wytwarzanie i wprowadzenie do obrotu jest możliwe natychmiast po dokonaniu zgłoszenia. Możliwa jest kontrola sanepidu w zakresie spełnienia warunków sanitarnych, jednakże – jak wskazuje przytoczony wcześniej raport NIK – kontrola w tym zakresie w praktyce nie istnieje²⁸. Ponadto brak jest wymogu standaryzacji jakościowej surowca, co nie daje żadnych gwarancji, że jest on bezpieczny i posiada przypisane mu właściwości, a także producent suplementów nie ma obowiązku uiszczenia jakichkolwiek opłat zgłoszeniowych²⁹.

Analizując tę ewidentną dysproporcję, nie jest trudno wyciągnąć kilka wniosków. Wyznaczanie tych samych wymagań suplementom diety, które w świadomości konsumentów niejednokrotnie są produktami tożsamymi co do swoich właściwości, sprzedawanym w tych samych placówkach (jakimi są apteki czy też sklepy zielarsko-medyczne) co leki, stanowi problem. Jednocześnie suplementy diety, którym ich producenci przypisują właściwości prozdrowotne, wciąż podlegają ustawie o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Dzieje się tak, choć ustawodawca wyraził intencję, by zadbać o tę kwestię poprzez ustanowienie kategorii „produktów z pogranicza” w art. 3a pr. farm. W wypadku, w którym producent chce przypisać suplementom właściwości prozdrowotne właściwe produktom leczniczym, musi liczyć się z podleganiem tych produktów zdecydowanie bardziej rygorystycznemu reżimowi prawnemu ustawy – Prawo farmaceutyczne. Nie przyniosło to jednak oczekiwanego skutku. Jak wskazuje praktyka wykładni prawa w tym zakresie, klasyfikacja danego produktu w kontekście nieostrych zasad prawa polskiego wciąż stanowi problem. W dalszym ciągu brakuje odpowiednich podstaw prawnych dla efektywnego i szybkiego wystąpienia do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w celu uzyskania wiążącej opinii, czy dany produkt jest produktem leczniczym³⁰. W teorii przepisy przewidujące możliwość wystąpienia o tego typu opinię mogłyby pomóc w zwalczaniu nieuczciwych praktyk, takich jak np. przypisywanie suplementowi diety właściwości leczniczych.

²⁵ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

²⁶ Główny Inspektor Sanitarny, dalej: GIS.

²⁷ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. w sprawie składu oraz oznakowania suplementów diety (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1951, z późn. zm.).

²⁸ Informacja o wynikach kontroli, *Dopuszczanie do obrotu...*; Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.).

²⁹ Zob. ustawę o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

³⁰ M. Świerczyński, *Produkty lecznicze i suplementy diety. Glosa do wyroku TS z dnia 15 listopada 2007 r.*, C-319/05, LEX/el. 2010.

Stan prawny dopuszczający konkurowanie ze sobą tych produktów ma wpływ nie tylko na producentów leków roślinnych, ale także na pacjentów. Taka sytuacja powoduje, że w aptekach farmaceuci, pełniący zawód „zaufania publicznego”, sprzedają niestandardyzowane produkty spożywcze, które nie są *de facto* w żaden sposób kontrolowane pod względem bezpieczeństwa stosowania. Według raportu Najwyższej Izby Kontroli w wielu przypadkach suplementy diety są niskiej jakości, a zarówno PKZ, jak i NIK alarmują o praktykach polegających na wprowadzaniu konsumentów w błąd przez stosowanie powszechnie znanych nazw produktów leczniczych³¹. W takim wypadku apteka staje się pośrednio gwarantem produktu spożywczego niewiadomej jakości, gdyż hurtownia farmaceutyczna, kierując się potencjałem biznesowym danego produktu, oferuje głównie własny wyrób, a nie produkt leczniczy, którego powinna być dystrybutorem, będąc jednocześnie jedynym podmiotem mającym możliwość dystrybucji leków.

II. PRAWO FARMACEUTYCZNE

Jak zostało wcześniej wskazane, obrót hurtowy produktami leczniczymi mogą prowadzić wyłącznie hurtownie farmaceutyczne. Ta kontrowersyjna zmiana nastąpiła w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej z dnia 19 grudnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw³², która spowodowała kardynalne zmiany w obrocie hurtowym produktami leczniczymi³³. Uderzyło to przede wszystkim w producentów produktów leczniczych, którzy nie mogą prowadzić obrotu hurtowego bezpośrednio, a posiadając nawet własny punkt sprzedaży detalicznej, są zmuszeni do wprowadzania do niego własnego produktu poprzez hurtownię farmaceutyczną. W tej części artykułu przedmiotem analizy będzie następujące zagadnienie: dlaczego obecny stan prawny nie tylko zagraża działalności producentów produktów leczniczych, lecz także narusza zasady poprawnej implementacji prawa Unii Europejskiej i prawo konkurencji.

Przed wszystkim należy przybliżyć rozumienie pojęcia „obrotu hurtowego” na tle ustawy – Prawo farmaceutyczne. Ustawa rozumie przez to wszelkie działanie polegające na zaopatrywaniu się, przechowaniu, dostarczaniu lub eksportowaniu produktów leczniczych, a także wywozie leków z terytorium Rze-

³¹ Informacja o wynikach kontroli, *Dopuszczanie do obrotu...*; Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosc/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.).

³² Dz.U. z 2015 r., poz. 28, z późn. zm.

³³ B. Nowak-Chrzęszczyk, *Komentarz do art. 72*, (w:) W. L. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016.

czypospolitej Polskiej oraz przywozie leków z terytorium państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA)³⁴. Obejmuje to więc czynności faktyczne i prawne związane z nabyciem, a następnie zbyciem produktów leczniczych³⁵. Ponadto obrót hurtowy oznacza również przechowywanie produktów leczniczych w magazynie i zaopatrywanie punktów sprzedaży detalicznej³⁶. Bezpośrednie zaopatrywanie odbiorców końcowych nie jest natomiast postrzegane jako obrót hurtowy.

Zgodnie z art. 72 pr. farm. obrót hurtowy produktami leczniczymi mogą prowadzić wyłącznie hurtownie farmaceutyczne. Wynika z tego *a contrario* zakaz obrotu tymi produktami, a więc też przechowywania, dostarczania i eksportowania, przez jakikolwiek inny podmiot³⁷. Wyjątek stanowi art. 72 ust. 8 pkt 2 pr. farm. oraz art. 42 ust. 1 pkt 2 pr. farm. Z tych artykułów wynika, że obrotu hurtowego nie stanowi przyjmowanie i wydawanie produktów leczniczych przeznaczonych na pomoc humanitarną, a produkty krwiopochodne wytwórca może dystrybuować bezpośrednio. Zasygnalizować więc należy, że ustawodawca dopuszcza wprowadzenie wyjątków od zasady dystrybucji produktów leczniczych wyłącznie przez hurtownie farmaceutyczne. Wyjątki te nie mają żadnego znaczenia na tle stanu faktycznego rozpatrywanego w niniejszym artykule. Nie dotyczą one bowiem ziół zarejestrowanych jako produkty lecznicze.

Hurtownie farmaceutyczne otrzymały niezwykle uprzywilejowaną pozycję. Obecnie tylko one mogą prowadzić obrót produktami leczniczymi (z zastrzeżeniem wyjątków, które zostały wskazane wcześniej). Ponadto hurtownie są uprawnione nie tylko do nabywania i sprzedaży produktów leczniczych, wytworzonych przez innych producentów, lecz także do przechowywania i dostarczania własnych produktów leczniczych. Z tego wynika, że hurtownia, która sama wytwarza produkty lecznicze, jest konkurentem dla producenta tychże produktów, które on natomiast powinien wprowadzić do obrotu wyłącznie za pośrednictwem hurtowni. W takich warunkach dochodzi do bardzo niebezpiecznej sytuacji, grożącej zakłóceniem konkurencji na rynku. Hurtownie mogą utrudniać wprowadzenie na rynek produktów leczniczych innych przedsiębiorców, działając tym samym na swoją korzyść. Przykładowo, realizować takie działania można chociażby przetrzymując dłużej produkty lecznicze innych producentów do momentu, aż się przeterminują. Przepisy prawne nie nakładają przecież na hurtownie obowiązku dostarczania wszystkich produktów leczniczych, które do nich trafiają. Zostanie to więc najwyżej potraktowane jako odpowiedzialność *ex contractu*. W porównaniu z zyskami, jakie hurtownie mogą mieć z takiej działalności, ryzyko jest znikome.

³⁴ Zob. art. 72 ust. 3 pr. farm.

³⁵ B. Nowak-Chrząszczyk, *Komentarz do art. 72*, (w:) W. L. Olszewski (red.), *Prawo...*

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Petycja w przedmiocie...

Producenci leków nie są więc obecnie dopuszczeni do obrotu hurtowego wytworzonych przez siebie produktów leczniczych. Skonstruowane w ten sposób prawo jest destrukcyjne dla tej branży (zwłaszcza w kontekście małych i średnich przedsiębiorstw) na tyle, że stało się przedmiotem nie jednej petycji³⁸. Wydaje się to tym bardziej oburzające, zważywszy na fakt, że Polska należy do największych europejskich producentów farmaceutycznych surowców zielarskich, a także zajmuje czołowe miejsce w spożyciu roślinnych produktów leczniczych nawet wśród takich potęg jak Niemcy, Francja czy Włochy. Tradycja stosowania leków ziołowych w Polsce od wielu dziesięcioleci stanowi znaczny udział w terapii leczniczej oraz szeroko rozumianej profilaktyce zdrowia, a badania nad produktem leczniczym roślinnym zajmują coraz więcej miejsca w instytutach naukowych³⁹. Ograniczenie uprawnień producentów, poprzez uprzywilejowanie pozycji hurtowni farmaceutycznych, może negatywnie wpłynąć na rynek i rażąco zaburzyć konkurencję. Dla konsumentów z kolei oznacza to, że wybór produktów leczniczych może zostać ograniczony (niekonieczne do tych, które są najlepsze na rynku). Obecnie decyzja, czy jakiś produkt leczniczy trafi na rynek, zależy *de facto* od hurtowni farmaceutycznych. Może to doprowadzić do znaczącego zepsucia jakości tego rodzaju produktów (w związku z możliwością „kontroli” konkurencji) oraz podzielenia rynku. W różnych regionach Polski będą dostępne inne produkty lecznicze, skoro będą o tym decydować odrębne hurtownie farmaceutyczne. Spowoduje to absurdalną sytuację, w której konsument będzie mógł kupić określone leki w Krakowie, ale w Warszawie już ich nie znajdzie.

Ponadto, jak zostało zauważone wcześniej, w praktyce dość często się zdarza, że hurtownie farmaceutyczne wytwarzają suplementy diety niezwykle podobne z nazwy i właściwości do leków⁴⁰. Wynika to z trudności w zakresie interpretacji różnicy między produktem leczniczym a innymi kategoriami produktów, w tym też suplementów, co jest sygnalizowane m.in. w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)⁴¹. Jest to dość niebezpieczne, ponieważ wprowadzenie suplementów diety na rynek nie wiąże się z koniecznością spełnienia tak restrykcyjnych wymogów, jak w przypadku produktów leczniczych. Jeśli produkt odpowiada ściśle definicji suplementu diety, nie należy wówczas stosować przepisów ustawy – Prawo farmaceutyczne⁴². Wprowadzenie na rynek suplementów jest więc o wiele tańsze. W jednym z wyroków TSUE odniósł się do tej problematyki i stwierdził, że „wywieranie wpływu na funkcje fizjologiczne organizmu nie jest przypisane jedynie produktom leczniczym, lecz jest także cechą suplementów diety i dlatego produkt leczniczy powinien ponadto

³⁸ Na przykład Petycja w przedmiocie...

³⁹ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

⁴⁰ Petycja w przedmiocie...

⁴¹ W. Zieliński, *Komentarz do art. 3a, (w:) M. Kondrat (red.), Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016.

⁴² *Ibidem*.

wykazywać właściwości lecznicze lub profilaktyczne⁴³. Mimo wszystko nie rozwiązuje to problemu, ponieważ w praktyce produkowane są suplementy diety, których opis, nazwa i opakowanie wprowadzają konsumentów w błąd. Nie zważając na to, że ustawodawca próbował uregulować tę kwestię w art. 3a pr. farm., suplementy diety wciąż nie podlegają regulacji ustawy – Prawo farmaceutyczne. Zdarza się, że konsument traktuje suplementy jako leki. Jest to istotne zagadnienie z punktu widzenia obrotu hurtowego dlatego, że zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „utworzenie połączenia od producenta wprost do sprzedawcy detalicznego zmniejsza też ryzyko wejścia na rynek produktów podrobionych, a przynajmniej ułatwia ich wykrycie”⁴⁴.

W takiej sytuacji hurtownie farmaceutyczne mogą wywoływać tym bardziej fatalne skutki dla rynku farmaceutycznego. Oprócz tego, że dowolnie mogą kształtować dostęp producentów do rynku, to również mogą wytwarzać suplementy diety o właściwościach niezwykle podobnych do leków i wprowadzać je na rynek. Może to doprowadzić do sytuacji, w której zamiast produktu leczniczego producenta, który spełnia wszystkie niezbędne wymogi, na półki apteczne trafi suplement diety hurtowni farmaceutycznej, który dzięki chwytom marketingowym zostanie potraktowany przez konsumenta jako lek. Niewątpliwie, w zdrowych warunkach rynkowych na półki powinny trafiać zarówno leki każdego producenta (w tym też hurtowni), które spełniają odpowiednie wymagania, jak i suplementy diety. Konsument, podejmując decyzję, będzie mógł porównać produkty i wybrać najbardziej odpowiedni. Dzisiaj natomiast tę decyzję, zamiast konsumenta, może podjąć hurtownia farmaceutyczna. Ponadto nie mamy gwarancji, że produkt wytwarzany przez hurtownię będzie lekiem, a nie suplementem będącym „prawie lekiem”. Poprzez takie postępowanie możliwe jest wprowadzenie w błąd konsumentów, którzy nie mając specjalistycznej wiedzy na temat różnicy pomiędzy lekiem a suplementem diety, wybierają oczywiście tańsze produkty, w przeświadczeniu, iż są to produkty lecznicze lub posiadające takie same właściwości, czyli zawierające określoną substancję czynną⁴⁵. Pozostaje liczyć na uczciwość hurtowni farmaceutycznych.

Rozważmy więc, z czego wynika takie ukształtowanie powyższych przepisów. Zostały one wprowadzone w drodze implementacji dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnoto-

⁴³ *Ibidem*; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 15 listopada 2007 r., C-319/05, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec, Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu 2007, nr I1A, poz. I-9811.

⁴⁴ W. Wiśniewska, *Stosowanie praktyk ograniczających konkurencję w sektorze farmaceutycznym na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjhsZTh_f34AhXJlYsKHxKDDxMQFn-ECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fuokik.gov.pl%2Fdownload.php%3Fplik%3D12043&usg=AOvVaw29pNKDpMEtF8eURoUwWntg (dostęp: 6.08.2022 r.).

⁴⁵ Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 05.08.2022 r.).

wego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi⁴⁶. Ciekawe jest natomiast to, że art. 1 dyrektywy 2001/83/WE definiuje dystrybucję hurtową produktów leczniczych, jako:

„działalność obejmującą zaopatrzenie, przechowywanie, dostawę lub wywóz produktów leczniczych, oprócz dostaw dla ludności. Obszar takiej działalności obejmuje producentów lub ich składnice hurtowe, importerów, innych hurtowników czy też farmaceutów i osoby uprawnione do dostaw produktów leczniczych dla ludności w danym Państwie Członkowskim”.

W drugim zdaniu tej definicji dyrektywa 2001/83/WE wprost mówi, że dystrybucję hurtową produktów leczniczych mogą dokonywać również producenci. Ponadto, zgodnie z art. 77 ust. 3 dyrektywy 2001/83/WE, możliwość prowadzenia dystrybucji hurtowej produktów leczniczych jest uzależniona od posiadania odpowiedniego pozwolenia, a nie od bycia określonym podmiotem. Cytując ten artykuł:

„1. Państwa Członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki, aby zagwarantować, że dystrybucja hurtowa produktów leczniczych podlega obowiązkowi posiadania pozwolenia na prowadzenie działalności hurtowej w branży produktów leczniczych, podającego miejsce, na którym obowiązuje.

(...)

3. Posiadanie pozwolenia na wytwarzanie obejmuje pozwolenie na dystrybucję hurtową produktów leczniczych objętych tym pozwoleniem. Posiadanie pozwolenia na prowadzenie działalności hurtowej w branży produktów leczniczych nie stanowi zwolnienia z obowiązku posiadania pozwolenia na wytwarzanie oraz spełniania warunków określonych w tym względzie, nawet w przypadku gdy działalność w zakresie wytwarzania lub przywozu jest działalnością drugorzędą”.

Z czego w takim razie wynika odmienne uregulowanie w ustawie – Prawo farmaceutyczne? Nasuwa się dość oczywisty wniosek: obecne brzmienie ustawy – Prawo farmaceutyczne wynika z błędnego zaimplementowania dyrektywy 2001/83/WE, a mianowicie nieuwzględnienia przez ustawodawcę definicji zawartych w art. 1 dyrektywy 2001/83/WE. Takie stanowisko nie jest nowatorskie i od lat jest wyrażane również wśród producentów produktów leczniczych⁴⁷. Wadliwa implementacja powoduje zakłócenie działalności na rynku produktów leczniczych, co jest zgłaszane już od kilku lat przez producentów⁴⁸. Niedopuszczalne jest obowiązywanie w porządku prawnym wadliwie zaimplementowanych przepisów, w związku z tym konieczne jest rozważenie zmiany takich regulacji prawnych.

⁴⁶ Dz.Urz. UE L nr 311 z 2001 r., s. 67, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0083> (dostęp: 09.08.2022 r.); dalej: dyrektywa 2001/83/WE.

⁴⁷ Petycja w przedmiocie...

⁴⁸ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

Państwa członkowskie są obowiązane do naprawienia wyrządzonej szkody jednostkom wskutek niepełnego dokonania transpozycji dyrektywy 2001/83/WE⁴⁹. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, jeśli państwo dopuściło się naruszenia prawa wspólnotowego, powinno ono naprawić szkodę wyrządzoną jednostce. Ocenia się przy tym, czy naruszony przepis przyznaje jednostce określone uprawnienia i czy istnieje związek przyczynowy między tym naruszeniem a szkodą, a ponadto, czy owo naruszenie ma wystarczająco poważny charakter⁵⁰. W prawie polskim podstawę tej odpowiedzialności stanowi art. 417¹ § 4 k.c. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny regulacja ta może służyć naprawieniu szkód wynikłych z wadliwej implementacji dyrektywy 2001/83/WE⁵¹. Podkreśla się, że „naruszenie prawa unijnego przez ustawodawcę polskiego – przez ustanowienie normy prawnej niezgodnej z tym prawem lub przez wadliwą implementację dyrektyw – stanowi podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa”⁵². Producenci mogą więc skorzystać z tej ścieżki i wytoczyć powództwo przeciwko Skarbowi Państwa, żądając odszkodowania za wadliwą implementację dyrektywy. Na producentach będzie spoczywał ciężar udowodnienia, że przepis dyrektywy, uprawniający producentów do dokonywania obrotu hurtowego, bezpośrednio przyznawał prawa jednostkom, naruszenie w postaci wadliwej implementacji było wystarczająco poważne, a między szkodą a wadliwą implementacją występuje bezpośredni związek przyczynowy⁵³. Takie postępowanie dowodowe, jak się wydaje, jest trudne i czasochłonne. Ponadto nie ma gwarancji, że producentom uda się wykazać i udowodnić wszystkie powyższe przesłanki, iż wadliwa implementacja dyrektywy w tym przypadku powinna skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa. Uwzględniając natomiast ryzyka, można próbować takie powództwa wytaczać.

Należy również zasygnalizować, że co do zasady dyrektywy nie są bezpośrednio stosowane w państwach członkowskich. Wyjątek stanowi sytuacja, w której doszło do niewłaściwej transpozycji dyrektywy (lub braku transpozycji), a przepisy dyrektywy są bezwarunkowe, wystarczająco jasne, precyzyjne oraz przyznają prawa osobom prywatnym. Analizując art. 1 dyrektywy 2001/83/WE można stwierdzić, że jest on bezwarunkowy, jasny i precyzyjny. Stanowi on wprost, że obrót hurtowy mogą prowadzić również producenci. Sporne może być, czy przepis ten przyznaje prawa osobom prywatnym. Natomiast nawet w przypadku odpowiedzi przeczącej, władze państwa członkowskiego mają obowiąz-

⁴⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 czerwca 2018 r., I ACa 105/17, LEX nr 2519443.

⁵⁰ G. Karaszewski, *Komentarz do art. 417¹*, (w:) J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² J. Gudowski, G. Bieniek, *Komentarz do art. 417¹*, (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018.

⁵³ *Ibidem*.

zek uwzględniać dyrektywę, której implementacja została dokonana w sposób wadliwy⁵⁴. Podsumowując, w sporze ze Skarbem Państwa należy więc rozważyć także powołanie się na bezpośrednie stosowanie art. 1 dyrektywy 2001/83/WE.

Prowadzenie obrotu hurtowego również przez producentów wcale nie wpływa negatywnie na bezpieczeństwo wytwarzanych produktów leczniczych. Producent leków musi spełniać te same co hurtownia farmaceutyczna warunki „Dobrej Praktyki Dystrybucji” i dlatego nic nie stoi na przeszkodzie, aby mógł dostarczać swoje produkty bezpośrednio do aptek. W związku z tym bezzasadne jest tworzenie własnej hurtowni farmaceutycznej przez producentów produktów leczniczych roślinnych, gdyż koszty jej prowadzenia dla kilkudziesięciu własnych produktów są nieuzasadnione ekonomicznie. Brak zatem jakiegokolwiek zagrożenia dla zdrowia publicznego, a wręcz przeciwnie – omawiana zmiana przyczyni się do wzmocnienia jego ochrony poprzez zapewnienie pacjentowi realnego dostępu do produktów leczniczych roślinnych i dokonania przez niego wyboru tego produktu zamiast niestandardyzowanego produktu spożywczego, który może nie spełnić żadnych oczekiwanych rezultatów leczniczych, a nawet przyczynić się do pogorszenia zdrowia pacjenta⁵⁵. Jednocześnie umożliwi to producentom nawiązanie bezpośredniego kontaktu z punktami sprzedaży detalicznej, co wpłynie na obniżenie ceny detalicznej dla pacjenta, ponieważ wyeliminuje pośrednictwo hurtowni farmaceutycznej z łańcucha obrotu.

III. PRAWO KONKURENCJI

Z wyżej omawianą problematyką ściśle wiąże się ochrona konkurencji i przeciwdziałanie praktykom ją ograniczającym. Należy przede wszystkim rozważyć to, że błędna implementacja dyrektywy doprowadziła do sytuacji, w której hurtownie farmaceutyczne mają pozycję dominującą⁵⁶. Pozycję dominującą należy rozumieć jako „pozycję siły ekonomicznej posiadanej przez danego przedsiębiorcę, która umożliwia mu powstrzymanie skutecznej konkurencji na danym rynku poprzez swobodę zachowania się w dużej mierze niezależnie od konkurentów, klientów

⁵⁴ Nota tematyczna o Unii Europejskiej Parlamentu Europejskiego, *Źródła i zakres prawa Unii Europejskiej*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/6/zrodla-i-zakres-prawa-unii-europejskiej> (dostęp: 6.08.2022 r.).

⁵⁵ Informacja o wynikach kontroli, *Dopuszczanie do obrotu...*; Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.).

⁵⁶ Petycja w przedmiocie...

(dostawców) i w końcu konsumentów”⁵⁷. W związku z tym istnieje ryzyko, że hurtownie farmaceutyczne będą nadużywać pozycji dominującej.

Zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁵⁸ zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej. Przez nadużywanie pozycji dominującej rozumie się m.in. ograniczanie zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów, przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji oraz podział rynku według kryteriów podmiotowych. Kluczowe w tym zakresie jest zachowanie jednego przedsiębiorcy, który nadużywa swojej siły rynkowej⁵⁹. Zakazane są takie działania przedsiębiorcy dominującego, które są kwalifikowane jako antykonkurencyjne z uwagi na ich rzeczywiste lub potencjalne skutki⁶⁰. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie „nadużycie pozycji dominującej będą stanowić takie zachowania dominanta, które są niezgodne z dobrym obyczajem, poczuciem sprawiedliwości i słuszności, lub takie, które z innych względów odbiera się jako niewłaściwe”⁶¹.

Niewątpliwie jest, że hurtownie farmaceutyczne oraz producenci produktów leczniczych działają na jednym rynku, którym jest rynek farmaceutyczny. Uregulowanie sytuacji prawnej hurtowni farmaceutycznych w taki sposób, że zyskują one pozycję dominującą na tym rynku i mogą *de facto* narzucać warunki producentom produktów leczniczych, jest bardzo niebezpieczne pod kątem możliwości naruszenia art. 9 u.o.k.k. W tym wypadku można mówić również o stosunku uzależnienia, jaki łączy producentów z hurtownią⁶². Powoduje to niepewną sytuację prawną oraz faktyczną producentów produktów leczniczych. Wprowadzone przez ustawodawcę przepisy stwarzają warunki, które bezpośrednio mogą doprowadzić do nadużycia pozycji dominującej przez hurtownie farmaceutyczne. Jak widać, w praktyce nie są to sytuacje rzadkie⁶³.

Kolejną niezwykle istotną kwestią jest to, że zgodnie z art. 10 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁶⁴, oznaczanie towarów w taki sposób, który mógłby wprowadzić konsumentów w błąd, jest czynem nieuczciwej konkurencji. Odnosi się to do problematyki rozróżnienia suplementów diety od leków. Konsumenty są notorycznie wprowadzani w błąd, kupując suplementy diety, które są reklamowane jako leki. Zgodnie z badaniem przepro-

⁵⁷ Komunikat na stronie UOKiK, *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*, Warszawa 2003, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=1605> (dostęp: 16.01.2022 r.).

⁵⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 275; dalej: u.o.k.k.

⁵⁹ A. Stawicki, *Komentarz do art. 9*, (w:) E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Petycja w przedmiocie...

⁶³ Potwierdzone przez PKZ w Oświadczeniu...

⁶⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233.

wadzonym przez Najwyższą Izbę Kontroli: „reklamy poszczególnych produktów zawierają m.in. treści, które przypisują suplementom właściwości lecznicze, sugerują, że stanowią one niezbędny element codziennej diety, będący remedium na liczne dolegliwości i potrzeby; obiecują szybką poprawę zdrowia oraz wykorzystują niewiedzę, nieświadomość, brak doświadczenia klientów, nadużywają zaufania odbiorców”⁶⁵. Badania przeprowadzone przez Inspekcję Handlową w 2017 r. wykazują, że aż 20% suplementów diety jest oznaczonych w taki sposób, który może wprowadzać w błąd konsumentów⁶⁶. Nie jest to głównym celem tego artykułu, ale należy postulować również zmiany w tym zakresie.

Oceniając sytuację w całej Unii Europejskiej, powyższe zagrożenia zauważa również Parlament Europejski, który w dniu 7 czerwca 2016 r. przyjął rezolucję dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw żywności⁶⁷. Parlament wskazał na wiele problemów, w tym:

„1. brak możliwości skutecznego penalizowania naruszeń obecnego prawa konkurencji z uwagi na brak kompleksowej regulacji pewnych zachowań, które wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż penalizacja ta występuje jedynie wobec niektórych takich zachowań antykonkurencyjnych;

2. zgłaszane przez podmioty uczestniczące w łańcuchu dostaw produktów spożywczych ograniczenia w dostępie do rynku;

3. fakt, iż nieuczciwe praktyki handlowe pojawiają się w sytuacji nierówności w stosunkach handlowych między kontrahentami w łańcuchu dostaw żywności (...);

4. konsekwencje takiego stanu rzeczy, a mianowicie skutek w postaci tego, że nieuczciwe praktyki handlowe stosowane przez strony o silniejszej pozycji przetargowej powodują narażenie konsumentów na utratę jakości, różnorodności produktów (...)”⁶⁸.

Obecne brzmienie art. 72 pr. farm. tylko potwierdza wnioski Parlamentu. Jest to niedopuszczalne nie tylko dlatego, że umożliwia naruszenie zasad uczciwej konkurencji przez hurtownie, ale również dlatego, że prawo należy kształtować w taki sposób, który jest zgodny z zasadami wolnego rynku oraz w dostateczny sposób chroni jego uczestników⁶⁹. Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem Prezesa

⁶⁵ Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.).

⁶⁶ Komunikat na stronie UOKiK, *Suplement to nie lek – kontrola Inspekcji Handlowej*, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=13933 (dostęp: 6.08.2022 r.).

⁶⁷ Suplement diety jest żywnością.

⁶⁸ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw żywności (2015/2065(INI)), Dz.Urz. UE C nr 86 z 2018 r., s. 40, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0250&from=ES> (dostęp: 9.08.2022 r.).

⁶⁹ Komunikat na stronie UOKiK, *Drozsze i niedostępne leki – konsekwencja błędnych regulacji prawnych?*, https://www.uokik.gov.pl/komentarze_wyjasnienia_i_stanowiska.php?news_id=2533 (dostęp: 9.08.2022 r.).

UOKiK⁷⁰, rynek farmaceutyczny jest szczególnie wrażliwy, jeśli chodzi o działania antykonkurencyjne: „Działania ograniczające konkurencję na rynku farmaceutycznym są szczególnie naganne. Powodują wzrost ceny leków, w tym dla konsumentów szczególnie wrażliwych, czyli seniorów”⁷¹.

Podsumowując, właściwa implementacja dyrektywy 2001/83/WE, polegająca na zmianie art. 72 pr. farm. poprzez umożliwienie dokonywania obrotu hurtowego również producentom produktów leczniczych, jest niezbędna. Ustawodawca jest zobowiązany naprawić błąd w postaci wadliwej implementacji prawa Unii Europejskiej, biorąc pod uwagę szczególnie fakt, że taka implementacja może prowadzić do praktyk antykonkurencyjnych.

IV. WNIOSKI *DE LEGE FERENDA* ORAZ MOŻLIWE ŚRODKI PRAWNE PRZYSŁUGUJĄCE PRODUCENTOM

Należy przede wszystkim postulować dokonanie prawidłowej implementacji dyrektywy 2001/83/WE. Podmiotowe ograniczenie możliwości prowadzenia obrotu produktami leczniczymi nie znajduje bowiem potwierdzenia w podanej wyżej dyrektywie.

Odnosząc się do środków prawnych przysługujących producentom, należy wskazać możliwość wytoczenia powództwa z roszczeniem odszkodowawczym przeciwko Skarbowi Państwa na podstawie art. 417¹ k.c. Oprócz tego należy też rozważyć powołanie się na bezpośrednie stosowanie art. 1 dyrektywy 2001/83/WE. Takie postępowanie obwarowane jest oczywiście ryzykiem, ponieważ postępowanie dowodowe może być niezwykle trudne. Odnośnie do możliwości wytoczenia powództwa grupowego trzeba pamiętać, że tego rodzaju postępowania odznaczają się niezwykle przewlekłością⁷² i rzadko kończą się wydaniem merytorycznego rozstrzygnięcia.

Ponadto w każdej sytuacji, w której dojdzie do nadużycia pozycji dominującej przez hurtownie farmaceutyczne, można po pierwsze zawiadomić o tym Prezesa UOKiK, a po drugie – wytoczyć powództwo przeciwko hurtowni farmaceutycznej, która dopuściła się naruszenia. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego sądy cywilne mogą samodzielnie stwierdzić nadużycie pozycji dominującej

⁷⁰ Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dalej: UOKiK.

⁷¹ Komunikat na stronie UOKiK, *Czy poprzez wymianę informacji hurtownie farmaceutyczne powodują wzrost cen leków?*, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16964 (dostęp: 9.08.2022 r.).

⁷² M. Dębiak, *Postępowanie grupowe – analiza regulacji w wymiarze teoretycznym i praktycznym po czterech latach jej funkcjonowania*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 6, s. 19–39.

i unieważnić umowę łączącą strony⁷³. Producent będzie musiał udowodnić, że umowa jest nieważna, ponieważ hurtownia nadużyła pozycji dominującej.

Skutecznego uregulowania, oprócz powyższego, wymaga sytuacja prawna suplementów diety, które konsumenci myślą z lekami. Wprowadzanie w błąd poprzez zastosowanie narzędzi marketingowych powinno być niedopuszczalne przede wszystkim w sytuacjach, kiedy dotyczy to bezpośrednio życia i zdrowia ludzi. W tym kontekście niezwykle ważne jest podnoszenie wniosków *de lege ferenda*, jakie Najwyższa Izba Kontroli uznała za kluczowe w kontekście regulacji tego segmentu rynku. Już w 2017 r. NIK postulował zwrócenie się do Prezesa Rady Ministrów o podjęcie przez rząd inicjatywy ustawodawczej mającej m.in. na celu: „wprowadzenie systemu opłat za notyfikację suplementów diety; wprowadzenie systemu ostrzegania konsumentów przed niezbadanymi suplementami diety znajdującymi się w obrocie, poprzez informowanie o fakcie nienotyfikowania danego suplementu diety; wydzielenie z rejestru GIS suplementów diety, wobec których podjęto działania weryfikujące z uwagi na wątpliwości, co do ich jakości (szczególnie bezpieczeństwa); uregulowanie procedur wycofywania z rynku przez producenta lub dystrybutora suplementów diety, bądź zaprzestania ich produkcji/dystrybucji i rezygnacji z wprowadzania do obrotu; ustalenie tzw. zerowego poziomu dla wybranych składników suplementów diety, gdy takie składniki, ze względu na ochronę życia lub zdrowia ludzkiego, uznane zostaną za niebezpieczne; podwyższenie kar pieniężnych dla podmiotów wprowadzających do obrotu niebezpieczne lub nielegalne suplementy diety do poziomu, by zgodnie z art. 17 ust. 2 unijnego rozporządzenia nr 178/2002 – były skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające”⁷⁴. Najwyższa Izba Kontroli zwróciła się także do Ministra Zdrowia o przeprowadzenie wielu działań projektodawczych, mających na celu zapewnienie wysokiego poziomu bezpieczeństwa konsumentów, a także zwróciła uwagę na potrzebę doprecyzowania istniejącego już obowiązku zamieszczania na opakowaniach informacji, że dany produkt jest suplementem diety. Powinno to być robione w taki sposób, aby informacje te były czytelne oraz łatwo dostrzegalne dla każdego konsumenta (tzn. o rozmiarach czcionki umożliwiającej zapoznanie się z tą informacją różnym grupom konsumentów).

Z perspektywy producentów roślinnych produktów leczniczych kluczowa jest nowelizacja art. 72 pr. farm. PKZ postuluje zmianę w tym zakresie z obecnego brzmienia: „obróć hurtowy produktami leczniczymi, z zastrzeżeniem ust. 8 pkt 2, mogą prowadzić wyłącznie hurtownie farmaceutyczne”, tak aby uwzględnić w nim możliwość prowadzenia obrotu hurtowego również przez producentów w zakresie asortymentu produkcji własnej. Tego typu zmiana pozwoliłaby

⁷³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 2008 r., III CZP 52/08; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 marca 2006 r., I CSK 83/05.

⁷⁴ Informacja o wynikach kontroli, *Dopuszczanie do obrotu...*; Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.).

na znaczną poprawę sytuacji producentów leków oraz zapewne poprawiła jakość roślinnych produktów leczniczych trafiających do pacjentów.

REFERENCES

- Bąk A., *Suplementy diety – żywność czy lek? Problem regulacji prawnych produktów z pogranicza*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 1
- Business Insider, *Jak wygląda rynek hurtowy leków w Polsce? Jego struktura może nie być korzystna dla pacjentów*, <https://businessinsider.com.pl/biznes/jak-wyglada-rynek-hurtowy-lekow-w-polsce-jego-struktura-moze-nie-byc-korzystna-dla/9sglbp> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Dębiak M., *Postępowanie grupowe – analiza regulacji w wymiarze teoretycznym i praktycznym po czterech latach jej funkcjonowania*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 6
- Gudowski J., Bieniek G., *Komentarz do art. 417^l*, (w:) J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018
- Informacja o wynikach kontroli, *Dopuszczanie do obrotu suplementów diety*, LLO.430.002.2016, nr ewid. 195/2016/P/16/078/LLO, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,13031,vp,15443.pdf> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Karaszewski G., *Komentarz do art. 417^l*, (w:) J. Ciszewski, P. Nazaruk (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022
- Komunikat Głównego Inspektoratu Farmaceutycznego dotyczący Certyfikatu Dobrej Praktyki Wytwarzania, <https://www.gov.pl/web/gif/certyfikat-dobrej-praktyki-wytwarzania--inspekcja-na-terytorium-rp> (dostęp: 7.08.2022 r.)
- Komunikat na stronie UOKiK, *Czy poprzez wymianę informacji hurtownie farmaceutyczne powodują wzrost cen leków?*, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=16964 (dostęp: 9.08.2022 r.)
- Komunikat na stronie UOKiK, *Droższe i niedostępne leki – konsekwencja błędnych regulacji prawnych?*, https://www.uokik.gov.pl/komentarze_wyjasnienia_i_stanowiska.php?news_id=2533 (dostęp: 9.08.2022 r.)
- Komunikat na stronie UOKiK, *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*, Warszawa 2003, <https://uokik.gov.pl/download.php?plik=1605> (dostęp: 16.01.2022 r.)
- Komunikat na stronie UOKiK, *Suplement to nie lek – kontrola Inspekcji Handlowej*, https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=13933 (dostęp: 6.08.2022 r.)
- Komunikat prasowy na stronie Biznes.gov.pl, *Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego w procedurze narodowej. Uzyskanie pozwolenia na dopuszczenie do obrotu produktu leczniczego*, <https://www.biznes.gov.pl/pl/opisy-procedur/-/proc/41> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Najwyższa Izba Kontroli, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-dopuszczaniu-do-obrotu-suplementow-diety.html> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Nota tematyczna o Unii Europejskiej Parlamentu Europejskiego, *Źródła i zakres prawa Unii Europejskiej*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pl/sheet/6/zrodla-i-zakres-prawa-unii-europejskiej> (dostęp: 6.08.2022 r.)

- Nowak-Chrzęszczyk B., *Komentarz do art. 72*, (w:) W. L. Olszewski (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016
- Oświadczenie PKZ z dnia 7 lutego 2022 r., wydane przez dr. hab. Marcina Ożarowskiego (dołączone do artykułu)
- Przedłożona przez PKZ Petycja w przedmiocie zmiany przepisów prawa, <https://www.pkz.pl/wp-content/uploads/2018/03/Petycja.pdf> (dostęp: 5.01.2022 r.)
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie nieuczciwych praktyk handlowych w łańcuchu dostaw żywności (2015/2065(INI)), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IP0250&from=ES> (dostęp: 9.08.2022 r.)
- Stawicki A., *Komentarz do art. 9*, (w:) E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2016
- Stych M., *Administracyjnoprawne zagadnienia suplementu diety*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2013, nr 10
- Świerczyński M., *Produkty lecznicze i suplementy diety. Glosa do wyroku TS z dnia 15 listopada 2007 r., C-319/05*, LEX/el. 2010
- Wiśniewska W., *Stosowanie praktyk ograniczających konkurencję w sektorze farmaceutycznym na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2012, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjhsZTh_f34AhXJIYsKHxKDDxMQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fuokik.gov.pl%2Fdownload.php%3Fplik%3D12043&usg=AOvVaw29pNKDpMEtF8eURoUwwntg (dostęp: 6.08.2022 r.)
- Zieliński W., *Komentarz do art. 3a*, (w:) M. Kondrat (red.), *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, Warszawa 2016

Marek Dobrowolski

Katolicki Uniwersytet Lubelski im. Jana Pawła II, Polska

e-mail: marek.dobrowolski@kul.pl

ORCID: 0000-0002-5201-6042

Aleksander Stępkowski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: astepkowski@uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-8760-0601

SKARGA NADZWYCZAJNA – DOPEŁNIENIE SYSTEMU OCHRONY PORZĄDKU KONSTYTUCYJNEGO

EXTRAORDINARY COMPLAINT – SUPPLEMENTING THE SYSTEM FOR PROTECTING CONSTITUTIONAL ORDER

Abstract

The article discusses the deficit of legal remedies allowing for the judicial review of the constitutionality of final court's judgments. The deficit resulting from the narrow scope of the constitutional complaint as administered by the Constitutional Tribunal under the Art. 79 of the Constitution of the Republic of Poland, has been considerably reduced since 2018. The constitutional complaint allows only challenging unconstitutional statutory provisions upon which a challenged judgment was issued. This does not allow challenging a judgment that was issued in breach of the Constitution itself, if it was based on statutory provisions, which are perfectly conformant to the Constitution. This narrow scope of the constitutional complaint provoked much of criticism and the call for broadening it, so as to it encompassed a judgment itself and not only its statutory base.

The paper argues that such an amendment has been already implemented in substantial dimension, without modification of the scope of the constitutional complaint. The said substantial supplementation took place through the introduction of the new extraordinary review, which started to be administered by the Supreme Court in 2018. The paper argues that extraordinary review is a form of a specific constitutional review applicable to judicial decisions. Together with the constitutional complaint, the extraordinary complaint makes the system of protection of constitution and the constitutional rights substantially much more comprehensible. While the constitutional complaint provides review of the general and abstract statutory provisions, the extraordinary complaint provides the same for specific and individual judgments.

KEYWORDS

extraordinary judicial review, constitutional review, constitutional complaint, extraordinary complaint.

SŁOWA KLUCZOWE

skarga nadzwyczajna, skarga konstytucyjna, kontrola konstytucyjności, kontrola nadzwyczajna

1. NOWY NADZWYCZAJNY ŚRODEK ZASKARŻENIA

Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego nowego nadzwyczajnego środka zaskarżenia, tj. – rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy orzekający w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych – skargi nadzwyczajnej, rozszerzyło zakres ochrony konstytucyjnego ładu Rzeczypospolitej. Głównym celem skargi nadzwyczajnej jest zapewnienie zgodności orzeczeń sądów powszechnych i wojskowych z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej (przesłanka funkcjonalna skargi nadzwyczajnej) w sytuacji, gdy orzeczenie sądowe zostało wydane z naruszeniem przesłanek szczegółowych: konstytucyjnych zasad lub wolności i praw człowieka i obywatela lub rażącego naruszenia prawa przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie, lub wydania rozstrzygnięcia sądowego na podstawie ustaleń oczywiście niezgodnych ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym (art. 89 § 1 pkt 1–3 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹).

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1904; dalej: u.SN.

Nie ulega wątpliwości, że przesłanki szczegółowe skargi nadzwyczajnej dają wyraz podstawowym standardom demokratycznego państwa prawnego. Za takie należy bowiem uznać wymóg: respektowania konstytucyjnych praw i wolności, prawidłowej wykładni prawa i jego stosowania oraz opierania orzeczeń sądów o ustalenia faktyczne mające swe podstawy w zgromadzonym materiale dowodowym. Inaczej mówiąc, przesłanki te współkształtują treść demokratycznego państwa prawa *sensu largo*, podobnie jak normy (zasady) wywiedzione z tej klauzuli przez Trybunał Konstytucyjny w latach 1990–1997, a następnie wyrażone w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.² w odrębnych przepisach prawnych, są – zgodnie z ustaleniami Trybunału Konstytucyjnego – samodzielną podstawą kontroli konstytucyjności³. Z tej perspektywy szczegółowe przesłanki skargi nadzwyczajnej, jako standardy demokratycznego prawa, stanowią odrębną od przesłanki funkcjonalnej podstawę oceny zasadności skargi nadzwyczajnej. Jednocześnie każda z tych przesłanek wskazuje na inny aspekt ochrony Konstytucji RP (w tym w szczególności praw i wolności) przy sądowym stosowaniu prawa; pierwsza z nich odwołuje się bezpośrednio do katalogu praw i wolności sformułowanego *expressis verbis* w Konstytucji RP, dwie kolejne (wymóg prawidłowego stosowania prawa oraz orzekania w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy) stanowią istotny warunek realizacji konstytucyjnej dyrektywy sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez sąd (art. 45). Kontrolę nadzwyczajną (prowadzoną przez Sąd Najwyższy poprzez rozstrzygnięcie skarg nadzwyczajnych) należy więc rozpatrywać nade wszystko w kontekście instytucji służących zapewnieniu ochrony Konstytucji RP, a w szczególności gwarantowanych tam praw i wolności.

Na bezpośredni konstytucyjny motyw wprowadzenia skargi nadzwyczajnej do polskiego systemu prawnego zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że „[j]ej wprowadzenie do polskiego porządku prawnego uzasadniano, przywołując stanowisko pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego z 12 marca 2003 r., S 1/03, oraz uzasadnienie wyroku pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego z 19 lutego 2003 r., P 11/02, w których wskazywano na ograniczony zakres, w jakim obywatele mogą korzystać ze skargi konstytucyjnej celem ochrony ich praw i wolności gwarantowanych w Konstytucji RP. Podkreślono tam, że skarga konstytucyjna została ukształtowana wąsko i jest nakierowana wyłącznie na usunięcie z porządku prawnego przepisu naruszającego prawa i wolności, nie zaś na skorygowanie wadliwości wynikającej z błędnego stosowania prawa i to także w sytuacji, kiedy miałyby ono charakter ewidentny i byłoby dostrzeżone przez instytucje szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości”⁴. W konsekwencji ustawodawca uznał, że nadzwyczajne środki zaskarżenia są „niewystar-

² Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.; dalej: Konstytucja RP.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 50, pkt 4.

⁴ *Ibidem*.

czające do ochrony konstytucyjnych wolności i praw obywateli, w przypadku ich naruszenia wyrokami sądów”, ze względu na fakt, że „w obrocie prawnym pojawiają się prawomocne orzeczenia, którym daleko do oczekiwanych standardów”⁵, a „zapadły w oparciu o przepisy ustawowe, którym nie sposób zarzucać niekonstytucyjności”⁶. Wprowadzenie skargi nadzwyczajnej miało więc na celu „zarządzenie istniejącemu do tej pory deficytowi środków zaskarżenia pozwalających eliminować z obrotu prawnego ostateczne rozstrzygnięcia sądowe, które nie mogą być uchylone lub zmienione w trybie innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia, jednak naruszają, na różne sposoby, konstytucyjne zasady oraz prawa i wolności”⁷.

Tym samym skargę nadzwyczajną należy postrzegać jako drugi, obok skargi konstytucyjnej, środek zaskarżenia o charakterze konstytucyjnym. Każdy z tych nadzwyczajnych środków ma na celu ochronę Konstytucji RP, w tym w szczególności gwarantowanych w niej praw i wolności, lecz w innych obszarach systemu prawnego. Należy więc odrzucić zarzuty podnoszone w okresie projektowania skargi nadzwyczajnej wskazujące, iż będzie ona stanowić konkurencyjny w stosunku do skargi konstytucyjnej środek ochrony konstytucyjnych praw i wolności⁸, gdyż zakres zastosowania obu instytucji są wyraźnie rozgraniczone.

2. STATUS QUO ANTE

Skarga konstytucyjna przewidziana w art. 79 Konstytucji RP długo była jedynym, przysługującym podmiotom praw konstytucyjnych, środkiem ich ochrony. Rozpoznając skargę konstytucyjną, Trybunał Konstytucyjny kontroluje konstytucyjność aktu normatywnego, na podstawie którego zapadło ostateczne rozstrzygnięcie w indywidualnej sprawie. Zakres przedmiotowy skargi konstytucyjnej obejmuje więc wyłącznie ocenę konstytucyjności podstawy prawnej rozstrzygnięcia, a nie sposób jej zastosowania. Tym samym Trybunał Konstytucyjny

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym, druk sejmowy VIII kadencji nr 2003, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2003> (dostęp: 14.08.2022 r.).

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2020 r., I NSNc 22/20, pkt 1 (orzeczenia Sądu Najwyższego przywoływane są w tym artykule na podstawie ich treści publicznie dostępnej za pośrednictwem wyszukiwarki na stronie: http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx).

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2020 r., I NSNc 22/20, pkt 1.

⁸ Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych w przedmiocie skargi nadzwyczajnej przewidzianej w prezydenckim projekcie ustawy o Sądzie Najwyższym, Warszawa, 12 listopada 2017 r., s. 16. (dołączona do druku sejmowego VIII kadencji nr 2003).

tuczny nie ma kompetencji do rozpatrywania zarzutów dotyczących dokonanej przez sąd wykładni przepisów prawa, zarzutów błędnej subsumcji stanu faktycznego dokonanej w wyroku, czy też wadliwej argumentacji wykorzystanej w ostatecznym orzeczeniu⁹. Skarga konstytucyjna nie jest bowiem środkiem mającym na celu korektę jednostkowych rozstrzygnięć podjętych w sprawie skarżącego¹⁰. Owszem, uwzględnienie skargi konstytucyjnej przez Trybunał Konstytucyjny może otworzyć drogę do ponownego rozpoznania sprawy, w związku z którą ją wywiedziono, kontrola stosowania prawa przez sądy – choćby było ono oczywiście błędne i naruszało unormowania konstytucyjne – pozostaje jednak poza kognicją Trybunału Konstytucyjnego¹¹. Jest on bowiem organem kontroli konstytucyjności, nie zaś organem wymiaru sprawiedliwości.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego konsekwentnie podkreśla się, że skarga konstytucyjna jest zawsze skargą „na przepis”, a nie na jego „konkretne, wadliwe zastosowanie, nawet jeśli to prowadziło do niekonstytucyjnego skutku”¹². W tym kontekście Trybunał Konstytucyjny wskazuje jednak, że stwierdzenie niekonstytucyjności podstawy prawnej orzeczenia „powinno prowadzić w możliwie szerokim zakresie do usunięcia niekonstytucyjności także w odniesieniu do opartych na niekonstytucyjnej normie rozstrzygnięć indywidualnych”. Należy bowiem – kontynuuje Trybunał Konstytucyjny – „nie tylko dbać o to, aby w obrocie prawnym nie pozostawały niekonstytucyjne normy, ale także należy eliminować ich skutki”¹³. Eliminacja skutków zastosowania niekonstytucyjnej normy prawnej jest wprawdzie, jak była już o tym mowa, możliwa, ale w odrębnym postępowaniu (art. 190 ust. 4 Konstytucji RP)¹⁴. Dopiero więc skorzystanie przez stronę z prawa wznowienia postępowania, uchylenia decyzji lub

⁹ Zob. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2010 r., SK 11/10, OTK ZU 2010, nr 10A, poz. 131, pkt 4.

¹⁰ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 sierpnia 2011 r., SK 13/09, OTK ZU 2011, nr 6A, poz. 68, pkt 2.

¹¹ Postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 7 maja 2013 r., SK 31/12, OTK ZU 2013, nr 4A, poz. 46, pkt 2.2; 26 października 2005 r., SK 11/03, OTK ZU 2005, nr 9A, poz. 110, pkt 2.1. Por. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 lutego 2008 r., SK 5/07, OTK ZU 2008, nr 1A, poz. 19, pkt 5.

¹² Postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 7 maja 2013 r., SK 31/12, OTK ZU 2013, nr 4A, poz. 46, pkt 2.2; 2 grudnia 2010 r., SK 11/10, OTK ZU 2010, nr 10A, poz. 131, pkt 3.1.

¹³ Tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 lipca 2019 r., SK 14/18, OTK ZU 2019, nr A, poz. 35, pkt 1. Z kolei w wyroku z dnia 24 października 2007 r., SK 7/06 (OTK ZU 2007, nr 9A, poz. 108, pkt 7.1) Trybunał w pełnym składzie podkreślił, że „[z] uwagi na swe charakterystyczne cechy konstrukcyjne, skarga konstytucyjna służy w polskim systemie prawnym w pierwszym rzędzie ochronie konstytucyjności porządku prawnego, natomiast eliminacja z obrotu niekonstytucyjnych rozstrzygnięć indywidualnych dokonuje się tylko w ramach regulacji następstw orzeczenia o niekonstytucyjności”.

¹⁴ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego tylko pośrednio dotyczy sprawy indywidualnej skarżącego w tym sensie, iż rozstrzyga o dopuszczalności stosowania określonego aktu normatywnego. Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 maja 2001 r., SK 15/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 85, pkt 1.

innego rozstrzygnięcia może pozwolić na uruchomienie mechanizmu służącego ochronie konstytucyjnych praw i wolności, jednak bezpośrednie skutki skargi konstytucyjnej mogą służyć temu celowi jedynie poprzez eliminację z systemu prawnego niekonstytucyjnych norm¹⁵. Przyjęty w Polsce model skargi konstytucyjnej wymaga bowiem od skarżącego, który chce uzyskać korzystne rozstrzygnięcie, inicjowania kolejnego, czasochłonnego postępowania¹⁶. Co więcej, nawet wówczas nie ma gwarancji, że sąd wskutek wznowienia postępowania w wyniku uwzględnienia skargi konstytucyjnej stwierdzi naruszenie praw skarżącego¹⁷.

W konsekwencji, skarga konstytucyjna ma znacznie ograniczony zakres zastosowania, nie tworzy więc kompletnego systemu ochrony konstytucyjnych praw i wolności. Za jej pomocą strona może wprawdzie dążyć do wzruszenia prawomocnego rozstrzygnięcia sądu, ale jest to procedura żmudna, a przede wszystkim możliwa do wdrożenia wyłącznie w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie sądowe zostało wydane na podstawie niekonstytucyjnej normy prawnej. W sytuacji natomiast, gdy podstawa prawna orzeczenia jest zgodna z Konstytucją RP, ale zastosowana została z oczywistym jej naruszeniem, instytucja skargi konstytucyjnej nie daje żadnych szans na ochronę konstytucyjnych praw i wolności podmiotu.

W doktrynie prawa konstytucyjnego zwraca się uwagę na ograniczoną efektywność skargi konstytucyjnej, sytuując jej przyczyny z jednej strony w przyjętym w Konstytucji RP (tzw. wąskim) modelu skargi konstytucyjnej, z drugiej zaś w rygorystycznej linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego dodatkowo zawężającej zakres skargi¹⁸. Tak ukształtowany polski model skargi konstytucyjnej uwydatnia potrzebę ustanowienia oraz specyfikę nowego środka zaskarżenia, jakim jest skarga nadzwyczajna. Ukazuje także racje, które legły u podstaw wprowadzenia do polskiego systemu prawnego kontroli nadzwyczajnej.

Po pierwsze, Trybunał Konstytucyjny był wielokrotnie zmuszony – już na etapie kontroli wstępnej – uznawać za niedopuszczalne skargi konstytucyjne wykraczające poza ramy przedmiotowe skargi (tj. skierowane przeciw orzeczeniom, a nie przeciw podstawie prawnej ich wydania). Fakt występowania takich skarg można, jak się wydaje, interpretować w sposób następujący: „subiektywne” przekonanie strony postępowania sądowego o błędności zapadłego wyroku, a czasami tylko niezadowolienie z jego treści, w sposób niejako naturalny zwracało wielu „ku konstytucji”, tak aby tam – w jej postanowieniach – „poszukiwać

¹⁵ Tak M. Florczak-Wątor, *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony konwencyjnych praw i wolności jednostki*, (w:) P. Tuleja (red.), *Prawo międzynarodowe i europejskie a sądownictwo konstytucyjne*, Kraków 2015, s. 68.

¹⁶ Por. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 401.

¹⁷ Tak P. Tuleja, M. Grzybowski, *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony praw jednostki w polskim systemie prawa* (w:), W. Skrzydło (red.), *Sądy i trybunały w Konstytucji i w praktyce*, s. 112.

¹⁸ Zob. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014, s. 135–136.

sprawiedliwości”. Owo poszukiwanie w Konstytucji RP ostatecznych podstaw dla prezentowanych w postępowaniu sądowym racji jest niewątpliwie zjawiskiem mogącym budować autorytet ustawy zasadniczej. Skarga nadzwyczajna odpowiada na te zasadne oczekiwania.

Po drugie, wśród przyczyn, które legły u podstaw przyjęcia w Konstytucji RP wąskiego modelu skargi konstytucyjnej, były przede wszystkim względy pragmatyczne. Z jednej strony były to obawy przed masowym korzystaniem przez obywateli z tego środka ochrony praw i wolności jednostki, z drugiej – i to w tym miejscu jest ważniejsze – obawa powstawania konfliktów między Trybunałem Konstytucyjnym a organami stosującymi prawo, zwłaszcza sądami¹⁹. Stworzenie drugiego, obok skargi konstytucyjnej, nadzwyczajnego środka ochrony zmniejsza znacznie ryzyko powstawania takich konfliktów.

Po trzecie, począwszy od wejścia w życie Konstytucji RP ów wąski model skargi spotykał się z krytyką przedstawicieli doktryny prawa. Wskazywano bowiem, iż przyjęty w konstytucji środek jest w istocie wnioskiem indywidualnym (porównywalnym z wnioskami podmiotów inicjujących abstrakcyjną kontrolę konstytucyjności prawa). Skarga konstytucyjna jest traktowana jako środek konkretnej kontroli konstytucyjności prawa, gdyż jest kierowana do Trybunału Konstytucyjnego w związku z konkretnym postępowaniem, ale skutki stwierdzenia niekonstytucyjności są generalne (*erga omnes*), czyli takie same (identyczne) jak w przypadku kontroli abstrakcyjnej, i sprowadzają się do wyeliminowania z systemu prawnego niekonstytucyjnej normy prawnej. W tym ujęciu skargę konstytucyjną trudno uznać za środek ochrony praw i wolności w ścisłym tego słowa znaczeniu²⁰, tj. za skuteczny, bezpośredni i efektywny środek dochodzenia konstytucyjnych praw. Skarga nadzwyczajna może zostać uznana za trafną odpowiedź na tę krytykę. Daje ona więc szanse na zwiększenie efektywności ochrony konstytucyjnych praw i wolności.

Po czwarte, w dotychczasowej dyskusji nad sposobami eliminacji mankamentów skargi konstytucyjnej, pojawiły się postulaty objęcia bezpośrednim zakresem zaskarżenia indywidualnych aktów stosowania prawa wydawanych przez poszczególne organy, gdyż to „prowadziłoby do skuteczniejszej ochrony

¹⁹ W trakcie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego przedstawiciele Sądu Najwyższego wyrażali obawy, aby Trybunał Konstytucyjny, rozstrzygając skargi konstytucyjne, nie stał się instancją sądową weryfikującą orzeczenia Sądu Najwyższego. Zob. więcej Z. Czeszejko-Sochacki, *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 1, s. 33. Por. B. Banaszak, J. Repel, *Geneza skargi konstytucyjnej w Polsce*, (w:) J. Trzeciński (red.), *Skarga konstytucyjna w Polsce*, Warszawa 2000, s. 40–44; S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do skargi konstytucyjnej – stan obecny i postulaty de lege ferenda*, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostek w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 828.

²⁰ Tak P. Tuleja, W. Wróbel, *Skarga konstytucyjna, czyli dodatkowa gwarancja praw człowieka. W Polsce i gdzie indziej*, „Rzeczpospolita” z 14 listopada 1997 r., nr 265.

praw i wolności”²¹. W tym kontekście zwracano uwagę, że dla ochrony Trybunału Konstytucyjnego przed ewentualnym zalewem spraw należałoby stworzyć swoiste „filtry bezpieczeństwa”, do których – zgodnie z propozycją A. Zolla – należałyby wnoszenie skarg na indywidualne rozstrzygnięcia za pośrednictwem i na wniosek Prokuratora Generalnego i Rzecznika Praw Obywatelskich²². W tych podnoszonych jeszcze w 2004 r. propozycjach bez trudu można dostrzec podobieństwo do rozwiązań przyjętych w 2017 r. Tyle tylko, że wtedy były one zgłaszane w kontekście rozszerzenia uprawnień Trybunału Konstytucyjnego, w kierunku funkcjonalnego upodobnienia polskiej skargi konstytucyjnej do jej niemieckiego odpowiednika, który – w oparciu o wprowadzony w 1969 r.²³ art. 93 ust. 1 pkt 4a niemieckiej ustawy zasadniczej²⁴ – umożliwia podmiotom praw podstawowych ich ochronę przed naruszeniami ze strony każdego organu władzy publicznej (*öffentliche Gewalt*)²⁵. W praktyce najczęściej oznacza to właśnie orzeczenia władzy sądowniczej²⁶. Postulaty stworzenia mechanizmu kontroli konstytucyjności orzeczeń sądowych przybrały jednak realny kształt nie poprzez poszerzenie zakresu właściwości skargi konstytucyjnej i jurysdykcji Trybunału Konstytucyjnego, lecz przez stworzenie nowego, nadzwyczajnego środka zaskarżenia znajdującego się w kognicji Sądu Najwyższego. To posunięcie legislacyjne nadało zatem specyficzny, konstytucyjny wymiar nadzorowi judykacyjnemu sprawowanemu przez Sąd Najwyższy na podstawie art. 183 ust. 1 Konstytucji

²¹ Zob. S. Jarosz-Żukowska, *Prawo do skargi konstytucyjnej – stan obecny i postulaty de lege ferenda*, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja...*, s. 850 i n.; A. Łabno, *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony praw człowieka. Przyczynek do dyskusji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 4, s. 42–43.

²² Zob. A. Zoll, *Wystąpienie podczas Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK (29 III 2004 r.)*, (w:) *Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK 29 III 2004 r.*, „Studia i Materiały”, t. XX, Trybunał Konstytucyjny, Warszawa 2004. Por. także B. Szmulik, *Skarga konstytucyjna. Polski model na tle porównawczym*, Warszawa 2006, s. 308.

²³ Skarga została wprowadzona już w 1951 r. ustawą o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym, jednak do ustawy zasadniczej regulację tę wprowadzono dopiero w 1969 r. Zob. więcej M. Derlatka, *Skarga konstytucyjna w Niemczech*, Warszawa 2009, s. 32–33.

²⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. Juni 2022 (BGBl. I S. 968), <https://www.bundestag.de/gg> (dostęp: 27.08.2022 r.).

²⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland art. 93 ust. 1 pkt 4b: *Das Bundesverfassungsgericht entscheidet (...) über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte (...) verletzt zu sein.*

²⁶ Szerzej zob. M. Derlatka, *Skarga konstytucyjna...*, s. 120. Porównania zakresów polskiej i niemieckiej skargi konstytucyjnej dokonał też J. Muszyński, *Indywidualna skarga konstytucyjna w Polsce i w Niemczech: Jak proceduralne różnice wpływają na pozycję instytucji?*, „Przegląd Politologiczny” 2017, nr 1, s. 40–41. Podobnie szerokie zakresy właściwości skargi konstytucyjnej zawierają regulacje hiszpańskie i czeskie: Zob. M. Kłopotcka-Jasińska, *Skarga konstytucyjna na orzeczenie sądu. Model możliwy do zastosowania w Polsce*, Warszawa 2020, s. 89–99.

RP, włączając do gamy środków tego nadzoru również kontrolę konstytucyjności prawomocnych orzeczeń sądów powszechnych (i wojskowych).

3. DOPEŁNIENIE SYSTEMU OCHRONY PRAW PODSTAWOWYCH

Jak już była o tym mowa, do momentu wprowadzenia do systemu prawnego kontroli nadzwyczajnej, system prawny nie znał środka, za pomocą którego można byłoby wzruszyć niekonstytucyjne orzeczenie zapadłe na podstawie przepisów, którym nie sposób czynić zarzutu niekonstytucyjności. Skarga nadzwyczajna wypełnia więc długo istniejącą lukę w systemie ochrony konstytucyjnych praw i wolności.

Przyjęty kształt skargi nadzwyczajnej – środka zapewniającego kontrolę konstytucyjności sądowego stosowania prawa – z jednej strony pozwala objąć swoim zakresem indywidualne akty stosowania prawa, z drugiej zaś pozwala zachować klarowność modelu kompetencyjnego Trybunału Konstytucyjnego. Z tego względu przyjęte rozwiązanie można uznać pod wieloma względami za optymalne, a z pewnością lepsze niż wcześniej postulowane modyfikowanie zakresu skargi konstytucyjnej polegające na poszerzeniu jej zakresu.

W pierwszej kolejności tak znaczące rozszerzenie podstaw skargi konstytucyjnej wymagałoby zmiany Konstytucji RP, co we współczesnych realiach politycznych nie wydaje się zadaniem łatwym, jeśli w ogóle możliwym do zrealizowania. Podjęcie prac legislacyjnych w tym kierunku prowadziłoby więc do odsunięcia wprowadzenia kontroli konstytucyjności rozstrzygnięć sądowych *ad calendas Graecas* z ewidentną szkodą dla efektywności ochrony konstytucyjnych praw i wolności.

Nade wszystko jednak ustanowione rozwiązanie kontroli sądowego stosowania prawa w formie skargi nadzwyczajnej zachowuje spójność systemową. Rozszerzenie granic skargi konstytucyjnej poprzez nadanie Trybunałowi Konstytucyjnemu kompetencji do uchylania aktów stosowania prawa, w szczególności wyroków sądowych, *de facto* uczyniłoby z Trybunału Konstytucyjnego organ sprawujący wymiar sprawiedliwości²⁷. Prowadziłoby więc do zachwiania ustrojowych funkcji Trybunału Konstytucyjnego, a w warstwie praktycznej rodziłoby – wspomniane już – konflikty, spory czy napięcia prawne pomiędzy najwyższymi organami władzy sądowniczej.

Natomiast przy obecnym ukształtowaniu obu nadzwyczajnych środków zaskarżenia, prawdopodobieństwo konfliktów zostało praktycznie całkowicie

²⁷ M. Dąbrowski, *Skarga konstytucyjna w polskim porządku prawnym jako nieefektywny środek ochrony praw i wolności jednostki*, (w:) K. Urbaniak (red.), *Skarga konstytucyjna. Zagadnienia teorii i praktyki*, Poznań 2015, s. 276.

zniwelowane. Nade wszystko nowy obszar jurysdykcji Sądu Najwyższego został utworzony w sposób niekolidujący z istniejącym wcześniej środkiem zaskarżenia, jakim jest skarga konstytucyjna. Zadbano również o poszanowanie specyficznych zakresów kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego, kształtując je w sposób pozwalający uniknąć możliwych kontrowersji. Zakresy zastosowania obu tych instytucji są bowiem wyraźnie rozgraniczone. Na takie rozgraniczenie bezpośrednio wskazuje też art. 91 § 2 u.SN przewidujący konieczność wystąpienia przez Sąd Najwyższy z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego, w sytuacji gdy – przy rozpoznawaniu skargi nadzwyczajnej – uzna, że przyczyną naruszenia przez orzeczenie zasad lub wolności i praw człowieka i obywatela, określonych w Konstytucji RP, jest niezgodność ustawy z Konstytucją RP. Sąd Najwyższy dysponuje w związku z tym również kompetencją do zawieszenia postępowania z urzędu, jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyniku postępowania toczącego się przed Trybunałem Konstytucyjnym. Zatem kontrola konstytucyjności sposobu stosowania prawa przez sądy powszechne lub wojskowe w drodze aktów konkretnych i zindywidualizowanych, jakimi są ich orzeczenia, nie może stanowić furtki do przypisania sobie przez Sąd Najwyższy kompetencji do prowadzenia kontroli konstytucyjności aktów generalnych i abstrakcyjnych. Mechanizm kontroli nadzwyczajnej unika więc pod tym względem konfliktu jurysdykcyjnego między Sądem Najwyższym i Trybunałem Konstytucyjnym.

Z drugiej strony, nie zachodzi też analogiczny konflikt w sytuacji, gdy przedmiotem dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny kontroli konstytucyjności jest przepis prawa powszechnie obowiązującego o treści jednolicie utrwalonej i upowszechnionej w procesie jego stosowania przez sądy. W takiej sytuacji bowiem skarga konstytucyjna kwestionująca przepis w tym właśnie rozumieniu, za przedmiot swój ma nie akt stosowania prawa, lecz treść przepisu, na podstawie którego sąd dokonał rozstrzygnięcia²⁸. Jednocześnie jednak Trybunał Konstytucyjny przyjmuje, że dopóki nie można stwierdzić utrwalonego rozumienia przepisu prawa, orzekanie o jego niekonstytucyjności jest przedwczesne²⁹.

W konsekwencji, na skutek usytuowania kontroli sądowego stosowania prawa w Sądzie Najwyższym (nie zaś w obrębie rozszerzonego zakresu kontroli konstytucyjności prawa dokonywanego przy rozpoznawaniu skargi konstytucyjnej) Trybunał Konstytucyjny zachował swoje ustrojowe funkcje. Jest on nieprzerwanie organem uprawnionym do orzekania w sprawach zgodności z konstytucją aktów normatywnych w celu wyeliminowania z systemu prawnego niekonsty-

²⁸ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 8 maja 2000 r., SK 22/99, OTK ZU 2000, nr 4, poz. 107, pkt 5; 28 stycznia 2003 r., SK 37/01, OTK ZU 2003, nr 1A, poz. 3, pkt 1; 8 grudnia 2009 r., SK 34/08, OTK ZU 2009, nr 11A, poz. 165, pkt 22; 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK ZU 2011, nr 10A, pkt 4.

²⁹ Zob. M. Florczak-Wątor, *Komentarz do art. 79, (w:) P. Tuleja (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2021.

tuczynnych przepisów prawa. Jest więc „sądem prawa”, a nie „sądem faktów”. Ocena zaś skali naruszeń konstytucyjnych praw i wolności podczas stosowania prawa bez wątplenia mieści się w konstytucyjnym modelu Sądu Najwyższego jako organu sprawującego nadzór nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania (art. 183 ust. 1 Konstytucji RP).

4. OCHRONA INTERESU PUBLICZNEGO POPRZEZ OCHRONĘ INTERESU PRYWATNEGO

To co łączy obydwie nadzwyczajne środki zaskarżenia, to przenikanie się w ich konstrukcji elementu prywatnego i publicznego. Zarówno skarga konstytucyjna, jak i skarga nadzwyczajna mają mieszany prywatno-publiczny charakter; sposób ich ukształtowania zakłada bowiem ściśle powiązanie ochrony interesu prywatnego z interesem publicznym³⁰. Tyle tylko, że w każdej z tych instytucji różnie rozkładają się akcenty między tymi dwoma motywami udzielenia ochrony prawnej.

W przypadku skargi konstytucyjnej na pierwszy plan wysuwa się element publicznoprawny (ochrona konstytucyjności porządku prawnego), natomiast aspekt prywatnoprawny (eliminacja z obrotu niekonstytucyjnych rozstrzygnięć indywidualnych) znajduje wyraz „tylko w ramach następstw orzeczenia o niekonstytucyjności”³¹. Jednakże w takim ujęciu nie można tracić z pola widzenia innego aspektu zagadnienia; mianowicie tego, że skarżący nie występuje ze skargą w celu obrony interesu publicznego, lecz ze względu na własny interes, licząc, że orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego przełoży się następnie na eliminację z obrotu prawnego rozstrzygnięcia, które uznaje za niekorzystne.

Interes publiczny realizowany za pomocą tej skargi polega więc na zapewnieniu konstytucyjnej integralności i spójności systemu prawnego³², interes prywatny wyraża się w możliwości wykorzystania tego szczególnego środka do ochrony przed niedopuszczalnym naruszeniem konstytucyjnie przyznanych jednostce wolności lub praw³³.

Analogiczna sytuacja występuje w przypadku skargi nadzwyczajnej. Przedmiotem skargi jest prawomocne orzeczenie sądu, a więc rozstrzygnięcie indywidualnej sprawy (akt konkretny i indywidualny). Już ten element wskazuje na

³⁰ Tak Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 243–244.

³¹ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 3 lipca 2019 r., SK 14/18, OTK ZU 2019, nr A, poz. 35, pkt 1; 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK ZU 2007, nr 9A, poz. 108, pkt 7.1.

³² Tak Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo...*, s. 243–244.

³³ Tak postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 kwietnia 2012 r., SK 30/08, OTK ZU 2012, nr 4A, poz. 45, pkt 1.

silną obecność w konstrukcji skargi nadzwyczajnej interesu prywatnego. Treść tzw. szczegółowych przesłanek skargi nadzwyczajnej wzmacnia to przekonanie. Nie może ulegać bowiem wątpliwości, że wymóg przestrzegania przez sądy konstytucyjnych zasad, praw i wolności, dokonywania prawidłowej wykładni stosowanego prawa oraz rozstrzygania na podstawie realnie zgromadzonego materiału dowodowego odnosi się do konkretnej, rozstrzygniętej prawomocnym orzeczeniem, sprawy.

Aspekt publicznoprawny skargi nadzwyczajnej manifestuje się w dwojaki sposób. W wymiarze proceduralnym daje mu wyraz przyznanie legitymacji czynnej do inicjacji kontroli nadzwyczajnej jedynie podmiotom publicznym stojącym na straży praworządności i praw obywatelskich. Natomiast w wymiarze materialnym interes publiczny wyraża się w kształcie przesłanki funkcjonalnej ukierunkowującej skargę nadzwyczajną na zapewnienie zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Zasada ta ma szczególnie doniosły charakter na gruncie polskiego konstytucjonalizmu³⁴. W istocie daje ona wyraz – pojmowanemu zgodnie z nowoczesnymi kategoriami intelektualnymi – „ideałowi sprawiedliwego sposobu urzędzenia wspólnoty politycznej”³⁵.

Na autorze skargi nadzwyczajnej spoczywa obowiązek wskazania na konkretne okoliczności, z których wynika konieczność uchylecia zaskarżonego orzeczenia w celu zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej³⁶. Z tego względu skarga nadzwyczajna staje się środkiem zapewniającym spójność (koherentność) porządku prawnego państwa, rozumianego też jako suma indywidualnych aktów stosowania prawa przez sądy. Inaczej rzecz ujmując, celem skargi jest usunięcie z obrotu orzeczenia, które – w tak ujęty porządek konstytucyjny – godzi. Wadliwość orzeczenia musi zatem wykraczać poza wymiar wyznaczony jedynie interesem prywatnym strony. Oba rozpatrywane środki współtworzą więc na poziomie państwowym kompleksowy system kontroli konstytucyjnej aktów państwa, czy to generalnych i abstrakcyjnych, w przypadku skargi konstytucyjnej, czy to indywidualnych i skonkretyzowanych, w przypadku skargi nadzwyczajnej. Kontrola ta jest jednak inicjowana ze względu na konieczność ochrony prywatnego interesu podmiotów prawa. Skarga konstytucyjna służy eliminacji norm prawnych naruszających konstytucję w obszarze praw i wolności, zaś skarga nadzwyczajna – kontroli rozstrzygnięć sądowych naruszających te wartości w sytuacji, gdy podstawa prawna rozstrzygnięcia nie narusza Konstytucji.

³⁴ Zob. E. Morawska, *Klauzula państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003, zwłaszcza s. 195–212.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2020 r., I NsNc 57/20, pkt 26.

³⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 czerwca 2021 r., I NSNc 25/19, pkt 11, oraz powołane tam postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 3 kwietnia 2019 r., I NSNk 1/19; 25 czerwca 2020 r., I NSNc 48/19.

tucji RP. Chociaż więc inny jest przedmiot kontroli w przypadku każdego z tych środków (odpowiednio: podstawa prawna rozstrzygnięcia lub kontrola samego rozstrzygnięcia), ten sam jest cel, a zbliżone (ale nie tożsame) wzorce tej kontroli.

W przypadku skargi konstytucyjnej wzorcami kontroli są szeroko rozumiane konstytucyjne prawa i wolności mające charakter prawnopodmiotowy, czyli pozwalające konkretnemu podmiotowi na ich podstawie uruchamiać procedurę ochrony praw i wolności tegoż podmiotu. W przypadku skargi nadzwyczajnej – obok konstytucyjnych praw i wolności – takim wzorcem są również prawnopredmiotowe zasady określone w Konstytucji RP (art. 89 § 1 pkt 1). Oznacza to, że skarga nadzwyczajna może być oparta na szerszych podstawach konstytucyjnych, czego najlepszym przykładem jest orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące art. 76 Konstytucji RP, który – jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny – „nie może (...) stanowić samoistnej podstawy skargi konstytucyjnej”³⁷. Tymczasem Sąd Najwyższy wyjaśnił, że stanowiska tego z całą pewnością nie można *per analogiam* rozciągać na skargę nadzwyczajną. O ile bowiem prawnopredmiotowy charakter konstytucyjnych gwarancji konsumenckich (art. 76) oraz odeślanie do regulacji ustawowych uzasadnia stanowisko Trybunału w odniesieniu do skonkretyzowanej kontroli konstytucyjności abstrakcyjnych i generalnych unormowań ustawy w ramach skargi konstytucyjnej, o tyle nic nie stoi na przeszkodzie, by traktować ten przepis Konstytucji RP jako pełnoprawną podstawę prowadzenia kontroli konstytucyjności aktów stosowania prawa, jaka dokonuje się w ramach kontroli nadzwyczajnej w Sądzie Najwyższym. Wynika to już z samego brzmienia art. 89 § 1 pkt 1 u.SN, który wyraźnie wskazuje wśród podstaw skargi nadzwyczajnej nie tylko naruszenie konstytucyjnych praw i wolności, ale również zasad konstytucyjnych. Nie ma też wątpliwości, że art. 76 Konstytucji RP wyraża zasadę zobowiązującą organy państwa – w tym również sądy powszechne – do podejmowania działań w celu ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi³⁸.

Swój konstytucyjny charakter kontrola nadzwyczajna zachowuje również wówczas, gdy zostaje oparta na zarzucie rażącego naruszenia unormowań znajdujących się w hierarchii norm prawnych poniżej Konstytucji RP lub na oczywistej sprzeczności istotnych ustaleń sądu, którego orzeczenie jest przedmiotem kontroli nadzwyczajnej, ze zgromadzonym w tej sprawie materiałem dowodowym. Jest tak za sprawą przesłanki funkcjonalnej, która warunkuje zmianę lub uchylenie prawomocnego orzeczenia sądu będącego przedmiotem kontroli nadzwyczajnej jedynie wówczas, gdy całokształt okoliczności wskazuje, że jest to konieczne w celu zapewnienia zgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej. Wyraźnie

³⁷ Tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 września 2011 r., K 8/09, OTK ZU 2011, nr 7A, poz. 72, pkt 6.2. Por. E. Łętowska, *Wpływ Konstytucji na prawo cywilne*, (w:) M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Warszawa 2001, s. 131.

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2020 r., I NSNc 22/20, pkt 10.

stwierdził to Sąd Najwyższy, gdy uznał, że „skarga nadzwyczajna z całą pewnością nie stanowi instrumentu ponownej kontroli instancyjnej, a jej przesłanka funkcjonalna, nakazująca ocenę dopuszczalności ingerencji jurysdykcyjnej w prawomocne orzeczenie sądów powszechnych lub wojskowych poprzez ustalenie, czy jest to konieczne w świetle zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasadę sprawiedliwości społecznej, czyni z niej środek służący skonkretyzowanej kontroli konstytucyjności aktów jurysdykcyjnych”³⁹.

5. USTROJOWE ZNACZENIE SKARGI NADZWYCZAJNEJ

Kontrola nadzwyczajna, tak jak i inne postępowania inicjowane przy zastosowaniu nadzwyczajnych środków zaskarżenia⁴⁰, nie jest swoistą, czy dodatkową kontrolą instancyjną prowadzącą do ponownego rozpoznania sprawy i nie może być tak traktowana. Kontrola ta – zgodnie z dotychczasowymi ustaleniami – stanowi natomiast środek kontroli konstytucyjności konkretnych aktów stosowania prawa. Jeśli bowiem nawet skarżący nie powołuje wśród podstaw szczegółowych skargi naruszenia praw, wolności i zasad Konstytucji RP, to wciąż kontrola konstytucyjności następuje w oparciu o przesłankę funkcjonalną⁴¹. W rezultacie nie każde prawomocne rozstrzygnięcie zapadłe z naruszeniem przesłanek szczegółowych może zostać wyeliminowane z obrotu prawnego w drodze skargi nadzwyczajnej, a tylko takie, które jednocześnie prowadzi do ziszczenia się również przesłanki funkcjonalnej. Uwarunkowanie to sprawia, że kontrola nadzwyczajna mająca zapewniać prawidłowość stosowania prawa przez sądy powszechne lub wojskowe musi uwzględniać istotną, konstytucyjną wartość, jaką jest pewność prawa. Niezbywalnym elementem pewności prawa jest natomiast ochrona powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*) służąca ochronie stabilności i prawomocności orzeczeń sądowych oraz kształtowanych przez nie stosunków prawnych (art. 45 w zw. z art. 2 Konstytucji RP).

W samą konstrukcję skargi nadzwyczajnej wpisane jest więc istotne napięcie między dwoma kluczowymi wartościami o charakterze konstytucyjnym, tj. zapewnieniem z jednej strony prawidłowości orzeczeń sądowych, z drugiej zaś bezpieczeństwa prawnego społeczeństwu. Ten konflikt jest rozstrzygany *ad casum* przez Sąd Najwyższy rozpatrujący daną skargę nadzwyczajną przez odwołanie do konstytucyjnie określonego mechanizmu proporcjonalności (art. 31

³⁹ Wyroki Sądu Najwyższego z dnia: 25 listopada 2020 r., I NSNc 57/20, pkt 3 oraz z 28 października 2020 r., I NSNc 22/20, pkt 3.

⁴⁰ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 października 2017 r., II FSK 1286/17, LEX nr 2390446.

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2020 r., I NSNc 57/20, pkt 26.

ust. 3 Konstytucji RP)⁴². W takiej sytuacji Sąd Najwyższy jest więc zobowiązany ustalić, czy racje przemawiające za zmianą lub uchyleniem prawomocnego orzeczenia przewyższają te, które przemawiają za ochroną powagi rzeczy osądzonej. Innymi słowy, Sąd Najwyższy musi rozstrzygnąć, czy uchylenie zaskarżonego orzeczenia będzie – w świetle całokształtu zasady z art. 2 Konstytucji RP – proporcjonalne względem oczywistego uchylenia ochrony przysługującej prawomocnym orzeczeniom sądów⁴³.

O ile więc ocenę spełnienia przesłanek szczegółowych rozpatrywać można, w dużym uproszczeniu, w kategoriach dokonania subsumpcji, o tyle przy ocenie ziszczenia się przesłanki funkcjonalnej, kluczowe staje się ważenie konstytucyjnych wartości⁴⁴. Jest to związane tak w wymiarze literalnym, jak i treściowym z klauzulą „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” i nawiązuje zarówno do konstytucyjnego sformułowania (art. 31 ust. 3), jak i ogólnej klauzuli limitacyjnej użytej w art. 8–11 europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r.⁴⁵. Jednocześnie Sąd Najwyższy, rozstrzygając skargi nadzwyczajne, powołuje się na orzecznictwo zarówno polskiego Trybunału Konstytucyjnego⁴⁶, jak i wcześniejszy jeszcze wyrok Trybunału Konstytucyjnego Słowenii⁴⁷, wskazując na akceptowalność jedynie takich ograniczeń praw podstawowych, które są konieczne w demokratycznym społeczeństwie, uznając, że oznacza to konieczność kierowania się przez państwo zasadą proporcjonalności podczas oceny dopuszczalności ingerencji w sferę autonomii podmiotów konstytucyjnych praw i wolności⁴⁸. Trudno jest bowiem „sensownie wskazywać na istotną różnicę między zasadą demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej i warunkami koniecznymi dla funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego. Wręcz przeciwnie, można w tym wypadku mówić o istotnej zbieżności znaczeniowej obydwu tych sformułowań⁴⁹”.

Konieczność stosowania zasady proporcjonalności podczas oceny stopnia zapewnienia zgodności z zasadą z art. 2 Konstytucji RP poszczególnych aktów

⁴² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2020 r., NSNc 22/20, pkt 2. Na doniosłość zasady proporcjonalności dla kontroli nadzwyczajnej Sąd Najwyższy zwracał jednak uwagę znacznie wcześniej w jednym z pierwszych swoich orzeczeń wydanych w ramach sprawowania tej kontroli, a mianowicie w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2019 r., I NSNc 1/19.

⁴³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2020 r., NSNc 102/20, pkt 14.

⁴⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2020 r., NSNc 22/20, pkt 2.

⁴⁵ Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284. Szerzej na ten temat zob. A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecyjnej w nowożytnej Europie*, Warszawa 2010, s. 354.

⁴⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 1998 r., K 28/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 50.

⁴⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Słowenii z dnia 27 listopada 1997 r., U-I-25/95. W wyroku tym odnoszono się do treści art. 37 ust. 2 konstytucji Słowenii.

⁴⁸ Zob. szerzej A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności...*, s. 357.

⁴⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2020 r., NSNc 22/20, pkt 2.

władzy publicznej wynika z samej natury konstytucyjnej klauzuli demokratycznego państwa prawa i ma ewidentnie oparcie w traktowaniu jej jako zasady w znaczeniu określonym przez Roberta Alexy'ego⁵⁰. Takie rozumienie tej klauzuli znajduje potwierdzenie w sposobie sformułowania art. 89 § 1 *principium* u.SN, w którym nie mówi się o przestrzeganiu lub nienaruszeniu wskazanej w nim normy-zasady, ale o konieczności zapewnienia zgodności z tą zasadą. Jest ona zatem swoistym celem kontroli nadzwyczajnej – stanem, który powinien zostać urzeczywistniony w wyniku rozpoznania skargi (zapewnienie zgodności z art. 2 Konstytucji RP). Powyższa ocena jest dokonywana przez konfrontację tej klauzuli (zasady) z innymi zasadami w celu optymalizacji zakresów, w jakich te poszczególne zasady faktycznie kształtują stosunki społeczne. Jak już wspomniano, wynika to z natury norm-zasad, które wymagają realizacji w najszerszym zakresie, jaki jest możliwy w danych warunkach prawnych i faktycznych⁵¹.

W konsekwencji, chociaż *prima facie* kontrola nadzwyczajna poprzez formalne osłabienie ochrony, jaką cieszy się powaga rzeczy osądzonej, zdaje się ograniczać rangę pewności prawa, to w rzeczywistości tak nie jest. Ochrona powagi rzeczy osądzonej jest niewątpliwie jednym z aspektów szerszego zagadnienia ochrony pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego. Niekiedy jednak to prawomocne wyroki, ze względu na ich ostateczny charakter, mogą osłabiać bezpieczeństwo prawne. Dotychczas w procesie kontroli nadzwyczajnej ujawniła się cała kategoria tego typu spraw wynikających z wydania dwóch prawomocnych postanowień o nabyciu spadku o różnej treści, ale po tej samej osobie⁵². Sytuacje takie mają jednak miejsce również w sprawach jednostkowych, w których petryfikacja stanu prawnego przez prawomocne orzeczenie sądowe, w zestawieniu z innymi uwarunkowaniami prawnymi oraz kontekstem faktycznym, sprawiają, że sytuacja determinowana przez prawomocne orzeczenie będące przedmiotem kontroli nadzwyczajnej nie tylko nie stabilizuje stosunków społecznych, ale wręcz jest źródłem istotnej ich niepewności. Uwzględniając tę perspektywę, widać, że skarga nadzwyczajna, pozwalając usuwać z obrotu niekonstytucyjne orzeczenia sądów powszechnych lub wojskowych, nie musi być wcale czynnikiem obniżającym pewność obrotu prawnego. Wręcz przeciwnie, w wielu sytuacjach może ją zwiększać.

W trybie kontroli nadzwyczajnej musi dochodzić zatem do rozstrzygnięcia tego, czy zaskarżone orzeczenie nie naruszyło zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, a więc zasady lojalności państwa względem obywateli, która ściśle wiąże się z bezpieczeństwem prawnym jednostki. Tym samym zaś prowadzić do adaptacji treści ukształtowanej w orzecznictwie Trybunału Kon-

⁵⁰ Por. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (tłum J. Rivers), Oxford 2002, s. 66–67.

⁵¹ *Ibidem*, s. 47–48.

⁵² Postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 26 marca 2019 r., I NSNc 1/19; 16 lipca 2019 r., I NSNc 11/19; 2 grudnia 2020 r., NsNc 102/20; 16 czerwca 2021 r., I NSNc 164/20; 10 czerwca 2021 r., I NSNc 72/21; 24 lutego 2021 r., I NSNc 132/20.

stytucyjnego zasady państwa prawnego, tak aby eliminować z obrotu prawnego te akty sądowego stosowania prawa, które tworzą „pułapkę” dla obywatela, nie pozwalając mu układać swoich spraw w zaufaniu, iż czynności podejmowane przezeń zgodnie z prawem nie narażą go na skutki, których nie był w stanie przewidzieć, decydując o kierunku swoich działań⁵³.

6. KONKLUZJE

Niezależnie od zastrzeżeń, jakie można spotkać w doktrynie⁵⁴, skarga nadzwyczajna stanowi instytucję kontroli konstytucyjności sądowego stosowania prawa, która pozostając środkiem nadzoru judykacyjnego w rozumieniu art. 183 ust. 1 Konstytucji RP, pełni efektywnie funkcję środka ochrony konstytucyjnych praw podmiotowych, i szerzej – porządku konstytucyjnego – przed naruszeniami ze strony władzy sądowniczej. Tym samym skarga nadzwyczajna wypełnia dotychczasową lukę w systemie kontroli konstytucyjności prawa, tzn. jest środkiem kontroli konstytucyjności sądowego jego stosowania, odrębnym i komplementarnym względem wąsko ukształtowanej skargi konstytucyjnej, dostosowując go do natury jurysdykcji Trybunału Konstytucyjnego.

Konstatacja konstytucyjnego wymiaru skargi nadzwyczajnej musi jednak pociągać za sobą postulaty bardziej adekwatnej jego ekspozycji na poziomie regulacji ustawowej. Dotyczy to zwłaszcza przyznania legitymacji czynnej do zainicjowania kontroli nadzwyczajnej każdemu podmiotowi praw podstawowych, nie zaś jedynie grupie podmiotów uprawnionych.

REFERENCES

- Alexy R., *A Theory of Constitutional Rights* (tłum. J. Rivers), Oxford 2002
Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009
Banaszak B., Repel J., *Geneza skargi konstytucyjnej w Polsce*, (w:) J. Trzcziński (red.), *Skarga konstytucyjna w Polsce*, Warszawa 2000
Bosek L., Wild M., *Kontrola konstytucyjności prawa. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014

⁵³ Zob. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia: 26 marca 2019 r., I NSNc 1/19; 2 grudnia 2020 r., NSNc 102/20; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lutego 2001 r., K 27/00, OTK 2001, nr 2, poz. 29. Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 2 Konstytucji RP*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 223–224, nb 25.

⁵⁴ M. Kłopocka-Jasińska, *Skarga konstytucyjna...*, s. 289.

- Czeszejko-Sochacki Z., *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003
- Czeszejko-Sochacki Z., *Skarga konstytucyjna w prawie polskim*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 1
- Dąbrowski M., *Skarga konstytucyjna w polskim porządku prawnym jako nieefektywny środek ochrony praw i wolności jednostki*, (w:) K. Urbaniak (red.), *Skarga konstytucyjna. Zagadnienia teorii i praktyki*, Poznań 2015
- Derlatka M., *Skarga konstytucyjna w Niemczech*, Warszawa 2009
- Florezak-Wątor M., *Komentarz do art. 79*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2021
- Florezak-Wątor M., *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony konwencyjnych praw i wolności jednostki*, (w:) P. Tuleja (red.), *Prawo międzynarodowe i europejskie a sądownictwo konstytucyjne*, Kraków 2015
- Jarosz-Żukowska S., *Prawo do skargi konstytucyjnej – stan obecny i postulaty de lege ferenda*, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostek w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014
- Kłopotcka-Jasińska M., *Skarga konstytucyjna na orzeczenie sądu. Model możliwy do zastosowania w Polsce*, Warszawa 2020
- Łabno A., *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony praw człowieka. Przyczynek do dyskusji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 4
- Łętowska E., *Wpływ Konstytucji na prawo cywilne*, (w:) M. Wyrzykowski (red.), *Konstytucyjne podstawy systemu prawa*, Warszawa 2001
- Morawska E., *Klucz do państwa prawnego w Konstytucji RP na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Toruń 2003
- Muszyński J., *Indywidualna skarga konstytucyjna w Polsce i w Niemczech: Jak proceduralne różnice wpływają na pozycję instytucji?*, „Przegląd Politologiczny” 2017, nr 1
- Stępkowski A., *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010
- Szumlik B., *Skarga konstytucyjna. Polski model na tle porównawczym*, Warszawa 2006
- Tuleja P., *Komentarz do art. 2 Konstytucji RP*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016
- Tuleja P., Grzybowski M., *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony praw jednostki w polskim systemie prawa*, (w:) W. Skrzydło (red.), *Sądy i trybunały w Konstytucji i w praktyce*, Warszawa 2005
- Tuleja P., Wróbel W., *Skarga konstytucyjna, czyli dodatkowa gwarancja praw człowieka. W Polsce i gdzie indziej*, „Rzeczpospolita” z 14 listopada 1997 r., nr 265
- Zoll A., *Wystąpienie podczas Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK (29 III 2004 r.)*, (w:) *Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK 29 III 2004 r.*, „Studia i Materiały”, t. XX, Trybunał Konstytucyjny, Warszawa 2004

Tomasz Giaro

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: t.giaro@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-5702-6135

**NAUKA O PRAWIE A PRAWO O NAUCE.
DWIE FERALNE RECENZJE *PROPAGANDY*
BEZPRAWIA JAROSŁAWA KUISZA***

**LEGAL SCIENCE AND A LAW ON SCIENCE. ABOUT
TWO UNFORTUNATE REVIEWS OF JAROSŁAW KUISZ'S
*PROPAGANDA BEZPRAWIA***

Abstract

A Polish Law on higher education and science (ustawa z dnia 20.07.2018 r. *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce*, Art. 221), since recently in force, imposes a curious prohibition which resembles the medieval legal theory of evidence. Namely, it stipulates that if two (out of four) reviews of a habilitation dissertation are negative, the commission (which consists of seven members) is not allowed to formulate a positive vote. The question is discussed in reference to the habilitation dissertation of Jarosław Kuisz *Propaganda bezprawia*.

* J. Kuisz, *Propaganda bezprawia. O „popularyzowaniu prawa” w pierwszych latach Polski Ludowej*, Warszawa 2020, s. 433.

KEYWORDS

habilitation procedure, the construction of binding negative reviews, some questions formulated by Kuisz, e.g. coexistence of law and lawlessness

SŁOWA KLUCZOWE

procedura habilitacyjna, konstrukcja związania negatywnymi recenzjami, niektóre kwestie sformułowane przez Kuisza, np. współistnienie prawa i bezprawia

1. Poniższe skromne refleksje z jednej strony nie mają, broń Boże, na celu stworzenia praktycznego vademecum dla recenzentów prac naukowych, zwłaszcza tych zwanych awansowymi, czyli doktorskich i habilitacyjnych. Z drugiej strony jednak byłoby chyba dobrze, gdyby postawili oni sobie czasem proste pytanie: „O czymże właściwie traktuje recenzowana publikacja?”. I jeszcze dodatkowo pytanie: „Czego możemy – a w pewnych wypadkach nawet powinniśmy – wymagać od jej autora?”.

Wiemy przecież co najmniej od czasów Eugena Ehrlicha, że chcemy – i musimy – traktować prawo nie tylko jako teksty złożone z przepisów, lecz także jako praktykę społeczną, czyli „prawo żywe”. Zastępując punkt widzenia pozytywistyczny prawnosocjologicznym, łatwiej dostrzeżemy, że prawo i bezprawie funkcjonują w rzeczywistości społecznej równolegle i równocześnie, podobnie jak tytuł i podtytuł *Propaganda bezprawia. O „popularyzowaniu prawa” w pierwszych latach Polski Ludowej* na okładce książki Kuisza.

Kuisz dostrzega esencjonalną nieusuwalność sprzeczności między literą prawa a jego praktyką, co dotyczy zresztą w rozmaitych proporcjach – dodajmy już we własnym imieniu – każdego bez wyjątku okresu historii. Oczywiście zwłaszcza początki Polski Ludowej, którymi zajmuje się nasz autor, nie były czasem idyllicznym. „Po okupacji niemieckiej i przejściu frontu w wielu częściach kraju można było mówić o przejawach wojny domowej. W kraju codzienność stanowiły raczej bezprawie, przemoc fizyczna, szabrownictwo itp.”¹.

Kuisz określa więc początki Polski Ludowej jako „czas fabrykowania podstaw ustroju narzuconego z zewnątrz i pozbawionego legitymacji”, w którym „prawo stanowiło jeden z ważnych instrumentów zdobywania władzy politycznej na ziemiach polskich”². Nic dziwnego, że dopatruje się on w swoim temacie „przykładu skrajnego powiązania prawa, polityki i propagandy. Oddzielanie prawa od

¹ J. Kuisz, *Propaganda bezprawia...*, s. 18.

² *Ibidem*, s. 19.

polityki czy analiza samej »lityry prawa«, chociaż teoretycznie możliwe, wydają się niecelowe”³.

Moim skromnym zdaniem Kuisz stwierdza ze sporą dozą spostrzegawczości, że w omawianym przezeń okresie pierwszych lat Polski Ludowej, który w literaturze naukowej coraz częściej określa się bez wahania po prostu jako okres wojny domowej⁴, „mieliśmy do czynienia (...) z mniejszym lub większym natężeniem bezprawia, patologiami prawa, brakiem prawa w ogóle, antyprawem czy pseudo-prawem”⁵.

2. Nie męcząc uczonego czytelnika szczegółami, typowymi dla recenzji rozpraw habilitacyjnych, przejdę bezpośrednio do meritum. Otóż Prof. Krystyna Chojnicka z Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wyznaczona przez odpowiednią instancję jedną z recenzentek rozprawy Kuisza, domaga się dla tych pojęć ścisłych definicji, sugerując, że autor powinien był zająć się precyzyjną definicją terminu „bezprawie”, po czym przygważdża go zabójczym pytaniem: „Czy więc w końcu istniało w latach 1944–47 prawo, czy wyłącznie panowało bezprawie...?”⁶. Hm, to jedyna inteligentna odpowiedź na to pytanie.

To samo dotyczy pojęcia propagandy, gdyż zdaniem Prof. Chojnickiej „w monografii nie zawarto żadnej definicji, typologii, strukturalizacji propagandy stosowanej w tym okresie historycznym”⁷. Zdaniem recenzentki Kuisz musiał widocznie czynić zbyt skromny użytek z szufladek i kart katalogowych, pozwalając na to, by umknęły mu dwa jedynie sensowne podejścia do tematu: „Albo poprzez przedstawienie rodzajów propagandy prawa mógł zrekonstruować cele, do których dążyła władza, albo też odwrotnie, prezentując wstępnie założone przez nią cele, mógł dokonać typologii rodzajów ich propagowania...”⁸.

W podobnym duchu sformułowany jest wreszcie kolejny zarzut Prof. Chojnickiej, dotyczący niemożliwości kategoryzacji pracy Kuisza w ramach dobrze znanych bibliotekarzom gatunków literatury naukowej, a zwłaszcza rozpraw habilitacyjnych w gałęziach, dziedzinach lub dyscyplinach – czy też jak się one po kolejnej reformie szkolnictwa wyższego nazywają – nauk społecznych i humanistycznych. Prof. Chojnicka ubolewa więc, że „w rezultacie powstała monografia, która nie kwalifikuje się do zaliczenia jej ani do prac prawniczych, ani historycznych, ani medioznawczych”⁹.

³ *Ibidem*, s. 32.

⁴ A. Ajnenkiel (red.), *Wojna domowa czy nowa okupacja? Polska po roku 1944*, Warszawa 2001; A. J. Prażmowska, *Civil War in Poland, 1942–1948*, Palgrave Macmillan 2004.

⁵ J. Kuisz, *Propaganda bezprawia...*, s. 54.

⁶ K. Chojnicka, *Recenzja w postępowaniu habilitacyjnym dr. Jarosława Kuisza*, s. 5–6, <https://radon.nauka.gov.pl/dane/profil/80854fa0-e093-416c-bca0-cee2244d3d04> (dostęp: 1.09.2022 r.).

⁷ *Ibidem*, s. 6.

⁸ *Ibidem*, s. 8.

⁹ *Ibidem*, s. 7.

Cóż? Przekleństwo interdyscyplinarności! W początkach obecnego stulecia przedłożono w Szkole Głównej Handlowej pracę habilitacyjną z ekonomicznej teorii wzrostu, a więc z pogranicza ekonomii i demografii. Powołani na recenzentów ekonomiści stwierdzili, że nie powiększa ona twórczego dorobku ekonomii, podczas gdy demografowie nie zauważyli, by przyczyniała się ona do postępu nauk demograficznych. Wynik negatywny może dziwić tylko tego, kto ludzi się, że recenzje naukowe polegają na czymś innym niż przepuszczenie pracy interdyscyplinarnej przez wyżymaczkę własnej dziedziny recenzenta.

Ocena Prof. Chojnickiej, że „splatanie przez Habilitanta uwagi, zawierające wątki prawnicze, polityczne, historyczne i medioznawcze w istocie nie składają się na całość odpowiadającą żadnej z tych dyscyplin nauki, nie łączą się też w jednolitą narrację interdyscyplinarną”, powtarza się w toku recenzji raz jeszcze¹⁰. Czyli w sumie ni pies, ni wydra, coś na kształt świdra, jak brzmiała słynna ongiś, a dostępna do dziś na kanale „You Tube” wypowiedź krytyczna jednego z protagonistów politycznych badanego przez Kuisza okresu.

Czy jednak Prof. Chojnicka jest słusznie zawiedziona faktem, że autor „poświęcił kilkaset stron, aby opisać propagandę prawa, którego nie było, przez władzę, która nie miała legitymacji (jednocześnie nie poddając tych założeń analizie), a w konkluzji dochodząc jedynie do generalnego wniosku, że była to propaganda nieskuteczna”¹¹? A czy może być sytuacja bardziej z ducha Kafki – a to przecież jeden z patronów *law and literature* – niż nieskuteczna propaganda nieistniejącego prawa, prowadzona bez przekonania przez władzę pozbawioną legitymacji?

Prof. Chojnicka formułuje wreszcie serię pytań, zaczynając od kwestii godnej esencjonalnego „Czymże jest czas?” starożytnego biskupa Hippony (Św. Augustyn, *Wyznania*, 11,14). W ujęciu recenzentki pytanie o istotę bezprawia pozbawione jest jednak końcowego pytańnika, brzmi zatem: „Co to jest bezprawie – problem legalizmu i legitymacji?”. Prof. Chojnicka zarzuca przy tym Kuiszowi, że „staje na rozdrożu, starając się przyjąć jednocześnie dwa wzajemnie trudne do pogodzenia założenia – że w omawianym okresie prawa nie było (było tylko bezprawie) i że prawo propagowano”¹².

Niestety recenzentka pomija formułę Radbrucha i znane w Niemczech typologie perwersji prawa, którym towarzyszy często zrozumiała zresztą chęć wykazania, że zjawiska te występowały nie tylko tam¹³. Rozważania tego typu nie wyszły jednak do dziś poza schematyczne przeciwstawienie *Nazi Law and Nazi Non-Law*¹⁴, z którego wynika jedynie, że z formalnego punktu widzenia rów-

¹⁰ *Ibidem*, s. 14.

¹¹ *Ibidem*, s. 9.

¹² *Ibidem*, s. 9.

¹³ F. von Hippel, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955.

¹⁴ M. Stolleis, *Nazi Law and Nazi Non-Law*, (w:) H. Pihlajamäki, M. D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford 2019, s. 1192–1213.

nież w czasach Hitlera prawo nadal tworzone, interpretowane i stosowane, nawet jeśli – nieznana wtedy, jak również później w socjalizmie realnym – kontrola jego konstytucyjności musiałaby wypaść negatywnie¹⁵.

3. Lektura uczonej recenzji przywodzi na myśl esej Niklasa Luhmanna zatytułowany „Na początku nie było bezprawia”, a tematyzujący naiwne wykluczenie genezy prawa z bezprawia w dyskusjach oświeceniowych filozofów na temat przejścia od stanu natury do cywilizacji¹⁶. Jednak najbardziej chyba znanym w historii doktryn politycznych i prawnych przykładem koegzystencji historycznej prawa i bezprawia jest koncept państwa podwójnego (*dual state*) jako fazy przejściowej między państwem federalnym Republiki Weimarskiej, opartym na podziale władz, a scentralizowanym państwem policyjnym Nazizmu.

Pojęcie państwa podwójnego zostało wynalezione przez autora, któremu – mimo że był Żydem i socjaldemokratą – udało się w Niemczech hitlerowskich pracować przez kilka lat, a mianowicie w latach 1933–1938, jako prawnik w dziedzinie prawa pracy, występując w dodatku przed sądami Trzeciej Rzeszy. Autorem tym był Ernst Fraenkel (1898–1975), który dostrzegł w ówczesnym niemieckim wymiarze sprawiedliwości współistnienie reżimu legalności, opartego na normach prawnych, i reżimu bezprawności, opartego na środkach politycznych.

Zdaniem Fraenkla pierwszy reżim reprezentował *normative*, a drugi *prerogative state*. Pierwszemu podlegali wszyscy nienaganni Niemcy, podczas gdy drugiemu – przeciwnicy reżimu, do których zaliczano zwłaszcza Żydów¹⁷. Ponieważ ten system praworządności częściowej ewoluował szybko w stronę pełnego totalitaryzmu, Fraenkel musiał emigrować, a jego książka, opublikowana w wolnym świecie już w 1941 r., ukazała się w Niemczech po niemiecku (*Der Doppelstaat. Recht und Justiz im „Dritten Reich”*) dopiero po ponad trzydziestu latach, w roku 1974, bezpośrednio poprzedzającym rok śmierci autora.

Pojęcie państwa podwójnego wraz z jego obydwojoma częściami składowymi państwa normatywnego i państwa prerogatywnego zastosowano w międzyczasie również w analizie socjalizmu realnego, i to zarazem w systemie sowieckim w odniesieniu do stalinizmu, jak i do poststalinizmu, jak również w systemie Niemieckiej Republiki Demokratycznej (DDR)¹⁸. Taka lub inna mieszanka prawa i bezprawia, o której często wspomina Kuisz, nie przytaczając zresztą niestety refleksji Fraenkla, należy zatem do podstaw teorii prawno-politycznej socjalizmu.

¹⁵ T. Giaro, *A Matter of Pure Conscience?*, „Studia Iuridica” 2019, t. LXXXII, s. 23.

¹⁶ Cytaty w pracy: T. Giaro, *Paradoks suwerenności i zjawiska pokrewne*, (w:) J. Majchrowski (red.), *W obronie suwerenności*, Warszawa 2017, s. 25–26.

¹⁷ E. Fraenkel, *Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York–London–Toronto 1941.

¹⁸ Cytaty w: M. Wildt, *Die Transformation des Ausnahmezustands. Ernst Fraenkels Analyse der NS-Herrschaft und ihre politische Aktualität*, in *Docupedia-Zeitgeschichte*, 1. Juni 2011, s. 4.

4. Podobnie negatywne są konkluzje następnej recenzji, której udało się zastopować habilitację Kuisza – jak powiedzieliby specjaliści od tzw. stadialnych form przestępstwa w prawie karnym – już na etapie usiłowania. Recenzja ta pochodzi, dokładnie tak jak i pierwsza – co wykracza wbrew przyjętym zwyczajowo zasadom – znów od jednego z profesorów zatrudnionych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prof. Andrzeja Dziadzio. Zdaniem tego uczonego Kuisz padł właściwie ofiarą iluzji, gdyż w Polsce Ludowej pierwszych lat po drugiej wojnie światowej propagandy prawa w ogóle nie było.

W efektywnym geście demaskatorskim Prof. Dziadzio odkrywa mianowicie, że „celem propagandowym w tym przypadku nie była żadna edukacja prawnicza społeczeństwa, ale u podstaw tego oddziaływania stały wyłącznie cele polityczne. W propagandowych materiałach nie chodziło bowiem o upowszechnianie idei ludowładztwa, jako wartości samej w sobie, ale o zmuszenie i nakłonienie obywateli do głosowania zgodnie z wolą władzy. Nie służyły one edukacji społeczeństwa”, konkluduje Prof. Dziadzio subtelnie w stylu Waltera Benjamina¹⁹, „ale były zakamuflowaną formą przemocy wobec niego”²⁰.

Nie mówiliśmy dotąd o tym, że Prof. Chojnicka postawiła w swojej recenzji jeszcze jeden zarzut na temat potraktowania propagandy przez Kuisza. Idzie mianowicie o to, że „właściwie nie otrzymujemy w tym opracowaniu całościowej analizy i rzeczywistego podsumowania propagandy prawa w Polsce Ludowej w latach 1944–1947”²¹. Innymi słowy – jak mawia się w recenzjach prac awansowych standardowo – treść pracy nie odpowiada tytułowi, a temat nie został wyczerpany, gdyż autor usiłował wyprowadzić nas w pole, przemycając *pars pro toto*.

O ile zarzut ten ma u Prof. Chojnickiej charakter nieco marginalny, wspomniany już drugi recenzent, ustanowiony spośród grona profesorskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prof. Dziadzio, okazuje się niestety bardziej nieprzejednany. Z uwagi na „gruntowną przebudowę w 1950 r. ustroju Prokuratury i sądów powszechnych oraz wprowadzenie terenowych organów jednolitej władzy państwowej, czy uchwalenie konstytucji PRL w 1952 r.”²² utrzymuje on, „że praca mogłaby stanowić znaczny wkład w rozwój nauk historyczno-prawnych, gdyby swoim zakresem objęła co najmniej lata 1944–1952”²³.

Ponieważ praca Kuisza nie objęła tego okresu swoim zakresem, Prof. Dziadzio zamyka swój obszerny wywód periodyzacyjno-chronologiczny²⁴ zwyczajową

¹⁹ W. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M. 2019.

²⁰ A. Dziadzio, *Recenzja osiągnięć naukowych doktora Jarosława Kuisza sporządzona w postępowaniu o nadanie stopnia naukowego doktora habilitowanego*, s. 13, <https://radon.nauka.gov.pl/dane/profil/80854fa0-e093-416c-bca0-cee2244d3d04> (dostęp: 1.09.2022 r.).

²¹ K. Chojnicka, *Recenzja...*, s. 14.

²² A. Dziadzio, *Recenzja...*, s. 3.

²³ *Ibidem*, s. 5.

²⁴ *Ibidem*, s. 2–6.

formułą, jednak w tym miejscu dość nieoczekiwaną, gdyż z reguły występuje ona w recenzjach prac awansowych raczej w przeciwnym celu retorycznego wzmocnienia konkluzji pozytywnych. Zmierza ona do wzbudzenia u czytelników pewności, że Prof. Dziadziowi trzeba wierzyć na słowo, bo jest on o swoim zdaniu w pełni przekonany: „z pełnym przekonaniem wyrażam opinię, że przedłożona do oceny monografia jest dziełem niekompletnym i niedopracowanym”²⁵.

5. Oczywiście Kuisz, wybitny badacz *law and literature*, wpadł na pomysł strategicznie dość kiepski, by zgłosić monografię tak nowatorską jako habilitację, czyli pracę awansową. Potknął się przy tym dodatkowo o przepis tzw. reformy Gowina (ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce²⁶, art. 221 ust. 10), zawierający bezwzględny zakaz wydania przez komisję habilitacyjną opinii pozytywnej, jeżeli co najmniej dwie z czterech recenzji są negatywne. W razie opinii negatywnej całej komisji ustawa przewiduje oczywiście zakaz wydania decyzji pozytywnej przez podmiot habilitujący (art. 221 ust. 12)²⁷.

Te archaiczne przepisy, przypominające straszącą w podręcznikach do historii prawa wczesno-średniowieczną legalną teorię dowodów, ograniczają znacznie swobodną ocenę po stronie podmiotu habilitującego. Oczywiście żaden przepis prawny tego świata nie może zmusić recenzenta lub członka komisji jako eksperta nauki do wyrażenia określonej opinii. Tymczasem na definitywnym posiedzeniu komisji w akcie tzw. pospiesznego posłuszeństwa zarówno jedna z recenzentek, mimo że uprzednio dostarczyła już przewodniczącemu na piśmie pozytywną recenzję rozprawy, jak i inny członek komisji, poczuli się zobowiązani przez ustawę do sformułowania wotum negatywnego.

Początkowo przebieg postępowania habilitacyjnego Kuisza wydawał się być zatem jedynie zakłócony przez niewinny lapsus naukowy – może w ramach swobodnej oceny dowodów ktoś chciałby go określić jako wybryk? – dwojga profesorów Wydziału Prawa i Administracji najstarszego uniwersytetu w Polsce. Mimo że komisja habilitacyjna mogła przecież ów lapsus przegłosować w stosunku 2:5, co musiałyby się zresztą okazać w efekcie bezskuteczne, opisana tu dynamika sytuacji doprowadziła do wydania podjętego większością głosów 4:3 wyroku śmierci na habilitację Kuisza. I jak tu nie wierzyć w moc i przemoc propagandy!

Czas na konkluzję. Wydaje się, że w środowisku naukowym zaczyna wreszcie narastać krytycyzm wobec wprowadzonej przez reformę Gowina średniowiecznej arytmetyki dwóch wiążących negatywnych recenzji habilitacyjnych²⁸. Odkąd autor reformy, swego czasu odformalizowujący co się da liberał, popadł w niełaskę polityczną, dzieło jego utraciło status jednego z siedmiu naukowych

²⁵ *Ibidem*, s. 5.

²⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 574, z późn zm.

²⁷ M. Bogusz, M. Miłosz, *Konstrukcja związania negatywnymi recenzjami w nowym postępowaniu doktorskim i habilitacyjnym*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 5, s. 89–91.

²⁸ To samo dotyczy w zasadzie postępowań doktorskich: B. Miłosz, *Konstrukcja związania...*, s. 88–89.

cudów świata. Proponuję zatem wprowadzić na razie wyjątek od zasady związania przynajmniej w wypadku, gdy owe negatywne recenzje pochodzą – jak w przypadku Jarosława Kuisza – od pracowników tego samego wydziału tego samego uniwersytetu.

REFERENCES

- Ajnenkiel A. (red.), *Wojna domowa czy nowa okupacja? Polska po roku 1944*, Warszawa 2001
- Benjamin W., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M. 2019
- Bogusz M., Miłosz M., *Konstrukcja związania negatywnymi recenzjami w nowym postępowaniu doktorskim i habilitacyjnym*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 5
- Chojnicka K., *Recenzja w postępowaniu habilitacyjnym dr. Jarosława Kuisza*, <https://radon.nauka.gov.pl/dane/profil/80854fa0-e093-416c-bca0-cee2244d3d04> (dostęp: 1.09.2022 r.)
- Dziadzio A., *Recenzja osiągnięć naukowych doktora Jarosława Kuisza sporządzona w postępowaniu o nadanie stopnia naukowego doktora habilitowanego*, <https://radon.nauka.gov.pl/dane/profil/80854fa0-e093-416c-bca0-cee2244d3d04> (dostęp: 1.09.2022 r.)
- Fraenkel E., *Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York–London–Toronto 1941
- Giaro T., *A Matter of Pure Conscience?*, „Studia Iuridica” 2019, t. LXXXII
- Giaro T., *Paradoks suwerenności i zjawiska pokrewne*, (w:) J. Majchrowski (red.), *W obronie suwerenności*, Warszawa 2017
- Hippel F. von, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, Tübingen 1955
- Kuisz J., *Propaganda bezprawia. O „popularyzowaniu prawa” w pierwszych latach Polski Ludowej*, Warszawa 2020
- Prażmowska A. J., *Civil War in Poland, 1942–1948*, Palgrave McMillan 2004
- Stolleis M., *Nazi Law and Nazi Non-Law*, (w:) H. Pihlajamäki, M. D. Dubber, M. Godfrey (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford 2019
- Wildt M., *Die Transformation des Ausnahmezustands. Ernst Fraenkels Analyse der NS-Herrschaft und ihre politische Aktualität*, in Docupedia-Zeitgeschichte, 1. Juni 2011

Michał Grudecki

Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska

e-mail: michal.grudecki@us.edu.pl

ORCID: 0000-0002-5185-3770

KARCENIE MAŁOLETNIICH – KONTRATYP CZY EKSKULPANT? UWAGI *DE LEGE FERENDA**

PUNISHMENT OF MINORS: JUSTIFICATION OR EXCUSE? *DE LEGE FERENDA* POSTULATES

Abstract

The article is devoted to the assessment of the discipline of minors in terms of the criminal law. The offered considerations are focused on the future. In the author's opinion, the use of non-pedagogical punishment in the educational process cannot be considered a legal activity due to the lack of the educators' approval. The author tries to determine whether it is justified for the legislator to introduce into the legal system a justification of or an excuse for punishing minors. In his opinion the use of non-statutory justifications by the judicial authorities is unacceptable in a democratic state ruled by law – it is necessary to look for other instruments that would allow to exclude the criminal liability of parents or guardians who discipline their charges. Evidently, the use of non-pedagogical punishment is still common in the society. Therefore, disciplining minors is analyzed in terms of meeting the conditions of justification and excuse. The conducted

* Artykuł powstał w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2018/29/N/HS5/00725 oraz umowy nr UMO-2018/29/N/HS5/00725.

research demonstrates that a provision of a double nature can be introduced into the legal system (a justification or an excuse), which, depending on the value of the child's interests sacrificed by discipline, would exclude the unlawfulness of the disciplinary conduct or the guilt of a parent/guardian.

KEYWORDS

criminal law, justification, excuse, upbringing, punishing

SŁOWA KLUCZOWE

prawo karne, kontratyp, ekskulpant, wychowanie, karcenie

1. WPROWADZENIE

Na wstępie warto zaznaczyć, że o prawnej ocenie karcenia małoletnich nigdy dość¹. Ta tematyka ze styku prawa karnego i rodzinnego jest ciągle aktualna, niezwykle ważna społecznie, budząca spore kontrowersje, a także stanowiąca wyzwanie intelektualne dla wielu badaczy prawa. Pomimo licznych publikacji dotyczących tej problematyki², przestrzeń do nowych rozważań wciąż pozostaje otwarta, zwłaszcza w kontekście współczesnych wyzwań prawa rodzinnego. Zmienia się społeczeństwo, zmianie ulega także model rodziny³. Przekształceniu podlegają reguły postępowania z dobrami dziecka w procesie wychowawczym, które można nazwać metodami wychowania. W związku z tym trzeba zastanowić się, czy we współczesnej rodzinie jest miejsce na stosowanie kar wobec dzieci, a także jak na to karcenie ma reagować prawo, zwłaszcza prawo karne.

¹ Jest to parafraza tezy A. Wąska dotyczącej badań na temat winy. Zob. A. Wąsek, *Problematyka zasad odpowiedzialności karnej w okresie pracy nad reformą prawa karnego*, (w:) A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu. Materiały z sympozjum nt. reformy prawa karnego zorganizowanego przez sekcję nauk prawnych KUL w Kazimierzu n. Wisłą w dniach 28–30 IV 1988 r.*, Lublin 1988, s. 33.

² Warto zwrócić uwagę choćby na wybrane, najnowsze publikacje poświęcone wyłącznie bądź częściowo tej problematyce: R. Krajewski, *Karcenie dzieci. Perspektywa prawna*, Warszawa 2010; S. Różycka-Jaroś, *Karcenie dzieci – czyn zabroniony czy okoliczność uchylająca bezprawność*, Warszawa 2012; A. Grześkowiak, I. Zgoliński (red.), *Prawo karne w ochronie praw dziecka*, Bydgoszcz 2018; W. Jedlecka, *Zakaz stosowania kar cielesnych a kontratyp karcenia wychowawczego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, nr 120, s. 97–108; M. Grudecki, *Kontratypy pozastawowe w polskim prawie karnym*, Warszawa 2021.

³ Zob. np. J. Ostrouch-Kamińska, *Przełom, przejścia, przesunięcia. Rodzina w procesie zmian*, „Pedagogika Społeczna” 2017, nr 2; s. 83–93; A. Błasiak, *Tendencje zmian we współczesnych rodzinach w ponowoczesności*, „Horyzonty Wychowania” 2019, nr 45, s. 11–21.

Jako karcenie należy rozumieć w szczególności dyscyplinę negatywną, czyli wyrządzenie dziecku pewnej dolegliwości, tak aby uświadomiło sobie niewłaściwość swojego postępowania i zmieniło je w przyszłości⁴. Korzystanie ze środków przynależnych do tej dyscypliny może prowadzić do wypełnienia przez karcących znamion różnych typów czynów zabronionych pod groźbą kary w Kodeksie karnym⁵ lub Kodeksie wykroczeń⁶, w zależności od sposobu karcenia. Dla uproszczenia wyводу karceniem można też nazwać metody prewencyjne, czyli zachowania służące do zapewnienia dziecku bezpieczeństwa oraz przełamania jego ewentualnego oporu⁷. Przykładowymi metodami wychowawczymi polegającymi na karceniu lub prewencji i mogącymi realizować znamiona typów czynów zabronionych są: pozbawienie wolności dziecka, np. zakaz wyjścia celem spotkania z kolegami (art. 189 § 1 k.k.), prewencyjne odczytanie korespondencji dziecka (art. 267 § 1 k.k.), zmuszanie dziecka np. do wzięcia lekarstwa (art. 191 § 1 k.k.), usunięcie z komputera dziecka niebezpiecznej dla jego rozwoju gry komputerowej czy innego programu (art. 268 § 1 k.k., art. 268a § 1 k.k.), zabór rzeczy dziecka w celu przywłaszczenia, np. konfiskata elektronicznego papierosa (art. 278 § 1 k.k.), samowolne używanie rzeczy ruchomej małoletniego, np. czasowa konfiskata telefonu komórkowego (art. 127 § 1 k.w.), czy nawet zniszczenie rzeczy, np. paczki papierosów (art. 124 § 1 k.w.)⁸. Warto też dodać, że niektórzy przedstawiciele doktryny opowiadają się nadal za skutecznością stosowania kar cielesnych w procesie wychowawczym (art. 217 § 1 k.k.)⁹, ubliżających słów (art. 216 § 1 k.k.), czy gróźb (art. 190 § 1 k.k.)¹⁰.

Należy odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje potrzeba wysunięcia uwag *de lege ferenda*, postulujących utworzenie kontratypu bądź ekskulpantu karcenia małoletnich. Nie powinno bowiem ulegać wątpliwości, że posługiwanie się przez organy wymiaru sprawiedliwości konstrukcją pozaustawowych kontratypów

⁴ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 442–443.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1138); dalej: k.k.

⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 2008, z późn. zm.); dalej: k.w.

⁷ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 455; J. Gwiazdomorski, *Prawo rodzinne. Dekret z dnia 22 stycznia 1946 roku D.U. Nr 6 p. 52*, Kraków 1946, s. 57.

⁸ M. Grudecki, *Prawnokarna perspektywa karcenia małoletnich*, (w:) D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Wedeł-Domaradzka (red.), *Rodzina i prawo*, Bydgoszcz 2017, s. 204–205; M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 458–460.

⁹ Poglądy niektórych naukowców opisuje M. Grudecki, *Prawnokarna ocena klapsa*, „Gubernaculum et Administratio” 2021, z. 2, s. 243–244.

¹⁰ Np. I. Stachura, *Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 2, s. 134; M. Morawska, *Zakaz stosowania kar cielesnych a pozaustawowy kontratyp karcenia wychowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 10, s. 33; A. Mikołajec, *Kara jako jedna z metod stosowanych w procesie wychowania dziecka*, <http://www publikacje.edu.pl/pdf/12191.pdf> (dostęp: 6.08.2022), s. 3.

jest niedopuszczalne w demokratycznym państwie prawa¹¹. W związku z tym przedmiotem rozważań nie będzie bezpośrednio tzw. pozaustawowy kontratyp karcenia małoletnich, błędnie wyróżniany wciąż przez niektórych przedstawicieli nauki¹². Niemożność zgłębiania problematyki pozaustawowego kontratypu nie jest równoznaczna z bezzasadnością prowadzenia rozważań na temat możliwości kodeksowej regulacji, która dotyczyłaby wyłączenia odpowiedzialności karnej rodziców bądź opiekunów w przypadku dokonanego skarcenia małoletnich. Brak takiej regulacji uniemożliwia bowiem skorzystanie przez rodziców lub opiekunów prawnych z metod wychowawczych wypełniających znamiona typów czynów zabronionych, co zdaniem A. Barczak-Oplustil jest trudne do zaakceptowania z perspektywy funkcjonowania społeczeństwa oraz konieczności zapewnienia właściwej ochrony dóbr prawnych¹³.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zbadać poprzednio i obecnie obowiązujące regulacje prawne dotyczące problematyki karcenia małoletnich, by następnie przejść do oceny możliwości stosowania kar wobec dzieci ze strony współczesnych pedagogów. Pozwoli to ustalić, czy – a także jakiego rodzaju – karcenie spełnia przesłanki pierwotnej legalności, kontratypizacji albo ekskulpacji. Może się też okazać, że taka metoda wychowawcza nie powinna być w żaden sposób usprawiedliwiana przez prawo, a korzystanie z niej w każdym przypadku powinno skutkować ponoszeniem przez rodziców bądź opiekunów odpowiedzialności karnej.

2. PRAWNA REGULACJA KARCENIA MAŁOLETNIICH – *DE LEGE PRAEVI A ET DE LEGE LATA*

Jedynym aktem prawnym w historii polskiej legislacji, który zawierał kontratyp karcenia małoletnich był dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. – Prawo rodzinne¹⁴. Przepis art. 25 § 2 tego dekretu brzmiał następująco: „Rodzice mogą karcić dzieci, będące pod ich władzą, jednak bez szkody dla ich zdrowia fizycznego lub moralnego i w granicach wskazanych celem wychowania”. Tego typu

¹¹ Zob. więcej na ten temat np. M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 296; M. Małecki, *Granice sztuki w świetle prawa karnego*, „Zeszyty Artystyczne” 2015, nr 26, s. 46–48; M. Grudecki, R. Fic, *Prawnokarna ocena zachowań znieważających w Internecie*, „Zeszyty Prawnicze” 2021, nr 3, s. 227.

¹² Zob. zamiast wielu D. Karkut, *Zakaz stosowania kar cielesnych a pozaustawowy kontratyp karcenia w celach wychowawczych*, (w:) E. Kabza, E. Krupa-Lipiński (red.), *Dobro dziecka w ujęciu interdyscyplinarnym*, Toruń 2016, s. 121–140; M. Morawska, *Zakaz...*, s. 27–45; M. Jońca, *Kontratyp a karcenie małoletnich w polskim prawie karnym*, „Gubernaculum et Administratio” 2016, nr 1, s. 47–56.

¹³ A. Barczak-Oplustil, *Recenzja rozprawy doktorskiej mgr-a Michała Grudeckiego pt. „Tak zwane kontratypy pozaustawowe w polskim prawie karnym”*, http://bip.us.edu.pl/sites/bip.us.edu.pl/files/grudecki_-_rec._prof._a._barczak-oplustil.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.).

¹⁴ Dz.U. nr 6, poz. 52.

przepis, choć znajdujący się w innym niż ustawa karna akcie prawnym, ograniczał zakres zastosowania dekodowanych głównie z ówczesnie obowiązującej ustawy karnej norm sankcjonowanych zakazujących zachowań, które odpowiadały czynom rodziców, polegających na karceniu dzieci. Stanowił więc wzorcowy kontratyp¹⁵. Jak wskazuje J. Gwiazdomorski, przepis ten dawał rodzicom swobodę wyboru kary, wyłączając spod tej swobody wyłącznie sankcje zagrażające zdrowiu fizycznemu i moralnemu dziecka oraz nieposiadające waloru wychowawczego¹⁶. Ustawodawca nie ponowił tego kontratypu ani w ustawie z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny¹⁷, ani w obecnie obowiązującej ustawie z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy¹⁸.

Brak zawarcia w przepisach kolejnych ustaw prawnorodzinnych wyżej zaprezentowanego kontratypu może oznaczać, że ustawodawca przestał tolerować stosowanie takich środków wychowawczych i zrezygnował z przyznania rodzicom prawa do karcenia swoich dzieci już w połowie XX w.¹⁹. Oczywiście można też próbować forsować tezę, w myśl której ustawodawca chciał w ten sposób pozostawić kwestię dozwolonego karcenia panującemu zwyczajowi, mieszczącemu się w granicach szeroko rozumianego prawa do wychowania małoletniego²⁰. Podstawą taką mógłby być przepis art. 96 § 1 k.r.o., zgodnie z którym rodzice wychowują dziecko pozostające pod ich władzą rodzicielską i kierują nim. Pogląd ten koresponduje z uznaniem przez niektórych przedstawicieli doktryny karcenia małoletnich za czynność pierwotnie legalną, nienaruszającą reguł postępowania z dobrami prawnymi dziecka²¹. Co do słuszności tej tezy można mieć wątpliwości, a R. Krajewski wprost nazywa ją nadinterpretacją uprawnień rodzicielskich²².

Przeciwko uznaniu karcenia małoletnich realizującego *prima facie* znamiona typów czynów zabronionych za czynność pierwotnie legalną można wysunąć

¹⁵ Zob. więcej o kontratypie jako okoliczności ograniczającej zakres zastosowania normy sankcjonowanej: M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 114 i n.

¹⁶ J. Gwiazdomorski, *Prawo...*, s. 57.

¹⁷ Dz.U. nr 34, poz. 308.

¹⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1359.

¹⁹ F. Ciepły, D. Gil, *Kontratyp karcenia małoletnich: aspekty materialne i procesowe*, (w:) A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarowskiemu*, Lublin 2011, s. 41–43; F. Ciepły, *Problem legalności kryminalnej karcenia cielesnego małoletnich z perspektywy zasad wykładni historycznoprawnej*, (w:) F. Ciepły (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011, s. 90–92; R. Krajewski, *Karcenie...*, s. 72.

²⁰ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 472; M. Kopeć, *Zwyczaj jako podstawa wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich*, (w:) F. Ciepły (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011, s. 107.

²¹ I. Stachura, *Karcenie...*, s. 130; R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze w świetle art. 96¹ KRO*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2012, z. 2, s. 115; M. Grudecki, *Prawnokarna perspektywa karcenia małoletnich*, (w:) D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękcak, A. Wedeł-Domaradzka (red.), *Rodzina...*, s. 202, 204, 205.

²² R. Krajewski, *Karcenie...*, s. 101.

kilka argumentów. Pierwszym z nich jest powyżej zaprezentowany dowód z wykładni historycznej. Skoro ustawodawca zrezygnował z ponowienia w prawie rodzinnym przepisu o wyraźnie kontratypowym charakterze, zezwalającym na stosowanie kar wobec dzieci, to nie można wnioskować, iż uznał tego typu czynności za dozwolone w normalnym procesie wychowawczym. Drugi argument płynie z istoty czynności pierwotnie legalnych, czyli społecznie akceptowalnych. Aby dane zachowanie zaklasyfikować jako pierwotnie legalne, w społeczeństwie *in genere* bądź wśród poszczególnych mniejszych jego grup (np. rodziców, pedagogów) musi panować przekonanie o opłacalności konieczności danego sposobu naruszania czy narażania na niebezpieczeństwo dóbr prawnych – zysk z jego podjęcia musi znacznie przekraczać ewentualne koszty²³. Opłacalność ta może wynikać²⁴:

1) z pożyteczności tych zachowań dla ogółu (zachowania społecznie użyteczne);

2) z powszechności tych zachowań, zaakceptowanych jako stały element rzeczywistości (zachowania społecznie przyjęte);

3) z poszanowania konstytucyjnie gwarantowanej wolności jednostki (zachowania luksusowe).

Jeżeli zachowanie zostanie uznane za społecznie akceptowalne, to w naturalny sposób zostanie wykształcona spójna reguła postępowania z dobrem, która pozwoli zniwelować poziom nadmiernego, nietolerowanego niebezpieczeństwa ponad granice społecznej akceptowalności. Dopiero wtenczas przekroczenie tej reguły umożliwi przypisanie cechy bezprawności zachowaniu sprawcy.

Brak konsensusu co do dopuszczalności określonego sposobu obcowania z dobrem – trudność z zakwalifikowaniem tego zachowania do którejś z trzech wymienionych wyżej grup – przekłada się automatycznie na niemożność skonstruowania reguły postępowania z tym dobrem, która w sposób jednoznaczny będzie wskazywać czy – i ewentualnie jak – można je naruszać. Sprzeczne poglądy na temat możliwości zastosowania danej metody obcowania z dobrem uniemożliwiają postawienie tezy, że obcującemu są znane reguły postępowania z nim²⁵. Jednoznacznej reguły w ogóle wówczas nie ma²⁶. Brak reguły postępowania z dobrem uniemożliwia zawężenie zakresu normowania normy sankcjonowanej, czyli wyłączenie z niego pewnego katalogu zachowań realizujących szerokie znamię czasownikowe poszczególnych typów czynów zabronionych. Jednostka powinna wówczas postępować z dobrem prawnym w sposób jak najbardziej ostrożny, tak by zapewnić mu oczekiwane bezpieczeństwo²⁷. Jeśli reguły

²³ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 215.

²⁴ Podział za M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 163–164.

²⁵ O. Sitarz, J. Hanc, *Zabieg Kristellera w świetle przepisów prawa karnego*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 2, s. 71.

²⁶ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 215.

²⁷ *Ibidem*.

postępowania z dobrem nie zezwalają na jego naruszenie czy narażenie na niebezpieczeństwo (a nie mogą zezwalać, jeśli ich w ogóle nie ma), obcujący z dobrem nie jest uprawniony czynić w ten sposób.

3. KARCENIE W PROCESIE WYCHOWAWCZYM – AKTUALNE POGLĄDY PEDAGOGÓW

Sytuacja opisana na zakończenie poprzedniego punktu ma miejsce w przypadku karcenia małoletnich. Zarówno wśród rodziców i opiekunów (wskazuje się, że osoby z wyższym wykształceniem częściej rezygnują z karania swoich dzieci²⁸) – jak i co najważniejsze – wśród pedagogów – brakuje konsensusu odnośnie do dopuszczalności karcenia w procesie wychowawczym. Co więcej, omawiane zagadnienie dotyczy nie tylko kar cielesnych – tutaj bowiem wątpliwości co do ich niedopuszczalności są znacznie mniejsze²⁹ – lecz karcenia *in genere*.

Zwolennicy stosowania kar jako jednej z metod wychowawczych zwracają uwagę, że mają one korzystny wpływ na dziecko, tylko jeśli są wymierzone konsekwentnie w celu wychowawczym przez osobę lubianą przez dziecko (do której czuje ono zaufanie) oraz przy zastosowaniu jasnych kryteriów³⁰. Kary zwalczają destrukcyjne zachowania u małoletnich, pomagają naprawić błędy wychowawcze ze strony opiekunów, a także uczą dzieci rządzącej światem zasady, zgodnie z którą niewłaściwe zachowania przynoszą przykre konsekwencje³¹. Dzięki karom dzieci poznają, co jest dobre, a co złe i w związku z tym mogą uniknąć w przyszłości podejmowania niewłaściwych zachowań³². Łącznie z nagrodami stanowią one zdaniem ich zwolenników uznaną i wciąż aktualną metodę wychowawczą³³.

²⁸ J. Łukasiewicz-Wieleba, *Nagrody i kary jako oddziaływania wychowawcze rodziców zdolnych dzieci*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2018, nr 1, s. 27.

²⁹ Zob. M. Grudecki, *Prawnokarna ocena...*, s. 241–244.

³⁰ H. Hamer, *Psychologia społeczna. Teoria i praktyka*, Warszawa 2007, s. 133; A. Ładyżyński, *Od akceptacji do dyscypliny. Praca wychowawcza z nastolatkiem*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007, s. 136.

³¹ S. Różycka-Jaroś, *Karcenie dzieci...*, s. 34; M. Kluz, *Znaczenie kary w procesie wychowania i kształtowania osobowości dziecka w rodzinie i szkole*, „Studia Gdańskie” 2011, t. 28, s. 165; P. Kowolik, *Wychowawcze znaczenie kar i nagród stosowanych w wychowaniu dzieci przedszkolnych*, „Nauczyciel i Szkoła” 2011, nr 1, s. 107.

³² S. Różycka-Jaroś, *Karcenie dzieci...*, s. 34; K. Cope, *The Age of Discipline: The Relevance of Age to the Reasonableness of Corporal Punishment*, „Law and Contemporary Problems” 2010, nr 2, s. 170; J. Bryk, *Zagadnienie karcenia nieletnich jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu (rozważania na tle przestępstwa znęcania się)*, „Przegląd Policyjny” 2001, nr 1, s. 63.

³³ M. Bereznička, *Wychowanie dziecka we współczesnej rodzinie*, Kraków 2014, s. 160; K. Dziedzic, *Rola kar i nagród w procesie wychowania w opinii wychowanków Młodzieżowego Ośrodka Wychowawczego*, „Prace Naukowe WSZiP” 2019, nr 1, s. 63; J. Łukasiewicz-Wieleba, *Nagrody...*, s. 25.

Kary, których stosowanie dopuszczają niektórzy pedagodzy, to w większości tzw. kary pedagogiczne, które nie naruszają godności małoletniego³⁴. Polegają one na wyjaśnieniu dziecku, dlaczego źle się zachowało oraz wyrażeniu smutku z tego powodu, czasowym odebraniu przyznanego dziecku przywileju, rzeczy lub przyjemności czy sugestii, by dziecko naprawiło wyrządzoną szkodę albo zadośćuczyniło wywołanej krzywdzie³⁵. Najkrócej rzecz ujmując, można nazwać je dezaprobatą czy ograniczeniem uprawnień³⁶. Jak wskazuje J. Łukasiewicz-Wieleba, najczęściej stosowaną karą pedagogiczną jest pozbawienie rozrywek lub innych czynności lubianych przez dzieci³⁷.

W pedagogice można aczkolwiek znaleźć przeciwne poglądy, w świetle których stosowanie jakichkolwiek kar jest niedopuszczalne i stanowi wyraz bezradności oraz braku cierpliwości wychowujących³⁸. Każda kara jest dla dziecka przykrością, pokazuje jego słabość i zależność względem karzącego, który wykorzystuje swoją siłę³⁹. Nadużywanie karania prowadzi do powstania u dzieci urazów psychicznych, m.in. kompleksu niższości⁴⁰. W myśl tego poglądu miłość rodzicielska nie karze, lecz nagradza i pomaga⁴¹. Stosowanie kar nie zawsze skutkuje efektem wychowawczym, ponieważ w niektórych przypadkach karzony może czuć awersję do pożądanego, lecz wymuszonego karą zachowania i powrócić do złego postępowania wówczas, gdy ustanie czynnik karzący⁴². Kara przynosi wówczas efekt zupełnie przeciwny od zakładanego i pożądanego, a także psuje relacje między rodzicami oraz dziećmi, którzy są postrzegani przez nich

³⁴ L. Wiatrowska, *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufrieva (red.), *Problems of Modern Psychology: Collection of research papers of Kamianets-Podilskyi Ivan Ohienko National University, G.S. Kostyuk Institute of Psychology at the National Academy of Pedagogical Science of Ukraine*, Kamianets-Podilskyi 2017, s. 82.

³⁵ K. Dziedzic, *Rola...*, s. 68; S. Różycka-Jaroś, *Karcenie psychiczne dzieci w świetle obowiązujących regulacji prawnych*, „*Studia Iuridica*” 2012, t. LV, s. 191; J. Łukasiewicz-Wieleba, *Nagrody...*, s. 26; A. Mikołajec, *Kara...*, s. 5–6.

³⁶ J. Łukasiewicz-Wieleba, *Nagrody...*, s. 26.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ M. Bednarska, *Kilka uwag o przemocy w wychowaniu – skąd, po co, dlaczego?*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007, s. 22; A. Chmiel, *Pałace smoka... Kara czasu – czas kary*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007, s. 40.

³⁹ P. Kowolik, *Wychowawcze...*, s. 100; E. Erasmus, *Dylematy w wychowaniu: wolności, bezpieczeństwa, swobody i przymusu czy obowiązku*, „*Journal of Modern Science*” 2012, nr 1, s. 64; A. Chmiel, *Pałace smoka... Kara czasu – czas kary*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy...*, s. 40; A. Kohn, *Wychowanie bez nagród i kar. Rodzicielstwo bezwarunkowe*, Podkowa Leśna 2013, s. 88.

⁴⁰ A. Mikołajec, *Kara...*, s. 3.

⁴¹ L. Wiatrowska, *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufrieva (red.), *Problems...*, s. 82.

⁴² M. E. Ruszel, *Zwyczajowe formy karcenia wychowawczego w społeczeństwie polskim*, (w:) F. Ciepły (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011, s. 158.

jako „egzekutorzy”⁴³. Podaje się w wątpliwość skuteczność kar przez wykazywanie konieczności ponownego karania⁴⁴. Kary mogą nie motywować małoletnich do zmiany złego zachowania na lepsze, lecz do dokładniejszego ukrywania własnych przewinień, tak by nie narazić się na wykrycie i w konsekwencji ukaranie – uczą kłamstwa, przebiegłości, kalkulowania ryzyka, czyniąc z dzieci egocentryków⁴⁵. Dodatkowo kary zakłócają proces wyciągania wniosków z własnego zachowania – karcony nie myśli o tym, co źle zrobił, ale jak to się dla niego skończy i kiedy wreszcie się skończy⁴⁶. Zamiast przyznać się do błędu, może on ukrywać swoje przewinienie⁴⁷. Koncepcja „luzu wychowawczego” zakłada zatem całkowitą rezygnację z karania, a jako metodę zwalczania niewłaściwych zachowań podopiecznych proponuje dialog z wychowawcą⁴⁸.

Najbardziej liberalny nurt, zwany antypedagogiką, postuluje zastąpienie wychowania dziecka przyjaźnią, partnerstwem oraz wspieraniem go w samorozwoju i w podejmowaniu decyzji⁴⁹. Karcenie nie może stanowić metody wychowawczej, ponieważ w ten sposób nie rozwiązuje się konfliktów w dorosłym życiu, a dziecko powinno być traktowane jako równorzędny partner dorosłego⁵⁰. W myśl tej teorii małoletni nie może być kierowany za pomocą dyscypliny, lecz wyłącznie wspierany przez rodziców, tak aby miał możliwość popełniania błędów, wyciągania z nich wniosków oraz ich naprawiania⁵¹. Sterowanie za pomocą nagród i kar jest bowiem uprzedmiotawianiem (depersonalizacją) młodego człowieka⁵². Humanistyczne wychowanie wymaga obdarzenia dziecka zaufaniem i wiarą w to, że przyjmie ono na siebie odpowiedzialność za własne czyny⁵³. W związku z tym należy promować tzw. rodzicielstwo bezwarunkowe, oparte na następujących składnikach⁵⁴:

⁴³ A. Kohn, *Wychowanie...*, s. 84, 89; A. Mikołajec, *Kara...*, s. 5.

⁴⁴ A. Kohn, *Wychowanie...*, s. 83, 87.

⁴⁵ J. Łukasik, *O wartości konsekwencji w wychowaniu*, „Bliżej Przedszkola” 2010, nr 11, s. 53; A. Kohn, *Wychowanie...*, s. 90–92.

⁴⁶ A. Kohn, *Wychowanie...*, s. 94.

⁴⁷ A. Mikołajec, *Kara...*, s. 4.

⁴⁸ E. Erazmus, *Dylematy...*, s. 43, 67.

⁴⁹ M. Sikorska, *Nowa matka, nowy ojciec, nowe dziecko. O nowym układzie sił w polskich rodzinach*, Warszawa 2009, s. 224–225; L. Wiatrowska, *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufrieva (red.), *Problems...*, s. 81.

⁵⁰ M. Sikorska, *Nowa...*, s. 226.

⁵¹ T. Błahut, *Kara i karanie w perspektywie pedagogiki wyznania katolickiego i protestanckiego*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007, s. 115.

⁵² L. Wiatrowska, *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufrieva (red.), *Problems...*, s. 81, 83.

⁵³ *Ibidem*, s. 82.

⁵⁴ Za A. Kohnem, *Wychowanie...*, s. 174–208.

- 1) rezygnacji ze stawiania dzieciom wymagań i akceptacji ich takich, jakimi są;
- 2) ograniczeniu krytyki dzieci;
- 3) dawaniu wyrazów miłości i akceptacji nawet wówczas, gdy dziecko źle się zachowuje;
- 4) rezygnacji z kar i nagród (przekupstwa);
- 5) pozostawieniu dzieciom realnego wyboru;
- 6) podejmowaniu ważnych decyzji wspólnie z dzieckiem.

Nurt antypedagogiki nie znajduje powszechnego uznania wśród wychowawców, aczkolwiek współcześnie dość silnie zwraca się uwagę na konieczność bardziej partnerskiego traktowania relacji między dziećmi a rodzicami⁵⁵. Najkorzystniejszym stylem wychowania jest styl demokratyczny, oparty na podmiotowym traktowaniu obu stron relacji i dialogu, w którym dziecko ma duży zakres autonomii i współuczestniczy z rodzicami w podejmowaniu wszystkich decyzji⁵⁶. Prawidłowo ukształtowane więzi wewnątrzrodzinne pozwalają zaś na wychowanie bez kar⁵⁷.

4. KARCENIE MAŁOLETNIICH JAKO CZYNNOŚĆ PIERWOTNIE LEGALNA

Trudno wykazać, by zachowania klasyfikowane jako kary pedagogiczne realizowały znamiona jakiegokolwiek typu czynu zabronionego, może poza wykroczeniem samowolnego używania cudzej rzeczy ruchomej w przypadku czasowego odebrania przyznanej dziecku rzeczy, np. telefonu komórkowego czy tabletu. **Tego typu karcenie jest pierwotnie legalne jako zachowanie, które w ogóle nie godzi w dobro prawne**⁵⁸. Jest to zachowanie społecznie przyjęte. Jego przeciwieństwem jest karcenie za pomocą środków, które realizują znamiona typów czynów zabronionych. Tego typu kary zawsze – w mniejszym lub większym stopniu – mogą wywołać u dzieci nieprzyjemne doznania. Zdaniem pedagogów, jeśli w wyniku ukarania dziecko odczuwa lęk, strach, napięcie, wstyd, niemoc czy niepokój, to kara musi zostać uznana za niepedagogiczną⁵⁹. Pedagodzy niemal zgodnie uważają, że we współczesnym procesie wychowawczym niedopuszczalne są tego rodzaju kary, gdyż poniżają one dziecko i naruszają jego godność⁶⁰.

⁵⁵ M. Sikorska, *Nowa matka...*, s. 229.

⁵⁶ M. Dyrdół, *Relacje rodzice–dziecko i ich prawne konteksty*, „Wychowanie w Rodzinie” 2014, nr 10, s. 284.

⁵⁷ A. Mikołajec, *Kara...*, s. 2.

⁵⁸ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 301.

⁵⁹ S. Różycka-Jaroś, *Karcenie psychiczne...*, s. 191; J. Łukasiewicz-Wieleba, *Nagrody...*, s. 26; K. Dziedzic, *Rola...*, s. 68.

⁶⁰ K. Dziedzic, *Rola...*, s. 69; S. Różycka-Jaroś, *Karcenie psychiczne...*, s. 202.

Karcenie niepedagogiczne nie może zatem zostać uznane za zachowanie społecznie akceptowalne. Nie jest możliwe wykazanie jego opłacalności. Opłacalność ta nie wynika z korzyści, które przynosi społeczeństwu. Jest dla niego obojętne albo nawet i szkodliwe. Nie sposób zaklasyfikować go także jako zachowania społecznie przyjętego, ponieważ zdecydowana większość wychowawców opowiada się przeciwko niemu. Nie można go tak samo traktować jako zachowania luksusowego, ponieważ o społecznej opłacalności zachowań luksusowych można mówić tylko wtedy, gdy nie naruszają one praw i wolności innych jednostek⁶¹. Karcenie niepedagogiczne godzi natomiast w dobra prawne dziecka.

5. KARCENIE MAŁOLETNIICH A PRZESŁANKI KONTRATYPIZACJI

W poprzednim punkcie ustalono, że czynnością pierwotnie legalną jest stosowanie wyłącznie kar pedagogicznych. Co do tej tezy nie można mieć wątpliwości, ponieważ kary te w ogóle nie naruszają dóbr prawnych dziecka. Jak jednak zostało wspomniane, wielu rodziców i opiekunów stosuje na co dzień w procesie wychowawczym kary niepedagogiczne, a ich zachowanie może wypełniać znamiona niektórych typów czynów zabronionych. Czy w związku z tym trzeba postulować stworzenie kontratypu karcenia małoletnich? Aby odpowiedzieć na to pytanie, należy zbadać, czy karcenie spełnia przesłanki kontratypizacji.

Za kontratypowe może zostać uznane zachowanie, które należy „(...) do klasy zachowań generalnych i powtarzalnych, ma charakter ekstraordynaryjny, godzi w dobro prawne (narusza je bądź naraża na niebezpieczeństwo w wyniku przekroczenia reguł postępowania z nim) przy czym:

a) stanowi nieakceptowalny, mogący budzić lęk lub potępienie i niewystępujący w życiu codziennym, lecz usprawiedliwiony (uzasadniony wyborem »mniejszego zła«) sposób obcowania z tym dobrem

oraz

b) jest podjęte świadomie w celu rozwiązania kolizji różnych, konkretnych, możliwych do zdekodowania, co najmniej dwóch nietożsamyh dóbr prawnokarnie chronionych bądź tożsamyh, lecz niedzierzonych przez ten sam podmiot

oraz

c) polega na poświęceniu jednego dobra na rzecz ochrony innego dobra w przypadku, w którym brak tego poświęcenia jest społecznie nieopłacalny (straty byłyby jeszcze większe)⁶².

Jeżeli zachowanie spełnia wszystkie wymienione wyżej przesłanki, ustawodawca może postarać się ująć je w znamiona i stworzyć kontratyp. Stosowanie kar

⁶¹ M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 165.

⁶² *Ibidem*, s. 302.

niepedagogicznych z pewnością należy do klasy zachowań generalnych i powtarzalnych, lecz jest czymś ekstraordynaryjnym – na co dzień wszak nie karci się dzieci. Czyni się to tylko wtenczas, gdy przewiniły. Proces wychowawczy nigdy nie opiera się wyłącznie na ciągłym karceniu, a przynajmniej nie powinien się opierać w prawidłowo funkcjonujących rodzinach. Karcenie jest bowiem wyrazem załamania systemu rodziny⁶³. Kary niepedagogiczne godzą w dobra dziecka, gdyż nie wykształciły się reguły postępowania, które wyznaczałyby pole akceptacji takich metod wychowawczych. Problematiczne jest dopiero przesądzenie, czy karcenie może zostać uznane za usprawiedliwiony sposób obcowania z dobrami prawnymi małoletniego, za wybór „mniejszego zła” przy rozstrzygnięciu kolizji między tymi dobrami a wartością w postaci prawa rodziców do wychowania dziecka w zgodzie z jego dobrem oraz zgodnie z własnymi przekonaniem. Czy nieusprawiedliwienie poświęcenia jednego z dóbr prawnych dziecka w ramach tego kontratypu jest społecznie nieopłacalne?

Nie sposób jednoznacznie przesądzić, czy brak zezwolenia na stosowanie kar w procesie wychowawczym przyniesie więcej strat niż korzyści. Wydaje się jednak, że trudno całkowicie zrezygnować z dopuszczalności karcenia w wyjątkowych okolicznościach, biorąc pod uwagę fakt, że w społeczeństwie stanowi ono nadal jedną z podstawowych, naturalnych metod uczenia się rezygnacji z zachowań niepożądanych⁶⁴. Stosowanie systemu nagród, ale też kar może być zatem uznane za wybór mniejszego zła, podejmowany w celu nauczenia dziecka samokontroli oraz stosownego do wieku zachowania⁶⁵. Karcenie nie cieszy się powszechną akceptacją pedagogów i wychowawców, aczkolwiek zdaje się być zachowaniem tolerowanym (a to jest immanentna cecha kontratypów) jako jedna z najpowszechniejszych metod powiadamiania dziecka o konieczności zmiany zachowania⁶⁶.

6. KARCENIE MAŁOLETNIICH A PRZESŁANKI EKSKULPACJI

Prawo nie może nikomu zabronić zostać rodzicem. Niestety nie wszyscy ludzie posiadają naturalne predyspozycje do wychowania dzieci. Różny jest też poziom inteligencji rodziców oraz środowisko, z którego się wywodzą. Często też przeno-

⁶³ A. Mikołajec, *Kara...*, s. 2.

⁶⁴ S. Trusz, *Behawioryzm w pedagogice i praktyce edukacyjnej*, „Edukacja” 2011, nr 4, s. 22–23; A. Chmiel, *Palace smoka... Kara czasu – czas kary*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy...*, s. 36; E. Gruszczyk-Kolska, *Jak dzieci dowiadują się o tym co można, a czego nie można? O wychowaniu zamierzonym i niezamierzonym*, „Blżej Przedszkola” 2010, nr 10, s. 12; L. Wiątrowska, *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufrieva (red.), *Problems...*, s. 81.

⁶⁵ K. Cope, *The Age...*, s. 170.

⁶⁶ E. Gruszczyk-Kolska, *Jak dzieci...*, s. 12.

szą oni negatywne wzorce z własnego dzieciństwa⁶⁷. Mogą karcić własne dzieci, ponieważ sami byli karceni i uważają, że dzięki takiej metodzie ich dzieci „wyrosną na porządnym ludzi” – aktualizuje się tu znane powiedzenie: „bici biją”⁶⁸. Wprowadzenie demokratycznego stylu wychowawczego jest niezwykle trudne, a rodzice, którzy tego nie potrafią, wybierają najczęściej styl autokratyczny, który opiera się na częstym stosowaniu kar⁶⁹. Niektórzy mogą wciąż stosować nawet kary fizyczne („klapsy”, „łanie”)⁷⁰, czy inne kary uwłaczające godności dziecka (znieważanie, groźby), ponieważ nie znają oni innych metod wychowawczych albo karcenie wydaje się im być najlepszą spośród dostępnych metod⁷¹. Stosowanie kar cielesnych w procesie wychowawczym nadal jest uważane wśród wychowawców za element „mądrości ludowej”⁷² – zostało głęboko zakorzenione w ich świadomości, co często blokuje otwarcie się na nowe metody wychowawcze. Rodzice lub opiekunowie, którzy stosują kary naruszające godność dziecka, czynią to też często pod wpływem silnych emocji, wywołanych zachowaniem podopiecznego, np. jego wyjątkową krnąbrnością⁷³. Mogą być też zmęczeni psychicznie lub fizycznie (w tym przez wyjątkowo niegrzeczne dziecko)⁷⁴. W takich sytuacjach trudno od nich wymagać dochowania wierności prawu i stosowania zgodnych z nim środków wychowania dzieci. Można się zastanawiać, czy jest wówczas możliwe przypisanie rodzicom winy, aby uznać ich czyn za przestępny.

7. PODSUMOWANIE

Podsumowując powyższe rozważania, warto zaprezentować postulowany kontratyp/ekskulpant karcenia małoletnich. Przepis powinien mieć podwójny charakter, na wzór wykroczeniowego stanu wyższej konieczności⁷⁵ – w zależności

⁶⁷ J. Łukasiewicz-Wieleba, *Nagrody...*, s. 27.

⁶⁸ J. Maćkiewicz, *Przemoc w wychowaniu jako antywartość*, „Debata Edukacyjna” 2012, nr 5, s. 44; J. Zmarzlik, *Jak wychowywać bez kar fizycznych. Praca z rodzicami bijącymi swoje dzieci*, „Dziecko Krzywdzone” 2003, nr 2, s. 124.

⁶⁹ M. Dyrdół, *Relacje...*, s. 283–285.

⁷⁰ M. Grudecki, *Prawnokarna ocena...*, s. 240; M. Grudecki, *The Genesis of the Prohibition of Corporal Punishment against Minors and the Consequences of Its Application*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, t. IV, s. 249–250.

⁷¹ J. Włodarczyk, *Klaps za karę. Wyniki badań postaw i stosowania kar fizycznych w Polsce*, „Dziecko Krzywdzone” 2017, nr 4, s. 28; J. Helios, W. Jedlecka, *Przemoc fizyczna wobec dzieci. Perspektywa prawna*, Warszawa 2020, s. 16.

⁷² J. G. Dwyer, *Parental Entitlement and Corporal Punishment*, „Law and Contemporary Problems” 2010, nr 2, s. 204.

⁷³ M. Grudecki, *Prawnokarna ocena...*, s. 248.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ J. Kulesza, *Stan wyższej konieczności w ruchu drogowym w świetle orzecznictwa sądowego*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2, s. 24–25.

od wartości dobra prawnego poświęconego w wyniku karcenia uniemożliwiałyby on przypisanie bądź bezprawności, bądź winy. Jak już zostało dowiedzione, w niektórych przypadkach karcenie może być postrzegane jako „mniejsze zło” i usprawiedliwione na mocy kontratypu. W innych zaś usprawiedliwieniu podlega nie zachowanie (karcenie), lecz osoba (rodzic/opiekun), która stosuje generalnie zakazane metody wychowawcze w sytuacji, w której trudno wymagać od niej zachowania się zgodnego z wymogami płynącymi z norm sankcjonowanych, zakazujących m.in. korzystania z pewnych środków wychowawczych. Można zatem postulować dodanie do Kodeksu karnego i Kodeksu wykroczeń przepisu o następującej treści⁷⁶: „Nie popełnia przestępstwa/wykroczenia osoba wykonująca władzę rodzicielską albo sprawująca opiekę lub pieczę zastępczą nad małoletnim, która karci go w celu wychowawczym proporcjonalnie do wagi popełnionego przewinienia bądź działa w celu uchylecia grożącego mu niebezpieczeństwa lub pokierowania nim, jeżeli inne metody okazały się bezskuteczne, a dobro prawne poświęcone w wyniku karcenia nie przedstawia wartości oczywiście większej od wynikłej z niego korzyści dla rozwoju małoletniego”.

Pedagodzy zgodnie ujmują, że stosowanie kar przez rodziców lub opiekunów powinno być ostatecznością⁷⁷. Nie w każdym przypadku będzie ono również metodą skuteczną⁷⁸. Dlatego też w postulowanym kontratypie/ekskulpancie karcenia małoletnich warto zastrzec klauzulę subsydiarności. Cel wychowawczy, proporcjonalność kary do wagi przewinienia oraz dopuszczenie możliwości karcenia wyłącznie osób małoletnich przez ich rodziców oraz osoby ich zastępujące są znamionami powszechnie wskazywanymi przez przedstawicieli doktryny, którzy omawiają tzw. pozaustawowy kontratyp karcenia małoletnich⁷⁹. Ich argumentację należy w pełni podzielić, a znamiona te zamieścić w proponowanym przepisie.

Można postawić zarzut, że postulowany przepis nie jest narzędziem doskonałym ze względu na nieostro sformułowane znamiona. Omawiane zagadnienie dotyczy jednak tak delikatnych kwestii, jak stosunki rodzinne i proces wychowawczy, że nie sposób nie pozostawić organom wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza sądowi, marginesu swobodnej oceny. Wydaje się też, że większym niebezpieczeństwem niż nieostre znamiona jest istniejąca *de lege lata* luka prawna, w świetle której nie istnieje żadne, poza mogącą znaleźć zastosowanie w konkretnych przypadkach klauzulą znikomego stopnia społecznej szkodliwości, narzędzie wyłączające odpowiedzialność karną rodzica lub opiekuna, który karci swoje dziecko.

⁷⁶ Jest to zmodyfikowana propozycja względem zaprezentowanej przez M. Grudeckiego, *Kontratypy...*, s. 449.

⁷⁷ Z. Frączek, *Nagrody i kary w wychowaniu rodzinnym*, „Pedagogika Rodzinna” 2014, nr 3, s. 53; E. Gruszczyk-Kolczyńska, *Jak dzieci...*, s. 12; J. Korczak, *O biciu i innych sprawach*, (w:) J. Bińczycska (red.), *Bici biją*, Warszawa 2002, s. 88; J. Helios, W. Jedlecka, *Przemoc...*, s. 100–101.

⁷⁸ L. Wiatrowska, *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufrieva (red.), *Problems...*, s. 82.

⁷⁹ Zob. zamiast wielu M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 424–432.

Stosowanie kar w procesie wychowawczym nie może bowiem zostać uznane za społecznie akceptowalną metodę postępowania względem małoletnich. Karcenie jest zawsze wynikiem błędów w procesie wychowawczym⁸⁰, lecz błędy zazwyczaj mogą zostać usprawiedliwione. Trzeba jednak wprowadzić do systemu prawa narzędzie, które pozwoli błędy te usprawiedliwić. Bez niego rodzicom lub opiekunom grozi kara kryminalna, a ta – jak stwierdził już prawie 60 lat temu I. Andrejew – nie jest dobrym narzędziem służącym do wyrobienia w wychowawcy poczucia delikatności, bez którego nie będzie on należycie pełnił swojej roli⁸¹.

REFERENCES

- Andrejew I., *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964
- Barczak-Oplustil A., *Recenzja rozprawy doktorskiej mgr-a Michała Grudeckiego pt. „Tak zwane kontraty typy pozaustawowe w polskim prawie karnym”*, http://bip.us.edu.pl/sites/bip.us.edu.pl/files/grudecki_-_rec._prof._a._barczak-oplustil.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.)
- Bednarska M., *Kilka uwag o przemocy w wychowaniu – skąd, po co, dlaczego?*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007
- Bereźnicka M., *Wychowanie dziecka we współczesnej rodzinie*, Kraków 2014
- Błahut T., *Kara i karanie w perspektywie pedagogiki wyznania katolickiego i protestanckiego*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007
- Błasiak A., *Tendencje zmian we współczesnych rodzinach w ponowoczesności*, „Horyzonty Wychowania” 2019, nr 45
- Bryk J., *Zagadnienie karcenia nieletnich jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu (rozważania na tle przestępstwa znęcania się)*, „Przegląd Policyjny” 2001, nr 1
- Chmiel A., *Palace smoka... Kara czasu – czas kary*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007
- Ciepiły F., *Problem legalności kryminalnej karcenia cielesnego małoletnich z perspektywy zasad wykładni historycznoprawnej*, (w:) F. Ciepiły (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011
- Ciepiły F., Gil D., *Kontratyp karcenia małoletnich: aspekty materialne i procesowe*, (w:) A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011
- Cope K., *The Age of Discipline: The Revelance of Age to the Reasonableness of Corporal Punishment*, „Law and Contemporary Problems” 2010, nr 2
- Dwyer J. G., *Parental Entitlement and Corporal Punishment*, „Law and Contemporary Problems” 2010, nr 2

⁸⁰ A. Mikołajec, *Kara...*, s. 2.

⁸¹ I. Andrejew, *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964, s. 117.

- Dyrdół M., *Relacje rodzice–dziecko i ich prawne konteksty*, „Wychowanie w Rodzinie” 2014, nr 10
- Dziedzic K., *Rola kar i nagród w procesie wychowania w opinii wychowanków Młodzieżowego Ośrodka Wychowawczego*, „Prace Naukowe WSZiP” 2019, nr 1
- Erazmus E., *Dylematy w wychowaniu: wolności, bezpieczeństwa, swobody i przymusu czy obowiązku*, „Journal of Modern Science” 2012, nr 1
- Frączek Z., *Nagrody i kary w wychowaniu rodzinnym*, „Pedagogika Rodzinna” 2014, nr 3
- Grudecki M., *Kontratypy pozaustawowe w polskim prawie karnym*, Warszawa 2021
- Grudecki M., *Prawnokarna ocena klapsa*, „Gubernaculum et Administratio” 2021, z. 2
- Grudecki M., *Prawnokarna perspektywa karcenia małoletnich*, (w:) D. Jaroszevska-Choraś, A. Kilińska-Pękacz, A. Wedeł-Domaradzka (red.), *Rodzina i prawo*, Bydgoszcz 2017
- Grudecki M., *The Genesis of the Prohibition of Corporal Punishment against Minors and the Consequences of Its Application*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2021, t. IV
- Grudecki M., Fic R., *Prawnokarna ocena zachowań znieważających w Internecie*, „Zeszyty Prawnicze” 2021, nr 3
- Gruszczyk-Kolska E., *Jak dzieci dowiadują się o tym co można, a czego nie można? O wychowaniu zamierzonym i niezamierzonym*, „Bliżej Przedszkola” 2010, nr 10
- Grześkowiak A., Zgoliński I. (red.), *Prawo karne w ochronie praw dziecka*, Bydgoszcz 2018
- Gwiadomorski J., *Prawo rodzinne. Dekret z dnia 22 stycznia 1946 roku D.U. Nr 6 p. 52*, Kraków 1946
- Hamer H., *Psychologia społeczna. Teoria i praktyka*, Warszawa 2007
- Helios J., Jedlecka W., *Przemoc fizyczna wobec dzieci. Perspektywa prawna*, Warszawa 2020
- Jedlecka W., *Zakaz stosowania kar cielesnych a kontratyp karcenia wychowawczego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, nr 120
- Jońca M., *Kontratyp a karcenie małoletnich w polskim prawie karnym*, „Gubernaculum et Administratio” 2016, nr 1
- Karkut D., *Zakaz stosowania kar cielesnych a pozaustawowy kontratyp karcenia w celach wychowawczych*, (w:) E. Kabza, E. Krupa-Lipiński (red.), *Dobro dziecka w ujęciu interdyscyplinarnym*, Toruń 2016
- Kluz M., *Znaczenie kary w procesie wychowania i kształtowania osobowości dziecka w rodzinie i szkole*, „Studia Gdańskie” 2011, t. 28
- Kohn A., *Wychowanie bez nagród i kar. Rodzicielstwo bezwarunkowe*, Podkowa Leśna 2013
- Kopeć M., *Zwyczaj jako podstawa wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich*, (w:) F. Ciepły (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011
- Korczak J., *O biciu i innych sprawach*, (w:) J. Bińczycka (red.), *Bici biją*, Warszawa 2002
- Kowolik P., *Wychowawcze znaczenie kar i nagród stosowanych w wychowaniu dzieci przedszkolnych*, „Nauczyciel i Szkoła” 2011, nr 1
- Krajewski R., *Karcenie dzieci. Perspektywa prawna*, Warszawa 2010
- Kulesza J., *Stan wyższej konieczności w ruchu drogowym w świetle orzecznictwa sądownego*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2

- Ładyżyński A., *Od akceptacji do dyscypliny. Praca wychowawcza z nastolatkiem*, (w:) M. Bednarska (red.), *O przemocy w wychowaniu. Próba namysłu nad zjawiskiem karalności*, Toruń 2007
- Łukasiewicz-Wieleba J., *Nagrody i kary jako oddziaływania wychowawcze rodziców zdolnych dzieci*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 2018, nr 1
- Łukasik J., *O wartości konsekwencji w wychowaniu*, „Bliżej Przedszkola” 2010, nr 11
- Maćkiewicz J., *Przemoc w wychowaniu jako antywartość*, „Debata Edukacyjna” 2012, nr 5
- Małecki M., *Granice sztuki w świetle prawa karnego*, „Zeszyty Artystyczne” 2015, nr 26
- Mikołajec A., *Kara jako jedna z metod stosowanych w procesie wychowania dziecka*, <http://www publikacje.edu.pl/pdf/12191.pdf> (dostęp: 6.08.2022 r.)
- Morawska M., *Zakaz stosowania kar cielesnych a pozaustawowy kontratyp karcenia wychowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 10
- Noworyta R., *Karcenie wychowawcze w świetle art. 96¹ KRO*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2012, z. 2
- Ostrouch-Kamińska J., *Przełom, przejścia, przesunięcia. Rodzina w procesie zmian*, „Pedagogika Społeczna” 2017, nr 2
- Różycka-Jaroś S., *Karcenie dzieci – czyn zabroniony czy okoliczność uchylająca bezprawność*, Warszawa 2012
- Różycka-Jaroś S., *Karcenie psychiczne dzieci w świetle obowiązujących regulacji prawnych*, „Studia Iuridica” 2012, t. LV
- Ruszel M. E., *Zwyczajowe formy karcenia wychowawczego w społeczeństwie polskim*, (w:) F. Cieplý (red.), *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, Warszawa 2011
- Sikorska M., *Nowa matka, nowy ojciec, nowe dziecko. O nowym układzie sił w polskich rodzinach*, Warszawa 2009
- Sitarz O., Hanc J., *Zabieg Kristellera w świetle przepisów prawa karnego*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 2
- Stachura I., *Karcenie wychowawcze i ryzyko sportowe. Próba analizy statusu normatywnego wybranych kontratypów pozaustawowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, z. 2
- Trusz S., *Behawioryzm w pedagogice i praktyce edukacyjnej*, „Edukacja” 2011, nr 4
- Wąsek A., *Problematyka zasad odpowiedzialności karnej w okresie pracy nad reformą prawa karnego*, (w:) A. Strzembosz (red.), *O prawo karne oparte na zasadach sprawiedliwości, prawach człowieka i miłosierdziu. Materiały z sympozjum nt. reformy prawa karnego zorganizowanego przez sekcję nauk prawnych KUL w Kazimierzu n. Wisłą w dniach 28–30 IV 1988 r.*, Lublin 1988
- Wiatrowska L., *Thinking about education – reflections concerning the rewards and punishments*, (w:) S. D. Maksymenko, L. A. Onufriieva (red.), *Problems of Modern Psychology: Collection of research papers of Kamianets-Podilskyi Ivan Ohienko National University, G.S. Kostiuk Institute of Psychology at the National Academy of Pedagogical Science of Ukraine*, Kamianets-Podilskyi 2017
- Włodarczyk J., *Klaps za karę. Wyniki badań postaw i stosowania kar fizycznych w Polsce*, „Dziecko Krzywdzone” 2017, nr 4
- Zmarzlik J., *Jak wychowywać bez kar fizycznych. Praca z rodzicami bijącymi swoje dzieci*, „Dziecko Krzywdzone” 2003, nr 2

Roman Kaczor

SSR Elbląg, Polska

e-mail: kaczorroman@gmail.com

Maciej Tygielski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: m.tygielski@uw.edu.pl

ORCID: 0000-0001-8595-664X

**UWAGI DO PROJEKTU NOWELIZACJI
KODEKSU KARNEGO WYKONAWCZEGO
Z 29 PAŹDZIERNIKA 2021 R.¹**

**COMMENTS ON THE DRAFT AMENDMENT TO THE
EXECUTIVE PENAL CODE OF 29 OCTOBER 2021²**

Abstract

The authors refer to several aspects of the most recent proposal to amend the Executive Penal Code, published by the Ministry of Justice in autumn 2021 and widely consulted as part of the legislative process. The draft is a voluminous document, 52

¹ Omawiany projekt, w rezultacie błyskawicznego procesu legislacyjnego, stał się ustawą z dnia 5 sierpnia 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw i został podpisany przez Prezydenta RP 15 sierpnia 2022 r.

² The bill in question, as a result of a rapid legislative process, became the Act of 5 August 2022 amending the Act – Executive Penal Code and certain other acts and was signed by the President of the Republic of Poland on 15 August 2022.

pages long, and covers a wide range of issues with varying degree of detail. The article is not intended to offer a comprehensive analysis of the whole project – we confine ourselves to a few threads that, in our opinion, are the most important, as well as require commentary due to their possible consequences for the system of penal executive law and the protection of the rights of persons deprived of their liberty. These are the issues related to the implementation of sentences in the electronic monitoring system, the problem of complaints and judicial control in enforcement proceedings, the institution of “preventive measures” in penitentiary institutions, principles of transferring offenders sentenced to life imprisonment to semi-open and open institutions, authorization of the Minister of Justice to issue a regulation on determining the surface area of living cells, modification of the content of Art. 117 of the Penal Code as a consequence of the decision of the Constitutional Tribunal concerning the treatment and rehabilitation of convicted addicts and the principles of functioning of psychiatric institutions with reinforced and maximum security.

KEYWORDS

executive penal law, enforcement of prison sentences, prison system, prisoners’ rights, draft amendment

SŁOWA KLUCZOWE

prawo karne wykonawcze, wykonanie kary pozbawienia wolności, więziennictwo, prawa skazanych, projekt nowelizacji

Chcielibyśmy odnieść się do kilku aspektów najnowszej propozycji zmian w ustawie z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy³, opublikowanej przez Ministerstwo Sprawiedliwości na jesieni ubiegłego roku i poddanej szerokim konsultacjom w ramach procesu legislacyjnego⁴. Projekt jest obszernym dokumentem, liczy 52 strony, i dotyczy bardzo wielu zagadnień o różnym stopniu szczegółowości. Nasza wypowiedź nie ma na celu zaprezentowania kompleksowej analizy całości tego projektu. Chcemy ograniczyć się do kilku wątków, które w naszej ocenie są najistotniejsze, jak również wymagają komentarza ze względu na możliwe konsekwencje dla systemu prawa karnego wykonawczego oraz ochrony praw osób pozbawionych wolności. Będą to mianowicie zagadnienia związane z wykonywaniem kary w systemie dozoru elektronicznego, problematyka skarg i kontroli sądowej w postępowaniu wykonawczym, insty-

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 53, z późn. zm.; dalej: k.k.w.

⁴ <https://legislacja.gov.pl/projekt/12353001/katalog/12826460#12826460> (dostęp: 19.07.2022 r.).

tucja „czynności profilaktycznych” w zakładach karnych, zasady przenoszenia sprawców skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności do zakładów półotwartych i otwartych, upoważnienie Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia w sprawie ustalania powierzchni cel mieszkalnych, modyfikacja treści art. 117 k.k.w. stanowiąca konsekwencję orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w przedmiocie leczenia i rehabilitacji skazanych uzależnionych oraz zasad funkcjonowania zakładów psychiatrycznych o wzmocnionym i maksymalnym zabezpieczeniu.

Lektura projektowanych zmian legislacyjnych w zakresie poszerzenia możliwości stosowania systemu dozoru elektronicznego (SDE) oraz usprawnienia postępowań w przedmiocie udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w SDE prowadzi do wniosku, że są one niewystarczające i nie pozwolą na pełne wykorzystanie potencjału wykonywania kary w tym systemie, ponadto wątpliwości może budzić częściowe przekazanie kompetencji do orzekania w przedmiocie SDE komisjom penitencjarnym.

Projektodawca przewiduje w art. 43la § 1 k.k.w. między innymi modyfikację materialnoprawnych przesłanek stosowania SDE poprzez wprowadzenie rozwiązania, w myśl którego udzielenie zezwolenia na odbywanie kary w SDE będzie możliwe również w stosunku do skazanego, wobec którego orzeczono karę pozbawienia wolności w wymiarze niższym niż 3 lata i któremu do odbycia w zakładzie karnym pozostała część tej kary w wymiarze nie większym niż 6 miesięcy, a nie zachodzą warunki przewidziane w art. 64 § 2 Kodeksu karnego⁵.

W projektowanych przepisach art. 43lla i art. 43llb k.k.w. przewidziane jest rozwiązanie, w myśl którego w odniesieniu do osób skazanych na krótkoterminowe kary pozbawienia wolności decyzje w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbycie kary w SDE będą mogły być podejmowane przez komisje penitencjarne, z zachowaniem kontroli sądu penitencjarnego w trybie skargi określonej w art. 7 k.k.w.

W zakresie zmian w art. 43la § 1 k.k.w. projektodawca powołuje się na postulaty przedstawicieli nauk penitencjarnych i kryminologicznych zawarte m.in. w najnowszym raporcie z badań Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, poświęconemu zagadnieniom funkcjonowania dozoru elektronicznego⁶. Podnosi także, iż przyjęte rozwiązanie pozwoli na poszerzenie liczby skazanych objętych SDE i będzie uzupełnieniem oraz alternatywą dla warunkowego przedterminowego zwolnienia, pozwalającą na resocjalizację skazanego w jego własnym środowisku, w warunkach kontroli elektronicznej.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1138, z późn. zm.); dalej: k.k.

⁶ T. Przesławski, E. Stachowska, *Analiza i oceny funkcjonowania systemu dozoru elektronicznego w Polsce w latach 2018–2019*, Warszawa 2021, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Przeslawski-T.-Stachowska-E._Analiza-i-oceny-funkcjonowania-systemu-dozoru-elektronicznego.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.).

Należy zwrócić uwagę, że propozycja zmian zmierza do poszerzenia kręgu osób uprawnionych do ubiegania się o zgodę na odbywanie kary w SDE o skazanych na karę w wymiarze niższym niż 3 lata, którym pozostała do odbycia część kary w wymiarze nie większym niż 6 miesięcy, a nie zachodzą warunki przewidziane w art. 64 § 2 k.k. Tym samym projektowane jest znaczące poszerzenie kręgu skazanych, którzy mogliby skorzystać z SDE, gdyż obecne rozwiązanie zawarte w art. 431a § 1 k.k.w. przewiduje taką możliwość dla skazanych, wobec których orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności, przy braku przesłanek z art. 64 § 2 k.k.

Proponowane rozwiązanie pozostaje częściowo w zgodzie z przywołanymi wyżej postulatami przedstawicieli nauk penitencjarnych, z których wynika potrzeba rozszerzenia możliwości odbywania kary w SDE dla osób, wobec których orzeczono karę 2 lat pozbawienia wolności. Krytycznie natomiast należy ocenić stanowisko zawarte w uzasadnieniu projektu, w myśl którego wykonywanie kary w SDE ma być alternatywą dla warunkowego przedterminowego zwolnienia. Decyzja o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z reszty kary pozbawienia wolności wyraża swoistą korektę prognozy kryminologicznej, postawionej wobec skazanego w chwili wymierzania mu kary. Zwolnienie to może być udzielone tylko wtedy, gdy z prawdopodobieństwem bliskim pewności można uznać, że w postawie skazanego zaszły tak radykalne zmiany, iż dalsze wykonywanie kary nie jest już konieczne, co samo w sobie jest sytuacją rzadką. Ustanowienie takiej możliwości świadczy, że ustawodawca zezwala na odstępnie od względów prewencji ogólnej, zarazem wykluczając, by przedterminowe zwolnienie stało się instytucją powszechną, sprowadzoną do zrealizowania przez skazanego katalogu z góry ustalonych wymogów czy przejścia z góry zaplanowanej ścieżki resocjalizacyjnej w ramach typowych działań penitencjarnych, co stawiałoby pod znakiem zapytania sens ogólnospołecznych dyrektyw wymiaru kary zawartych w ustawie karnej⁷.

Już z treści przywołanego postanowienia sądu wynika, że przesłanką warunkowego przedterminowego zwolnienia jest pozytywna prognoza względem skazanego, z której wynika, iż dalsze wykonywanie kary nie jest konieczne. Projektodawca natomiast proponuje częściowe zastąpienie warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności odbywaniem tej kary w SDE.

Kodeks karny wykonawczy w art. 164 § 1 przewiduje trwający do 6 miesięcy okres przygotowań do zwolnienia przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary, który ma stanowić w miarę potrzeby czas niezbędny na przygotowanie skazanego do życia po zwolnieniu, a zwłaszcza do

⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 września 2018 r., II AKz w 676/18, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2018, nr 10, poz. 43.

nawiązania kontaktu z kuratorem lub podmiotami, których celem jest realizacja działań w zakresie zapobiegania przestępczości i readaptacji społecznej.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem, że SDE w kształcie zaproponowanym w projektowanym art. 43la § 1 k.k.w. będzie alternatywą dla warunkowego zwolnienia, skoro obecnie obowiązujące przepisy przewidują możliwość przygotowania skazanego do życia na wolności w ramach aktywności komisji penitencjarnej lub sądu penitencjarnego. Z całą pewnością natomiast SDE będzie w projektowanej formie wykorzystywane jako bezpieczniejszy środek kontroli skazanego, a nie alternatywa dla warunkowego zwolnienia, i prawdopodobnie wpłynie na zmniejszenie liczby postanowień w zakresie tego ostatniego.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, że art. 43ln k.k.w. przewiduje możliwość ubiegania się przez skazanego odbywającego karę w SDE o warunkowe przedterminowe zwolnienie. Trudno zatem podzielić pogląd, że rozwiązania proponowane w art. 43la § 1 k.k.w. będą stanowiły alternatywę dla warunkowego przedterminowego zwolnienia. Podzielając propozycję rozszerzenia możliwości stosowania SDE zawartą w art. 43la § 1 k.k.w. w zakresie objęcia nią osób skazanych na kary pozbawienia wolności w wymiarze niższym niż 3 lata, należałoby rozważyć możliwość zmiany wymiaru pozostałej do odbycia w zakładzie karnym kary do połowy kary orzeczonej. W takiej sytuacji skazany, który skorzystałby z możliwości odbywania kary w SDE w wymiarze np. jednego roku lub odpowiednio niższym, miałby możliwość skorzystania z dobrodziejstwa przewidzianego art. 43ln k.k.w.

W kontekście powyższych uwag, w celu właściwej oceny możliwości odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności w SDE oraz prawidłowości i słuszności decyzji podejmowanych w tym zakresie zasadne wydaje się także stworzenie modelu wyspecjalizowanej instytucji, której zadaniem byłoby podejmowanie decyzji w sprawach udzielania zgody na odbywanie kary w SDE oraz warunkowych przedterminowych zwolnień. Rolę taką mogłaby, zgodnie z projektem, przejąć komisja penitencjarna, której decyzje podlegałyby kontroli sądowej. Przyjęcie takiego rozwiązania byłoby możliwe po spełnieniu wielu warunków. Jednym z nich powinna być zmiana art. 75 k.k.w. w zakresie przewidzianego w § 2 składu komisji penitencjarnej. W jej gronie, w zależności od potrzeb, powinni znaleźć się także kuratorzy zawodowi dla dorosłych, psychologowie, psychiatrzy, seksuolodzy. Komisja penitencjarna w przemodelowanym składzie mogłaby uzyskać także kompetencje do wydawania decyzji w przedmiocie warunkowych zwolnień, które to decyzje podlegałyby kontroli sądowej.

Proponowane rozwiązanie oparte jest na wzorcu angielskim⁸. Model ten zakłada funkcjonowanie Rady do spraw Zwolnień Warunkowych, która jest podzielona na zespoły, w skład których wchodzi osoby posiadające szerokie

⁸ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1064480/root-branch-review-parole-system.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.).

kompetencje w zakresie oceny ryzyka stosowania warunkowych zwolnień, w tym osoby mające kwalifikacje do pełnienia funkcji sędziego.

Należałoby także rozważyć wprowadzenie na potrzeby systemu dozoru elektronicznego, podobnie jak i warunkowego zwolnienia, ujednoliconego wzorca wywiadu środowiskowego, który przyczyniłby się do bardziej efektywnego działania kuratorskiej służby sądowej w tym zakresie.

Projekt zmian zakłada w przepisach art. 431la i art. 431lb k.k.w. rozwiązanie, w myśl którego w odniesieniu do osób skazanych na krótkoterminowe kary pozbawienia wolności decyzje w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbycie kary w SDE będą mogły być podejmowane przez komisje penitencjarne, z zachowaniem kontroli sądu penitencjarnego w trybie skargi określonej w art. 7 k.k.w. Koncepcja ta spotkała się z aprobatą Rzecznika Praw Obywatelskich, w opinii którego „dobrą ideą w zakresie systemu dozoru elektronicznego (dalej: SDE) jest określenie, iż w przypadku osób skazanych na krótkoterminowe kary pozbawienia wolności, decyzje w przedmiocie udzielenia zezwolenia na odbycie kary w SDE będą mogły być podejmowane przez komisje penitencjarne, z zachowaniem kontroli sądu penitencjarnego w trybie skargi przysługującej na mocy art. 7 k.k.w. Rozszerzenie stosowania nieizolacyjnego systemu wykonywania kary pozbawienia wolności, jako narzędzia inkluzji społecznej skazanych, jest pożądanym kierunkiem zmian”⁹.

Jakkolwiek w projektowanym art. 431lb § 2 k.k.w. rozszerzono zakres skargi na decyzję komisji penitencjarnej w przedmiocie udzielenia skazanemu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego – proponując, aby rozpoznając skargę, sąd penitencjarny brał pod uwagę w szczególności, czy odbywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie stoją na przeszkodzie szczególne względy wskazujące na to, że nie zostaną osiągnięte cele kary, oraz czy za udzieleniem zezwolenia przemawiają dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności – to musimy zwrócić uwagę na niejednolitość sposobu kontroli rozstrzygnięć w tym samym przedmiocie. W sytuacji wydania decyzji przez komisję penitencjarną będzie ona podlegać kontroli w trybie skargi rozpoznawanej przez sąd penitencjarny, natomiast przy wydaniu postanowienia przez sąd rozpoznający wniosek złożony w sprawie, gdzie skazany ma do odbycia karę powyżej 4 miesięcy pozbawienia wolności lub nie rozpoczął jeszcze odbywania kary do 4 miesięcy pozbawienia wolności, od postanowienia tego sądu przysługuje zażalenie do sądu apelacyjnego.

Projekt zmian Kodeksu karnego wykonawczego w art. 431la § 7 przewiduje też, że w stosunku do skazanych na kary, także kary zastępcze pozbawienia wolności do 4 miesięcy, którzy nie rozpoczęli jeszcze odbywania tych kar, właściwym

⁹ https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2021-11/RPO_opinia_kkw_24.11.2021.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.).

do orzekania w przedmiocie SDE będzie sąd penitencjarny. Takie uregulowanie dotyczące zarówno orzekania w przedmiocie SDE, jak i zaskarżenia decyzji oraz postanowień może nasuwać wątpliwości w zakresie naruszenia gwarancji dwuinstancyjności postępowania sądowego przewidzianej art. 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹⁰.

Należy także zauważyć, że projektodawca przewidział w art. 431lb § 1 k.k.w. prawo złożenia skargi na decyzję komisji penitencjarnej, które przysługuje m.in. dyrektorowi zakładu karnego, jeżeli ten składał wniosek o udzielenie zezwolenia.

Zgodnie z treścią § 38 ust. 2 projektu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności z dnia 8 marca 2022 r.¹¹, pracami komisji kieruje dyrektor lub inna wyznaczona przez niego osoba. Projekt w Rozdziale 7 „Organizacja komisji penitencjarnej w zakładzie karnym” nie przewiduje żadnych wyłączeń w zakresie udziału dyrektora zakładu karnego w posiedzeniu komisji, którego przedmiotem będzie rozpoznanie wniosku o udzielenie zezwolenia na odbycie kary w SDE pochodzącego od skazanego lub bezpośrednio od dyrektora zakładu karnego. W zaistniałej sytuacji należałoby zastosować zasadę wynikającą z art. 40 pkt 6 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego¹² w zw. z art. 1 § 2 k.k.w. dotyczącą wyłączenia od możliwości udziału w posiedzeniu komisji, jeżeli wniosek o udzielenie zezwolenia, złożony w trybie art. 431c k.k.w., będzie pochodził od dyrektora zakładu karnego. W praktyce trudno będzie wyobrazić sobie sytuację, w której komisja penitencjarna wyda decyzję odmawiającą wyrażenia zgody na odbywanie kary w SDE, gdy autorem tego wniosku będzie dyrektor zakładu karnego, który jednocześnie będzie członkiem komisji. Przy czym, w takiej sytuacji zgodnie z projektem dyrektorowi zakładu karnego będzie przysługiwało prawo złożenia skargi do sądu penitencjarnego – art. 431lb § 1 projektu zmian do Kodeksu karnego wykonawczego.

Kolejną istotną zmianą zawartą w projekcie jest dodanie w art. 6 § 3 k.k.w. punktu 4 pozwalającego na pozostawienie wniosku, skargi lub prośby bez rozpoznania, jeżeli są one oczywiście bezzasadne. W projekcie zmian w art. 6 k.k.w. dodano także § 4, w którym określono 7-dniowy termin do złożenia przez skazanego skargi liczony od dnia, w którym dowiedział się on o zdarzeniu będącym podstawą skargi. Po upływie tego terminu skargę pozostawia się bez rozpoznania, chyba że niedotrzymanie terminu nastąpiło z przyczyn niezależnych od skazanego. Projektowane w art. 6 k.k.w. zmiany wiązały się także ze zmianą wydawanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 249 § 3 pkt 3 k.k.w. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie sposobów załatwiania wniosków, skarg

¹⁰ Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.; dalej: Konstytucja RP.

¹¹ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353001/katalog/12826502#12826502%20 KP1.zip> (dostęp: 5.08.2022 r.).

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 534, z późn. zm.; dalej: k.p.k.

i próśb osób osadzonych w zakładach karnych i aresztach śledczych – projekt z dnia 8 marca 2022 r.¹³.

Z przytoczonych w uzasadnieniu projektu zmian Kodeksu karnego wykonawczego danych statystycznych wynika, że w 2020 r. do organów Służby Więziennej wniesiono ponad 37 tys. skarg w sprawach osób pozbawionych wolności (z których jedynie 267 uznano za zasadne), co wyróżnia (w kontekście liczby rozpoznawanych skarg) administrację jednostek penitencjarnych na tle innych instytucji państwowych¹⁴. Już samo porównanie liczby skarg wniesionych do tych, które uznano za zasadne, wskazuje na nadużywanie prawa do składania skarg przez osadzonych w jednostkach penitencjarnych i celowe wywoływanie nieuzasadnionych czynności formalnych przez organy zobowiązane do rozpoznania skargi. W tym kontekście wprowadzenie przesłanki pozostawienia skargi bez rozpoznania z uwagi na jej oczywistą bezzasadność nie budzi żadnych wątpliwości.

Zastanowienia jednak wymaga, czy przyjęte w projekcie zmian Kodeksu karnego wykonawczego regulacje zarówno w zakresie pozostawienia skargi bez rozpoznania z uwagi na jej oczywistą bezzasadność, jak i wskazanie 7-dniowego terminu do jej złożenia, liczonego od dnia, w którym skazany dowiedział się o zdarzeniu będącym podstawą do złożenia skargi, są zmianami wystarczającymi, które przyniosą oczekiwany efekt w postaci zmniejszenia liczby skarg oczywiście bezzasadnych, a wprost przyczynią się do ukrócenia postawy roszczeniowej skazanych, jak również trafności i szybkości decyzji podejmowanych przez organy zobowiązane do rozpoznania skarg.

Doświadczenie wynikające z analizy skarg sporządzanych przez skazanych, które są następnie kierowane do różnych instytucji, wskazuje na to, że piszący podnoszą w nich wiele zarzutów i wniosków, do rozpoznania których uprawnione są różne podmioty, ponadto skargi te wielokrotnie są niezwykle obszerne i zawierają dane lub informacje niemające żadnego związku z ich przedmiotem. Rozwiązaniem tego problemu mogłoby być wprowadzenie formularza urzędowego skargi, na którym są one przyjmowane. Praktyki takie znane są ustawodawstwom innych krajów europejskich¹⁵. Rozwiązanie to wymusza od skarżącego posłużenie się syntetyczną formą, co z kolei pozwala organowi rozpatrującemu skargi na rzetelną, a zarazem sprawną ocenę tego, czy skarga jest merytorycznie zasadna i nie stanowi powtórzenia skargi, która była już rozpatrzona.

Należy zauważyć, że pozycja osoby pozbawionej wolności i jej możliwości związane z aktywnością zmierzającą do uzyskania dokumentów, a nawet infor-

¹³ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353001/katalog/12826502#12826502%20KP1.zip> (dostęp: 5.08.2022 r.).

¹⁴ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12353001/12826466/12826467/dokument528332.pdf> (dostęp: 7.08.2022 r.), s. 3.

¹⁵ https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/05/2020_Ekspertyza-Badania-prawno-porownawcze-dotyczace-procedur.pdf (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 40, 42, 46.

macji potwierdzających zaistnienie zdarzenia będącego przedmiotem skargi, a także pozwalające na przekonujące uzasadnienie swojego stanowiska zdecydowanie odbiegają od możliwości osoby przebywającej na wolności, która ma z założenia swobodny dostęp do urzędów, może również konsultować swoje przyszłe decyzje choćby w zakresie wywiedzenia skargi z fachowymi pełnomocnikami. Z tego punktu widzenia w ocenie autorów celowe byłoby ustalenie 30-dniowego terminu do złożenia skargi przez skazanego. Jest to tym bardziej uzasadnione, że podobne rozwiązanie funkcjonuje w art. 53 § 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁶. Znajdujemy tam bowiem 30-dniowy termin do wniesienia skargi w sprawach, w których nie przysługuje inny środek zaskarżenia. Dodatkowo termin ten został wydłużony w sprawach dotyczących bezczynności organu lub przewlekłe prowadzenie postępowania. W takiej sytuacji zgodnie z art. 53 § 2a i 2b p.p.s.a., skarga może zostać wniesiona w każdym czasie.

Kolejną propozycją zmierzającą do ograniczenia liczby oczywiście bezzasadnych skarg mogłoby być wprowadzenie wpisów stałych od składanych skarg, którymi obciążano by bezpośrednio skazanych. Wpisy te byłyby zwracane skazanym w sytuacji uznania skargi za zasadną. Skazanym przysługiwałoby prawo do zwolnienia od wpisu, w sytuacji braku środków pieniężnych.

Proponowany art. 73b warto przytoczyć w całości:

„§ 1. W zakładach karnych funkcjonariusze i pracownicy Służby Więziennej stosują czynności profilaktyczne.

§ 2. Czynności profilaktyczne zmierzają do rozpoznania środowiska skazanych w celu ochrony społeczeństwa przed przestępczością oraz zapewnienia porządku i bezpieczeństwa zakładów karnych, w szczególności przez:

- 1) obserwowanie zachowań i relacji w środowisku skazanych;
- 2) rozpoznawanie struktur podkultury przestępczej;
- 3) rozpoznawanie atmosfery i nastrojów wśród skazanych oraz ich zachowań, które mogą naruszyć porządek i bezpieczeństwo zakładów karnych.

§ 3. Skazanemu nie udostępnia się dokumentacji zgromadzonej w toku stosowania czynności profilaktycznych.

§ 4. Dyrektor Generalny Służby Więziennej, w drodze zarządzenia, określa tryb i sposób gromadzenia, przetwarzania i przekazywania informacji pozyskanych w wyniku stosowania czynności profilaktycznych, uwzględniając potrzebę zapewnienia zabezpieczenia tych informacji przed nieuprawnionym dostępem”.

Projektodawca wprost pisze, że cel takiej regulacji daleko wykracza poza racje penitencjarne. Wspomniane działania miałyby się odbywać nie tylko w celu zapewnienia bezpieczeństwa w jednostce penitencjarnej (co już byłoby kontrolersyjne), lecz także „ochrony społeczeństwa przed przestępczością”. Przywołuje to na myśl pracę operacyjną, stosowaną w więzieniach przed 1989 r. – jej formalne

¹⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 329; dalej: p.p.s.a.

zaprzestanie było jednym z osiągnięć więziennictwa polskiego w pierwszych latach III Rzeczypospolitej Polskiej.

Z lektury uzasadnienia do projektu można odnieść wrażenie, że obecnie analogiczne rozwiązania zawarte są w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 października 2016 r. w sprawie sposobów ochrony jednostek organizacyjnych Służby Więziennej¹⁷, a proponowana nowelizacja Kodeksu karnego wykonawczego ma na celu jedynie nadanie tym normom adekwatnej, ustawowej rangi. Trudno byłoby się z tym zgodzić. Rozporządzenie reguluje rozmaitego rodzaju materialne zasady zapewnienia porządku i bezpieczeństwa na terenie jednostki penitencjarnej, w tym zasady dotyczące kontroli osobistej skazanych. Nie ma w nim jednak przepisów dotyczących prowadzenia pracy operacyjnej w więzieniach.

Warto podkreślić, że proponowana norma ma charakter blankietowy i daje całkowitą swobodę Służbie Więziennej w prowadzeniu ww. czynności. Próżno tu bowiem szukać jakiegokolwiek gwarancji sądowej kontroli tych poczynań. Biorąc pod uwagę bardzo głęboką ingerencję w prawa człowieka i swobody obywatelskie, należy to ocenić zdecydowanie negatywnie.

Także proponowana zmiana art. 89 k.k.w. wywołuje konfuzję. Regulacja zawarta w nim traktowana była jako przejaw realizacji zasady indywidualizacji wykonania kary. Zwracano przy tym uwagę na jej dynamiczny charakter, uzależniający faktyczną zmianę reżimu wykonania kary od postawy i zachowania skazanego¹⁸.

W omawianej propozycji otrzymujemy jednocześnie wydłużenie sztywnego okresu, po którym skazani na karę dożywotniego pozbawienia wolności będą mogli zostać przeniesieni do jednostek o łagodniejszym rygorze (to odpowiednio 20 lat w przypadku zakładu półotwartego i 25 lat w przypadku zakładu otwartego) i poddani obowiązkowym badaniom psychologicznym, psychiatrycznym oraz seksuologicznym. Te obowiązkowe badania mają pomóc ustalić „zdolność podporządkowania się warunkom zmniejszonego nadzoru i zwiększonej samokontroli”. Doktryna wypracowała wiele przesłanek, na podstawie których można wnioskować o zmianie postawy skazanego¹⁹. Stały nadzór nad tym aspektem sprawuje komisja penitencjarna w ramach obowiązkowych ocen okresowych²⁰. Tutaj mielibyśmy jeszcze obowiązkowe badania o dosyć szerokim spektrum. Daje to łącznie mocne podstawy do podjęcia decyzji o umożliwieniu skazanemu odbywania kary w łagodniejszym reżimie, zwłaszcza gdy mowa o zakładzie typu

¹⁷ Dz.U. z 2016 r., poz. 1804.

¹⁸ J. Lachowski, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 436.

¹⁹ J. Lachowski, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks...*, s. 437.

²⁰ Art. 76 § 1 pkt 4 k.k.w., § 49–50 Regulaminu wykonania kary pozbawienia wolności – rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. z 2016 r., poz. 2231).

półotwartego. W tym kontekście w ogóle utrzymywanie tego warunku formalnego, a zarazem sztywnego określania terminów penitencjarnej progresji wydaje się wątpliwe, a zwłaszcza terminów tak długich jak proponuje projektodawca. Ponadto, jak zwraca uwagę S. Lelental, możliwość przeniesienia skazanego na dożywotnie pozbawienie wolności do jednostki półotwartej i otwartej jest ściśle związane z przyznaniem mu prawa ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie²¹. W takim ujęciu pobyt w zakładzie karnym o łagodniejszym reżimie daje możliwość (częściowego przynajmniej) przystosowania takiego człowieka do życia na wolności. Proponowane wydłużenie terminów ubiegania się o zmianę typu zakładu karnego można wobec tego traktować jako ograniczenie tego prawa.

W obowiązującym stanie prawnym decyzję w tej materii podejmuje, co do zasady, komisja penitencjarna zgodnie z brzmieniem art. 76 § 1 pkt 1 k.k.w. Jeżeli jednak w wyroku skazującym sąd zawarł dyspozycję w tym zakresie (art. 62 k.k.), na etapie wykonawczym właściwy do zmiany takiego rozstrzygnięcia będzie sąd penitencjarny (art. 74 § 1 k.k.w.). Jednak w takim przypadku podmiotem inicjującym zmianę może być tylko skazany i jego obrońca lub prokurator²². O ile okresowa ocena postępów skazanego w resocjalizacji nie jest decyzją w rozumieniu Kodeksu karnego wykonawczego, o tyle zmiana typu zakładu karnego, jako decyzja w przedmiocie klasyfikacji, podlega kontroli sądu penitencjarnego. Nie może natomiast podlegać uchyleniu ani zmianie przez sędziego penitencjarnego – Kodeks karny wykonawczy wskazuje organy mające wyłączne prawo ingerowania w decyzje w przedmiocie klasyfikacji.

W art. 110 k.k.w. zaproponowano upoważnienie Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia regulującego szczegółowy sposób określania i obliczania powierzchni cel mieszkalnych w jednostkach penitencjarnych. Jakkolwiek aprobatę musi budzić propozycja jednoznacznego określenia, że „do powierzchni celi mieszkalnej nie wlicza się wnęki okiennej i grzejnikowej, a także powierzchni znajdującej się poza kratami wewnętrznymi oraz wydzielonych kąćków sanitarnych”, to jednak zastanawia powierzenie Ministrowi Sprawiedliwości wspomnianej kompetencji. Minimalna powierzchnia celi mieszkalnej jest określona przez Europejskie Reguły Więzienne²³, jak również wynika z orzeczeń i wytycznych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Na straży zapewnienia odpowiedniej powierzchni mieszkalnej stoi także europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2²⁴ (art. 3). Polska ma niechlubną historię przegranych

²¹ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 424.

²² J. Lachowski, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks...*, s. 371.

²³ Rada Europy Komitet Ministrów Rekomendacja Rec (2006)2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych (Przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 11 stycznia 2006 r. na 952 posiedzeniu delegatów).

²⁴ Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, z późn. zm.

spraw z tego tytułu²⁵. Także w często powoływanym w tym kontekście wyroku warszawskiego Sądu Apelacyjnego z dnia 22 maja 2013 r., VI Aca 1584/12²⁶, podkreślono, że nie można wykorzystywać przepisów, które dopuszczają odejście od standardów powierzchni mieszkalnej w nadzwyczajnych sytuacjach, jako sposobu radzenia sobie z problemami finansowymi więziennictwa, czy też szerzej, zjawiskiem przeludnienia. To ostatnie jest przecież pochodną polityki karania *sensu largo*. Art. 110 k.k.w. przewiduje dziś, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach możliwe jest tymczasowe umieszczenie skazanych w celach o mniejszej powierzchni (§ 2a–2i). Delegacja ustawowa zawarta w omawianym projekcie sugeruje, że Minister mógłby wprowadzić przepisy, które obniżałyby ten prawnomiędzynarodowy standard. W przeciwnym razie norma ta wydaje się nie mieć praktycznego zastosowania. Należy zatem powtórzyć pogląd S. Lelental, że ustawowe dopuszczenie możliwości zmniejszenia powierzchni mieszkalnej poniżej 3 m² na osadzonego, stanowi naruszenie Konstytucji RP²⁷. Bogate orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁸ wskazuje na to, że naruszenie normy gwarantującej każdemu skazanemu minimum 3 m² jest podstawą nie tylko odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa, ale także odpowiedzialności karnej osoby odpowiadającej za taki stan rzeczy. Warto w tym miejscu przypomnieć całkiem nieodległą historię art. 248 k.k.w., który dopuszczał osadzanie w celi, w której omawiane minimum powierzchni nie było zachowane. Trybunał Konstytucyjny odniósł się do tego przepisu bardzo krytycznie w wyroku z dnia 26 maja 2008 r., SK 25/07²⁹. Przepis ten został następnie uchylony ustawą z dnia 9 października 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy³⁰. W tym kontekście proponowana regulacja jest tym bardziej trudna do przyjęcia i jawi się jako próba powrotu do rozwiązań, które już raz nie sprostały testowi zgodności z Konstytucją RP.

Zaproponowano także zasadniczą zmianę brzmienia art. 117 k.k.w., co stanowi realizację orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2021 r., SK 9/18³¹. Zgodnie z jego brzmieniem artykuł ten:

– w zakresie, w jakim nie określa czasu trwania przymusowego leczenia lub przymusowej rehabilitacji skazanego, u którego stwierdzono uzależnienie od alkoholu, jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

²⁵ J. Potulski, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 483.

²⁶ LEX nr 1400502.

²⁷ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 110, nb 17.

²⁸ J. Potulski, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks...*, s. 484.

²⁹ Dz.U. nr 96, poz. 620.

³⁰ Dz.U. nr 190, poz. 1475.

³¹ Dz.U. z 2021 r., poz. 472.

– w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek orzeczenia o zastosowaniu leczenia lub rehabilitacji wobec skazanego, u którego stwierdzono uzależnienie od alkoholu, jest niezgodny z art. 41 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

– w zakresie, w jakim nie przewiduje zaskarżenia postanowienia o przymusowym leczeniu lub przymusowej rehabilitacji skazanego, jest niezgodny z art. 78 Konstytucji RP.

Obowiązek z art. 117 k.k.w. jest bardzo daleko idący – jego istotą jest *de facto* przymuszenie skazanego do poddania się leczeniu. Zwraca się nawet uwagę, że jego aktywne kontestowanie już na etapie realizacji w postaci „aroganckiego, wulgarnego i roszczeniowego zachowania”, nie powinno skutkować rezygnacją z leczenia³².

Model zaproponowany przez projektodawcę zakłada, że o obowiązkowym leczeniu lub rehabilitacji orzekać będzie sąd penitencjarny na posiedzeniu, w którym będą mogli wziąć udział prokurator, jak również skazany lub jego obrońca. Zwiększa się przy tym rola dyrektora zakładu karnego – mógłby on złożyć wnioski o orzeczenie obowiązku poddania się przez skazanego leczeniu lub rehabilitacji, jak również złożyć zażalenie na postanowienie w przedmiocie nałożenia na skazanego takiego obowiązku (projektowany art. 117 § 7 k.k.w.).

Zmiany podyktowane przez wspomniane orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego należy ocenić pozytywnie, jako zwiększające gwarancje praw osób pozbawionych wolności.

Istotą zmiany treści art. 204b k.k.w. jest dopuszczenie w zakładach psychiatrycznych wzmocnionego i maksymalnego zabezpieczenia kontroli przedmiotów, pomieszczeń i kontroli osobistej sprawców w nich przebywających. Odpowiednie stosowanie w takich przypadkach przepisów art. 223f § 1, 4, 6, 7, 12 i 13 oraz art. 223g–223j k.k.w. oznacza, że będzie można kontrolować całą przestrzeń, z której korzystają osoby internowane, i zarządzać kontrolą generalną. Natomiast standardy kontroli pobieżnej, osobistej, cel i innych pomieszczeń w oddziałach mieszkalnych, a także paczek, przedmiotów i bagaży będą identyczne z tymi w zakładach karnych.

Projektodawca przekonuje, że pozwoli to zapobiegać aktom agresji i auto-agresji, zapewni bezpieczeństwo w zakładzie psychiatrycznym, a zarazem „określi ramy poszanowania praw osoby kontrolowanej”³³. To ostatnie stwierdzenie sugeruje wręcz, że proponowane zmiany podniosą komfort osób przebywających na oddziałach o wzmocnionym i maksymalnym zabezpieczeniu. Sformułowanie, że kontrole osobiste (inaczej niż w zakładach karnych i aresztach śledczych) będą mogły mieć tam miejsce tylko w uzasadnionych przypadkach, jest wysoce nieprzekonujące. Stwierdzenie takiej potrzeby będzie całkowicie w gestii władz

³² J. Potulski, (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks...*, s. 504.

³³ *Uzasadnienie...*, s. 44–45.

placówki i będą one mogły tym środkiem swobodnie dysponować. Przy okazji należałoby zapytać, czy zdaniem autorów projektu w zakładach karnych i aresztach śledczych dopuszczalne jest przeprowadzanie kontroli osobistej w nieuzasadnionych przypadkach. W naszej ocenie proponowane zmiany oznaczają dalsze uwięziennienie zakładów psychiatrycznych wzmocnionego i maksymalnego zabezpieczenia i wpisują się w szerszej obserwowaną tendencję do zwiększania represyjności polityki karnej, tak na etapie orzeczniczym, jak i na etapie wykonawczym. Przejawem tego samego zjawiska jest wspomniane już sztywne wydłużenie czasu, po którym skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności może się ubiegać o przeniesienie do zakładu karnego o łagodniejszym rygorze.

Nie negujemy potrzeby wprowadzenia zmian w przepisach normujących prawo karne wykonawcze. Zwłaszcza działania zmierzające do zwiększenia zakresu wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (a w konsekwencji zmniejszenia liczby skazanych przebywających w zakładach karnych) zasługują na aprobatę. Temu wątkowi poświęciliśmy zresztą najwięcej uwagi, proponując remedia dla dostrzeżonych mankamentów. Także realizacja orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2021 r. wymaga pilnej interwencji ustawodawcy. Z wątkiem SDE łączy się jednak problematyka przysługujących skazanym w postępowaniu wykonawczym skarg i konstytucyjnych gwarancji dwuinstancyjności postępowania sądowego. Z kolei „czynności profilaktyczne” i wprowadzanie instrumentów umożliwiających zmniejszenie powierzchni mieszkalnej skazanych na karę pozbawienia wolności poniżej międzynarodowych standardów, to w naszej ocenie niepotrzebny powrót do rozwiązań, które przeszłość zweryfikowała negatywnie.

REFERENCES

- Lachowski J., (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2021
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2020
- Macharski J., (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2021
- Potulski J., (w:) J. Lachowski (red.), *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2021

Źródła internetowe

- Przesławski T., Stachowska E., *Analiza i oceny funkcjonowania systemu dozoru elektronicznego w Polsce w latach 2018–2019*, Warszawa 2021, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Przeslawski-T.-Stachowska-E._Analiza-i-oceny-funkcjonowania-systemu-dozoru-elektronicznego.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.)

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1064480/root-branch-review-parole-system.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.)

https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2021-11/RPO_opinia_kkw_24.11.2021.pdf (dostęp: 6.08.2022 r.)

https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/05/2020_Ekspertyza-Badania-prawno-porównawcze-dotyczące-procedur.pdf (dostęp: 5.08.2022 r.)

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12353001/12826466/12826467/dokument528332.pdf> (dostęp: 7.08.2022 r.).

<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353001/katalog/12826502#12826502> (dostęp: 5.08.2022 r.).

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 października 2021 r., <https://legislacja.gov.pl/projekt/12353001/katalog/12826460#12826460> (dostęp: 22.04.2022 r.)

Rada Europy Komitet Ministrów, Zalecenia Rec (2006)2 Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, <https://www.sw.gov.pl/assets/98/29/13/4d0aa81edd3ddc0d1132f1bde154ab564484eb10.pdf> (dostęp: 2.06.2022 r.)

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności (Dz.U. z 2016 r., poz. 2231)

Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 października 2021 r., <https://legislacja.gov.pl/docs//2/12353001/12826460/12826461/dokument528328.pdf> (dostęp: 22.04.2022 r.)

Orzecznictwo

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 września 2018 r., II AKz w 676/18, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2018, nr 10, poz. 43

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 maja 2013 r., VI Aca 1584/12, LEX nr 1400502

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 marca 2021 r., SK 9/18, Dz.U. z 2021 r., poz. 472

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 maja 2008 r., SK 25/07, Dz.U. nr 96, poz. 620

Karol Karski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: k.karski@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-0757-6283

**NAJWYŻSZY TRYBUNAŁ NARODOWY A OSĄDZENIE
SPRAWCÓW ZBRODNI POPEŁNIONYCH PODCZAS
TLUMIENIA POWSTANIA WARSZAWSKIEGO –
NIEWYKORZYSTANY INSTRUMENT**

**THE SUPREME NATIONAL TRIBUNAL AND THE TRIAL OF
THE PERPETRATORS OF THE CRIMES COMMITTED DURING
THE SUPPRESSION OF THE WARSAW UPRISING – AN UNUSED
INSTRUMENT**

Abstract

The Supreme National Tribunal, which operated in Poland between 1946 and 1948, tried 49 Hitlerite criminals who had committed crimes against Poland and Poles during World War II. It was tasked not only with bringing individual perpetrators to justice but also with publicizing these matters to the world. It was in effect the Polish equivalent of the Nuremberg Tribunal. However, the suppression of the Warsaw Uprising, including the Wola Massacre (Wola Slaughter), was not covered by these trials, even though initially The Tribunal planned to try Germans responsible for the crimes committed during the Uprising. In practice, these crimes were carefully omitted from the seven trials conducted by the Tribunal. Even when the high officials of the occupation administration in Warsaw were tried, the period of the Warsaw Uprising was not, as a rule, the subject

of hearings (sic!) although some perpetrators of crimes committed during the Uprising were subsequently tried by the Polish common courts. The fact is that the then Polish authorities were not keen to publicize the martyrdom of those who had taken part in the Warsaw Uprising because this would have inevitably led to questions as to why USSR military forces did not come to the aid of the Warsaw residents being murdered by the Germans and also to what was happening to the Polish Home Army soldiers who had fought vigorously at that time and who, after the war, were subject to persecution by the new authorities installed in Poland by the Soviet Union. The Tribunal, whose task was to judge the perpetrators of the most significant German crimes, ceased its activities without even considering what was probably the largest single massacre of civilians in Europe during World War II, and the largest single act of extermination in the history of the Polish Nation: the Wola Massacre.

KEYWORDS

crimes under international law, Supreme National Tribunal, Warsaw Uprising

SŁOWA KLUCZOWE

Najwyższy Trybunał Narodowy, Powstanie Warszawskie, zbrodnie prawa międzynarodowego

1. WPROWADZENIE

W trakcie Powstania Warszawskiego jednostki armii i policji niemieckiej popełniły wiele zbrodni, które można kwalifikować jako zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnię ludobójstwa. W jego trakcie miała też miejsce największa prawdopodobnie jednorazowa masakra ludności cywilnej dokonana w Europie podczas II wojny światowej, a jednocześnie największy w historii pojedynczy akt eksterminacji członków Narodu Polskiego – Rzeź Woli. W ciągu kilku początkowych dni sierpnia 1944 r. zamordowano tam 30–65 tys. cywilów. Jej punkt szczytowy przypadał na dni 5–7 sierpnia 1944 r. Zabójstw dokonywano masowo i systematycznie, nie oszczędzając nikogo, mężczyzn, kobiet i dzieci. Dopiero 6 sierpnia 1944 r. *SS-Obergruppenführer* Erich von dem Bach-Zelewski, dowodzący oddziałami pacyfikującymi Powstanie Warszawskie, wydał rozkaz zabijania – spośród bezbronných cywilów – już „tylko” mężczyzn¹.

¹ L. M. Bartelski, *Powstanie warszawskie*, Warszawa 1967, s. 85; W. Bartoszewski, *Dni walczącej Stolicy. Kronika Powstania Warszawskiego*, Warszawa 2004, s. 56; P. Grzebyk, *Nie-*

Sprawcy tych zbrodni nie zostali postawieni w stan oskarżenia, ani przed Trybunałem Norymberskim, którego zadaniem było ukaranie głównych sprawców zbrodni niemieckich w skali europejskiej, ani przed polskim Najwyższym Trybunałem Narodowym (NTN), który miał to czynić w odniesieniu do analogicznych sprawców, którzy popełnili swoje czyny na terytorium okupowanej Polski. Niektórzy z nich zostali ukarani przez polskie sądy powszechne, tak jakby Powstanie Warszawskie – a w tym i Rzeź Woli – nie zasługiwały na nagłośnienie i zachowanie w pamięci².

2. ORGANIZACJA, JURYSDYKCJA I PROCEDURA

Najwyższy Trybunał Narodowy został utworzony, gdyż istniało przeświadczenie, iż sprawy głównych zbrodniarzy hitlerowskich, którzy popełnili swoje czyny na terytorium Polski, powinny być osądzone przez specjalny trybunał wysokiej rangi i o szczególnych kwalifikacjach³. Jak wskazywali prokuratorzy NTN Tadeusz Cyprian i Jerzy Sawicki: „Zadaniem Najwyższego Trybunału Narodowego jest (...) nie tyle osądzenie indywidualnych oskarżonych, co mogłyby wykonać z powodzeniem sądy okręgowe (i co też robią w 95% spraw przestępców hitlerowskich, tym sądom przez NTN przekazanych) – ile dokumentarne, sądowe ustalenie najistotniejszych faktów z czasów okupacji oraz napiętnowanie ich z mocy majestatu prawa wobec własnego kraju i zagranicy, która nie ma wyobrażenia o tym, co znaczyła hitlerowsko-niemiecka okupacja w Polsce”⁴.

świadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich, (w:) E. Habowski (red.), *Wola: nierozliczona zbrodnia a pojęcie ludobójstwa*, Warszawa 2019, s. 107–108; P. Gursztyn, *Rzeź Woli. Zbrodnia nierozliczona*, Warszawa 2014, s. 305; S. Lewandowska, *Ludność cywilna w powstaniu warszawskim*, (w:) S. Lewandowska, B. Martin (red.), *Powstanie Warszawskie 1944*, Warszawa 1999, s. 140; J. Lubecka, *Niemiecki zbrodniarz przed polskim sądem. Krakowskie procesy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Kraków 2021, *passim*; A. D. Sławińska, *Przeżyłam to. Wola 1944*, Warszawa 2015, s. 52.

² Artykuł ten jest rozbudowaną wersją referatu pt. „Najwyższy Trybunał Narodowy”, ogłoszonego na Konferencji Naukowej nt. „Osądzić Rzeź Woli”, która odbyła się dnia 28 września 2019 r. w Warszawie. Organizatorzy poprosili mnie wówczas, abym przybliżył działalność tej instytucji, a także wskazał, dlaczego Rzeź Woli, jak również całość niemieckich zbrodni popełnionych w trakcie i bezpośrednio po upadku Powstania Warszawskiego, nie stały się przedmiotem procesu przed tym Trybunałem. Prosilili także o przeanalizowanie, czy – wobec faktu, iż nigdy wprost nie sformułowano przepisu o jego rozwiązaniu – istnieje on nadal.

³ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo karne międzynarodowe. Zarys systemu*, Warszawa 2017, s. 124.

⁴ T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy wielkich zbrodniarzy wojennych w Polsce*, Warszawa 1949, s. 5.

Podkreślali przy tym, że NTN miał być „niejako odpowiednikiem Trybunału Norymberskiego (...) dla spraw o znaczeniu krajowym (...), który by należycie reprezentował polski wymiar sprawiedliwości w sprawach budzących tak wiele międzynarodowych dyskusji (...), pasjonujących w owym czasie cały świat”⁵.

Czyny, o popełnienie których oskarżano przed NTN były najpoważniejszymi przestępstwami prawa międzynarodowego: zbrodniami przeciwko pokojowi, zbrodniami wojennymi, zbrodniami przeciwko ludzkości, zbrodnią ludobójstwa. Zbrodnie te, stały się trwałym elementem międzynarodowego prawa karnego, którego rozwój nabrał w tym właśnie okresie szczególnej dynamiki, oraz prawa krajowego⁶.

W trakcie procesów przed NTN wszystkie wypowiedzi były na bieżąco tłumaczone na języki polski, niemiecki, angielski, francuski i rosyjski. Obszerne sprawozdania były publikowane w prasie krajowej i zagranicznej. Jak dodawali T. Cyprian i J. Sawicki: „Doniosłości tej ostatniej roli Najwyższego Trybunału Narodowego nie można dostatecznie wysoko ocenić, bo ujawnienie wobec świata hitlerowskich metod zagłady stosowanych w czasie tej wojny, godzących w cały naród polski, wyjaśnia nasze stanowisko wobec Niemiec na forum międzynarodowym i daje podstawę naszym żądaniom pod adresem przyszłej konferencji pokojowej (...). Ta rola NTN wyjaśnia również, dlaczego procesów przed nim jest mało i każdy z nich ma inny charakter”⁷.

Najwyższy Trybunał Narodowy utworzono dekretem z dnia 22 stycznia 1946 r.⁸. Akt ten – mający moc równoważną ustawie – wszedł w życie z dniem publikacji, tj. 18 lutego 1946 r., który jest zarazem dniem powstania tej instytucji. Ustalono, iż ma ona swoją siedzibę w miejscu siedziby Sądu Najwyższego. NTN składał się z Prezesa i sędziów, a Prokuratura NTN – z Pierwszego Prokuratora i prokuratorów NTN. Prezesem NTN był z mocy przepisów dekretu Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego. Sędziów NTN i prokuratorów NTN, w tym

⁵ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków Najwyższego Trybunału Narodowego*, Poznań 1962, s. X.

⁶ A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2003, s. 47–132; R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmschurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2007, s. 165–280; E. Karska, *Odowiedzialność państwa za naruszenie prawa humanitarne na tle Projektu artykułów o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne*, „Studia Prawnicze” 2009, nr 1–2; K. Kittchaisaree, *International Criminal Law*, Oxford 2001, s. 67–225; M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 113–149; E. Socha, *Wpływ Procesu Norymberskiego na prawo międzynarodowe w zakresie ścigania i karania zbrodni ludobójstwa*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 2; E. Socha, *International Responsibility of Individuals for Breaches of Humanitarian Law*, „Polish Yearbook of International Law” 2002–2003, t. 26, s. 67–84; E. Socha, *Zakres włączenia katalogu zbrodni objętych jurysdykcją Międzynarodowego Trybunału Karnego do polskiego prawa karnego materialnego*, „Przeгляд Sejmowy” 2007, nr 5, s. 253–266.

⁷ T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*

⁸ Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o Najwyższym Trybunale Narodowym (Dz.U. nr 5, poz. 45, z późn. zm.).

Pierwszego Prokuratora, powoływało – spośród osób mających kwalifikacje sędziowskie – Prezydium Krajowej Rady Narodowej (KRN)⁹ na wniosek Ministra Sprawiedliwości. Sprawowanie funkcji sędziowskich lub prokuratorskich w sądach powszechnych lub specjalnych nie stanowiło przeszkody w dokonaniu nominacji i łączeniu stanowisk. NTN orzekał na rozprawach w składzie trzech sędziów oraz czterech ławników, a na posiedzeniach niejawnych – w składzie trzech sędziów bez udziału ławników. Listę ławników ustalało – dobierając ich spośród posłów – Prezydium KRN¹⁰. Przewidziano, iż ławnicy w sprawowaniu swego urzędu – podobnie jak sędziowie na podstawie przepisów ogólnych – mieli być niezawisli i podlegali tylko ustawom, a podczas pełnienia czynności na rozprawie mieli prawa i obowiązki sędziego należące do składu orzekającego. Sędziowie, Pierwszy Prokurator i prokuratorzy NTN w sprawowaniu czynności określonych w dekreście zostali zrównani w prawach i obowiązkach odpowiednio z sędziami, Pierwszym Prokuratorem i prokuratorami Sądu Najwyższego. W ramach pierwszej nowelizacji przepisy dekretu uzupełniono również o możliwość odwołania – na wniosek Prezesa NTN – sędziego, prokuratora lub ławnika przez Prezydium KRN¹¹. Urzędników sekretariatów powoływał odpowiednio Prezes bądź Pierwszy Prokurator NTN.

Najwyższy Trybunał Narodowy orzekał na podstawie całokształtu obowiązującego wówczas ustawodawstwa karnego, w szczególności: Kodeksu karnego¹², Kodeksu karnego Wojska Polskiego¹³ oraz dekretu PKWN o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego¹⁴.

Na posiedzeniu NTN przewodniczył Prezes NTN lub wyznaczony przez niego sędzia. Przy głosowaniu przewodniczący zbierał głosy, poczynając od najmłodszego wiekiem, a sam głosował ostatni. Postępowanie przed NTN odbywało się według przepisów Kodeksu postępowania karnego (k.p.k.)¹⁵, o ile przepisy

⁹ Zgodnie z art. 16 lit. c Ustawy Konstytucyjnej z dnia 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 18, poz. 71, z późn. zm.), czyli tzw. Małej Konstytucji, po zastąpieniu KRN przez Sejm Ustawodawczy kompetencje Prezydium KRN przeszły na Radę Państwa.

¹⁰ T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*

¹¹ Dekret z dnia 17 października 1946 r. o zmianie dekretu z dnia 22 stycznia 1946 r. o Najwyższym Trybunale Narodowym (Dz.U. nr 59, poz. 325).

¹² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 60, poz. 571, z późn. zm.).

¹³ Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 23 września 1944 r. – Kodeks Karny Wojska Polskiego (Dz.U. nr 6, poz. 27, z późn. zm.).

¹⁴ Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (Dz.U. nr 4, poz. 16, z późn. zm.). Zob. L. Kubicki, *Zbrodnie wojenne w świetle prawa polskiego*, Warszawa 1963, s. 57–78.

¹⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 33, poz. 313, z późn. zm.).

dekretu w konkretnych rozwiązaniach nie stanowiły inaczej. Nie miały przed NTN zastosowania m.in. kluczowe – wskazane w Kodeksie postępowania karnego – przepisy dotyczące zastosowania środków zapobiegających uchylaniu się od sądu, w tym tymczasowego aresztowania. Środki te zarządził prokurator NTN, a na jego postanowienie przysługiwało zażalenie do NTN. Prokurator NTN mógł prowadzić dochodzenie bądź bezpośrednio, bądź za pośrednictwem prokuratora sądu specjalnego lub prokuratora sądu okręgowego, organów bezpieczeństwa publicznego lub Milicji Obywatelskiej. Mógł też zwrócić się o dokonanie poszczególnych czynności sądowych do sędziów śledczych lub sądów grodzkich. W praktyce Prokuratura NTN z reguły prowadziła swoje dochodzenia i śledztwa za pośrednictwem Głównej Komisji Badania Zbrodni Niemieckich w Polsce¹⁶.

Pierwotnie prokurator NTN w toku dochodzenia lub śledztwa mógł zarządzić zajęcie w części lub w całości mienia podejrzanego, jego małżonka i dzieci, z wyjątkiem mienia tych ostatnich, pochodzącego z ich dorobku własnego. W ramach pierwszej nowelizacji dekretu zmieniono jednak ten przepis i możliwość tę zawężono wyłącznie do majątku oskarżonego. Prokurator mógł zatem, celem zabezpieczenia grożącej oskarżonemu konfiskaty lub grzywny, już w toku dochodzenia zarządzić zajęcie w całości w części jego majątku. Na postanowienie prokuratora służyło zażalenie do NTN.

Dekret pierwotnie wyłączał możliwość składania przez pokrzywdzonych powództw cywilnych przeciwko oskarżonemu, które – zgodnie z ogólną zasadą Kodeksu postępowania karnego – mogły być rozpatrywane w ramach procesu karnego. Wniesienie sprzeciwu wobec aktu oskarżenia było niedopuszczalne. Udział obrońcy w rozprawie głównej był konieczny. Jeżeli oskarżony nie miał obrońcy z wyboru, Prezes NTN był zobowiązany do wyznaczenia obrońcy z urzędu, co do którego w ramach pierwszej nowelizacji dekretu doprecyzowano, iż może nim być adwokat zamieszkały na terytorium Państwa Polskiego. Co do obrońcy z wyboru, początkowo przewidziano, iż mógł nim zostać każdy obywatel polski dopuszczony w tym charakterze przez Prezesa NTN. Przepis ten jednak wkrótce zmodyfikowano w ten sposób, iż obrońcą z wyboru mógł być każdy obywatel polski, choć jeśli miałyby to być osoba niespełniająca ogólnych kryteriów określonych w Kodeksie postępowania karnego, to dla jej dopuszczenia do obrony wymagana była zgoda Prezesa NTN.

Na rozprawie wolno było odczytywać zapiski dochodzenia oraz wszelkie pisma prywatne i urzędowe. W kwietniu 1947 r. dodano także, iż wolno tak również czynić z wszelkimi zapiskami sporządzonymi w kraju lub za granicą przez organa władz polskich lub przez organa władz państw sprzymierzonych oraz przez osoby działające z ich polecenia, które prowadziły dochodzenie lub śledztwo albo też przedsięwzięły inne czynności mające na celu wykrycie przestępstwa lub ujęcie sprawcy. Celem tego rozwiązania było dopuszczenie, jako

¹⁶ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków...*, s. XV.

materiału dowodowego, bardzo szerokiego zakresu materiałów, także powstałych w trybie pozaprocesowym¹⁷.

Nieujęcie oskarżonego nie stało na przeszkodzie wniesienia aktu oskarżenia i rozpoznania sprawy pod jego nieobecność. Dekret stanowił, iż zapadłego wyroku nie należało uważać za zaoczny. W takim przypadku prawo wyboru obrońcy miało służyć także ojcu, matce, opiekunowi, małżonkowi, dzieciom i rodzeństwu oskarżonego, a wznowienie postępowania zakończonych prawomocnym wyrokiem mogło nastąpić na korzyść oskarżonego również w przypadku przytoczenia takich nowych faktów i dowodów nieznanymi przedtem sądowi, które bądź same, bądź w związku z innymi stwierdzają, że oskarżony jest niewinny albo że skazano go za przestępstwo cięższe niż to, które popełnił. W sprawach, w których NTN wydał wyrok, o wznowieniu postępowania mógł orzekać wyłącznie tenże Trybunał. Takie procesy przed NTN jednak się nie odbyły.

Ogłoszenie sentencji wyroku następowało po sporządzeniu na piśmie wyroku z uzasadnieniem. Orzeczenia, tj. wyroki i postanowienia NTN, były ostateczne. Postępowanie miało charakter jednoinstancyjny. Skazanemu przysługiwało prawo wniesienia prośby o ulaskawienie do Prezydenta KRN, a w sprawach, w których zapadł wyrok śmierci, Prezes NTN przysyłał niezwłocznie akta sprawy Ministrowi Sprawiedliwości celem przedstawienia do decyzji odnośnie do ulaskawienia Prezydentowi KRN, załączając opinię NTN. Orzeczenia NTN wykonywał prokurator sądu okręgowego na zlecenie prokuratora NTN.

Do właściwości NTN należały sprawy osób, które zgodnie z deklaracją moskiewską USA, ZSRR i Wielkiej Brytanii z dnia 30 października 1943 r. o odpowiedzialności hitlerowców za popełnione bestialstwa, miały zostać wydane władzom polskim. W akcie tym trzy mocarstwa sojusznicze oświadczyły m.in., iż: „Niemcy, którzy (...) uczestniczyli w rzeziach, którym podlegał naród polski, (...) winni wiedzieć, że zostaną odstawieni na miejsce, gdzie popełnili swe zbrodnie i tam osądzeni” przez naród, który padł „ofiara ich przemocy. (...) [T]rzy mocarstwa sprzymierzone z największą pewnością znajdują ich nawet na krańcu świata i wydadzą ich oskarżycielom, żeby sprawiedliwości stało się zadość”¹⁸.

Zapewnienie to dotyczyło także sprawców zbrodni popełnionych przez Niemców w innych okupowanych przez III Rzeszę państwach. Przypomniano o tym także w Porozumieniu międzynarodowym w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej z 1945 r.¹⁹, którego załącznikiem i integralną częścią jest Statut Międzynarodowego Trybunału Wojskowego

¹⁷ Dekret z dnia 11 kwietnia 1947 r. o zmianie dekretu o Najwyższym Trybunale Narodowym (Dz.U. nr 32, poz. 143).

¹⁸ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 46; *War Crimes and the Punishment of War Criminals*, UNIO, 1945, No. 1, *Appendix C*, s. 11.

¹⁹ Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisane w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. (Dz.U. z 1947 r., nr 63, poz. 367).

(Trybunału Norymberskiego). W akapicie 2 Preambuły Porozumienia przypomina się, iż: „Deklaracja Moskiewska z dnia 30 października 1943 r., mówiąc o okrucieństwach niemieckich w okupowanej Europie, stwierdziła, że ci oficerowie i żołnierze niemieccy oraz członkowie partii narodowosocjalistycznej, którzy ponoszą odpowiedzialność za okrucieństwa i zbrodnie albo którzy brali w nich udział za swą zgodą, będą odesłani do krajów, gdzie popełnili swoje wstrętne czyny, żeby być osądzonymi i ukaranymi stosownie do ustaw tych oswobodzonych krajów i wolnych rządów, które tam będą utworzone”.

Prokurator NTN mógł przekazać taką sprawę prokuratorowi okręgowemu, uwzględniając w miarę możliwości właściwość miejscową. Sprawa taka miała być wówczas rozpoznawana przez sąd okręgowy.

Jurysdykcją NTN objęto także sprawy przewidziane w dekrete z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyczację życia państwowego²⁰. Oznaczało to, że – przynajmniej potencjalnie – NTN mógł sądzić nie tylko Niemców, którzy popełnili w trakcie II wojny światowej przestępstwa przeciwko Polsce i jej obywatelom, ale także mógł być narzędziem represji przeciwko polskim przedwojennym działaczom państwowym. Prokuratorzy NTN T. Cyprian i J. Sawicki pisali w opublikowanej w styczniu 1949 r. broszurze, czyli gdy już zakończył się siódmy – ostatni, jak wiemy dziś, choć wtedy nie musiało to być jeszcze przesądzone – proces zbrodniarzy hitlerowskich przed NTN, iż: „Na tym prawdopodobnie nie zamknie się rola NTN, bo czeka go drugie jego zadanie ustawowe, a mianowicie sądenie Polaków odpowiedzialnych za klęskę wrześniową”²¹.

Piszący te słowa prokuratorzy NTN chyba jednak przeczuwali, że do tego nie dojdzie. Dodawali zatem, iż: „Wielu z głównych sprawców naszej klęski, tak w dziedzinie politycznej, jak i militarnej i gospodarczej, nie znajduje się w kraju. Los pogał ich w świat i mało kto z tych ludzi dożył dzisiejszych dni; marnie kończyli na łasce obcych bądź też żyją zapomniani i pogardzani z dala od ojczyzny”²².

Brzmiało to jak swoiste „wyjaśnienie” i „usprawiedliwienie”. Przesłanie było takie: Czołowi przedstawiciele sanacji już nie żyją lub są nieosiągalni dla krajowego wymiaru sprawiedliwości, ale to nie szkodzi, gdyż już nic nie znaczą. Jak wiemy dziś, procesy takie się nie odbyły.

Dekret powstał, gdy istniały jeszcze specjalne sądy karne. Pierwsza sprawa przed takim sądem, w tym przypadku – Sądem Specjalnym w Lublinie – toczyła się w dniach 27 listopada – 2 grudnia 1944 r. i sądzono w jej ramach grupę członków załogi obozu koncentracyjnego w Majdanku. Zapadłe wówczas wyroki śmierci wykonano publicznie na terenie obozu. Początkowo dekret o NTN przewidywał, iż prokurator NTN mógł przejąć do właściwości NTN każdą sprawę

²⁰ Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszyczację życia państwowego (Dz.U. nr 5, poz. 46).

²¹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*

²² *Ibidem*.

wszczęta w prokuraturze specjalnego sądu karnego lub tocząca się w specjalnym sądzie karnym²³. W takim przypadku prokurator NTN miał złożyć nowy akt oskarżenia i zawiadomić o tym właściwy sąd i prokuraturę. Wnioski prokuratora NTN miały być wiążące. Prokuratura NTN nie skorzystała jednak ani razu z tego uprawnienia²⁴.

Przewidziano także, iż NTN i jego Prokuratura będą mogli korzystać z uprawnień specjalnych sądów karnych i prokuratur specjalnych sądów karnych, przewidzianych w art. 19 ustawy z dnia 6 maja 1945 r. o wyłączeniu ze społeczeństwa polskiego wrogich elementów²⁵. Odnosiły się one do możliwości ponownego rozpoznania postanowień rehabilitacyjnych – określonych w tej ustawie – osób wpisanych na niemiecką listę narodową (*Deutsche Völkliste*). Pierwszy Prokurator NTN mógł w ciągu 3 miesięcy od dnia wydania zaskarżyć każdy wyrok specjalnego sądu karnego, o ile zachodziły podstawy kasacji lub wznowienia postępowania, określone w przepisach ogólnych Kodeksu postępowania karnego. Kasacja taka miała być rozpatrywana – z możliwością udziału obrońcy – na posiedzeniu niejawnym. W przypadku uwzględnienia kasacji postępowanie mogło się toczyć od początku przed NTN według przepisów rządzących jego procedurą. NTN nie realizował jednak tych kompetencji²⁶.

Najwyższy Trybunał Narodowy oraz Prokuratura NTN sprawowały początkowo także nadzór nad specjalnymi sądami karnymi i prokuraturą specjalnych sądów karnych. Gdy w listopadzie 1946 r. zostały one zniesione²⁷, sprawy te wyłączono także z jurysdykcji NTN i przekazano odpowiednio Sądowi Najwyższemu i sądom okręgowym. Z dekretu usunięto także wszelkie odniesienia do specjalnych sądów karnych i prokuratur specjalnych sądów karnych. Nie zmieniało to jednak praktyki, gdyż – także dotąd – uprawnienie to nie było realizowane. Jak wskazują T. Cyprian i J. Sawicki: „Korzystanie przez NTN (...) z uprawnień dotyczących nadzoru sądów specjalnych (...) było technicznie niewykonalne już od samego początku, bo NTN nie był organizacją pracującą permanentnie; jedynie (...) Prezes NTN urzędował stale przy pomocy sekretariatu (2 osoby), powołując spośród sędziów i ławników NTN komplety sądzące do poszczególnych spraw. Tak więc wykonywanie kontroli nad ogromną wówczas siecią sądów specjalnych było technicznie w ogóle niewykonalne”²⁸.

²³ Specjalne sądy karne zostały utworzone dekretem Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 12 września 1944 r. o specjalnych sądach karnych dla spraw zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich (Dz.U. nr 4, poz. 21).

²⁴ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków...*, s. XIV.

²⁵ Ustawa z dnia 6 maja 1945 r. o wyłączeniu ze społeczeństwa polskiego wrogich elementów (Dz.U. nr 17, poz. 96, z późn. zm.).

²⁶ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków...*, s. XIV i XV.

²⁷ Specjalne sądy karne zostały zniesione dekretem z dnia 17 października 1946 r. o zniesieniu specjalnych sądów karnych (Dz.U. nr 59, poz. 324), który wszedł w życie dnia 17 listopada 1946 r.

²⁸ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków...*, s. XV.

Prokuratorzy NTN – podsumowując z perspektywy lat działalność Trybunału – stwierdzili, iż: „Przeprowadzenie siedmiu procesów »głównych« przestępców wojennych działających na terenie Polski wyczerpało całość działalności Trybunału”²⁹.

Oznacza to, że NTN nie zajmował się w praktyce, choć miał takie formalne możliwości, jakąkolwiek inną działalnością orzeczniczą, niż ta, która polegała na osądzeniu głównych zbrodniarzy hitlerowskich działających na terytorium Polski.

3. PROCESY PRZED NAJWYŻSZYM TRYBUNAŁEM NARODOWYM

Przed NTN przeprowadzono siedem procesów, w ramach których osądzono 49 osób. Miały one miejsce w latach 1946–1948³⁰.

Pierwszy z nich (21 czerwca – 7 lipca 1946 r.) dotyczył Arthura Greisera – wiceprezydenta, a następnie prezydenta Senatu Wolnego Miasta Gdańska, później – namiestnika Rzeszy i *Gauleitera* NSDAP tzw. Kraju Warty (anektowana Wielkopolska). Został on wydany Polsce przez amerykańskie władze okupacyjne w Austrii. Odpowiadał za udział w związku przestępczym (NSDAP), wejście w porozumienie z władzami III Rzeszy w celu wywołania działań wojennych przeciwko Polsce oraz udział w prześladowaniach, w tym zabójstwach, ludności cywilnej ziem okupowanych. Zabójstw nie dokonywał osobiście. Sądził go skład pod przewodnictwem prof. Emila Stanisława Rappaporta, wybitnego polskiego prawnika pochodzenia żydowskiego, przedwojennego i powojennego sędziego Sądu Najwyższego. NTN skazał Artura Greisera na karę śmierci przez powieszenie, która została wykonana publicznie dnia 21 lipca 1946 r. na stokach cytadeli poznańskiej (Fortu Winiary). Przyglądały się jej tysiące osób. Była to ostatnia egzekucja publiczna w Polsce³¹.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem procesów przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Poznań 1962, *passim*; C. Pilichowski, *Słowo wstępne*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy i orzeczenia przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, t. I, Warszawa 1979, s. 23.

³¹ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 124–125; T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 13–16; C. Madajczyk, *Polityka III Rzeszy w okupowanej Polsce*, t. I, Warszawa 1970, s. 491; A. Rzepliński, *Prosecution of Nazi Crimes in Poland in 1939–2004*, The First International Expert Meeting on War Crimes, Genocide, and Crimes against Humanity, organized by International Criminal Police Organization – Interpol General Secretariat (IPSG), was held in Lyon, France from 23 to 25 March 2004, https://kipdf.com/prosecution-of-nazi-crimes-in-poland-in_5ac211e11723dd0ae62d6cb6.html (dostęp: 7.08.2022 r.), s. 2; J. Gumkowski, T. Kułakowski, *Zbrodniarze hitlerowscy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Warszawa 1967, s. 1–77.

W ramach drugiego procesu przed NTN (27 sierpnia – 5 września 1946 r.) sądzono Amona Götha – Austriaka, *Hauptsturmführera* SS, który był komendantem obozu w Płaszowie, będącego początkowo obozem pracy, a następnie obozem koncentracyjnym i tranzytowym dla więźniów wysyłanych do Auschwitz. W obozie w Płaszowie zginęło ok. 8 tys. osób – Żydów i Polaków. Około 500 osób Amon Göth zabił osobiście. Został wydany Polsce przez amerykańskie władze okupacyjne w Niemczech. Odpowiadał za udział w związku przestępczym (NSDAP i Waffen SS) oraz braniu udziału w dokonywaniu zabójstw, w tym dokonywanie ich osobiście, co miało miejsce w obozie w Płaszowie, a także podczas likwidacji gett w Krakowie i Tarnowie oraz obozu w Szepiarni. Został skazany na karę śmierci przez powieszenie, którą wykonano dnia 13 września 1946 r. w więzieniu przy ul. Montelupich w Krakowie. Jego ciało zostało skremowane, a prochy wysypane do Wisły³².

Trzeci proces przed NTN (17 grudnia 1946 – 24 lutego 1947 r.) dotyczył odpowiedzialności czterech urzędników niemieckich, którzy działali w Warszawie. Byli to Ludwik Fischer, Józef Meisinger, Ludwik Leist i Max Daume. L. Fischer to *Gruppenführer* SS, poseł do Reichstagu, Gubernator Dystryktu Warszawskiego w Generalnej Guberni przez cały okres okupacji, który dopuścił się licznych zbrodni na ludności polskiej i żydowskiej. Wydał m.in. zarządzenie o utworzeniu getta warszawskiego, brał także udział w jego likwidacji. Odpowiadał za terror wobec cywilnej ludności polskiej: masowe egzekucje, łapanki i deportacje. L. Leist był *Brigadeführerem* SA, starostą warszawskim. Podejmował działania wymierzone w ludność polską i żydowską. M. Daume – *Standartenführer* SS, od listopada 1939 r. do marca 1940 r. był zastępcą dowódcy 31. Pułku Policji Porządkowej w Warszawie. Nadzorował osobiście masakrę polskiej ludności cywilnej w Wawrze, która była pierwszą masową egzekucją w okolicach Warszawy (27 grudnia 1939 r.). Zamordowano wówczas 107 osób.

L. Fischer, J. Meisinger i M. Daume zostali skazani na karę śmierci. Wyroki wykonano w więzieniu mokotowskim. L. Leist został skazany na karę 8 lat więzienia, po której odbyciu został zwolniony i deportowany do RFN. Co szczególnie interesujące w przypadku tego procesu, dotyczył on działań podejmowanych przez oskarżonych przed Powstaniem Warszawskim i po jego upadku. Nie odnosił się on natomiast do tego, co miało miejsce w jego trakcie³³.

L. Fischer był pierwotnie oskarżony m.in. o: „Zniszczenie już po kapitulacji powstania warszawskiego w październiku 1944 r., nieuzasadnione w niczym koniecznościami wojskowymi, a jedynie zemstą, wszystkich niemal budynków na terenie m.st. Warszawy wraz z całkowitym urządzeniem i zawartością wnętrza,

³² L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*; T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem procesów...*; D. M. McKale, *Nazis after Hitler: How Perpetrators of the Holocaust Cheated Justice and Truth*, Lanham 2012, s. 201.

³³ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 125–126; T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 16–17; A. Rzepliński, *Prosecution of Nazi Crimes...*

a więc z całym mieniem jej polskich mieszkańców, o ile nie zostało ono przedtem zrabowane przez przebywających tam Niemców przy rozmyślnym tolerowaniu tego rabunku przez osk. Fischera, a w szczególności zniszczenie oraz zrabowanie wielu jeszcze pozostałych zabytków kultury, które jedynie w części pozwolono z miasta wywieźć i wysłano do Rzeszy”³⁴.

Najwyższy Trybunał Narodowy nie podzielił jednak tego – sformułowanego w akcie oskarżenia – zarzutu, stwierdzając, że odpowiedzialność w tym zakresie należy przypisać *SS-Brigadeführerowi* Paulowi Geiblowi – dowódcy SS i Policji w Dystrykcie Warszawskim, który działał bezpośrednio na podstawie rozkazów otrzymanych z Berlina, a które uniezależniały go w tym zakresie od Gubernatora Dystryktu Warszawskiego. P. Geibel nie był sądzony przez NTN. Jego proces odbył się później przed polskim sądem powszechnym³⁵.

Rudolf Höss – *Obersturmbannführer* SS, komendant obozu koncentracyjnego w Auschwitz był oskarżony w trakcie czwartego procesu przed NTN (11 marca – 29 marca 1947 r.). Uznano go winnym dokonania zabójstw ok. 300 tys. więźniów osadzonych w obozie, co najmniej 2,5 mln osób, które zostały przywiezione do Auschwitz w celu bezpośredniej zagłady, głównie Żydów, oraz co najmniej 12 tys. jeńców radzieckich. Proces odbył się w Warszawie, a wyrok wykonano na terenie obozu w Auschwitz. Szubienica, na której go powieszono, umieszczona obok budynku komendatury i krematorium, do dziś znajduje się na terenie muzeum³⁶.

Następnym – piątym – był proces kolejnych 40 członków załogi obozu koncentracyjnego Auschwitz (24 listopada – 16 grudnia 1947 r.). Na ławie oskarżonych znaleźli się m.in. Arthur Liebehenschel, *SS-Obersturmbannführer*, następca Rudolfa Hössa na stanowisku komendanta obozu³⁷, Max Grabner – *SS-Untersturmführer*, szef obozowego *Gestapo (Politische Abteilung)*³⁸, Hans Aumeier – *SS-Sturm-bannführer*, zastępca komendanta obozu³⁹, Maria Mandl – *SS-Oberaufseherin*, kierowniczka obozu kobiecego⁴⁰, Karl Ernst Möckel – *SS-Obersturmbannführer*, szef obozowej administracji⁴¹ i Erich Muhsfeldt – *SS-Oberscharführer*, kierownik krematoriów w Brzezince⁴². Akt oskarżenia dotyczył masowych zabójstw i znęcania się nad osobami cywilnymi, głównie Żydami, ale także Polakami, Cyga-

³⁴ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków...*, s. 49.

³⁵ *Ibidem*, s. 73.

³⁶ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 126; T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 9–10; A. Rzepliński, *Prosecution of Nazi Crimes...*; J. Gumkowski, T. Kułakowski, *Zbrodniarze hitlerowscy...*, s. 79–85; L. Ehrlich, *Procesy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy i orzeczenia przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, t. I, Warszawa 1979, s. 93–115.

³⁷ J. Gumkowski, T. Kułakowski, *Zbrodniarze hitlerowscy...*, s. 94–95.

³⁸ *Ibidem*, s. 97–98.

³⁹ *Ibidem*, s. 96–97.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 86 i 98.

⁴¹ *Ibidem*, s. 98 i 127–129.

⁴² *Ibidem*, s. 102–103.

nami i radzieckimi jeńcami wojennymi oraz osobami wielu innych narodowości. 23 oskarżonych skazano na karę śmierci (2 skazanym zamieniono ją następnie na więzienie), 16 – na karę więzienia od 3 lat do dożywotniego pozbawienia wolności, a jednego oskarżonego uniewinniono. Wyroki śmierci wykonano przez powieszenie w więzieniu przy ul. Montelupich w Krakowie. Osoby, które otrzymały kary więzienia, a które nie odbyły ich w całości, zostały uwolnione w latach 1950. na mocy amnestii⁴³.

W szóstym procesie (5 kwietnia – 29 kwietnia 1948 r.) sądzony był Albert Forster – *Gauleiter* NSDAP w Wolnym Mieście Gdańsku, następnie namiestnik Rzeszy i *Gauleiter* NSDAP w Prowincji Gdańsk-Prusy Zachodnie. Sądzony był m.in. za zabójstwa ludności cywilnej oraz jej prześladowania w różnych innych formach (pozbawianie wolności, wynaradawianie, deportowanie). Odpowiadał także za działania dotyczące przyłączenia Wolnego Miasta Gdańska do Niemiec oraz agresji na Polskę. Proces toczył się w Gdańsku, wyrok śmierci wykonano w Warszawie dopiero w 1952 r. Istnieją jednak wątpliwości co do tej daty, a nawet co do samego faktu jego wykonania⁴⁴.

Ostatnim – siódmym – procesem przez NTN (17 czerwca – 5 lipca 1948 r.) był ten, w ramach którego sądzono Josefa Büchlera – *Brigadeführera* SS, sekretarza stanu, szefa rządu Generalnego Gubernatorstwa, zastępcy Generalnego Gubernatora Hansa Franka. W 1942 r. był jednym z uczestników konferencji w Wannsee, na której uzgadniano sposoby realizacji „ostatecznego rozwiązania kwestii żydowskiej”, którym to sformułowaniem eufemistycznie określano niemiecki plan zagłady europejskich Żydów. Oskarżony został uznany winnym dokonywania zabójstw ludności cywilnej i innych form jej prześladowania. Był sądzony w Krakowie. Tam też wykonano na nim karę śmierci przez powieszenie⁴⁵.

W ramach procesów NTN skazywał za czyny, które w rozumieniu prawa międzynarodowego były zbrodniami wojennymi, zbrodniami przeciwko ludzkości oraz zbrodniami przeciwko pokojowi. W swoich wyrokach odwoływał się też do koncepcji ludobójstwa. Karał także za przynależność do organizacji przestępczych, takich jak SS, kierownictwo NSDAP, rząd Generalnego Gubernatorstwa, załogi obozów koncentracyjnych. Odpowiadał na podstawowe kwestie, jak przykładowo to, czy można ponosić odpowiedzialność za działania podejmowane

⁴³ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 126–127; T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 10–11; A. Rzepliński, *Prosecution of Nazi Crimes...*; J. Gumkowski, T. Kułakowski, *Zbrodniarze hitlerowscy...*, s. 93–172.

⁴⁴ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 127; A. Rzepliński, *Prosecution of Nazi Crimes...*; M. Podgóreczny, *Gauleiter i oskarżony*, Gdańsk 1977; D. Schenk, *Albert Forster gdański namiestnik Hitlera: Zbrodnie hitlerowskie w Gdańsku i w Prusach Zachodnich. Przełożyli i przypisami opatrzyli Wanda Tycner i Janusz Tycner. Przedmowa do wydania polskiego Witold Kulesza*, Gdańsk 2002.

⁴⁵ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 124; T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 25–28; A. Rzepliński, *Prosecution of Nazi Crimes...*; J. Gumkowski, T. Kułakowski, *Zbrodniarze hitlerowscy...*, s. 175–265.

w imieniu państwa, na rozkaz lub w wykonaniu prawa krajowego⁴⁶. Jego działalność wniosła pewien wkład w rozwój międzynarodowego prawa karnego⁴⁷.

Z końcem 1948 r. NTN przestał w praktyce działać. Warto jednak odnotować, że prokuratorzy NTN T. Cyprian i J. Sawicki w broszurze opublikowanej jeszcze w styczniu 1949 r. sygnalizowali, że „są [jeszcze] w przygotowaniu [kolejne] procesy o »Zburzenie Warszawy« (Warszawa) i »Zburzenie getta warszawskiego« (Warszawa), oraz [procesy SS-Obergruppenführera Richarda] Hildebrandta (Bydgoszcz) i [SS-Gruppenführera Jacoba] Sporrenberga (Lublin)»⁴⁸.

R. Hildebrand został uznany za winnego zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości przez Sąd Apelacyjny w Bydgoszczy i skazany dnia 7 listopada 1949 r. na karę śmierci, którą wykonano przez powieszenie dnia 10 marca 1951 r. Także J. Sporrenberg został osądzony przez sąd powszechny. Karę śmierci przez powieszenie wykonano na nim dnia 6 grudnia 1952 r.

Przed NTN w ramach procesu o „Zburzenie Warszawy” mieli stanąć SS-Obergruppenführer Erich von dem Bach-Zelewski i SS-Gruppenführer Heinz Reinefarth (obaj *in absentia*), którzy dowodzili oddziałami pacyfikującymi Powstanie Warszawskie, w tym dopuszczającymi się Rzezi Woli, oraz – wcześniej już wspomniany – SS-Brigadeführer P. Geibel – dowódca SS i Policji w Dystrykcie Warszawskim. Ten ostatni był sądzony przez Sąd Wojewódzki w Warszawie w 1954 r. i skazany na karę dożywotniego więzienia za zbrodnie dokonane w trakcie tłumienia i po upadku Powstania Warszawskiego. Popełnił samobójstwo w trakcie odbywania kary w 1966 r. w więzieniu mokotowskim⁴⁹.

E. von dem Bach-Zelewski zeznawał przed Trybunałem Norymberskim. Obciążał swoich przełożonych i w zamian władze amerykańskie odmówiły jego ekstradycji do Polski lub ZSRR. Jego zeznania wykorzystano także w procesie L. Fischera. Nie skorzystano jednak wówczas z możliwości, by w trzecim procesie przed NTN, tj. procesie warszawskich władz okupacyjnych, osądzić także czyny popełnione w czasie Powstania Warszawskiego. Jak już wskazano wcześniej, w jego trakcie zajmowano się wyłącznie czynami popełnionymi przed i po Powstaniu. Po powrocie do Niemiec E. von dem Bach-Zelewski był tam sądzony

⁴⁶ T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 16–24; J. Lubecka, *Konieczność wykonania rozkazu jako instrument obrony w procesach niemieckich zbrodniarzy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, (w:) A. Bartuś (red.), *Pola wolności*, Oświęcim–Poznań 2020, s. 217–236.

⁴⁷ P. Grzebyk, *The Role of the Polish Supreme National Tribunal in the Development of Principles of International Criminal Law*, (w:) M. Bergsmo, Cheah Wui Ling, Yi Ping (red.), *Historical Origins of International Criminal Law*, t. 2, Brussels 2014, s. 603–637.

⁴⁸ T. Cyprian, J. Sawicki, *Procesy...*, s. 5.

⁴⁹ T. Cyprian, J. Sawicki, *Siedem wyroków...*, s. XVII; *Więzienie w Strzelcach Opolskich. Tu gnili zbrodniarze*, „Nowa Trybuna Opolska”, 29.07.2013 r., <https://nto.pl/wiezienie-w-strzelcach-opolskich-tu-gnili-zbrodniarze/ar/4571631> (dostęp: 7.08.2022 r.); J. Kirchmayer, *Zbrodnie hitlerowskie dokonane podczas Powstania Warszawskiego*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy i orzeczenia przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, t. I, Warszawa 1979, s. 159–181.

za inne czyny i zmarł w więzieniu. Nie odpowiedział jednak nigdy za działania na terytorium okupowanej Polski.

H. Reinefarth nie został wydany Polsce przez aliantów zachodnich w celu osądzenia, gdyż uznano, że może być użytecznym świadkiem w procesie przed Trybunałem Norymberskim. Jak przypomina Patrycja Grzebyk: „Prokuratura niemiecka, mimo zapoznania się z tysiącami dowodów dostarczonych także przez Główną Komisję Badania Zbrodni Niemieckich w Polsce, uznała, że choć do zbrodni na Woli doszło, to nie można z całą pewnością ustalić, na czyj rozkaz ich dokonano (ze względu na brak dowodu pisemnego i sprzeczne zeznania świadków) i czy rzeczywiście osoby dopuszczające się zbrodni podlegały Reinefarthowi. Podkreślono również, że jeśli dochodziło do egzekucji czy gwałtów, to musiały tego dokonywać pojedyncze osoby. Zdaniem niemieckiej prokuratury dowodem na to, że nie mógł istnieć rozkaz Himmlera w sprawie wymordowania warszawiaków, jest fakt, że nie wymordowano wszystkich mężczyzn – wszak są zeznania ocalałych, a ponadto dane dotyczące liczby ofiar podawane przez stronę polską nie zgadzają się z meldunkami niemieckimi. Często cytowane słowa Reinefartha, wypowiedziane w rozmowie z [dowódcą 9. Armii gen. Nikolausem von] Vormannem, w których skarży się, że nie ma dość amunicji, by uporać się z wszystkimi mieszkańcami, prokuratura wytłumaczyła skrótowością notatki, a także m.in. troską o brak odpowiedniego wyposażenia oddziałów »towarzyszących ewakuowanym na zachód uciekinierom«. Prokuratura [niemiecka] uznała również, że skoro »polskie kobiety i dzieci działały nie tylko jako tragarze amunicji i łącznicy. Same też brały udział w walkach«, to jej zdaniem »w tych okolicznościach trudno było podjąć decyzję, jakie środki stosowane do zwalczania przeciwnika mieszczą się jeszcze w ramach prawa międzynarodowego«⁵⁰.

Uznano zatem, że nie ma dowodów popełnienia przestępstw przez H. Reinefartha, który przeszedł też pozytywnie proces denazyfikacyjny. W 1951 r. został burmistrzem Westerlandu na wyspie Sylt, w 1958 r. – posłem do landtagu Szlezwika-Holsztynu, a w 1967 r. rozpoczął praktykę prawniczą. Zmarł przez nikogo nie niepokojony w 1979 r. Dopiero w 2014 r. rada miasta Westerland i landtag Szlezwika-Holsztynu wyraziły ubolewanie z powodu honorowania go przez to miasto i ten kraj związkowy⁵¹.

Sąd Wojewódzki w Warszawie, czyli sąd powszechny, osądził też *SS-Gruppenführera* Jürgena Stroopa, który w 1943 r. dowodził pacyfikacją i zniszcze-

⁵⁰ P. Grzebyk, *Nieświadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich*, (w:) E. Habowski (red.), *Wola...*, s. 119–120.

⁵¹ Ph. Marti, *Sprawa Reinefartha. Kat powstania warszawskiego czy szacowny obywatel*, Warszawa 2016, s. 94; K. Leszczyński, *Heinz Reinefarth*, Warszawa 1961, s. 27; W. Maszewski, *Esesman, kat Woli, był burmistrzem Westerland. Jego mieszkańcy oddali hold Powstańcom*, „niezależna.pl”, 2.08.2014 r., <https://niezalezna.pl/57953-esesman-kat-woli-byl-burmistrzem-westerland-jego-mieszkanicy-oddali-hold-powstancom> (dostęp: 7.08.2022 r.); B. T. Wieliński, *Niemcy pośmiertnie rozliczają kata Woli*, „gazeta.pl”, 23.06.2014 r., https://wyborcza.pl/1,75399,16197406,Niemcy_posmiertnie_rozliczaja_kata_Woli.html (dostęp: 7.08.2022 r.).

niem getta warszawskiego. Proces odbył się w 1951 r. Wyrok śmierci wykonano w 1952 r. Działalności NTN nie wznowiono również, gdy w 1958 r. wydano Polsce Ericha Kocho – *Gauleitera* NSDAP i nadprezydenta Prus Wschodnich. Sąd Wojewódzki w Warszawie skazał go w 1959 r. na karę śmierci, ale wyroku – z nieznanymi powodów – nigdy nie wykonano. Skazany zmarł w 1986 r. w więzieniu w Barczewie.

4. ZAGADNIENIE EWENTUALNEGO DALSZEGO ISTNIENIA NAJWYŻSZEGO TRYBUNAŁU NARODOWEGO

Najwyższy Trybunał Narodowy zaprzestał swojej działalności orzeczniczej w 1948 r. po procesie J. Büchlera. Nigdy nie wydano aktu prawnego, który wprost stanowiłby o jego rozwiązaniu. Art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej⁵², która weszła w życie dnia 1 września 1950 r., znosił Prokuraturę NTN, a kompetencje Pierwszego Prokuratora NTN i prokuratorów NTN przeniósł na Generalnego Prokuratora Rzeczypospolitej. Na mocy art. 19 tej ustawy pracownicy Prokuratury NTN zostali przeniesieni do Prokuratury (powszechnej). Nie był to jednak akt jednostkowy – odnoszący się wyłącznie do NTN – a było to działanie związane z wprowadzeniem nowego modelu prokuratury, która odtąd nie działała już przy sądach, a stała się odrębną hierarchiczną instytucją państwową.

Jednocześnie ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych⁵³ zmieniła z dniem 1 października 1950 r. urząd sędziowski. Nie rozwiązała jednak NTN, choć zmodyfikowała Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵⁴ w ten sposób, iż jego art. 1 § 1 otrzymał brzmienie: „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej w sprawach cywilnych i karnych sprawują sądy powszechne: sądy powiatowe, sądy wojewódzkie i Sąd Najwyższy”⁵⁵. Z kolei, art. 297 Prawa o ustroju sądów powszechnych otrzymał brzmienie: „Z dniem wejścia w życie niniejszego prawa tracą moc wszystkie przepisy dotychczasowe,

⁵² Dz.U. nr 38, poz. 346.

⁵³ Dz.U. nr 38, poz. 347.

⁵⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 12, poz. 93, z późn. zm.).

⁵⁵ Art. 1 § 3 Prawa o ustroju sądów powszechnych – w wersji wówczas znowej – stanowił, że: „Sądy powszechne nie stanowią wymiaru sprawiedliwości w sprawach, przekazanych ustawami szczególnymi innym sądom lub władzom”. Chodziło w tym przypadku o sądy wojskowe oraz sądy ubezpieczeń społecznych, w tym Trybunał Ubezpieczeń Społecznych. Wszelkie sprawy, o których mowa była w ustawie o NTN, znalazły się natomiast w kompetencji sądów powszechnych oraz sądów wojskowych. Oznacza to, że to te sądy przejęły wszelkie dotychczasowe zadania NTN.

dotyczące przedmiotów unormowanych w tym prawie”. Jest to przepis derogujący ustawę o NTN, choć nie czyni tego w stosunku do niej imiennie (*lex posterior derogat legi priori*).

Gdyby nawet przyjąć, że ze względu na jakieś zaniedbanie legislacyjne można interpretować, iż przepisy ustawy o NTN nie zostały – jako przepisy szczególne – derogowane (*lex posterior generali non derogat legi priori speciali*), to trzeba mieć świadomość, iż NTN nie mieści się jednak w zamkniętym katalogu sądów i trybunałów, o których mówi Konstytucja RP z 1997 r.⁵⁶. Zgodnie z jej art. 175 ust. 1: „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”.

Najwyższy Trybunał Narodowy – biorąc pod uwagę treść ustaw regulujących ustrój tych sądów – nie jest żadnym z nich. Konstytucja RP enumeratywnie wymienia tylko dwa trybunały: Trybunał Konstytucyjny i Trybunał Stanu. Art. 175 ust. 2 Konstytucji RP stanowi zaś, iż: „Sąd wyjątkowy lub tryb doraźny może być ustanowiony tylko na czas wojny”.

W czasie pokoju, a taki obecnie mamy, nie ma miejsca na istnienie i działanie NTN⁵⁷. Trudno zakładać, że hibernuje on do czasu, gdy ponownie będzie miała miejsce wojna, co byłoby okolicznością przyszlą oraz – całe szczęście – niepewną, oderwaną przy tym od wojny lat 1939–1945 i przepisów dotyczących karania osób, które dopuściły się przestępstw w jej trakcie. Dlatego też należy przyjąć, że NTN formalnie nie istnieje, a dekret o NTN został uchylony najpóźniej z dniem wejścia w życie obecnie obowiązującej Konstytucji RP, tj. z dniem 17 października 1997 r.

Padające niekiedy w przestrzeni publicznej i naukowej propozycje wznowienia działalności NTN na podstawie – nieuchylonego wprost – dekretu o NTN nie znajdują zatem prawnych możliwości. Ten dekret już nie obowiązuje.

⁵⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

⁵⁷ NTN działał już po ustaniu działań zbrojnych, ale przed formalnym zakończeniem stanu wojny między Polską a Niemcami, co zostało uczynione poprzez jednostronne oświadczenie Polski wyrażone w pkt 1) uchwały Rady Państwa z dnia 18 lutego 1955 r. w sprawie zakończenia stanu wojny między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Niemcami (M.P. nr 17, poz. 172). Nie można przy tym odwoływać się do dzisiejszej Konstytucji RP dla ustalania, czy jej przepisy powodują z mocą wsteczną, że kilkadziesiąt lat przed jej wejściem w życie przestała istnieć jakaś instytucja państwowa. Byłoby to prezentyzmem.

5. ZAKOŃCZENIE

Powstanie Warszawskie, w tym Rzeź Woli, nie stały się przedmiotem obrad Trybunału Norymberskiego. Gdy ustalano wstępną treść aktu oskarżenia, który miał być mu przedstawiony, Polska nie miała swojej reprezentacji w Komisji Narodów Zjednoczonych do Spraw Zbrodni Wojennych. Rząd emigracyjny utracił uznanie międzynarodowe, a nowi delegaci nie byli jeszcze wyznaczeni. Przed samym Trybunałem Norymberskim prawo do posiadania swoich prokuratorów miały wyłącznie cztery mocarstwa okupacyjne (Francja, USA, Wielka Brytania i ZSRR). ZSRR nie był przy tym zainteresowany podnoszeniem zbrodni popełnionych przez Niemców podczas Powstania Warszawskiego, by nie musieć zmagać się z pytaniami o swoją postawę w jego trakcie – zatrzymanie ofensywy, odmowa udostępnienia swoich lotnisk dla samolotów alianckich dokonujących zrzutów, bierne oczekiwanie na klęskę Powstania. Jednym ze świadków oskarżenia przed Trybunałem Norymberskim był E. von dem Bach-Zelewski, który obciążał swoich niedawnych przełożonych i współtowarzyszy, a oni odwzajemniali się mu sugestiami, że ma więcej od nich krwi na rękach. Prokuratorzy nie drążyli tego wątku, by nie podważać wiarygodności swojego świadka. Alianci zachodni odwzięczyli się mu za te zeznania, odmawiając jego wydania do Polski w celu osądzenia⁵⁸.

Generał Telford Taylor, który był głównym oskarżycielem w procesach przed amerykańskimi trybunałami okupacyjnymi, rozważał zorganizowanie odrębnego procesu w sprawie zniszczenia Warszawy. Uznał jednak, że najlepiej zajmie się tym polski wymiar sprawiedliwości⁵⁹.

Tak też, jak wcześniej wskazano, uważano w Polsce. Jednak już od 1947 r. alianci zachodni zaczęli ograniczać liczbę osób wydawanych do państw tzw. bloku wschodniego. Jak wskazywali T. Cyprian i J. Sawicki, początkowo planowano przeprowadzenie takich procesów właśnie przed NTN, także *in absentia*⁶⁰. Mogło to dotyczyć m.in. E. von dem Bacha-Zelewskiego i H. Reinefartha. Tak się jednak nie stało.

⁵⁸ P. Grzebyk, *Nieświadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich*, (w:) E. Habowski (red.), *Wola...*, s. 113–116; R. E. Conot, *Justice at Nuremberg. The First Comprehensive dramatic account of the trial of the Nazi leaders*, New York 1983, s. 274–275 i 282; L. Dzikiewicz, *Udział Rosji w hekatombie Warszawy 1944*, Komorów 2013, s. 284; J. J. Heydecker, J. Leeb, *Proces w Norymberdze*, Warszawa 2006, s. 359; A. Półtorak, *Norymberski epilog*, Warszawa 1968, s. 154–155.

⁵⁹ P. Grzebyk, *Nieświadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich*, (w:) E. Habowski (red.), *Wola...*, s. 118; K. J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford 2011, s. 64.

⁶⁰ L. Gardocki, T. Gardocka, Ł. Majewski, *Prawo...*, s. 6; T. Cyprian, J. Sawicki, *Przed trybunałem świata*, Warszawa 1962, s. XVI.

Jakie były tego powody? Pewnie podobne, jak w przypadku Trybunału Norymberskiego. Można zgodzić się z P. Grzebyk, iż: „Przyczyny takiej decyzji nie są jasne. Można jednak dopatrywać się tych samych pobudek, dla których radziecki prokurator nie eksponował [przed Trybunałem Norymberskim] zbrodni popełnionych w czasie Powstania Warszawskiego. Po pierwsze, proces poświęcony wyłącznie powstaniu musiał oznaczać konieczność wyjaśnienia, dlaczego w sierpniu 1944 roku Sowieci patrzyli na zagładę Warszawy z prawego brzegu Wisły i pozostali bierni. Po drugie, część żołnierzy Armii Krajowej nie złożyła broni wraz z podpisaniem kapitulacji przez nazistowskie Niemcy, lecz prowadziła działania zbrojne przeciwko nowym komunistycznym władzom. Dla tych władz AK stała się grupą bandytów, a tym samym wywołane przez nią powstanie nie miało prawa zostać symbolem męczeństwa narodu polskiego. Samo powstanie było przedstawiane w negatywnym świetle jako błąd polityczny. Ponadto nowe władze wołały skupić się na zwalczaniu podziemia, a nie na ściganiu nazistów. Zwłaszcza że ci naziści okazywali się przydatni dla komunistów właśnie ze względu na znajomość polskiego podziemia”⁶¹.

Nie można też wykluczyć, że pewien wpływ na podjęcie negatywnej decyzji co do uczynienia zbrodni popełnionych przez armię i policję niemiecką w czasie Powstania Warszawskiego przedmiotem orzekania NTN miał fakt, iż w ich składzie działały też oddziały składające się z obywateli ZSRR. Ze względu na ich niezwykle brutalność oraz niestosowanie się przez nie do przepisów IV Konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 r.⁶² tego wątku nie dawało się pominąć nie tylko w kontekście odpowiedzialności bezpośrednich sprawców, ale także niemieckiego dowództwa. Znalazł się on m.in. w opinii pisemnej, którą w grudniu 1948 r. przedstawił Głównej Komisji Badania Zbrodni Niemieckich w Polsce gen. bryg. Jerzy Kirchmayer. Biegły wskazał wówczas, iż: „Oddziały ochotnicze obcych narodowości, w tym wypadku oddziały tzw. armii gen. [Andrieja] Własowa, działające po stronie niemieckiej w czasie Powstania Warszawskiego: (1) miały na czele osobę odpowiedzialną za swych podwładnych – dowódców tych oddziałów, a w drugim rzędzie niemieckiego dowódcę, któremu zostały podporządkowane, (2) nosiły umundurowanie wojskowe, (3) nosiły jawnie broń (...) i z tych powodów prawa i zwyczaje wojenne, określone Anekssem do Konwencji Haskiej, mogłyby stosować się do nich, o ile oddziały te wypełniały w ciągu działań przeciwko Powstaniu Warszawskiemu również pkt. 4 [art. 1 wyżej wymienionego Aneksu, t.zn. przestrzegały w swych działaniach praw i zwyczajów wojennych. Pod tym względem dowództwo niemieckie nie mogło mieć żadnych wątpliwości. Oddziały armii Własowa w czasie działań w głębi Związku Radzieckiego, a zwłaszcza w czasie niemieckich działań

⁶¹ P. Grzebyk, *Nieświadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich*, (w:) E. Habowski (red.), *Wola...*, s. 118–119.

⁶² IV Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej, podpisana wraz z odnośnym regulaminem w Hadze dnia 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1927 r., nr 21, poz. 160 i 161).

odwrotowych, wyróżniły się szczególnym okrucieństwem i to nawet w stosunku do swoich rodaków. Dlatego dowództwo niemieckie nie mogło mieć żadnych wątpliwości, a musiało mieć przeciwnie pewność, że oddziały te pogwałcą prawa i zwyczaje wojenne, ustalone Konwencją Haską, gdy zostaną wprowadzone do działań wojennych przeciwko obcej i w olbrzymiej większości bezbronnej ludności Warszawy⁶³.

W niemieckiej akcji tłumienia Powstania Warszawskiego wzięła udział m.in. Brygada Szturmowa SS „RONA” (Rosyjskiej Wyzwoleńczej Armii Ludowej) pod dowództwem *SS-Brigadeführera* Bronisława W. Kamińskiego („kata Ochoty”), której żołnierze dopuszczali się mordów ludności cywilnej, rabunków i gwałtów na terenie tej warszawskiej dzielnicy. Dowódcą Pułku Szturmowego tej brygady był *SS-Sturmbannführer* Iwan D. Frołow.

Gen. J. Kirchmayer oddziały RONA objął ogólną nazwą „Własowcy/oddziały Własowa”, mimo że nie wchodziła ona w skład Rosyjskiej Armii Wyzwoleńczej (ROA), kierowanej przez A. Własowa. W tym znaczeniu terminu „Własowcy/oddziały Własowa” biegły użył do określania całokształtu kolaboracyjnych formacji rosyjskich działających u boku Hitlera. Biegły wskazał też, iż oddziały te w czasie Powstania „dopuściły się licznych zbrodni, okrucieństw, rabunków”⁶⁴.

Niezależnie od niuansów organizacyjnych, władzom Polski Ludowej z pewnością nie zależało na nagłaśnianiu udziału kolaborantów z ZSRR, którzy działali po stronie niemieckiej, w zbrodniach popełnionych w czasie tłumienia Powstania Warszawskiego. Także i to mogło być powodem, dla którego zbrodnie wówczas popełnione nie stały się przedmiotem procesu przed NTN, który z założenia służył utrwalaniu i bieżącemu upowszechnianiu wiedzy o polskich ofiarach i ich niemieckich katach. Z pewnością nie byłby to temat, na którego eksponowaniu zależałoby kremlowskim mocodawcom władz Polski Ludowej. *Notabene* kolaboranci ci, o ile zostali ujęci przez władze ZSRR lub im wydani, byli sądzeni za zdradę i z reguły wykonywano na nich karę śmierci.

Jak dodaje – odnosząc się bezpośrednio do mordów dokonanych na Woli w czasie Powstania Warszawskiego – P. Grzebyk: „Rzeź Woli nie była przedmiotem postępowania przed (...) [Trybunałem Norymberskim] czy sądami okupacyjnymi lub krajowymi [np. NTN] ze względów prawnych (brak przedstawienia odpowiednich dowodów, w momencie gdy akt oskarżenia był przygotowywany, brak ekstradycji), lecz także ze względów politycznych (niechęć do sądenia wojskowych [przez zachodnich aliantów], brak współpracy między mocarstwami, dezawuowanie samego Powstania Warszawskiego). Tym samym jedna z największych zbrodni II wojny światowej nie została do tej pory osądzona”⁶⁵.

⁶³ J. Kirchmayer, *Zbrodnie hitlerowskie dokonane podczas Powstania Warszawskiego*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy...*, s. 162–163.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 173.

⁶⁵ P. Grzebyk, *Nieświadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich*, (w:) E. Habowski (red.), *Wola...*, s. 121.

W ten sposób – mimo wcześniejszych zamiarów – NTN nie stał się forum, na którym dokonano by osądzenia sprawców zbrodni międzynarodowych, popełnionych podczas Powstania Warszawskiego, w tym także Rzezi Woli. NTN miał być sądem, który nie tylko wymierzałby sprawiedliwość sprawcom potwornych czynów, których dopuścili się Niemcy wobec Polski i Polaków w trakcie II wojny światowej. Miał także za zadanie nagłośnić ich popełnienie, tak by stały się znane w kraju i za granicą, by powszechnie poznano je jako jeden z elementów kaźni Narodu Polskiego.

Jak widać, nie zdecydowano się na to w odniesieniu do zbrodni dokonanych w czasie Powstania Warszawskiego, w tym także Rzezi Woli, która była prawdopodobnie największą jednorazową masakrą ludności cywilnej dokonaną w Europie podczas II wojny światowej, a jednocześnie największym w historii pojedynczym aktem eksterminacji członków Narodu Polskiego. Stało się tak, mimo że trzeci proces przed NTN dotyczył właśnie odpowiedzialności przedstawicieli niemieckich władz okupacyjnych za zbrodnie dokonane w Warszawie. W jego trakcie starannie pominięto jednak okres Powstania Warszawskiego.

REFERENCES

Akty prawne

- IV Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej, podpisana wraz z odnośnym regulaminem w Hadze dnia 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1927 r., nr 21, poz. 160 i 161)
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 6 lutego 1928 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 12, poz. 93, z późn. zm.)
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 33, poz. 313, z późn. zm.)
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 60, poz. 571, z późn. zm.)
- Deklaracja moskiewska USA, ZSRR i Wielkiej Brytanii z dnia 30 października 1943 r., (w:) *War Crimes and the Punishment of War Criminals*, UNIO, 1945, No. 1, *Appendix C*
- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego (Dz.U. nr 4, poz. 16, z późn. zm.)
- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 23 września 1944 r. – Kodeks Karny Wojska Polskiego (Dz.U. nr 6, poz. 27, z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 6 maja 1945 r. o wyłączeniu ze społeczeństwa polskiego wrogich elementów (Dz.U. nr 17, poz. 96, z późn. zm.)
- Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, podpisane w Londynie dnia 8 sierpnia 1945 r. (Dz.U. z 1947 r., nr 63, poz. 367)

- Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o Najwyższym Trybunale Narodowym (Dz.U. nr 5, poz. 45, z późn. zm.)
- Dekret z dnia 22 stycznia 1946 r. o odpowiedzialności za klęskę wrześniową i faszycję życia państwowego (Dz.U. nr 5, poz. 46)
- Dekret z dnia 17 października 1946 r. o zmianie dekretu z dnia 22 stycznia 1946 r. o Najwyższym Trybunale Narodowym (Dz.U. nr 59, poz. 325)
- Dekret z dnia 11 kwietnia 1947 r. o zmianie dekretu o Najwyższym Trybunale Narodowym (Dz.U. nr 32, poz. 143)
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 38, poz. 346)
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 38, poz. 347)

Literatura

- Bartelski L. M., *Powstanie warszawskie*, Warszawa 1967
- Bartoszewski W., *Dni walczącej Stolicy. Kronika Powstania Warszawskiego*, Warszawa 2004
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford 2003
- Conot R. E., *Justice at Nuremberg. The First Comprehensive dramatic account of the trial of the Nazi leaders*, New York 1983
- Cryer R., Friman H., Robinson D., Wilmschurst E., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge 2007
- Cyprian T., Sawicki J., *Przed trybunałem świata*, Warszawa 1962
- Cyprian T., Sawicki J., *Procesy wielkich zbrodniarzy wojennych w Polsce*, Warszawa 1949
- Cyprian T., Sawicki J., *Siedem procesów przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Poznań 1962
- Cyprian T., Sawicki J., *Siedem wyroków Najwyższego Trybunału Narodowego*, Poznań 1962
- Dzikiewicz L., *Udział Rosji w hekatombie Warszawy 1944*, Komorów 2013
- Ehrlich L., *Procesy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy i orzeczenia przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, t. I, Warszawa 1979
- Gardocki L., Gardocka T., Majewski Ł., *Prawo karne międzynarodowe. Zarys systemu*, Warszawa 2017
- Grzebyk P., *The Role of the Polish Supreme National Tribunal in the Development of Principles of International Criminal Law*, (w:) M. Bergsmo, Cheah Wui Ling, Yi Ping (red.), *Historical Origins of International Criminal Law*, t. 2, Brussels 2014
- Grzebyk P., *Nieświadome czy celowe pominięcie rzezi Woli w procesach norymberskich i ponorymberskich*, (w:) E. Habowski (red.), *Wola: nierozliczona zbrodnia a pojęcie ludobójstwa*, Warszawa 2019
- Gumkowski J., Kułakowski T., *Zbrodniarze hitlerowscy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Warszawa 1967
- Gursztyn P., *Rzeź Woli. Zbrodnia nierozliczona*, Warszawa 2014
- Heller K. J., *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford 2011

- Heydecker J. J., Leeb J., *Proces w Norymberdze*, Warszawa 2006
- Karska E., *Odpowiedzialność państwa za naruszenie prawa humanitarnego na tle Projektu artykułów o odpowiedzialności państw za czyny międzynarodowo bezprawne*, „*Studia Prawnicze*” 2009, nr 1–2
- Kirchmayer J., *Zbrodnie hitlerowskie dokonane podczas Powstania Warszawskiego*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy i orzeczenia przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, t. I, Warszawa 1979
- Kittchaisaree K., *International Criminal Law*, Oxford 2001
- Królikowski M., Wiliński P., Izydorczyk J., *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008
- Kubicki L., *Zbrodnie wojenne w świetle prawa polskiego*, Warszawa 1963
- Leszczyński K., *Heinz Reinefarth*, Warszawa 1961
- Lewandowska S., *Ludność cywilna w powstaniu warszawskim*, (w:) S. Lewandowska, B. Martin (red.), *Powstanie Warszawskie 1944*, Warszawa 1999
- Lubecka J., *Konieczność wykonania rozkazu jako instrument obrony w procesach niemieckich zbrodniarzy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, (w:) A. Bartuś (red.), *Pola wolności*, Oświęcim–Poznań 2020
- Lubecka J., *Niemiecki zbrodniarz przed polskim sądem. Krakowskie procesy przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, Kraków 2021
- Madajczyk C., *Polityka III Rzeszy w okupowanej Polsce*, t. I, Warszawa 1970
- Marti Ph., *Sprawa Reinefartha. Kat powstania warszawskiego czy szacowny obywatel*, Warszawa 2016
- Maszewski W., *Esesman, kat Woli, był burmistrzem Westerland. Jego mieszkańcy oddali hold Powstańcom*, „*niezależna.pl*”, 2.08.2014 r., <https://niezalezna.pl/57953-esesman-kat-woli-byl-burmistrzem-westerland-jego-mieszkancy-oddali-hold-powstancom> (dostęp: 7.08.2022 r.)
- McKale D. M., *Nazis after Hitler: How Perpetrators of the Holocaust Cheated Justice and Truth*, Lanham 2012
- Pilichowski C., *Słowo wstępne*, (w:) C. Pilichowski (opr.), *Ekspertyzy i orzeczenia przed Najwyższym Trybunałem Narodowym*, t. I, Warszawa 1979
- Podgóreczny M., *Gauleiter i oskarżony*, Gdańsk 1977
- Półtorak A., *Norymberski epilog*, Warszawa 1968
- Rzepliński A., *Prosecution of Nazi Crimes in Poland in 1939–2004*, The First International Expert Meeting on War Crimes, Genocide, and Crimes against Humanity, organized by International Criminal Police Organization – Interpol General Secretariat (IPSG), was hold in Lyon, France from 23 to 25 March 2004, <https://web.archive.org/web/20131029185238/http://gotoslawek.org/linki/FirstInternationalExpertMeetingOnWarCrimes.pdf> (dostęp: 7.08.2022 r.)
- Schenk D., *Albert Forster gdański namiestnik Hitlera: Zbrodnie hitlerowskie w Gdańsku i w Prusach Zachodnich. Przełożyli i przypisami opatrzyli Wanda Tycner i Janusz Tycner. Przedmowa do wydania polskiego Witold Kulesza*, Gdańsk 2002
- Sławińska A. D., *Przeżyłam to. Wola 1944*, Warszawa 2015
- Socha E., *International Responsibility of Individuals for Breaches of Humanitarian Law*, „*Polish Yearbook of International Law*” 2002–2003, t. 26
- Socha E., *Wpływ Procesu Norymberskiego na prawo międzynarodowe w zakresie ścigania i karania zbrodni ludobójstwa*, „*Wojskowy Przegląd Prawniczy*” 2007, nr 2

Socha E., *Zakres włączenia katalogu zbrodni objętych jurysdykcją Międzynarodowego Trybunału Karnego do polskiego prawa karnego materialnego*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 5

Wieliński B. T., *Niemcy pośmiertnie rozliczają kata Woli*, „gazeta.pl”, 23.06.2014 r., https://wyborcza.pl/1,75399,16197406,Niemcy_posmiertnie_rozliczaja_kata_Woli.html (dostęp: 7.08.2022 r.)

Więzenie w Strzelcach Opolskich. Tu gnili zbrodniarze, „Nowa Trybuna Opolska”, 29.07.2013 r., <https://nto.pl/wiezenie-w-strzelcach-opolskich-tu-gnili-zbrodniarze/ar/4571631> (dostęp: 7.08.2022 r.)

Maria Magdalena Kenig-Witkowska

University of Warsaw, Poland

e-mail: m.kenig_witkowska@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-0176-2130

THE EU BIODIVERSITY STRATEGY FOR 2030: BUILDING NATURE RESILIENCE IN THE WAKE OF THE POST PANDEMIC COVID-19 SOCIO- ECONOMIC RECOVERY

Abstract

Scientists strongly emphasize that the nature protection will be crucial in the wake of the post pandemic COVID-19 socio-economic recovery as the jump-start of the economy of so-called “new normality” should not result in further environmental degradation¹.

The paper discusses the European Union Biodiversity Strategy for 2030 (hereinafter referred to as BS) whose adoption has been announced in the European Green Deal document (hereinafter referred to as EGD) as, *inter alia*, the basis for building biodiversity resilience. As a comprehensive strategy aiming to foster the transition of the European Union into a green and digital economy, the EGD has included among its main objectives preservation of ecosystems and biodiversity.

¹ Read more: Intergovernmental Science-Policy Platform for Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES) (2020), Workshop Report on Biodiversity and Pandemics of the Intergovernmental Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, https://ipbes.net/sites/default/files/2020-12/IPBES%20Workshop%20on%20Biodiversity%20and%20Pandemics%20Report_0.pdf (accessed 29.08.2022); Intergovernmental Platform for Biodiversity and Ecosystem Services (2019), Summary for Policymakers of the IPBES Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services, https://ipbes.net/sites/default/files/inline/files/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers.pdf (accessed 29.08.2022).

Special emphasis is put on the BS which has been adopted in the middle of the pandemic COVID-19 and which aims, *inter alia*, to enhance environment resilience. The EU ambition is to ensure that the world ecosystems are restored, resilient, and adequately protected by 2050. From this perspective, the EU biodiversity strategy is focused on strengthening nature protection. One of its purposes is to create political and legal tools for building environment resilience, particularly desirable in time of the “new” socio-environmental normality, following the pandemic crisis.

The paper comprises three parts: The introductory issues are followed by the legalsystemic approach to EGD, BS, and the 8th General Union Environment Action Programme until 2030 (hereinafter referred to as the 8th EAP). The third part addresses biodiversity building resilience from the EGD, BS and the 8th EAP. At the end some complementary remarks *de lege lata* and *de lege ferenda* are offered.

KEYWORDS

European Green Deal, Biodiversity Strategy for 2030, building environmental resilience, the 8th General Union Environment Action Programme for 2030, green oath, COVID-19 context, EU biodiversity protection legally binding law

SŁOWA KLUCZOWE

Europejski Zielony Ład, Strategia na rzecz Bioróżnorodności 2030, budowanie odporności środowiska, ósmy Ogólny Program Działania na rzecz środowiska, „zielone przyrzeczenie”, COVID-19, akty prawnie wiążące UE dotyczące bioróżnorodności

1. INTRODUCTORY ISSUES

For many years, environmentalists have warned that biodiversity losses and degradation of ecosystems will be the two most important threats to mankind in the next decade². For many years, too, in its strategies and action programmes the European Union has stressed that in addition to the climate crisis we are also threatened by the biodiversity crisis, that these two elements are interrelated and essentially determine the quality of the environment in which we live. It is almost every day that we learn of the rate at which the wild animal population shrinks, the wild forests and wetlands decline and the fauna and flora species, which play

² See e.g. materials of the World Economic Forum 2020, The Global Risks Report 2020.

a key role in mitigating climate change rate, disappear³. The consequence of these developments is a dramatically quick degradation of ecosystems.

The European Union biodiversity protection policy attempts to solve the problems related to environmental degradation by undertaking restoration of ecosystems and biodiversity. At the EU level, nature and biodiversity are protected by several laws of different legal character. Having in mind the general division of legal norms into two categories – those of soft and hard law or legally binding and non-binding law – one may start with the EU primary law, i.e. the principles of the EU treaties as a basis for legislation in the field of nature protection. The next level of legally binding norms in the general hierarchy of the EU laws are international treaties. They rank between primary and secondary law. In accordance with the provisions of Arts. 191 and 193 TFUE, the EU adhered to a number of international conventions that had adopted as their general objective the protection of nature or its parts⁴, among them, to the 1992 Convention on Biological Diversity⁵. An international convention to which the EU adheres becomes part of the EU binding law (Art. 216 (2) TFUE), at least where the area covered by the convention belongs to the EU competencies. It is worth mentioning that for the majority of these conventions, the EU did not adopt any implementing measures of secondary law.

As far as the EU secondary hard law is concerned⁶, the EU has been committed to the protection of nature since adoption of the so-called Birds Directive on the conservation of wild birds in 1979 (Dir. 2009/147/EC – a codified version of Dir. 79/409/EC). On 28 March 1983, the EU adopted the Seal Pups Directive concerning the importation into Member States skins of certain seal pups and products derived therefrom (Dir. 83/129/EEC). In 1992, the EU adopted the so-called Habitats Directive (92/43/EEC) on the conservation of natural habitats and wild fauna and flora (consolidated version of 2007). Another legally binding instrument on nature conservation is the Regulation of 4 November 1991 which prohibits both the use of leghold traps in the community, and introducing into the community pelts and other products manufactured from certain wild animal species originating from the countries where they are caught by means of leghold traps or trapping methods which do not meet international humane trapping standards (Reg. (EEC) 3254/91). In March 1999, the Directive on keeping wild animals in zoos (Dir. 1999/22/EC) has been adopted. In 2009, the EU adopted

³ The threats related to this also pose a risk to food systems at a global scale. In this context, it is important to note the fact that half of the gross global product depends on nature. See the Commission information, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green/actions-being-taken-eu/eu-biodiversity-strategy-2030_pl (accessed 25.11.2020).

⁴ See M.M. Kenig-Witkowska, *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe* [European Union environmental law: Systemic issues], Warszawa 2011, Chapter IV.

⁵ Dec. 93/626 [1993] OJ L 309/1.

⁶ European Commission, Nature and biodiversity law, https://ec.europa.eu/nature/legislation/index_en (accessed 30.07.2022).

the Regulation on trade in seal products (Reg. (EC) 1007/2009, and in 2014 the Regulation on the prevention and management of the introduction and spread of invasive alien species (EU Reg. 1143/2014).

The European Union adopted a number of soft law documents on biodiversity protection, mainly the Communications on the EU strategies for biological diversity. Their main objectives include protection, conservation, and enhancement of the EU's natural capital, as well as protection of citizen's health and well-being against risks and impacts related to the worsening state of the environment⁷. In the form of a Communication the EU has adopted the European Green Deal and the Biodiversity Strategy for 2030⁸. From the post-COVID-19 pandemic perspective, the EGD and the BS, which is an integral part of the broadly conceived EU sustainable development strategy, provide for systemic mechanisms designed to address the problems related to environmental degradation, having in mind the need to transform the EU into a modern society, fully respecting the requirements of environmental protection, including the protection of biodiversity.

When taking up the issue of environmental resilience, first of all it should be noted that the issue is multidimensional. The term, which is also used in the broad context of building resilience, applies both to the environment in its general meaning, i.e. something that surrounds us, and to its particular components, including the social environment⁹. It is generally believed that environmental resilience should be understood in terms of the time needed for a system to restore its state of equilibrium or the state before the equilibrium was disturbed¹⁰. When conceived more broadly, this is an approach to the issue of durability of systems from the perspective of their ability to cope with changes and disturbances. The resilience of an ecosystem characterises its stability, defined as the durability of a system under the conditions of an unchanged environment and its capacity to restore its original state after the disturbing external factors cease their impact. Thus, building resilience of an ecosystem is based on measures intended to sustain the health and function of habitats, organisms, and processes unfolding in an ecosystem. The elements which characterise ecosystems are very important from the point of view of legal regulations since they relate to the standards to which the strategies and methods for counteracting adverse changes in the environment refer. From this perspective, one can say that the resilience paradigm raises sig-

⁷ L. Krämer, *EU environmental law*, 8th ed., London 2016, Section 5.

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European Green Deal, COM (2019) 640 final, <https://eur-lex.europa.eu> (accessed 31.08.2022).

⁹ See e.g., J. Ebbeson, *The rule of law in governance of complex socio-ecological changes*, "Global Environmental Change" 2010, Vol. 20, issue 3.

¹⁰ See e.g., *Rola odporności środowiska w planowaniu przestrzennym* [The role of the environmental resilience in spatial planning], "Problemy Ekologii Krajobrazu. Wybrane zagadnienia z problematyki gospodarowania przestrzenią", Vol. XXXVII, p. 8.

nificant challenges to environmental law, especially in time of the COVID-19 pandemic crisis and so-called “new normality”¹¹.

¹¹ The concept of environmental resilience, as one of the elements of the ecosystem approach to environmental protection, can be found in legal acts of soft law, such as the 1972 Stockholm Declaration and the 1992 Rio Declaration, in many multilateral international agreements on biodiversity, and in the case law of international courts. As the concept of environmental resilience became saturated with a normative content, the principle of resilience reached a status which made it eligible for codification, as provided for, *inter alia*, by the Draft Global Pact for the Environment, which codifies the general principles of environmental law, *inter alia*, on the basis of state practice. From the perspective of an evaluation of the legal construction of the principle of resilience as the general principle of environmental law, it can be said that it is based on the common belief of the international community that there is an obligation to sustain the ecological processes and life processes on the Earth. This principle is deeply rooted in the idea of the obligation to preserve the natural resources of the Earth for the benefit of the future and present generations, along with the idea that the natural resources of the Earth must be safeguarded for the benefit of the future and present generations, and in the idea that the capacity of the Earth to produce vital renewable resources must be maintained, restored or improved (the Stockholm Declaration, Principles 2 and 3, and the provisions of the 1982 World Charter for Nature). In accordance with its standards, environmental policy and law must aim not only to remedy damage done to the environment but also to strengthen the capacity of ecosystems to restore their properties and their natural equilibrium. Resilience is a component of each ecosystem approach to biodiversity protection which should be expressed in newly adopted or amended provisions of international agreements on biodiversity. Such an approach is present, *inter alia*, in the environmental impact assessment procedures (the 1991 Espoo Convention) and in the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention). In light of this, the above-mentioned demands for new or possibly amended international agreements require the use of up-to-date data on the state of the environment and, therefore, require the application of an approach consistent with the principle of resilience. For further reading: R.L. Fishman, *Letting go of stability: Resilience and environmental law*, “Indiana Law Journal” 2019, Vol. 94, issue 2, Art. 8, pp. 690–728; W. Wagner, R. Anhold, *Resilience as the global strategy’s new leitmotif: Pragmatic, problematic or promising?*, “Contemporary Security Policy” 2016, Vol. 37, No 3, pp. 414–430; A. Garmestani *et al.*, *Untapped capacity for resilience in environmental law*, “Proceedings of the National Academy of Sciences” 2019, Vol. 116, issue 40, www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1906247116 (accessed 30.07.2022); C.S. Hollings, *Resilience and stability of ecological systems*, “Annual Review of Ecological Systems” 1973, Vol. 4, pp. 1–23; B. Walker, D. Salt, *Resilience thinking: Sustaining ecosystems and people in a changing world*, Washington 2006; J.B. Ruhl, *General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems – with applications to climate change adaptation*, “North Carolina Law Review” 2011, Vol. 89, issue 5, pp. 1373–1403; A.S. Garmestani, C.R. Allen, M. H. Benson, *Can law foster social-economical resilience?*, “Ecology and Society” 2013, Vol. 18, issue 2, <https://www.ecologyandsociety.org/vol18/iss2/art37> (accessed 30.07.2022); J. Ebersson, E. Hey, *Introduction: Where in law is social-ecological resilience?*, “Ecology and Society” 2013, Vol. 18, issue 3; A. Richling, J. Solon, *Ekologia krajobrazu [The Ecology of the Landscape]*, Warszawa 2011; Building Resilience: WWF recommendations for a just & sustainable recovery after COVID-19. Using the Green Deal to drive Europe’s recovery and transition to a fair, resource-efficient and resilient society, WWF European Policy Office 1 April 2020; M. Simoncini, A. Lazari, *Principles and policies of resilience in European critical infrastructures: Cases from the sectors of gas and air transport*, “Legal Issues of Economic Integration” 2016, Vol. 43, issue 1, pp. 41–63.

The legal standards consistent with the principle of resilience refer to the natural regeneration capacity of ecosystems. As a principle of environmental law, it provides for a precautionary approach which imposes the obligation to consider the possible occurrence of factors disturbing the natural state of ecosystems. The formula adopted in the principle of resilience results from consideration of both the practice and the views of the doctrine of environmental law on this matter (e.g. the draft of the Global Pact for the Environment). It follows from the formula that States should take any appropriate and necessary measures to maintain and restore the diversity of ecosystems and the capacity of ecosystems and human communities to mitigate disturbances and degradation of the environment. In the current state of international practice, it is quite difficult to formulate the legal character of this principle. It follows from a review of the literature that this principle has had to date the character of a policy guideline with quite a limited level of normativity. For this reason, its standards should be formulated in the context of the application of other principles of environmental protection. It seems that the practical application of the principle of resilience requires an active approach to its implementation, which involves, *inter alia*, the determination of the level of dynamism in the process of building and strengthening the resilience of ecosystems rather than relying only on their natural restoration capacity. It follows, *inter alia*, from experience gained in actions accompanying attempts to combat climate change, demonstrating that in any circumstances a given environmental context of the restoration of ecosystems is of essential importance.

2. EUROPEAN GREEN DEAL, BIODIVERSITY STRATEGY FOR 2030, AND THE 8TH GENERAL UNION ENVIRONMENT ACTION PROGRAMME FROM THE LEGAL-SYSTEMIC PERSPECTIVE

The three above mentioned legal instruments define rather complicated legal character of the Strategy. In December 2019, the European Commission presented its Communication on the EGD for the European Union and its citizens. It obliges the EU to successfully tackle the challenges related to climate change and the natural environment. In operating terms for the EGD, it is most important to strengthen in the EU's actions the conjunction between broadly conceived environmental protection and the process of the economic transition in the EU, with emphasis put on the economic growth based on sustainable development of the EU, so as to achieve zero greenhouse gas emissions in 2050. In many places, the EGD Communication from the Commission refers to the restoration of ecosystems and biodiversity; still, Section 2.1.7 of that document is of essential importance as it is devoted as a whole to these issues. *Inter alia*, it refers to the BS prepared for this purpose by the European Union and published in the form of a Communication

from the Commission in May 2020¹². In this context, it is important to refer, too, to the 8th General Union Environment Action Programme until 2030 (hereinafter 8th EAP), the adoption of which was announced in the EGD. It confirmed the environmental and climate-related objectives of the EGD and adopted as one of its priority objectives protecting, preserving and restoring marine and terrestrial biodiversity and the biodiversity of inland waters inside and outside protected areas, by, *inter alia*, halting and reversing biodiversity loss and improve the state of ecosystems and their functions as well as the services they provide, and by improving the state of air, water and soil (Art. 2 of the Decision of the 8th EAP)¹³.

One of the basic questions which arise at this point of the considerations concerns the legal character of the above mentioned instruments of the European Union law. Both the EGD and the BS have been published in the form of Communications from the Commission. The Communications which the Commission addresses to the other EU Institutions usually explain the positions of the Commission on specific issues or problems. Also, they often present options for the solution to a certain problem and the arguments for the proposed solutions; at times, they precede legislative proposals of the Commission. It should be borne in mind, however, that while the Communications present the positions and views of the Commission on a given issue, they have not the force of legally binding acts and that, in legal terms, they have the value of *de lege ferenda* policy guidelines. It should also be noted that the Communications are not listed as EU law instruments in the provisions of Chapter 2, Title I, Part 6 of TFEU which concern the legal acts of the EU and the procedures for their adoption.

The situation is different in the case of the determination of the legal character of the general EU actions programmes, provided for in Art. 192(3) TFEU, which are characterised in terms of the evaluation of their binding force by a special legal construction. The general actions programmes setting out priority objectives to be attained are adopted by the European Parliament and the Council in accordance with the ordinary legislative procedure and after consultations with the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions in the form of a decision adopting the action programme¹⁴. Since the ordinary legislative procedure is applied to adopt the EAPs, in legal terms they are binding for the EU Institutions. But, as the second sentence of that provision stipulates, the measures necessary for the implementation of these programmes,

¹² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives, Brussels, 20.5.2020, COM (2020) 380 final.

¹³ Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and the Council of 6 April 2022, on a General Union Environment Action Programme to 2030, OJ. EU L114/22. Art. 1(2) of the Decision endorses the environmental and climate objectives of the European Green Deal and its initiatives.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 1; see also the Decision of the European Parliament and the Council, on a General Union Environment Action Programme to 2020, OJ. EU. L. 2013. 354.171, Art. 1.

i.e. implementing the priority objectives set out in the EAPs, are adopted under the terms of paras 1 or 2 of Art. 192 TFEU and usually have the form of Directives or Regulations. As a legally binding instrument for the EU Institutions, an EAP provides the basis for the adoption of more legislative and non-legislative acts on a given matter.

As all the legal measures which are not listed in the catalogue of EU legal instruments in Art. 288 TFEU, the EAPs essentially represent the policy stage in the process of adopting legally binding decisions, which are then specified in legal norms. The EAPs are legally binding for the EU Institutions, but they may not give rise to direct legal obligations for Member States or for individuals, unless under paras 1 and 2 of Art. 192 TFEU the measures necessary for the implementation of the objectives of a given programme are adopted¹⁵. The EU Institutions have legally binding obligations arising from the content of the programme, as regards both the obligation to take implementing measures and their contents in relation to the objectives set out in the programme. The operating practice of successive environment action programmes indicates that the EU Institutions are aware of the legally binding character of these programmes and the associated need to take implementing measures. It should be noted that in the practice of the European Union no procedure has been implemented to date to control the legality of legislative acts on this matter, with reference to Arts. 263 or 265 TFEU, and that the objectives laid down in the EU environment action programmes have not been attained or these programmes have been implemented incorrectly¹⁶. It should also be noted that following the amendments made in the Treaty of Lisbon the legally binding character of the action programmes gained in importance at both EU and Member States' levels¹⁷.

Bearing in mind the fact that the EAPs have effectively operated for more than 40 years in the legal system of the European Union, it is justified to consider the legal character of the principles concerning the environment as laid down in those programmes. It follows from a review of the EAPs, including the 8th EAP,

¹⁵ See e.g. A. Epiney, *EU environmental law: Sources, instruments, enforcement*, "Maastricht Journal for European and Comparative Law" 2013, Vol. 20, issue 3, pp. 403–422. As legal acts, they appeared in the 1970s when the then Community began to introduce measures in the field of the environment and there was no treaty basis for such measures. In legal terms, the action programmes were a sort of Communications from the Commission which defined the objectives and tasks of the organisation for a specific period of time – four or five years. Those programmes continued to be adopted by way of a Resolution of the European Parliament and of the Council. In the TFEU, the action programmes are listed as legal acts in the field of the environment in Art. 192(3). This provision stipulates that general action programmes are adopted by the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. It should be borne in mind that in the case of general action programmes the Commission has the right of legislative initiative.

¹⁶ *Ibidem*, p. 404.

¹⁷ On this issue, see M. Kenig-Witkowska, *Prawo środowiska...*

that they mainly refer to general, horizontal EU treaty-based principles which apply to the legal regulations in the field of the environment, such as e.g. the principles of subsidiarity and proportionality (Art. 5 TEU) and the integration clause (Art. 11 TFEU), as well as, to the principles of EU policy on the environment as laid down in Art. 191 TFEU. In contrast, the EGD documents do not explicitly refer either to the general horizontal treaty-based principles applicable to the field of environment or to the principles of EU policy in that field, and the BS does not either. However, under the assumption that the principles laid down in Art. 191 TFEU are the principles of EU policy on the environment, it should be taken that by definition they have been considered in the process of preparing and adopting all the documents concerning the EGD, the BS, and the 8th EAP.

In relation to the above comments on the principles of EU policy and law in the field of the environment, it should be noted that the principle/idea/concept of “a green oath: do no harm” has been introduced into EU policy law in the field of the environment. The EGD (section 2.2.5) refers it to the policy of better regulation and tools to support sustainable development and innovation. The aim of “a green oath: do no harm” is to ensure that all the initiatives under the EGD achieve their objectives in the most effective and least burdensome way and all other EU initiatives are implemented in accordance with “a green oath: do no harm”. To this end, the explanatory memorandum accompanying all legislative proposals and delegated acts will include a specific section explaining how each initiative upholds this principle (in Section 2.2.5 of the Communication used the term “principle”; and so did the European Council in p.14 of the Presidency Conclusions)¹⁸. The Decision adopting the 8th EAP provides that all initiatives under Next Generation EU Recovery Plan should respect the EGD’s “do not significant harm” oath (recital 7 of the preamble). In its Part 1, entitled “Biodiversity – the need for urgent action”, the BS largely repeats the construction of the “do no harm” concept as laid down in the documents cited earlier. It follows from the provisions on this matter that the oath to do no harm primarily applies to the EU law-making stage and will accompany all the EU legislative initiatives, including all legislative proposals and delegated acts. Therefore, it might be said that in this way another principle of EU policy in the field of the environment has been introduced into the EU legal order, i.e. a green oath: do no significant harm.

In the determination of the standards for the so-called green oath, consideration should be given to both objectives and principles involved in the establishment and implementation of EU policy on the environment. In this context and in relation to the standards for a green oath, there is still the need to define the concept of “harm” which is very extensive semantically and undoubtedly refers to the well-known customary principle of environmental law, i.e. the prevention

¹⁸ <https://www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusion.pdf> (accessed 31.08.2022).

of environmental damage¹⁹, containing in itself the *designata* of the concepts of “prevent”, “conserve”, and “protect”. It seems that from this perspective the concept of “do no harm” will be defined *ad causum* in the EU law practice, especially in the future case law of the Court of Justice of the European Union since the concept of harm in EU policy and law is often viewed as a concept, where economic value is located on the lost and damaged object and qualified in a vague category of “significant”. For example, the provision of Art. 2 of the Directive 2004/35 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage defines environmental damage using the legal category of significant adverse effect, significant risk, which is difficult to measure²⁰. Those categories involve a very important question of the threshold of significant harm, especially in the case of possible irreversibility of the harm.

The oath “do not harm” contained in the EGD documents, will concern the future law-making process. At present, it would be hard to predict whether the inclusion of the concept of the green oath into the EGD documents as a principle of EU policy in the field of the environment will provide a supplementary item in the catalogue of measures enhancing the effectiveness of legal acts adopted in this field. It seems *prima facie* that its standards are quite clearly related to the principles of EU policy which already apply in the field of the environment. The inclusion of the green oath into the documents mentioned above, first of all, gives the impression of a technical measure, recalling the principle of preventing environmental damage as applied in international law. As regards its operating aspect, it seems that at the present stage of legal considerations on “the green oath” certain guidance on this matter is provided by the EU taxonomy system and the Technical guidance on the application of “do not significant harm”, to assist national authorities on the preparation of their plans under the Recovery and Resilience Facility Regulation²¹. Art. 17 of the 2020/852 Regulation defines the meanings of “significant harm” for the six environmental objectives of the Regulation. As for biodiversity and ecosystems, an activity is considered to do significant harm to their protection and restoration, if it is significantly detrimental to the good condition and resilience of ecosystems, or detrimental to conservation status of habitats and species, including those of the EU interest. Despite this explanation, still the

¹⁹ A. Kiss, D. Shelton, *Guide to international environmental law*, Leiden, Boston 2007, p. 90 *et seqq.*

²⁰ OJ. EU. L. 2004. 143/56.

²¹ Regulation 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the Establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation 2019/2088; Regulation on the recovery and resilience facility (2020/0104(COD)); Commission Notice, Technical guidance on the application of “do not significant harm” under the Recovery and resilience facility Regulation, Brussels, 12.2.2021, C(2021)1054 final. Cf. A. Sikora, *European Green Deal – legal and financial challenge of the climate change*, “ERA Forum” 202121:681-697, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1067/s12027-020-00637-3.pdf> (accessed 31.08.2022). See also Building resilience: WWF recommendations.

evaluation of the economic value of such aspects of environment as biological diversity or ecosystem is difficult to be put into legal standards. Therefore, it rests legally unclear and remains in the hands of lawmakers and judges.

3. BIODIVERSITY RESILIENCE BUILDING – THE PERSPECTIVE OF THE EGD, BS AND THE 8TH EAP

Biodiversity resilience building is of key importance for both the building and restoration of the resilience of the natural environment, which in effect always means some stage in the resilience building process, but with a varied intensity of tasks²². From the perspective of international law, the biodiversity-related issues became particularly important when the international community realised the importance and significance of facts demonstrating that human activities lead to a drastic reduction of biodiversity on which the functioning of life-supporting systems in the biosphere, including human life and well-being, depends²³.

The provisions of Section 2.1.7 of the EGD address the biodiversity issues from the perspective of preserving and restoring ecosystems, as well as preserving and restoring biodiversity, emphasising the importance of those issues for the implementation of the EGD objectives. The EGD Communication announced the adoption of two documents on those issues; specifically, the BS, which was introduced into the EU legal space on 5 May 2020, and a new 8th EAP, containing a new monitoring mechanism designed to ensure that Europe attains its environmental objectives²⁴. The EAP provides the basis for the launch of legally binding

²² The term “biodiversity” means the variability of living nature at all the levels of its organisation, i.e. the genetic material, populations, species and ecosystems, while “ecosystem” is defined as a complex ecological system which is repeatable in the same type of the environment creating the living conditions of organisms and which is inhabited by a set of interrelated species creating a biocenosis, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/biocenoza;3877787.html> (accessed 30.07.2022).

²³ The first international agreement to express the global dimension of the concern of the community about biodiversity was the Convention on Biological Diversity adopted at the so-called World Summit in Rio de Janeiro in 1992. The primary objectives of the Convention include the conservation of biological diversity, the sustainable use of its components and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic resources. For the purposes of the Convention, to which the European Union is also a Party, “biological diversity” has been defined as the variability among living organisms from all sources, including, *inter alia*, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part. This includes diversity within species, between species, and of ecosystems. In turn, the Convention has defined “ecosystem” as a dynamic complex of plant, animal, and micro-organism communities and their non-living environment interacting as a functional unit (Art. 2). The text of the Convention is available at: <https://www.cbd.int/convention> (accessed 30.07.2022).

²⁴ The 7th Programme ended on 31.12.2020.

measures to attain the EAP objectives, including as one of its priority objectives protecting, preserving, and restoring biodiversity (Art. 2 of the 8th EAP).

The document establishing the EGD underlined that all EU policies should contribute to preserving and restoring Europe's natural capital, *inter alia*, in the form of forest areas, land resources and water resources, furthermore, referring to the standards of the integration principle in Art. 11 TFEU. Moreover, it announced that the BS would indicate specific measures to meet its objectives, *inter alia*, quantified objectives, such as increasing the coverage of protected biodiversity-rich land and sea areas building on the Natura 2000 network, and a new Forest Strategy would be prepared, also taking into account the assumptions of the BS²⁵.

It clearly follows from a review of the contents and assumptions of the EGD that durable solutions to the problem of climate change consist in a correct approach to natural resources; therefore, they need to be rationally used in order to build ecosystem resilience so that those resources are also sufficient for the future generations. For this reason, the objectives of the EGD include, *inter alia*, halting the processes of degradation of the natural environment, restoring and, in certain cases, building ecosystem resilience, since preserving and restoring biodiversity and correctly functioning ecosystems are of key importance for the processes of building the resilience of socio-economic systems.

The BS, as promised in the assumptions of the EGD, involves measures which have a multidimensional character and are designed to combat the already identified core causes of biodiversity loss, such as unsustainable uses of land and water resources, overexploitation of natural resources, environmental pollution etc.²⁶. There is no doubt that the strategy, adopted during the COVID-19 pandemic, is a central component of the plan for restoring and building environmental resilience. Since it is legally enshrined in the EGD and the 8th EAP, there are grounds for the biodiversity issue to become an integral part of a general EU strategy for economic growth through its close linkage to the general EU treaty principles laid down in Art. 3 TEU, the specific principles laid down in Art. 191 TFEU and the integration principle in Art. 11 TFEU.

The Strategy provides, *inter alia*, for the establishment of binding targets for restoring degraded ecosystems and rivers, improving the condition of European forests, habitats and protected species, limiting pollution, supporting organic farming and fostering agricultural practices favourable for biodiversity. One of

²⁵ The Commission emphasises the importance of forest areas for climate change mitigation and points out the need to improve their quality and to increase their surface area as the preconditions for the EU achieving climate neutrality and a healthy natural environment. For more on Natura 2000, see M.M. Kenig-Witkowska, *NATURA 2000 – The European Union mechanism for nature conservation: Some legal issues*, "Journal of Comparative Urban Law and Policy" 2017, Vol. 2, issue 1.

²⁶ It should be emphasised that the Commission also undertakes to submit a proposal for an amendment to the Regulation on the Aarhus Convention to ensure improved access to justice of natural persons and nongovernmental organisations in environmental matters (Section 3.2).

the core objectives of the Strategy is to build and restore the resilience of ecosystems and to appropriately protect them. In light of this objective, in its Section 2, the Strategy directly provides for the protection and restoration of nature in the EU. Hence, the Strategy proposes the improvement and enlargement of the European network of protected areas and the preparation of the EU plan for restoring natural resources. At least 30% of land areas and 30% of sea areas in the EU should be protected.

In the context of these assumptions, special importance is attributed in the Strategy to areas with a very high biodiversity value for which it has proposed the establishment of binding targets. Under these targets, at least a third of the EU's protected areas, i.e. 10% of land areas and 10% of sea areas, should be subjected to strict protection. Emphasis should be placed on the strict protection of all remaining EU primary and old-growth forests. Therefore, the Strategy also proposes establishing a truly coherent and resilient Trans-European Nature Network and setting up ecological corridors to prevent genetic isolation and to maintain healthy ecosystems. Member States have until 2023 to designate new protected areas and ecological corridors (Section 2.1). The Strategy also provides for measures to restore land and sea ecosystems.

From the point of view of the efficiency and effectiveness of EU environmental law, the provisions of the Strategy concerning the development of the EU legal framework for nature restoration are particularly important. The starting point for those measures are the Commission's findings in Section 2.2.1 of Strategy that there are implementation and regulatory gaps in this area which hinder the effective protection of ecosystems. Their examples include no requirement for Member States to have biodiversity restoration plans and no requirement to comprehensively map, monitor or assess ecosystem services, health or restoration efforts. There are also gaps in the implementation of the already existing legislation. The Commission has announced that it will put forward a proposal for legally binding EU nature restoration targets to restore degraded ecosystems. The Commission will also request Member States to ensure no deterioration by 2030 in conservation trends and status of all the protected habitats and species listed in the so-called Birds Directive and Habitats Directive, referring to the non-regression principle applied in international law²⁷.

²⁷ Probably, this will be a very interesting contribution to the discussion on the legal character of the EU environmental objectives. The thesis of a legally binding character of the objectives and tasks of the European Union has been maintained by the case law of the European Court of Justice which has indicated that the regulations laying down the EU objectives and tasks have not only the character of general programming assumptions but are also legally binding. Still, certain restrictions arising from this position should not be ignored, since, in general, the regulations of the objectives do not include competence provisions. The general objectives under the Treaties are legally binding for all the institutions operating within the European Union. In contrast, they are not legally binding for the EU Member States, although certain elements of such an obligation can be inferred from the provisions of Art. 4(3) TFEU which stipulates that the Member States should

The Strategy also lays down the EU commitments related to nature restoration in the context of the announced stepping up of implementation and enforcement of EU environmental legislation (Section 3.2). As regards the core acts of secondary law on biodiversity, i.e. the so-called Birds Directive²⁸ and the so-called Habitats Directive²⁹, the enforcement of the legislation will focus on the completion of the EU project of the Natura 2000 network. In relation to this, the Commission will also ensure a review and revision of environmental legislation with an impact on biodiversity.

Particularly much attention is paid in the Strategy to restoring the good environmental status of marine ecosystems. For the implementation of those tasks, the Commission will propose a new action plan to conserve fisheries resources and protect marine ecosystems (Section 2.2.6). The Strategy also raises the issue of restoring freshwater ecosystems and the natural functions of rivers. To this end, at least 25,000 km of rivers will be restored into free-flowing rivers (Section 2.2.7).

An extremely important part of the Strategy indicating the global ambitions of the EU as the leader in environmental protection is its Section 4 concerned with the level of EU commitment to protecting the environment at a global scale. Given the global dimension of the Strategy, the Commission proposes that the EU, as a Party to many international environmental agreements and a partner in many international projects to improve the quality of the environment worldwide, should ensure that, as part of the international cooperation at a global scale post-2020: 1) by 2050 all of the world's ecosystems are restored, resilient, and adequately protected, 2) the process of the implementation, monitoring and review of biodiversity-related commitments is much stronger, 3) an enabling framework is in place, e.g. in such areas as research and innovation, 4) the sharing of the benefits from the use of genetic resources linked to biodiversity is fair and equitable, 5) all the stakeholders are actively involved in biodiversity protection (Section 4.1).

As part of building and restoring ecosystem resilience at a global scale, note should also be taken of the references in the Strategy to International Ocean Governance and the EU support for the conclusion of an agreement on marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction and for the designation of three vast Marine Protected Areas in the Southern Ocean. The EU also declares that it will combat overfishing, including through World Trade Organization negoti-

facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objective. These obligations can be seen clearly in the sectoral objectives attained at the States' level through the implementation of the EU secondary law into the national legal orders.

²⁸ The text of Directive 2009/147/EC on the conservation of wild birds is available at <https://eur-lex.europa.eu>

²⁹ The text of Directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora is available *ibidem*.

ations on an agreement to ban fisheries subsidies which could be harmful to the environment. In line with the precautionary principle, the EU should also advocate that marine minerals in the international seabed area cannot be exploited (Section 4.2.1).

The Strategy assumes that EU trade policy will actively support the ecological transition of the European Union. In relation to this, *inter alia*, the Commission will present a legislative proposal to minimise the placing of products associated with deforestation or forest degradation on the markets of the Member States. The Commission will also take steps to crack down on illegal trade in wild fauna and flora; *inter alia*, proposing a further tightening of the rules on EU ivory trade. The Commission also considers strengthening the coordinating and investigative capacities of the European Anti-Fraud Office (OLAF) to prevent illicit trade in wild fauna and flora and the entry of illicit products into the EU market (Section 4.2.2).

In the context of the building and restoration of ecosystem resilience in time of the post-COVID-19 “new normality”, it is important to note the commitment to double financial flows to developing countries for biodiversity protection. The Commission rightly emphasises that better nature protection, *inter alia*, by restricting trade in wild fauna and flora, will help prevent the future pandemics by building socio-environmental resilience.

4. SOME COMPLEMENTARY POINTS

At the present stage of implementation of the BS one may, at most, attempt to make some remarks based on the documents analysed and a very preliminary academic discussion:

- emphasis should be placed on the fact that one of the priorities of the EGD and the 8th EAP is to restore biodiversity in Europe by 2030, based on new commitments, measures and governance mechanisms,

- when assessed from the perspective of its assumptions, the BS is a systemic long-term plan for protecting nature and reversing the process of degradation of ecosystems,

- the BS is a central component of the EU plan for restoring and building environmental resilience; since it is legally enshrined in the EGD and the 8th EAP, there is a chance that the biodiversity issue may become an integral part of a general EU strategy for economic growth,

- in accordance with the so-called green oath, the recovery plans to rebuild the economy must not support measures which do harm to the environment, in compliance with the principles of environmental law,

– the EU has put its climate change target in a legally-binding document, but not yet those to protect nature. EU needs legally-binding targets to protect nature. As regards restoring environmental resilience, including restoring biodiversity, there are large expectations related to the list of legally binding nature conservation targets promised by the Commission,

– biodiversity resilience building and restoration for the time of so-called “new normality” after the COVID-19 pandemic should be based on new standards or standards amended in accordance with the principle of non-regression,

– in order to ensure that the objectives set out in the EGD and BS attain the goal of biodiversity resilience building and restoration, a stronger process of the implementation and monitoring of the efforts of the EU and its Member States should be established with regard to the standards safeguarding biodiversity.

REFERENCES

Books and articles

- Building resilience: WWF recommendations for a just & sustainable recovery after COVID-19. Using the Green Deal to drive Europe’s recovery and transition to a fair, resource-efficient and resilient society, WWF European Policy Office 1 April 2020
- Ebbesson J., *The rule of law in governance of complex socio-ecological changes*, “Global Environmental Change” 2010, Vol. 20, issue 3
- Eberson J., Hey E., *Introduction: Where in law is social-ecological resilience?*, “Ecology and Society” 2013, Vol. 18, issue 3
- Encyklopedia PWN*, entry *Biocenoza*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/biocenoza;3877787.html> (accessed 30.07.2022)
- Epiney A., *EU environmental law: Sources, instruments, enforcement*, “Maastricht Journal of European and Comparative Law” 2013, Vol. 20, issue 3
- Fishman R.L., *Letting go of stability: Resilience and environmental law*, “Indiana Law Journal” 2019, Vol. 94, issue 2
- Garmestani A.S., Allen C.R., Benson M.H., *Can law foster social-economical resilience?*, “Ecology and Society” 2013, Vol. 18, issue 2, <https://www.ecologyandsociety.org/vol18/iss2/art37> (accessed 30.07.2022)
- Garmestani A.S. *et al.*, *Untapped capacity for resilience in environmental law*, “Proceedings of the National Academy of Sciences” 2019, Vol. 116, issue 40, www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1906247116 (accessed 30.07.2022)
- Holling C.S., *Resilience and stability of ecological systems*, “Annual Review of Ecological Systems” 1973, Vol. 4, pp. 1–23
- Kenig-Witkowska M.M., *NATURA 2000 – The European Union mechanism for nature conservation: Some legal issues*, “Journal of Comparative Urban Law and Policy” 2017, Vol. 2, issue 1
- Kenig-Witkowska M.M., *Prawo środowiska Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2011
- Kiss A., Shelton D., *Guide to international environmental law*, Leiden, Boston 2007

- Krämer, L., *EU environmental law*, 8th ed., London 2016
- Nowak A., *Rola odporności środowiska w planowaniu przestrzennym* [The role of the environmental resilience in spatial planning], "Problemy Ekologii Krajobrazu. Wybrane zagadnienia z problematyki gospodarowania przestrzenią", Vol. XXXVII
- Richling A., Solon J., *Ekologia krajobrazu*, Warszawa 2011
- Ruhl J.B., *General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems – with applications to climate change adaptation*, "North Carolina Law Review" 2011, Vol. 89, issue 5
- Sikora A., *European Green Deal – legal and financial challenge of the climate change*, "ERA Forum", Forum" 2021:681-697, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1067/s12027-020-00637-3.pdf> (accessed 31.08.2022)
- Simoncini M., Lazari A., *Principles and policies of resilience in European critical infrastructures: Cases from the sectors of gas and air transport*, "Legal Issues of Economic Integration" 2016, Vol. 43, issue 1
- Thurstan R.H. et al., *Envisioning a resilient future for biodiversity conservation in the wake of the COVID-19 pandemic*, "People and Nature", Vol. 3, issue 5
- Wagner W., Anhold R., *Resilience as the global strategy's new leitmotif: Pragmatic, problematic or promising?*, "Contemporary Security Policy" 2016, Vol. 37, issue 3
- Walker B., Salt D., *Resilience thinking: Sustaining ecosystems and people in a changing world*, Washington 2006

Reports, documents and legal acts

- Commission Notice, Technical guidance on the application of "do not significant harm" under the Recovery and resilience facility Regulation, Brussels, 12.2.2021, C(2021)1054 final
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives, Brussels, 20.5.2020, COM (2020) 380 final
- Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The European Green Deal, COM (2019) 640 final, <https://eur-lex.europa.eu> (accessed 31.08.2022)
- Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and the Council of 6 April 2022, on a General Union Environment Action Programme to 2030, , OJ. EU L114/22. Art. 1(2) of the Decision endorses the environmental and climate objectives of the European Green Deal and its initiatives
- European Commission, Nature and biodiversity law, https://ec.europa.eu/nature/legislation/index_en (accessed 30.07.2022)
- IPBES, Summary for Policymakers of the IPBES Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services, 2019, https://ipbes.net/sites/default/files/inline/files/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers.pdf (accessed 29.08.2022)
- IPBES, Workshop Report on Biodiversity and Pandemics. Intergovernmental Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, 2020, <https://ipbes.net/sites/>

default/files/2020-12/IPBES%20Workshop%20on%20Biodiversity%20and%20Pandemics%20Report_0.pdf (accessed 29.08.2022)

Konkluzje Prezydencji, <https://www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusion.pdf> (accessed 31.08.2022)

Regulation 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the Establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation 2019/2088; Regulation on the recovery and resilience facility (2020/0104(COD))

World Economic Forum 2020, The Global Risks Report 2020, <https://www.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020> (accessed 31.09.2022)

Patryk Kukliński

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: p.kuklinski@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-2286-0143

**PANDEMIA W INSTYTUCJI TOTALNEJ
NA PRZYKŁADZIE KRAJOWEGO OŚRODKA
ZAPOBIEGANIA ZACHOWANIOM DYSSOCJALNYM
W GOSTYNINIE**

**PANDEMIC IN A TOTAL INSTITUTION: CASE OF THE NATIONAL
CENTRE FOR THE PREVENTION OF THE ANTISOCIAL
BEHAVIOUR IN GOSTYNIN**

Abstract

The concept of a total institution was formulated by Erving Goffman in the early 1960s. The author defined it as a place of isolation from the society, whose bureaucratic and formalized structure distracts – with the support of the employed staff – the inmates from the society. The sociologist included into the group of total institutions psychiatric hospitals, prisons, nursing homes, as well as concentration camps, which met with criticism. He also noticed that the stay in the institution itself may generate inappropriate behaviour of the inmates, resulting from their detention. The concept, despite its shortcomings, remains valid until this day. In the 21st century there exist organizations that may be described as total institutions. An example is the National Centre for the Prevention of the Antisocial Behaviour in Gostynin, Poland, where people who pose a threat to the society are placed. The author of the article identifies the features that prove the totality

of the aforementioned National Centre. He analyzes how certain legal deficiencies and bad practices in applying the law affect the disregard for the constitutional freedoms and rights of inmates and describes the difficulties in the functioning of this facility, which are also important from the perspective of the employees. He suggests solutions that could improve the functioning of the Centre and restore the minimum conditions for conducting the therapy.

KEYWORDS

total institution, National Centre for the Prevention of Antisocial Behaviour, post-penal detention, dangerous perpetrators, therapy

SŁOWA KLUCZOWE

instytucja totalna, Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym, izolacja postpenalna, sprawcy niebezpieczni, terapia

1. WSTĘP

W latach 60. XX wieku w środowisku naukowym, nie tylko socjologów, wyjątkowo popularne było pytanie: „Co myślisz o pracy Ervinga Goffmana?”¹. Jego rozprawy budziły wśród ówczesnej opinii publicznej wiele wątpliwości, zwłaszcza zbiór: *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (1961 r., dalej: *Asylums*), w którym sformułował on koncepcję instytucji totalnej. Abstrahując od jej krytyki i wad wskazywanych na przestrzeni lat, należy podkreślić, że zainteresowanie tymi esejami trwa do dziś. Zaproponowane przez E. Goffmana spojrzenie na organizacje społeczne stanowi punkt odniesienia dla licznych badaczy². Bez względu na postępy cywilizacyjny i zmiany, które zaszły w tych zamkniętych światach w ciągu ostatnich 60 lat, współcześnie dalej można zidentyfikować w społeczeństwach instytucje totalne. W polskich warunkach są to najpewniej domy dziecka, domy pomocy społecznej, a także pewne specyficzne placówki lecznicze, do których możemy zaliczyć m.in. Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym w Gostyninie (dalej: KOZZD). Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie w kontekście KOZZD, jak brak

¹ N. Perry, *The Two Cultures and the Total Institution*, “The British Journal of Sociology” 1974, Vol. 25, No. 3, s. 345–355.

² Ł. Połusznny, *Instytucje totalne dzisiaj: stan badań, krytyka, rekonfiguracje*, „Studia Socjologiczne” 2017, nr 4, s. 123.

wyczerpujących regulacji ustawowych, szczególnie w ramach instytucji totalnej, wpływa na poziom nadużyć wolności i praw pacjentów oraz potęguje codzienne konflikty personelu i kierownictwa z umieszczonymi, zwłaszcza w momencie wystąpienia sytuacji nadzwyczajnej, jaką jest pandemia wirusa SARS-CoV-2.

2. INSTYTUCJA TOTALNA

E. Goffman zdefiniował instytucję totalną jako miejsce izolacji od społeczeństwa grupy osób, znajdującej się w podobnej sytuacji. Jest to organizacja biurokratyczna, która zaspokaja – niekoniecznie skutecznie – potrzeby swoich mieszkańców (określanych również mianem pensjonariuszy). Podział na dwie opozycyjne grupy to jedna z podstawowych cech instytucji totalnej³, która determinuje jej inwigilacyjną i kontrolną naturę⁴. Oderwaniu od świata zewnętrznego sprzyja tu tworzenie fizycznych barier⁵ – murów, zamykanych na klucz drzwi czy systemów kamer. Wszelkie aspekty życia, takie jak praca, sen czy zabawa mieszkańców, są realizowane w tym samym miejscu i przy współuczestnictwie innych umieszczonych według ściśle określonego planu dnia⁶, co Christie Davies uznaje za centralną cechę instytucji totalnej⁷. Nad jego wykonaniem czuwa zatrudniony personel, który ma obowiązek traktować identycznie pensjonariuszy. Deklarowanym celem instytucji jest m.in. uformowanie umieszczonych w zgodzie z przyjętymi wzorcami, które prowadzi do ich ewolucji moralnej. Na wspomnianą zmianę wpływają także tzw. procesy udręczenia – izolacja od społeczeństwa, ograniczenia i zakazy kontaktu z najbliższymi, rutynowe i okazjonalne rewizje, a nawet procedura przyjęcia, której stałym elementem może być obowiązek przeprowadzenia kontroli osobistej nagiego pensjonariusza czy pozbawienie własności⁸.

E. Goffman słusznie zauważył rozdźwięk pomiędzy zewnętrznym wizerunkiem instytucji totalnej a jej obrazem wśród personelu⁹. Socjolog w swojej pracy wyróżnił pięć podstawowych kategorii instytucji totalnych. W pierwszej grupie znalazły się organizacje pomocowe, zapewniające wsparcie dla osób nie-

³ E. Goffman, *Instytucje totalne. O pacjentach szpitali psychiatrycznych i mieszkańcach innych instytucji totalnych* (tłum. O. Waśkiewicz, J. Łaszcz), Sopot 2011, s. 11, 16–17.

⁴ B. Kmiecik, *Czy szpital psychiatryczny jest (nadal) instytucją totalną?*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna” 2017, nr 2, s. 145.

⁵ E. Goffman, *Instytucje totalne...*, s. 14.

⁶ Choć w społeczeństwie dzieje się to najczęściej w różnych miejscach, z odmiennymi partnerami, często bez konkretnego planu. Zob. *ibidem*, s. 16.

⁷ Ch. Davies, *Goffman's Concept of the Total Institution: Criticisms and Revisions*, “Human Studies” 1989, Vol. 12, No. 1/2, s. 77, i literatura tam przywołana.

⁸ E. Goffman, *Instytucje totalne...*, s. 16, 19–20, 24–25, 28, 37 i 79.

⁹ *Ibidem*, s. 79.

pełnosprawnych i niesamodzielnych (jak np. domy opieki dla osób starszych lub niepełnosprawnych, schroniska dla ubogich). Do drugiej kategorii zaliczył instytucje udzielające wsparcia osobom, które mogą być niebezpieczne, choć nie z własnej winy, takie jak: szpitale psychiatryczne (główny przedmiot zainteresowania badacza), oddziały dla gruźlików; współcześnie w tym kręgu znalazłyby się najprawdopodobniej także oddziały szpitali dla nosicieli wirusa SARS-CoV-2. W kolejnej grupie uwzględnił miejsca pozwalające na ochronę społeczeństwa przed osobami stwarzającymi zagrożenie, tzn. zakłady karne i więzienia, a nawet obozy koncentracyjne i dla jeńców wojennych. Czwartą kategorię stanowią natomiast organizacje, w których wykonywane są zadania „przypominające pracę”, uzasadnione wymogami instrumentalnymi, a wśród nich: koszary, statki, szkoły z internatem, a nawet obozy pracy. Miejsca odosobnienia służące sferze duchowej człowieka, określone jako przestrzenie „ucieczki od świata”, zakwalifikowano do piątej grupy. Należą do nich m.in. opactwa, klasztory i szkoły przyklasztorne¹⁰.

Zaproponowana typologia stała się przedmiotem kontrowersji i jednym z zarzutów sformułowanych przeciwko koncepcji E. Goffmana. Jego krytycy, jak np. Howard Becker, nie zgodzili się na zaliczenie do instytucji totalnych i równoważne traktowanie tak różnych organizacji, co do których społeczne oceny moralne pozostają bardzo odmienne¹¹. Uznali oni, że porównanie szpitali psychiatrycznych do więzień, obozów koncentracyjnych i klasztorów jest przerysowane i fałszywe oraz daje zbyt jednorodny obraz różnorodnych form organizacyjnych¹². Badacze zwrócili także uwagę, że E. Goffman zlekceważył pozytywne funkcje szpitali psychiatrycznych – tzn. prowadzenie terapii lub rehabilitacji, umożliwiające wyzdrowienie i złagodzenie objawów psychiatrycznych¹³. Robert Weinstein przyjął to zresztą za największą słabość koncepcji¹⁴. Poza tym przytaczano konkretne badania empiryczne, które negowały degenerujący wpływ pobytu w szpitalu psychiatrycznym na samoocenę i tożsamość społeczną pacjenta¹⁵.

Mimo wspomnianych wad, *Asylums* stał się prawdopodobnie najpopularniejszą analizą krytyczną dotyczącą szpitali psychiatrycznych¹⁶. Wyjątkowo pojemna, choć nieprecyzyjna definicja do dziś pozwala na zakwalifikowanie do instytucji totalnych wielu organizacji społecznych, co może budzić wątpliwości. Koncepcja od lat inspiruje kolejnych badaczy i jest twórczo wykorzystywana. Nie bez zna-

¹⁰ *Ibidem*, s. 14–15.

¹¹ H. Becker, *The Politics of Presentation: Goffman and Total Institutions*, “Symbolic Interaction” 2003, Vol. 26, No. 4, s. 667.

¹² R. M. Weinstein, *Goffman's Asylums and the Social Situation of Mental Patients*, “Journal of Orthomolecular Psychiatry” 1982, Vol. 11, No. 4, s. 269, i cytowana tam literatura.

¹³ R. M. Weinstein, *Goffman's Asylums...*, s. 269 i 274; N. Perry, *The Two Cultures...*, s. 347–348.

¹⁴ R. M. Weinstein, *Goffman's Asylums...*, s. 274.

¹⁵ M. Karmel, *Total Institution and Self-Mortification*, “Journal of Health and Social Behavior” 1969, Vol. 10, No. 2, s. 134–141.

¹⁶ R. M. Weinstein, *Goffman's Asylums...*, s. 268.

czenia pozostaje także wpływ tej pracy na deinstytucjonalizację, która nastąpiła w leczeniu osób chorych psychicznie po jej publikacji¹⁷, oraz silna goffmanowska orientacja na wolności i prawa człowieka¹⁸. W mojej ocenie socjolog słusznie zwrócił uwagę, że zachowania przypisywane pensjonariuszom nie zawsze wynikają bezpośrednio z ich choroby, zaburzeń psychicznych czy też przestępczego działania, lecz stanowią efekt pobytu jednostki w instytucji totalnej¹⁹. Słowem, to fakt umieszczenia wpływa na obsadzenie pensjonariusza w tej konkretnej roli, o czym nie należy zapominać.

3. KRAJOWY OŚRODEK ZAPOBIEGANIA ZACHOWANIOM DYSSOCJALNYM W GOSTYNINIE

Pierwsza osoba trafiła do KOZZD na początku 2014 r.²⁰. Placówka ta powstała w efekcie uchwalenia ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób²¹. Miała ona stanowić próbę rozwiązania problemu niebezpieczeństwa grożącego ze strony zaburzonych psychicznie sprawców najgroźniejszych przestępstw, którzy wymagają dalszej izolacji od społeczeństwa, mimo wykonania w stosunku do nich w pełni kar pozbawienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności. Jednak już w trakcie procedowania nad ustawą z dnia 22 listopada 2013 r. eksperci zwracali uwagę na ograniczoną skuteczność terapii zaburzeń w warunkach przymusu i izolacji, objętych zakresem tego aktu²². Poza izolacyjnym umieszczeniem w KOZZD, ustawa z dnia

¹⁷ Ł. Pośluszny, *Instytucje totalne...*, s. 121–123.

¹⁸ H. Becker, *The Politics of Presentation...*, s. 660.

¹⁹ E. Goffman, *Instytucje totalne...*, s. 128.

²⁰ E. Dawidziuk, *Izolacja od społeczeństwa po odbyciu w pełni kary pozbawienia wolności*, „Archiwum Kryminologii” 2019, nr 1(41), s. 223.

²¹ Dz.U. z 2021 r., poz. 1638, z późn. zm.; dalej: ustawa z dnia 22 listopada 2013 r.

²² M. Domański, *Opinia z 24 września 2013 r. dotycząca projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, (w:) P. Kościelny (red.), *Rządowy projekt ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577). Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (druk sejmowy nr 1538)*, Warszawa 2013, [https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/\\$file/ppc_2-2013.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/$file/ppc_2-2013.pdf) (dostęp: 15.01.2021 r.), s. 20; J. Heitzman, *Ekspertyza z 3 września 2013 r. do projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, (w:) P. Kościelny (red.), *Rządowy projekt ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577). Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (druk sejmowy nr 1538)*, Warszawa 2013,

22 listopada 2013 r. przewiduje możliwość zastosowania wolnościowego nadzoru prewencyjnego (art. 3). Instrumenty te są orzekane przez sąd cywilny w postępowaniu nieprocesowym (art. 2 ust. 3).

Środki postpenalne wprowadzone do polskiego systemu prawa zostały zorientowane na kategorię „osób stwarzających zagrożenie” (art. 1 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r.). Do uznania za taką jednostkę wystarczy odbywanie kary pozbawienia wolności lub 25 lat pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym oraz stwierdzenie w trakcie jej wykonywania zaburzeń psychicznych w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych. Jeśli wykazane zaburzenia mają taki charakter lub nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat (art. 1), to sąd – po zasięgnięciu opinii biegłych – wydaje postanowienie o zakwalifikowaniu osoby jako stwarzającej zagrożenie i po odbyciu kary umieszcza się ją w KOZZD lub obejmuje nadzorem prewencyjnym. Oba rozwiązania są stosowane bezterminowo (art. 14 ust. 4 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r.), a kryteria ich doboru sformułowano wysoce nieprecyzyjnie²³, ponieważ sędziowie i biegli nie otrzymali od ustawodawcy jakichkolwiek wskazówek ułatwiających podjęcie im zobiektywizowanej decyzji, w tym jednoznaczne rozróżnienie „bardzo wysokiego prawdopodobieństwa”, które skutkuje izolacją w KOZZD, od „wysokiego prawdopodobieństwa” pozwalającego (tylko) na objęcie nadzorem prewencyjnym (art. 14 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r.).

Z przepisów ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. wynika, że KOZZD to placówka lecznicza, której zadaniem jest prowadzenie postępowania terapeutycznego dla pensjonariuszy (art. 4 ust. 3). Podlega ona Ministrowi Zdrowia (art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r.). W ocenie twórców projektu ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. pobyt w KOZZD ma umożliwić – po odbyciu terapii – pełnoprawny powrót do społeczeństwa, a nawet zmianę społecznego nastawienia do osób, które przestały stwarzać zagrożenie²⁴. Niestety, zarówno z treści samej

[https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/\\$file/ppc_2-2013.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/$file/ppc_2-2013.pdf) (dostęp: 15.01.2021 r.), s. 10; J. K. Gierowski, *Uwagi psychologa sądowego o możliwościach opiniowania o stopniu zagrożenia u osób objętych ustawą z 22 listopada 2013 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2014, nr 82, s. 20.

²³ M. Bocheński, *Practical aspects of assessment of risk of re-offending by 'especially dangerous' offenders in the context of the judgment of the Constitutional Tribunal of 23 November 2016 (K 6/14)*, “Problems of Forensic Sciences” 2016, Vol. 108, s. 637–638; M. Płatek, *Kreowanie „groźnych, niebezpiecznych i złych”*, „Archiwum Kryminologii” 2019, nr 1, s. 142.

²⁴ *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób z 17 lipca 2013 r. (druk nr 1577)*, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1577> (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 1–2.

ustawy z dnia 22 listopada 2013 r., jak i jej aktów wykonawczych²⁵ wynika niewiele szczegółów co do charakteru terapii, jej metod, ewaluacji czy form aktywizacji do udziału w proponowanej terapii. W połączeniu z pogarszającymi się warunkami bytowymi i przeludnieniem KOZZD²⁶ przewidzianego maksymalnie dla 60 osób (§ 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie KOZZD), w rzeczywistości trudno stwierdzić, że obecnie w Gostyninie odbywa się jakakolwiek terapia²⁷. Na początku 2021 r. w ośrodku przebywało aż 91 osób (stan na 26 stycznia 2021 r.)²⁸, choć z deklaracji projektodawcy wynikało, że tworzono go dla nielicznych²⁹. To kolejna fikcja, z którą wiąże się stosowanie ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. Nawet jeśli powstałby nowy, docelowy budynek na potrzeby KOZZD lub rozbudowano by ten w Gostyninie (z pierwotnych planów wynikało, że stanie się to do 2023 r.³⁰), to bez reformy podejścia do osób stwarzających zagrożenie, w tym procedur kierowania³¹ i wypisania z KOZZD, trudno będzie o jakąkolwiek rzeczywistą zmianę, wpływającą na wzrost skuteczności oddziaływań terapeutycznych. Jeszcze w marcu 2021 r. na mocy zarządzenia Ministra Zdrowia dopuszczono możliwość tworzenia oddziałów zamiejscowych KOZZD³². Pierwszy powstał w Regionalnym Ośrodku Psychiatrii Sądowej w Starogardzie Gdańskim (dalej: ROPS w Starogardzie Gdańskim) – 5 i 8 marca 2021 r. przeniesiono tam 2 pacjen-

²⁵ Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 16 stycznia 2014 r. w sprawie szczegółowych warunków i trybu udzielania świadczeń zdrowotnych osobom umieszczonym w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym (Dz.U. z 2014 r., poz. 88) oraz w sprawie Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym (Dz.U. z 2014 r., poz. 89, z późn. zm.); dalej: rozporządzenie w sprawie KOZZD.

²⁶ *Jak znowelizować ustawę dotyczącą KOZZD w Gostyninie. Jest taka możliwość*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-jak-znowelizowac-ustawe-dotyczaca-kozzd-w-gostyninie> (dostęp: 5.08.2022 r.).

²⁷ M. Płatek, *Negatywne skutki iluzji terapii. Uwagi o stosowaniu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 11, s. 98.

²⁸ Według informacji uzyskanych w ramach wykładu online z 26 stycznia 2021 r. pt. „Wpływ pandemii na funkcjonowanie KOZZD” zorganizowanego przez Kryminologiczne Koło Naukowe Uniwersytetu Warszawskiego, prowadzonego przez dr Ewę Dawidziuk, dalej: Wykład E. Dawidziuk z 26 stycznia 2021 r.

²⁹ W. Zalewski, *Detencja „terapeutyczna” – wątpliwości konstytucyjne i polityczno-kryminalne w kontekście ustawy o „bestiach”*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, nr 4, s. 386–387.

³⁰ „Ośrodek dla bestii” w Gostyninie będzie rozbudowany, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1489365.kozzd-osrodek-dla-bestii-w-gostyninie-rozbudowa.html> (dostęp: 5.08.2022 r.).

³¹ *Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z 5 kwietnia 2019 r. z wizytacji Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie*, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyci%C4%85g%20-%20KOZZD%20Gostynin%202019.pdf> (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 4–5.

³² Zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 5 marca 2021 r. zmieniające zarządzenie w sprawie nadania statutu Krajowemu Ośrodkowi Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym (Dz.Urz. MZ z 2021 r., poz. 18).

tów z KOZZD w Gostyninie³³. Z kolei w kwietniu 2021 r. w wyniku nowelizacji ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. pozwolono na użyczenie na czas określony na rzecz KOZZD nieruchomości przez jednostkę organizacyjną Służby Więziennej „w celu umożliwienia przyjęcia większej liczby osób stwarzających zagrożenie”³⁴. W ten sposób część pacjentów przeniesiono do utworzonego Oddziału Zamiejscowego w Czersku, tam też 24 stycznia 2022 r. jako pierwsze trafiły dwie osoby, które pierwotnie przeniesiono do ROPS w Starogardzie Gdańskim³⁵. Według stanu na 9 września 2022 r. w KOZZD w Gostyninie było umieszczonych 81 osób, a w Oddziale Zamiejscowym w Czersku – 16 pacjentów³⁶.

Od początku funkcjonowania KOZZD sąd w trybie ustawowym, przewidzianym przez art. 47 ust. 1 ustawy, zdecydował o wypisaniu z ośrodka tylko sześciu osób³⁷. Potwierdza to istnienie licznych problemów systemowych w zakresie nie tylko przyjętej litery prawa, lecz także w samym procesie jej stosowania. Weryfikacji i zmiany wymaga filozofia działania ośrodka³⁸. Wydaje się, że polski prawodawca nie przemyślał, jak zagospodarować codzienne życie mieszkańców KOZZD (m.in. poprzez ofertę sportową, edukacyjną, kulturalną oraz stopniowe ograniczanie izolacji dzięki np. systemowi przepustek, jak ma to miejsce na gruncie niemieckim czy holenderskim³⁹), stwarzając im rzeczywiste perspektywy powrotu na wolność. Jego krótkowzroczność przyczyniła się

³³ *Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z 5 maja 2021 r. z rewizytacji Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/ponowna-wizytacja-kmpt-w-krajowym-osrodku-zapobiegania-zachowaniom-dysocjalnym-w-gostyninie-KOZZD> (dostęp: 8.08.2022 r.), s. 15–19.

³⁴ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2021 r. o zmianie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2021 r., poz. 931).

³⁵ *Czersk. Dwoch pierwszych pacjentów filii ośrodka w Gostyninie*, <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2022-01-23/pomorskie-w-poniedzialek-do-filii-osrodka-w-gostyninie-ma-trafic-dwoch-pierwszych-pacjentow/> (dostęp: 8.08.2022 r.).

³⁶ Według informacji uzyskanych na konferencji pt. „Sprawy przed Trybunałem w Strasburgu dotyczące Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym” z dnia 9 września 2022 r. zorganizowanej przez Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: Konferencja z dnia 9 września 2022 r.). Zob. szerzej *Skargi pacjentów KOZZD do Trybunału w Strasburgu. Opinie „amicus curiae” RPO*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-kozzd-pacjenci-etpc-skargi-amicus-curiae> (dostęp: 8.08.2022 r.).

³⁷ Konferencja z dnia 9 września 2022 r.; zob. także P. Kukliński, *Terapia, readaptacja czy mrzonka? Porównanie polskich i niemieckich doświadczeń w terapii zaburzonych psychicznie sprawców niebezpiecznych izolowanych od społeczeństwa*, (w:) E. W. Pływaczewski, D. Dajnowicz-Piesiecka, E. Jurgielewicz-Delegacz (red.), *Badania kryminologiczne a praktyka. Perspektywa krajowa i międzynarodowa*, Warszawa 2021, s. 236.

³⁸ *Funkcjonowanie ustawy dotyczącej ośrodka w Gostyninie. Seminarium w Biurze RPO*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/funkcjonowanie-ustawy-o-osrodku-w-gostyninie-seminarium-rpo> (dostęp: 5.08.2022 r.).

³⁹ C. de Ruiter, J. Petrila, *TBS in the Netherlands*, (w:) B. K. Puri, I. H. Treasaden (eds.), *Forensic Psychiatry. Fundamentals and Clinical Practice*, Londyn–Nowy Jork 2018, s. 833–838; *Funkcjonowanie ustawy...*

do braku uwzględnienia sytuacji pensjonariuszy, którzy ze względu na konieczność wżenia dóbr i ochronę społeczeństwa będą musieli spędzić resztę swojego życia w murach KOZZD. Praktyka stosowania prawa wskazuje, że procedura cywilna jest zawodna, kiedy dotyczy pozbawienia wolności w ramach KOZZD, także w efekcie wadliwego stosowania przepisów o zabezpieczeniu⁴⁰ z ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁴¹. Okazuje się, że wbrew uchwale Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2019 r., III CZP 75/18⁴², sądy cywilne stosowały konstrukcję zabezpieczenia w ten sposób, że do czasu wydania prawomocnego orzeczenia o uznanie danej osoby za stwarzającą zagrożenie umieszczały ją w KOZZD⁴³. To niepokojąca praktyka, która prowadziła do pozbawienia wolności bez zapewnienia odpowiednich gwarancji procesowych, narażając umieszczonych na bezpodstawne ograniczenie ich licznych wolności i praw oraz niepotrzebną stygmatyzację, a Skarb Państw – na ewentualną odpowiedzialność odszkodowawczą⁴⁴. Krytycy wskazują, że stosowanie przepisów o zabezpieczeniu do umieszczania w KOZZD „stanowi obrazę konstytucyjnych gwarancji wolności”⁴⁵. Dlatego na szczególną uwagę zasługuje odmowa przyjęcia do KOZZD osoby skierowanej do placówki w ramach zabezpieczenia cywilnego pod koniec stycznia 2021 r. Była to pierwsza tego typu sytuacja w historii KOZZD, którą kierownik ośrodka argumentował niemożnością przyjęcia 92. pacjenta (w tamtym czasie 6. w ramach zabezpieczenia) z powodu znaczącego przeludnienia⁴⁶. Dopiero uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2021 r., III CZP 89/19⁴⁷, podjęta w poszerzonym składzie 7 sędziów wpłynęła na zmianę praktyki sądów powszechnych, które przestały umieszczać w KOZZD osoby, co do których toczy się postępowanie o uznanie za stwarzające zagrożenie. I choć Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 listopada 2016 r., K 6/14⁴⁸, uznał ustawę z dnia 22 listopada 2013 r. za zasadniczo zgodną z Konstytucją Rzeczy-

⁴⁰ M. Płatek, *Negatywne skutki...*, s. 93–94.

⁴¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805, z późn. zm.

⁴² OSNC 2019, nr 6, poz. 68.

⁴³ Co prawda Sąd Najwyższy zauważył, że może zaistnieć konieczność izolacji osoby, która opuściła zakład karny, jednak nie zakończyło się co do niej prawomocne postępowanie o uznanie za stwarzającą zagrożenie. Jednakże w jego ocenie regulacje prawne w tym zakresie powinny wypracować ustawodawca. Tymczasem nie zostały one uchwalone (stan na 7.10.2022 r.).

⁴⁴ A. Gutkowska, J. Włodarczyk-Madejska, J. Klimczak, P. Sidor, *Stosowanie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób a orzekanie wybranych środków zabezpieczających. Analiza porównawcza rozwiązań prawnych*, Warszawa 2020, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/05/2020_Analzy-AGutkowska-Stosowanie-ustawy-o-post%C4%99powaniu.pdf (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 42–46.

⁴⁵ Zob. szerzej M. Płatek, *Negatywne skutki...*, s. 99–101.

⁴⁶ Wykład E. Dawidziuk z 26 stycznia 2021 r.

⁴⁷ OSNC 2021, nr 7–8, poz. 46.

⁴⁸ OTK-A 2016, poz. 98.

pospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴⁹, to nie należy zapominać, że proces jej stosowania może naruszać standardy wyznaczone przez ustawę zasadniczą⁵⁰, zwłaszcza w sytuacji sprowadzenia w Polsce detencji niebezpiecznych wyłącznie do izolacji pod pozorem leczenia. W sposobie ukonstytuowania i funkcjonowania KOZZD można dostrzec wyraźnie cechy i mechanizmy charakterystyczne dla instytucji totalnej, opisane przez E. Goffmana. KOZZD jest niewątpliwie miejscem izolacji od społeczeństwa grupy osób, które znajdują się w podobnej sytuacji – zostały uznane za stwarzające zagrożenie. Detencji w ośrodku towarzyszą fizyczne atrybuty izolacji takie jak mury, szyby pancerne, urządzenia monitorujące czy wszechobecni strażnicy. W KOZZD istnieje wyraźny podział na pensjonariuszy oraz pracowników. Napięte relacje występują zwłaszcza między mieszkańcami a personelem ochrony. W ośrodku mają miejsce typowe goffmanowskie „procesy udręczenia Ja pacjentów”⁵¹. Polegają one na ograniczeniu kontaktów z najbliższymi, ukształtowaniu procedury przyjęcia w ten sposób, że towarzyszy jej pozbawienie własności i przeprowadzenie kontroli na okoliczność posiadania przedmiotów niebezpiecznych (§ 1 pkt 1, § 5 pkt 1–3 regulaminu⁵²), a już w trakcie pobytu – dokonywaniu okresowych kontroli i ewentualnych konfiskat przedmiotów (§ 12 regulaminu; art. 28 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r.). Życie mieszkańców KOZZD przebiega według ściśle wyznaczonych reguł⁵³, które sformułowano w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r. i regulaminie.

Jednocześnie ze wspomnianych regulacji wynika niewiele norm określających konkretne prawa i obowiązki pensjonariuszy (m.in. § 2 pkt 2–3 i § 3 regulaminu; rozdział V, art. 26–32 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r.). Ani w ustawie z dnia 22 listopada 2013 r., ani w regulaminie nie określono procedur na wypadek zdarzeń nadzwyczajnych, takich jak protest głodowy pacjentów, próba samobójcza pensjonariusza czy wystąpienie ogniska epidemicznego na terenie placówki. Taka sytuacja w kontekście KOZZD sprzyja tylko „totalizacji” tej instytucji, która mimo dążenia do szczegółowego sformalizowania i biurokratyzacji zasad życia codziennego, pozostawia wiele ważnych spraw poza przedmiotem regulacji. Wpływa to bezpośrednio na możliwość naruszenia godności osobistej mieszkańców, ich praw do humanitarnego traktowania, ochrony zdrowia czy też prywatności oraz przejęcie pełnej kontroli nad życiem pensjonariuszy przez personel⁵⁴. Z perspektywy pracowników i kierownictwa KOZZD oznacza natomiast

⁴⁹ Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm; dalej: Konstytucja RP.

⁵⁰ M. Płatek, *Negatywne skutki...*, s. 94.

⁵¹ E. Goffman, *Instytucje totalne...*, s. 24–28.

⁵² *Wewnętrzny regulamin pobytu pacjenta w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie z 28 czerwca 2021 r.*, <http://kozdd-gostynin.bip.eur.pl/public/?id=214734> (dostęp: 9.05.2022 r.), dalej: regulamin.

⁵³ E. Goffman, *Instytucje totalne...*, s. 46.

⁵⁴ Zwłaszcza w sytuacji, kiedy od 2018 r. z KOZZD został wycofany Rzecznik Praw Pacjenta Szpitala Psychiatrycznego. Zob. *Funkcjonowanie ustawy...*; E. Goffman, *Instytucje totalne...*, s. 51.

brak precyzyjnych norm powinnego zachowania, co poza ryzykiem zbyt daleko posuniętej arbitralności w rzeczywistym sposobie prowadzenia terapii (czy też jej braku) może utrudniać codzienną pracę z osobami stwarzającymi zagrożenie, a w konsekwencji zagrażać zdrowiu i życiu pracowników, zwłaszcza w kontekście wystąpienia ewentualnych protestów w placówce.

Należy podkreślić, że jeszcze na początku 2021 r. każdy z czterech oddziałów KOZZD miał własny wewnętrzny regulamin⁵⁵, który ograniczał wolności i prawa konstytucyjne bez właściwej podstawy prawnej⁵⁶, wbrew art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Regulaminy przez lata znacząco limitowały dostęp pensjonariuszy do aktywności fizycznej (ówczesny § 6 pkt 2 i 3 regulaminów) i korzystania z telefonów (§ 8 pkt 7, 7a–7c oraz § 12 pkt 5a i 7 regulaminów) oraz wprost wykluczały możliwość udzielania jakichkolwiek przepustek (§ 1 pkt 4 regulaminów), nawet w sytuacjach losowych, jak pogrzeb lub choroba członka rodziny, choć w trakcie uprzedniego odbywania kary w zakładzie karnym dopuszczano taką opcję (art. 141a § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy⁵⁷). Pewne zmiany nastąpiły w połowie 2021 r. wraz z wydaniem przez dyrektora KOZZD jednego regulaminu dla wszystkich oddziałów⁵⁸. Po pierwsze, usunięto z niego restrykcje dotyczące dostępu do aktywności fizycznej. Po drugie, doprecyzowano ograniczenia związane z korzystaniem przez pacjentów z prywatnych smartfonów i laptopów z dostępem do Internetu (co było konsekwencją porozumienia osiągniętego w wyniku protestu głodowego pacjentów z 2020 r.). Nie są to jednak reformy wolne od wad, zwłaszcza w zakresie formy prawnej, w jakiej je wprowadzono. Ograniczenia wolności i praw pacjentów KOZZD pozostają bowiem uregulowane w ramach aktu prawa wewnętrznego, a nie w akcie ustawowym i nie są wystarczająco precyzyjne. Po trzecie, w przypadku przepustek usunięto bezwzględny zakaz, pierwotnie przewidziany w regulaminach (ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. nie przewiduje jakichkolwiek regulacji w tym zakresie). Co ciekawe, choć przez lata sąd właściwy (tj. Sąd Okręgowy w Płocku)

⁵⁵ *Wewnętrzne regulaminy organizacyjno-porządkowe pobytu pacjenta w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie z 2 stycznia 2020 r.*, <http://kozzd-gostynin.bip.eur.pl/public/?id=179972> (dostęp: 5.08.2022 r.), dalej: regulaminy. Zastąpił je wspólny dla wszystkich oddziałów regulamin z dnia 28 czerwca 2021 r. Wraz z uruchomieniem Oddziału zamiejscowego w Czersku 21 stycznia 2022 r. wydano regulamin także na potrzeby tej placówki.

⁵⁶ R. Piotrowski, *Opinia o zgodności z Konstytucją RP Wewnętrznego regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu pacjenta w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie z dnia 17 września 2018 roku*, (w:) E. Dawidziuk, J. Nowakowska, *Izolacja sprawców przestępstw uznanych za niebezpiecznych dla społeczeństwa*, Warszawa 2020, s. 129; *Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z 5 kwietnia 2019 r. z wizytacji...*, s. 5–7.

⁵⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 53, z późn. zm.

⁵⁸ Od lat w żadnym akcie normatywnym nie uregulowano jednak takich kwestii jak możliwość wykonywania pracy i kształcenia zawodowego oraz nie wskazano konkretnych narzędzi, służących przygotowaniu pacjentów do zwolnienia z KOZZD i życia w warunkach wolnościowych.

uznawał, że brakuje podstawy ustawowej do udzielenia przepustki, to jednak w marcu 2022 r. zmienił swoje stanowisko i zezwolił na czasowe opuszczenie KOZZD przez pacjenta pod konwojem funkcjonariuszy ochrony. Była to pierwsza osoba, której udzielono przepustki losowej po ponad 8 latach funkcjonowania ośrodka⁵⁹. Na taką postawę sądu wpłynął najprawdopodobniej fakt zakomunikowania (w I kwartale 2022 r.) rządowi polskiemu przez Europejski Trybunał Praw Człowieka skarg pacjentów KOZZD, wśród których jednym z problemów był naruszający prawo do życia prywatnego brak dostępu do przepustek.

4. PANDEMIA W INSTYTUCJI TOTALNEJ

Pod koniec 2020 r. okazało się, że władze i personel KOZZD musiały zmierzyć się z wyjątkowo poważnym problemem, wynikającym z trudnej sytuacji epidemicznej w kraju. W październiku w KOZZD powstało ognisko koronawirusa. Wśród zarażonych znalazło się ponad 20 pacjentów placówki – trzech przewieziono do szpitali publicznej służby zdrowia⁶⁰. Na początku listopada chorych było już 33 umieszczonych, mimo tego do KOZZD przyjęto dwie kolejne osoby, narażając ich zdrowie, a nawet życie. Dnia 4 listopada 2020 r. z powodu Covid-19 w szpitalu zmarł pierwszy pensjonariusz⁶¹.

Wiele restrykcji wprowadzonych w KOZZD nie uchroniło pacjentów przed koronawirusem. Środki bezpieczeństwa wdrożone w ośrodku należy uznać za nieskuteczne i nieproporcjonalne, a z perspektywy pacjentów – również niezrozumiałe, ponieważ kierownictwo nie podjęło nawet próby ich wyjaśnienia. Od 5 marca 2020 r. w KOZZD obowiązywał zakaz odwiedzin (został zniesiony dopiero w 2021 r.). Początkowo dotyczył on zarówno najbliższych, jak i kurierów, dostarczających do Gostynina przesyłki (z wyłączeniem Poczty Polskiej), oraz dostawców posiłków spoza ośrodka. Zakazano też dokonywania zakupów w sklepie obwoźnym (przywrócono taką możliwość 25 maja 2020 r.). W dobie pandemii standardem stał się pomiar temperatury wśród pensjonariuszy i personelu, konieczność noszenia ubrań i obuwia ochronnego przez pracowników (w tym maseczek i przyłbic) oraz dezynfekcja rąk, co należy ocenić pozytywnie⁶².

⁵⁹ *Skargi pacjentów KOZZD...*

⁶⁰ *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 3 listopada 2020 r. do Prezesa Rady Ministrów*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/po-do-premiera-pogarsza-sie-sytuacja-epidemiologiczna-w-kozzd> (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 1–2.

⁶¹ *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 9 listopada 2020 r. do Marszałka Senatu*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-kozzd-choruje-22-pacjentow-24-pracownikow-na-kwarantannie> (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 2.

⁶² *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 22 maja 2020 r. do Dyrektora Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-w-sprawie-sytuacji-w-KOZZD-Gostynin> (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 1–2; *Od-*

Za niepotrzebne trzeba natomiast uznać wyłączenie wentylatorów na korytarzach, które miało być zaleceniem Powiatowej Stacji Sanitarno-Epidemiologicznej, jednak nim nie było. To samo dotyczy decyzji o montażu zabezpieczających blach na okiennych lufcikach⁶³, co spowodowało wzrost temperatury w przebudowanych salach bez klimatyzacji i wiatraków do prawie 30 stopni Celsjusza (stan na 29.06.2020 r.). Potrzebna była interwencja Ministerstwa Zdrowia, aby w przestrzeniach wspólnych ponownie uruchomiono klimatyzatory⁶⁴. Na krytykę zasługuje fakt, że pensjonariusze nie zostali poinformowani ani o czasie obowiązywania wprowadzonych ograniczeń (zwłaszcza zakazu odwiedzin), ani nawet o terminie, w którym miałyby odbyć się ponowna ocena konieczności ich utrzymania. Kierownictwo KOZZD, mimo braku przeszkód prawnych, nie zdecydowało się na wdrożenie rozwiązań, które rekompensowałyby brak widzeń poprzez spotkania za pośrednictwem komunikatorów internetowych, takich jak Skype, co proponowali pacjenci Ośrodka⁶⁵. Uprawnienie do kontaktu pensjonariuszy z innymi osobami za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej (ale i telefonu czy osobistego widzenia) wynika wprost z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 22 listopada 2013 r., choć jest warunkowane uzyskaniem zgody kierownika KOZZD. Jednakże kolejny ustęp precyzuje powody odmowy lub cofnięcia takiej zgody i dotyczy wyłącznie sytuacji, w których wspomniany kontakt może powodować wzrost zagrożenia zachowaniami niebezpiecznymi ze strony mieszkańca ośrodka albo zakłócić prowadzoną terapię. Przesłanki te nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zgodnie z treścią ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. istniały więc podstawy do umożliwienia pacjentom rozmów za pośrednictwem Skype'a⁶⁶. Brak bezpośredniego kontaktu z dyrektorem KOZZD nie sprzyjał wypracowaniu jakiegokolwiek porozumienia z mieszkańcami⁶⁷, a w takiej sytuacji trudno o budowanie poczucia bezpieczeństwa i zaufania do władz i personelu placówki. W ramach instytucji totalnej sprzyja to jeszcze większemu odcięciu umieszczonych od społeczeństwa, zwłaszcza ich rodzin, co narusza art. 8 europejskiej

powieź Kierownika Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym z 23 września 2020 r. w sprawie sytuacji w Ośrodku, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/w-kozzd-gostynin-lagodzenie-restrykcji> (dostęp: 5.08.2022 r.), s. 2.

⁶³ M. K. Nowak, *Strajk głodowy w Gostyninie. „Mieli przywracać nas społeczeństwu, a budują twierdzą”*, <https://oko.press/mieli-przywracac-nas-spoleszenstwu-a-buduja-twierdze/> (dostęp: 4.02.2021 r.).

⁶⁴ *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 25 czerwca 2020 r. do Ministra Zdrowia*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-pacjenci-kozzd-protestuja-m.in-przeciw-zlym-warunkom-bytowym> (dostęp: 23.01.2021 r.), s. 1.

⁶⁵ *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 22 maja 2020 r.*, s. 2.

⁶⁶ Taka alternatywa była rekomendowana przez Światową Organizację Zdrowia. Zob. *Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance 15 March 2020*, WHO, Regional Office for Europe 2020, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (dostęp: 17.02.2021 r.), s. 9.

⁶⁷ *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 22 maja 2020 r.*, s. 3.

Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2⁶⁸. To naganna praktyka, demotywująca pensjonariuszy do jakiegokolwiek pracy terapeutycznej, która może prowadzić do okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania, wbrew art. 3 EKPCz czy art. 40 Konstytucji RP.

Ograniczenia wprowadzone w związku z pandemią stały się jedną z przyczyn rozpoczęcia przez pacjentów protestu głodowego. Dnia 23 czerwca 2020 r. 30 pensjonariuszy wystąpiło także przeciwko złym warunkom lokalowym i bytowym w przeludnionym KOZZD (ówcześnie w placówce przebywało 89 pacjentów). Domagali się oni zmian na stanowiskach dyrektora ośrodka i kierownika ochrony oraz przywrócenia możliwości korzystania z usług kurierskich i dostaw posiłków. Wśród postulatów znalazły się także żądania dotyczące reformy w ich traktowaniu przez personel i kierownictwo – zmniejszenie liczby pracowników ochrony, wprowadzenie comiesięcznych spotkań z dyrekcją, odstąpienie od cenzury mediów i listów, ograniczenie prewencyjnego stosowania kajdanek czy usunięcie kamer z łazienek i toalet⁶⁹. Tygodniowy protest przyniósł częściowe porozumienie władz i pacjentów KOZZD. Od razu zagwarantowano możliwość kontaktowania się z bliskimi za pośrednictwem prywatnych telefonów i sprzętów z dostępem do Internetu, również poza salami mieszkalnymi. Pensjonariusze mogą prowadzić rozmowy na Skype, ale z powodu trudności lokalowych nie zapewniono im do tego celu osobnego pokoju. Na każdym oddziale działa też infokiosk połączony z Internetem. Od sierpnia 2020 r. wprowadzono regularne, comiesięczne spotkania z kierownictwem ośrodka⁷⁰. Od 7 września 2020 r. przywrócono obsługę przesyłek kurierskich, a 12 września – zewnętrzne dostawy posiłków. Poza tym zaszły istotne zmiany m.in. w formie stacjonarnych widzeń (możliwość utrzymywania bezpośrednich kontaktów, jak przytulanie czy pocałunek, które dotychczas były zabronione), zwiększono nieco dostęp do spacerów oraz ograniczono prewencyjne używanie kajdanek. Nie rozwiązano jednak najpoważniejszego problemu, związanego z przeludnieniem. Nie dokonano też żadnych zmian kadrowych⁷¹. Do 23 września 2020 r. w Gostyninie nie wystąpiły przypadki zakażenia koronawirusem wśród pensjonariuszy i personelu.

⁶⁸ Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, z późn. zm.; dalej: EKPCz.

⁶⁹ *Wystąpienie generalnie Rzecznika Praw Obywatelskich z 25 czerwca 2020 r....*, s. 1; M. Płatek, *Dlaczego uwięzieni w Gostyninie zorganizowali strajk?*, <https://strajk.eu/kraj-wolnosc-id-teoretycznej-o-porozumieniu-zawartym-po-zakonczeniu-strajku-glodowego-w-osrodku-w-go-styninie/> (dostęp: 5.08.2022 r.).

⁷⁰ Po jakimś czasie kierownictwo KOZZD zrezygnowało z cyklicznych spotkań z pensjonariuszami. Zob. M. K. Nowak, *„Jednemu się udało, wrócił do więzienia. Mówi: inny świat”*. *Osadzeni w Gostyninie głodują*, <https://oko.press/jednemu-sie-udalo-wrocil-do-wiezienia-mowi-inny-swiat-osadzeni-w-gostyninie-gloduja/> (dostęp: 7.08.2022 r.).

⁷¹ M. Płatek, *Dlaczego uwięzieni w Gostyninie...; Odpowiedź Kierownika Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym z 23 września 2020 r....*, s. 1–3.

Diametralna zmiana nastąpiła już w październiku 2020 r. Wtedy też w ośrodku powstało ognisko koronawirusa, a wśród zarażonych znaleźli się nie tylko pacjenci, lecz także pracownicy. Nie istniały żadne rozwiązania prawne, które pozwalałyby na przeniesienie zdrowych mieszkańców KOZZD z Gostynina do innej placówki leczniczej. To samo dotyczyło braku możliwości skierowania nowych osób, uznanych za stwarzające zagrożenie do obiektu, w którym ich zdrowie i życie nie byłoby tak narażane na zakażenie. Mimo to do KOZZD jeszcze w listopadzie 2020 r., mimo istniejącego tam ogniska koronawirusa, trafiło dwóch kolejnych pacjentów. Taką sytuację można uznać za bezpośrednie naruszenie art. 2 EKPCz czy art. 38 i 68 ust. 1 Konstytucji RP, z których wynika pozytywny obowiązek państwa do ochrony życia i zdrowia, także osoby pozbawionej wolności⁷². Gdyby więc deklaracje ze strony Ministerstwa Zdrowia⁷³ i Sprawiedliwości⁷⁴, związane m.in. zapowiadaną szerszą regulacją wolności i praw w drodze nowelizacji ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. i budową nowego budynku na potrzeby umieszczonych, przekuto w działania jeszcze przed powstaniem w ośrodku ogniska koronawirusa, można byłoby uniknąć doprowadzenia funkcjonowania KOZZD do tak krytycznego punktu.

Dnia 1 lutego 2021 r. w ośrodku rozpoczął się kolejny protest głodowy pensjonariuszy. Do strajku przystąpiło jeszcze więcej, bo ok. 40 pacjentów⁷⁵. Postulaty mieszkańców wydają się częściowo tożsame z żądaniami wysuniętymi pod koniec czerwca 2020 r. Problemem pozostają warunki lokalowe i bytowe w KOZZD – ich poprawie nie sprzyjała pandemia koronawirusa oraz przyjmowanie kolejnych osób do placówki⁷⁶. Pensjonariusze dostrzegli także problem pozorności prowadzonej terapii, oderwania od rodzin czy własnej stygmatyzacji i postępującego procesu odczłowieczania, któremu sprzyja nadana im etykieta „bestii”. W ich ocenie podstawowym dylematem pozostaje daleka od doskonałości ustawa z dnia 22 listopada 2013 r.⁷⁷. Po nieco ponad tygodniu, 9 lutego, protest zawieszono. Do tego czasu przedstawiciele Ministerstw Zdrowia i Sprawiedliwości mieli

⁷² *Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 9 listopada 2020 r.*, s. 3.

⁷³ *Protest głodowy pacjentów KOZZD w Gostyninie nadal trwa. MZ prowadzi negocjacje*, <https://www.rynekzdrowia.pl/Polityka-zdrowotna/Protest-glodowy-pacjentow-KOZZD-w-Gostyninie-nadal-trwa-MZ-prowodzi-negocjacje,209516,14.html> (dostęp: 6.08.2022 r.).

⁷⁴ *Odpowiedź Sekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości z 14 lutego 2020 r. do Rzecznika Praw Obywatelskich*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zespol-roboczy-ms-pracujenad-zmianami-ustawy-dot-kozzd> (dostęp: 6.08.2022 r.), s. 1.

⁷⁵ P. Rojek-Socha, *Gostynin pęka w szwach – jest kolejny protest i nerwowe oczekiwanie na zmiany w prawie*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/protest-w-krajowym-osrodku-zapobiegania-zachowaniom-dyssocjalnym,506246.html> (dostęp: 7.08.2022 r.).

⁷⁶ *KOZZD Gostynin. Jak Minister Zdrowia reaguje na sytuację w Ośrodku*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/kozzd-gostynin-protest-glodowt-rpo-do-ministra-zdrowia> (dostęp: 7.08.2022 r.).

⁷⁷ M. K. Nowak, „Jednemu się udało, wrócił do więzienia. Mówi: inny świat”...

zapropnować propozycje i założenia zmian ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. Takie postulaty się jednak nie pojawiły⁷⁸.

5. PODSUMOWANIE

Dnia 10 lutego 2021 r. kierownik KOZZD zapowiedział odmowę przyjęcia kolejnej osoby, która miała zostać skierowana do ośrodka w trybie zabezpieczenia cywilnego⁷⁹. Co więcej, w 2021 r. dyrektor placówki nie zgodził się na umieszczenie trzech osób, co do których wydano prawomocne postanowienia o uznaniu za stwarzające zagrożenie i umieszczeniu w KOZZD⁸⁰. Wstrzymanie przyjęć wydawało się dobrym prognostykiem, który mógł zmusić władze publiczne do podjęcia szybszego działania, jednak tak się nie stało. Nowelizację ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. utrudniał brak współpracy po stronie decydentów politycznych, zwłaszcza Ministerstwa Zdrowia i Sprawiedliwości, co pokazało posiedzenie komisji senackich z dnia 19 stycznia 2021 r.⁸¹.

Jak się okazuje, problem przeludnienia ośrodka w Gostyninie jest aktualny i nie rozwiązało go nawet utworzenie oddziału zamiejscowego. Stosowanie ustawy z dnia 22 listopada 2013 r., która jest pełna luk i nie reguluje nawet podstawowych kwestii związanych z codziennym funkcjonowaniem KOZZD, w warunkach instytucji totalnej skutkuje zbyt dalekim nadużyciem wolności i praw pensjonariuszy. Stanowi ono zagrożenie także dla personelu, ponieważ pacjenci w celu zmiany swojego położenia coraz częściej będą sięgać po radykalne środki⁸², jak np. przedłużające się protesty głodowe, mogące prowadzić do siłowych konfrontacji z pracownikami placówki. Jest to scenariusz, który staje się coraz bardziej realny. Zaniedbania, do których doprowadzono przez lata, tylko totalizują ośrodek. Umieszczeni coraz częściej uważają, że jakiegokolwiek starania, w tym aktywne uczestnictwo w terapii, nie mają sensu. Potęgują to opinie wyrażane przez pracowników KOZZD, którzy deklarują pensjonariuszom,

⁷⁸ M. Płatek, *Zawieszenie strajku w KOZZD w Gostyninie*, <https://obywatele.news/zawieszenie-strajku-w-kozzd-w-gostyninie/> (dostęp: 11.08.2022 r.).

⁷⁹ P. Rojek-Socha, *Placówka w Gostyninie nie przyjmuje kolejnych osób – powód przepelnienie*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kozzd-w-gostyninie-nie-pryjmuje-kolejnych-osob-powod,506380.html> (dostęp: 11.08.2022 r.).

⁸⁰ *Skargi pacjentów KOZZD...*

⁸¹ Posiedzenie Komisji Senackich Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, Komisji Zdrowia (nr 38) z dnia 19 stycznia 2021 r., <https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/posiedzenia,196,1,komisja-praw-czlowieka-praworzadnosci-i-petycji.html> (dostęp: 22.08.2022 r.).

⁸² P. Rojek-Socha, *Placówka w Gostyninie...*

że nigdy nie opuszczą ośrodka⁸³. W połączeniu z ograniczeniami w kontaktach z najbliższymi najlepszy wydaje im się powrót do zakładów karnych⁸⁴, gdzie zasady funkcjonowania są bardziej przejrzyste, a ograniczenia – mniej dotkliwe. Takiemu rozwojowi sytuacji można jednak zapobiec. Pierwszym i podstawowym krokiem jest podjęcie procedur legislacyjnych, których efektem będzie nowelizacja ustawy z dnia 22 listopada 2013 r., a w konsekwencji – przywrócenie choćby minimalnego dostępu do faktycznej terapii.

Otwarte pozostaje pytanie, czy ostatni projekt nowelizacji ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. zaproponowany przez Ministra Zdrowia 4 kwietnia 2022 r. rozwiąże liczne problemy, wynikające z przyjętych w 2013 r. rozwiązań ustawowych, ale i praktyki ich stosowania. Zgodnie z zapowiedzią podstawowym celem tego projektu jest rozbudowanie dotychczasowych rozwiązań w celu pełniejszej regulacji praw i obowiązków pacjentów KOZZD na poziomie ustawowym, tak aby wszelkie rozstrzygnięcia o sytuacji tych osób miały swoją podstawę ustawową, a nie podustawową⁸⁵. Ministerialna propozycja, choć obszerna, pozostaje regulacją niepełną i rozwiązuje tylko wybrane problemy związane z działaniem ośrodka. Z projektu wynika, że w Polsce dalej nie wypracowano modelu funkcjonowania KOZZD, który nie naruszałby wolności i praw jednostki. Z jednej strony, jego przyjęcie przejawiałoby się w doborze konkretnych instrumentów, służących wypełnieniu codziennego życia pacjentów (i postępom terapeutycznym) oraz realnemu przygotowaniu do życia na wolności umieszczonych, mających szansę powrotu do społeczeństwa. Poza tym uwzględniono by sytuację osób, które spędzą resztę życia w KOZZD, rozróżniając ich sytuację i warunki codziennego funkcjonowania⁸⁶. W ten sposób ośrodek mógłby przestać być instytucją totalną. Ważenie wartości, które leżało u podstaw uchwalenia ustawy z dnia 22 listopada 2013 r., wiązałoby się nie tylko z ochroną społeczeństwa, lecz także wolności i praw osób stwarzających zagrożenie. KOZZD stałby się wówczas organizacją, której celem jest prowadzenie terapii i przywracanie do społeczeństwa, a nie detencja dla detencji.

⁸³ *Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z 5 kwietnia 2019 r. z wizytacji...*, s. 16.

⁸⁴ Nawet jeśli będzie to wymagało popełnienia przestępstwa w trakcie pobytu w KOZZD (takiego jak np. zniewaga czy groźba karalna). Zob. M. K. Nowak, „*Jednemu się udało, wrócił do więzienia. Mówi: inny świat*”... Należy zaznaczyć, że w takiej sytuacji ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. nie precyzuje, co ma pierwszeństwo wykonania – kara pozbawienia wolności orzeczona przez sąd karny już w trakcie umieszczenia w ośrodku czy prowadzenie terapii w KOZZD na mocy postanowienia sądu cywilnego.

⁸⁵ *Uzasadnienie projektu ustawy z 4 kwietnia 2022 r. o zmianie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, nr projektu UD 350*, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12358362/katalog/12867236#12867236> (dostęp: 10.05.2022 r.), s. 1.

⁸⁶ *Projekt nowelizacji ustawy o KOZZD rozwiązuje tylko część problemów. Opinia RPO*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-kozzd-projekt-nowelizacji-opinia> (dostęp: 10.05.2022 r.).

REFERENCES

- Becker H., *The Politics of Presentation: Goffman and Total Institutions*, "Symbolic Interaction" 2003, Vol. 26, No. 4
- Bocheński M., *Practical aspects of assessment of risk of re-offending by 'especially dangerous' offenders in the context of the judgment of the Constitutional Tribunal of 23 November 2016 (K 6/14)*, "Problems of Forensic Sciences" 2016, Vol. 108
- Davies Ch., *Goffman's Concept of the Total Institution: Criticisms and Revisions*, "Human Studies" 1989, Vol. 12, No. 1/2
- Dawidziuk E., *Izolacja od społeczeństwa po odbyciu w pełni kary pozbawienia wolności*, „Archiwum Kryminologii” 2019, nr 1(41)
- Domański M., *Opinia z 24 września 2013 r. dotycząca projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, (w:) P. Kościelny (red.), *Rządowy projekt ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577). Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (druk sejmowy nr 1538)*, Warszawa 2013, [https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/\\$file/ppc_2-2013.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/$file/ppc_2-2013.pdf) (dostęp: 15.01.2021 r.)
- Gierowski J. K., *Uwagi psychologa sądowego o możliwościach opiniowania o stopniu zagrożenia u osób objętych ustawą z 22 listopada 2013 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2014, nr 82
- Goffman E., *Instytucje totalne. O pacjentach szpitali psychiatrycznych i mieszkańcach innych instytucji totalnych* (tłum. O. Waśkiewicz, J. Łaszcz), Sopot 2011
- Gutkowska A., Włodarczyk-Madejska J., Klimczak J., Sidor P., *Stosowanie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób a orzekanie wybranych środków zabezpieczających. Analiza porównawcza rozwiązań prawnych*, Warszawa 2020, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/05/2020_Analzy-AGutkowska-Stosowanie-ustawy-o-post%C4%99powaniu.pdf (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Heitzman J., *Ekspertyza z 3 września 2013 r. do projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, (w:) P. Kościelny (red.), *Rządowy projekt ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (druk sejmowy nr 1577). Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (druk sejmowy nr 1538)*, Warszawa 2013, [https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/\\$file/ppc_2-2013.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/C9C9D2ECF427AB48C1257C3900505560/$file/ppc_2-2013.pdf) (dostęp: 15.01.2021 r.)
- Karmel M., *Total Institution and Self-Mortification*, "Journal of Health and Social Behavior" 1969, Vol. 10, No. 2
- Kmieciak B., *Czy szpital psychiatryczny jest (nadal) instytucją totalną?*, „Psychiatria i Psychologia Kliniczna” 2017, nr 2

- Kukliński P., *Terapia, readaptacja czy mrzonka? Porównanie polskich i niemieckich doświadczeń w terapii zaburzonych psychicznie sprawców niebezpiecznych izolowanych od społeczeństwa*, (w:) E. W. Pływaczewski, D. Dajnowicz-Piesiecka, E. Jurgielewicz-Delegacz (red.), *Badania kryminologiczne a praktyka. Perspektywa krajowa i międzynarodowa*, Warszawa 2021
- Perry N., *The Two Cultures and the Total Institution*, "The British Journal of Sociology" 1974, Vol. 25, No. 3
- Piotrowski R., *Opinia o zgodności z Konstytucją RP Wewnętrznego regulaminu organizacyjno-porządkowego pobytu pacjenta w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie z dnia 17 września 2018 roku*, (w:) E. Dawidziuk, J. Nowakowska, *Izolacja sprawców przestępstw uznanych za niebezpiecznych dla społeczeństwa*, Warszawa 2020
- Płatek M., *Kreowanie „groźnych, niebezpiecznych i złych”*, „Archiwum Kryminologii” 2019, nr 1
- Płatek M., *Negatywne skutki iluzji terapii. Uwagi o stosowaniu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 11
- Posłuszny Ł., *Instytucje totalne dzisiaj: stań badań, krytyka, rekonfiguracje*, „Studia Socjologiczne” 2017, nr 4
- Ruiter de C., Petrila J., *TBS in the Netherlands*, (w:) B. K. Puri, I. H. Treasaden (eds.), *Forensic Psychiatry. Fundamentals and Clinical Practice*, Londyn–Nowy Jork 2018
- Weinstein R. M., *Goffman's Asylums and the Social Situation of Mental Patients*, "Journal of Orthomolecular Psychiatry" 1982, Vol. 11, No. 4
- Zalewski W., *Detencja „terapeutyczna” – wątpliwości konstytucyjne i polityczno-kryminalne w kontekście ustawy o „bestiach”*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, nr 4

Inne

- Czersk. Dwóch pierwszych pacjentów filii ośrodka w Gostyninie*, <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2022-01-23/pomorskie-w-poniedzialek-do-filii-osrodka-w-gostyninie-ma-traffic-dwoch-pierwszych-pacjentow/> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Funkcjonowanie ustawy dotyczącej ośrodka w Gostyninie. Seminarium w Biurze RPO*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/funkcjonowanie-ustawy-o-osrodku-w-gostyninie-seminarium-rpo> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Jak znowelizować ustawę dotyczącą KOZZD w Gostyninie. Jest taka możliwość*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-jak-znowelizowac-ustawe-dotyczaca-kozzd-w-gostyninie> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- KOZZD Gostynin. Jak Minister Zdrowia reaguje na sytuację w Ośrodku*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/kozzd-gostynin-protest-glodowt-rpo-do-ministra-zdrowia> (dostęp: 7.08.2022 r.)
- Nowak M. K., *„Jednemu się udało, wrócił do więzienia. Mówi: inny świat”. Osadzeni w Gostyninie głodują*, <https://oko.press/jednemu-sie-udalo-wrocil-do-wiezienia-mowi-inny-swiat-osadzeni-w-gostyninie-gloduja/> (dostęp: 7.08.2022 r.)
- Nowak M. K., *Strajk głodowy w Gostyninie. „Mieli przywracać nas społeczeństwu, a budują twierdzę”*, <https://oko.press/mieli-przywracac-nas-spoleszenstwu-a-buduja-twierdze/> (dostęp: 4.02.2021 r.)

- Odpowiedź Kierownika Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym z 23 września 2020 r. w sprawie sytuacji w Ośrodku*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/w-kozzd-gostynin-lagodzenie-restrykcji> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Odpowiedź Sekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości z 14 lutego 2020 r. do Rzecznika Praw Obywatelskich*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/zespol-roboczym-pracuje-nad-zmianami-ustawy-dot-kozzd> (dostęp: 6.08.2022 r.)
- „Ośrodek dla bestii” w Gostyninie będzie rozbudowany*, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/1489365,kozzd-osrodek-dla-bestii-w-gostyninie-rozbudowa.html> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Plątek M., *Dlaczego uwięzieni w Gostyninie zorganizowali strajk?*, <https://strajk.eu/kraj-wolnoscid-teoretycznej-o-porozumieniu-zawartym-po-zakonczeniu-strajku-glodowego-w-osrodku-w-gostyninie/> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Plątek M., *Zawieszenie strajku w KOZZD w Gostyninie*, <https://obywatele.news/zawieszenie-strajku-w-kozzd-w-gostyninie/> (dostęp: 11.08.2022 r.)
- Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance 15 March 2020*, WHO, Regional Office for Europe 2020, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336525/WHO-EURO-2020-1405-41155-55954-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (dostęp: 17.02.2021 r.)
- Projekt nowelizacji ustawy o KOZZD rozwiązuje tylko część problemów. Opinia RPO*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-kozzd-projekt-nowelizacji-opinia> (dostęp: 10.05.2022 r.)
- Protest głodowy pacjentów KOZZD w Gostyninie nadal trwa. MZ prowadzi negocjacje*, <https://www.rynekzdrowia.pl/Polityka-zdrowotna/Protest-glodowy-pacjentow-KOZZD-w-Gostyninie-nadal-trwa-MZ-prowadzi-negocjacje,209516,14.html> (dostęp: 6.08.2022 r.)
- Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z 5 kwietnia 2019 r. z wizytacji Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym w Gostyninie*, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyci%C4%85g%20-%20KOZZD%20Gostynin%202019.pdf> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Raport przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z 5 maja 2021 r. z rewizytacji Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym w Gostyninie*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/ponowna-wizytacja-kmpt-w-krajowym-osrodku-zapobiegania-zachowaniom-dyssocjalnym-w-gostyninie-KOZZD> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Rojek-Socha P., *Gostynin pęka w szwach – jest kolejny protest i nerwowe oczekiwanie na zmiany w prawie*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/protest-w-krajowym-osrodku-zapobiegania-zachowaniom-dyssocjalnym,506246.html> (dostęp: 7.08.2022 r.)
- Rojek-Socha P., *Placówka w Gostyninie nie przyjmuje kolejnych osób – powód przepelnienie*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/kozzd-w-gostyninie-nie-przyjmuje-kolejnych-osob-powod,506380.html> (dostęp: 11.08.2022 r.)
- Skargi pacjentów KOZZD do Trybunału w Strasburgu. Opinie „amicus curiae” RPO*, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-kozzd-pacjenci-etpc-skargi-amicus-curiae> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Uzasadnienie projektu ustawy z 4 kwietnia 2022 r. o zmianie ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, ustawy o świadczeniach opieki*

- zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz ustawy o działalności leczniczej, nr projektu UD 350, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12358362/katalog/12867236#12867236> (dostęp: 10.05.2022 r.)
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób z 17 lipca 2013 r. (druk nr 1577)*, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1577> (dostęp: 5.08.2021 r.)
- Wewnętrzne regulaminy organizacyjno-porządkowe pobytu pacjenta w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie z 2 stycznia 2020 r.*, <http://kozzd-gostynin.bip.eur.pl/public/?id=179972> (dostęp: 5.08.2021 r.)
- Wewnętrzny regulamin pobytu pacjenta w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie z 28 czerwca 2021 r.*, <http://kozzd-gostynin.bip.eur.pl/public/?id=214734> (dostęp: 9.05.2022 r.)
- Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 22 maja 2020 r. do Dyrektora Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-w-sprawie-sytuacji-w-KOZZD-Gostynin> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 25 czerwca 2020 r. do Ministra Zdrowia*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-pacjenci-kozzd-protestuja-m.in-przeciw-zlym-warunkom-bytowym> (dostęp: 23.01.2021 r.)
- Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 3 listopada 2020 r. do Prezesa Rady Ministrów*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/po-do-premiera-pogarsza-sie-sytuacja-epidemiologiczna-w-kozzd> (dostęp: 5.08.2022 r.)
- Wystąpienie generalne Rzecznika Praw Obywatelskich z 9 listopada 2020 r. do Marszałka Senatu*, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/koronawirus-rpo-kozzd-choruje-22-pacjentow-24-pracownikow-na-kwarantannie> (dostęp: 5.08.2022 r.)

Katarzyna Laskowska

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

e-mail: laskowska@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0001-6767-3929

**KARA ŚMIERCI W REPUBLICIE BIAŁORUŚ
– ASPEKTY KONSTITUCYJNE, KARNOPRAWNE
I WYKONAWCZE¹**

**THE DEATH PENALTY IN THE REPUBLIC OF BELARUS:
CONSTITUTIONAL, CRIMINAL AND EXECUTIVE ASPECTS**

Abstract

This paper tackles the problem of death penalty in Belarus which is a not yet analyzed topic in the Polish literature. This problem seems to be important since Belarus remains the only European country where death sentences are imposed and carried out. The author describes the law regulations and possible results included in the Criminal Code and the Criminal Enforcement Code of the Republic of Belarus. In particular, emphasized are the assumptions against the international law, very wide scope of adjudication, inhumane way of execution, and limited access to information. Some possible actions undertaken to amend the death penalty law in Belarus are also discussed.

¹ Źródło finansowania publikacji stanowi subwencja Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku.

KEYWORDS

death penalty, right to life, moratorium, Constitution of the Republic of Belarus, Criminal Code of the Republic of Belarus, Criminal Enforcement Code of the Republic of Belarus

SŁOWA KLUCZOWE

kara śmierci, prawo do życia, moratorium, Konstytucja Republiki Białoruś, kodeks karny Republiki Białoruś, kodeks karny wykonawczy Republiki Białoruś

Punkt wyjścia do rozważań w ramach niniejszego opracowania stanowi niezbywalne prawo do życia, stanowiące główne miejsce w systemie praw człowieka. Przewidują je konstytucje oraz kodeksy karne poszczególnych państw. Jednakże, mimo gwarancji zawartych w tych aktach, to naturalne prawo nie zawsze jest respektowane. Taka sytuacja występuje w Republice Białoruś (na Białorusi). Współcześnie jest to jedyne państwo w Europie, w którym jest orzekana i wykonywana kara śmierci. Wydaje się to wręcz nieprawdopodobne, że w XXI w. na starym kontynencie prawo przewiduje stosowanie tej kary eliminacyjnej.

Celem niniejszego opracowania jest omówienie prawnych, tj. konstytucyjnych, karnomaterialnych i karnow wykonawczych, regulacji kary śmierci na Białorusi, a także przedstawienie propozycji zmian prawa w tym zakresie.

Podstawę analiz stanowią: Konstytucja Republiki Białoruś z 1994 r., kodeks karny Republiki Białoruś z 1999 r., kodeks karny wykonawczy Republiki Białoruś z 2000 r. oraz literatura prawnicza dotycząca tytułowej problematyki.

Na potrzeby opracowania przyjęto tezę, że szeroki zakres regulacji kary śmierci na Białorusi narusza prawo człowieka do życia, gwarantowane przez przepisy prawa krajowego i międzynarodowego.

1. KONSTYTUCJA REPUBLIKI BIAŁORUŚ Z 1994 R. WOBEC KARY ŚMIERCI

Należy podkreślić, że część przepisów Konstytucji Republiki Białoruś z 1994 r.² (dalej: Konstytucja RB) odnosi się do kary śmierci. Z pewnością, punkt wyjścia do rozważań stanowi art. 22 przewidujący, że: „Wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, do równej ochrony swo-

² *Konstitutsiya Respubliki Belarus' ot 15 marta 1994 g.*, <https://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/> (dostęp: 8.08.2022 r.).

ich praw i uzasadnionych interesów”. Wynika z niego, że zagwarantowanie praw i wolności obywateli stanowi najwyższy cel państwa.

Kolejny, istotny dla tytułowych analiz, przepis art. 24 stanowi, że: „Każdy ma prawo do życia” (ust. 1). „Państwo chroni życie człowieka przed wszelkimi bezprawnymi zamachami” (ust. 2). „Kara śmierci do czasu jej zniesienia może być stosowana zgodnie z prawem jako kara wyjątkowa za szczególnie ciężkie przestępstwa i tylko na podstawie wyroku sądu” (ust. 3). Stanowi więc, że państwo chroni życie człowieka przed zamachami. Natomiast zakaz kary śmierci z niego nie wynika³. Niektórzy prawnicy powątpiewają, że Konstytucja RB gwarantuje podstawowe prawo z art. 24 ust. 1 i 2. Uważają, że realizacja tego uniwersalnego, powszechnego prawa nie jest możliwa na Białorusi ze względu na ingerencję w prawa człowieka poprzez orzekanie i wykonywanie kary śmierci⁴. Art. 24 ust. 3 jasno wskazuje na czasowy i wyjątkowy charakter kary⁵. Stanowi „wektor państwowej polityki w sferze karnoprawnej” wskazujący na potrzebę realizacji tej normy prawnej⁶.

Niektórzy białoruscy prawnicy uważają art. 24 Konstytucji RB za „rozwiązanie optymalne, uwzględniające wszelkie możliwe niuanse rozwoju systemu prawnego i stanowiące imperatyw prawny dla władz publicznych, które są zobowiązane do przyjęcia środków mających na celu wyłączenie go ze środków odpowiedzialności karnej”⁷. Jednakże powyższa pozytywna ocena nie była powszechna, bowiem wielu prawników miało wątpliwości co do zgodności obowiązujących regulacji z prawem międzynarodowym. Ich podstawę stanowił art. 8 Konstytucji RB stanowiący, że: „Białoruś uznaje priorytet zasad prawa międzynarodowego i zapewnia zgodność z nimi ustawodawstwa”. Wskazywano zatem na rozbieżność deklaracji i praktyki w tym zakresie.

W związku z tym w dniu 11 marca 2004 r. Sąd Konstytucyjny wydał orzeczenie „W sprawie zgodności Konstytucji Republiki Białoruś i traktatów międzynarodowych Republiki Białorusi z przepisami Kodeksu karnego Republiki Białoruś przewidującego stosowanie kary śmierci jako kary”⁸. Podstawę rozstrzygnięcia

³ M. I. Pastukhov, *K voprosu ob otmene smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Studia Politologiczne” 2016, Vol. 40, s. 172.

⁴ D. G. Poleshchuk, *Otmena smertnoy kazni kak mezhdunarodnyy standart v oblasti prav cheloveka*, <https://elib.bsu.by> (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁵ V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, *Elektronnyy sbornik trudov molodykh spetsialistov Polotskogo Gosudarstvennogo Universiteta*, Vypusk 22, Novopolotsk 2018, s. 294.

⁶ G. A. Vasilevich, *Konstitutsionno-pravovyye aspekty otmeny smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Vestnik Konstitutsionnogo Suda Respubliki Belarus” 2002, № 2, s. 82.

⁷ G. A. Vasilevich, *Belarus' na puti k otmene smertnoy kazni: vozmozhnyye varianty resheniya*, (w:) M. V. Andriyashko (red.), *Ugolovnaya politika Respubliki Belarus': sostoyaniye i puti sovershenstvovaniya*, Baranovichy 2016, s. 11.

⁸ *Zaklyucheniye Konstitutsionnogo Suda Respubliki Belarus' ot 11 marta 2004 g.*, „Vestnik Konstitutsionnogo Suda Respubliki Belarus” 2004, № 1, s. 89–100.

stanowiła analiza zgodności białoruskiego kodeksu karnego z 1999 r. z konstytucją i z traktatami międzynarodowymi ratyfikowanymi przez Republikę Białoruś w zakresie kary śmierci⁹ oraz praktyka jej orzekania i wymierzania, wyniki referendum z 1996 r., a także problematyka błędów sądowych. W wyniku tego Sąd Konstytucyjny zdecydował o uznaniu art. 48 ust. 1 pkt 11 (katalog kar) i art. 59 (regulacja kary śmierci) kodeksu karnego Republiki Białoruś za niezgodne z Konstytucją RB ze względu na brak w nich informacji o tymczasowym charakterze kary śmierci. Zauważył również, że art. 24 ust. 3 Konstytucji RB dopuszcza wprowadzenie moratorium na wykonywanie kary śmierci lub całkowite zniesienie tej kary. Decyzję z tego zakresu pozostawił „Głowie Państwa i parlamentowi”¹⁰. Podkreślił wyjątkowość kary¹¹. Jednocześnie „nie wskazał żadnych rekomendacji odnośnie dróg jej zniesienia” na Białorusi¹².

Niektórzy twierdzą, że kara śmierci w białoruskim kodeksie karnym nie stanowi zaprzeczenia aktom prawa międzynarodowego, jedynie nie odpowiada ogólnoeuropejskiej praktyce. Zatem białoruskie prawo karne „nie rozwija się wspólnie” z prawem karnym w Europie¹³. Niektórzy prawnicy białoruscy, analizując karę śmierci, podkreślają, że przy opracowywaniu w latach 90. projektu kodeksu karnego brano pod uwagę Powszechną Deklarację Praw Człowieka, Międzynarodowy Pakt o Prawach Obywatelskich i Politycznych, a także europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, związany z nią Protokół nr 6 oraz wiele rezolucji Rady Europy¹⁴. Ponadto wskazują, że w podpisanej przez Białoruś Konwencji Wspólnoty Niepodległych Państw o prawach i podstawowych wolnościach człowieka, która weszła w życie w tym kraju w 1998 r., zawarto rozwiązania zakazujące orzekanie kary wobec kobiet i wobec nieletniego w czasie przestępstwa. Według nich, świadczy to o tym, że prawo karne jest dostosowane do tych regulacji¹⁵. Aczkolwiek, w rzeczywistości, wiele rozwiązań ww. aktów prawa międzynarodowego nie zostało wdrożonych na rzecz eliminacji kary śmierci z kodeksu karnego Republiki Białoruś.

⁹ L. I. Tsygankova, *Smertnaya kazn' v Belarusi: sokhranit' ili otkazat'sya*, (w:) V. N. Vatył' (red.), *Belorusskaya potologiya: mnogoobraziye v yedinstve. Respublika Belarus' v globaliziruyushchemsya mire. Tezisy dokladov IV mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii* (Grodno, 13–14 maja 2010 g.). V 2 ch. Ch. 2, Grodno 2010, s. 200.

¹⁰ M. I. Pastukhov, *K voprosu ob...*, s. 175–176.

¹¹ L. I. Tsygankova, *Smertnaya kazn' v Belarusi: sokhranit' ili otkazat'sya*, (w:) V. N. Vatył' (red.), *Belorusskaya...*, s. 200.

¹² N. A. Kodak, *K voprosu smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, s. 161, http://media.miu.by/files/store/items/uses/xxv/miu_uses_xxv_04015.pdf (dostęp: 18.10.2021 r.)

¹³ A. A. Goryunova, A. I. Sakun, *Konstitutsionnyye ogranicheniya prava na zhizn' v Respublike Belarus'*, s. 104, https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/107280/1/goryunova_sakun_sbornik%2013_tom2.pdf (dostęp: 18.10.2021 r.)

¹⁴ V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy...*, s. 294.

¹⁵ A. S. Khursanova, K. M. Shamkut', *Pravo na zhizn' i problema smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, s. 201, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/89782/1/Khursanova_A._S..pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

2. KARA ŚMIERCI W UJĘCIU KODEKSU KARNEGO REPUBLIKI BIAŁORUŚ

Kara śmierci zawarta jest w katalogu kar przewidzianym w art. 48 ust. 1 pkt 10 kodeksu karnego Republiki Białoruś z 1999 r.¹⁶ (dalej: k.k. RB) do czasu jej zniesienia. Natomiast sytuację prawną kary śmierci określa art. 59 k.k. RB.

Na podstawie art. 59 ust. 1 k.k. RB dopuszcza się stosowanie kary śmierci jako kary wyjątkowej. Jej wyjątkowość polega na tym, że jest to jedyna kara pozbawiająca człowieka życia, będącego największą wartością, na podstawie wyroku sądu¹⁷. Dotyczy ona zarówno wagi przestępstw będących podstawą jej orzeczenia, jak i sposobu jej wykonania. Zawsze występuje alternatywnie z karą dożywotniego pozbawienia wolności.

Na mocy art. 59 ust. 1 k.k. RB wykonanie kary śmierci odbywa się poprzez rozstrzelanie. Procedura i tryb jej wykonania zostaną omówione w dalszej części opracowania.

Na podstawie art. 59 ust. 1 k.k. RB przesłanką orzeczenia kary śmierci jest popełnienie przestępstw przewidzianych w: art. 124 ust. 2 (zabójstwo przedstawiciela obcego państwa lub organizacji międzynarodowej w celu prowokacji utrudniającej stosunki międzynarodowe, wywołania wojny lub destabilizacji porządku publicznego w obcym państwie); art. 126 ust. 3 (akt międzynarodowego terroryzmu w okolicznościach obciążających); art. 289 ust. 3 (akt terroryzmu w okolicznościach obciążających); art. 359 ust. 2 (akt terroryzmu wobec działacza państwowego i społecznego), lub innych szczególnie ciężkich przestępstw związanych z umyślnym pozbawieniem życia człowieka w okolicznościach obciążających. Stanowią je: przygotowanie lub prowadzenie agresywnej wojny w okolicznościach obciążających (art. 122 ust. 2); ludobójstwo (art. 127); przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu ludzkości, tj. deportacja, nielegalne uwięzienie, niewolnictwo, masowe lub systematyczne egzekucje bez procesu, porwanie ludzi, po którym następuje ich zaginięcie, tortury lub akty okrucieństwa, popełnione w związku z rasowym, narodowościowym, etnicznym pochodzeniem, przekonaniem politycznym i wyznaniem ludności cywilnej (art. 128); zastosowanie broni masowego rażenia (art. 134), naruszenie praw i zwyczajów wojennych w okolicznościach obciążających (art. 135 ust. 3); zabójstwo w okolicznościach obciążających (art. 139 ust. 2); spisek lub inne działania, popełnione w celu przejęcia władzy państwowej w okolicznościach obciążających (art. 357

¹⁶ *Ugolovnyy Kodeks Respubliki Belarus' 275-Z ot 9.07.1999 g.*, https://kodeksy-by.com/ugolovnyj_kodeks_rb.htm (dostęp: 8.08.2022 r.).

¹⁷ K. D. Vasil'yeva, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus' kak isklyuchitel'naya mera nakazaniya*, (w:) O. A. Lavshuk (red.), *Molodaya nauka – 2019: regional'naya nauchno-prakticheskaya konferentsiya studentov i aspirantov vuzov Mogilevskoy oblasti: materialy konferentsii*, Mogilev 2019, s. 222.

ust. 3), sabotaż popełniony przez zorganizowaną grupę lub skutkującego śmiercią ludzi lub innymi poważnymi następstwami (art. 360 ust. 2); zabójstwo pracownika organów spraw wewnętrznych (art. 362).

Jak wynika z analizy białoruskiego kodeksu karnego, karę śmierci przewidziano za 13 przestępstw zawartych w 4 kategoriach: przestępstwa przeciwko pokojowi, bezpieczeństwu ludzkości i przestępstwa wojskowe; przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu; przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu publicznemu i zdrowiu ludności; przestępstwa przeciwko państwu i porządkowi zarządzania. Należy podkreślić, że jest to znaczna liczba czynów. Pomimo różnych nazw, ich istota polega na spowodowaniu śmierci jednostki w szczególnych okolicznościach.

Plenum Sądu Najwyższego Republiki Białoruś zaleciło, by sądy skazywały na karę śmierci lub dożywotnie pozbawienie wolności za zabójstwa w obciążających okolicznościach tylko wówczas, gdy jest to konieczne ze względu na szczególne okoliczności obostrzające odpowiedzialność razem z innymi cechami, które charakteryzują skazanego jako osobę przedstawiającą wyjątkowe zagrożenie dla społeczeństwa. Zatem wydanie wyroku śmierci obwarowane jest zarówno katalogiem przestępstw szczególnie ciężkich, jak i cechami skazanego¹⁸. W orzeczeniu sąd powinien dokładnie wskazać okoliczności stanowiące jego podstawę¹⁹.

Na karę śmierci mogą skazywać tylko sądy wojewódzkie, Miński Sąd Rejonowy i Sąd Najwyższy. Sądy rejonowe nie mają takich kompetencji²⁰. Z praktyki sądowej wynika, że najczęściej kara ta orzekana była za zabójstwo dwóch lub więcej osób lub za zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem²¹. Dominujące motywy ich popełnienia stanowiły konflikty życia codziennego. Sprawcy najczęściej byli w stanie nietrzeźwości²². Tylko w jednym wypadku skazano za popełnienie aktu terrorystycznego (zamach w mińskim metrze w dniu 11 kwietnia 2011 r.)²³.

¹⁸ S. M. Shurov, *Smertnaya kazn' kak vid nakazaniya v Respublike Belarus'*, s. 121, https://elib.amia.by/bitstream/docs/4897/1/121-ygol_isp_konf2020.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

¹⁹ V. V. Khomich, *Glava 9*, (w:) A. V. Barkov, V. M. Khomich, *Nauchno-prakticheskiy komentariy k Ugolovnomu kodeksu Respubliki Belarus'*, Minsk 2010, s. 162.

²⁰ A. N. Bruyako, D. A. Budnik, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus': ugovolno-pravovoy aspekt*, (w:) *Bezopasnost' cheloveka i obshchestva: sovershenstvovaniye sistemy reagirovaniya i upravleniya zashchitoy ot chrezvychaynykh situatsiy. Sbornik materialov III Mezhdunarodnoy zaochnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Minsk 2019, s. 206.

²¹ V. V. Alekseyev, *Smertnaya kazn' kak mera ugovolnogo nakazaniya v Respublike Belarus'*, (w:) N. V. Panteleyeva (red.), *Gosudarstvo i pravo: aktual'nyye problemy formirovaniya pravovogo soznaniya. Sbornik statey III Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Mogilev 2020, s. 135.

²² V. V. Alekseyev, *Smertnaya kazn' kak mera ugovolnogo nakazaniya v Respublike Belarus'*, (w:) N. V. Panteleyeva (red.), *Gosudarstvo i pravo...*, s. 135.

²³ M. I. Pastukhov, *K voprosu ob...*, s. 174.

Na podstawie art. 59 ust. 1 k.k. RB przyjęto, że kara śmierci będzie orzekana do czasu jej zniesienia. Zatem jej cechą jest tymczasowość²⁴. Białoruscy prawnicy podkreślają, że występowanie w konstytucji i w dwóch artykułach kodeksu karnego (art. 48 i 59) w nawiasie – „do zniesienia kary śmierci” – wskazuje na czasowość kary i możliwość jej zniesienia w określonych warunkach²⁵. Jednakże komentarze do kodeksu karnego, orzeczenia Sądu Najwyższego, jak również literatura prawnicza nie wskazują potencjalnych okoliczności determinujących zniesienie kary śmierci.

Art. 59 ust. 2 k.k. RB zawiera wyłączenia określonych kategorii osób, wobec których kara śmierci może być orzekana. Stanowią je: osoby, które popełniły przestępstwa w wieku poniżej 18 lat; kobiety; mężczyźni, którzy w dniu wydania wyroku ukończyli 65 lat. W ten sposób przyjęto „liberalne” stanowisko wobec osób bardzo młodych, kobiet i starszych mężczyzn. Według niektórych białoruskich prawników nieorzekanie kary wobec nieletnich i kobiet wskazuje bardziej na prawny humanitaryzm niż humanitaryzm wobec człowieka. Jest to raczej przejaw troski o następne pokolenia, tj. o „rozumny stosunek do przyszłości państwa i sytuacji demograficznej w przyszłości”²⁶.

Na mocy art. 59 ust. 3 k.k. RB przewidziano instytucję ułaskawienia poprzez zamianę kary śmierci na dożywotnie pozbawienie wolności. Tego aktu w stosunku do indywidualnie określonej osoby dokonuje Prezydent Republiki Białoruś (Prezydent RB) na podstawie art. 96 ust. 1 k.k. RB. Natomiast tryb rozpatrywania spraw dotyczących ułaskawienia skazanych reguluje dekret Prezydenta Republiki Białorusi z dnia 3 grudnia 1994 r. o zatwierdzeniu Regulaminu o trybie realizacji w Republice Białoruś ułaskawiania skazanych, zwolnienia od odpowiedzialności karnej osób, które przyczyniły się do ujawnienia przestępstw i usuwania skutków ich popełnienia²⁷.

Na jego mocy podstawę ułaskawienia stanowi osobista prośba skazanego, która jest rozpatrywana dopiero po uprawomocnieniu się wyroku (pkt 6). Składa ją on za pośrednictwem administracji zakładu karnego (pkt 8). Z prośbą o ułaskawienie może zwrócić się do Prezydenta RB w ciągu 10 dni od daty otrzymania odpisu wyroku lub kasacji. Jeżeli nie złoży w określonym terminie prośby

²⁴ K. D. Vasil'yeva, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus' kak isklyuchitel'naya mera nakazaniya*, (w:) O. A. Lavshuk (red.), *Molodaya nauka...*, s. 222.

²⁵ V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy...*, s. 294.

²⁶ V. V. Voluyevich, *Smertnaya kazn' kak ogranicheniye prava na zhizn'*, (w:) A. A. Vishnevskiy (red.), *Sovremennoye sostoyaniye i perspektivy razvitiya grazhdanskogo, semeynogo zakonodatel'stva i zakonodatel'stva o trude Respubliki Belarus'. Materialy Respublikanskoj nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Baranovichi 2016, s. 13.

²⁷ *Polozheniye o poriadke osushchestvleniya v Respublike Belarus' pomilovaniya osuzhdennykh, osvobozhdeniya ot ugolovnoy otvetstvennosti lits, sposobstvovavshikh raskrytiyu prestupleniy i ustraneniyu posledstviy ikh soversheniya ot 3 dekabrya 1994 g.* (w redakcji z dnia 26.03.2021 r.), <https://president.gov.by/bucket/assets/uploads/documents/2021/122uk.pdf> (dostęp: 8.08.2022 r.).

o ułaskawienie lub oświadczy, że nie chce jej składać, wówczas sporządzany jest stosowny protokół. Prośbę lub protokół przesyła się Prezydentowi RB nie później niż w ciągu 3 dni od otrzymania prośby skazanego lub sporządzenia protokołu. Wykonanie wyroku śmierci zostaje zawieszane do czasu rozpatrzenia prośby o ułaskawienie lub materiałów dotyczących odmowy złożenia prośby (pkt 15).

Prośba o ułaskawienie osoby skazanej na karę śmierci lub materiały o odmowie złożenia przez nie nią prośby, przed przekazaniem ich Komisji do spraw ułaskawienia i uwolnienia od odpowiedzialności karnej przy Prezydencie RB (dalej: Komisja), przesyłane są do Sądu Najwyższego i Prokuratury Generalnej. W terminie 2 tygodni organy te przedstawiają opinie zawierające treść wydanych orzeczeń sądowych, okoliczności popełnienia przestępstw, dane dotyczące skazanego, a także ich propozycje merytoryczne w stosunku do prośby lub materiałów dotyczących odmowy złożenia prośby (pkt 16). Prośby o ułaskawienie osób skazanych na karę śmierci wraz z propozycjami Komisji kierowane są w celu rozpatrzenia do Prezydenta RB (pkt 19). Decyzje w sprawie ułaskawienia lub odrzucenia prośb o ułaskawienie skazanych podejmuje Prezydent RB w formie dekretów (pkt 23). Następnie przekazywane są one Sądowi Najwyższemu w celu wykonania w stosunku do osób skazanych na karę śmierci (pkt 24). Sprawozdania z ich wykonania przesyłane są Prezydentowi RB przez Sąd Najwyższy (pkt 25).

Białoruscy prawnicy ubolewają, że informacje o pracach Komisji i przypadkach ułaskawienia bardzo rzadko pojawiają się w prasie. Dotychczas znana jest tylko jedna sytuacja ułaskawienia przez A. Łukaszenkę osoby skazanej na karę śmierci²⁸.

Poza art. 59 k.k. RB poświęconym regulacji kary śmierci, także inne przepisy kodeksu karnego kształtują sytuację prawną skazanego na nią. Niektóre z nich poprawiają ją, inne – wręcz przeciwnie.

Na korzyść działają przepisy przewidujące zakaz orzekania kary śmierci: za przygotowanie i usiłowanie przestępstwa z wyłączeniem usiłowania przestępstw z art. 124 ust. 2, art. 126 ust. 3, art. 289 ust. 3 i art. 359 ust. 2 (art. 67 ust. 2 k.k. RB) oraz wobec oskarżonego aktywnie współpracującego z organami²⁹ (art. 69¹ k.k. RB). Ważną rolę w tym zakresie odgrywa też instytucja przedawnienia. O jej zastosowaniu wobec osoby, która popełniła przestępstwo, za które może zostać skazana na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę śmierci, rozstrzyga sąd. W razie niestwierdzenia przez niego możliwości zwolnienia określonej osoby z odpowiedzialności karnej z powodu upływu przedawnienia, nie może on orzec kary dożywotniego pozbawienia wolności lub kary śmierci. Orzeka wówczas karę pozbawienia wolności (art. 83 ust. 5 k.k. RB).

Trudną sytuację sprawcy przestępstwa pogłębia art. 69 ust. 2 k.k. RB. Na jego podstawie na wymiar kary za szczególnie ciężkie przestępstwo polegające

²⁸ S. A. Borsuchenko, *Pravovoy status smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Vestnik RPA” 2021, № 1, s. 60.

²⁹ Nie obejmuje to dobrowolnego przyznania się do winy.

na umyślnym pozbawieniu życia w okolicznościach obciążających nie wpływa występowanie okoliczności łagodzących odpowiedzialność. Oznacza to, że mimo nastąpienia takich okoliczności, sprawcy zostanie orzeczona kara śmierci.

Art. 59 k.k. RB przeczy art. 24 Konstytucji Republiki Białoruś. Kara śmierci narusza prawo do życia gwarantowane przez Konstytucję i prawo międzynarodowe³⁰.

3. KARA ŚMIERCI W UJĘCIU KODEKSU KARNEGO WYKONAWCZEGO REPUBLIKI BIAŁORUŚ

Wykonywanie kary śmierci regulują art. 174–176 kodeksu karnego wykonawczego Republiki Białoruś z 2000 r. (dalej: k.k.w. RB)³¹.

Na podstawie art. 174 ust. 1 k.k.w. RB skazani na karę śmierci objęci są wzmocnionym nadzorem i umieszczeni w oddzielnych celach. Zasadniczo, mają obowiązki i prawa analogiczne do osób przebywających w miejscach wykonywania aresztu. Nie mają prawa do spaceru.

Podczas przetrzymywania osób skazanych na śmierć „zapewnia się im niezawodną ochronę i izolację oraz bezpieczeństwo personelu”. W związku z tym po wydaniu wyroku przez sąd skazany zostaje umieszczony w izolatce pod ścisłą strażą w instytucji wykonującej karę. Znajduje się ona w odrębnym budynku, z ograniczonym dostępem pracowników placówki. Skazany przebywa w niej w specjalnej, wyróżniającej go odzieży. Otrzymuje trzy posiłki dziennie, pościel i środki higieny osobistej. Nie podlega zatrudnieniu³².

Po uprawomocnieniu się wyroku osoby skazane na karę śmierci na mocy art. 174 ust. 2 k.k.w. RB mają prawo do:

- 1) złożenia wniosku o ułaskawienie w trybie przewidzianym prawem;
- 2) odbywania spotkań z adwokatami i innymi osobami, uprawnionymi do świadczenia pomocy prawnej, bez ograniczania czasu ich trwania i liczby. W ten sposób realizuje się prawo skazanych do uzyskania pomocy prawnej (sporządzenie skargi na wyrok sądu, wniosku o ułaskawienie, testamentu lub innej umowy)³³;

³⁰ V. V. Voluyevich, *Smertnaya kazn' kak ogranicheniye prava na zhizn'*, (w:) A. A. Vishnevskiy (red.), *Sovremennoye sostoyaniye...*, s. 14.

³¹ *Ugolovno-Iсполnitel'nyy Kodeks Respubliki Belarus' 365-Z ot 11.01.2000 g.*, https://kodeksy-by.com/ui_kodeks_rb.htm (dostęp: 8.08.2022 r.).

³² T. G. Tereshchenko, *Belorusskiy opyt ispolneniya nakazaniya v vide smertnoy kazni i perspektivy yego transformatsii*, (w:) *Ugolovno-ispolnitel'naya sistema: realii i perspektivy razvitiya. Materialy II Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Pskov 2020, s. 305.

³³ *Ibidem*, s. 303.

3) odbierania i wysyłania listów bez ograniczeń. Korespondencja skazanego podlega cenzurze i rejestracji. Odnotowuje się daty jej otrzymywania i wysyłania. Koszty wysyłki ponosi skazany, a w razie braku środków finansowych – placówka (korespondencja do najbliższych). Może też wysłać skargi, prośby i informacje do różnych organów w związku z ochroną swoich praw (prokuratura, sąd, organy wykonywania kary, instytucje społeczne)³⁴;

4) odbycia jednego krótkiego widzenia z najbliższymi raz w miesiącu. Następuje to zgodnie z zasadą humanizmu w celu „utrzymywania więzi społecznych”. Prawo nie przewiduje dłuższych i częstszych widzeń³⁵;

5) otrzymywania raz na 3 miesiące jednej paczki lub przesyłki w trybie, ustalonym przez administrację instytucji, zakupu żywności i artykułów pierwszej potrzeby w ciągu miesiąca w formie bezgotówkowej ze środków dostępnych na ich kontach osobistych, w tym otrzymanych za pośrednictwem przekazów pocztowych, w wysokości ustalonej dla osób osadzonych w zakładach karnych o zaostrożnym rygorze;

6) sformalizowania, zgodnie z procedurą ustanowioną przez prawo, niezbędnych stosunków cywilnoprawnych oraz małżeńskich i rodzinnych. Należą do nich, np.: wzięcie ślubu lub rozwodu, ustanowienie ojcostwa, sporządzenie testamentu. Mają one wpływ na sytuację innych osób po wykonaniu wyroku śmierci wobec skazanego³⁶;

7) przyjmowania wizyt duchownego. Ich liczba i częstotliwość nie jest uregulowana. Ważne jest wówczas zagwarantowanie bezpieczeństwa duchownego³⁷;

8) otrzymywania niezbędnej pomocy medycznej. Zakres pomocy zależy od stanu zdrowia skazanych. Udzielana jest ona w celi, jeśli na to pozwala stan zdrowia. Ważne jest wówczas zagwarantowanie bezpieczeństwa personelu medycznego. Skazany może też być przetransportowany do szpitala z zachowaniem wymogów bezpieczeństwa³⁸.

Jak wspomniano, wobec skazanych na karę śmierci przewidziane są wzmożone środki ich ochrony. Ten rodzaj kary nie przewiduje zróżnicowanego podejścia do skazanych, nie zachęca ich do poprawy, nie kształtuje chęci i potrzeby posiadania określonych dóbr i korzyści. Ogranicza więc ich „sferę interesów prawnych”³⁹.

Tryb wykonywania kary śmierci reguluje art. 175 k.k.w. RB. Wynika z niego, że prawomocny wyrok skazujący na karę śmierci wykonuje się po otrzymaniu urzędowego zawiadomienia o odrzuceniu skarg skierowanych w trybie nadzoru i próśb o ułaskawienie (ust. 1). Ustawa nie określa czasu oczekiwania przez ska-

³⁴ *Ibidem*, s. 303.

³⁵ *Ibidem*, s. 304.

³⁶ *Ibidem*, s. 304.

³⁷ *Ibidem*, s. 304.

³⁸ *Ibidem*, s. 304.

³⁹ S. A. Borsuchenko, *Pravovoy status smertnoy...*, s. 60.

zanego na wykonanie wyroku. Według niektórych z reguły trwa on od 3 miesięcy do roku⁴⁰, a według innych – od kilku miesięcy do kilku lat. Można to ocenić zarówno negatywnie (cierpienie skazanego), jak i pozytywnie (możliwość ujawnienia pomyłki sądowej)⁴¹.

Na podstawie art. 175 ust. 2 k.k.w. RB karę śmierci wykonuje się niepublicznie przez rozstrzelanie. Wykonywanie jej w stosunku do kilku osób skazanych jest dokonywane oddzielnie dla każdej z nich i pod nieobecność innych osób, skazanych na karę śmierci.

Wspomniana niepubliczność dotyczy zarówno wykonania kary, jak i pochówku ciała⁴². Karę śmierci wykonuje pluton egzekucyjny⁴³. Śmierć w wyniku użycia broni palnej następuje w rezultacie uszkodzenia ważnych organów wewnętrznych, np. serca, ośrodkowego układu nerwowego czy w następstwie utraty krwi. Niektórzy uważają, co budzi bardzo mieszane odczucia, że rozstrzelanie, na tle innych kar, stanowi „najbardziej humanitarny” sposób pozbawienia życia w ramach realizacji kary śmierci. Według nich, argument stanowi szybka, bezbolesna śmierć⁴⁴.

Egzekucja odbywa się w Areszcie Śledczym nr 1 w Mińsku⁴⁵. Przy wykonywaniu kary śmierci obecny jest prokurator, przedstawiciel instytucji, w której jest ona wykonywana oraz lekarz specjalista. W wyjątkowych przypadkach, za zgodą prokuratora, podczas wykonywania tej kary mogą być także inne osoby (ust. 3). Zgon osoby skazanej stwierdza lekarz specjalista. Z wykonania wyroku sporządza się protokół (ust. 4). Administracja instytucji, w której wykonywana jest kara śmierci, jest zobowiązana do zawiadomienia sądu, który wydał wyrok, o jej wykonaniu, zaś sąd zawiadamia jednego z bliskich krewnych. Sąd, który wydał wyrok, przesyła zawiadomienie o śmierci osoby skazanej na karę śmierci do organu rejestrującego akty stanu cywilnego w miejscu siedziby sądu. Krewnym nie przekazuje się ciała do pochówku i nie powiadamia się ich o jego miejscu. Wystawia się jedynie akt zgonu (ust. 5).

Należy zauważyć, że obecnie obowiązująca procedura (dotycząca ciała i miejsca jego pogrzebania) została przyjęta w czasach radzieckich. Na przykład w 1924 r. prokuratorzy, przewodniczący trybunałów i sądów otrzymywali rozkaz Ludowego Komisarjatu Sprawiedliwości ZSRR „O porządku egzekucji”, nakazujący niewydawanie rodzinie ciała osoby straconej, pogrzebanie go „bez żadnych rytuałów, bez śladu grobu”. Analogiczne przepisy wprowadzono do kodeksu

⁴⁰ *Ibidem*, s. 61.

⁴¹ T. G. Tereshchenko, *Belorusskiy opyt ispolneniya...*, s. 305.

⁴² *Ibidem*, s. 305.

⁴³ *Ibidem*, s. 305; M. I. Pastukhov, *K voprosu ob...*, s. 174.

⁴⁴ I. I. Orushkevich, T. M. Sotnikova, *Gumannost' sposobov primeneniya isklyuchitel'noy mery nakazaniya – smertnoy kazni*, (w:) O. N. Ivanchina (red.), *Ugolovnaya yustitsiya: zakonodatel'stvo, teoriya i praktika. Sbornik materialov VIII Respublikanskoy nauchno-prakticheskoy konferentsii studentov, magistrantov i aspirantov*, Brest 2018, s. 87.

⁴⁵ S. A. Borsuchenko, *Pravovoy status smertnoy...*, s. 61.

karnego Białoruskiej Socjalistycznej Republiki Radzieckiej z dnia 29 grudnia 1960 r.⁴⁶. Procedura „sprawdza się” też współcześnie.

Art. 175 ust. 5 k.k.w. RB był przedmiotem sporu między białoruskimi organami państwowymi a bliskimi skazanych i Komitetem Praw Człowieka ONZ. Utrzymanie tego przepisu argumentuje się „celem utrzymania spokoju i bezpieczeństwa, ochrony porządku publicznego, zdrowia, moralności, ochrony praw i wolności innych jednostek”⁴⁷. Z lakonicznego uzasadnienia wynika, że wręcz przeciwnie, pogłębia on cierpienie rodziny skazanego⁴⁸.

W 2011 r. w sprawie nr 2120/2011 (L. Kowalowa i T. Kozjar) przeciw Białorusi Komitet Praw Człowieka wypowiedział się, że brak informacji dla rodzin o dacie i miejscu wykonania wyroku i miejscu pochówku stanowi formę zastraszania rodziny, karanie jej, powodowanie cierpień. Narusza to art. 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.⁴⁹ zakazujący poddawaniu człowieka torturom lub okrutnemu, nieludzkiemu albo poniżającemu traktowaniu lub karaniu. W związku z tym, według Komitetu Praw Człowieka, Białoruś powinna znieść przepisy o niewydawaniu ciała skazanego i o nieinformowaniu najbliższych o miejscu pogrzebania ciała⁵⁰. Współcześnie w kraju często postuluje się ich zmianę⁵¹.

Ukazane informacje świadczą o tym, że procedura wykonania kary śmierci ma charakter tortur, cechuje ją brak humanizmu wobec skazanego i jego najbliższych⁵².

W świetle art. 176 k.k.w. RB wykonanie kary śmierci może zostać zawieszona. Jego podstawę stanowią objawy zaburzeń (chorób) psychicznych osoby skazanej na nią. Wówczas, na wniosek administracji więzienia poddawana jest ona badaniu lekarskiemu przez komisję złożoną z 3 lekarzy specjalistów. Z tych czynności sporządzany jest protokół (ust. 1). Jeżeli u skazanego stwierdzono zaburzenia (choroby) psychiczne, które powodują, że nie jest on zdolny do rozumienia swoich czynów, to wyrok skazujący na karę śmierci nie jest wykonywany, a protokół badania lekarskiego przesyła się do sądu, który wydał wyrok (ust. 2).

⁴⁶ I. G. Khitarishvili, *Nekotoryye aspekty ispolneniya smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/79918/1/Hitarishvili_I.G._62_63.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁴⁷ Yu. A. Grin'ko, *Problemnyye voprosy ispolneniya nakazaniya v vide smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/67699/1/Grinko_304_305.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁴⁸ I. G. Khitarishvili, *Nekotoryye aspekty ispolneniya...*, s. 63.

⁴⁹ Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167.

⁵⁰ Yu. A. Grin'ko, *Problemnyye voprosy ispolneniya...*, s. 304–305; I. G. Khitarishvili, *Nekotoryye aspekty ispolneniya...*, s. 63.

⁵¹ A. A. Lazar', T. P. Afonchenko, *Prinuzhdeniye kak metod upravleniya sotsial'nymi protsessami (na primere smertnoy kazni)*, <http://lib.i-bteu.by/bitstream/handle/> (dostęp: 26.10.2021 r.).

⁵² N. N. Shaferov, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus'*, (w:) B. B. Sin'kov, K. L. Tomashewskiy, S. N. Storozhenko (red.), *Pravoponimaniye i pravoprimereniye v deyatel'nosti yurista. Sbornik materialov nauchno-prakticheskoy konferentsii studentov*, Minsk 2018, s. 136.

W stosunku do takiego skazanego sąd zawiesza wykonanie kary śmierci i orzeka o zastosowaniu wobec niego przymusowego środka bezpieczeństwa i leczenia w trybie określonym przez kodeks karny (ust. 3). W razie powrotu skazanego do zdrowia, decyzję o zastosowaniu wobec niego kary śmierci lub możliwości zastąpienia jej inną karą podejmuje sąd, który wydał wyrok (ust. 4). Przepisy te, choć w pewnym zakresie, umożliwiają ludzkie potraktowanie skazanego w określonym stanie zdrowia.

O fakcie stosowania kary śmierci na Białorusi świadczą liczby skazanych na nią. Przedstawia je tabela 1.

Tabela 1. Liczby skazanych na karę śmierci w Republice Białoruś w latach 1992–2019

Rok	Liczba skazanych na karę śmierci
1992	24
1993	20
1994	25
1995	b.d.
1996	29
1997	46
1998	47
1999	13
2000	4
2001	7
2002	4
2003	4
2004	2
2005	2
2006	9
2007	4
2008	2
2009	2
2010	2
2011	2
2012	0
2013	4
2014	0
2015	2
2016	3
2017	5

2018	2
2019	3
2020	3

Źródło: M. I. Pastukhov, *K voprosu ob otmene smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Studia Politolologiczne” 2016, Vol. 40, s. 174 (lata 1992–1997), dane MSW Republiki Białoruś (lata 1998–2010) i doniesienia medialne opracowane przez Białoruski Komitet Helsiński (lata 2011–2018), <https://belhelcom.org/ru/topic-material/kolichestvo-smertnyh-prigovorov-v-belarusi-0> (dostęp: 28.10.2021 r.); S. A. Borsuchenko, *Pravovoy status smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Vestnik RPA” 2021, № 1, s. 61 (lata 2019–2020).

Przystępując do analizy tabeli 1., należy stwierdzić, że na Białorusi bardzo trudno jest ustalić liczby orzeczonych i wykonanych wyroków kary śmierci w każdym roku. Nie są bowiem ogólnie dostępne oficjalne statystyki z tego zakresu. Informacje na ten temat najczęściej uzyskiwane są od obrońców praw człowieka, którzy otrzymują je od skazanych na tę karę i ich krewnych⁵³.

Z tabeli 1. wynika, że w ciągu analizowanych 28 lat wobec powyżej wskazanych 270 osób orzeczono karę śmierci. Najwięcej takich wyroków wydawano w okresie 1992–1999 (13–47). W latach 2000. ich liczby były znacznie niższe (0–9). W ostatnich latach dostrzegalna jest stabilizacja liczby wyroków. Jednakże ze względu na niepełne, niewiarygodne dane trudno jest ocenić politykę karną sądów w tym zakresie. Należy pamiętać przy tym, że liczby orzeczonych w danym roku kar śmierci różnią się od liczby wykonanych wyroków.

Niektórzy uważają, że coraz rzadziej, orzekając tę karę, sędziowie realizują art. 24 Konstytucji RB wskazujący na dążenie do stałego ograniczania stosowania kary aż do całkowitego zakończenia stosowania przepisu⁵⁴. W ich opinii coraz mniejsze liczby orzekanych wyroków śmierci świadczą o zmierzaniu praktyki sądowej w kierunku zniesienia kary śmierci⁵⁵. Według niektórych ocen kara ta jest orzekana wobec ok. 0,7% liczby skazanych, wobec których mogła być orzeczona⁵⁶ (np. w latach 2004–2009 – od ok. 0,5% do ok. 1%)⁵⁷. Niestety, prawdziwość tych danych jest trudna do ustalenia.

⁵³ S. A. Borsuchenko, *Pravovoy status smertnoy...*, s. 61.

⁵⁴ E. A. Sarkisova, *Konstitutsiya Respubliki Belarus' – istochnik ugotovnoy prava*, <https://elibrary.by/bitstream/> (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁵⁵ A. S. Vorona, *Problema otmenny smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/80227/1/Vorona_A.S._145_146.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁵⁶ O. G. Lukashova, *Ugotovnaya politika v otsenkakh naseleniya (sotsiologicheskii aspekt)*, (w:) A. N. Il'yashenko (red.), *Sovremennyye problemy ugotovnoy politiki. V Mezhdunarodnaya nauchno-prakticheskaya konferentsiya*, Krasnodar 2014, s. 241.

⁵⁷ N. A. Babiy, *Ugotovnoye pravo Respubliki Belarus'*, Minsk 2010, s. 475.

4. PROPONOWANE ZMIANY LEGISLACYJNE W ZAKRESIE KARY ŚMIERCI NA BIAŁORUSI

Według A. D. Sacharowa kara śmierci jest „okrutną instytucją, która podważa moralne i prawne podstawy społeczeństwa”⁵⁸. Mimo to Białoruś od lat znajduje się w prawnym i etycznym okresie przejściowym w podejściu do niej⁵⁹. Prawnicy rozważają różne potencjalne możliwości zmiany prawa. Zasadniczo wskazują na trzy drogi: całkowite zniesienie kary śmierci, częściowe jej zniesienie, wprowadzenie moratorium na jej stosowanie.

Całkowite zniesienie kary śmierci mogłoby nastąpić poprzez:

– wprowadzenie w Konstytucji RB zmian ukierunkowanych na zniesienie kary śmierci⁶⁰ – wydaje się, że powinien to być punkt wyjścia do dalszych zmian prawnych;

– dokonanie nowelizacji kodeksu karnego, w wyniku której kara śmierci zostałaby usunięta z jego części ogólnej (katalogu kar) i z części szczególnej (sankcje za przestępstwa)⁶¹. Zatem zgodnie z tym pomysłem zniesienie kary nastąpiłoby drogą zmiany w kodeksie karnym⁶². Według niektórych (np. N. A. Babija) należałoby wówczas wprowadzić, zamiast kary śmierci, maksymalny wymiar kary pozbawienia wolności w wysokości 40 lat⁶³ lub dożywotnie pozbawienie wolności bez prawa do warunkowego zwolnienia⁶⁴. Niektórzy proponują, by w razie podjęcia decyzji o zniesieniu kary śmierci określić ustawą okres odroczenia wykonania orzeczonych kar śmierci na 10 lat. W tym czasie nastąpiłoby zweryfikowanie okoliczności, które stały się podstawą skazania w celu uniknięcia pomyłki sądowej⁶⁵. Owe regulacje byłyby następstwem zmian przepisów konstytucyjnych.

⁵⁸ O. N. Novitskaya, *Smertnaya kazn': za i protiv*, (w:) A. A. Milyutin (red.), *Materialy mezhdunarodnoy konferentsii vedushchikh spetsialistov, molodykh uchenykh i studentov „Sakharovskie chteniya 2002 goda: ekologicheskiye problemy XXI veka”*, Minsk 2002, s. 66.

⁵⁹ K. V. Volchkova, *Smertnaya kazn' i problema gumanizatsii obshchestva*, (w:) *Sbornik materialov mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii studentov i molodykh uchenykh BGMU*, Minsk 2020, s. 1599.

⁶⁰ A. V. Kulesh, *O sovershenstvovanii zakonodatel'stva Respubliki Belarus' v sootvetstviu s normami mezhdunarodnogo prava*, https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/89156/1/kulesh_2013_BMW.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁶¹ M. I. Pastukhov, *K voprosu ob...*, s. 177–178.

⁶² N. A. Kodak, *K voprosu smertnoy...*, s. 162.

⁶³ M. A. Mammedov, *Smertnaya kazn'*, (w:) M. A. Mammedov, O. O. Novik (red.), *Yubileynaya nauchno-prakticheskaya konferentsiya, posvyashchennaya 85-letiyu Gomel'skogo gosudarstvennogo universiteta imeni Frantsiska Skoriny: materialy konferentsii* (Gomel', 17 iyunya 2015 g.), Gomel' 2015, s. 54.

⁶⁴ L. I. Tsygankova, *Smertnaya kazn' v Belarusi: sokhranit' ili otkazat'sya*, (w:) V. N. Vatyul' (red.), *Belorusskaya...*, s. 200.

⁶⁵ T. G. Tereshchenko, *Belorusskiy opyt ispolneniya...*, s. 307.

Jednakże do podjęcia decyzji o zniesieniu kary śmierci potrzebna jest wola polityczna⁶⁶. Niezbędna jest „decyzja kierownictwa państwa (Prezydenta Republiki Białoruś) ze względu na prezydencką formę rządów. Wybór sposobu i czasu regulacji tego problemu zależy od głowy państwa”⁶⁷. Jako że zniesienie kary byłoby krokiem radykalnym⁶⁸, dlatego w tej sprawie powinno wypowiedzieć się także społeczeństwo⁶⁹. Niektórzy sugerują referendum, które „będzie kluczowym krokiem do eliminacji sprzeczności na narodowym i międzynarodowym poziomie”, a także sposobem wyrażenia przez obywateli Białorusi swego zdania w tej kwestii. Potwierdził to w 2019 r. prezydent kraju. Stwierdził przy tym, że „pośpiech tutaj może tylko zaszkodzić”⁷⁰. Zatem nie zanoszą się na szybkie, całkowite zniesienie kary śmierci.

Według niektórych prawników, „biorąc pod uwagę stan współczesnego społeczeństwa w całości należy zastanowić się nad utrzymaniem kary śmierci, ale w ograniczonym stopniu”⁷¹. Oznacza to propozycję częściowego zniesienia kary śmierci. Odbyłoby się ono poprzez:

– konsekwentne zmniejszanie liczby przestępstw zagrożonych karą śmierci⁷² (ale przynajmniej na jakiś czas pozostawienie jej za przestępstwa o charakterze terrorystycznym powodujące śmierć ludzi)⁷³. Od lat Centrum „Wiosna”, Białoruski Komitet Helsiński i Amnesty International opowiadają się przeciwko karze we wszystkich sytuacjach bez wyjątku⁷⁴;

⁶⁶ A. A. Semchenkov, *Smertnaya kazn' skvoz' prizmu tsennosti chelovecheskoy zhizni: istoriya, sovremennoye polozheniye i mezhdunarodnyy opyt*, (w:) T. A. Chervyakova (red.), *Sovremennyye tendentsii razvitiya prava, gosudarstva i integratsionnykh obrazovaniy. Materialy mezhdunarodnoy nauchnoy konferentsii studentov, magistrantov i aspirantov*, Minsk 2019, s. 77.

⁶⁷ G. A. Vasilevich, *Belarus' na puti k otmene smertnoy kazni: vozmozhnyye varianty resheniya*, (w:) M. V. Andriyashko (red.), *Ugolovnaya politika...*, s. 12.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 12.

⁶⁹ S. B. Antonenko, *Pravo na zhizn'. Smertnaya kazn' v Respublike Belarus'*, https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/222840/1/antonenko_sbornik22.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁷⁰ M. A. Yakubchik, Ye. S. Beloborodaya, *Smertnaya kazn': isklyuchitel'naya ili isklyuchayemaya mera nakazaniya*, http://www.bseu.by:8080/bitstream/edoc/82835/1/Yakubchik_M.A._210_212.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)

⁷¹ A. N. Bruyako, D. A. Budnik, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus'...*, s. 207.

⁷² K. D. Vasil'yeva, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus' kak isklyuchitel'naya mera nakazaniya*, (w:) O. A. Lavshuk (red.), *Molodaya nauka...*, s. 222.

⁷³ G. A. Vasilevich, *Belarus' na puti k otmene smertnoy kazni: vozmozhnyye varianty resheniya*, (w:) M. V. Andriyashko (red.), *Ugolovnaya politika...*, s. 12.

⁷⁴ A. Yu. Kivel', A. A. Shishov, *Argumenty protiv smertnoy kazni*, (w:) V. G. Shadurskiy (red.), *Sbornik nauchnykh statey studentov, magistrantov, aspirantov*. Vypusk 11, v 2-kh t. T. 1, Minsk 2014, s. 13.

– zniesienie kary w prawie powszechnym, ale pozostawienie w prawie okresu wojny⁷⁵, co oznacza pozostawienie jej wyłącznie w sądownictwie specjalnym⁷⁶;

– „ustanowienie bardziej rygorystycznych (niż przy orzekaniu innych rodzajów kar), ograniczających uznaniowe traktowanie przez sąd norm procesowych i karnoprawnych, których przestrzeganie jest obowiązkowe przy orzekaniu wyroku śmierci”⁷⁷;

– zniesienie na określony czas⁷⁸ (w ramach eksperymentu)⁷⁹ dokonane w celu analizy wpływu kary śmierci lub jej braku na poziom przestępczości⁸⁰.

Kolejną propozycję zmiany prawa dotyczącego kary śmierci stanowi wprowadzenie moratorium na orzekanie i wykonywanie kary⁸¹. Ma to posłużyć ustaleniu wpływu tej decyzji na stan przestępczości⁸².

Do wprowadzenia moratorium potrzebna jest wola polityczna⁸³. Według niektórych najprostszym, najszybszym rozwiązaniem byłoby wydanie przez Prezydenta RB dekretu lub ukazu w tej sprawie. Na jej podstawie sądy mogłyby orzekać karę, ale nie wolno byłoby jej wykonywać⁸⁴. Inni proponują, by Prezydent RB wprowadził moratorium, a następnie doszłoby do wniesienia zmian w Konstytucji RB ukierunkowanych na zniesienie kary⁸⁵. Natomiast A. Łukaszenko argumentuje, że samodzielnie nie może wprowadzić moratorium na karę, bo nie chce zmieniać decyzji, którą podjęło społeczeństwo, głosząc za nią w 1996 r. Jednakże zgodnie z orzeczeniem Sądu Konstytucyjnego RB z dnia 11 marca 2004 r. „pierwszy krok” należy do prezydenta kraju lub parlamentu⁸⁶. W końcu 2016 r. w parlamencie białoruskim informowano, że zagadnienie moratorium

⁷⁵ Ye. I. Orlovskaya, *Smertnaya kazn' v istorii Belarusi*, (w:) *Aktual'nyye voprosy sovershenstvovaniya pravovogo obrazovaniya v srednikh spetsial'nykh zavedeniyakh*, Minsk 2011, <https://elib.bs.u.by> (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁷⁶ V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy...*, s. 295; Ye. V. Maksimik, *Pravo na zhizn' v kontekste problemy otmeny smertnoy kazni*, „Mediaissledovaniya” 2017, № 4–1, s. 143.

⁷⁷ K. D. Vasil'yeva, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus' kak isklyuchitel'naya mera nakazaniya*, (w:) O. A. Lavshuk (red.), *Molodaya nauka...*, s. 222; A. N. Bruyako, D. A. Budnik, *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus'...*, s. 207.

⁷⁸ Ye. I. Orlovskaya, *Smertnaya kazn'...*, s. 4.

⁷⁹ V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy...*, s. 295.

⁸⁰ N. A. Kodak, *K voprosu smertnoy...*, s. 162.

⁸¹ A. V. Kulesh, *O sovershenstvovanii zakonodatel'stva...*, s. 306; Ye. I. Orlovskaya, *Smertnaya kazn'...*, s. 4.

⁸² M. I. Pastukhov, *K voprosu ob...*, s. 177; V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy...*, s. 295.

⁸³ A. A. Semchenkov, *Smertnaya kazn' skvoz' prizmu tsennosti chelovecheskoy zhizni: istoriya, sovremennoye polozheniye i mezhdunarodnyy opyt*, (w:) T. A. Chervyakova (red.), *Sovremennyye...*, s. 77.

⁸⁴ M. I. Pastukhov, *K voprosu ob...*, s. 177.

⁸⁵ A. V. Kulesh, *O sovershenstvovanii zakonodatel'stva...*, s. 477.

⁸⁶ A. M. Buyvol, *Problema smertnoy kazni v Respublike Belarus' v kontekste mezhdunarodnoy gummanizatsii ugovnogo prava*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/82754/1/Buyvol_A.M..pdf (dostęp: 8.08.2022 r.).

będzie przedmiotem analiz nie wcześniej niż w 2017 r.⁸⁷. Od tego czasu nie nastąpiły żadne zmiany.

Niektórzy przedstawiciele ustawodawcy (np. N. L. Samosiejka) twierdzą, że zniesienie kary śmierci lub wprowadzenie moratorium nastąpi „nie z powodu politycznej koniunktury lub wymogów europejskich struktur, ale w ramach interesów naszego narodu i państwa”⁸⁸. Wielu uważa, że działania na rzecz moratorium, a następnie zniesienia kary śmierci powinny być „sekwencyjne i ostrożne”⁸⁹, mieć charakter stopniowy⁹⁰.

5. PODSUMOWANIE

Podsumowując, należy potwierdzić przyjęte założenie wskazujące na szeroki zakres regulacji kary śmierci w ustawodawstwie Republiki Białoruś. Kwestię tę reguluje Konstytucja RB, kodeks karny oraz kodeks karny wykonawczy, tj. ustawa zasadnicza i ustawy karne. Pierwsza, jako najważniejsza, dopuszcza tymczasowe i wyjątkowe stosowanie kary śmierci. Pozostawia furtkę do wprowadzenia moratorium oraz do jej zniesienia. Przeczy jednakże swoim regulacjom zakładającym ochronę życia. Kodeks karny określa status kary. Przewiduje szeroki katalog czynów nią zagrożonych, opisuje sposób wykonania kary. Zawiera wyłączenie niektórych kategorii sprawców (pod względem wieku i płci), przewiduje instytucję ulaskawienia wobec skazanych na nią. Z kolei kodeks karny wykonawczy reguluje prawa skazanego na karę śmierci, sposób jego ochrony, tryb wykonania kary oraz kwestie pośmiertne (informacje o dacie śmierci, niewydawanie ciała, miejsce pochówku). Należy stwierdzić, że oba kodeksy w sposób dosyć szczegółowy uregulowały instytucję kary śmierci naruszającej normy krajowe i międzynarodowe gwarantujące prawo człowieka do życia. Utwierdziło to w przekonaniu o niehumarytaryzmie kary, o okrutnym sposobie jej wykonania i bezdusznym karaniu także rodziny skazanego.

Należy też stwierdzić, że stosowanie kary śmierci we współczesnej Białorusi ma historyczne korzenie. Surowe prawo zarówno w zakresie orzekania, jak i jej wykonywania jest wynikiem pokutującego od lat przekonania o zapobiegawczej roli wobec przestępczości i znacznej skuteczności w jej ograniczaniu. Jest rezul-

⁸⁷ M. A. Galkin, *Problema otmeny smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://media.miu.by/files/store/items/chpepu/xx/miu_studconf_xx_79.pdf (dostęp: 27.10.2021 r.).

⁸⁸ O. G. Lukashova, *Ugolovnaya politika v otsenkakh naseleniya (sotsiologicheskii aspekt)*, (w:) A. N. Il'yashenko (red.), *Sovremennyye problemy...*, s. 241–242.

⁸⁹ A. P. Patskevich, S. N. Storozhenko, *Pravo na zhizn' i problemy smertnoy kazni v kontekste Konstitutsii Respubliki Belarus'*, „Penitentsiarnaya nauka” 2007, № 4, s. 63.

⁹⁰ Ye. I. Orlovskaya, *Smertnaya kazn'...*, s. 4; V. V. Khritonenko, *K voprosu smertnoy...*, s. 295.

tatem zgody na surowe, okrutne karanie sprawców przestępstw. Stanowi efekt tworzonych przez władze relacji międzyludzkich, kształtowanych w atmosferze nieufności, a nierzadko niechęci do współobywateli. Wydaje się, że większe zrozumienie problemu kary śmierci przejawiają białoruscy prawnicy, mniejsze – władza. Wykazuje ona niechęć do zniesienia kary, która jest jej bardzo przydatna do utrzymywania społeczeństwa w dyscyplinie, posłuszeństwie i strachu.

REFERENCES

- Alekseyev V. V., *Smertnaya kazn' kak mera ugovnogo nakazaniya v Respublike Belarus'*, (w:) N. V. Panteleyeva (red.), *Gosudarstvo i pravo: aktual'nyye problemy formirovaniya pravovogo soznaniya. Sbornik statey III Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Mogilev 2020
- Antonenko S. B., *Pravo na zhizn'. Smertnaya kazn' v Respublike Belarus'*, https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/222840/1/antonenko_sbornik22.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Babiy N. A., *Ugovnoye pravo Respubliki Belarus'*, Minsk 2010
- Borsuchenko S. A., *Pravovoy status smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Vestnik RPA” 2021, № 1
- Bruyako A. N., Budnik D. A., *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus': ugovno-pravovoy aspekt*, (w:) *Bezopasnost' cheloveka i obshchestva: sovershenstvovaniye sistemy reagirovaniya i upravleniya zashchitoy ot chrezvychaynykh situatsiy. Sbornik materialov III Mezhdunarodnoy zaochnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Minsk 2019
- Buyvol A. M., *Problema smertnoy kazni v Respublike Belarus' v kontekste mezhdunarodnoy gummanizatsii ugovnogo prava*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/82754/1/Buyvol_A.M..pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Galkin M. A., *Problema otmeny smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://media.miu.by/files/store/items/chpepu/xx/miu_studconf_xx_79.pdf (dostęp: 27.10.2021 r.)
- Goryunova A. A., Sakun A. I., *Konstitutsionnyye ogranicheniya prava na zhizn' v Respublike Belarus'*, https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/107280/1/goryunova_sakun_sbornik%2013_tom2.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Grin'ko Yu. A., *Problemyye voprosy ispolneniya nakazaniya v vide smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/67699/1/Grinko_304_305.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Yakubchik M. A., Beloborodaya Ye. S., *Smertnaya kazn': isklyuchitel'naya ili isklyuchayemaya mera nakazaniya*, http://www.bseu.by:8080/bitstream/edoc/82835/1/Yakubchik_M.A._210_212.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Khitarishvili I. G., *Nekotoryye aspekty ispolneniya smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/79918/1/Hitarishvili_I.G._62_63.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Khomich V. M., *Glava 9*, (w:) A. V. Barkov, V. M. Khomich, *Nauchno-prakticheskiy kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Respubliki Belarus'*, Minsk 2010

- Khritonenko V. V., *K voprosu smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, *Elektronnyy sbornik trudov molodykh spetsialistov Polotskogo Gosudarstvennogo Universiteta*, Vypusk 22, Novopolotsk 2018
- Khursanova A. S., Shamkut' K. M., *Pravo na zhizn' i problema smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/89782/1/Khursanova_A._S..pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Kivel' A. Yu., Shishov A. A., *Argumenty protiv smertnoy kazni*, (w:) V. G. Shadurskiy (red.), *Sbornik nauchnykh statey studentov, magistrantov, aspirantov*. Vypusk 11, v 2-kh t. T. 1, Minsk 2014
- Kodak N. A., *K voprosu smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://media.miu.by/files/store/items/uses/xxv/miu_uses_xxv_04015.pdf (dostęp: 18.10.2021 r.)
- Kulesh A. V., *O sovershenstvovanii zakonodatel'stva Respubliki Belarus' v sootvetstvi s normami mezhdunarodnogo prava*, https://elib.bsu.by/bitstream/123456789/89156/1/kulesh_2013_BMW.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Lazar' A. A., Afonchenko T. P., *Prinuzhdeniye kak metod upravleniya sotsial'nymi protsessami (na primere smertnoy kazni)*, <http://lib.i-bteu.by/bitstream/handle/> (dostęp: 26.10.2021 r.)
- Lukashova O. G., *Ugolovnaya politika v otsenkakh naseleniya (sotsiologicheskiy aspekt)*, (w:) A. N. Il'yashenko (red.), *Sovremennyye problemy ugolovnoy politiki. V Mezhdunarodnaya nauchno-prakticheskaya konferentsiya*, Krasnodar 2014
- Maksimik Ye. V., *Pravo na zhizn' v kontekste problemy otmeny smertnoy kazni*, „Mediaissledovaniya” 2017, № 4–1
- Mammedov M. A., *Smertnaya kazn'*, (w:) M. A. Mammedov, O. O. Novik (red.), *Yubileynaya nauchno-prakticheskaya konferentsiya, posvyashchennaya 85-letiyu Gomel'skogo gosudarstvennogo universiteta imeni Frantsiska Skoriny: materialy konferentsii* (Gomel', 17 iyunya 2015 g.), Gomel' 2015
- Novitskaya O. N., *Smertnaya kazn': za i protiv*, (w:) A. A. Milyutin (red.), *Materialy mezhdunarodnoy konferentsii vedushchikh spetsialistov, molodykh uchenykh i studentov „Sakharovskiye chteniya 2002 goda: ekologicheskiye problemy XXI veka”*, Minsk 2002
- Orlovskaya Ye. I., *Smertnaya kazn' v istorii Belarusi*, (w:) *Aktual'nyye voprosy sovershenstvovaniya pravovogo obrazovaniya v srednikh spetsial'nykh zavedeniyakh*, Minsk 2011, <https://elib.bsu.by> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Orushkevich I. I., Sotnikova T. M., *Gumannost' sposobov primeneniya isklyuchitel'noy mery nakazaniya – smertnoy kazni*, (w:) O. N. Ivanchina (red.), *Ugolovnaya yustitsiya: zakonodatel'stvo, teoriya i praktika. Sbornik materialov VIII Respublikanskoj nauchno-prakticheskoy konferentsii studentov, magistrantov i aspirantov*, Brest 2018
- Patskevich A. P., Storozhenko S. N., *Pravo na zhizn' i problemy smertnoy kazni v kontekste Konstitutsii Respubliki Belarus'*, „Penitentsiarnaya nauka” 2007, № 4
- Pastukhov M. I., *K voprosu ob otmene smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Studia Politologiczne” 2016, Vol. 40
- Poleshchuk D. G., *Otmena smertnoy kazni kak mezhdunarodnyy standart v oblasti prav cheloveka*, <https://elib.bsu.by> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Shaferov N. N., *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus'*, (w:) B. B. Sin'kov, K. L. Tomashevskiy, S. N. Storozhenko (red.), *Pravoponimaniye i pravoprimeneniye*

- v deyatel'nosti yurista. Sbornik materialov nauchno-prakticheskoy konferentsii studentov*, Minsk 2018
- Sarkisova E. A., *Konstitutsiya Respubliki Belarus' – istochnik ugolovnoogo prava*, <https://elib.bsu.by/bitstream/> (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Semchenkov A. A., *Smertnaya kazn' skvoz' prizmu tsennosti chelovecheskoy zhizni: istoriya, sovremennoye polozheniye i mezhdunarodnyy opyt*, (w:) T. A. Chervyakova (red.), *Sovremennyye tendentsii razvitiya prava, gosudarstva i integratsionnykh obrazovaniy. Materialy mezhdunarodnoy nauchnoy konferentsii studentov, magistrantov i aspirantov*, Minsk 2019
- Shurov S. M., *Smertnaya kazn' kak vid nakazaniya v Respublike Belarus'*, https://elib.amia.by/bitstream/docs/4897/1/121-ygol_isp_konf2020.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)
- Tereshchenko T. G., *Belorusskiy opyt ispolneniya nakazaniya v vide smertnoy kazni i perspektivy yego transformatsii*, (w:) *Ugolovno-ispolnitel'naya sistema: realii i perspektivy razvitiya. Materialy II Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Pskov 2020
- Tsygankova L. I., *Smertnaya kazn' v Belarusi: sokhranit' ili otkazat'sya*, (w:) V. N. Vatył' (red.), *Belorusskaya potologiya: mnogoobraziye v yedinstve. Respublika Belarus' v globaliziruyushchemsya mire. Tezisy dokladov IV mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii* (Grodno, 13–14 maja 2010 g.). V 2 ch. Ch. 2, Grodno 2010
- Vasil'yeva K. D., *Smertnaya kazn' v Respublike Belarus' kak isklyuchitel'naya mera nakazaniya*, (w:) O. A. Lavshuk (red.), *Molodaya nauka – 2019: regional'naya nauchno-prakticheskaya konferentsiya studentov i aspirantov vuzov Mogilevskoy oblasti: materialy konferentsii*, Mogilev 2019
- Vasilevich G. A., *Konstitutsionno-pravovyye aspekty otmeny smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, „Vestnik Konstitutsionnogo Suda Respubliki Belarus'” 2002, № 2
- Vasilevich G. A., *Belarus' na puti k otmene smertnoy kazni: vozmozhnyye varianty resheniya*, (w:) M. V. Andriyashko (red.), *Ugolovnaya politika Respubliki Belarus': sostoyaniye i puti sovershenstvovaniya*, Baranovichi 2016
- Volchkova K. V., *Smertnaya kazn' i problema gumanizatsii obshchestva*, (w:) *Sbornik materialov mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii studentov i molodykh uchenykh BGMU*, Minsk 2020
- Voluyevich V. V., *Smertnaya kazn' kak ogranicheniye prava na zhizn'*, (w:) A. A. Vishnevskiy (red.), *Sovremennoye sostoyaniye i perspektivy razvitiya grazhdanskogo, semeynogo zakonodatel'stva i zakonodatel'stva o trude Respubliki Belarus'. Materialy Respublikanskoj nauchno-prakticheskoy konferentsii*, Baranovichi 2016
- Vorona A. S., *Problema otmeny smertnoy kazni v Respublike Belarus'*, http://edoc.bseu.by:8080/bitstream/edoc/80227/1/Vorona_A.S._145_146.pdf (dostęp: 8.08.2022 r.)

Izabela Lipińska

Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, Polska

e-mail: izabela.lipinska@up.poznan.pl

ORCID: 0000-0003-2884-0733

Jarosław Dobkowski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: j.dobkowski@uwm.edu.pl

ORCID: 0000-0002-2010-4152

URZĘDOWY MODEL KONTROLI ŻYWNOŚCI

OFFICIAL MODEL OF FOOD CONTROL

Abstract

The subject of this article are issues related to the functioning of the food safety system in terms of institutions and administrative entities established for this purpose at the EU level. The aim of the considerations is to answer the question whether the adopted legal solutions will enable effective official control of agri-food products. They are based on the assumption that only coordinated control and monitoring programmes serve to prevent or minimise exposure to food hazards. At the same time, they should cover the entire agri-food chain, and the application of a coherent approach to official controls and enforcement measures should serve this purpose. Member States are responsible for compliance with EU legislation in this regard. They shall indicate the competent central authority or authorities to which they entrust control competences. Their specific role is, among other things, the development of procedures or solutions used to ensure the efficiency and usefulness of official controls and other official activities. Official food

control is one of the most important instruments of the food safety system. Therefore, the extension of its scope to the entire agri-food sector should be evaluated positively. The EU control model created allows for its effective organisation. At the same time, it should be stressed that the environment of the agri-food chain is constantly changing, which requires constant adaptation of the official control system by the EU legislator.

KEYWORDS

official food control, food safety, food security, food inspections, EU food law

SŁOWA KLUCZOWE

urzędowa kontrola żywności, bezpieczeństwo żywności, bezpieczeństwo żywnościowe, kontrola żywności, unijne prawo żywnościowe

WPROWADZENIE

Rozwój rolnictwa jako sektora gospodarki, w tym w szczególności jego postępująca globalizacja, pociąga za sobą konieczność poszukiwania odpowiednich rozwiązań prawnych, które nie tylko odpowiadają zmieniającym się potrzebom rynku, ale również pozwalają na weryfikację łańcucha żywnościowego¹. Chodzi w szczególności o zapewnienie bezpieczeństwa żywnościowego i bezpieczeństwa żywności. Oba pojęcia mogą być rozpatrywane w różnych ujęciach, a są one przedmiotem badań z zakresu ekonomii, w tym ekonomiki rolnictwa, filozofii, socjologii czy prawa. W języku prawniczym, jak zauważa K. Leśkiewicz², pojęcie „bezpieczeństwo żywności” odnosi się do pewnych cech produktu żywnościowego, które zapewniają, że nie wywoła on szkodliwych skutków dla zdrowia konsumentów. Natomiast przez bezpieczeństwo żywnościowe należy rozumieć ogół warunków, jakie powinny być spełnione dla zapewnienia wystarczającej ilości żywności do wyżywienia ludności określonego regionu. Składa się nań zarówno jej wyprodukowanie, jak i dostępność, co konstytuuje samowystarczalność³.

¹ Łańcuch żywnościowy nie ma legalnej definicji. Obejmuje on podmioty zaangażowane w produkcję żywności i pasz, ich przetwarzanie i dystrybucję oraz konsumenta finalnego.

² K. Leśkiewicz, *Bezpieczeństwo żywnościowe i bezpieczeństwo żywności – aspekty prawne*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2012, nr 1, s. 179–198.

³ P. Wojciechowski, *Bezpieczeństwo żywności*, (w:) S. Prutis (red.), *Wielka encyklopedia prawa. Prawo rolne i żywnościowe*, t. VIII, Warszawa 2015, s. 39.

Zarówno bezpieczeństwo żywnościowe, jak i bezpieczeństwo żywności stanowią istotne dobra publiczne⁴. Są one traktowane jako dobra globalne, a ich cechą charakterystyczną jest wysoki stopień wykorzystania przez ogół społeczeństwa⁵. W odniesieniu do podstawowej funkcji omawianego sektora gospodarki, jaką bezsprzecznie jest produkcja żywności, dobra te podlegają szczególnej ochronie, a samo rolnictwo jest ich dostarczycielem i jednocześnie z nich korzysta⁶. Warto dodać, że pewnego prostego usystematyzowania dóbr przez nie wytwarzanych dokonał J. Wilkin⁷, który wyróżnił dobra środowiskowe, społeczno-kulturowe oraz ekonomiczne. W ramach tych ostatnich umieścił bezpieczeństwo żywnościowe i żywności obok bezpieczeństwa energetycznego.

Traktowane jako szczególne dobro, bezpieczeństwo żywności zostało także ujęte w Studium Parlamentu Europejskiego obok dóbr krajobrazów rolniczych o wartości kulturowej, witalności obszarów wiejskich i dobrostanu zwierząt gospodarskich⁸. Natomiast z perspektywy prawa żywnościowego za dobra publiczne podlegające ochronie należy traktować: życie i zdrowie ludzkie, interesy gospodarczy konsumentów, uczciwe praktyki w handlu żywnością, dobrostan zwierząt oraz zdrowie roślin⁹. Oddziałują nań różne instrumenty, które wzajemnie się uzupełniają, a jednym z nich jest urzędowa kontrola. Może ona być rozumiana jako kontrola żywności w ujęciu spełniania przez nią wymogów prawa żywnościowego oraz jako podejmowanie środków nadzorczych, które umożliwiają usuwanie pojawiających się w jej toku nieprawidłowości¹⁰. W szerszym ujęciu należy ją traktować jako badanie stanu istniejącego i porównywanie go ze stanem pożądanym lub postulowanym przez określoną normę¹¹. Ta z kolei nadaje wskazanym organom możliwość podejmowania określonych działań i stosowa-

⁴ Zob. definicja dóbr publicznych zawarta w *Multifunctionality. Towards an analytical framework*, Paris: OECD 2001, s. 17. Pisze na ten temat J. Wilkin, *Wielofunkcyjność rolnictwa. Kierunki badań, podstawy metodologiczne i implikacje praktyczne*, Warszawa 2010, s. 47.

⁵ K. Bańkowska, M. A. Król, *Wynagradzanie za środowiskowe dobra publiczne dostarczane przez rolnictwo*, (w:) M. Pierzchała, M. Woźniak (red.), *Dobra publiczne w administracji*, Toruń 2014, s. 215–235.

⁶ R. Baum, J. Śleszyński, *Nowe funkcje rolnictwa – dostarczanie dóbr publicznych*, „Stowarzyszenie Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu. Roczniki Naukowe” 2009, nr 2, s. 19 i n.

⁷ J. Wilkin, *Dobra dostarczane przez rolnictwo w świetle teorii dóbr publicznych*, (w:) J. Wilkin, *Wielofunkcyjność rolnictwa. Kierunki badań, podstawy metodologiczne i implikacje praktyczne*, Warszawa 2010, s. 47–48.

⁸ K. Hart, D. Baldock, P. Weingarten, B. Osterburg, A. Povellato, F. Vanni, C. Pirzio-Biroli, A. Boyes, *Jakie narzędzia europejskiej polityki rolnej sprzyjałyby dostarczaniu dóbr publicznych? Studium*, Parlament Europejski, Bruksela 2011, s. 9.

⁹ Tak art. 5 rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz.Urz. UE L nr 31 z 2002 r., s. 1).

¹⁰ P. Wojciechowski, *Wybrane obszary szczególnej regulacji prawa żywnościowego*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 438.

¹¹ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014, s. 181–182.

nia sankcji w przypadku pojawienia się niezgodności z przepisami prawa żywnościowego.

Przedmiotem niniejszych rozważań są zagadnienia związane z funkcjonowaniem systemu bezpieczeństwa żywności w ujęciu powołanych w tym celu instytucji oraz podmiotów administracji na szczeblu unijnym i krajowym. Mianowicie ze względu na charakter omawianych dóbr publicznych państwo ma zapobiegać występowaniu ewentualnych zagrożeń nań oddziałujących. Jak podkreśla P. Wojciechowski¹², chroni je poprzez wydawanie stosownych regulacji prawnych ustalających wymogi niezbędne do zminimalizowania zagrożeń związanych z produkcją i obrotem żywnością, a także poprzez działanie wyposażonych w określone uprawnienia organów administracji publicznej.

Za wyborem omawianej problematyki przemawia wiele względów. Należy zauważyć, że początkowo kwestie urzędowej kontroli zostały podjęte w dość zawężony sposób, jako czynności niezbędne w zapewnieniu ochrony zdrowia, jak również interesów ekonomicznych obywateli, a odnosiły się jedynie do środków spożywczych¹³. Podejście to jednak uległo pewnej modyfikacji wraz z koniecznością objęcia kontrolą całego łańcucha dostaw. Podkreślenia wymaga fakt, że prawodawca ustanowił przepisy nie tylko regulujące produkcję i dystrybucję żywności, lecz także objął nimi pasze, a ustalone procedury kontroli i nadzoru dotyczą każdej ich sfery. Jednocześnie za podstawę wdrażanych rozwiązań przyjął założenie, że jednolite zasady kontroli przyczyniają się i gwarantują swobodny przepływ towarów, realizując tym samym art. 26 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁴ (dawny art. 14 TWE). Bez wątpienia działania urzędowych kontroli żywności w państwach członkowskich mają wpływ na jej płynne przemieszczanie i zarazem zapewniają odpowiedni poziom ochrony konsumentów.

Od strony praktycznej kontrola sprowadza się do weryfikacji spełniania wymogów szeroko rozumianego prawa żywnościowego i paszowego. Obejmuje ona także regulację odnoszącą się do bytowania zwierząt¹⁵. Opiera się na zasadzie odpowiedzialności podmiotów pozyskujących żywność na wszystkich etapach produkcji, przetwarzania i dystrybucji. Ponadto coraz częściej wykracza poza kwestie samej zdrowotności, oddziałując także na zapewnienie wysokiego poziomu ochrony środowiska.

Warto dodać, że problematyka produkcji żywności, w tym prowadzenia działalności wytwórczej w zakresie produkcji roślinnej i zwierzęcej, jest przede wszystkim kształtowana regulacją prawnorolną, jednak można dostrzec

¹² P. Wojciechowski, *Wspólnotowy model urzędowej kontroli żywności*, Warszawa 2008, s. 155.

¹³ Zob. preambuła dyrektywy Rady nr 89/397/EWG z dnia 14 czerwca 1989 r. w sprawie urzędowej kontroli środków spożywczych (Dz.Urz. UE L nr 186 z 1989 r., s. 23); akt utracił moc.

¹⁴ Dz.Urz. UE C nr 202 z 2016 r., s. 47 (wersja skonsolidowana).

¹⁵ Pisze na ten temat P. Wojciechowski, *Organy urzędowej kontroli żywności w Polsce*, „Kontrola i Audyt” 2014, nr 1, s. 49.

pewne narastanie przepisów o charakterze publicznoprawnym w ramach unormowań dotyczących samego rolnictwa. Ich przejawem jest stosowanie kontroli urzędowej.

Celem rozważań jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy przyjęte na poziomie unijnym oraz krajowym regulacje prawne umożliwią skuteczną urzędową kontrolę produktów rolno-spożywczych. Ponadto zmierzają one do wskazania kierunków ewentualnych zmian mieszczących się w realizowanej polityce Unii Europejskiej.

Omawiana problematyka nie jest nowa, a była podejmowana na poziomie międzynarodowym, regionalnym i krajowym. Pewna jej spójna idea została wyrażona w opracowaniu przygotowanym w 2019 r. przez FAO pt. „The Future of Food Safety. There is no food security without food safety”¹⁶, co znajduje wyraz w prawodawstwie unijnym. Jego autorzy podkreślają, że tylko skoordynowane programy kontroli i monitorowania leżą u podstaw egzekwowania systemów regulacyjnych w zakresie bezpieczeństwa żywności w celu zapobiegania lub minimalizowania narażenia na zagrożenia związane z żywnością¹⁷.

URZĘDOWA KONTROLA ŻYWNOCI NA POZIOMIE REGIONALNYM

Urzędowa kontrola żywności na poziomie regionalnym została implementowana do wspólnotowego porządku prawnego dyrektywą Rady nr 89/397/EWG z dnia 14 czerwca 1989 r. w sprawie urzędowej kontroli środków spożywczych¹⁸. Podstawowym jej celem była harmonizacja istniejących, a rozproszonych zasad regulujących sprawowanie nadzoru w tym zakresie przez państwa członkowskie. Tym samym prawodawca przewidział konieczność ich uposażenia w odpowiednie instrumentarium, jednocześnie zobowiązując do przyjęcia niezbędnych krajowych norm prawnych.

W omawianym akcie normatywnym po raz pierwszy została zdefiniowana istota kontroli i jej przedmiot. Miała ona polegać na weryfikacji przez właściwe władze państwowe zgodności środków spożywczych, dodatków do żywności, witamin, soli mineralnych, pierwiastków śladowych i innych dodatków przeznaczonych do sprzedaży jako takie oraz materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu ze środkami spożywczymi, z przepisami mającymi realizować cele, które mieszczą się w dzisiejszym rozumieniu prawa żywnościowego. Skła-

¹⁶ *The Future of Food Safety. There is no food security without food safety*, Rome 2019, <http://www.fao.org/3/ca4289en/CA4289EN.pdf> (dostęp: 10.08.2022 r.).

¹⁷ *Ibidem*, s. 8.

¹⁸ Dz.Urz. UE L nr 186 z 1989 r., s. 23.

dały się nań zapobieganie zagrożeniom zdrowia publicznego, gwarantowanie uczciwych transakcji handlowych, a także szeroko rozumiana ochrona interesów konsumenta¹⁹.

Zmiana zakresu omawianego pojęcia została dokonana na mocy rozporządzenia (WE) nr 882/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie kontroli urzędowych przeprowadzanych w celu sprawdzenia zgodności z prawem paszowym i żywnościowym oraz regułami dotyczącymi zdrowia zwierząt i dobrostanu zwierząt²⁰. W akcie tym zostało zdefiniowane pojęcie kontroli urzędowej, z pominięciem „żywności”. Przyjęto w nim, że oznacza ona każdą formę kontroli, którą właściwy organ lub Wspólnota wykonuje w zakresie wskazanym w rozporządzeniu (art. 2 pkt 1 rozporządzenia nr 882/2004). W stosunku do uprzednio przyjętej, modyfikacja zakresu kontroli wynikała między innymi z wejścia w życie tzw. ogólnego prawa żywnościowego, tj. rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności²¹. Zasadniczo chodziło o doprecyzowanie jej zakresu i rozszerzenia przedmiotu o środki żywienia zwierząt, jak również materiały oraz wyroby przeznaczone do kontaktu z żywnością²². To swoiste skonkretyzowanie podstawowych definicji zmierzało do objęcia całego łańcucha żywności²³. Jednocześnie prawodawca podniósł konieczność ich przeprowadzania na podstawie udokumentowanych procedur w celu zapewnienia, aby były one przeprowadzane jednolicie oraz cechowały się wysoką jakością²⁴.

Ogólne zasady wykonywania kontroli urzędowych zostały określone w art. 1 rozporządzenia 882/2004, które zgodnie z definicją miały na celu sprawdzenie zgodności z regułami ukierunkowanymi w szczególności na zapobieganie, eliminowanie lub ograniczanie dopuszczalnych poziomów zagrożenia ludzi i zwierząt, bezpośrednio lub poprzez środowisko naturalne, a także gwarantowanie uczciwych praktyk w handlu paszami i żywnością oraz ochronę interesów konsumenta łącznie z etykietowaniem pasz i żywności oraz innymi formami przekazywania informacji konsumentom.

Poza wskazanym aktem normatywnym kontrola była również przedmiotem rozporządzenia (WE) nr 854/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia

¹⁹ Szerzej E. Skrzydło-Tefelska, *Prawo żywnościowe w ramach jednolitego rynku Unii Europejskiej. Ogólna charakterystyka*, „Rejent” 1995, nr 10, s. 66 i n.; I. Canfora, *Sicurezza alimentare e nuovi assetti delle responsabilità di filiera*, „Rivista di Diritto Alimentare” 2009, nr 4, s. 14–17.

²⁰ Dz.Urz. UE L nr 165 z 2004 r., s. 1; dalej: rozporządzenie nr 882/2004.

²¹ Dz.Urz. UE L nr 31 z 2002 r., s. 1; dalej: rozporządzenie nr 178/2002.

²² Zob. P. Wojciechowski, *Regulacje związane z kontrolą i monitoringiem w łańcuchu żywnościowym*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017, s. 437.

²³ P. Wojciechowski, *Organy...*, s. 50.

²⁴ Zob. motyw 14 rozporządzenia 882/2004.

29 kwietnia 2004 r. ustanawiającego szczególne przepisy dotyczące organizacji urzędowych kontroli w odniesieniu do produktów pochodzenia zwierzęcego przeznaczonych do spożycia przez ludzi²⁵. Zawarto w niej szczególne przepisy odnośnie do weryfikacji pozyskiwania mięsa świeżego, żywych małży, produktów rybołówstwa oraz mleka surowego i produktów mleczarskich.

Na podstawie omawianych aktów normatywnych zostały zaprojektowane struktury prawne modelu organizacji kontroli urzędowych. Rozwiązania w nich zawarte miały przyczynić się do jej poprawy oraz egzekwowania unijnego prawodawstwa. Jednakże ze względu na pewne ich rozproszenie oraz zawiłości prawodawca dostrzegł konieczność zrationalizowania stosowanych norm prawnych oraz ich uproszczenia. W efekcie na ich podstawie uformował jednolite ramy legislacyjne²⁶.

Obecnie fundamentalnym aktem normatywnym, którego rozwiązania prawne umożliwiają i nakazują kontrolę środków spożywczych jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/625 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie kontroli urzędowych²⁷. W porównaniu do poprzednich zakres nowego rozporządzenia został rozszerzony o kontrole urzędowe mające na celu sprawdzenie zgodności z prawem żywnościowym i paszowym, zdrowiem i dobrostanem zwierząt, zdrowiem roślin oraz przepisami dotyczącymi produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego. W konsekwencji prawodawca nie odnosi się do kontroli łańcucha żywnościowego czy paszowego, ale do łańcucha rolno-spożywczego (art. 21 ust. 1 rozporządzenia 2017/625).

Zasadniczo można wskazać dwa podstawowe cele rozporządzenia 2017/625. Jest nim ustanowienie wspólnych przepisów dotyczące unijnych kontroli urzędowych, które mają zapewnić właściwe stosowanie i egzekwowanie prawa w łańcuchu rolno-spożywczym. U ich podstaw, jak wynika z samego tytułu rozporządzenia 2017/625, leży ochrona zdrowia ludzi, roślin i dobrostanu zwierząt. Ponadto zmierza ono do wypracowania spójnego podejścia do kontroli urzędowych i środków egzekwowania oraz umocnienia zasady kontroli opartej na

²⁵ Dz.Urz. UE L nr 139 z 2004 r., s. 206; dalej: rozporządzenie nr 854/2004.

²⁶ Zob. np. M. Ferri, *Il Regolamento UE 2017/625 sui controlli ufficiali. Cosa cambia? No major changes: no revolution rather it is an evolution*, „Veterinariapreventiva.it” 2019, s. 1–29.

²⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/625 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie kontroli urzędowych i innych czynności urzędowych przeprowadzanych w celu zapewnienia stosowania prawa żywnościowego i paszowego oraz zasad dotyczących zdrowia i dobrostanu zwierząt, zdrowia roślin i środków ochrony roślin, zmieniające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 999/2001, (WE) nr 396/2005, (WE) nr 1069/2009, (WE) nr 1107/2009, (UE) nr 1151/2012, (UE) nr 652/2014, (UE) 2016/429 i (UE) 2016/2031, rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2005 i (WE) nr 1099/2009 oraz dyrektywy Rady 98/58/WE, 1999/74/WE, 2007/43/WE, 2008/119/WE i 2008/120/WE, oraz uchylające rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 854/2004 i (WE) nr 882/2004, dyrektywy Rady 89/608/EWG, 89/662/EWG, 90/425/EWG, 91/496/EWG, 96/23/WE, 96/93/WE i 97/78/WE oraz decyzję Rady 92/438/EWG (rozporządzenie w sprawie kontroli urzędowych) (Dz.Urz. UE L nr 95 z 2017 r., s. 1); dalej: rozporządzenie nr 2017/625.

ocenie ryzyka. Należy zauważyć, że przyjęte rozwiązania normatywne traktują kontrolę jako bardzo istotny element zarządzania nim. Ryzyko w tym przypadku jest pojmowane jako pewien stan niebezpieczeństwa wiążący się z pojawieniem negatywnych skutków dla zdrowia oraz dotkliwość takich skutków w okolicznościach ich wystąpienia²⁸. W tym znaczeniu kontrola ma minimalizować potencjalne niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia konsumentów oraz zwierząt, których źródłem może być żywność. Jej zakres pojęciowy został zdefiniowany w art. 2 rozporządzenia 178/2002 i jest utożsamiany ze środkiem spożywczym. Przez żywność rozumie się jakiegokolwiek substancje lub produkty, przetworzone, częściowo przetworzone lub nieprzetworzone, przeznaczone do spożycia przez ludzi lub których spożycia przez ludzi można się spodziewać. Natomiast prawodawca wyłącza z definicji środka spożywczego pasze oraz zwierzęta żywe, o ile mają one być wprowadzone na rynek do spożycia przez ludzi²⁹.

W związku z wykonaniem przepisów ogólnego prawa żywnościowego, na podmioty działające na rynku spożywczym i pasz, w przedsiębiorstwach będących pod ich kontrolą zostały nałożone pewne obowiązki (art. 17 ust. 1 rozporządzenia nr 178/2002). Chodzi o konieczność spełniania wymogów ustalonych na wszystkich etapach produkcji, przetwarzania i dystrybucji oraz sprawowania nad nimi kontroli. Zgodnie z przyjętą zasadą faktyczną kontrolę w pierwszej kolejności i w znacznej mierze wykonuje producent. Przybiera ona charakter tzw. kontroli wewnętrznej. Z kolei, w ramach wyznaczonych obowiązków, państwa członkowskie wprowadzają w życie prawo żywnościowe oraz monitorują i kontrolują jego przestrzeganie (art. 17 ust. 2 rozporządzenia 178/2002)³⁰. W tym przypadku kontrola ta przyjmuje charakter zewnętrzny, niezależny od woli producenta, a dokonują jej organy powołane do urzędowej kontroli żywności działające na podstawie odrębnych przepisów.

Prawodawca unijny jednocześnie odróżnia wykonywanie kontroli urzędowych od innych czynności urzędowych. Pierwsze z wymienionych oznaczają czynności przeprowadzane przez właściwe organy, jednostki upoważnione lub osoby fizyczne, którym przekazano zadania w ramach kontroli urzędowych³¹. Natomiast drugie odnoszą się do wszelkich innych działań, które są podejmowane

²⁸ Szerzej na temat ryzyka I. Lipińska, *Prawne aspekty zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej*, Warszawa 2019.

²⁹ Środek spożywczy obejmuje natomiast napoje, gumę do żucia i wszelkie substancje, łączące z wodą, świadomie dodane do żywności podczas jej wytwarzania, przygotowania lub obróbki.

³⁰ Prawodawca na podstawie art. 17 rozporządzenia 178/2002 nakłada na państwa członkowskie między innymi obowiązek powiadamiania opinii publicznej o sprawowanym nadzorze nad bezpieczeństwem żywności i pasz oraz innych działaniach monitorujących, obejmujących wszystkie etapy produkcji, przetwarzania i dystrybucji.

³¹ Jak dostrzega Agnieszka Serlikowska, rozporządzenie nr 2017/625 wprowadziło nową definicję urzędowych kontroli jako czynności przeprowadzanych przez właściwe organy, jednostki upoważnione lub osoby fizyczne, którym zgodnie z tym rozporządzeniem przekazano pewne zadania w ramach kontroli urzędowych, podejmowane w celu weryfikacji przestrzegania przez pod-

przez podmioty, którym przekazano kompetencje urzędowe³². Należy podkreślić, że rozporządzenie 178/2002 obejmuje kontrolą urzędową wszystkie przedsiębiorstwa spożywcze i podmioty branżowe działające na rynku³³. Ma ono zastosowanie również do kontroli urzędowych weryfikujących obrót zwierząt i towarów z państwami trzecimi.

Zakres urzędowej kontroli żywności jest wykonywany w obszarach: a) żywności i bezpieczeństwa żywności, jej integralności i jakości zdrowotnej na każdym etapie produkcji, przetwarzania i dystrybucji żywności, w tym zgodności z przepisami mającymi na celu zapewnienie uczciwych praktyk handlowych oraz ochronę interesów konsumentów i zapewnienie im prawa do informacji, a także dotyczącymi wytwarzania i wykorzystywania materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością; b) zamierzonego uwalniania do środowiska organizmów genetycznie zmodyfikowanych (GMO) w celu produkcji żywności i paszy; c) pasz i bezpieczeństwa pasz na każdym etapie produkcji, przetwarzania i dystrybucji pasz oraz stosowania pasz, w tym z przepisami mającymi na celu zapewnienie uczciwych praktyk handlowych oraz ochronę zdrowia i interesów konsumentów oraz zapewnienie im prawa do informacji; d) wymogów dotyczących zdrowia zwierząt; e) zapobiegania ryzyku dla zdrowia ludzi i zwierząt stwarzanemu przez produkty uboczne pochodzenia zwierzęcego i produkty pochodne oraz ograniczania takiego ryzyka; f) wymogów dotyczących dobrostanu zwierząt; g) środków ochronnych przeciwko agrofagom roślin; h) wymogów dotyczących wprowadzania do obrotu i stosowania środków ochrony roślin oraz zrównoważonego stosowania pestycydów, z wyjątkiem sprzętu do aplikacji pestycydów; i) produkcji ekologicznej i etykietowania produktów ekologicznych; j) stosowania i oznakowania chronionych nazw pochodzenia, chronionych oznaczeń geograficznych i gwarantowanych tradycyjnych specjalności (art. 1 ust. 1 rozporządzenia 2017/625).

Jak wskazano powyżej, za egzekwowanie unijnego prawodawstwa dotyczącego łańcucha rolno-spożywczego odpowiadają państwa członkowskie. Wskazują one właściwy organ centralny lub inny działający w interesie publicznym, któremu powierza kompetencje z zakresu kontroli. Pozwala to państwom na

mioty tego aktu oraz przepisów we wskazanych obszarach; zob. A. Serlikowska, *Oplaty i inne należności ustalane lub pobierane przez organy urzędowej kontroli żywności*, Warszawa 2020, s. 40.

³² Zob. szerzej art. 2 ust. 2 rozporządzenia 2017/625. Kontrole obejmują czynności mające na celu weryfikację występowania chorób zwierząt lub agrofagów roślin, zapobieganie lub kontrolę rozprzestrzeniania się takich chorób zwierząt lub agrofagów roślin, lub ich eliminację, udzielanie zezwoleń lub zatwierdzanie oraz wydawanie świadectw urzędowych lub poświadczeń urzędowych.

³³ Dotyczy to producentów surowców rolnych do produkcji żywności, producentów pasz, hodowców, producentów zwierząt i roślin, aż po sprzedawców detalicznych, podmioty gastronomiczne i przedsiębiorstwa handlowe związane z branżą. Pisze na ten temat B. Bakalarska, *Nowe regulacje prawne w zakresie kontroli urzędowych*, „Wiedza i Jakość” 2019, nr 4, s. 10; K. Krzewska, *Urzędowa kontrola żywności – zmiany wprowadzane przez rozporządzenie 2017/625*, LEX/el. 2017.

monitorowanie i weryfikację spełniania wymogów unijnych (art. 4 ust. 1 rozporządzenia 2017/625)³⁴. Organ kontroli jest powoływany dla każdego z obszarów regulowanych przepisami omawianego rozporządzenia. Prawodawca dopuszcza również równoległe działanie kilku organów na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym. Implikuje to wyznaczenie konkretnych dłań obowiązków z uwzględnieniem konieczności zapewnienia sprawnej i efektywnej ich współpracy. W sytuacji wielości organów, na państwie członkowskim ciąży obowiązek wskazania, zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi, jednego odpowiedzialnego za koordynowanie współpracy z Komisją i innymi państwami członkowskimi.

Szczególna rola powoływanych organów polega między innymi na tym, że tworzą one procedury lub rozwiązania służące zapewnieniu sprawności i skuteczności kontroli urzędowych oraz innych czynności urzędowych. Ponadto określają one czynności służące zapewnieniu bezstronności, jakości i spójności kontroli na wszystkich jej szczeblach (art. 5 ust. 1 pkt b rozporządzenia 2017/625). W dużej mierze uprawnienia poszczególnych krajowych organów kontroli kształtowane są przepisami prawa unijnego, a można wśród nich wymienić kompetencje kontrolne, nadzorcze oraz informacyjno-doradcze³⁵.

Zaprojektowany unijny model urzędowej kontroli opiera się na kilku zasadach zawartych w rozporządzeniu 2017/625. Ich wyłonienia dokonał P. Wojciechowski, a należy wśród nich wymienić zasady: proporcjonalności (art. 9 ust. 6), dwuinstancyjności (art. 7), kompleksowości (art. 10 ust. 1), ostrożności (art. 7 rozporządzenia nr 178/2002), jednolitości działania (art. 43), regularności (art. 9 i 109), poufności (art. 8), przejrzystości (art. 11), prowadzenia kontroli bez uprzedzenia (art. 9 ust. 4), analizy ryzyka (art. 9 ust. 1 i 2), zasadę bezstronności i obiektywizmu (art. 27 i 35), fachowości i kompetentności (art. 5 ust. 4), oraz sprawności i efektywności (art. 5 ust. 1 lit. a)³⁶.

Omawiany akt normatywny przyznaje Komisji uprawnienia w zakresie przeprowadzania audytu w państwach członkowskich (art. 116 ust. 1 rozporządzenia 2017/625), co jest przejawem tzw. podwójnej kontroli. Należy go pojmować jako systematyczne i niezależne badanie mające na celu ustalenie, czy wskazane rozporządzeniem działania oraz ich wyniki są zgodne z zaplanowanymi rozwiązaniami i czy te rozwiązania są należycie stosowane. Audyty służą weryfikacji nie tylko stosowania prawodawstwa Unii, lecz także funkcjonowania krajowych

³⁴ Zob. motyw nr 15 Preambuły rozporządzenia 2017/625. Zob. F. Albisinni, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, „Rivista di Diritto Alimentare” 2018, nr 1, s. 11–36.

³⁵ Szerzej P. Wojciechowski, *Organy...*, s. 53 i n.

³⁶ Zob. P. Wojciechowski, *Regulacje związane z kontrolą i monitoringiem w łańcuchu żywnościowym*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System...*, s. 437–446.

systemów kontroli i ich organów. W tym samym zakresie są one również przewidziane w stosunku do państw trzecich³⁷.

Od strony praktycznej wykonanie przepisów dotyczących urzędowych kontroli, jak zauważa Bernd M. J. van der Meulen, odbywa się poprzez kilka etapów³⁸. Pierwszym jest zbadanie samej zgodności kontroli, czy prawodawstwo unijne dotyczące łańcucha rolno-spożywczego nakłada na właściwe organy obowiązek sprawdzenia, czy podmioty działają zgodnie ze stosownymi przepisami i czy żywność spełnia wymogi w tym zakresie. W efekcie może dojść do podejrzenia prawdopodobieństwa wystąpienia takich niezgodności, które podlegają weryfikacji, co stanowi kolejny etap. Odpowiednio właściwe organy przeprowadzają postępowanie wyjaśniające w celu potwierdzenia lub wyeliminowania takiego podejrzenia (art. 137 ust. 2 rozporządzenia 2017/625). Ostatnim z nich jest stwierdzenie wystąpienia niezgodności. Wówczas organy podejmują wszelkie środki, jakie uznają za odpowiednie, by zapewnić zgodność z przepisami przyjętymi na szczeblu unijnym lub krajowym. Przeprowadzają one konieczne działania, aby określić przyczynę i zakres niezgodności, w tym ustalają obowiązki podmiotu oraz wprowadzają właściwe środki w celu podjęcia przez niego działań naprawczych i zaradczych (art. 138 ust. 2 rozporządzenia 2017/625). Zgodnie z powyższym, jak podkreśla P. Wojciechowski, pojęcie kontroli w ujęciu funkcjonalnym odnosi się nie tylko do samej funkcji kontrolnej, ale również do szerokiego zakresu działań o charakterze władczym³⁹.

Należy dodać, że w sytuacji wystąpienia poważnego zakłócenia w systemie kontroli danego państwa członkowskiego, Komisja w drodze wydania aktów wykonawczych może przyjmować określone środki egzekucyjne (art. 141 rozporządzenia 2017/625).

Poza wymienionymi, w rozporządzeniu 2017/625 ustanowiono także przepisy dotyczące innych powiązanych aspektów. Należą do nich między innymi kwestie finansowania kontroli urzędowych (art. 78), pomocy administracyjnej i współpracy między państwami członkowskimi (art. 102), kontroli przeprowadzanych przez Komisję oraz ustanowienie systemu zarządzania w celu gromadzenia danych i informacji IMSOC (Information Management System For Official Controls) (art. 131).

³⁷ Zob. motyw nr 79 rozporządzenia 2017/625.

³⁸ Bernd M. J. van der Meulen, *Enforcement of EU agri-food law: Regulation (EU) 2017/625 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products*, "ERA Forum: Journal of Academy of European Law" 2018. DOI: 10.1007/s12027-018-0532-5.

³⁹ Szerzej P. Wojciechowski, *Wspólnotowy model...*, s. 19–23.

URZĘDOWA KONTROLA ŻYWNOŚCI NA POZIOMIE KRAJOWYM NA PRZYKŁADZIE POLSKI

Kompetencje Unii Europejskiej w zakresie urzędowej kontroli żywności nie są wyłączne. Oznacza to, że każde państwo członkowskie ma własny swoisty jej model, który jest kształtowany zarówno przez przepisy prawa unijnego, jak i rodzime ustawodawstwo. Oddziałuje ono na organizację systemu kontroli oraz rozwiązania proceduralne, gwarantując pewną autonomię instytucjonalną. Co do zasady, prawodawca nie ingeruje w kwestie administracji publicznej oraz w tok postępowania przed jej organami. Nie oznacza to jednak pełnej swobody w tworzeniu ich struktury i sposobu funkcjonowania, bowiem muszą one wypełniać ustalone unijne cele prawa żywnościowego.

Jak wskazano powyżej, za egzekwowanie prawodawstwa Unii Europejskiej dotyczącego łańcucha rolno-spożywczego odpowiadają państwa członkowskie, których właściwe organy – poprzez organizację kontroli urzędowych – monitorują i weryfikują, czy odpowiednie wymogi unijne są faktycznie przestrzegane i egzekwowane. W ich gestii leży także określenie zasad dotyczących środków i kar mających zastosowanie w przypadku naruszenia prawa żywnościowego i paszowego⁴⁰.

Obecnie w Polsce urzędową kontrolę żywności wykonują cztery instytucje, bez określenia jednej wiodącej. Formalnie są niezależne od siebie, mają odmienną strukturę organizacyjną, zadania oraz kompetencje. Są one uprawnione do przeprowadzania kontroli zewnętrznej, a posiadają uprawnienia na mocy odpowiednich przepisów prawnych. Należy do nich: Państwowa Inspekcja Sanitarna (PIS) funkcjonująca na podstawie ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (dalej: u.p.i.s.)⁴¹, Inspekcja Weterynaryjna (IW) działająca na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. o Inspekcji Weterynaryjnej (dalej: u.i.w.)⁴², Inspekcja Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych (IJHARS) działająca na podstawie ustawy z dnia 21 grudnia 2000 r. o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych (dalej: u.j.h.a.r.s.)⁴³, oraz Państwowa Inspekcja Ochrony Roślin i Nasiennictwa (PIORIN) istniejąca na podstawie ustawy z dnia 13 lutego 2020 r. o Państwowej Inspekcji Ochrony Roślin i Nasiennictwa (dalej: u.p.i.o.r.n.)⁴⁴. Nadzór nad nimi sprawują trzy odrębne naczelne organy administracji rządowej, tj. Prezes Rady Ministrów, minister właściwy do spraw rolnictwa oraz minister właściwy do spraw zdrowia.

⁴⁰ Por. art. 17 ust. 2 rozporządzenia 178/2002.

⁴¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 195, z późn. zm.

⁴² Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 306, z późn. zm.

⁴³ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 630, z późn. zm.

⁴⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 147, z późn. zm.

Poszczególne instytucje kontrolne mają odmienną dwu- lub trzyszczeblową strukturę. Przykładem pierwszej z wymienionych jest PIORIN. Jej głównymi organami są podległy ministrowi właściwemu do spraw rolnictwa i powoływany przez Prezesa Rady Ministrów Główny Inspektor oraz wojewoda wykonujący zadania przy pomocy wojewódzkiego inspektora ochrony roślin i nasiennictwa (art. 3 ust. 1 u.p.i.o.r.n.). Dwupoziomową strukturę ma również Inspekcja Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych. Zadania na szczeblu ogólnokrajowym sprawuje Główny Inspektor Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych, natomiast na poziomie wojewódzkim – wojewoda przy pomocy wojewódzkiego inspektora jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych (art. 18 u.j.h.a.r.s.). Głównego Inspektora powołuje Prezes Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw rynków rolnych i jednocześnie jemu podlega.

Do instytucji posiadających trzyszczeblową strukturę należy Inspekcja Weterynaryjna, a jej organami są: Główny Lekarz Weterynarii, kierownik wojewódzkiej inspekcji weterynaryjnej wchodzącej w skład zespolonej administracji rządowej w województwie – wojewódzki lekarz weterynarii oraz kierownik powiatowej inspekcji weterynaryjnej wchodzącej w skład niezespolonej administracji rządowej – powiatowy lekarz weterynarii (art. 5 ust. 1 u.i.w.). Inspekcją kieruje Główny Lekarz Weterynarii, który podlega ministrowi właściwemu do spraw rolnictwa, a jest on powoływany przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek ministra właściwego do spraw rolnictwa (art. 6 u.i.w.).

Również trójszczeblowa jest organizacja Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Składają się nań głównie takie organy, jak: Główny Inspektor Sanitarny oraz jako organy rządowej administracji zespolonej w województwie – państwowi wojewódzcy inspektorzy sanitarni, państwowi powiatowi inspektorzy sanitarni. Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.p.i.s. Główny Inspektor Sanitarny jest centralnym organem administracji rządowej podległym ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, powołuje go Prezes Rady Ministrów spośród osób wyłonionych w drodze otwartego i konkurencyjnego naboru, na wniosek ministra właściwego do spraw zdrowia.

Obszar urzędowej kontroli w Polsce jest wykonywany według trzech ścieżek. Pierwsza z nich dotyczy jakości zdrowotnej (czyli bezpieczeństwa żywności), za którą jest odpowiedzialny PIS i IW oraz jakości handlowej wykonywanej przez IJHARS. W kolejności kontrolę pochodzenia żywności wykonuje PIS odnośnie do bezpieczeństwa żywności pochodzenia niezwierzęcego na etapie produkcji oraz wszystkich produktów będących w obrocie, natomiast IW jest odpowiedzialna za żywność pochodzenia zwierzęcego na etapie produkcji oraz w obrocie hurtowym. Trzecia ścieżka odnosi się do samego obrotu żywnością, a leży w kompetencji IJHARS.

Funkcjonowanie Państwowej Inspekcji Sanitarnej jest kształtowane dwoma aktami normatywnymi, tj. ustawą z dnia 14 marca 1985 r. oraz ustawą z dnia

25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (dalej: u.b.ż.ż.)⁴⁵, jako *lex specialis*⁴⁶. Jej zadania z zakresu zdrowia publicznego obejmują sprawowanie nadzoru nad między innymi warunkami zdrowotnymi żywności oraz żywienia (art. 1 pkt 6 u.p.i.s.). Jego obszar normatywny dotyczy przestrzegania wymagań higienicznych i zdrowotnych odnośnie do warunków produkcji, transportu, przechowywania i sprzedaży żywności, warunków żywienia zbiorowego (art. 4 ust. 1 pkt 3 u.p.i.s.), nadzoru nad jej jakością zdrowotną (art. 4 ust. 1 pkt 3a u.p.i.s.), warunków zdrowotnych produkcji materiałów, obrotu takimi materiałami i wyrobami przeznaczonymi do kontaktu z żywnością oraz innymi wyrobami mogącymi mieć wpływ na zdrowie ludzi (art. 4 ust. 1 pkt 4 u.p.i.s.). Jak wynika z przytoczonego przepisu, zakres kontroli sprawowany przez PIS obejmuje cały łańcuch żywnościowy, co koresponduje z rozwiązaniami przyjętymi na poziomie unijnym.

Zgodnie z przyjętą zasadą w art. 12 ust. 1 u.p.i.s. w sprawach należących do zakresu zadań i kompetencji PIS, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, organem właściwym jest państwowy powiatowy lub państwowy graniczny inspektor sanitarny. Ich kompetencje, jako organów urzędowej kontroli żywności w rozumieniu art. 4 rozporządzenia 2017/625, zostały określone w art. 73 ust. 1 pkt 1 u.b.ż.ż., a ich zakres obejmuje cztery obszary. Zasadniczo przedmiotem kontroli jest żywność pochodzenia niezwierzęcego produkowana i wprowadzana do obrotu, przywożona z państw trzecich oraz wywożona i powrotnie wywożona do tych państw. Ponadto obejmuje ona produkty pochodzenia zwierzęcego znajdujące się w handlu detalicznym w rozumieniu art. 3 pkt 7 rozporządzenia nr 178/2002, z wyłączeniem produktów pochodzenia zwierzęcego znajdujących się w rolniczym handlu detalicznym. Ustawodawca objął jej zakresem także żywność zawierającą jednocześnie środki spożywcze pochodzenia niezwierzęcego i produkty pochodzenia zwierzęcego, o której mowa w art. 1 ust. 2 rozporządzenia nr 853/2004, produkowanej i wprowadzanej do obrotu lub wywożonej do państw trzecich, przywożonej z tych państw w zakresie nieobjętym decyzją Komisji z dnia 17 kwietnia 2007 r. 2007/275/WE dotyczącą wykazów zwierząt i produktów mających podlegać kontroli w punktach kontroli granicznej na mocy dyrektyw Rady 91/496/EWG i 97/78/WE⁴⁷ oraz powrotnie wywożoną do tych państw, z wyłączeniem żywności znajdującej się w rolniczym handlu detalicznym. Organy PIS zajmują się także oceną prawidłowości stosowania zasad systemu Analizy Zagrożeń i Krytycznych Punktów Kontroli (HACCP) w zakładach objętych jej nadzorem.

Drugim urzędowym podmiotem sprawującym pieczę nad bezpieczeństwem żywności w Polsce jest Inspekcja Weterynaryjna. Zakres jej działania obejmuje

⁴⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2021, z późn. zm.

⁴⁶ Pisze na ten temat D. Ziółkowski, *Pionizacja inspekcji żywnościowych a sprawowanie kontroli i nadzoru nad ich działalnością*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski (red.), *Urzędowa kontrola żywności: teoria i praktyka*, Warszawa 2018, s. 93.

⁴⁷ Dz.Urz. UE L nr 116 z 2007 r., s. 9, z późn. zm.

żywność pochodzenia zwierzęcego i produkty pochodzenia zwierzęcego znajdujące się w rolniczym handlu detalicznym, natomiast do kompetencji należy ochrona zdrowia publicznego (art. 3 ust. 1 u.i.w.). Ponadto w art. 73 ust. 1 pkt 3 u.b.ż.ż. ustawodawca wskazał kompetencje organów Inspekcji Weterynaryjnej, jako organów urzędowej kontroli żywności w rozumieniu art. 4 rozporządzenia 2017/625, zgodnie z właściwością określoną przepisami ustawy o Inspekcji Weterynaryjnej⁴⁸. Zgodnie z tą ustawą IW wykonuje swoje zadania w ramach urzędowej kontroli żywności poprzez m.in.: badanie zwierząt rzeźnych oraz produktów pochodzenia zwierzęcego i żywności; przeprowadzanie weterynaryjnej kontroli granicznej i weterynaryjnej kontroli w handlu i wywozie zwierząt oraz produktów w rozumieniu przepisów o kontroli weterynaryjnej w handlu; sprawowanie nadzoru nad bezpieczeństwem produktów pochodzenia zwierzęcego, w tym przy ich produkcji i wprowadzaniu na rynek, a także sprzedaży bezpośredniej. Ponadto Inspekcja wykonuje swoje zadania także na podstawie przepisów odrębnych. Są one zawarte chociażby w ustawie z dnia 16 grudnia 2005 r. o produktach pochodzenia zwierzęcego (dalej: u.p.p.z.)⁴⁹. Ustawodawca określa w jej treści właściwość organów w zakresie higieny i kontroli produktów pochodzenia zwierzęcego, a także żywności zawierającej jednocześnie środki spożywcze pochodzenia niezwierzęcego i produkty pochodzenia zwierzęcego. Właściwym organem kontrolnym jest zgodnie z art. 6 ust. 1 u.p.p.z. powiatowy lekarz weterynarii⁵⁰.

Organy IW na podstawie przepisów szczególnych są także właściwe do np. przeprowadzania urzędowych kontroli pasz oraz dodatków stosowanych w żywieniu zwierząt (art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o paszach⁵¹), przeprowadzania kontroli w zakresie spełniania przez nawozy lub środki wspomagające uprawę roślin, wytworzone z produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego lub produktów pochodnych wymagań wskazanych we właściwych przepisach (art. 36 ustawy z dnia 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu⁵²).

W konsekwencji organy PIS są właściwe w sprawach dotyczących żywności pochodzenia niezwierzęcego, a IW pochodzenia zwierzęcego. Niemniej, jak

⁴⁸ Pisze na ten temat D. Ziółkowski, *Pionizacja inspekcji żywnościowych a sprawowanie kontroli i nadzoru nad ich działalnością*, (w:) M. Korzycka, M. Wojciechowski (red.), *Urzędowa kontrola...*, s. 93.

⁴⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1753, z późn. zm.

⁵⁰ Jest to organ kontrolny w rozumieniu: 1) art. 2 ust. 1 lit. c rozporządzenia nr 854/2004, 2) art. 2 pkt 4 rozporządzenia nr 882/2004, w zakresie urzędowych kontroli: a) produktów pochodzenia zwierzęcego, b) żywności zawierającej jednocześnie środki spożywcze pochodzenia niezwierzęcego i produkty pochodzenia zwierzęcego znajdującej się w rolniczym handlu detalicznym – chyba że prawodawstwo weterynaryjne lub przepisy dotyczące bezpieczeństwa żywności stanowią inaczej.

⁵¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 278, z późn. zm.

⁵² Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 76, z późn. zm.

pokazuje praktyka, wytwarzana żywność wprowadzana do obrotu może składać się z jednych i drugich, co implikuje pewne utrudnienia kolizyjne⁵³.

Poza wymienionymi podmiotami, do przeprowadzenia urzędowej kontroli żywności są uprawnione także tzw. inspekcje resortowe⁵⁴. Należy tu wymienić Wojskową Inspekcję Sanitarną, która wykonuje zadania PIS, oraz Wojskową Inspekcję Weterynaryjną – wykonującą zadania IW, a są one podległe i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej (art. 22a u.p.i.s. oraz art. 3 ust. 4 u.i.w.).

Wśród organów odpowiedzialnych za sprawowanie urzędowych kontroli żywności należy wymienić także Państwową Inspekcję Ochrony Roślin i Nasiennictwa. Inspekcja wykonuje zadania związane z nadzorem zdrowia roślin i środków ochrony roślin, zapobieganiem zagrożeniom związanym z produkcją środków ochrony roślin, ich obrotem i stosowaniem, a także nad wytwarzaniem i obrotem materiału siewnego (art. 2 u.p.i.o.r.n.). Doniosła rola PIORIN w sprawowaniu pieczy nad bezpieczeństwem żywności polega na kontroli pozostałości środków ochrony roślin w produktach roślinnych pochodzących z tzw. produkcji pierwotnej⁵⁵. Ponadto wykonuje ona także inne zadania powierzone na mocy przepisów odrębnych. Przykładem może być kontrola materiału siewnego na podstawie art. 121 ustawy z 9 dnia listopada 2012 r. o nasiennictwie⁵⁶, a także upraw winorośli, z których winogrona są przeznaczone do wyrobu wina, zgodnie z art. 27 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o oznaczeniach geograficznych win oraz aromatyzowanych produktów sektora wina⁵⁷.

Urzędową kontrolę żywności w Polsce sprawuje także Inspekcja Jakości Handlowej Artykułów Rolno-Spożywczych. Do jej podstawowych zadań należy nadzór nad jakością handlową artykułów rolno-spożywczych oraz kontrola nad warunkami ich składowania i transportu. Na potrzeby realizacji omawianej ustawy o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych został skonkretyzowany i tym samym zdefiniowany jej przedmiot. Warto dodać, prawodawca w aktach normatywnych z zakresu szeroko rozumianego prawa żywnościowego posługuje się jedynie definicją żywności⁵⁸. Mianowicie artykuły rolno-spożywcze oznaczają produkty rolne, runo leśne, dziczyznę, organizmy morskie i słodkowodne w postaci surowców, półproduktów oraz wyrobów gotowych otrzymywanych z tych surowców i półproduktów, w tym środki spożywcze (art. 3 pkt 1 u.j.h.a.r.s.). Natomiast przez jakość handlową należy rozumieć cechy

⁵³ Szerzej M. Rudy, A. Kosińska-Madera, *Kolizja właściwości w nadzorze nad żywnością*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski (red.), *Urzędowa kontrola żywności: teoria i praktyka*, Warszawa 2018, s. 159.

⁵⁴ P. Wojciechowski, *Organy...*, s. 52 i n.

⁵⁵ Zgodnie z art. 3 pkt 17 rozporządzenia nr 178/2002 przez produkcję podstawową rozumie się produkcję, uprawę lub hodowlę produktów podstawowych, w tym zbiory, dojenie i hodowlę zwierząt gospodarskich przed ubojem.

⁵⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 129, z późn. zm.

⁵⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1891, z późn. zm.

⁵⁸ Zob. art. 2 rozporządzenia 178/2002.

artykułu rolno-spożywczego dotyczące jego właściwości organoleptycznych, fizykochemicznych i mikrobiologicznych w zakresie technologii produkcji, wielkości lub masy oraz wymagania wynikające ze sposobu produkcji, opakowania, prezentacji i oznakowania, nieobjęte wymaganiami sanitarnymi, weterynaryjnymi lub fitosanitarnymi (art. 3 pkt 5 u.j.h.a.r.s.). Należy stwierdzić, że Inspekcja ta kontroluje żywność pochodzenia roślinnego i zwierzęcego w zakresie wykraczającym poza wymagania sanitarne, weterynaryjne oraz fitosanitarne.

Warto dodać, że pewne „uszczuplenie” instytucjonalne nastąpiło z dniem 1 lipca 2020 r. Mianowicie do 30 czerwca 2020 r. kontrolę artykułów żywnościowych prowadziła również Inspekcja Handlowa (dalej: IH) powołana mocą przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o Inspekcji Handlowej⁵⁹. Jednakże jej kompetencje w tym zakresie zostały na mocy ustawy z dnia 23 stycznia 2020 r. o zmianie ustawy o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych oraz niektórych innych ustaw⁶⁰ przekazane IJHARS (art. 16 ust. 3 u.j.h.a.r.s.). Zmiana ta wydaje się być uzasadniona, bowiem do tej pory nadzór nad jakością handlową artykułów rolno-spożywczych był sprawowany przez IJHARS i IH na podstawie tych samych przepisów. Mowa tu o ustawie o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych. Do zadań IH należała między innymi kontrola produktów będących w obrocie w zakresie oznakowania i zafalszowania produktów w ujęciu ogólnym. Natomiast dyspozycja do sprawowania kontroli nad jakością handlową produktów rolno-spożywczych w obrocie detalicznym wynikała z obecnie uchylonego art. 17 ust. 3 u.j.h.a.r.s.

Jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie ustawy o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych oraz niektórych innych ustaw stworzenie jednego organu urzędowej kontroli jakości żywności odpowiedzialnego za kontrolę jakości handlowej na wszystkich etapach produkcji, przetwarzania i dystrybucji żywności umożliwi szybsze reagowanie na pojawiające się na rynku nieprawidłowości, a w efekcie sprawniejsze eliminowanie produktów o jakości handlowej niezgodnej z przepisami. Taka reorganizacja zapewni pełniejsze wykorzystanie potencjału połączonych służb kontrolnych, co powinno wpłynąć na poprawę bezpieczeństwa ekonomicznego konsumentów żywności⁶¹.

Podział nadzoru pomiędzy kilka inspekcji, a także nieprecyzyjne uregulowanie ich właściwości wymusza na inspekcjach zawieranie porozumień regulujących zasady ich współpracy⁶². Na ich mocy inspekcje przekazują sobie między innymi informacje o negatywnych zjawiskach występujących w obrocie towarami.

⁵⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1706.

⁶⁰ Dz.U. z 2020 r., poz. 285.

⁶¹ Druk nr 65, Sejm RP IX kadencji, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=65> (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁶² Tak: *Informacja o wynikach kontroli. Bezpieczeństwo żywności*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2019, s. 8–9.

Zróznicowane są nie tylko zakresy działania, ale też relacje pomiędzy poszczególnymi organami wskazanych inspekcji. Ich ustrój wewnętrzny nie zawsze opiera się na zasadzie dekoncentracji terytorialnej, a co za tym idzie, ciężar wykonywania zadań tylko z zasady spoczywa na organach najniższych. Należy dodać, że o ile organy omawianych inspekcji szczebla wojewódzkiego stanowią organy rządowej administracji zespolonej w województwie w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (dalej: u.w.a.r.w.)⁶³, o tyle zupełnie nieczytelna jest pozycja prawna powiatowego lekarza weterynarii (organ niezespolonej administracji rządowej) i państwowego powiatowego inspektora sanitarnego (organ rządowej administracji zespolonej w województwie). Urzędowa kontrola żywności ma zatem się odbywać bez jakiegokolwiek udziału samorządu terytorialnego, choćby w formie zespolecia pośredniego na szczeblu powiatowym, o którym mowa w ustawie z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym⁶⁴. Urzędowa kontrola żywności to kontrola państwowa, powierzona różnorodnym organom administracji rządowej. Niemniej wobec zróznicowania pozycji prawnej i organizacji wewnętrznej poszczególnych inspekcji na konieczną koordynację międzyresortową na szczeblu centralnym nakładają się funkcje wojewody jako zwierzchnika rządowej administracji zespolonej w województwie, a przede wszystkim organu administracji rządowej w województwie, do którego właściwości należą wszystkie sprawy z zakresu administracji rządowej w województwie niezastrzeżone w odrębnych ustawach do właściwości innych organów tej administracji na podstawie art. 3 ust. 1 u.w.a.r.w. Już z tych egzemplifikacji widać, że przyjęty w Polsce system urzędowej kontroli żywności nie może być uznany za logiczny i spójny, a przede wszystkim zintegrowany na poziomie terytorialnym.

Próbie rozwiązania tych problemów stanowi przygotowywana od lat reforma, w ramach której planuje się połączenie właściwych instytucji i utworzenie jednej wspólnej inspekcji bezpieczeństwa żywności. Konsolidacja podmiotów odpowiedzialnych za urzędową kontrolę żywności jest też wyraźną tendencją w państwach członkowskich Unii Europejskiej – już w 23. z nich dokonano zmian mających na celu scalenie i powołanie jednej właściwej instytucji⁶⁵. W tym zakresie prace studialne są dalece zaawansowane i przybrały postać projektu ustawy z 2017 r.⁶⁶. Mimo braku efektów legislacyjnych niewątpliwie pożądane jest stworzenie w Polsce jednolitego zintegrowanego systemu kontroli bezpieczeństwa i jakości żywności na wszystkich etapach produkcji poprzez skonsolidowanie wszystkich procesów kontrolnych i monitorujących w całym łańcuchu żywnościowym.

⁶³ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 135, z późn. zm.

⁶⁴ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1526.

⁶⁵ Druk nr 1685, Sejm RP VIII kadencji, rządowy projekt ustawy o Państwowej Inspekcji Bezpieczeństwa Żywności – uzasadnienie, s. 3, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?id=B5675C3915BDE24BC125815400280A07> (dostęp: 8.08.2022 r.).

⁶⁶ *Ibidem*.

KONKLUZJE

Urzędowa kontrola żywności jest jednym z najistotniejszych instrumentów systemu bezpieczeństwa żywności, który służy zapewnieniu zdrowia i życia człowieka. Należy zatem pozytywnie ocenić rozszerzenie na poziomie unijnym zakresu kontroli urzędowych na cały sektor rolno-spożywczy.

Przyjęte na szczeblu unijnym przepisy w zakresie urzędowych kontroli żywności dają organom krajowym oraz Komisji Europejskiej niezbędne narzędzia oraz uprawnienia do egzekwowania wymogów regulacyjnych na wszystkich etapach produkcji, przekształcania i dystrybucji żywności. Konstytuowany model kontroli, w obecnym ujednoczonym kształcie, pozwala na jej efektywną organizację. Jednakże to, czy wprowadzane do obrotu produkty są bezpieczne, zależy od odpowiedzialności i świadomości podmiotów będących poszczególnymi ogniwami w łańcuchu dostaw, na których ciąży obowiązek analizy ryzyka i zagrożeń, które powinny być wspierane przez urzędową kontrolę.

Tym samym prawodawca dostrzega konieczność „upewniania się” poprzez kontrolę urzędową, że żaden z wprowadzonych na rynek produktów nie jest niebezpieczny. Należy stwierdzić, że stworzenie dwustopniowej odpowiedzialności, spoczywającej w pierwszej kolejności na państwie członkowskim działającym poprzez swoje organy, a w drugiej na Komisji, pozwala na pewne jej dopasowanie do realiów administracji publicznej. Faktycznym przedmiotem kontroli wykonywanej przez Komisję jest bowiem administracja publiczna każdego z państw członkowskich, realizująca zadania z zakresu urzędowej kontroli żywności⁶⁷. Weryfikuje ona działalność krajowych organów oraz wypełnianie obowiązków w zakresie ustawodawstwa żywnościowego. Natomiast przedmiotem kontroli w państwach członkowskich jest żywność oraz działalność przedsiębiorców ją pozyskujących.

Urzędowa kontrola żywności w Polsce należy do jednych z bardziej rozdrobionych na terenie Unii Europejskiej⁶⁸. Nadzór nad żywnością jest sprawowany przez wiele organów, na mocy licznych aktów normatywnych, co nie sprzyja jej sprawowaniu. Poszczególne organy nie tylko zajmują się kwestią bezpieczeństwa żywności, lecz także zostały im przypisane o wiele szersze zakresy kompetencyjne. Słabością krajowego systemu, obok wielości organów, jest znaczna liczba aktów normatywnych, które kształtują ich zadania i kompetencje, co nie zawsze utwierdza podmiot kontrolowany co do ich zasadności. Jednocześnie rozdzielenie kompetencji w zakresie kontroli pośród działających instytucji w kraju powoduje, że niektóre z nich mogą na siebie zachodzić. W efekcie u danego przedsiębiorcy

⁶⁷ P. Wojciechowski, *Wspólnotowy model...*, s. 152.

⁶⁸ Zob. A. Hadjigeorgioua, E. S. Soteriadesc, A. Philalithisa, A. Psaroulakie, Y. Tselentise, A. Gikas, *National food safety systems in the European Union A comparative survey*, “International Journal of Food Studies” 2013, Vol. 2, s. 109–114.

może być prowadzonych kilka postępowań kontrolnych. Względy te powodują, że struktura urzędowej kontroli nie zawsze jest przekonująca. Uzasadnia to wprowadzenie jednej instytucji, której działania przyczynią się do konsolidacji całego systemu⁶⁹. Pozytywnie natomiast należy ocenić decyzję scalenia w przypadku IJHARS i IH odnośnie do sprawowania nadzoru nad jakością handlową artykułów rolno-spożywczych u producentów oraz w handlu. Pozwoli to na szybsze reagowanie na pojawiające się na rynku nieprawidłowości, a co za tym idzie, na bardziej efektywne eliminowanie produktów niespełniających wymagań.

REFERENCES

- Albisinni F., *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, „Rivista di Diritto Alimentare” 2018, nr 1
- Bakalarska B., *Nowe regulacje prawne w zakresie kontroli urzędowych*, „Wiedza i Jakość” 2019, nr 4
- Bańkowska K., Król M. A., *Wynagradzanie za środowiskowe dobra publiczne dostarczane przez rolnictwo*, (w:) E. Pierzchała, M. Woźniak (red.), *Dobra publiczne w administracji*, Toruń 2014
- Baum R., Śleszyński J., *Nowe funkcje rolnictwa – dostarczanie dóbr publicznych*, „Stowarzyszenie Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu. Roczniki Naukowe” 2009, nr 2
- Canfora I., *Sicurezza alimentare e nuovi assetti delle responsabilità di filiera*, „Rivista di Diritto Alimentare” 2009, nr 4
- Ferri M., *Il Regolamento UE 2017/625 sui controlli ufficiali. Cosa cambia? No major changes: no revolution rather it is an evolution*, „Veterinariapreventiva.it.” 2019
- Hadjigeorgioua A., Soteriadesc E. S., Philalithisa A., Psaroulakie A., Tselentise Y., Gikas A., *National food safety systems in the European Union: A comparative survey*, „International Journal of Food Studies” 2013, Vol. 2
- Hart K., Baldock D., Weingarten P., Osterburg B., Povellato A., Vanni F., Pirzio-Biroli C., Boyes A., *Jakie narzędzia europejskiej polityki rolnej sprzyjałyby dostarczaniu dóbr publicznych? Studium*, Parlament Europejski, Bruksela 2011
- Informacja o wynikach kontroli. Bezpieczeństwo żywności*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2019
- Krzewska K., *Urzędowa kontrola żywności – zmiany wprowadzane przez rozporządzenie 2017/625*, LEX/el. 2017
- Leśkiewicz K., *Bezpieczeństwo żywnościowe i bezpieczeństwo żywności – aspekty prawne*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2012, nr 1
- Lipińska I., *Prawne aspekty zarządzania ryzykiem w działalności rolniczej*, Warszawa 2019

⁶⁹ Szerzej o potrzebie reformy piszą N. Maruszewska, M. Miśnikiewicz, *O potrzebie konsolidacji systemu bezpieczeństwa żywności w Polsce*, „Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy” 2018, nr 54, s. 486–496.

- Maruszevska N., Miśnikiewicz M., *O potrzebie konsolidacji systemu bezpieczeństwa żywności w Polsce*, „Nierówność Społeczna a Wzrost Gospodarczy” 2018, nr 54
- Multifunctionality. Towards an analytical framework*, Paris: OECD 2001
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych oraz niektórych innych ustaw, druk Sejmu IX kadencji nr 65, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=65> (dostęp: 9.07.2022 r.)
- Rudy M., Kosińska-Madera A., *Kolizja właściwości w nadzorze nad żywnością*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski (red.), *Urzędowa kontrola żywności: teoria i praktyka*, Warszawa 2018
- Serlikowska A., *Opłaty i inne należności ustalane lub pobierane przez organy urzędowej kontroli żywności*, Warszawa 2020
- Skrzydło-Tefelska E., *Prawo żywnościowe w ramach jednolitego rynku Unii Europejskiej. Ogólna charakterystyka*, „Rejent” 1995, nr 10
- The Future of Food Safety. There is no food security without food safety*, Rome 2019, <http://www.fao.org/3/ca4289en/CA4289EN.pdf> (dostęp: 10.08.2022 r.)
- van der Meulen Bernd M. J., *Enforcement of EU agri-food law: Regulation (EU) 2017/625 on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products*, “ERA Forum: Journal of Academy of European Law” 2018, DOI: 10.1007/s12027-018-0532-5
- Wilkin J., *Dobra dostarczane przez rolnictwo w świetle teorii dóbr publicznych*, (w:) J. Wilkin, *Wielofunkcyjność rolnictwa. Kierunki badań, podstawy metodologiczne i implikacje praktyczne*, Warszawa 2010
- Wilkin J., *Wielofunkcyjność rolnictwa. Kierunki badań, podstawy metodologiczne i implikacje praktyczne*, Warszawa 2010
- Wojciechowski P., *Bezpieczeństwo żywności*, (w:) S. Prutis (red.), *Wielka encyklopedia prawa. Prawo rolne i żywnościowe*, t. VIII, Warszawa 2015
- Wojciechowski P., *Organy urzędowej kontroli żywności w Polsce*, „Kontrola i Audyt” 2014, nr 1
- Wojciechowski P., *Regulacje związane z kontrolą i monitoringiem w łańcuchu żywnościowym*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Wojciechowski P., *Wspólnotowy model urzędowej kontroli żywności*, Warszawa 2008
- Wojciechowski P., *Wybrane obszary szczegółowej regulacji prawa żywnościowego*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski, *System prawa żywnościowego*, Warszawa 2017
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2014
- Ziółkowski D., *Pionizacja inspekcji żywnościowych a sprawowanie kontroli i nadzoru nad ich działalnością*, (w:) M. Korzycka, P. Wojciechowski (red.), *Urzędowa kontrola żywności: teoria i praktyka*, Warszawa 2018

Przemysław Mroczkowski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: p.mroczkowski@uw.edu.pl

ORCID: 0000-0001-8947-6360

CHARAKTER PRAWNY ROZPORZĄDZENIA W PRZEDMIOCIE ZARZĄDZENIA WYBORÓW DO ORGANÓW JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO

LEGAL CHARACTER OF AN ACT CALLING ELECTIONS TO LOCAL AUTHORITIES

Abstrakt

In the article we try to determine the legal character of the act calling elections of local governments units' authorities, regulation. The source of controversy is that Polish legislature uses the same word (*rozporządzenie*, regulation) for different kinds of legal acts. Some of them regulate repetitive situations; they are of abstract and general nature. Other apply only to particular cases. In the article upon careful scrutiny of the character of the legal norms derived from the act calling elections, systemic comparison with similar types of legal acts, analysis of judicial opinions and legal doctrine, we find that there is a special 'hybrid' category of legal acts, that lay between legislative act and acts applying the law to individual cases. It is characterised by the character of the norms – they are at the same time general (apply to unlimited number of persons or other entities) and concrete (regulate singular, unrepeatable situation). Act calling elections belongs to that category.

KEYWORDS

regulations, legal acts, sources of law, elections, local government

SŁOWA KLUCZOWE

rozporządzenie, akty stanowienia prawa, akty stosowania prawa, źródła prawa, wybory, samorząd terytorialny

WPROWADZENIE

Wraz ze wzrostem stopnia skomplikowania stosunków społecznych pojawiają się akty prawne wymkające się tradycyjnym podziałom na akty tworzenia i stosowania prawa. Działania podejmowane przez administrację publiczną z wykorzystaniem tego rodzaju aktów trudno zakwalifikować do jednej z tradycyjnie wyróżnianych prawnych form działania administracji publicznej. Do aktów tego rodzaju należy rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego¹. Stosownie bowiem do normy z art. 371 § 2 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy² wybory do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego zarządza Prezes Rady Ministrów w drodze rozporządzenia. W tej samej formie Prezes Rady Ministrów zarządza wybory wójtów, burmistrzów i prezydentów miast³.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza charakteru prawnego rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów j.s.t. Wnioski z analizy wskazują, że rozporządzenie to wbrew swojej nazwie nie jest rozporządzeniem wykonawczym w rozumieniu art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴, ale należy do swoistej kategorii rozstrzygnięć, niezasadnie nazwanych przez ustawodawcę rozporządzeniami⁵. Wynika to z charakteru norm prawnych, jakie można wyinterpretować z przepisów analizowanego rozporządzenia. Nie mają one bowiem przymiotów abstrakcyjności i generalności.

¹ Tj. wybory do rad gmin, rad powiatów, sejmików województw oraz wybory wójta, burmistrza, prezydenta miasta; dalej: wybory do organów j.s.t.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1277, z późn. zm.; dalej: k.wyb.

³ Art. 474 § 1 i 2 k.wyb.

⁴ Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.; dalej: Konstytucja RP.

⁵ S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005, s. 71–94.

POJĘCIE ROZPORZĄDZENIA W POLSKIM PRAWIE KONSTYTUCYJNYM

Rozporządzenia nie są jednolitą kategorią aktów prawnych. W samej Konstytucji RP wyróżnione są co najmniej trzy rodzaje rozporządzeń – tj. rozporządzenie wykonawcze do ustawy⁷, rozporządzenie o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego⁸ oraz rozporządzenie z mocą ustawy⁹. Niektórzy autorzy wyróżniają także czwarty rodzaj rozporządzenia, tj. rozporządzenie Rady Ministrów uchylające rozporządzenie wydane przez ministra kierującego działem administracji rządowej albo ministra będącego przewodniczącym określonego w ustawie komitetu¹⁰.

Powyższy katalog nie obejmuje wszystkich typów aktów prawnych, które noszą nazwę rozporządzenia. Istnieją w systemie prawa „rozporządzenia” o charakterze hybrydowym, które łączą w sobie cechy aktu normatywnego oraz aktu stosowania prawa. Na ich istnienie jako pierwsza zwróciła uwagę S. Wronkowska¹¹. Autorka podnosi, że rozporządzenia takie mogą być mylnie uważane za „zwykłe” rozporządzenia wykonawcze z uwagi na liczne podobieństwa – wydawane są przez organy kompetentne do wydawania rozporządzeń z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP, wydawane są na podstawie upoważnienia ustawowego (często spełniającego wymogi trójszczegółowości) oraz ogłaszane w tych samych dziennikach urzędowych. Jednak akty tego rodzaju pozbawione są cechy

⁶ Tak samo: M. Radajewski, *Uchylenie aktu normatywnego ministra przez Radę Ministrów*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 1, s. 80

⁷ Art. 87 ust. 1 oraz art. 92 Konstytucji RP.

⁸ Art. 228 ust. 2 Konstytucji RP.

⁹ Art. 234 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.

¹⁰ Art. 149 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP oraz art. 149 ust. 2 zd. 2 w zw. z ust. 3 Konstytucji RP. W tym zakresie toczy się spór w polskiej doktrynie prawa konstytucyjnego. S. Wronkowska uważa, że rozporządzenie powinno być uchylone w tej samej formie prawnej, w jakiej zostało ustanowione. Przeciwnie stanowisko zajmuje M. Radajewski, wskazując, że jeśli nie określono formy prawnej dokonania określonej czynności przez organ kolegialny, powinien on dokonać jej w formie uchwały. Jako prawidłowe należy uznać drugie z tych stanowisk. Zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1461) w Dzienniku Ustaw publikuje się także uchwały o uchyleniu rozporządzenia ministra. Do tej pory tylko jeden raz uchylono rozporządzenie ministra i nastąpiło to w formie rozporządzenia Rady Ministrów. Rozporządzenie takie nie może być rozporządzeniem w rozumieniu art. 92 Konstytucji RP, ponieważ nie ma charakteru wykonawczego względem ustawy. Zob. S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system...*, s. 84; M. Radajewski, *Uchylenie...*, s. 85 – 86.

¹¹ S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system...*, s. 87.

normatywności, gdyż nie ustanawiają abstrakcyjnych i generalnych norm prawnych. Sensem ich istnienia jest dokonanie jakiejś czynności konwencjonalnej¹².

Pogląd S. Wronkowskiej należy zaakceptować jako trafny. Wskazuje na to również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Rozpoznając sprawę dotyczącą zmiany granic jednostek samorządu terytorialnego, Trybunał, orzekając w pełnym składzie, odmówił kontroli konstytucyjności takiego rozporządzenia. Uznał przy tym, że rozporządzenie to nie ustanawia norm prawnych o charakterze abstrakcyjnym i generalnym, a orzekanie w tej sprawie polegałoby na badaniu faktów, a nie prawa¹³. W podobnej sprawie Trybunał uznał, że rozporządzenia zmieniające granice jednostek samorządu terytorialnego zawierają postanowienia odnoszące się do konkretnych sytuacji¹⁴.

Swoje stanowisko Trybunał rozwinął w postanowieniu sygnalizacyjnym S 3/09: „Należy przypomnieć, że rozporządzenia, o których mowa, są w istocie rozstrzygnięciami, a więc mają pewne znamiona konkretności. (...) W doktrynie prawnej zwrócono uwagę, iż decyzje w sprawach dotyczących podziału terytorialnego »Rada Ministrów podejmuje w formie rozporządzenia« (...) Spostrzeżenie to odpowiada rzeczywistości, ponieważ mamy do czynienia z konkretnymi rozstrzygnięciami, którym nadano jedynie formę rozporządzeń. (...) W istocie tego rodzaju rozporządzenie ma formę hybrydową: zawiera element decyzji Rady Ministrów oraz element aktu normatywnego. Akt ten jako rozporządzenie może podlegać kontroli konstytucyjności. Nadanie decyzji Rady Ministrów formy aktu normatywnego prowadzi do zatarcia granicy między stosowaniem prawa a jego tworzeniem”¹⁵. Przedstawiona powyżej koncepcja rozporządzeń została także następnie zaakceptowana przez doktrynę prawa konstytucyjnego¹⁶.

Oprócz powyższych, w systemie prawa występują także akty nazwane „rozporządzeniami”, jednak nie pochodzące od podmiotu legitymowanego do wydawania rozporządzeń na podstawie przepisów Konstytucji RP. Przykładem takiego aktu prawnego są rozporządzenia porządkowe wydawane przez wojewodę. Akty te mają charakter aktów prawa miejscowego¹⁷.

¹² S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szymt (red.), *Konstytucyjny system...*, s. 87.

¹³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 kwietnia 2009 r., K 37/06, LEX nr 11189662.

¹⁴ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 listopada 2009 r., U 9/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 10, poz. 152.

¹⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2009 r., S 3/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 5, poz. 75.

¹⁶ M. Wiącek, *Komentarz do art. 92*, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016; L. Garlicki, *Konstytucyjne źródła prawa administracyjnego*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 2. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, Warszawa 2012.

¹⁷ Zob. art. 60 ust. 1–3 oraz art. 61 ust. 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 135, z późn. zm.).

CHARAKTER PRAWNY ROZPORZĄDZEŃ W PRZEDMIOCIE ZARZĄDZENIA WYBORÓW DO ORGANÓW J.S.T.

Odpowiedź na pytanie o charakter prawny rozporządzeń w przedmiocie zarządzenia wyborów wymaga wykazania, czy rozporządzenia takie należą do jednej z przedstawionych powyżej kategorii rozporządzeń, czy też stanowią oddzielną i swoistą kategorię aktów prawnych. Należy bowiem podkreślić, że powyższa typologia nie jest wyczerpującym katalogiem aktów czy rozstrzygnięć prawnych noszących nazwę „rozporządzenia”.

Aby dokonać prawidłowej kwalifikacji rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów j.s.t., należy rozpatrzyć cechy, które je wyróżniają. Po pierwsze, rozporządzenie takie wydawane jest przez Prezesa Rady Ministrów, a więc podmiot, który posiada generalną kompetencję do wydawania rozporządzeń o charakterze wykonawczym¹⁸. Po drugie, rozporządzenie wydawane jest na podstawie przepisów ustawy, jednakże upoważnienie do jego wydania nie zawiera wytycznych co do treści aktu. Stosownie do art. 371 § 2 k.wyb. Prezes Rady Ministrów, po zasięgnięciu opinii Państwowej Komisji Wyborczej, wyznacza, w drodze rozporządzenia, datę wyborów oraz określa dni, w których upływają dni czynności wyborczych przewidzianych w kodeksie (kalendarz wyborczy).

Norma prawna, jaką można wyinterpretować z tego przepisu, nie przekazuje Prezesowi Rady Ministrów do uregulowania określonego zakresu spraw ani nie zawiera wytycznych co do treści aktu, tak jak powinna to czynić norma upoważniająca do wydania rozporządzenia wykonawczego¹⁹. Przeciwnie – norma wynikająca z przywołanego przepisu przyznaje kompetencję do dokonania czynności w postaci zarządzenia wyborów Prezesowi Rady Ministrów, określa formę prawną, w jakiej czynność ta powinna być dokonana, oraz określa, co składa się na tę czynność – wyznaczenie daty wyborów oraz określenie kalendarza wyborczego.

Po trzecie, zasadą prawa polskiego jest to, że na podstawie jednego upoważnienia ustawowego wydaje się tylko jedno rozporządzenie²⁰. Jednak na podstawie art. 371 § 2 k.wyb. wydano i wydaje się wiele rozporządzeń. Po czwarte – treść rozporządzenia w sprawie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego sprowadza się do: 1) zarządzenia wyborów; 2) określenia, do jakiego organu (organów) wybory są zarządzane; 3) wyznaczenia

¹⁸ Art. 148 pkt 3 Konstytucji RP.

¹⁹ Zob. M. Wiącek, *Komentarz do art. 92*, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja...*; zob. także § 66 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 283); dalej: z.t.p.

²⁰ Zob. § 119 ust. 1 z.t.p.; wyjątkowo tylko dopuszczalne jest wydanie więcej niż jednego rozporządzenia na podstawie jednego upoważnienia ustawowego – zob. § 119 ust. 2 z.t.p.

dnia głosowania; 4) określenia kalendarza wyborczego. Treść rozporządzenia w przedmiocie wyborów wskazuje konkretne daty, w których należy dokonać określonych czynności. Zatem przepisy zawarte w takim rozporządzeniu nie kreują żadnej abstrakcyjnej normy postępowania.

Po piąte, wskazana powyżej treść nie uzasadnia tezy, że rozporządzenie skierowane jest do indywidualnie oznaczonego adresata. Przeciwnie – adresem rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów jest wiele podmiotów. Należy wskazać wśród nich między innymi organy wyborcze (Państwową Komisję Wyborczą, komisarzy wyborczych, urzędników wyborczych, właściwe terytorialne oraz obwodowe komisje wyborcze), wyborców oraz kandydujących w wyborach (komitety wyborcze oraz kandydatów).

Po szóste, wydanie rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów j.s.t. jest konieczne, aby doszło do zaktualizowania się i skonkretyzowania wielu uprawnień oraz obowiązków zawartych w przepisach prawa, w szczególności w Kodeksie wyborczym. Nie oznacza to automatycznie, że rozporządzenie takie wydawane jest „w celu wykonania ustawy”. Zdaniem M. Wiącka wykonawczy charakter rozporządzenia polega na tym, że służy ono konkretyzacji norm zawartych w ustawie²¹. B. Banaszak wskazał, że w rozporządzeniu reguluje się kwestie, które mają przede wszystkim charakter techniczny²². Normy prawne zawarte w rozporządzeniu mogą uzupełniać normy ustawowe w zakresie, w jakim regulują kwestie o wysokim stopniu szczegółowości, które na dodatek mogą ulegać częstszym zmianom niż normy ustawowe.

Inaczej jest w przypadku rozporządzenia „wykonawczego”, o którym stanowi art. 92 Konstytucji RP. W tym kontekście za B. Skwarą należy wyróżnić trzy elementy, których zaistnienie jest konieczne do uznania wykonawczego charakteru rozporządzenia:

- 1) „merytoryczny i funkcjonalny związek rozporządzenia z ustawą;
- 2) przestrzegani[e] celu ustawy przez treść rozporządzenia;
- 3) konkretyzacja[a] norm ustawowych przez normy rozporządzenia”²³.

Celem wydania rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego jest wykreowanie konkretnej jednostkowej sytuacji prawnej zarządzenia wyborów, który to stan prawny stanowi podstawę do zaktualizowania się określonych w przepisach uprawnień i obowiązków. Samo rozporządzenie nie służy konkretyzacji norm ustawowych, chociaż jego wejście w życie jest niezbędne do stosowania określonych norm ustawowych.

Rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów j.s.t. nie zawiera norm o charakterze abstrakcyjnym i generalnym, nie służy także konkretyzacji norm ustawowych. Istotą tego rozporządzenia jest dokonanie aktu

²¹ M. Wiącek, *Komentarz do art. 92*, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja...*

²² B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

²³ B. Skwara, *Rozporządzenie jako akt wykonawczy do ustawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010.

stosowania prawa, tj. zarządzenia konkretnych wyborów na konkretnie wskazany dzień. Dokonując zatem kwalifikacji rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego do jednej z wyżej zakreślonych kategorii, rozporządzenie takie byłoby w istocie aktem hybrydowym, tak jak opisała go S. Wronkowska²⁴.

W jednym z najnowszych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego został zaprezentowany przeciwny pogląd, jakoby rozporządzenia stanowiące rozstrzygnięcia są aktami stanowienia prawa, a tym samym podlegają kognicji Trybunału. Rozpoznając sprawę skargi na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. uchylające rozporządzenie w sprawie utworzenia gminy Szczawa i gminy Grabówka²⁵, Trybunał zaznaczył, że normy prawne wynikające z przepisów takiego rozporządzenia mają charakter „przepisów prawa” w rozumieniu art. 188 pkt 3 Konstytucji RP. Przyjmując tę tezę, Trybunał kierował się tym, że wydawanie rozporządzeń podlega określonej procedurze i nie da się przy tym rozróżnić procedury dotyczącej wydawania rozporządzeń, które ustanawiają normy o charakterze abstrakcyjno-generalnym oraz indywidualno-konkretnym. Trybunał abstrahował przy tym od treści norm²⁶.

Stanowisko wyrażone w wyżej cytowanym wyroku jest nieprawidłowe i odosobnione na tle linii orzeczniczej, która ukształtowała się po 2009 r.²⁷. Trybunał przeszedł niejako do porządku dziennego nad sprzecznością, że rozporządzenie ustanawiające gminy Szczawa oraz Grabówka nie ma charakteru powszechnie obowiązującego (Trybunał podkreślił, że rozporządzenie to dokonuje czynności konwencjonalnej, a nie ustanawia normy o charakterze abstrakcyjnym i generalnym), ale rozporządzenie je uchylające ma już walor powszechnego obowiązywania. Należy zatem uznać to orzeczenie za szczególnie niefortunne i odosobnione na tle dorobku orzeczniczego Trybunału. Co istotne, w swoim orzeczeniu z 2019 r. dotyczącym kontroli rozporządzenia w sprawie zmiany granic jednostek samorządu terytorialnego, Trybunał powrócił do wcześniejszej linii orzeczniczej, co wskazuje na jej utrwalenie w orzecznictwie sądowokonstytucyjnym²⁸.

Za uznaniem rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów jako aktu o charakterze stosowania prawa przemawia także argument systemowy.

²⁴ S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szymt (red.), *Konstytucyjny system...*, s. 87–88.

²⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. uchylające rozporządzenie w sprawie utworzenia gminy Szczawa i gminy Grabówka (Dz.U. z 2015 r., poz. 2312).

²⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 czerwca 2017 r., U 3/17, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2017, poz. 46.

²⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 kwietnia 2009 r., K 37/06, LEX nr 11189662; postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 12 maja 2009 r., S 3/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 5, poz. 75; 5 listopada 2009 r., U 9/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 10, poz. 152; 4 listopada 2010 r., Tw 29/10, Legalis; 27 czerwca 2012 r., Tw 29/10, Legalis.

²⁸ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 czerwca 2019 r., U 1/19, Legalis.

W Polsce spośród wielu typów wyborów wyłącznie wybory wójtów, burmistrzów oraz prezydentów miast, a także wybory do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego zarządzane są w formie rozporządzenia, a pozostałe – co do zasady – w formie postanowienia²⁹. Tylko wybory do organów jednostek samorządu terytorialnego zarządzane są w formie rozporządzenia³⁰.

Postanowienie nie jest aktem normatywnym, nie może być zatem także aktem prawa powszechnie obowiązującego – ani art. 87 Konstytucji RP, ani żaden inny przepis konstytucyjny nie dają podstaw do uznania jakiegokolwiek postanowienia za akt o charakterze powszechnie obowiązującym. Co więcej, Konstytucja RP w przypadku aktów urzędowych wydawanych przez Prezydenta RP wyraźnie rozróżnia akty prawa powszechnie obowiązującego (rozporządzenia), akty prawa wewnątrznie obowiązującego (zarządzenia) oraz akty wydawane w wykonywaniu pozostałych kompetencji Prezydenta RP (postanowienia)³¹.

W świetle zasady racjonalnego prawodawcy brak jest uzasadnienia rozróżnienia, że wybory do organów jednostek samorządu terytorialnego zarządzane są aktem prawa powszechnie obowiązującego (rozporządzeniem wykonawczym), a do pozostałych organów – aktami o innym charakterze (postanowieniami). Brak jest także uzasadnienia różnicowania podstawy prawnej wyboru radnych rady w gminie do 20 000 mieszkańców. O ile wybory w „zwykłym” terminie zarządzane są rozporządzeniem, to wybory uzupełniające – w drodze zarządzenia. Oba te akty pomimo różnych nazw powinny należeć do tej samej kategorii. Krytycznie należy ocenić zarówno posługiwanie się przez ustawodawcę różnymi nazwami dla aktów jednej kategorii, jak i używanie nazwy „rozporządzenie” w stosunku do aktu, który nie ma przymiotu normatywności³².

W odniesieniu do podobnych rodzajowo rozporządzeń wydawanych wielokrotnie na podstawie jednego upoważnienia ustawowego, jak na przykład rozporządzenia w sprawie zmian granic jednostek samorządu terytorialnego³³ albo utworzenia lub zniesienia sądu powszechnego³⁴, brak nazwy tego rodzaju aktów normatywnych. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie w odniesieniu

²⁹ W formie postanowienia zarządzane są wybory Prezydenta RP (art. 289 § 1 i art. 290 § 1 k.wyb.), do Sejmu RP (art. 194 § 1 k.wyb.), do Senatu RP (art. 194 § 1 w zw. z art. 257 k.wyb.), przedterminowe wybory senatora (art. 194 § 1 w zw. z art. 283 § 1 i 3 k.wyb.) oraz wybory do Parlamentu Europejskiego (art. 332 § 1 k.wyb.).

³⁰ Art. 371 § 1 i 2 k.wyb. oraz art. 371 § 1 i 2 k.wyb. w zw. z art. 474 § 1 k.wyb.

³¹ Art. 142 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.

³² Tak samo: S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system...*, s. 89.

³³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 kwietnia 2009 r., K 37/06, LEX nr 11189662; postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 12 maja 2009 r., S 3/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 5, poz. 75; 5 listopada 2009 r., U 9/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 10, poz. 152.

³⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 marca 2013 r., K 27/12 (Dz.U. z 2013 r., poz. 448).

do tego rodzaju aktów posługuje się pojęciem rozstrzygnięcia³⁵. B. Dolnicki nazwał je indywidualnymi aktami normatywnymi³⁶. Nazwa ta sprawia pewne problemy. W przypadku zarządzenia wyborów do organów j.s.t. co do zasady nie dochodzi do indywidualizacji norm rozporządzenia. W przypadku zarządzenia wyborów do organów j.s.t. następuje częściowa indywidualizacja przepisów rozporządzenia³⁷. Adresatami norm wynikających z takiego rozporządzenia są m.in. mieszkańcy indywidualnie oznaczonej jednostki samorządu terytorialnego³⁸.

M. Wiącek przyporządkowuje te szczególnego rodzaju rozporządzenia do kategorii aktów stosowania prawa³⁹. Tezę tę – co do zasady – należy zaakceptować jako trafną. Rozporządzenie takie wydawane jest na podstawie normy o charakterze abstrakcyjnym i generalnym. Samo wydanie rozporządzenia jest niezbędne do wykonania norm wynikających z przepisów ustawy oraz wywołania określonych w przepisach następstw prawnych. W miejsce dotychczasowego stanu, w którym istniał obowiązek przeprowadzenia wyborów w jeden z dni wolnych od pracy wypadających w okresie pomiędzy 30 a 7 dniem przed dniem upływu kadencji organów jednostek samorządu terytorialnego⁴⁰ albo dzień wolny od pracy przypadający w ciągu 90 dni od daty wystąpienia przyczyny zarządzenia wyborów przedterminowych⁴¹, wydanie rozporządzenia skutkuje skonkretyzowaniem dnia przeprowadzenia wyborów (głosowania).

W przypadku analizowanego rozporządzenia na podstawie jednej normy kompetencyjnej wydawanych jest wiele aktów tego samego rodzaju. Jest to cecha zdecydowanej większości aktów stosowania prawa w Polsce. Argumentem przeciwko uznaniu rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów za akt stosowania mogłoby być to, że normy wynikające z tego rozporządzenia nie mają ściśle indywidualnego charakteru. Argument ten nie jest jednak przeważający.

Na koniec należy powtórnie odwołać się do dorobku orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego. W postanowieniu z dnia 7 stycznia 2016 r., U 8/15⁴², Trybunał dokonał rekapitulacji swoich dotychczasowych poglądów na kwestię normatywności konkretnego aktu prawnego. Stwierdził on, że do uznania danego aktu za akt normatywny, podlegający kognicji Trybunału, wystarczające jest odnalezienie w tym akcie jakiegokolwiek treści normatywnej. W takim

³⁵ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2009 r., S 3/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2009, nr 5, poz. 75.

³⁶ B. Dolnicki, *Indywidualny akt normatywny*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 6, s. 56–64.

³⁷ Art. 372 § 2 k.wyb. oraz art. 474 § 2 k.wyb.; wybory uzupełniające do rad gmin poniżej 20 000 mieszkańców zarządza wojewoda w drodze zarządzenia – zob. art. 385 § 1 k.wyb.

³⁸ Ustawa z dnia 30 maja 1996 r. o uposażeniu byłego Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 207).

³⁹ M. Wiącek, *Komentarz do art. 92*, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja...*

⁴⁰ Art. 371 § 1 k.wyb. oraz art. 474 § 1 k.wyb.

⁴¹ Art. 372 § 1 k.wyb. oraz art. 474 § 2 k.wyb.

⁴² „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2016, poz. 1.

przypadku stosuje się swoiste domniemanie normatywności aktu prawnego. Trybunał następnie wyróżnił dwa kryteria kwalifikacji określonych aktów prawnych jako akty normatywne – formalne oraz materialne.

Zgodnie z kryterium formalnym aktem normatywnym jest każdy akt, który niezależnie od swojej treści, znajduje się w katalogu źródeł prawa zawartym w Konstytucji RP. Trybunał jako spełniające kryterium normatywności podaje akty, których treścią jest dokonanie określonej czynności konwencjonalnej, np. powołanie uczelni państwowej albo utworzenie organu władzy publicznej. Kryterium materialne odnosi się do treści aktów. Zgodnie z nim aktem normatywnym jest każdy akt, który zawiera normy – abstrakcyjne i generalne. Trybunał podkreślił przy tym, że do uznania normatywności aktu wystarczające jest spełnienie jednego z powyższych kryteriów⁴³.

W świetle zaprezentowanego powyżej poglądu orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego mogłoby być kwalifikowane jako akt normatywny. Konkluzja ta ma li tylko pozorny charakter. Co prawda Trybunał podał jako przykład aktu spełniającego kryterium formalne rozporządzenia, ale należy wziąć pod uwagę kontekst wypowiedzi. Przywołane tutaj postanowienie Trybunału Konstytucyjnego dotyczy ważkiego zagadnienia konstytucyjności pięciu uchwał Sejmu w sprawie wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego podjętych na początku VIII kadencji Sejmu oraz poprzedzających je uchwał w sprawie stwierdzenia braku mocy prawnej uchwał w przedmiocie wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego podjętych przez Sejm VII kadencji.

Celem Trybunału Konstytucyjnego nie było przełamanie dotychczasowej własnej linii orzeczniczej, ale dokonanie przeglądu i podsumowania poglądów wyrażonych w orzecznictwie. Posłużył się on tutaj zbyt dużym uogólnieniem, pomijając wewnętrzne zróżnicowanie typów rozporządzeń, jakie występuje na gruncie samej tylko Konstytucji RP. Powyższej wypowiedzi nie należy zatem traktować jako opowiedzenie się za poglądem, że wszystkie rozporządzenia, niezależnie od ich charakteru prawnego, należy uznać za akty normatywne; niemniej domniemanie normatywności będzie się cieszyło każde rozporządzenie.

Powyższa analiza jednoznacznie obala domniemanie w odniesieniu do rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów j.s.t. Ponadto należy podkreślić, że w późniejszym swoim orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny potwierdził brak charakteru normatywnego rozporządzenia w przedmiocie zmian granic jednostek samorządu terytorialnego⁴⁴. W jeszcze późniejszym orzeczeniu Trybunał nietrafnie uznał normatywność rozporządzenia uchylającego rozporządzenie w przedmiocie utworzenia gmin. Wskazał przy tym jednak, że

⁴³ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 stycznia 2016 r., U 8/15, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2016, poz. 1.

⁴⁴ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lutego 2017 r., U 2/16, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2017, poz. 4.

„domniemanie normatywności rozporządzenia jako źródła prawa powszechnie obowiązującego nie ma charakteru bezwzględnego”⁴⁵.

Tym samym argumentem można się posłużyć do wykazania nietrafności poglądów, że skoro racjonalny ustawodawca do dokonania określonej czynności konwencjonalnej nakazuje posłużenie się formą rozporządzenia, to będąc świadomym jego charakteru prawnego jako aktu normatywnego, stanowiącego źródło powszechnie obowiązującego prawa, należy przypisywać mu właśnie taką charakterystykę. Jednak rozporządzenie w prawie polskim nie jest aktem o jednakowym charakterze prawnym. Należy zauważyć, że to nie uznanie rozporządzeń w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego za „rozstrzygnięcia” w rozumieniu nadanym im przez Trybunał Konstytucyjny przełamuje ten jednolity charakter prawny rozporządzeń. Już ustrojodawca, przewidując co najmniej trzy rodzaje rozporządzeń w Konstytucji RP, przełamuje jednolitość kategorii rozporządzeń. Tym samym można w ogóle mieć wątpliwości, czy do rozporządzeń znajdzie zastosowanie domniemanie normatywnego charakteru aktu.

ROZPORZĄDZENIE W PRZEDMIOCIE ZARZĄDZENIA WYBORÓW NA TLE PRAWNYCH FORM DZIAŁANIA ADMINISTRACJI PUBLICZNEJ

Pojęcie prawnych form działalności administracji publicznej obejmuje oparte na prawie określone typy czynności administracji publicznej⁴⁶. Rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego powinno niewątpliwie być uznane za egzemplifikację prawnej formy działania administracji publicznej. Trudności sprawia jego jednoznaczna kwalifikacja. Należy nadmienić, że w polskiej doktrynie prawa administracyjnego nie istnieje konsensus co do katalogu prawnych form działania administracji. Wśród podstawowych typów wyróżnia się m.in. akt administracyjny, akt normatywny, ugody, porozumienia administracyjne, czynności cywilnoprawne oraz czynności materialno-techniczne⁴⁷.

Akt administracyjny stanowi „oparte na przepisach prawa władcze jednostronne oświadczenie woli organu administracji publicznej, kształtujące sytuację

⁴⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 czerwca 2017 r., U 3/17, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A” 2017, poz. 46.

⁴⁶ M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Prawne formy działania administracji*, (w:) M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 247.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 248.

prawną konkretnie wskazanego adresata w indywidualnie oznaczonej sprawie⁴⁸. Jak podniesiono powyżej, cechą charakterystyczną rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów jest to, że normy z niego wywodzone mają charakter konkretny, ale nie indywidualny. Wyklucza to uznanie go za akt administracyjny.

Ponadto w polskiej teorii prawa, a za nią w teorii prawa administracyjnego uznaje się, że akt normatywny musi umożliwiać wykładnię co najmniej jednej normy o charakterze abstrakcyjnym i generalnym. Ponieważ analizowany tutaj typ rozporządzeń nie zawiera przepisów, które stanowiłyby budulec dla takich właśnie norm, należy wykluczyć możliwość zakwalifikowania go także i do tej kategorii. Rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów wymyka się podstawowej typologii form prawnych działalności administracji publicznej, zatem konieczne jest poczynienie uwag o bardziej podstawowym charakterze.

Wśród prawnych form działania administracji publicznej występuje wiele podziałów i kwalifikacji⁴⁹. Jedną z podstawowych dotyczy podziału form na podejmowane w sferze wewnętrznej i zewnętrznej administracji publicznej. Sfera wewnętrzna obejmuje stosunki między poszczególnymi organami administracji publicznej, jeśli występuje między nimi funkcjonalna lub organizacyjna zależność⁵⁰. *A contrario* – ze sferą zewnętrzną administracji mamy do czynienia wówczas, kiedy czynności podejmowane są przez administrację wobec osób niepodporządkowanych w powyższy sposób. Niewątpliwie rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów jednostek samorządu terytorialnego dotyczy sposobu kreowania składu osobowego innego organu administracji publicznej oraz prowadzi do aktualizacji wielu obowiązków po stronie administracji wyborczej (Państwowej Komisji Wyborczej, komisarzy wyborczych, urzędników wyborczych oraz innych podmiotów), jednak ma ono kluczowe znaczenie dla ukształtowania praw osób niezwiązanych w żaden sposób z administracją publiczną – przede wszystkim kandydatów oraz wyborców.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że wydanie analizowanego rozporządzenia mieści się zatem w sferze zewnętrznej działalności administracji publicznej. Wniosek ten wzmacnia okoliczność, że jakkolwiek wybory dotyczą obsady podmiotów będących równocześnie organami administracji publicznej, to jednak zarządzenie wyborów następuje przez Prezesa Rady Ministrów – a zatem organ administracji centralnej (rządowej), a dotyczy obsadzenia organów administracji samorządowej, które biorąc pod uwagę zasadę decentralizacji władzy

⁴⁸ *Ibidem*, s. 251.

⁴⁹ K. Ziemiński, *Próba rekonstrukcji typologii form prawnych działania administracji przyjmowanej w doktrynie*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013, s. 58 i n.

⁵⁰ K. Ziemiński, *Kryterium sfery działania administracji jako podstawa wyróżniania grup form podejmowanych odpowiednio w sferze zewnętrznej oraz wewnętrznej działań administracji*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013, s. 48 i n.; przeciwnie: J. Starościk, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 18.

publicznej, nie są w sposób generalny podporządkowane administracji rządowej, ale mają samodzielność w realizacji zadań publicznych.

Nie budzi wątpliwości kwalifikacja rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do organów j.s.t. jako czynności o charakterze publicznoprawnym. Wydanie tego rozporządzenia jest także czynnością o charakterze władczym. Wydając rozporządzenie, organ wskazuje datę przeprowadzenia wyborów. Od niej uzależnione jest to, które osoby będą miały prawo wybierania oraz prawo wybieralności do danego organu⁵¹. Zatem przez wydanie rozporządzenia organ jednostronnie kształtuje sytuację prawną obywateli w odniesieniu do konkretnych wyborów.

Na koniec należy również podkreślić, że w doktrynie prawa administracyjnego obecny jest pogląd o praktycznej niemożliwości stworzenia wyczerpującej kwalifikacji prawnych form działania administracji publicznej. Wynika to m.in. z komplikowania się stosunków społecznych oraz niekonsekwencji prawodawcy⁵². Jakkolwiek w przypadku rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów kontrowersje co do jego charakteru prawnego wynikają przede wszystkim z niewłaściwej jego nazwy, to jednak, jak pokazano we wcześniejszej części artykułu, istnieje cała gama aktów prawnych, które stanowią formę pośrednią między typowymi indywidualno-konkretnymi aktami stosowania prawa (np. aktami administracyjnymi) oraz generalno-abstrakcyjnymi aktami normatywnymi. Ponieważ kategoria ta może poszerzać się w przyszłości w związku z postępującymi przemianami społecznymi, być może konieczne jest uwzględnienie tego rodzaju aktów w typologiach o charakterze doktrynalnym. Prace m.in. B. Dolnickiego⁵³ oraz niniejsza próbują wpisać się w tę lukę, jednakże konieczność prowadzenia prac w tym zakresie nadal występuje.

PODSUMOWANIE

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać na kilka faktów. Rozporządzenia nie stanowią jednolitej wewnętrznie kategorii aktów prawnych. Występują wśród nich zarówno akty prawa powszechnie obowiązującego, jak i akty stosowania prawa, zwane też aktami o hybrydowym charakterze. Wśród aktów prawa powszechnie obowiązującego można wyróżnić rozporządzenia

⁵¹ Art. 10 § 1 pkt 3 i 4 oraz art. 11 § 1 pkt 5 i 6 k.wyb.

⁵² Ziemiński K., *Czynności trudne do zakwalifikowania do którejkolwiek z wyróżnianych w nauce grup form prawnych działania*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013, s. 71–72.

⁵³ B. Dolnicki, *Indywidualny akt...*

o mocy obowiązującej równej ustawie, rozporządzenia wykonawcze do ustaw oraz rozporządzenia, które są aktami prawa miejscowego.

Rozporządzenie w przedmiocie zarządzenia wyborów należy do kategorii hybrydowej. Jakkolwiek wydawane w formie charakterystycznej dla aktów ustanawiających normy abstrakcyjne i generalne, jego istotą jest stosowanie prawa, tj. zarządzenie konkretnych wyborów do konkretnego organu (albo organów). Doktryna wskazuje, że istotą takich rozporządzeń jest dokonanie określonej czynności konwencjonalnej. Normy rozporządzenia mają charakter konkretny – dotyczą jednostkowej sytuacji zarządzenia wyborów na dzień wprost w tym rozporządzeniu wskazany. Jego wydanie jest konieczne do aktualizacji wielu uprawnień i obowiązków z Kodeksu wyborczego. Niniejsze rozporządzenie nie stanowi jednak przepisów prawa w rozumieniu art. 188 pkt 3 Konstytucji RP, a zatem nie podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Powyższe konkluzje nie rozwiązują wielu problemów, jakie stwarza obecność w systemie prawa aktów o takim właśnie hybrydowym charakterze, które wymykają się możliwości ich jednoznacznego przypisania jako aktów stanowienia lub stosowania prawa. W odniesieniu do analizowanego tutaj rozporządzenia w przedmiocie zarządzenia wyborów do jednostek samorządu terytorialnego konieczne jest rozstrzygnięcie m.in. dopuszczalności zmiany albo uchylecia takiego rozporządzenia, albo tryb kontroli jego prawidłowości. Materia ta przekracza jednak zakres powyższego opracowania.

REFERENCES

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012
- Dolnicki B., *Indywidualny akt normatywny*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 6
- Garlicki L., *Konstytucyjne źródła prawa administracyjnego*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 2. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, Warszawa 2012
- Radajewski M., *Uchylenie aktu normatywnego ministra przez Radę Ministrów*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 1
- Skwara B., *Rozporządzenie jako akt wykonawczy do ustawy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010
- Starościk J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977
- Wiącek M., *Komentarz do art. 92*, (w:) L. Bosek, M. Safjan (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016
- Wierzbowski M., Wiktorowska A., *Prawne formy działania administracji*, (w:) M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015
- Wronkowska S., *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle konstytucji i praktyki*, (w:) A. Szmyt (red.), *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, Warszawa 2005

Ziemski K., *Czynności trudne do zakwalifikowania do którejkolwiek z wyróżnianych w nauce grup form prawnych działania*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013

Ziemski K., *Kryterium sfery działania administracji jako podstawa wyróżniania grup form podejmowanych odpowiednio w sferze zewnętrznej oraz wewnętrznej działań administracji*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013

Ziemski K., *Próba rekonstrukcji typologii form prawnych działania administracji przyjmowanej w doktrynie*, (w:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System Prawa Administracyjnego. Tom 5. Prawne formy działania administracji*, Warszawa 2013

Agata Niewiadomska

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: aniewiadomska@wz.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-2863-2715

KRAJOWY PLAN STRATEGICZNY JAKO INSTRUMENT PRAWNY ROZWOJU ROLNICTWA

NATIONAL STRATEGIC PLAN AS A LEGAL INSTRUMENT FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT

Abstract

The Common Agricultural Policy after 2022 is shaped on two levels. European, which sets the framework for maintaining the EU's internal market, and the domestic one, which flexibly implements the shaping of rural development. Strategic plans will be one of the key documents enabling the financing of agriculture after 2022 in the EU. In the case of Poland, it will be the National Strategic Plan. The article presents the main assumptions of the plan and the procedural issues related to the issuance of the plan. An assessment of the implementation of the postulates to simplify the Common Agricultural Policy on the example of new regulations was also presented. Attempts were made to find an answer to the question of how the new regulations will affect the competitiveness of Polish agriculture. The National Strategic Plan, by selecting only some aid instruments, has a significant impact on the shape and development of Polish agriculture.

KEYWORDS

national strategic plan, agricultural law, sustainable development, rural development, Common Agricultural Policy

SŁOWA KLUCZOWE

krajowy plan strategiczny, prawo rolne, zrównoważony rozwój, rozwój obszarów wiejskich, Wspólna Polityka Rolna

Jednym z głównych instrumentów prawnych umożliwiających finansowanie rolnictwa do 2027 r. w Polsce ze środków europejskich jest Krajowy Plan Strategiczny. Instrument ten odpowiada w założeniach dotychczasowemu Programowi Rozwoju Obszarów Wiejskich¹, jednakże jest on procedowany w zupełnie inny sposób. Niewątpliwie także różni się sposobem formułowania jego treści, a co za tym idzie, wyboru mechanizmów pomocowych dla rolników.

Przedmiotem artykułu jest wstępna ocena statusu prawnego Krajowego Planu Strategicznego oraz przedstawienie oceny treści tego planu. Dokument ten będzie wpływał nie tylko na kształt polityki rolnej, lecz także na stan finansów rolników i ich gospodarstw rolnych. Dokonanie jego wstępnej oceny *ex ante* ma na celu dostrzeżenie ewentualnych błędów oraz wprowadzenie innych rozwiązań prawnych. Potrzeby takie widzi zresztą sam autor planu, którym jest polski rząd, bo jeszcze przed formalną akceptacją przez Komisję Europejską dokonał jego dość istotnych zmian². Powstaje jeszcze zasadnicze pytanie, czy ten plan będzie służył rozwojowi rolnictwa przez najbliższe pięć lat.

Krajowy Plan Strategiczny powinien być oceniany także w szerszej perspektywie rozwoju rolnictwa. Każde państwo członkowskie mające wybór poszczególnych mechanizmów wskazuje, które sektory w rolnictwie wymagają szczególnej troski i dofinansowania. Przyczyny jednakże decyzji o wyborze konkretnych sektorów mogą być w swej istocie znacznie różne. Wybór konkretnych mechanizmów będzie istotnie wpływał nie tylko na rozwój polskiego rolnictwa, ale także na jego konkurencyjność, zarówno na zewnątrz Unii Europejskiej, jak i w samej Wspólnocie.

Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/2220 z dnia 23 grudnia 2020 r. ustanawiającym niektóre przepisy przejściowe dotyczące

¹ P. Litwiniuk, *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako dokument programowy i źródło prawa rolnego*, Warszawa 2018.

² Zob. <https://www.gov.pl/web/wprpo2020/projekt-planu-strategicznego-dla-wpr-na-lata-2023-2027-wersja-11--projekt-uwzględniajacy-uwagi-ke-i-przekazany-do-jej-akceptacji> (dostęp: 17.07.2022 r.).

wsparcia z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) i z Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji (EFRG) w latach 2021 i 2022 oraz zmieniającym rozporządzenia (UE) nr 1305/2013, (UE) nr 1306/2013 i (UE) nr 1307/2013 w odniesieniu do zasobów i stosowania w latach 2021 i 2022 oraz rozporządzenie (UE) nr 1308/2013 w odniesieniu do zasobów i rozdziału takiego wsparcia na lata 2021 i 2022³ wprowadzono istotne okresy przejściowe, które w latach 2021–2022 pozwoliły na stosowanie dotychczasowych środków pomocowych dla rolnictwa. W tym okresie toczyła się ożywiona debata polityczno-prawna w zakresie kształtu nowej Wspólnej Polityki Rolnej (WPR). Powstało w tym czasie wiele pytań dotyczących tego, jak ma wyglądać pomoc dla rolników przede wszystkim w zakresie rozwoju obszarów wiejskich. W tym zakresie prowadzono wiele badań⁴, a część postulatów znalazła swój wyraz w aktach prawnych na poziomie Unii Europejskiej⁵.

Głównym i kluczowym elementem dyskusji nad rozwojem WPR była konieczność jej uproszczenia⁶. W rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/2115 z dnia 2 grudnia 2021 r. ustanawiającym przepisy dotyczące wsparcia planów strategicznych sporządzanych przez państwa członkowskie w ramach wspólnej polityki rolnej (planów strategicznych WPR) i finansowanych z Europejskiego Funduszu Rolniczego Gwarancji (EFRG) i z Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich (EFRROW) oraz uchylającym rozporządzenia (UE) nr 1305/2013 i (UE) nr 1307/2013⁷ w motywie 107 podkreśla się ten element, wskazując, iż: „W świetle obaw dotyczących obciążenia administracyjnego związanego z zarządzaniem dzielonym, szczególną uwagę w planach strategicznych WPR należy poświęcić uproszczeniu”. Powstaje pytanie, czy to

³ Dz.Urz. UE L nr 437 z 2020 r., s. 1.

⁴ L. J. Cole, D. Kleijn, L. V. Dicks, J. C. Stout, S. G. Potts, M. Albrecht, J. Scheper, *A critical analysis of the potential for EU Common Agricultural Policy measures to support wild pollinators on farmland*, „Journal of Applied Ecology” 2020, No 57(4), s. 681–694.

⁵ Przykładowo, komunikat Komisji z dnia 29 listopada 2017 r. zatytułowany „Przyszłość rolnictwa i produkcji żywności”, COM(2017) 713 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A52017DC0713> (dostęp: 20.08.2022 r.), określa wyzwania, cele i kierunki przyszłej Wspólnej Polityki Rolnej po 2020 r.; komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 2 maja 2018 r. Nowoczesny budżet dla Unii, która chroni, wspiera i broni. Wieloletnie ramy finansowe na lata 2021–2027, COM(2018)0321 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/ALL/?uri=CELEX:52018DC0321> (dostęp: 20.08.2022 r.); komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Zalecenia dla państw członkowskich w sprawie ich planów strategicznych dotyczących wspólnej polityki rolnej, COM(2020) 846 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0846> (dostęp: 20.08.2022 r.).

⁶ European Commission (EC) Implementing the Community Lisbon programme: A strategy for the simplification of the regulatory environment, Commission communication – COM/2005/535; European Commission (EC) Simplification of the Common Agricultural Policy, Action Plan, DG Agriculture and Rural Development, Working Paper, October 2006.

⁷ Dz.Urz. UE L nr 435 z 2021 r., s. 1; dalej: rozporządzenie 2021/2115.

uproszczenie, biorąc pod uwagę skomplikowane okresy przejściowe i kilkusetstronicowe plany krajowe, zostanie zrealizowane. W polskiej nauce prawa także ten wątek podlega dyskusji⁸ co najmniej od 2013 r.⁹ Był on słyszany już w obecnej, kończącej się perspektywie finansowej. Trzeba podkreślić, że nie został on zrealizowany¹⁰. Uproszczenie to należy rozumieć w szerokim znaczeniu. Dotyczy ono nie tylko przepisów prawa czy procedur, ale również ich zrozumienia, a przede wszystkim szerszej dostępności dla potencjalnych beneficjentów. Do tej pory wysoce sceptycznie należy ocenić realizację postulatu uproszczenia WPR. Chociażby na przykładzie polityki zazieleniania można wskazać, że dodawanie w kolejnych perspektywach finansowych wymogów dla rolników, może przynieść odwrotny skutek. Efektywność polityki zazieleniania szacowana na poziomie 5% (przez Europejski Trybunał Obrachunkowy¹¹) zakładanych celów jest negatywnym prognozą podejmowanych działań w kontekście rozwoju rolnictwa.

Kierując się celem uproszczenia WPR, po 2020 r. sformułowano wiele postulatów, które w przełożeniu na język aktów legislacyjnych, a obecnie na przygotowywane plany strategiczne wydają się zupełną odwrotnością realizacji tego postulatu. Przedstawione poniżej argumenty oceny *ex ante* przemawiają za tym, aby dokonać możliwych zmian prawnych, które będą służyły rolnikom.

Dotychczasowy mechanizm, gdzie państwa członkowskie tworzyły programy (w Polsce jest to Program Rozwoju Obszarów Wiejskich), zakładał możliwość wyboru przez państwo poszczególnych działań, które będą służyć realizacji pomocy rolnictwu. Rozporządzenia europejskie, przywołane powyżej z 2013 r., zakładały różnorodne mechanizmy pomocowe, skierowane nie tylko do rolników w całej Unii Europejskiej (jak np. modernizacja gospodarstw rolnych, płatności rolno-środowiskowo-klimatyczne), lecz także do wybranych grup rolników (jak np. pomoc dla producentów oliwek, czy pomoc dla obszarów o niekorzystnych warunkach gospodarowania). To państwo członkowskie wybierało z tych propozycji odpowiednie działania i proponowało Komisji Europejskiej program. Po jego zatwierdzeniu przez Komisję Europejską stawał się on podstawą dysponowania środkami pomocowymi dla rolników. Pomijając bardzo ważną kwestię statusu prawnego Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich w systemie prawa polskiego,

⁸ P. Litwiniuk, *Uproszczenia Wspólnej Polityki Rolnej – nośny slogan czy absolutna konieczność?*, „Studia Iuridica Agraria” 2015, t. XIII, s. 101–116.

⁹ E. Tomkiewicz, M. Bocheński, *Polityka rozwoju obszarów wiejskich w perspektywie lat 2014–2020 w kontekście nowych wyzwań*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X, s. 240 i n.

¹⁰ Na poziomie europejskim był on wskazywany znacznie wcześniej J. Hauge Pedersen, *Administrative Burdens and the CAP, Conference – A simple CAP for Europe, A challenge for all*, Brussels 3–4 October 2006, <http://ec.europa.eu/agriculture/events/>. Także w nauce prawa polskiego pojawiał się w opracowaniach artykułowych: S. Balcerak, *Z problematyki uproszczenia wspólnotowego prawa rolnego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2007, nr 2, s. 153–176.

¹¹ <https://www.eca.europa.eu/pl/Pages/DocItem.aspx?did=44179> (dostęp: 20.08.2022 r.).

wyraźnie trzeba wskazać, że bez ustaw i rozporządzeń krajowych trudno byłoby określić ramy tej pomocy.

W najnowszej perspektywie finansowej zmieniono podejście do mechanizmów określania instrumentów pomocowych. Państwo członkowskie dostaje pewne ramy możliwości działania zgodnie z rozporządzeniem 2021/2115. To już nie Unia Europejska z poziomu rozporządzeń będzie decydować, jakie mechanizmy pomocowe są konieczne dla rolnictwa w danym państwie, lecz to państwo członkowskie, znając swoje realia, będzie dobierać te instrumenty tak, aby były jak najbardziej efektywne dla rolników¹².

Państwa członkowskie, ustanawiając krajowe plany strategiczne, nie są jednak zupełnie wolne od pewnych ram regulacyjnych z poziomu europejskiego. Po pierwsze ograniczeniem musi pozostać zachowanie jednolitości Wspólnej Polityki Rolnej¹³. Nowy plan, co podkreśla się w motywie 27 rozporządzenia 2021/2115, nie może zagrozić rynkowi wewnętrznemu. Dlatego też powstaje pytanie, czy uprzywilejowanie tylko kilku rodzajów działalności rolniczej będzie korzystne dla konkurencyjnego rynku i gospodarki wolnorynkowej. Dotychczasowe mechanizmy pokazują, że fundusze europejskie istotnie wpływają na konkurencyjność rolnictwa¹⁴. W prawie rolnym trzeba sobie zdać pytanie, stawiane

¹² W motywie 3 rozporządzenia 2021/2115, wskazano że: „Unia powinna zatem określić podstawowe parametry polityki, takie jak cele WPR i ich podstawowe wymogi, natomiast odpowiedzialność za sposób realizacji celów i celów końcowych powinna w większym stopniu spoczywać na państwach członkowskich. Udostonolenie pomocniczości pozwala na lepsze uwzględnianie lokalnych warunków i potrzeb oraz szczególnego charakteru działalności rolniczej, który wynika ze struktury społecznej rolnictwa oraz różnic strukturalnych i naturalnych między poszczególnymi regionami rolniczymi, poprzez takie dostosowywanie wsparcia, aby maksymalnie zwiększyć jego wkład w osiągnięcie celów Unii”.

¹³ W art. 5 rozporządzenia 2021/2115 podkreślono, że „zgodnie z celami WPR określonymi w art. 39 TFUE, w związku z celem polegającym na utrzymaniu funkcjonowania rynku wewnętrznego i równych warunków działania dla rolników w Unii oraz w związku z zasadą pomocniczości, wsparcie z EFRG i EFRROW służy dalszej poprawie zrównoważonego rozwoju rolnictwa, żywności i obszarów wiejskich oraz przyczynia się do osiągnięcia poniższych celów ogólnych w dziedzinie, gospodarki, środowiska i kwestii społecznych, co będzie stanowić wkład w realizację Agendy na rzecz zrównoważonego rozwoju 2030: a) wspieranie inteligentnego, konkurencyjnego, odpornego i zróżnicowanego sektora rolnictwa zapewniającego długoterminowe bezpieczeństwo żywnościowe; b) wspieranie i wzmacnianie ochrony środowiska, w tym różnorodności biologicznej, oraz działań w dziedzinie klimatu oraz przyczynianie się do realizacji unijnych celów związanych ze środowiskiem i klimatem, w tym zobowiązań Unii wynikających z porozumienia paryskiego; c) umacnianie struktury społeczno-ekonomicznej obszarów wiejskich”.

¹⁴ A. Z. Nowak, A. Niewiadomska, *Wpływ funduszy strukturalnych na wzrost konkurencyjności polskiego rolnictwa – wybrane aspekty ekonomiczne*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X, s. 307–325; B. Wieliczko, *Mechanizmy oddziaływania funduszy strukturalnych na konkurencyjność polskiego rolnictwa*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X, s. 443–457; A. Niewiadomska, *Konkurencyjność jako determinanta prawna europejskiej polityki rolnej*, „Studia Iuridica” 2017, t. LXXII, s. 267–278.

w nauce już od wielu lat, czy dobór rozwiązań prawnych będzie służył rozwojowi rolnictwa¹⁵.

Konkurencyjność w nowej perspektywie planów strategicznych nabiera nowego znaczenia i wymusza oceny już nie globalne, europejskie, lecz w odniesieniu do poszczególnych krajów. Dokonanie oceny konkurencyjności rolnictwa i perspektywy jego rozwoju nie może być sformułowane tylko przez pryzmat Krajowego Planu Strategicznego, ale również przez ocenę dochodowości rolników na wolnym rynku¹⁶. Dopiero zestawienie tych dwóch czynników pozwoli na przeprowadzenie rzetelnej oceny zachowania traktatowego wymogu zwiększania konkurencyjności rolnictwa w Europie w ramach WPR. Głównymi celami jest zapewnienie konkurencyjnego, inteligentnego rolnictwa, które zagwarantuje bezpieczeństwo żywnościowe. Ważnym celem jest ochrona środowiska i klimatu, a także istotne oddziaływanie na strukturę społeczno-ekonomiczną rolnictwa.

Za tak ogólnie określonymi w art. 5 rozporządzenia 2021/2115 celami WPR doprecyzowującymi art. 39 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁷ będą musiały iść konkretne propozycje krajowe. Żadna jednak z nowych regulacji nie będzie mogła naruszyć powyższych celów ogólnych. Ma to stanowić o wspólnym jednolitym rynku rolnym jako przyszłości rozwoju WPR. Problemem pozostaje rozumienie zakresu znaczeniowego oraz interpretacja tak ogólnie określonych celów. Samo zapewnienie konkurencyjności w rolnictwie do tej pory było przedmiotem sporów nie tylko prawników, ale także ekonomistów. Odnalezienie klucza do rozumienia powyższych pojęć może stanowić o sukcesie rozwoju rolnictwa.

Po drugie konieczne jest zachowanie pewnej elastyczności w krajach członkowskich. W ocenie projektodawców nowej WPR to państwo członkowskie będzie wiedziało najlepiej, jaki mechanizm prawny będzie potrzebny, aby wesprzeć, dokonać interwencji publicznej w danym sektorze rolnictwa. Jednym z nowych przykładów instrumentów jednolitych dla całej Unii Europejskiej w głównych założeniach, a elastycznych w odniesieniu do poszczególnych krajów, są ekoschematy¹⁸. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. c rozporządzenia 2021/2115 plany strategiczne WPR są sporządzane przez państwa członkowskie i ustanawiają cele końcowe, określają warunki interwencji i przydzielają zasoby finansowe, zgodnie z celami szczegółowymi¹⁹ i zidentyfikowanymi potrzebami. Powstają teraz

¹⁵ S. Prutis, *Dobór instrumentów prawnych służących wsparciu rozwoju obszarów wiejskich*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2009, t. VII, s. 192–203.

¹⁶ I. Lipińska, *Poprawa konkurencyjności działalności rolniczej w reformowanej Wspólnej Polityce Rolnej – wybrane zagadnienia prawne*, „*Przegląd Prawa Rolnego*” 2021, nr 2(29), s. 277–291.

¹⁷ Dz.Urz. UE C nr 202 z 2016 r., s. 47 (wersja skonsolidowana); dalej: TFUE.

¹⁸ M. Szymańska, *Ekoschematy – nowa płatność bezpośrednia*, „*Tygodnik Poradnik Rolniczy*” 2020, nr 23(837).

¹⁹ W art. 6 ust. 1 rozporządzenia 2021/2115 wymieniono cele szczegółowe, takie jak np.: wspieranie godziwych dochodów gospodarstw i odporności sektora rolnictwa w całej Unii w celu zwiększenia długoterminowego bezpieczeństwa żywnościowego oraz różnorodności w rolnic-

pytania o identyfikację potrzeb, ich zmianę w czasie i dość powolną procedurę wydawania planu i jego zatwierdzenia.

Niektóre cele szczegółowe są dość trudno identyfikowane. Przykładowo poprawa pozycji rolnika w łańcuchu wartości ma być określana zgodnie z motywem 25 rozporządzenia 2021/2115 „w szczególności poprzez zachęcanie do form współpracy, które angażują rolników i przynoszą im korzyści, a także poprzez promowanie krótkich łańcuchów dostaw i poprawę przejrzystości rynku”. Oznacza to, że nie chodzi o pozycję społeczną rolnika, ale o jego pozycję ekonomiczną, kształtowaną przez współpracę z innymi rolnikami oraz podmiotami uczestniczącymi w łańcuchu dostaw. Trzeba wyraźnie zaznaczyć, że niedookreśloność celów szczegółowych wyrażonych w rozporządzeniu 2021/2115 może skutkować także dość ogólnymi pojęciami zawieranymi w poszczególnych planach strategicznych. Niezrozumienie prawa już na etapie jego interpretacji może spowodować zahamowanie rozwoju rolnictwa poprzez stworzenie nieprzewidywalnych barier legislacyjnych.

Określona elastyczność i uproszczenie mają swoje granice, chociażby poprzez wyrażone w art. 3 i 4 rozporządzenia 2021/2115 definicje i warunki, które należy zapewnić w planach strategicznych WPR. Do określonych na poziomie europejskim definicji zaliczono tak podstawowe kwestie, jak rozumienie pojęć „działalność rolnicza”, „użytki rolne”, „kwalifikujący się hektar”, „rolnik aktywny zawodowo”, „młody rolnik” i „nowy rolnik”. Co prawda, pozwolono dookreślić ich znaczenie w każdym krajowym planie strategicznym, ale w cytowanym artykule zawarto podstawowe mechanizmy ramowe konkretnych definicji²⁰. To od

twie, a także zapewnienia zrównoważoności ekonomicznej produkcji rolnej w Unii; zwiększenie zorientowania na rynek i konkurencyjności gospodarstw, zarówno w perspektywie krótkoterminowej, jak i długoterminowej, w tym większe ukierunkowanie na badania naukowe, technologię i cyfryzację; poprawę pozycji rolników w łańcuchu wartości; przyczynianie się do łagodzenia zmiany klimatu i przystosowywania się do niej, w tym poprzez redukcję emisji gazów cieplarnianych i zwiększenie sekwestracji węgla, a także promowanie zrównoważonej energii; wspieranie zrównoważonego rozwoju zasobów naturalnych, takich jak woda, gleba i powietrze, i wydajnego gospodarowania nimi, w tym poprzez ograniczanie uzależnienia od środków chemicznych; przyczynianie się do powstrzymania utraty różnorodności biologicznej i odwrócenia tego procesu, wzmocnianie usług ekosystemowych oraz ochrona siedlisk i krajobrazu; przyciąganie i utrzymywanie młodych rolników i nowych rolników oraz ułatwianie rozwoju zrównoważonej działalności gospodarczej na obszarach wiejskich.

²⁰ Przykładowo w art. 4 ust. 5 rozporządzenia 2021/2115 określono beneficjentów pomocy – „»Rolnika aktywnego zawodowo« definiuje się w taki sposób, aby zagwarantować, że wsparcie będzie przyznawane wyłącznie osobom fizycznym lub prawnym bądź grupom osób fizycznych lub prawnych prowadzącym działalność rolniczą na co najmniej minimalnym poziomie, przy czym niekoniecznie ze wsparcia należy wykluczyć rolników prowadzących działalność rolniczą i nierolniczą lub rolników prowadzących działalność rolniczą w niepełnym wymiarze godzin.

Określając, kto jest »rolnikiem aktywnym zawodowo«, państwa członkowskie stosują obiektywne i niedyskryminujące kryteria, takie jak: badanie dochodów, nakłady pracy w gospodarstwie, przedmiot działalności przedsiębiorstwa oraz włączenie działalności rolniczej tych osób do rejestrów krajowych lub regionalnych. Kryteria takie mogą zostać wprowadzone w jednej lub

doprecyzowania tych ram będzie zależec poziom finansowania oraz – w późniejszym okresie – konkurencyjność rolnictwa. W cytowanej definicji rolnika aktywnego zawodowo w Krajowym Planie Strategicznym²¹ podkreślono, że rolnik jest uznawany za aktywnego, jeżeli nie prowadzi żadnej z działalności wymienionej na negatywnej liście albo jeżeli:

- w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEiDG) działalność rolnicza tego rolnika została wskazana jako główna, lub
- dokumenty z KRS lub REGON potwierdzają, że wykonywana przez rolnika działalność rolnicza stanowi główną działalność gospodarczą, lub
- udokumentuje, że:
 - jego przychód z działalności rolniczej stanowi co najmniej 1/3 całego przychodu w gospodarstwie, lub
 - roczna kwota płatności bezpośrednich wynosi co najmniej 5% całości przychodów z działalności pozarolniczej²².

Tego typu kryteria dobrane w innym państwie odmiennie mogą istotnie wpłynąć na to, do kogo będzie adresowana nowa pomoc finansowa z funduszy rolnych. W tym zakresie analizowana elastyczność planu strategicznego może stanowić zagrożenie dla rozwoju rolnictwa. Przyjęcie kryteriów zarówno ograniczających krąg beneficjentów, jak i zbyt szerokich, może okazać się unieвозмоżliwieniem zasad kształtowania wspólnego rynku rolnego. Oznacza to, że elastyczne kryteria planów mogą zagrażać podstawowym traktatowym celom WPR²³. Taka sytuacja może zniweczyć nie tylko efekt samego planu, ale także zagrozić w przyszłości subwencjonowaniu rolnictwa ze środków publicznych.

Poza tymi ramowo określonymi kryteriami dla sporządzania planów strategicznych ważnym problemem pozostaje sprecyzowanie miejsca planu w hierarchii źródeł prawa w Polsce. Zgodnie z art. 118 rozporządzenia 2021/2115 każde państwo członkowskie przedkłada Komisji projekt planu strategicznego WPR. Polska przedłożyła taki projekt po wielu konsultacjach i zmianach 15 lipca 2022 r.²⁴. Poza główną treścią²⁵ wprowadzono zmiany do pierwotnego projektu

kilku formach wybranych przez państwa członkowskie, w tym w formie wykazu negatywnego wykluczającego uznanie rolnika za rolnika aktywnego zawodowo. Jeżeli państwa członkowskie uznają za rolników aktywnych zawodowo tych rolników, którzy w poprzednim roku nie otrzymali płatności bezpośrednich przekraczających określoną kwotę, kwota ta nie może być wyższa niż 5000 EUR”.

²¹ PL – Plan Strategiczny dla Wspólnej Polityki Rolnej na lata 2023–2027.

²² *Ibidem*, s. 385–386.

²³ A. Jurcewicz, *Traktatowe podstawy unijnego prawa rolnego w świetle orzecznictwa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2012.

²⁴ Zob. <https://www.gov.pl/web/wprpo2020/projekt-planu-strategicznego-dla-wpr-na-lata-2023-2027-wersja-11--projekt-uwzgledniajacy-uwagi-ke-i-przekazany-do-jej-akceptacji> (dostęp: 20.08.2022 r.).

²⁵ Zgodnie z art. 107 ust. 1 rozporządzenia 2021/2115 każdy plan strategiczny WPR zawiera sekcje dotyczące następujących zagadnień: oceny potrzeb; strategii interwencji; elementów wspólnych dla różnych interwencji; określonych w strategii interwencji w formie płatności bezpo-

w zakresie dobrostanu zwierząt, ekoschematu „Rolnictwo węglowe i zarządzanie składnikami odżywczymi”²⁶. Odstąpiono także od ekoschematu „Rolnictwo ekologiczne”. Wprowadzono zmiany w zakresie norm dobrej kultury rolnej (DKR/GAEC)²⁷. Wprowadzone zmiany należy oceniać przez pryzmat aktualnych potrzeb ekonomicznych i społecznych. Niewątpliwie pożyteczne są kwestie związane z poprawą dobrostanu zwierząt²⁸, w tym świń, które ciągle są zagrożone postępującym ASF. Sceptycznie zaś należy ocenić zmiany w zakresie rolnictwa ekologicznego, które powinno być kołem zamachowym polskiego rolnictwa, a pozostanie nadal dobrem szerzej niedostępnym.

Po przedstawieniu projektu zgodnie z cytowanym artykułem rozporządzenia Komisja Europejska ocenia projekt planu strategicznego WPR pod kątem jego kompletności, spójności i zgodności z ogólnymi zasadami prawa Unii, skuteczności jego wkładu w realizację celów szczegółowych oraz jego wpływu na prawidłowe funkcjonowanie rynku wewnętrznego i zakłócenia konkurencji, oraz na poziom obciążeń administracyjnych beneficjentów i administracji. W swojej ocenie, jak podkreśla się w art. 118 ust. 2 rozporządzenia 2021/2115, Komisja

średnich, interwencji w niektórych sektorach i interwencji na rzecz rozwoju obszarów wiejskich; planów dotyczących celów końcowych i planów finansowych; systemu zarządzania i koordynacji; elementów zapewniających modernizację WPR; w przypadku gdy elementy planu strategicznego WPR są ustanawiane na szczeblu regionalnym – krótki opis krajowej i regionalnej struktury w danym państwie członkowskim, a w szczególności tego, które elementy ustanowiono na szczeblu krajowym, a które na regionalnym. Ponadto musi zawierać określone w art. 107 ust. 2 rozporządzenia 2021/2115 załączniki.

²⁶ Dodany ekoschemat jest nowością w polskim rolnictwie i obejmuje 8 dozwolonych praktyk: ekstensywne użytkowanie TUZ z obsadą zwierząt; międzyplony ozime/wsiewki śródplonowe; opracowanie i przestrzeganie planu nawożenia – wariant podstawowy i wariant z wapnowaniem; zróżnicowana struktura upraw; wymieszanie obornika na gruntach ornych w ciągu 12 godzin od aplikacji; stosowanie płynnych nawozów naturalnych innymi metodami niż rozbryzgowo; uproszczone systemy uprawy; wymieszanie słomy z glebą.

²⁷ Zgodnie z Krajowym Planem Strategicznym nowe normy w systemie prawa polskiego będą dotyczyły w przypadku GAEC 7, poza wymogiem dywersyfikacji upraw, dodano wymóg zmianowania upraw corocznie na powierzchni 40% gruntów ornych oraz wymóg nieprowadzenia dłużej niż 3 lata takiej uprawy w plonie głównym na wszystkich gruntach ornych w gospodarstwie. Zmieniono też definicję „uprawy”, gdzie na potrzeby zmianowania i dywersyfikacji zrezygnowano z rozróżnienia formy jarej i ozimej. W przypadku GAEC 6, dotyczącej powierzchni objętej okrywą ochronną gleby, uzgodniono z Komisją, że wymóg obowiązku utrzymania pod okrywą ochronną gleby w gospodarstwie w okresie jesienno-zimowym będzie wynosił 80% powierzchni gruntów ornych. Dodano również wymogi dotyczące okrywy glebowej w uprawach trwałych (w sadach owocowych).

²⁸ P. Paleń, *Wybrane aspekty prawne ochrony zwierząt gospodarskich w Polsce*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2017, nr 2; I. Lipińska, *Z prawnej problematyki dobrostanu zwierząt gospodarskich*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2015, nr 1, s. 63–77; S. P. McCulloch, *A Critique of FAWC’s Five Freedoms as a Framework for the Analysis of Animal Welfare*, “Journal of Agricultural and Environmental Ethics” 2013, No 26, s. 959–975; I. Lipińska, I. Hasińska, *Z problematyki hodowli zwierząt gospodarskich w świetle nowych regulacji prawnych*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2020, nr 2, s. 101–114.

podejmuje temat adekwatności strategii planu strategicznego WPR, odpowiadających jej celów szczegółowych, celów końcowych, interwencji i przydziału zasobów budżetowych na realizację celów szczegółowych planu strategicznego WPR poprzez proponowane interwencje – na podstawie analizy SWOT oraz ewaluacji *ex ante*. Ponadto Komisja może skierować do państw członkowskich uwagi, a te przedkładają dodatkowe informacje i wprowadzają zmiany w swoich projektach.

Kluczowym elementem dla dalszych rozważań jest postanowienie, iż Komisja zatwierdza każdy plan strategiczny WPR w drodze decyzji wykonawczej, bez stosowania procedury komitetowej. Taki rodzaj aktu prawnego nie znajduje się w hierarchii źródeł prawa polskiego określonego w Konstytucji²⁹, w szczególności w kontekście art. 23 Konstytucji RP³⁰. Jednocześnie trzeba podkreślić, że decyzje nie są źródłem prawa krajowego³¹, zatwierdzenie w drodze decyzji zaś nie nadaje planowi charakteru przepisu prawa unijnego³². W systemie prawa krajowego wydawane są na podstawie dotychczasowych programów rozwoju obszarów wiejskich ustawy oraz rozporządzenia wykonawcze, które są podstawą rozdysponowywania pomocy. Podobnie z pewnością zostanie to określone w Krajowym Planie Strategicznym. Zgodnie z art. 118 ust. 7 rozporządzenia 2021/2115 plany strategiczne WPR wywołują skutki prawne dopiero po ich zatwierdzeniu przez Komisję.

Polski Projekt Krajowego Planu Strategicznego został zatwierdzony 31 sierpnia 2022 r.³³. Zgodnie z informacją zawartą w planie wsparcie zaproponowane na lata 2023–2027 realizowane będzie ze środków pochodzących z Unii Europejskiej, na które składa się kwota 17,3 mld euro w ramach I filaru WPR i 4,7 mld euro w ramach II filaru WPR³⁴. Dofinansowanie krajowe dla II filaru WPR będzie wynosiło ponad 3,2 mld euro, co daje łącznie ponad 7,9 mld euro środków publicznych na wsparcie związane z rozwojem obszarów wiejskich. Zasadniczym

²⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.); dalej: Konstytucja RP.

³⁰ P. Litwiniuk, *Polski ustrój rolny w świetle art. 23 Konstytucji*, (w:) M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r.*, Warszawa 2012, s. 48–59; M. Zubik, *Gospodarstwo rodzinne – niedoceniona szansa współkształtowania konstytucyjnych podstaw ustroju rolnego poprzez sądownictwo konstytucyjne*, (w:) P. Litwiniuk (red.), *Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 55–56; B. Rakoczy, A. Bień-Kacała, *Gospodarstwo rodzinne jako podstawa ustroju rolnego w świetle Konstytucji RP z 1997 roku*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2015, nr 3, s. 31.

³¹ A. Stelmachowski, *Przedmiot i źródła prawa rolnego*, (w:) P. Czechowski, M. Korzycka-Iwanow, S. Prutis, A. Stelmachowski, *Polskie prawo rolne na tle ustawodawstwa Unii Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 19.

³² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 czerwca 2009 r., C-241/07, *JK Otsa Talu OÜ v. Põllumajanduse Registrite ja Informatsiooni Amet (PRIA)*, EU:C:2009:337, pkt 37.

³³ Zob. <https://www.gov.pl/web/wprpo2020/zatwierdzony-przez-komisje-europejska-plan-strategiczny-dla-wspolnej-polityki-rolnej-na-lata-2023-2027> (dostęp: 2.09.2022 r.).

³⁴ *Ibidem*.

pytaniem jest to, jak ta kwota zostanie rozdzielona na poszczególne działania i w jaki sposób plan będzie zmieniany.

Już dziś na poziomie europejskim, chociażby na podstawie zawiadomienia Komisji – Wytyczne dotyczące planów odbudowy i zwiększania odporności w kontekście REPowerEU³⁵, możliwe jest skracanie w szczególnych warunkach czasu potrzebnego na zatwierdzenie zmian w planie określonych w art. 119 rozporządzenia 2021/2115. Tego typu regulacje mogą także budzić wątpliwości co do ich relacji z rozporządzeniami europejskimi jako źródłami prawa. Można w tym zakresie zaobserwować chaos nie tylko na poziomie wpisania się planów strategicznych w źródła prawa krajowego, lecz także europejskiego. Tego typu sytuacja, która może prowadzić do podważania rozstrzygnięć organów administracji publicznej, nie będzie sprzyjała rozwojowi rolnictwa.

Dlatego też z dużą ostrożnością należy podejść do wdrożenia planu strategicznego do systemu prawa polskiego. Przełożenie ponad 1200 stron planu na język ustaw oraz rozporządzeń wykonawczych nie będzie realizacją uproszczenia. Z pewnością także postulat zrozumiałości prawa będzie mocno wątpliwy przy liczbie wymagań, jakie będą stawiane rolnikom. Z jednej strony należy taki stan rzeczy ocenić pozytywnie, bo jeżeli ktoś ma być beneficjentem, to będzie to rolnik aktywny zawodowo znający wszelkie wymogi oraz pojęcia agrotechniczne. Z drugiej strony poziom skomplikowania oraz wprowadzanych zmian, nawet dla rolników, którzy z pomocy WPR korzystają od 2004 r., może okazać się zbyt trudny, a zachęta w postaci otrzymanego dofinansowania zbyt mało atrakcyjna.

Przed polskim ustawodawcą staje duże wyzwanie przekonania rolników do skorzystania z pomocy publicznej przeznaczonej na rolnictwo ze środków europejskich, w zamian za spełnienie określonych kryteriów produkcyjnych, ekonomicznych, a przede wszystkim środowiskowo-klimatycznych. Z pewnością przekazanie właściwej informacji oraz promocja nowych rozwiązań może w tym zakresie okazać się narzędziem nieodzownym, który przesądzi o powodzeniu wdrażanych mechanizmów prawnych.

Przedstawione w artykule rozważania są elementem toczącej się naukowej dyskusji nad przyszłością rolnictwa w Polsce i Europie. Wpisują się także w dyskurs europejski nad przyszłością interwencyjnej polityki rolnej i kierunkami jej rozwoju. Plany strategiczne dla WPR są instrumentem prawnym, który nie zapewni kompleksowego rozwoju sektora rolnego w żadnym z państw Unii Europejskiej. Jego konstrukcja nastawiona na wybór konkretnych działań albo spowoduje rozwój tylko niektórych branż w rolnictwie, albo skłoni rolników do zmiany sposobu gospodarowania. Problemem stanowi to, że wsparcie finansowe jest ograniczone w czasie konkretnymi okresami budżetowymi Unii Europejskiej. Nie jest jasne, czy po 2027 r. nadal będzie finansowanie publiczne rolnictwa, a jeżeli tak, to czy będą dostępne odpowiednie instrumenty dla tych samych branż, aby

³⁵ Dz.Urz. UE C nr 214 z 2022 r., s. 1.

umożliwić im dalszy rozwój. Produkcja rolna jest na tyle specyficzna, że aby zaobserwować efekty działania mechanizmów prawnych, czasami potrzeba nie lat, a dekad w dokonywaniu oceny skuteczności *ex post* wydanego prawa.

Krajowy Plan Strategiczny jest także instrumentem problematycznym (podobnie jak poprzednie programy rozwoju obszarów wiejskich) z punktu widzenia źródeł prawa w Konstytucji RP. Jako dokument negocjowany z Komisją Europejską zatwierdzany w drodze decyzji wykonawczej, bez stosowania procedury komitetowej, zgodnie z art. 118 ust. 6 rozporządzenia 2021/2115 nie wpisuje się w hierarchię źródeł prawa polskiego. Jako akt prawa wtórnego będzie podstawa, do której będą odwoływać się ustawy i rozporządzenia. Tego typu wątpliwości po raz kolejny nie wpływają w sposób pozytywny na sprawy procedury administracyjnej i zasady określoności prawa, a także bezpieczeństwa prawnego uczestników obrotu. Na poziomie europejskim należałoby rozważyć mocniejsze umocowanie planów strategicznych dla WPR w hierarchii źródeł prawa.

Nie należy także zapominać, że plany strategiczne, a szerzej nowa WPR, nie są adresowane tylko do państw członkowskich. Skutki przyjętych rozwiązań oddziałują na handel z państwami trzecimi, a pośrednio także na przyjmowane przez nich rozwiązania. Restrykcyjna polityka rolna Unii Europejskiej, podyktowana bezpieczeństwem konsumenta i wysoką jakością produktów rolnych, może nie sprostać zderzeniu się np. z rozwiązaniami agrarnymi amerykańskimi czy chińskimi. Te dwa różne gospodarczo i prawnie sektory rolne z pewnością wykorzystają słabości omawianych rozwiązań. W tym też należy upatrywać zagrożeń dla rozwoju rolnictwa nie tylko w Polsce, ale także w całej Unii Europejskiej.

Na zakończenie trzeba podkreślić, że na przykładzie Krajowego Planu Strategicznego, który liczy 1237 stron, postulat uproszczenia nie został zrealizowany. Nie trudno przewidzieć, jaki poziom skomplikowania będą miały rozporządzenia wykonawcze określające np. poszczególne ekoschematy, kiedy dokument wyjściowy jest jednym z najdłuższych w historii działania WPR w Polsce. Poziom skomplikowania wymogów, w tym wymogów klimatycznych i środowiskowych, nie sprzyja nie tylko realizacji celów programu, ale przede wszystkim rozwojowi rolnictwa. Rolnicy mogą nie być zainteresowani przechodzeniem skomplikowanych procedur administracyjnych, gdzie w dużej części muszą sięgać po pomoc prawników, aby uzyskać pomoc finansową, która może tylko w niewielkim procencie odzwierciedlać rzeczywiste koszty ponoszonych inwestycji. Z powyższych powodów trzeba podejść z umiarkowanym optymizmem do oceny Krajowego Planu Strategicznego jako instrumentu prawnego, który przyczyni się do rozwoju rolnictwa.

REFERENCES

- Balcerak S., *Z problematyki uproszczenia wspólnotowego prawa rolnego*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2007, nr 2
- Cole L. J., Kleijn D., Dicks L. V., Stout J. C., Potts S. G., Albrecht M., Scheper J., *A critical analysis of the potential for EU Common Agricultural Policy measures to support wild pollinators on farmland*, “Journal of Applied Ecology” 2020, No 57(4)
- Hauge Pedersen J., *Administrative Burdens and the CAP, Conference – A simple CAP for Europe, A challenge for all*, Brussels 3–4 October 2006
- Jurcewicz A., *Traktatowe podstawy unijnego prawa rolnego w świetle orzecznictwa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2012
- Lipińska I., Hasińska I., *Z problematyki hodowli zwierząt gospodarskich w świetle nowych regulacji prawnych*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2020, nr 2
- Lipińska I., *Poprawa konkurencyjności działalności rolniczej w reformowanej Wspólnej Polityce Rolnej – wybrane zagadnienia prawne*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2021, nr 2 (29)
- Lipińska I., *Z prawnej problematyki dobrostanu zwierząt gospodarskich*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2015, nr 1
- Litwiniuk P., *Polski ustrój rolny w świetle art. 23 Konstytucji*, (w:) M. Zubik (red.), *XV lat obowiązywania Konstytucji z 1997 r.*, Warszawa 2012
- Litwiniuk P., *Program Rozwoju Obszarów Wiejskich jako dokument programowy i źródło prawa rolnego*, Warszawa 2018
- Litwiniuk P., *Uproszczenia Wspólnej Polityki Rolnej – nośny slogan czy absolutna konieczność?*, „Studia Iuridica Agraria” 2015, t. XIII
- McCulloch S. P., *A Critique of FAWC’s Five Freedoms as a Framework for the Analysis of Animal Welfare*, “Journal of Agricultural and Environmental Ethics” 2013, No 26
- Niewiadomska A., *Konkurencyjność jako determinanta prawna europejskiej polityki rolnej*, „Studia Iuridica” 2017, t. LXXII
- Nowak A. Z., Niewiadomska A., *Wpływ funduszy strukturalnych na wzrost konkurencyjności polskiego rolnictwa – wybrane aspekty ekonomiczne*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X
- Paleń P., *Wybrane aspekty prawne ochrony zwierząt gospodarskich w Polsce*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2017, nr 2
- Prutis S., *Dobór instrumentów prawnych służących wsparciu rozwoju obszarów wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2009, t. VII
- Rakoczy B., Bień-Kacała A., *Gospodarstwo rodzinne jako podstawa ustroju rolnego w świetle Konstytucji RP z 1997 roku*, „Przegląd Prawa Ochrony Środowiska” 2015, nr 3
- Stelmachowski A., *Przedmiot i źródła prawa rolnego*, (w:) P. Czechowski, M. Korzycka-Iwanow, S. Prutis, A. Stelmachowski, *Polskie prawo rolne na tle ustawodawstwa Unii Europejskiej*, Warszawa 2002
- Szymańska M., *Ekoschematy – nowa płatność bezpośrednia*, „Tygodnik Poradnik Rolniczy” 2020, nr 23(837)
- Tomkiewicz E., Bocheński M., *Polityka rozwoju obszarów wiejskich w perspektywie lat 2014–2020 w kontekście nowych wyzwań*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X

-
- Wieliczko B., *Mechanizmy oddziaływania funduszy strukturalnych na konkurencyjność polskiego rolnictwa*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X
- Zubik M., *Gospodarstwo rodzinne – niedoceniona szansa współkształtowania konstytucyjnych podstaw ustroju rolnego poprzez sądownictwo konstytucyjne*, (w:) P. Litwiniuk (red.), *Prawne mechanizmy wspierania i ochrony rolnictwa rodzinnego w Polsce i innych państwach Unii Europejskiej*, Warszawa 2015

Adam Niewiadomski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: a.niewiadomski@uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-0838-2686

LOKALIZOWANIE ODNAWIALNYCH ŹRÓDEŁ ENERGII NA OBSZARACH WIEJSKICH W ŚWIETLE ZASAD PLANOWANIA PRZESTRZENNEGO

LOCATING RENEWABLE ENERGY SOURCES IN RURAL AREAS IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLES OF SPATIAL PLANNING

Abstract

Land use planning is a key element of rural development. First, it is related to the circulation of agricultural real estate and its use for non-agricultural purposes. Secondly, it finds in the current state of the law fundamental importance for the development of renewable energy sources, including wind farms. Some people see in such localization of renewable energy sources obstacles and hindrance to the process of expanding wind farms in Poland. The article evaluates the current regulations, as well as the proposed changes not only in the context of rural development, but also climate and environmental protection. The results carried out do not inspire optimism due to the existing conflict between the development of wind farms and the acquisition of so-called green energy, and the preservation of landscape heritage and aesthetic values of nature, including spatial order.

KEYWORDS

agricultural law, ecology, renewable energy sources, wind energy, spatial planning

SŁOWA KLUCZOWE

prawo rolne, ekologia, odnawialne źródła energii, energia wiatrowa, planowanie przestrzenne

Problematyka planowania przestrzennego na obszarach wiejskich zawsze stanowiła jeden z głównych punktów naukowych rozważań w prawie rolnym¹. Ukształtowanie przestrzeni przez przepisy prawa nie tylko pozwala rolnikom zaplanować w odpowiedni sposób produkcję, ale także daje poczucie bezpieczeństwa prawnego w zakresie dość dużej trwałości miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego². Od 2016 r., czyli od uchwalenia nowelizacji ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego³, plany te wpływają także na obrót nieruchomościami rolnymi⁴, rozstrzygając o tym, czy dana nieruchomość podlega ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego czy też nie⁵. Dotychczasowe znaczenie przed 2016 r. powodowało jedynie wpływ na prawo pierwokupu, nabycia czy prowadzenie gospodarstwa rodzinnego⁶. Wprowadzona jednakże zmiana stawia plan miejscowy i jego postanowienia w centrum obrotu nieruchomościami rolnymi. Spowodowało to wzrost uchwalania miejscowych planów na obszarach wiejskich.

Jednocześnie ze zwiększeniem planowania co raz więcej gruntów zaczyna tracić swój rolny charakter i są przeznaczane na inne cele niż działalność rol-

¹ J. Goździewicz-Biechońska, *Planowanie przestrzenne wobec współczesnych tendencji rozwoju obszarów wiejskich*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2015, nr 2; A. Suchoń, *Wpływ miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego na prawne formy dysponowania nieruchomościami rolnymi*, „Studia Iuridica Agraria” 2016, t. XIV, s. 131–146.

² B. Wierzbowski, *Aspekty przestrzenne kształtowania ustroju rolnego*, „Studia Iuridica Agraria” 2016, t. XIV, s. 29–46.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 461, z późn. zm.

⁴ K. Marciniuk, *Pojęcie nieruchomości rolnej jako przedmiotu reglamentacji obrotu własnościowego*, „Studia Iuridica Lubliniensia” 2017, t. XXVI, s. 94–114.

⁵ Szerzej na ten temat: A. Niewiadomski, *Rola aktów planistycznych w obrocie nieruchomościami rolnymi*, (w:) D. Łobos-Kotowska, P. Gała, M. Stańko (red.), *Współczesne problemy prawa rolnego i cywilnego. Księga jubileuszowa Profesor Teresy Kurowskiej*, Warszawa 2018, s. 419–430.

⁶ Z. Truszkiewicz, *Wpływ planowania przestrzennego na pojęcie nieruchomości rolnej w rozumieniu Kodeksu cywilnego*, „Studia Iuridica Agraria” 2007, t. VI; M. Budzikowski, *Ograniczenia praw podmiotowych właściciela nieruchomości rolnej w prawie administracyjnym*, „Studia Iuridica” 2014, t. LVIII, s. 31–43.

nicza. Skutkuje to nie tylko wyjęciem tych nieruchomości spod reżimu ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, ale także dość znaczną zmianą wartości nieruchomości oraz uruchomieniem roszczeń określonych w tej ustawie. Na marginesie trzeba także podkreślić dość negatywne oddziaływanie tak zmienianej rzeczywistości na obszarach wiejskich na ochronę klimatu i środowiska. Wyłączenie kolejnych gruntów z produkcji rolnej powoduje degradację środowiska, a co za tym idzie, narusza jedną z podstawowych zasad planowania przestrzennego, jaką jest zasada zrównoważonego rozwoju⁷. Przed polskim ustawodawcą, a także samorządami staje dziś wyzwanie, w jaki sposób pogodzić rzeczywiste potrzeby urbanizacji z kwestią realizacji ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego. W tym zakresie rola planu miejscowego jest głównym elementem pozwalającym na realizację zasad planistyki oraz rozwoju obszarów wiejskich.

Planowanie przestrzenne wpływa nie tylko na możliwość rozporządzania nieruchomościami rolnymi, lecz także na lokalizację odnawialnych źródeł energii⁸, w tym przede wszystkim tej pozyskiwanej z wiatru⁹ oraz słońca. W artykule zostaną przedstawione główne aspekty prawne lokalizowania farm wiatrowych w odniesieniu do zasad planowania przestrzennego i ich wpływu na funkcjonowanie obszarów wiejskich, a także roli samorządu terytorialnego w tym procesie¹⁰. Nie bez znaczenia pozostają prace legislacyjne, które mają doprowadzić do istotnej liberalizacji przepisów związanych z lokalizowaniem farm wiatrowych¹¹. Wymaga oceny, czy proponowane regulacje nie spowodują chaosu planistycznego oraz naruszenia dotychczasowych krajobrazów¹².

Centralną regulacją dotyczącą lokalizowania odnawialnych źródeł energii jest ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹³. Zgodnie z art. 10 ust. 2a u.p.z.p., jeżeli na obszarze gminy przewiduje się wyznaczenie obszarów, na których rozmieszczone będą urządzenia wytwarzające energię z odnawialnych źródeł energii o mocy zainstalowanej większej niż 500 kW, a także ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabu-

⁷ B. Jeżyńska, *Proekologiczne instrumenty wsparcia zrównoważonego rozwoju obszarów Wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X.

⁸ F. Nawrot, *Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii a planowanie przestrzenne*, „Prawne Problemy Górnictwa i Ochrony Środowiska” 2017, nr 1.

⁹ M. Makowski, *Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych*. Komentarz, Gdańsk 2018.

¹⁰ K. Chról, M. Szyrski, *Próba modelowania zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wspierania rozwoju odnawialnych źródeł energii (OZE)*, „Samorząd Terytorialny” 2021, nr 7–8; M. Szyrski, *Rola samorządu terytorialnego w rozwoju odnawialnych źródeł energii (OZE)*. Analiza administracyjnoprawna, Warszawa 2017.

¹¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 kwietnia 2021 r., nr UD207, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12346353/12785203/12785204/dokument501495.pdf> (dostęp: 27.08.2022 r.).

¹² J. Niedziela, *Lokalizacja instalacji odnawialnych źródeł energii – aspekty prawne*, „Studia Iuridica” 2020, t. LXXXVI, s. 196–211.

¹³ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 503, z późn. zm.; dalej: u.p.z.t.

dowie oraz zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu, w studium ustala się ich rozmieszczenie¹⁴. Już na etapie uchwalania studium, czyli podstawowego i jedyne-ego, obowiązkowego dokumentu planistycznego, należy przewidzieć obszary umożliwiające lokalizowanie OZE o odpowiedniej mocy. Stworzone wyjątki dla fotowoltaiki (w ograniczonym zakresie) powodują, że większość inwestycji związanych z pozyskiwaniem „zielonej” energii wymaga znalezienia już na etapie bardzo ogólnym obszarów, gdzie mogą one zostać umiejscowione. Stanowi to swoisty wentyl bezpieczeństwa dla gospodarki przestrzennej z uwagi na dość znaczne rozmiary urządzeń, które pozyskują energię ze źródeł odnawialnych. Już na tym etapie mieszkańcy są informowani, gdzie będą znajdować się inwestycje OZE o odpowiedniej mocy.

Ponadto w art. 15 ust. 3 pkt 3a u.p.z.p. wskazano, że w planie miejscowym można zawrzeć granice terenów pod budowę urządzeń, o których mowa w art. 10 ust. 2a u.p.z.p. (inwestycje w odnawialne źródła energii), oraz granice ich stref ochronnych związanych z ograniczeniami w zabudowie, zagospodarowaniu i użytkowaniu terenu oraz występowaniem znaczącego oddziaływania tych urządzeń na środowisko. Tego typu regulacja w samym planie jest fakultatywna, ale bez niej nie można prowadzić inwestycji, w tym budowy farm wiatrowych. Jest ona jednakże trzonem, który uniemożliwia lokalizowanie i prowadzenie inwestycji OZE bez miejscowego planu. Regulacja ta w istotny sposób zahamowała budowę farm wiatrowych (w połączeniu z ustawą z dnia 20 maja 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych¹⁵), by nie powiedzieć, że inwestycje te od 2016 r. właściwie nie istnieją¹⁶.

Kształtowanie lokalizacji OZE tylko poprzez plany miejscowe znajduje bogate potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. Przykładowo tylko można wymienić wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 18 sierpnia 2021 r., II SA/Po 672/20, w którym stwierdzono, że „wołą ustawodawcy jest, aby inwestycje w ramach których planuje się rozmieszczenie urządzeń wytwarzających energię z odnawialnych źródeł energii o mocy przekraczającej 100 kW, były realizowane przede wszystkim na podstawie ustaleń planu zagospodarowania przestrzennego. Wobec tego, co do zasady wykluczona jest dopuszczalność

¹⁴ Są wyjątki takie jak wolnostojące urządzenia fotowoltaiczne, o mocy zainstalowanej elektrycznej nie większej niż 1000 kW zlokalizowane na gruntach rolnych stanowiących użytki rolne klas V, VI, VIz i nieużytki – w rozumieniu przepisów wydanych na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1990, z późn. zm.), oraz urządzenia inne niż wolnostojące.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 724; por. A. Cylwik, *Analiza ekonomiczna skutków wprowadzenia postanowień tzw. ustawy odległościowej oraz korzyści z planowanej zmiany regulacji dotyczących rozwoju lądowej energetyki wiatrowej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2021, nr 2(10).

¹⁶ M. Przybylska, *Prawne uwarunkowania lokalizacji elektrowni wiatrowych – uwagi de lege lata po wejściu w życie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych*, „Samorząd Terytorialny” 2017, nr 11.

ustalenia warunków zabudowy dla tego rodzaju zamierzeń w drodze ustalenia warunków zabudowy i zagospodarowania terenu, o ile prowadzi to do zmiany przeznaczenia terenu. Zmiana przeznaczenia terenu może zostać dokonana jedynie w drodze uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub też zmiany istniejącego planu¹⁷. Centralna rola miejscowego planu nawiązuje do naczelnej zasady planowania przestrzennego, jakim jest kształtowanie polityki przestrzennej na podstawie prawa powszechnie obowiązującego.

Powyższa konstatacja ma jednak dwa oblicza. Z jednej strony plan daje pewność przyjętych rozwiązań oraz kształtuje wraz z innymi regulacjami wykonywanie prawa własności nieruchomości. Właściciel nie będzie zaskoczony, że na nieruchomościach sąsiednich powstają farmy wiatrowe, o ile plan nie będzie tak stanowił. Z drugiej jednak strony, biorąc pod uwagę dość małą liczbę planów, skompilowaną procedurę ich wydawania oraz możliwości ich zmiany, OZE w postaci chociażby farm wiatrowych nie będą miały, bez zmiany prawa, większego znaczenia dla rynku energii w Polsce. Powstaje w tym miejscu konflikt pomiędzy gospodarką przestrzenną a pozyskaniem, dość szybkim, energii¹⁸. Ma to tym większe znaczenie, jeżeli dołożymy do tego wpływ regulacji miejscowego planu na ochronę środowiska i klimatu¹⁹.

Dużą rolę w procesie lokalizacji OZE odgrywa jedna z podstawowych zasad planowania przestrzennego – partycypacji społecznej i konsultacji społecznych²⁰. Udział lokalnej społeczności oraz organizacji jest jednym z gwarantów doboru takiej lokalizacji farm wiatrowych, aby w jak najmniejszym stopniu ingerowały w aktualny krajobraz. Wadą niewątpliwą jest jakość tych konsultacji, sposób ich przeprowadzania, a przede wszystkim ich niewiążący dla organów gminy charakter. Nawet silny sprzeciw społeczny nie może zatrzymać lokalizacji OZE w drodze uchwalenie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, o ile organy gminy będą miały taką wolę. Późniejsze dochodzenie nieważności uchwały dotyczącej planu jest czynnością długotrwałą i wymaga postępowania sądowego.

¹⁷ Podobne rozstrzygnięcia por. w wyrokach: Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 17 sierpnia 2021 r., II SA/Bd 392/21; Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 16 czerwca 2021 r., II SA/Sz 42/21; Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 12 maja 2021 r., II SA/Go 277/21; Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 marca 2018 r., II OSK 1300/16.

¹⁸ M. Bednarek-Szczepańska, *Energetyka wiatrowa jako przedmiot konfliktów lokalizacyjnych w Polsce*, „Polityka Energetyczna – Energy Policy Journal” 2016, t. 19, z. 1.

¹⁹ A. Lipiński, *Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jako instrument ochrony środowiska*, „Studia Iuridica Agraria” 2016, t. XIV, s. 233.

²⁰ J. Goździewicz-Biechońska, *Partycypacja społeczna w tworzeniu prawa na przykładzie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7–8, s. 32–42; Ł. Damurski, *Dyskusja (nie)publiczna. Problem dostępności dokumentów planistycznych na poziomie gminy*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 4, s. 38–50.

Problem konsultacji miejscowych planów jest tym trudniejszy na obszarach wiejskich, gdzie określenie konsekwencji budowy farm wiatrowych nie jest jednoznaczne. Poza tym zachęcenie lokalnej społeczności do udziału w pracach nad miejscowym planem wymaga nadzwyczajnych działań promocyjnych ze strony gminy. Te ostatnie zazwyczaj ograniczają się do wywieszenia obwieszczeń oraz udostępnienia informacji na stronie Biuletynu Informacji Publicznej (BIP).

Kolejną z zasad planowania przestrzennego, którą może naruszyć lokalizowanie farm wiatrowych, jest ład przestrzenny. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 1 u.p.z.p. za ład przestrzenny należy uznać „takie ukształtowanie przestrzeni, które tworzy harmonijną całość oraz uwzględnia w uporządkowanych relacjach wszelkie uwarunkowania i wymagania funkcjonalne, społeczno-gospodarcze, środowiskowe, kulturowe oraz kompozycyjno-estetyczne”. Powstaje dość zasadnicze pytanie, czy lokalizowanie dziesiątek, a być może w niedługim czasie setek wiatraków nie zburzy ładu przestrzennego.

Ład przestrzenny jest koncepcją dość subiektywnej oceny gospodarki przestrzennej. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 22 listopada 2012 r., II SA/Sz 398/12, „odbior estetyczny jest cechą wybitnie subiektywną, a same zaburzenia poczucia estetyki w ogóle nie podlegają ochronie prawnej przez przepisy prawa materialnego”²¹. Farmy wiatrowe już obecnie są częścią krajobrazu Polski. Rozważenia wymaga jednak, czy można je lokalizować wszędzie tam, gdzie jest taka wola właściciela nieruchomości. Jeżeli tak, to za chwilę może okazać się, że krajobraz Mazur, Tatr, Bałtyku, Mazowsza i wielu innych miejsc będzie zagospodarowany właśnie wiatrakami. Dobrowolnej lokalizacji tego typu inwestycji należy wyrazić stanowczy sprzeciw. Powinny one być sytuowane jedynie tam, gdzie wyrządzi to najmniej szkód w krajobrazie i będzie jak najmniej szkodliwe dla środowiska²². Jednocześnie obserwacja podobnych regulacji w innych krajach wskazuje na ich dość liberalny charakter²³.

Lokalizowanie farm wiatrowych to także analiza związana z realizacją zasady zrównoważonego rozwoju. Szczególnie jest ona dostrzegana na obszarach wiejskich i terenach cennych przyrodniczo. Rozwój energetyczny państwa nie powinien w tym zakresie szkodzić prowadzonej działalności rolniczej i wpisywać się w ogólnoeuropejską politykę ochrony klimatu i środowiska.

W tym duchu uchwalono w 2016 r. wspomnianą już powyżej ustawę o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Wprowadza ona tzw. zasadę

²¹ LEX nr 1582404

²² B. Bożętka, *Pozyskiwanie energii wietrznej a zmiany krajobrazu. Konsekwencje dla funkcji rekreacyjnej*, (w:) A. Richling (red.), *Krajobraz rekreacyjny – kształtowanie, wykorzystanie, transformacja*, t. 27, Warszawa–Biała Podlaska 2011.

²³ P. Sudra, Z. Bida-Wawryniuk, *Uwarunkowania planistyczno-prawne lokalizacji elektrowni wiatrowych w Polsce i innych krajach europejskich*, „Człowiek i Środowisko” 2018, nr 41(2).

odległościową²⁴, która *de facto* zahamowała proces lokowania farm wiatrowych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 tej ustawy odległość, w której mogą być lokalizowane i budowane: elektrownia wiatrowa – od budynku mieszkalnego albo budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, oraz budynek mieszkalny albo budynek o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa – od elektrowni wiatrowej – jest równa lub większa od dziesięciokrotności wysokości elektrowni wiatrowej mierzonej od poziomu gruntu do najwyższego punktu budowli, wliczając elementy techniczne, w szczególności wirnik wraz z łopatomy (całkowita wysokość elektrowni wiatrowej). Zasada ta w obiegu prawnym została nazwana zasadą 10H.

Po jej wprowadzeniu problemem okazało się znalezienie nieruchomości, które spełniałyby opisany wymóg odległościowy, a jednocześnie byłyby zdadne, np. ze względu na kierunki wiatru, do ekonomicznej decyzji o budowie farmy wiatrowej. Niewątpliwie wprowadzenie tej regulacji zachowało ład przestrzenny polegający na uniemożliwieniu lokalizowania wiatraków. Z pewnością takie podejście zachowa istniejący krajobraz, bez ingerowania poprzez dość potężne inwestycje, które w dużej części obszarów wiejskich stają się dominantą.

Problemem może okazać się jednak zagospodarowanie nieruchomości sąsiadujących już po wybudowaniu farmy wiatrowej. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (II OSK 1503/18) stwierdzono, że „w razie zrealizowania elektrowni wiatrowej, osoba chcąca wznieść budynek mieszkalny albo o funkcji mieszkalnej będzie musiała brać pod uwagę odległości uregulowane w art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy, który tym samym może skutkować ograniczeniem możliwości zagospodarowania nieruchomości i powinien być brany pod uwagę przy ustalaniu kręgu stron. Dotyczy to również stron postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji o pozwoleniu na budowę elektrowni wiatrowej wydanej przed wejściem w życie ustawy z 2016 r.”²⁵. Należy dodać, że ustawa odległościowa z jednej strony chroni ład przestrzenny, uniemożliwiając posadowienie farm wiatrowych zbyt blisko zabudowań, a z drugiej strony uniemożliwia rozwój inwestycji OZE. Zasada ta najbardziej jaskrawo objawia się na obszarach wiejskich niezabudowanych, gdzie jest możliwe spełnienie odległości 10H. Jednocześnie takie unormowanie uniemożliwia inny rozwój tych nieruchomości niż farma wiatrowa lub ograniczona tradycyjna działalność rolnicza. Poza zaburzeniem ładu

²⁴ M. Przybylska, *Zasada odległościowa w procesie inwestycyjnym elektrowni wiatrowej i zabudowy mieszkaniowej a działania organów samorządowych*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 4, s. 100–113.

²⁵ Por. także wyroki: Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 stycznia 2020 r., II OSK 682/18; Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 stycznia 2020 r., II OSK 854/18; Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 3 sierpnia 2021 r., II SA/OI 343/21; Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 27 kwietnia 2021 r., II SA/OI 102/21; Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 stycznia 2020 r., II OSK 604/18.

przestrzennego tego typu przepisy oddziałują na wartość nieruchomości, istotnie ją zmniejszając, z punktu widzenia przydatności rolniczej.

Jak podkreśla się w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (II OSK 926/17) „celem zasady zachowania minimalnej odległości uregulowanej w art. 4 ustawy z 2016 r. o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych jest zapewnienie, aby elektrownia wiatrowa nie stwarzała zagrożenia w postaci negatywnego oddziaływania na budynek mieszkalny, budynek o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, formy ochrony przyrody i leśne kompleksy promocyjne. Dotyczy to w szczególności emisji powodowanej przez instalację, jaką jest elektrownia wiatrowa. Zasada odległościowa ma zasadniczo zapobiec takim problemom, jak zajmowanie przez elektrownie wiatrowe gruntów najlepszych klas bonitacyjnych, sytuowanie ich zbyt blisko zabudowań i w związku z tym niedostatecznego uwzględniania wpływu »wiatraków« na zdrowie mieszkańców oraz ich negatywnego wpływu na krajobraz». W cytowanym orzeczeniu należałoby jeszcze dodać oddziaływanie na klimat i środowisko, w tym przelatujące ptaki. Zastosowanie zasady 10H w połączeniu ze znalezieniem gruntów o najniższych wartościach bonitacyjnych okazuje się w praktyce niemożliwe do realizacji. Stąd też toczona jest w przestrzeni publicznej debata o zmianie regulacji dotyczących umiejscawiania farm wiatrowych, a co za tym idzie, liberalizacji przepisów.

Do samej zasady odległościowej dochodzą także dość skomplikowane kwestie opodatkowania funkcjonowania farm wiatrowych²⁶, a także utylizacji zużytych wiatraków i ich części. Polski ustawodawca wydaje się milczeć w zakresie odpowiedzi na pytanie, co zrobić z wiatrakiem, kiedy okres jego użyteczności minie. Nie ma kompleksowych regulacji dotyczących tego, jak będą one składowane czy też poddawane recyklingowi.

Obserwując konieczność zmian ustawy z 2016 r., rząd, który wprowadził tę ustawę, po sześciu latach proponuje jej istotną nowelizację²⁷. W uzasadnieniu do projektowanych zmian napisano, że „celem projektu ustawy o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych oraz niektórych innych ustaw jest wprowadzenie zmian w zasadach lokalizowania inwestycji w zakresie lądowych elektrowni wiatrowych w gminach, które wyrażają wolę lokowania takiej infrastruktury oraz »odblokowanie« rozwoju budownictwa mieszkalnego w sąsiedztwie tych elektrowni przy zachowaniu maksymalnego bezpieczeństwa ich eksploatacji i zapewnieniu pełnej informacji o planowanej inwestycji

²⁶ A. Żmijewska, *Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych a opodatkowanie elektrowni wiatrowych podatkiem od nieruchomości*, „Toruński Rocznik Podatkowy” 2018, s. 3.

²⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 29 kwietnia 2021 r., nr UD207, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12346353/12785203/12785204/dokument501495.pdf> (dostęp: 28.08.2022 r.).

dla mieszkańców okolicznych terenów”²⁸. Oczywiście jest, że umożliwienie zabudowy terenów wokół elektrowni umożliwi także lokowanie tychże na terenach zabudowanych.

W rządowym projekcie pozostawiono lokalizowanie farm wiatrowych na podstawie planu miejscowego, a także zasadę 10H. Projekt zmienionego art. 4 ust. 1 określa, że „w przypadku lokalizowania, budowy lub przebudowy elektrowni wiatrowej odległość tej elektrowni od budynku mieszkalnego albo budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, jest równa lub większa od dziesięciokrotności całkowitej wysokości elektrowni wiatrowej”. Jednocześnie w kolejnych przepisach przewidziano wyjątki, które w założeniu mają uelastyczniać procedurę budowy wiatraków.

W projektowanym art. 4 ust. 2 wprowadzono możliwość, iż to „plan miejscowy może określać inną, niż określona w ust. 1, odległość elektrowni wiatrowej od budynku mieszkalnego albo budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, większą niż zasięg oddziaływań elektrowni wiatrowej wynikający z prognozy, jednak nie mniejszą niż 500 metrów”. Zasada ta obiegowo została nazwana zasadą 500 m. Umożliwia to lokowanie elektrowni wiatrowych w bliskim oddaleniu od zabudowań. Pozostawiono jednocześnie możliwość takich zmian w planach miejscowych, co włącza w planowanie inwestycji OZE wszystkie wskazane zasady planistyczne. Już dziś istnieje wiele gmin, które czekają na uchwalenie tej nowelizacji, aby przystąpić do zmiany planów i rozpocząć budowę farm wiatrowych. Jednocześnie ustawodawca przesuwa w czasie wprowadzenie tej nowelizacji, a także toczy się dość ożywiona debata na temat zwiększenia odległości 500 m²⁹.

Projektowana nowelizacja zakłada także wzmocnienie zasady konsultacji społecznych poprzez dodanie nowego rozdziału 2a do ustawy pt. „Konsultacje publiczne projektu planu miejscowego, w którym przewiduje się granice terenów pod budowę elektrowni wiatrowych”. Jest to dość specyficzny tryb konsultacji uregulowany w procedurze uchwalania miejscowego planu zagospodarowania

²⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12346353/12785203/12785204/dokument501497.pdf> (dostęp: 28.08.2022 r.).

²⁹ Zgodnie z art. 4 ust. 3 projektowanej nowelizacji: „W przypadku lokalizowania lub budowy budynku mieszkalnego albo budynku o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, na podstawie decyzji WZ, odległość tego budynku od elektrowni wiatrowej jest nie mniejsza niż wynikająca z oceny oddziaływania na środowisko, przeprowadzonej dla elektrowni wiatrowej, jeżeli taka ocena została przeprowadzona, jednak nie mniejsza niż 500 metrów od elektrowni wiatrowej. Jeżeli budynek mieszkalny albo budynek o funkcji mieszanej, w skład której wchodzi funkcja mieszkaniowa, jest lokalizowany na podstawie planu miejscowego, plan ten może ustanowić odległość tego budynku od elektrowni wiatrowej większą niż zasięg oddziaływań elektrowni wiatrowej wynikający z prognozy oraz nie mniejszą niż wynikająca z oceny oddziaływania na środowisko, przeprowadzonej dla elektrowni wiatrowej – jeżeli taka prognoza lub ocena została przeprowadzona – jednak nie mniejszą niż 500 metrów”.

przestrzennego. Powinien on się przyczynić do wzmocnienia zasady udziału społeczeństwa w procesach planistycznych, w tym informowania go o lokalizowaniu elektrowni wiatrowych.

Jednocześnie w projektowanej ustawie wprowadza się obszerny rozdział 2b dotyczący zasad bezpiecznej eksploatacji elementów technicznych elektrowni wiatrowej. W założeniach ma on unormować funkcjonowanie elektrowni i być wentylem bezpieczeństwa, który uspokoi mieszkańców przed negatywnymi efektami działania elektrowni w zakresie warunków technicznych.

W projektowanych przepisach brakuje jasnych regulacji w zakresie odszkodowawczym związanym ze zmniejszeniem wartości nieruchomości w związku z budową elektrowni wiatrowej, a także odszkodowań wynikłych z samego funkcjonowania tych elektrowni. Z uwagi, że nadal kluczową rolę odgrywa w tej procedurze miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, można się spodziewać, że znajdą tutaj zastosowanie przepisy ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym.

Przedstawiona problematyka planowania przestrzennego w zakresie lokalizacji odnawialnych źródeł energii w świetle zasad planowania przestrzennego pokazuje dość chaotyczny obraz wielokrotnych zmian legislacyjnych, które są bardziej podyktowane potrzebami energetycznymi państwa niż rzeczywistą wizją rozwoju OZE w Polsce. Przykład farm wiatrowych i ich usytuowania względem zabudowań oraz oddziaływania na prawo własności pokazuje, że aktualne regulacje właściwie wykluczają powstawanie nowych farm wiatrowych³⁰.

Pierwszym ważnym zagadnieniem jest odpowiedź na pytanie, czy lokalizowanie OZE powinno odbywać się na podstawie miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego, czy też innych aktów planistycznych. Istnieje wiele przesłanek, które należy podzielić, że rozwiązanie obecnie przyjęte jest słuszne. Tylko poprawnie uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest w stanie zagwarantować przestrzeganie zasady ładu przestrzennego czy zrównoważonego rozwoju. Staje się on gwarantem bezpieczeństwa nie tylko prawa własności nieruchomości, lecz także ochrony klimatu czy też ochrony krajobrazu.

Jednocześnie ten sam plan miejscowy, poprzez przyjęte rozwiązania ustawowe, jak chociażby omawiana odległość wiatraka od zabudowań, może być hamulcem w rozwoju OZE. Nie tylko przed polskim ustawodawcą, ale także gospodarką staje dość katastrofalny wybór pomiędzy „zieloną”, „czystą” energią a lokalizowaniem farm wiatrowych, właściwe bez żadnej logiki i określenia długofalowych konsekwencji dla gospodarki przestrzennej. Wybór ten jest tym trudniejszy, im bardziej OZE zyskują na znaczeniu w bilansie energetycznym. Konflikt interesów,

³⁰ A. Fogel, *Wyznaczanie w studium uwarunkowań i planie miejscowym lokalizacji urządzeń wytwarzających energię z odnawialnych źródeł energii*, (w:) W. Federczyk, A. Kosieradzka-Federczyk (red.), *Prawo ochrony środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2015.

jaki tutaj się rysuje, dotyczy nie tylko prawa prywatnego (ochrony własności³¹), ale przede wszystkim zderzenia wartości publicznoprawnych³² (bezpieczeństwa energetycznego, ładu przestrzennego, ochrony klimatu)³³. Dlatego już dziś trzeba rozpocząć dyskusję nad poszukiwaniem takich miejsc do lokalizacji farm wiatrowych, aby w jak najmniejszym stopniu naruszały one zasady planowania przestrzennego, w tym przede wszystkim zasadę ładu przestrzennego. Określenie takich miejsc nie będzie łatwe, uwzględniając uwarunkowania klimatyczne i najlepsze efekty energetyczne posadowienia farm wiatrowych.

W obecnej sytuacji geopolitycznej i gospodarczej nie budzi większych wątpliwości, że zwiększanie udziału OZE w zapotrzebowaniu na energię jest koniecznością. Problemem jest pogodzenie rozwoju obszarów wiejskich, lokalizowania miejsc zamieszkania czy prowadzenia działalności rolniczej z funkcjonowaniem farm wiatrowych czy fotowoltaicznych. Podjęte prace legislacyjne nie mogą opierać jedynie wyznacznikiem odległości od miejsca zamieszkania. Powinny one uwzględniać specyfikę danego regionu, jego wartość przyrodniczą w zachowaniu bioróżnorodności. Znalezienie rozwiązań satysfakcjonujących wszystkich będzie wymagało współpracy specjalistów z wielu dziedzin, nie tylko prawników.

REFERENCES

- Bednarek-Szczepańska M., *Energetyka wiatrowa jako przedmiot konfliktów lokalizacyjnych w Polsce*, „Polityka Energetyczna – Energy Policy Journal” 2016, t. 19, z. 1
- Bożętka B., *Pozyskiwanie energii wietrznej a zmiany krajobrazu. Konsekwencje dla funkcji rekreacyjnej*, (w:) A. Richling (red.), *Krajobraz rekreacyjny – kształtowanie, wykorzystanie, transformacja*, t. 27, Warszawa–Biała Podlaska 2011
- Budzikowski M., *Ograniczenia praw podmiotowych właściciela nieruchomości rolnej w prawie administracyjnym*, „Studia Iuridica” 2014, t. LVIII
- Chról K., Szyrski M., *Próba modelowania zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego w zakresie wspierania rozwoju odnawialnych źródeł energii (OZE)*, „Samorząd Terytorialny” 2021, nr 7–8
- Cylwik A., *Analiza ekonomiczna skutków wprowadzenia postanowień tzw. ustawy odległościowej oraz korzyści z planowanej zmiany regulacji dotyczących rozwoju lądowej energetyki wiatrowej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2021, nr 2(10)

³¹ Z. Czarnik, *Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jako podstawa wykonywania własności nieruchomości*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2006, nr 2; H. Izdebski, *Prawo własności w planowaniu zagospodarowania przestrzeni*, (w:) I. Zachariasz (red.), *Kierunki reformy planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2012.

³² A. Heym, *Öffentlichkeitsbeteiligung im Naturschutzrecht*, Kolonia 2014.

³³ H. Groszyk, A. Korybski, *Konflikt interesów i prawo*, Warszawa 1990.

- Czarnik Z., *Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jako podstawa wykonywania własności nieruchomości*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2006, nr 2
- Damurski Ł., *Dyskusja (nie)publiczna. Problem dostępności dokumentów planistycznych na poziomie gminy*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 4
- Fogel A., *Wyznaczanie w studium uwarunkowań i planie miejscowym lokalizacji urządzeń wytwarzających energię z odnawialnych źródeł energii*, (w:) W. Federczyk, A. Kosieradzka-Federczyk (red.), *Prawo ochrony środowiska w procesie inwestycyjno-budowlanym*, Warszawa 2015
- Goździewicz-Biechońska J., *Planowanie przestrzenne wobec współczesnych tendencji rozwoju obszarów wiejskich*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2015, nr 2
- Goździewicz-Biechońska J., *Partycypacja społeczna w tworzeniu prawa na przykładzie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, „Samorząd Terytorialny” 2008, nr 7–8
- Groszyk H., Korybski A., *Konflikt interesów i prawo*, Warszawa 1990
- Heym A., *Öffentlichkeitsbeteiligung im Naturschutzrecht*, Kolonia 2014
- Izdebski H., *Prawo własności w planowaniu zagospodarowania przestrzeni*, (w:) I. Zachariasz (red.), *Kierunki reformy planowania i zagospodarowania przestrzennego*, Warszawa 2012
- Jeżyńska B., *Proekologiczne instrumenty wsparcia zrównoważonego rozwoju obszarów Wiejskich*, „Studia Iuridica Agraria” 2012, t. X
- Lipiński A., *Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jako instrument ochrony środowiska*, „Studia Iuridica Agraria” 2016, t. XIV
- Makowski M., *Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych. Komentarz*, Gdańsk 2018
- Marciniuk K., *Pojęcie nieruchomości rolnej jako przedmiotu reglamentacji obrotu własnościowego*, „Studia Iuridica Lubliniensia” 2017, t. XXVI
- Nawrot F., *Budowa instalacji odnawialnych źródeł energii a planowanie przestrzenne*, „Prawne Problemy Górnictwa i Ochrony Środowiska” 2017, nr 1
- Niedziela J., *Lokalizacja instalacji odnawialnych źródeł energii – aspekty prawne*, „Studia Iuridica” 2020, t. LXXXVI
- Niewiadomski A., *Rola aktów planistycznych w obrocie nieruchomościami rolnymi*, (w:) D. Łobos-Kotowska, P. Gała, M. Stańko (red.), *Współczesne problemy prawa rolnego i cywilnego. Księga jubileuszowa Profesor Teresy Kurowskiej*, Warszawa 2018
- Przybylska M., *Zasada odległościowa w procesie inwestycyjnym elektrowni wiatrowej i zabudowy mieszkaniowej a działania organów samorządowych*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 4
- Przybylska M., *Prawne uwarunkowania lokalizacji elektrowni wiatrowych – uwagi de lege lata po wejściu w życie ustawy o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych*, „Samorząd Terytorialny” 2017, nr 11
- Suchoń A., *Wpływ miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego na prawne formy dysponowania nieruchomościami rolnymi*, „Studia Iuridica Agraria” 2016, t. XIV
- Sudra P., Bida-Wawryniuk Z., *Uwarunkowania planistyczno-prawne lokalizacji elektrowni wiatrowych w Polsce i innych krajach europejskich*, „Człowiek i Środowisko” 2018, nr 41(2)

- Szyrski M., *Rola samorządu terytorialnego w rozwoju odnawialnych źródeł energii (OZE). Analiza administracyjnoprawna*, Warszawa 2017
- Truskiewicz Z., *Wpływ planowania przestrzennego na pojęcie nieruchomości rolnej w rozumieniu Kodeksu cywilnego*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2007, t. VI
- Wierzbowski B., *Aspekty przestrzenne kształtowania ustroju rolnego*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2016, t. XIV
- Żmijewska A., *Ustawa o inwestycjach w zakresie elektrowni wiatrowych a opodatkowanie elektrowni wiatrowych podatkiem od nieruchomości*, „*Toruński Rocznik Podatkowy*” 2018

Magdalena Ossowska

University of Warsaw, Poland

e-mail: m.ossowska@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0001-7255-2590

ABANDONMENT OF A THING: THE LEGAL CONSTRUCTION AND THE POSSIBILITY TO EXERCISE THIS RIGHT IN POLISH LAW¹

Abstract

The article is intended to show, using the examples from Polish law, how strongly the owner's right to abandon a thing is limited. First of all, the legal structure of the abandonment and its current, very universal legal form are presented. Next, some categories of things that cannot be abandoned in Polish law are distinguished, and further examples of relevant private and public law regulations are provided. Finally, the conclusion is drawn that, despite the granted right to abandon a thing, it is usually not problematic to abandon only completely safe things of low economic value.

KEYWORDS

abandonment of a thing, property law, *ius dereliquendi*, dereliction, Polish civil law, ownership

¹ This work is financed from the budgetary funds for science for the years 2019-2023, as a research project within the Diamond Grant programme (0103/DIA/2019/48).

SŁOWA KLUCZOWE

porzucenie rzeczy, prawo rzeczowe, *ius dereliquendi*, zaniedbanie, polskie prawo cywilne, własność

1. INTRODUCTION

The modern world is accustomed to the immediate realization of its material needs and this is by no means a feature of the 21st century. The progressive development of consumerism has been observed for at least several centuries². This statement, however, is not meant to be just a bitter remark about the present day. The observed phenomena in the social and economic areas related to the production and distribution of goods (conceived in the broadest sense) have a concrete impact on the problem of abandonment addressed in this article. The easiness of purchasing goods, their wide availability, as well as a high level of economic development and prosperity intensify the tendency for people to get rid of the ownership of unnecessary things and buy new ones immediately. The quickest way to achieve such a result seems to be the simple act of abandonment of a thing, which has far-reaching consequences in the sphere of property-law relations: as the ownership is completely abolished, the thing becomes ownerless (*res nullius*) and can be acquired.

We are aware of this last effect even without legal education – after all, we abandon the thing because we no longer want to be the owner; we want to abolish the bond between us and the thing. As practice shows, this is not always easy, and sometimes it is even prohibited. On the one hand, the possibility of abandoning a thing itself is blocked, and on the other, the possibility of appropriation of an ownerless thing is hindered. Contemporary abandonment, although instinctive and seemingly not juridically complicated, by its effect of abolishing property raises many practical challenges. The actual possibility of exercising this right is therefore effectively blocked by legal regulations, especially in the field of public law.

This article is intended to show, using examples from Polish law, how strongly the owner's right to abandon a thing is limited. First of all, the legal structure of the abandonment and its current, very universal legal form will be presented. Next, I will distinguish some categories of things that cannot be abandoned in Polish law, and will provide further examples of relevant private and public law regulations. This will lead me to the conclusion that, despite the granted right

² More on this subject see F. Trentmann, *Empire of Things. How We Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*, 2016.

to abandon a thing, we usually do not have a problem with abandoning only the completely safe things of low economic value.

2. LEGAL CONSTRUCTION OF THE ABANDONMENT IN POLISH LAW

The right to abandon a thing (*ius dereliquendi*) is one of many attributes of the right of ownership defined positively, i.e. by listing the individual rights the owner has over the item³. According to Art. 180 of the Polish Civil Code⁴, the owner of a movable thing may divest himself of its ownership by abandoning a thing with this intention. The legal construction of abandonment, which has been known since Roman times⁵, presupposes the simultaneous existence of two elements: the objective one, which is the actual disposal of possession of a thing, and the subjective one (*animus dereliquendi*), which is the intention to get rid of that thing. Then the thing is effectively abandoned and becomes *res nullius*, i.e. an ownerless thing⁶. In turn, the lack of any of the above-mentioned elements will result in ineffective abandonment. It is worth noting that the Civil Code does not impose any further restrictions on the manner of abandonment or the place where an item can be abandoned.

Under Polish civil law, the abandonment of a thing is generally considered by the whole doctrine to be a unilateral, dispositive legal act of a real nature. Therefore, effective performance of a legal act of abandonment is also connected with the necessity to take into account the general provisions of civil law, e.g. in terms of the entity's capacity to perform legal acts or defects in the declaration of intent⁷. What is important, the expression of the intention to abandon a thing can be done implicitly, e.g. by leaving the item in a place indicating that the owner renounces ownership, e.g. near a dumpster⁸. Abandoning an item also requires the owner to give up his or her possession in a way that allows everyone to obtain

³ E.g. M. Orlicki, *Komentarz do Art. 140*, (in:) M. Gutowski (ed.), *Kodeks cywilny*. Vol. 1. *Komentarz do Art. 1–352*, LEX/el. 2018; T. Dybowski, *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, Warszawa 1969, p. 60 *et seq.*

⁴ Act of 23 April 1964 – Civil Code, “Journal of Laws” 2022, item 1360 with amendments.

⁵ S. Romano, *Studi sulla derelizione nel diritto romano. Con una “nota di lettura” di Lelio Lantella*, “Rivista di Diritto Romano” 2002, No. II.

⁶ P. Książak, *Rzeczy niczyje*, „Rejent” 2005, No. 4.

⁷ See e.g. J. Kępiński, *Komentarz do Art. 180*, (in:) M. Gutowski (ed.), *Kodeks cywilny*. Vol. 1. *Komentarz do Art. 1–352*, LEX/el. 2018; E. Gniewek, *Nabycie i utrata własności*, (in:) E. Gniewek (ed.), *Prawo rzeczowe*. Vol. 3. *System prawa prywatnego*, Legalis 2013. However, these circumstances apply universally to all legal acts, so I will not focus on them in this article.

⁸ P. Książak, *Komentarz do Art. 180*, (in:) K. Osajda (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2018.

it. Therefore, transfer of control over the object generally cannot be considered as abandonment⁹.

It should also be stressed that in very legal construction of abandonment, a certain stability and invariability can be discovered over the centuries – especially looking at other countries belonging to the European legal tradition, which duplicate the described two-element construction¹⁰. Polish law also regulates abandonment of a thing in such typical way. The main regulation, as befits the proprietary right, is contained in the Civil Code and is not extensive – currently consisting of only one provision of Art. 180. By virtue of this provision, the owner is allowed to abandon ownership of only the movable item. Thus, this provision makes a clear distinction between movable and immovable property, with the latter being excluded from abandonment. At this point, it is worth presenting why the Polish regulation is shaped in such a way.

3. ABANDONMENT OF IMMOVABLE PROPERTY IN POLISH LAW

The possibility of abandoning the immovable property has been known under Polish law at least since the times of the Second Republic of Poland¹¹. After World War II, Property Law of 1946 provided that every owner could renounce his or her ownership of immovable property in the form of a notarial deed (Art. 60). Then, such a property was granted to the State Treasury (acting in the civil-law sphere), which was responsible for obligations to the value of the immovable property¹². Later, in the early 1960s, it was decided that the legal act of renouncing the immovable property would require the consent of a public authority (presidium of the district/city national council)¹³. It should be mentioned that the mere necessity of obtaining consent may undermine the actual ability of the owner to exercise the right to abandon a thing, as this legal act is subject to the control of a third, usually public party.

The possibility of renouncing the immovable property was also limited to individual or personal property, excluding the possibility of renouncing e.g. coop-

⁹ See judgment of the Supreme Court of 19 May 1948, C I 235/48, PiP 1948/11/166.

¹⁰ Cf. e.g. § 959 of German Civil Code (BGB) or § 386 of Austrian Civil Code (ABGB).

¹¹ See Art. 61 of the project of Property Law from 1937, *Projekt prawa rzeczowego, uchwalony w pierwszym czytaniu przez Podkomisję Prawa Rzeczowego Komisji Kodyfikacyjnej*, book 1, Warszawa 1937.

¹² R. Szytk, *Zrzeczenie się własności nieruchomości*, „Rejent” 1999, No. 2, p. 60.

¹³ Later, it was the head of the district public administration body, and at the beginning of 1999 – a staroste. See J. M. Kondek, *Czy możliwe jest zrzeczenie się własności nieruchomości?*, „Studia Iuridica” 2010, No. 52, p. 86.

erative property¹⁴. At that time, there was a strong emphasis on the social dimension of ownership; immovable property was also understood as a piece of land, whose task is to fulfil certain socio-economic functions. Therefore, the idea of recognizing the immovable property as ownerless was excluded *a priori* – without the owner, such land could not be used according to its inherent purposes¹⁵. Such approach was also reflected in the regulation of Art. 179 of the Civil Code of 1964, regarding the renunciation of the ownership of immovable property.

In accordance with the cited provision in its latest version¹⁶, the owner of an immovable property may have divested himself of its ownership by renouncing it. The renunciation required a form of a notarial deed. The immovable property which the owner relinquished, was becoming the property of the municipality within the area of which the property was located, unless separate regulations provided otherwise. If this property was located in the territory of several municipalities, the immovable property became the property of the municipality where the major part of the property was located. The municipality was liable for the immovable property's encumbrances, limited to up to the value of the acquired property as at the moment of acquisition and at market prices at the moment of satisfaction of the creditor. Therefore, a return to the solution known from the Property Law of 1946 can be observed in this regard: the property could have been abandoned independent of anyone's consent and this activity was left to the discretion of the owner.

As it was indicated, the municipality had to bear the burden of taking care of the “unwanted” immovable property, often risking its financial condition. This has resulted in the challenge of the aforementioned provision of Art. 179 of the Civil Code to the Polish Constitutional Tribunal, which, by virtue of the judgment of 15 March 2005, file signature K 9/04¹⁷, removed from the Polish legal system the possibility to renounce the ownership of immovable property. The main idea behind the court's decision was to protect the municipalities from the excessive financial burden of maintenance of indebted or dangerous properties¹⁸. As a consequence, the protection of municipalities and their property integrity was placed higher than the owner's right to relinquish his ownership. The continuation of such an approach in Polish law may be, for example, the replacement of the legal institution of abandonment (regulated previously in Art. 179 of the Civil Code) with an agreement on the transfer of immovable property under Art. 902¹ and

¹⁴ R. Szytk, *op.cit.*, p. 61. This distinction made sense only in the times of socialism and it lost its meaning with the political transformation and subsequent changes in law.

¹⁵ *Ibidem*, p. 60; J. M. Kondek, *op.cit.*, p. 90 and Seweryn Szer's opinion quoted therein that “the state of existence of stray properties was contrary to the social character of the property”.

¹⁶ In the wording given by the amending act of 14 February 2003, “Journal of Laws” 2003, No. 49, item 408.

¹⁷ “Journal of Laws” 2005, No. 48, item 462.

¹⁸ See the justification to the judgment.

Art. 902² of the Civil Code. The latter institution belongs to the sphere of contract law and assumes that the involvement of the municipality or the State Treasury is necessary for effective conclusion of this agreement.

Although it is sometimes stated in legal doctrine that abandonment of the immovable property is possible under Polish law¹⁹, the practical feasibility of exercising this right should generally be questioned – especially bearing in mind the legal requirement of making the renunciation in the form of a notarial deed and the possible refusal of a notary to perform such notarial act²⁰.

To sum up, since the entry into force of the Constitutional Tribunal's judgment (K 9/04), the division between movable and immovable property has been clearly made. In relation to the latter, there is no effective abandonment *a priori*. Abandonment is therefore only possible in the case of movable things and this is the group I will focus on later in this article. Taking a closer look at this group, one will discover that there are also some other categories of things for which the possibility of abandonment is restricted under special provisions. According to the framework of the study, I will concentrate on two of them: waste and motor vehicles.

4. WASTE

An excellent, and at the same time perhaps the most instinctive example of an abandoned thing is waste. In Polish law, its main regulation is contained in the Act of 14 December 2012 on waste²¹, implementing the regulations of EU law in this area²². According to the statutory definition, waste is understood as any substance or object which the holder discards or intends to discard or is required to discard (Art. 3 para 1 point 6 of the "Waste Act"). In the scope of the analyzed subject, the situations covered by this first legal situation appears to be the most important, as the word "discards" will be synonymous with the word "abandons"²³. For further deliberations, also a definition of a waste possessor should be provided. He or she is, in accordance with the statutory definition (Art. 3 para 1 point 19 of the "Waste Act"), a waste producer or a natural person, legal person or organizational entity

¹⁹ See more on this topic: J. M. Kondek, *op.cit.*

²⁰ See Art. 81 of the Act of 14 February 1991 – Law on Notaries, "Journal of Laws" 2022, item 1799 with amendments.

²¹ "Journal of Laws" 2022, item 699 with amendments, the "Waste Act".

²² See J. Rudnicki, *Gdzie szukać rzeczy niczyich, czyli do czego służy kodeks cywilny*, „Forum Prawnicze” 2014, No. 25, p. 23.

²³ M. Matuszczak, *Prawo własności odpadów komunalnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, No. 5, p. 129.

not being legal person in possession of waste. The landowner is presumed to be the owner of the waste located on his or her property²⁴.

The “Waste Act” defines different categories of waste²⁵, which are often subject to separate provisions. It is impossible to refer to a complete regulation of waste within one study, so I will therefore focus on the general principles of waste management and their impact on the actual restrictions on abandonment of a thing in private law. Undoubtedly, at least part of the waste can be defined as a thing within the meaning of civil law²⁶.

The “Waste Act” is essentially administrative in its nature. It specifies measures to protect the environment, as well as human life and health, by preventing generation of waste and limiting its amount. These measures protect them also by limiting the negative impact of generation and management of waste, of the overall effects of resource use and by improving the efficiency of such use, in order to transition to a circular economy (Art. 1 of the “Waste Act”). The purpose of this regulation is therefore to define how waste is managed and what obligations are placed on the possessor of the waste. For example, this act introduces a hierarchy of waste management in Art. 17: first of all, everyone is obliged to prevent waste generation; when it is not possible, to prepare it for re-use, then recycle it or make it available for other recovery processes, and finally, neutralize it. Consequently, we are given a whole procedure for dealing with things that we do not want and that seemingly have no economic value. The possibility of free disposal of waste is also limited due to the category of waste and its harmfulness – which is intuitive, the more dangerous the waste is to people and the environment, the more specific obligations are imposed on its possessor. As an example, very harmful PCB waste (polychlorinated biphenyls) can be mentioned here²⁷.

The most natural restriction on the abandonment of waste is the ban on leaving it in places not intended for this purpose – generally, it can be said that everyone simply must not litter. This aspect is evident in many parts of the law – an example may be waste storage, the manner of which is determined by the chemical and physical properties of the waste, including the state of aggregation, and the danger it may cause²⁸. The storage of waste may also take place only in the area to which the possessor of the waste has a legal title (Art. 25 of the “Waste Act”). The possessor of waste is also obliged to immediately remove the waste from a place not intended for storing it (Art. 26 para 1 of the “Waste Act”). This all means that the freedom of choice of the place where waste is abandoned is significantly limited, obviously for understandable reasons – it is justified by protection

²⁴ This notion of waste possessor is completely incompatible with the notion of possessor as defined in the Civil Code. See J. Rudnicki, *op.cit.*, pp. 23–27.

²⁵ For example, municipal waste, medical waste, green waste, and waste from accidents.

²⁶ M. Matuszczak, *op.cit.*, p. 123.

²⁷ See Art. 85–89 of the “Waste Act”.

²⁸ See D. Danecka, W. Radecki, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, LEX/el. 2020.

of the environment, its basic components, or areas of particular cultural or natural significance²⁹.

A natural consequence of the fact that we are dealing with public law regulations in the scope of the “Waste Act” is the inevitability of sanctions for violation of statutory obligations. In the case of waste, the entire Section X of the “Waste Act” is devoted to this topic, indicating criminal regulations (e.g. violation of provisions concerning waste management is subject to arrest or fine – see Art. 171 of the “Waste Act”) and administrative fines, which may reach up to one million zlotys at a time (Art. 194 of the “Waste Act”).

The broadly understood littering – the abandonment of things that are waste in places not intended for this purpose – can also violate penal provisions situated in some other acts. In this regard, at least two groups of legal acts can be made. The first one consists of the provisions of the Code of Petty Offences³⁰: Art. 145 (“Whoever pollutes or litters railroad area or places accessible to the public, in particular the road, street, square, garden, lawn or greenery, shall be subject to fine of not less than 500 zlotys”), Art. 154 (“whoever throws stones, waste, scrap metal or carrion which are not waste, or other garbage into the field land, which does not belong to him, is liable to fine of not less than 500 zlotys”) or Art. 162 para 1 and 2 (“Whoever contaminates soil or water in the forest or throws stones, waste, scrap metal or carrion which are not waste, or other waste into the forest, or otherwise litters the forest, shall be liable to the penalty of limitation of liberty or fine of not less than 500 zlotys. If the perpetrator’s act involves burying, dumping, discharging into the ground in the forest or otherwise storing waste in the forest, the perpetrator shall be liable to arrest, penalty of limitation of liberty or fine of not less than 1000 zlotys”)³¹.

The second group is formed by the provisions of the Criminal Code³², relating to the protection of the environment. As an example, Art. 183 of the Criminal Code can be indicated, according to which “whoever, contrary to regulations, stores, removes, processes, collects, neutralizes, transports waste or substances or recovers waste or substances under such conditions or in such a way that it may endanger human life or health or cause a reduction in the quality of water, air or land surface or destruction in the plant or animal world, shall be subject to the penalty of deprivation of liberty for between 1 and 5 years”.

To conclude, also the criminal provisions significantly affect the owner’s right to abandon a movable thing that can be classified as waste (within the meaning of

²⁹ *Komentarz do Art. 16*, (in:) D. Danecka, W. Radecki, *op. cit.*

³⁰ Act of 20 May 1971 – Code of Petty Offences, “Journal of Laws” 2021, item 2008 with amendments.

³¹ In this case, exemplary damages can be imposed: up to an amount equal to the costs of soil remediation, water purification, extraction, excavation, removal from the forest, as well as destruction or neutralization of waste. See para 3 of the cited provision.

³² Act of 6 June 1997 – Criminal Code, “Journal of Laws” 2022, item 1138 with amendments.

the “Waste Act”). Despite the formal possibility of abandoning a thing in a civil-law sense, in the case of waste, we are not able to carry out this legal act without being exposed to criminal sanctions related to improper waste management or simple littering of public or another person’s space. Hence, the owner’s freedom to divest himself of the ownership of waste is not illimitable.

5. VEHICLES

An interesting example concerning restrictions on the abandonment of a movable thing may be the regulation contained in the Act of 20 June 1997 – the “Traffic Law”³³. Motor vehicles abandoned in public space can be particularly burdensome in larger cities, where they often block precious parking space or make it difficult to travel on public roads. As it turns out, a special kind of administrative procedure of removing the abandoned vehicle is imposed, making it difficult for the owner to achieve the effect of abandonment, which is to divest the ownership of property – despite the actual relinquishment of a possession combined with the expressed intention of abandonment³⁴.

According to Art. 50a para 1 of the “Traffic Law” Act, a vehicle³⁵ left without number plates or a vehicle whose condition indicates that it is not in use may be removed from the road by the municipal police or the Police at the expense of the owner or possessor. It is legally recognized that such vehicles may have been abandoned; as may be deduced, abandoned within the meaning of Art. 180 of the Civil Code. While the lack of number plates is a fact that is not subject to assessment, the condition indicating non-use of the vehicle is definitely a blurred criterion, subject to the judgment of the entities cooperating in the field of removing these vehicles³⁶.

Noteworthy is this specific solution, consisting in a certain “deferred” effect of abandoning the vehicle. After the removal of the vehicle on the basis of a written disposition (para 3 of the cited Regulation), the municipality immediately takes steps to determine the owner of the vehicle. The vehicle removed and not collected at the request of the municipality by an authorized person within six months from the date of removal is considered abandoned with the intention of

³³ “Journal of Laws” 2022, item 988 with amendments, the „Traffic Law” Act.

³⁴ See chapter II of this article.

³⁵ That is, in accordance with the wide statutory definition, a means of transport designed to move on the road and a machine or device adapted for that purpose (Art. 2, point 31).

³⁶ In accordance with para 2 of the Regulation of the Minister of the Interior and Administration of 22 June 2011 on the removal of vehicles left without number plates or whose condition indicates that they are not used (“Journal of Laws” 2011 No. 143, item 845), these entities include, among others, the Police, municipal police or road administrator.

disposal³⁷. The vehicle becomes the property of the municipality by law. The same effect occurs if the person authorized to collect the vehicle cannot be identified within the aforementioned six month period.

Thus, the “Traffic Law” Act interferes with the owner’s right to relinquish a movable thing. From the owner’s point of view, the possibility of execution of this right is effectively blocked – despite the actual relinquishment of the possession with the intention to abandon a thing, the main effect of abandonment does not occur, i.e. the ownership is not abolished and a thing does not become ownerless. The right of ownership remains with the owner for six months from the removal of the vehicle by the municipality (and it should be remembered that the order to remove the vehicle, obviously, cannot be issued immediately after the owner has got rid of the vehicle). What is more, even after six month period and granting by presumption that the vehicle was given up with the intention to abandon it, the vehicle becomes by law the property of municipality (which does not acquire it in the meaning of Art. 181 of the Civil Code). Thus, using the same wording as in Art. 180 of the Civil Code, a specific mode of transfer of the left (because not abandoned in the civil-law sense) vehicle is introduced. Such transfer must meet at least one of the two statutory criteria: the lack of number plates or a condition indicating non-use³⁸.

To summarize, the owner’s freedom to abandon a motor vehicle is strongly limited or even excluded – the owner cannot lead to a situation in which, by renouncing the possession of the vehicle in any place and expressing his or her intention to abandon it, he or she will allow another entity to acquire such movable thing³⁹. By excluding the automatic abolition of the ownership in the event of abandonment, the maintenance of order on public roads is ensured and the “littering” of urban space with non-used vehicles is prevented⁴⁰.

6. CONCLUSIONS

The complication of social relations inevitably led to the complexity of the law itself. In the sphere of property law, in the face of growing problems with waste, out of concern for ecology and proper economy, the individualistic right of the owner to do whatever he or she wants with the thing is being consecutively

³⁷ This provision shall not apply if the vehicle was not collected for reasons beyond the control of the authorized person. See Art. 50a, para 3 of the “Traffic Law” Act.

³⁸ P. Księżak, *Komentarz...*

³⁹ See judgment of the District Court in Toruń of 21 March 2012, VI Ga 47/12, Legalis, where the court considers the problem of abandoning the car, e.g. in a parking lot.

⁴⁰ See the statutory delegation to issue the regulation from Art. 50a of the “Traffic Law” Act.

limited with different legal acts. It seems that existing regulations in Polish law have such far-reaching effects in the sphere of the owner's entitlement to abandon a thing that they often make this legal act either invalid (as in the case of abandonment of immovable property), or by allowing for a civil-law effect, they expose the owner to a penal sanction (*lex minus quam perfecta*, as in the case of waste).

Consequently, in the case of abandonment, the social aspect of the property is exposed, as well as the obligations that rest with the owner to the community⁴¹. However, this is not highlighted for every type of thing – particular “interest” is attracted to things of high economic value or those that may pose a threat to people and the environment. Without denying the rationale behind described limitations, they surely exist and weaken the actual significance of the juridical construction of the abandonment (in the meaning of Art. 180 of the Civil Code) for the whole conglomerate of rights granted to the owner of a particular thing. Within the scope of discussed right, it looks as if the owner's individualistic attitude towards the ownership would be changing: in order to increase the responsibility for objects that belong to us, to make us conscious of the consequences of abandonment, to raise awareness of environmental issues and to protect the safety and interests of not only our own but also third parties. All these considerations reflect certain values that – in the case of abandonment – are aimed to be protected by our legal system.

REFERENCES

- Danecka D., Radecki W., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, LEX/el. 2020
- Dybowski T., *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym (rei vindicatio – actio negatoria)*, Warszawa 1969
- Gniewek E., *Nabywanie i utrata własności*, (in:) E. Gniewek (ed.), *Prawo rzeczowe*. Vol. 3. *System prawa prywatnego*, Legalis 2013
- Jarosz-Żukowska S., *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003
- Kępiński J., *Komentarz do Art. 180*, (in:) M. Gutowski (ed.), *Kodeks cywilny*. Vol. 1. *Komentarz do Art. 1–352*, LEX/el. 2018
- Kondek J. M., *Czy możliwe jest zrzeczenie się własności nieruchomości?*, „*Studia Iuridica*” 2010, Vol. 52
- Księżak P., *Komentarz do Art. 180*, (in:) K. Osajda (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2018
- Księżak P., *Rzeczy niczyje*, „*Rejent*” 2005, No. 4
- Matuszczak M., *Prawo własności odpadów komunalnych*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 2014, No. 5

⁴¹ More remarks on this topic in the Polish literature, e.g. *Ograniczenia dotyczące treści i zakresu ochrony prawa własności. Funkcja socjalna własności*, (in:) S. Jarosz-Żukowska (ed.), *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003.

Orlicki M., *Komentarz do Art. 140*, (in:) M. Gutowski (ed.), *Kodeks cywilny*. Vol. 1. *Komentarz do Art. 1–352*, LEX/el. 2018

Projekt prawa rzeczowego, uchwalony w pierwszym czytaniu przez Podkomisję Prawa Rzeczowego Komisji Kodyfikacyjnej, book 1, Warszawa 1937

Romano S., *Studi sulla derelizione nel diritto romano. Con una “nota di lettura” di Lelio Lantella*, “*Rivista di Diritto Romano*” 2002, No. II

Rudnicki J., *Gdzie szukać rzeczy niczyich, czyli do czego służy kodeks cywilny*, „*Forum Prawnicze*” 2014, No. 25

Sztyk R., *Zrzeczenie się własności nieruchomości*, „*Rejent*” 1999, No. 2

Trentmann F., *Empire of Things. How We Became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*, 2016

LEGAL ACTS

Act of 23 April 1964 – Civil Code, “*Journal of Laws*” 2022, item 1360 with amendments

Act of 20 May 1971 – Code of Petty Offences, “*Journal of Laws*” 2021, item 2008 with amendments

Act of 14 February 1991 – Law on Notaries, “*Journal of Laws*” 2022, item 1799 with amendments

Act of 6 June 1997 – Criminal Code, “*Journal of Laws*” 2022, item 1138 with amendments

Act of 20 June 1997 – the “Traffic Law”, “*Journal of Laws*” 2022, item 988 with amendments

Act of 14 February 2003 on amending Civil Code and some other acts, “*Journal of Laws*” 2003, No. 49, item 408

Regulation of the Minister of the Interior and Administration of 22 June 2011 on the removal of vehicles left without number plates or whose condition indicates that they are not used, “*Journal of Laws*” 2011 No. 143, item 845

Act of 14 December 2012 on waste, “*Journal of Laws*” 2022, item 699 with amendments

Monika Piosik

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Polska

e-mail: mp64054@doktorant.sgh.waw.pl

ORCID: 0000-0003-2885-5927

Anna Białek-Jaworska

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: abialek@wne.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-4520-8916

Agnieszka Teterycz

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: agnieszka.teterycz1@gmail.com

ORCID: 0000-0002-4346-6746

PRAWO DO SKORZYSTANIA Z PREFERENCYJNEJ STAWKI PODATKOWEJ IP BOX NA PODSTAWIE AUTORSKIEGO PRAWA DO PROGRAMU KOMPUTEROWEGO¹

THE RIGHT TO DEDUCT PREFERENTIAL IP BOX TAX RATE UNDER A COPYRIGHTED COMPUTER PROGRAM

Abstract

Just as innovations contribute to building a competitive advantage, the level of intellectual property protection constitutes the international competitiveness of national

¹ Przedstawione w artykule badania zostały zrealizowane w ramach projektu finansowanego przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju nr GOSPOSTRATEG-VI/0029/2021-00 „Monitorowanie działalności innowacyjnej firm i ocena skutków regulacji jako wsparcie dla polityki gospodarczej”, akronim FIRMINREG.

economies and determines the market attractiveness for foreign direct investments. In this light, the paper analyses the impact of the amendment of February 13, 2020, to the Code of Civil Procedure Act and some other acts, introducing the so-called specific actions in cases related to intellectual property against the situation of innovators, including beneficiaries of the IP box relief, i.e. defence or preventive instruments in the event of a lawsuit or possible dispute. There is a risk of tax authorities questioning the legitimacy of the use of IP box based on qualified IP, i.e. copyright to a computer program. The potential dispute between the taxpayer and the tax authorities will primarily concern the resolution of what is a “computer program” under copyright law and the creative nature of the activity carried out by the taxpayer benefiting from the IP box relief. Effective from July 1, 2020, changes to the procedural proceedings in cases in the field of intellectual property introduced by the amendment to the Code of Civil Procedure protect the taxpayer’s interests using the IP box.

KEYWORDS

copyrights, computer program, IP box, litigation in the field of intellectual property

SŁOWA KLUCZOWE

prawa autorskie, program komputerowy, IP box, postępowanie sądowe z zakresu własności intelektualnej

1. WPROWADZENIE

Od czasu wprowadzenia w polskim prawie podatkowym preferencji IP box (2019 rok), szeroko rozumiana branża IT może czerpać istotne korzyści ekonomiczne z komercjalizacji wytworzonego, rozwiniętego lub ulepszonego w wyniku prowadzonej działalności badawczo-rozwojowej kwalifikowanego prawa własności intelektualnej, jakim jest autorskie prawo do programu komputerowego. Rozpoznanie korzyści majątkowych z komercjalizacji tego typu utworu może spowodować obniżenie opodatkowania osiągniętych w ten sposób dochodów do poziomu jedynie 5%. Stanowi to rekompensatę dla informatyków prowadzących działalność gospodarczą w ramach umów B2B, którzy nie mogą skorzystać z podwyższonych 50% kosztów uzyskania przychodów przysługujących wykonawcom dzieła (lub pracownikom) w przypadku przeniesienia praw autorskich na zlecającego wykonanie dzieła (lub pracodawcę)². Autorskie prawo

² Interpretacja indywidualna z dnia 27 stycznia 2020 r., nr 0115-KDWT.4011.19.2019.2.WM.

do programu komputerowego jest najpopularniejszym (z ośmiu dostępnych) kwalifikowanym prawem własności intelektualnej (dalej: IP), na podstawie którego podatnicy w Polsce korzystają z IP box. Nie zniechęca ich brak precyzyjnej definicji programu komputerowego w przepisach dotyczących prawa własności intelektualnej oraz ograniczonej (na gruncie prawa autorskiego) ochrony praw autorskich do programu komputerowego w Polsce.

Choć z jednej strony technologia internetowa pobudziła innowacje i zapewniła szeroki dostęp do informacji, to z drugiej strony powielanie i rozpowszechnianie w cyberprzestrzeni stały się tak łatwe, że procesy te niszczą rynek własności intelektualnej. W kwietniu 2004 r. Unia Europejska przyjęła dyrektywę 2004/48/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej³ w świetle zarzutów o „konflikt interesów” i zbyt silny wpływ amerykańskiego przemysłu rozrywkowego⁴. Dyrektywa 2004/48/WE spotkała się z powszechną krytyką ze strony różnych grup społecznych za wspieranie prywatnych interesów kosztem interesu publicznego poprzez nakładanie nakazów Mareva i Anton Piller, nawet w przypadku niekomercyjnych naruszeń prawa własności intelektualnej⁵. W Polsce dyrektywa 2004/48/WE została zaimplementowana dopiero w 2020 r., wprowadzając wyspecjalizowane sądownictwo jako instrument przeciwdziałający awersji przedsiębiorców do podejmowania ryzyka w branży IT, w tym gier komputerowych. Sprawy dotyczące własności intelektualnej zostały przesunięte z XXIII Wydziału Sądu Okręgowego w Warszawie, rozstrzygającego m.in. sprawy dotyczące unijnych znaków towarowych⁶ i wspólnotowych wzorów przemysłowych, do nowo powstałych wydziałów sądów okręgowych do spraw własności intelektualnej. Aby poprawić sprawność i szybkość postępowania w ramach dokonanej specjalizacji Wydział Sądu Okręgowego w Warszawie zajmuje się najbardziej skomplikowanymi sprawami, tj. własności intelektualnej programów komputerowych, wynalazków, wzorów użytkowych, topografii układów scalonych, odmian roślin oraz tajemnicy przedsiębiorstwa o charakterze technicznym.

Celem niniejszego artykułu jest przeanalizowanie aspektów materialno-prawnych i procesowych zmian w prawie własności intelektualnej w zakresie

³ Dz.Urz. UE L nr 157 z 2004 r., s. 45; dalej: dyrektywa 2004/48/WE.

⁴ S. M. Kierkegaard, *Taking a sledgehammer to crack the nut: the EU enforcement directive*, „Computer Law & Security Review” 2005, nr 21(6), s. 488–495.

⁵ P. Meller, *EU backs deal on copyright piracy*. *International Herald Tribune*, New York 2004.

⁶ W przypadku znaków towarowych istnieją wątpliwości w zakresie ochrony własności intelektualnej dotyczące zarówno graficznej przedstawialności jako przesłanki do zdolności ochronnej znaku towarowego (por. M. Ziółkowski, *Wymóg graficznej przedstawialności jako przesłanka zdolności ochronnej znaku towarowego w prawie unijnym – aktualne koncepcje oraz planowane zmiany*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, nr 19), jak i definicji znaku towarowego (por. K. Czub, *Nowa definicja znaku towarowego – czy zmiana legislacyjna była potrzebna?*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2021, nr 3).

autorskiego prawa do programu komputerowego. W artykule wskażemy, jak kształtuje się linia orzecznicza i stanowisko Krajowej Informacji Skarbowej (KIS) w zakresie prawa do skorzystania z IP box, zwracając uwagę na jej ograniczoną moc weryfikacyjną. Na podstawie przeprowadzonego badania empirycznego wykazemy ujemną zależność między preferencją IP box a korzystaniem z ochrony praw własności intelektualnej w branży gier komputerowych. Omówimy też, jak wprowadzenie nowelizacji z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw⁷ (obowiązującej od 30 lipca 2020 r.) ustanawiającej odrębną kategorię postępowania w sprawach z zakresu własności intelektualnej zmienia sytuację beneficjentów IP box.

2. IP BOX

W 2019 r. z możliwości obniżenia stawki podatkowej do 5% w ramach IP box skorzystało 1601 podatników PIT, którzy w wyniku tego zapłacili 18 mln zł podatku oraz 49 podatników CIT, którzy zapłacili 26 mln zł podatku⁸. O wzroście popularności preferencji IP box świadczy liczba wydawanych w tej sprawie indywidualnych interpretacji podatkowych. W 2019 r. wydano 207 interpretacji, w 2020 r. ich liczba wyniosła 2496, a do listopada 2021 r. było ich już 2947⁹. Treść interpretacji indywidualnych i znaczna przewaga podatników podatku dochodowego od osób fizycznych (PIT) wśród beneficjentów IP box świadczą o tym, że najczęściej z tej preferencji korzystają tzw. samozatrudnieni (pracujący na umowach B2B) w szerokokorozumianej branży IT¹⁰.

Częściowo wynika to z faktu, że informatykom prowadzącym działalność gospodarczą B2B nie przysługują podwyższone 50% koszty uzyskania przychodów od wynagrodzenia z tytułu rozporządzania prawami autorskimi do programu komputerowego lub korzystania z takich praw¹¹.

IP box jest to preferencja podatkowa polegająca na 5% opodatkowaniu dochodów osiąganych z komercjalizacji wymienionych w ustawie o podatku

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 288, z późn. zm.; dalej: nowelizacja z dnia 13 lutego 2020 r.

⁸ Ministerstwo Rozwoju, *Raport z wypełnienia przez Polskę warunku podstawowego pn. Dobre zarządzanie krajową lub regionalną strategią inteligentnej specjalizacji w ramach Celu Polityki 1 Bardziej inteligentna Europa dzięki wspieraniu innowacyjnej i inteligentnej transformacji gospodarczej w ramach Polityki Spójności 2021–2027*, wrzesień 2020 r., s. 29, <https://www.gov.pl/attachment/95e1b95b-e258-4f14-b2af-b09749a7a245> (dostęp: 20.08.2022 r.).

⁹ System Informacji Podatkowej, <https://sip.mf.gov.pl/> (dostęp: 20.08.2022 r.).

¹⁰ A. Błaszczak, *Programiści ruszają po IP BOX*, „Rzeczpospolita” z 1 kwietnia 2021 r.

¹¹ A. Wachowska, J. Jastrzęb, *IP box dla programistów współpracujących w ramach umów B2B*, Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy Sp.j., 17.02.2020 r., <https://www.traple.pl/2020/02/17/ip-box-dla-programistow-wspolpracujacych-w-ramach-umow-b2b/> (dostęp: 20.08.2022 r.).

dochodowym od osób prawnych (oraz tożsamych w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych) kwalifikowanych praw własności intelektualnej¹². Dochód ten wyliczany jest jako iloczyn dochodów z praw kwalifikowanych pochodzących z czterech kategorii wpływów oraz tzw. wskaźnika *Nexus*¹³. Wskaźnik *Nexus*, w kontekście zachęt podatkowych dotyczących preferencyjnego opodatkowania własności intelektualnej, jest efektem zastosowania podejścia *Modified Nexus Approach*, które jest określone i wymagane w ramach wytycznych BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) opracowanych przez Organizację Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) dotyczących zwalczania szkodliwych praktyk podatkowych przy uwzględnieniu transparentności i rzeczywistej działalności podatników¹⁴.

Do kwalifikowanych praw własności intelektualnej w polskim reżimie IP należą: patent; prawo ochronne na wzór użytkowy; prawo z rejestracji wzoru przemysłowego; prawo z rejestracji topografii układu scalonego; dodatkowe prawo ochronne dla patentu na produkt leczniczy lub produkt ochrony roślin; prawo z rejestracji produktu leczniczego i produktu leczniczego weterynaryjnego dopuszczonych do obrotu; wyłączne prawo, o którym mowa w ustawie z dnia 26 czerwca 2003 r. o ochronie prawnej odmian roślin¹⁵, oraz autorskie prawo do programu komputerowego¹⁶.

Warto zauważyć, że niemal wszystkie wyżej wymienione kwalifikowane prawa własności intelektualnej podlegają merytorycznej ocenie zanim zostanie przyznana właściwa ochrona. Wyjątek stanowi prawo z rejestracji topografii układu scalonego, gdzie jest prowadzona jedynie ocena formalnoprawna, oraz autorskie prawo do programu komputerowego, dla którego nie ma konieczności przeprowadzenia oficjalnej procedury oceny. Oznacza to, że w przypadku zidentyfikowania autorskiego prawa do programu komputerowego potencjalny podatnik chcący skorzystać z IP box nie ma żadnej obiektywnej instancji, do której mógłby się zwrócić po ocenę merytoryczną, czy przeprowadził takową identyfikację we właściwy sposób.

Duża popularność IP box głównie wśród programistów jest tym bardziej zastanawiająca, gdyż w kraju nie brakuje podmiotów czerpiących korzyści gospodarcze z innych kwalifikowanych praw własności intelektualnej, czego potwierdzeniem są dane zamieszczone w Tabeli 1. Warto jednak zauważyć, że

¹² J. Jankowski, *Ulgi w CIT z tytułu działalności innowacyjnej i inwestycyjnej*, Warszawa 2020, rozdz. II, Wprowadzenie.

¹³ Art. 24d ust. 7 i art. 24d ust. 4 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1800, z późn. zm.). Dla ulgi IP box analogiczne zapisy funkcjonują w ustawie PIT – ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1128, z późn. zm.).

¹⁴ A. Zaleska, *Innovation Box (IP BOX) – nowa zachęta podatkowa dla innowacyjnych przedsiębiorstw*, „Rzecznik Patentowy” 2018–2019, nr 89–94, s. 60.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 213.

¹⁶ J. Jankowski, *Ulgi w CIT...*, rozdz. II, 3.2. Katalog kwalifikowanych IP.

aby skorzystać z IP box w danym roku, należy ponieść koszty bezpośrednie związane z kwalifikowalnymi prawami własności intelektualnej w tym samym roku podatkowym¹⁷. Natomiast moment uzyskania patentu jest odsunięty w czasie od okresu ponoszenia kosztów bezpośrednich prowadzących do stworzenia podstawy prawa własności intelektualnej.

Tabela 1. Liczba pozostających w mocy praw ochronnych w Polsce

Liczba praw ochronnych	2019	2020
Patenty na wynalazki	18 336	18 731
Patenty europejskie	73 638	83 800
Prawo ochronne na wzór użytkowy	3 623	3 931
Prawa z rejestracji wzorów przemysłowych	8 368	8 500
Dodatkowe prawo ochronne na produkty lecznicze oraz środki ochrony roślin	234	287
Topografia układów scalonych	47	49

Źródło: Opracowanie własne na podstawie Raportu Urzędu Patentowego RP za 2019 r.¹⁸ i 2020 r.¹⁹.

3. AUTORSKIE PRAWO DO PROGRAMU KOMPUTEROWEGO – WĄTPLIWOŚCI DEFINICYJNE

W Polsce przeważającym tytułem do obliczenia podatku według 5-proc. stawki w ramach IP box jest kwalifikowany dochód z kwalifikowanego prawa własności intelektualnej do programu komputerowego, tj. autorskiego prawa do programu komputerowego²⁰.

Zgodnie z polską ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych²¹ program komputerowy jest utworem i jako taki jest przedmiotem ochrony podobnie jak utwór literacki (art. 74 ust. 1 pr. aut.).

Analizując przepisy prawa wspólnotowego, stwierdza się, że oprogramowanie komputerowe ma dwojaką naturę: 1) są to dzieła tekstowe, stworzone po to, by umożliwić przeprowadzenie określonego zestawu zachowań (aspekt funkcjo-

¹⁷ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Szczecinie z dnia 22 października 2020 r., I SA/Sz 591/20, LEX nr 3296205, stwierdził, że jeśli programista nie ponosi żadnych kosztów bezpośrednio związanych z IP box, to nie może skorzystać z ulgi, ponieważ nie ma możliwości ustalenia wskaźnika *Nexus*.

¹⁸ Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, *Raport Roczny 2019*, https://uprp.gov.pl/sites/default/files/inline-files/Raport%20roczny%202019_1.pdf (dostęp: 20.08.2022 r.).

¹⁹ Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej, *Raport Roczny 2020*, <https://uprp.gov.pl/sites/default/files/inline-files/Raport%20roczny%202020.pdf> (dostęp: 20.08.2022 r.).

²⁰ A. Błaszczak, *Programiści ruszają...*

²¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1062, z późn. zm.; dalej: pr. aut.

nalny, który raczej nie występuje w typowych utworach literackich)²²; 2) z kolei w doktrynie podkreśla się podobieństwo oprogramowania komputerowego do dzieła naukowego²³.

Kluczowe z punktu widzenia ochrony przewidzianej prawem autorskim jest szczegółowe wyznaczenie sfery wyłączności, głównie w zakresie majątkowych prerogatyw autorskich, które pozwala na zabezpieczenie efektów twórczego zaangażowania intelektualnego połączonego z uwarunkowaniami technologicznymi. W związku z tym w prawie unijnym obowiązuje dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/24/WE²⁴ z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych²⁵.

Wątpliwości pojawiają się jednak przy próbie ustalenia definicji programu komputerowego. Niektórzy eksperci uważają, że na gruncie prawa polskiego tej definicji nie należy uściślać, gdyż zbyt dokładne definiowanie wiązałoby się z nadmierną kazuistyką i wymagałoby zbyt głębokiego wejścia w szczegóły techniczne²⁶.

Z zawartych nie tylko w doktrynie, lecz także w orzecznictwie definicji określających program komputerowy wynika, że jest to ciąg instrukcji, które mogą być zarówno elementami twórczymi, jak i odtwórczymi. Najważniejszym twórczym elementem, oceniając pod kątem prawa autorskiego, jest kod źródłowy²⁷. I to właśnie obecność tych tzw. elementów twórczych pozwala programom komputerowym uzyskać ochronę na gruncie prawa autorskiego²⁸. Idąc dalej, wynika z tego, że nie wszystkie elementy składające się na program komputerowy (w tym np. język programowania czy format przechowywania plików) będą podlegać ochronie prawa autorskiego²⁹.

Program komputerowy jest jednak zdefiniowany na gruncie prawa amerykańskiego następująco: „zestaw instrukcji lub poleceń wykorzystywanych bezpośrednio lub pośrednio, aby osiągnąć określony rezultat”³⁰. Co istotne, regulacje

²² M. Ch. Janssens, (w:) I. Stamatoudi, P. Torremans (eds.), *EU copyright law, Commentary*, 2nd ed. 2021, s. 95.

²³ Ł. Maško, P. Żerański, „Normalne korzystanie” z programów komputerowych przy świadczeniu usług finansowych i medialnych z użyciem systemów teleinformatycznych na tle europeizacji prawa, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2010, nr 1, s. 39.

²⁴ Dz.Urz. UE L nr 111 z 2009 r., s. 16.

²⁵ E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 74, I, Uwagi ogólne.

²⁶ *Ibidem*, art. 74, II, Definicja programu komputerowego.

²⁷ S. Wiśniewski, *Prawnoautorska kwalifikacja gier komputerowych – program komputerowy czy utwór audiowizualny?*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2012, nr 1, s. 43–67.

²⁸ A. Sewerynik (red.), *Prawo autorskie w instytucjach kultury*, Warszawa 2019, rozdz. 1, Prawo autorskie – podstawowe konstrukcje i pojęcia, pkt 9.

²⁹ Wyrok Trybunału z dnia 2 maja 2012 r., C-406/10, *SAS Institute*, ECLI:EU:C:2012:259.

³⁰ United States Copyright Act of Oct. 19, 1976, 17 U.S.C., 2011 Edition, § 101.

amerykańskie poprzestają na powyższej definicji oraz przedstawieniu ograniczeń praw wyłącznych w stosunku do niego, pomijając wyraźne zastrzeżenie, że stanowi on przedmiot ochrony prawa autorskiego³¹. Wzorując się na rozwiązaniach anglosaskich, należałoby przyjąć za Ferenc-Szydełko, że: „W świetle powyższych okoliczności nie ulega wątpliwości, że na potrzeby art. 74 PrAut za program komputerowy należałoby uznać zbiór komend, przybierający określoną strukturę, mający na celu osiągnięcie konkretnego rezultatu”³².

Należy jednak zwrócić uwagę, że w ramach orzecznictwa sądów w Polsce istnieje rozróżnienie pomiędzy definicją programu komputerowego a definicją oprogramowania³³. „Uznaje się, że oprogramowanie komputerowe (jako produkt podlegający sprzedaży) składa się z programów komputerowych, ale również z utworów literackich, utworów plastycznych czy fotograficznych. Oprogramowanie będzie traktowane jako całość, na którą składać się będzie program komputerowy (a nawet zespół programów – aplikacji) i inne utwory”³⁴.

W kontekście preferencji podatkowej IP box bardzo istotne jest właściwe rozpoznanie, czy w ramach prowadzonej działalności badawczo-rozwojowej dochodzi do opracowania autorskiego prawa do programu komputerowego, które następnie podlega komercjalizacji. W związku z tym Ministerstwo Finansów dnia 15 lipca 2019 r. wydało objaśnienia³⁵, w ramach których przedstawiło, w jaki sposób należy rozumieć omawiane pojęcie. Co do zasady definicja tego kwalifikowanego IP według Ministerstwa Finansów powinna być rozumiana możliwie szeroko i w dużej mierze pokrywać się z przedstawionymi powyżej rozważaniami doktryny. Ministerstwo Finansów zwraca jednak dodatkowo uwagę, powołując się na orzecznictwo Europejskiego Urzędu Patentowego, że program komputerowy i oprogramowanie to pojęcia niemal synonimiczne, idąc jeszcze dalej – OECD stwierdza, że oprogramowanie chronione prawem autorskim może być traktowane jako „aktywo funkcjonalne ekwiwalentne do patentu”³⁶.

Warto również zaznaczyć, że nie należy utożsamiać programu komputerowego z programami dla maszyn cyfrowych, gdyż istnieje różnica (związana z celem systemu patentowego) pomiędzy programem-procesorem tekstu lub grą

³¹ E. Derclaye, *Software copyright protection: can Europe learn from American case law. Parts I and 2*, “European Intellectual Property Review” 2000, t. 22, nr 1–2, s. 11.

³² E. Ferenc-Szydełko (red.), *Ustawa o prawie autorskim...*, art. 74, II, Definicja programu komputerowego.

³³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 stycznia 2016 r., II FSK 2854/13, LEX nr 2033510.

³⁴ A. Sewerynik (red.), *Prawo autorskie w instytucjach...*, rozdz. 1, Prawo autorskie – podstawowe konstrukcje i pojęcia, pkt 9.

³⁵ Ministerstwo Finansów, *Objaśnienia podatkowe z dnia 15 lipca 2019 r. w sprawie IP box*, <https://www.podatki.gov.pl/media/5137/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-z-15-lipca-2019-r-w-sprawie-ip-box.pdf> (dostęp: 20.08.2022 r.).

³⁶ *Ibidem*, s. 36.

komputerową a programem załadowanym do programatora pralki lub programem zarządzającym systemem unikania kolizji w pojazdach mechanicznych³⁷.

Przytoczone objaśnienia podatkowe Ministerstwa Finansów wyraźnie wskazują, że w przypadku autorskiego prawa do programu komputerowego podatnik powinien zawnieść o udzielenie mu interpretacji indywidualnej prawa podatkowego³⁸. Omawianemu kwalifikowanemu IP nie jest przyznawana ochrona na podstawie weryfikacji merytorycznej ani formalnej przez odrębną instytucję, dlatego interpretacja indywidualna ma być dokumentem przynajmniej w pewnym stopniu potwierdzającym, że podatnik ma prawo do skorzystania z IP box.

4. POTENCJALNE RYZYKO ZWIĄZANE Z INTERPRETACJĄ INDYWIDUALNĄ DYREKTORA KRAJOWEJ INFORMACJI SKARBOWEJ

Interpretacje indywidualne odnoszą się jedynie do oceny opisanego w nich stanu faktycznego – nie są i nie mogą stanowić wykładni prawa. Dają jednak pogląd na to, w jaki sposób organy podatkowe interpretują przepisy nie tylko podatkowe, ale i powiązane.

Zgodnie z orzecnictwem polskich sądów Dyrektor KIS może rozpatrywać otrzymane wnioski na gruncie nie tylko ustaw *stricte* podatkowych, ale też przepisów z nimi powiązanych. Wskazuje na to m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 maja 2018 r., II FSK 1392/16³⁹, zgodnie z którym: „pojęcie »przepisów prawa podatkowego«, o którym mowa w art. 14b § 1 ord. pod., nie może ograniczać się wyłącznie do ustaw, które w swoim tytule zawierają takie pojęcie, lecz chodzi o rzeczywistą treść zawartych w ustawach regulacji mających wpływ na opodatkowanie. Przepisy prawa podatkowego jakkolwiek stanowią autonomiczną dziedzinę prawa, to jednak nie są całkowicie odrębne, niezależne i niepowiązane z innymi dziedzinami systemu prawnego, a wręcz przeciwnie – wraz z przepisami innych gałęzi prawa stanowią część jednego porządku prawnego obowiązującego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

Jak wynika z analizy zwłaszcza początkowo wydawanych (w 2019 r.) interpretacji podatkowych, KIS jest zdania, że oprogramowanie podlega takiej samej ochronie jak utwór literacki, co skutecznie niweluje granicę między programem

³⁷ M. Bury, *Patentowalność wynalazków realizowanych za pomocą maszyn cyfrowych w świetle obowiązujących od 27.02.2020 r. zmian ustawy – Prawo własności przemysłowej*, „Rzecznik Patentowy” 1–4/2020, nr 95–98, s. 57.

³⁸ *Ibidem*, s. 32.

³⁹ LEX nr 2502295.

komputerowym a oprogramowaniem (które nie zawsze musi mieć formę programu komputerowego).

„Należy wskazać, że oprogramowanie – definiowane jako ogół informacji w postaci zestawu instrukcji, zaimplementowanych interfejsów i zintegrowanych danych przeznaczonych dla komputera do realizacji wyznaczonych celów – podlega ochronie jak utwór literacki z art. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231, z późn. zm.). Stąd oprogramowanie może być uznane za kwalifikowane IP, w świetle art. 30ca ust. 2 pkt 8 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, jeśli jego wytworzenie, rozszerzenie lub ulepszenie jest wynikiem prac badawczo-rozwojowych⁴⁰.

W przypadku IP boxa Dyrektor KIS musi się odnosić w swoich ocenach nie tylko do przepisów podatkowych (np. ustawa CIT), ale też do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak i do ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce⁴¹, w tej drugiej zdefiniowane są badania naukowe i prace rozwojowe. Przepisy Ordynacji podatkowej⁴² pozwalają również na zadanie dodatkowych pytań w przypadku, gdy przedstawiony stan faktyczny jest trudny do oceny.

Pojawiają się jednak głosy, że biorąc pod uwagę liczbę i zakres pytań doprecyzowujących zadawanych przez Dyrektora KIS, wartość ochronna nowo uzyskiwanych interpretacji w sprawie IP box jest coraz bardziej wątpliwa. Przykładowo, aby wydać interpretację z dnia 6 kwietnia 2021 r., nr 0115-KDIT3.4011.757.2020.3.JG, zadano podatnikowi, aż 39 pytań (16 głównych i 23 dodatkowych). Treść pytań dotyczyła m.in. rozstrzygnięcia po stronie podatnika (w ramach opisu stanu faktycznego/zdarzenia przeszłego), czy wytwarzane przez niego programy komputerowe stanowią kwalifikowane prawa własności intelektualnej, o których mowa w art. 74 pr. aut. Co za tym idzie, podatnik miał sam odpowiedzieć na pytanie, z którym zwrócił się do KIS po rozstrzygnięciu⁴³.

Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 października 2018 r., II FSK 2817/16, „z treści przepisów art. 14b–14c ordynacji podatkowej wynika, iż organ podatkowy nie tyle wyjaśnia podatnikowi, w jaki sposób należy interpretować konkretny przepis prawa podatkowego, co raczej wskazuje, w jaki sposób należy zakwalifikować prawnie konkretny opisany przez podatnika stan faktyczny lub zdarzenie przeszłe⁴⁴”.

⁴⁰ Pismo Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 10 stycznia 2020 r., nr 0113-KDIPT2-3.4011.600.2019.3.JŚ, <https://www.prawo.pl/podatki/ulga-ip-box-w-podatku-dochodowym-korzystna-dla-programistow,504395.html> (dostęp: 20.08.2022 r.).

⁴¹ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 574, z późn. zm.).

⁴² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1540, z późn. zm.), art. 155 § 1.

⁴³ K. Koślicki, *Skarbowka utrudnia programistom korzystanie z niskiej stawki podatku*, Prawo.pl, 13.04.2021 r., <https://www.prawo.pl/podatki/ip-box-dla-programistow-stawka-5-proc-pit-coraz-trudniejsza-do,507587.html> (dostęp: 20.08.2022 r.).

⁴⁴ LEX nr 2576866.

Zatem wydanie pozytywnych interpretacji indywidualnych na podstawie opisu stanu faktycznego, który z góry zakłada spełnienie wymaganych ustawowo definicji, powoduje, że ewentualna kontrola podatkowa może uznać, iż działalność prowadzona przez podatnika nie odpowiada tej przedstawionej w opisie stanu faktycznego. Wynika z tego, że istnieje realne ryzyko, iż wydane do tej pory interpretacje indywidualne dla programistów mogą zostać zakwestionowane, zwłaszcza w części tzw. opisu zdarzeń przyszłych.

Ocena, czy podatnik posiada autorskie prawo do programu komputerowego, jest dużo bardziej skomplikowana niż zero-jedynkowe stwierdzenie, czy uzyskał wymagane prawo ochronne nadane mu przez Urząd Patentowy (pozostałe 7 rodzajów kwalifikowanych IP). Mimo tego, to najczęściej właśnie autorskie prawo do programu komputerowego jest podstawą korzystania z IP box. Sugeruje to, że prawdopodobnie nie tyle wątpliwości związane z definicjami zawartymi w przepisach prawa własności intelektualnej, co raczej konstrukcja przedmiotowej preferencji mogą stanowić problem dla podmiotów, które chciałyby skorzystać z IP box na podstawie innych niż autorskie prawo do programu komputerowego kwalifikowanych IP.

W szczególności trudności może sprawić obliczenie dochodu kwalifikowanego w związku z brakiem jednoznacznego podziału kosztów na pośrednio i bezpośrednio związane z wytworzeniem kwalifikowanego IP oraz ustaleniem odsetka tych kosztów przypadających na dane kwalifikowane IP. Wątpliwości budzi również ustalenie, jaką część ceny sprzedaży stanowi dane kwalifikowane IP, np. patent, szczególnie w przypadku złożonych produktów, w których wykorzystywanych jest kilka różnych kwalifikowanych IP.

Powyższe pozwala przypuszczać, że dużo łatwiej będzie przeprowadzić kontrolę podatkową wśród podatników rozliczających IP box na podstawie autorskiego prawa do programu komputerowego ze względu na brak ochrony praw własności intelektualnej w postaci patentu, znaku towarowego, wzoru użytkowego i przemysłowego, zarejestrowanej ilustracji (ang. *figurative*) czy nazwy (ang. *word*). U tych podatników wystarczy wykazać, że prawo to im po prostu nie przysługuje, np. z uwagi na nieprowadzenie działalności badawczo-rozwojowej czy też brak kwalifikowalnego IP. Co za tym idzie, potencjalny spór będzie się toczył na gruncie prawa własności intelektualnej. W przypadku innych kwalifikowanych IP Urząd Skarbowy mógłby zakwestionować nie tyle samą zasadność prawa do obniżenia opodatkowania (bo nie może cofnąć patentu ani innego prawa ochronnego wydanego przez właściwy urząd), co raczej jego wysokość. Jednak wymaga to o wiele bardziej skomplikowanej kontroli i bardzo specjalistycznej wiedzy również z zakresu cen transferowych i prawa umów licencyjnych.

Z tego względu należy podkreślić, że nowelizacja z dnia 13 lutego 2020 r., wprowadzając tzw. powództwa szczególne w sprawach z zakresu własności intelektualnej, wpłynęła na poprawę sytuacji beneficjentów IP box, zwłaszcza z sektora rozrywkowego, w tym gier komputerowych. Możliwość uzyskiwania

zakazów lub odszkodowań z tytułu czynów niedozwolonych stanowi bowiem komplementarny, a nawet konkurencyjny sposób ochrony własności intelektualnej. W sektorze kreatywnym i obszarze sztucznej inteligencji większe znaczenie ma ochrona interesów oparta na prawach autorskich i prawach pokrewnych oraz roszczeniach deliktowych, czego przykładem jest ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁴⁵.

5. WPŁYW IP BOX NA OCHRONĘ WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ W SEKTORZE GIER KOMPUTEROWYCH

Wprowadzenie preferencji IP box powinno stymulować⁴⁶: 1) atrakcyjność prowadzenia działalności B+R w Polsce i komercjalizacji aktywów IP; 2) zatrudnienie kadry badawczo-rozwojowej w sektorze prywatnym; 3) inwestycje w badania i rozwój przedsiębiorstw, które skorzystały z funduszy Unii Europejskiej na rozwój własnych jednostek badawczo-rozwojowych; 4) wzrost liczby zgłoszeń patentowych i patentów wydawanych przez Urząd Patentowy w Polsce oraz liczby patentów europejskich i międzynarodowych uzyskanych przez polskie podmioty oraz 5) zwiększenie świadomości przedsiębiorstw w zakresie praw IP jako potencjalnych źródeł dochodu.

W celu rozpoznania wpływu IP box na ochronę praw własności intelektualnej w sektorze gier komputerowych oszacowano model logitowy opisany równaniem (1) na międzynarodowej próbie 673 producentów gier komputerowych z 11 krajów.

Ponieważ problematyka gier komputerowych w świetle prawa własności intelektualnej jest znacznie szersza niż utożsamianie jej z programem komputerowym, uwzględniliśmy więc w zmiennej zależnej również *ochronę IP* nazwy gry, znaku towarowego, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego i znaku graficznego (ang. *figurative mark*)

$$\begin{aligned} \text{Ochrona } IP_i = & \beta_0 + \beta_1 IPbox_c + \beta_2 MNE_i + \beta_3 \text{zatrudnienie}_i \\ & + \beta_4 \text{wielkość przedsiębiorstwa}_i + \beta_5 \text{struktura własności}_i \\ & + \beta_6 \text{kapitał intelektualny}_c + \beta_7 \text{Hof state}_c + \varepsilon_i \quad (1) \end{aligned}$$

⁴⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1233; zob. P. Podrecki, A. Sokołowska-Ławniczak, *Własność intelektualna – czyli ile jest dzisiaj IP w nowych technologiach i przemyśle kreatywnym?*, Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy Sp.j., 27.04.2020 r., <https://www.traple.pl/2020/04/27/wlasnosc-intelektualna-czyli-ile-jest-dzisiaj-ip-w-nowych-technologiach-i-przemysle-kreatywnym/> (dostęp: 20.08.2022 r.).

⁴⁶ Ministerstwo Rozwoju, *Raport...*, s. 29.

gdzie indeks i identyfikuje zmienne opisujące cechy przedsiębiorstwa, a indeks c – atrybuty kraju siedziby spółki.

Tabela 2 przedstawia strukturę próby badawczej w przekroju geograficznym i według stosowania IP box.

Tabela 2. Struktura próby badawczej

Kraj	IP box	Liczba spółek
Belgia	√	28
Czechy	–	26
Francja	√	45
Niemcy	–	55
Włochy	√	23
Japonia	–	76
Polska	√	51
Korea Południowa	–	22
Hiszpania	√	27
Wielka Brytania	√	308
USA	–	12
Razem		673

Źródło: Opracowanie własne.

Tabela 3 zawiera definicje zmiennych ujętych w modelu.

Tabela 3. Definicje zmiennych

Zmienna	Definicja
Ochrona IP	Zmienna zależna – zmienna binarna równa 1, jeśli spółka korzysta z ochrony własności intelektualnej (lub o nią wystąpiła) nazwy gry, znaku towarowego, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego lub znaku graficznego (ang. <i>figurative mark</i>), a 0 w przeciwnym przypadku (źródło: Europejski Urząd Patentowy)
IP box	Zmienna binarna równa 1 w krajach stosujących IP box (<i>innovation box</i>), a 0 w przeciwnym przypadku
MNE	Zmienna binarna równa 1, jeśli spółka ma zagranicznych udziałowców posiadających co najmniej 50-proc. udział w kapitale własnym, a 0 w przeciwnym przypadku
Zatrudnienie	\ln (liczba pracowników)
Wielkość przedsiębiorstwa	\ln (aktywa ogółem)
Struktura własności	Zmienna kategoryjna identyfikująca rodzaj głównego udziałowca w strukturze własności, w tym bank; <i>private equity</i> ; towarzystwo ubezpieczeniowe; Skarb Państwa; spółka notowana na giełdzie papierów wartościowych

Kapitał intelektualny	Wskaźnik <i>Intellectual Capital and Innovation</i> będący składową <i>Global Sustainable Competitiveness Index</i> (GSCI) kraju siedziby spółki
<i>Hofstede</i>	Średnia sześciu wskaźników kultury opracowanych przez <i>Geert Hofstede</i>

Źródło: Opracowanie własne.

Wyniki estymacji modelu logitowego w Tabeli 4 wskazują, że wprowadzenie preferencji IP box nie zachęca przedsiębiorstw z sektora gier komputerowych do zwiększania zakresu ochrony praw własności intelektualnej poprzez rejestrację wzorów użytkowych i wzorów przemysłowych lub znaków graficznych.

Kapitał intelektualny kraju nie wpływa istotnie na prawdopodobieństwo uzyskiwania ochrony własności intelektualnej w sektorze gier komputerowych. Natomiast czynniki kulturowe⁴⁷ mają pozytywny wpływ na prawdopodobieństwo pozyskiwania ochrony IP przez producentów gier komputerowych.

Przedsiębiorstwa z większą liczbą pracowników z wyższym prawdopodobieństwem dążą do uzyskania ochrony praw własności intelektualnej w przeciwieństwie do producentów gier komputerowych finansowanych *private equity* i tych, których udziałowcem jest Skarb Państwa. Natomiast spółki, których głównymi udziałowcami są towarzystwa ubezpieczeniowe, z większym prawdopodobieństwem aplikują do Urzędu Patentowego w celu uzyskania ochrony IP. Warto zauważyć, że na uzyskane wyniki wpływa to, iż gra komputerowa traktowana w prawie własności intelektualnej jako program komputerowy podlega ochronie patentowej tylko w trzech krajach uwzględnionych w próbie badawczej: USA, Japonii i Korei Południowej. Kraje te nie wprowadziły reżimu podatkowego IP box.

Tabela 4. Wpływ IP box na ochronę własności intelektualnej – model logitowy

	Ochrona IP
IP_box	-0.57* (0.32)
MNE	-0.871 (0.55)
zatrudnienie	0.19* (0.11)
wielkość przedsiębiorstwa	0.20** (0.08)
struktura własności (udziałowiec):	

⁴⁷ G. Hofstede, G. J. Hofstede, M. Minkov, *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, 3rd ed., 2010.

bank	-0.20 (0.78)
private equity	-1.68** (0.68)
towarzystwo ubezpieczeniowe	3.81*** (1.01)
Skarb Państwa	-1.46** (0.66)
spółka notowana na giełdzie papierów wartościowych	-1.18 (0.80)
kapitał intelektualny	-0.03 (0.02)
Hofstede	0.10*** (0.02)
stała	-7.30*** (1.94)
Liczba obserwacji	673
R ²	30.3%
Linktest Fit	4.650***
Linktest Fit2	1.877*
Hosmer-Lemeshow test	5.9684
p-value	0.6508

Istotność na poziomie 1%*, 5%** , 10%***.

Źródło: Opracowanie własne.

6. ZMIANY W POSTĘPOWANIU PROCESOWYM

W świetle wyników przeprowadzonego badania na ochronę praw własności intelektualnej podatnika rozliczającego IP box na podstawie dochodu z autorskiego prawa do programu komputerowego pozytywnie wpływa nowelizacja z dnia 13 lutego 2020 r. Nowelizacja ta wprowadziła odrębną kategorię postępowania w sprawach z zakresu własności intelektualnej, co stwarza podatnikowi możliwość ochrony interesów na podstawie roszczenia deliktowego, tj. uzyskanie zakazów lub odszkodowań z tytułu czynów niedozwolonych. Wcześniej sprawy o naruszenie praw własności intelektualnej (np. piractwo w zakresie prawa autorskiego lub znaków towarowych, kopiowanie produktów, nieuprawnione korzystanie z cudzych wynalazków) były rozpoznawane przez wydziały sądów powszechnych i Sąd Najwyższy.

Nowelizacja była bezpośrednio związana z implementacją dyrektywy 2004/48/WE i zapewnieniem jednolitości stosowania przepisów art. 6–8 tejszej dyrektywy we wszystkich sprawach z zakresu prawa własności intelektualnej. Zgodnie z punktem 2 preambuły dyrektywy 2004/48/WE: „Ochrona własności intelektualnej ma umożliwić wynalazcy lub twórcy uzyskiwanie prawnie uzasadnionych korzyści ze swego wynalazku lub dzieła. Powinna też umożliwiać jak najszersze upowszechnianie dzieł, idei i nowego *know-how*. Jednocześnie nie może ograniczać wolności słowa, swobodnego przepływu informacji ani ochrony danych osobowych, z ochroną danych w Internecie włącznie”. Wyspecjalizowane sądy (wydziały sądów okręgowych i apelacyjnych) powinny rozstrzygać, jaka podstawa materialnoprawna ochrony powinna znaleźć zastosowanie w konkretnym przypadku.

Zmiana ta ujedynociła system postępowania sądowego związany z prawem własności intelektualnej⁴⁸.

Ustanowiono zgodnie z art. 87² k.p.c., w przypadku gdy przedmiot sporu przekracza 20 tys. zł, obowiązek reprezentowania stron przez pełnomocników, którymi mogą być adwokaci, radcowie prawni lub rzecznicy patentowi. „*Ratio legis* tegoż rozwiązania stanowi skomplikowanie spraw własności intelektualnej – mnogość praw, multiplikacja podstaw prawnych możliwej ochrony w konkretnej sprawie, a także obecność regulacji z zakresu prawa UE oraz aktów prawa międzynarodowego powodują, że często już na etapie formułowania żądania pozwu potrzebna jest pomoc profesjonalisty⁴⁹. Co istotne, nowelizacja z dnia 13 lutego 2020 r. rozszerza uprawnienia rzeczników patentowych, którzy mogą obecnie pełnić funkcję pełnomocników we wszystkich sprawach z zakresu własności intelektualnej, a nie tylko w przypadku tych dotyczących spraw z zakresu własności przemysłowej.

Zgodnie z art. 20 pkt 3a Prawa o ustroju sądów powszechnych⁵⁰ oraz rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 2020 r.⁵¹ w sprawie przekazania niektórym sądom okręgowym rozpoznawania spraw własności intelektualnej z właściwości innych sądów okręgowych – wprowadzono odrębne wydziały sądów okręgowych przeznaczone do rozpatrywania spraw z zakresu własności intelektualnej, Sądów Okręgowych w Gdańsku, Katowicach, Lublinie, Poznaniu i Warszawie⁵². Ponadto zgodnie z art. 479⁹⁰ § 2 k.p.c.: „Sąd Okrę-

⁴⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805, z późn. zm.); dalej: k.p.c.; od art. 479⁸⁹ do art. 479¹²⁹.

⁴⁹ K. Osajda, Ł. Żelechowski (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 87², pkt A. *Ratio legis* przepisu.

⁵⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 2072, z późn. zm.).

⁵¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 2020 r. w sprawie wyznaczenia sądów okręgowych właściwych do rozpoznawania spraw z zakresu ochrony unijnych znaków towarowych i wzorów wspólnotowych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1395).

⁵² *Ibidem*, art. 479⁹⁰, pkt B. Wydziały własności intelektualnej.

gowy w Warszawie jest wyłącznie właściwy w sprawach własności intelektualnej dotyczących programów komputerowych, wynalazków, wzorów użytkowych, topografii układów scalonych, odmian roślin oraz tajemnic przedsiębiorstwa o charakterze technicznym”. Sprawy dotyczące programów komputerowych dotyczą licencji oprogramowania⁵³, a także ochrony utworu audiowizualnego. W ten sposób w Warszawie stworzono „techniczny” sąd własności intelektualnej, aby usprawnić postępowania sądowe. Mają być w nim rozpatrywane najbardziej skomplikowane sprawy⁵⁴.

Wynika z tego, że w przypadku gdyby podatnik musiał na drodze sądowej dochodzić roszczeń deliktowych, to dochód z nich uzyskany podlega opodatkowaniu 5-proc. stawką w ramach IP box. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie stwierdzający, że faktycznie wytworzył autorskie prawo do programu komputerowego i jest ono komercjalizowane, jednocześnie będzie stanowił zabezpieczenie korzystania przez podatnika z IP box. Nowelizacja z dnia 13 lutego 2020 r. stwarza podatnikowi możliwość rzetelnego przedstawienia swoich racji wobec organów sądowniczych i pełnomocników, którzy są wyspecjalizowani w ocenie zawiłości związanych z prawem własności intelektualnej. W świetle przedstawionych rozważań jest to zmiana szczególnie korzystna dla beneficjentów IP box.

7. PODSUMOWANIE

Z przeprowadzonej analizy wynika, że IP box dla autorskiego prawa do programu komputerowego, w tym gier komputerowych, nie zachęca do korzystania z ochrony praw własności intelektualnej poprzez rejestrację znaków towarowych, nazw czy ilustracji w Urzędzie Patentowym. Z tego względu nowelizacja z dnia 13 lutego 2020 r., tworząca sądy przeznaczone do spraw z zakresu własności intelektualnej, jest zmianą korzystną. Uzasadnione jest stwierdzenie, że ewentualny spór o możliwość skorzystania z 5-proc. stawki opodatkowania wśród przedstawicieli branży IT rozegra się na płaszczyźnie prawa własności intelektualnej i potwierdzenia, czy faktycznie podatnicy dysponują autorskim prawem do programu komputerowego. W związku z tym aspekty procesowe zmian w prawie własności intelektualnej związane z roszczeniami deliktowymi w znaczącym stopniu przyczynią się do ochrony interesów podatników, gdyby okazało się, że uzyskane przez nich interpretacje indywidualne wydane przez Dyrektora KIS są niewystarczające.

⁵³ Wyrok Trybunału z dnia 3 lipca 2012 r., C-128/11, *UsedSoft v. Oracle International*, EC-LI:EU:C:2012:407.

⁵⁴ K. Dobieżyński, *Struktura organizacyjna sądów własności intelektualnej*, „Rzecznik Patentowy” 1–4/2020, nr 95–81, s. 30.

REFERENCES

- Błaszczak A., *Programiści ruszają po IP BOX*, „Rzeczpospolita”, z 1 kwietnia 2021 r.
- Bury M., *Patentowalność wynalazków realizowanych za pomocą maszyn cyfrowych w świetle obowiązujących od 27.02.2020 r. zmian ustawy – Prawo własności przemysłowej*, „Rzecznik Patentowy” 1–4/2020, nr 95–98
- Czub K., *Nowa definicja znaku towarowego – czy zmiana legislacyjna była potrzebna?*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2021, nr 3
- Derclaye E., *Software copyright protection: can Europe learn from American case law. Parts 1 and 2*, “European Intellectual Property Review” 2000, t. 22, nr 1–2
- Dobieżyński K., *Struktura organizacyjna sądów własności intelektualnej*, „Rzecznik Patentowy” 1–4/2020, nr 95–81
- Ferenc-Szydełko E. (red.), *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2021
- Hofstede G., Hofstede G. J., Minkov M., *Cultures and Organizations: Software of the Mind*, 3rd ed., 2010
- Jankowski J., *Ulgi w CIT z tytułu działalności innowacyjnej i inwestycyjnej*, Warszawa 2020
- Janssens M. Ch. (w:) I. Stamatoudi, P. Torremans (eds.), *EU copyright law, Commentary*, 2021
- Kierkegaard S. M., *Taking a sledgehammer to crack the nut: the EU enforcement directive*, “Computer Law & Security Review” 2005, No 21(6)
- Koślicki K., *Skarbówka utrudnia programistom korzystanie z niskiej stawki podatku*, Prawo.pl, 13.04.2021 r., <https://www.prawo.pl/podatki/ip-box-dla-programistow-stawka-5-proc-pit-coraz-trudniejsza-do,507587.html> (dostęp: 20.08.2022 r.)
- Maśko Ł., Żerański P., *„Normalne korzystanie” z programów komputerowych przy świadczeniu usług finansowych i medialnych z użyciem systemów teleinformatycznych na tle europeizacji prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2010, nr 1
- Meller P., *EU backs deal on copyright piracy. International Herald Tribune*, New York 2004
- Ministerstwo Finansów, *Objaśnienia podatkowe z dnia 15 lipca 2019 r. w sprawie IP box*, <https://www.podatki.gov.pl/media/5137/obja%C5%9Bnienia-podatkowe-z-15-lipca-2019-r-w-sprawie-ip-box.pdf> (dostęp: 20.08.2022 r.)
- Ministerstwo Rozwoju, *Raport z wypełnienia przez Polskę warunku podstawowego pn. Dobre zarządzanie krajową lub regionalną strategią inteligentnej specjalizacji w ramach Celu Polityki I Bardziej inteligentna Europa dzięki wspieraniu innowacyjnej i inteligentnej transformacji gospodarczej w ramach Polityki Spójności 2021–2027*, wrzesień 2020 r., <https://www.gov.pl/attachment/95e1b95b-e258-4f14-b2af-b09749a7a245> (dostęp: 20.08.2022 r.)
- Osajda K., Żelechowski Ł. (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, Warszawa 2021
- Podrecki P., Sokołowska-Ławniczak A., *Własność intelektualna – czyli ile jest dzisiaj IP w nowych technologiach i przemyśle kreatywnym?*, *Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy Sp.j.*, 27.04.2020 r., <https://www.traple.pl/2020/04/27/wlasnosc-intelektualna>

czyli-ile-jest-dzisiaj-ip-w-nowych-technologiach-i-przemysle-kreatywnym/ (dostęp: 20.08.2022 r.)

Sewerynik A. (red.), *Prawo autorskie w instytucjach kultury*, Warszawa 2019

Wachowska A., Jastrząb J., *IP box dla programistów współpracujących w ramach umów B2B*, Traple, 17.02.2020 r.

Wiśniewski S., *Prawnoautorska kwalifikacja gier komputerowych – program komputerowy czy utwór audiowizualny?*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2012, nr 1

Zaleska A., *Innovation Box (IP BOX) – nowa zachęta podatkowa dla innowacyjnych przedsiębiorstw*, „Rzecznik Patentowy” 2018–2019, nr 89–94

Ziółkowski M., *Wymóg graficznej przedstawialności jako przesłanka zdolności ochronnej znaku towarowego w prawie unijnym – aktualne koncepcje oraz planowane zmiany*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2015, nr 19

Ryszard Piotrowski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: r.j.j.piotrowski@uw.edu.pl

ORCID: 0000-0002-3801-7364

WOJNA I POKÓJ W KONSTYTUCJI RP

WAR AND PEACE IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

Abstract

Art. 116 of the Constitution of the Republic of Poland provides that a state of war and the conclusion of peace are declared by the Sejm acting in the name of the Republic of Poland. These two notions, having no constitutional definition, come under the rubric of established notions, i.e. concepts whose meaning derives from doctrinal findings and provisions of law, as well as from constitutional principles and values. The Sejm's power to declare a state of war and, consequently, declare the conclusion of peace is part of Polish system-of-governance traditions. The parliament's power to declare war actually characterizes most of the democratic systems, even if it could be argued that waiving this prerogative in practice characterizes it as well, reflecting the preponderance of the executive power in the domain of foreign policy.

The wording of Art. 116 rules out an invasive war, also in the form of a war of prevention or a preventive self-defence. The Sejm may adopt the relevant resolution only in case of armed aggression against the territory of the Republic of Poland, or if international treaties impose an obligation of common defence against aggression, i.e. as a consequence of an act of aggression. Being of key importance for the constitutional regulation of war and peace, this constraint is commensurate with international law,

which the Republic of Poland is required to respect pursuant to Art. 9 of the Constitution, and is also commensurate with the Preamble to the Constitution. In a democracy, acts of war – as an important government prerogative – may only be conducted pursuant to the relevant constitutional provisions which define the conditions that must be met for such acts to be legitimate. The conduct of a war, after all, does not warrant the suspension of the Constitution. A democratic state ruled by law must not conduct a war otherwise than on the basis, and within the constraints, of law – if it is to retain its constitutional identity. For the use of armed forces abroad to be commensurate with the Constitution, such use must not represent an act of aggression, nor can it represent any acts violating the principles of the United Nations Charter.

If past experience is to be a guide, democratic constitutions are not capable of preventing anti-democratic changes in the system of governance, nor are they capable of preventing wars. War represents a failure of the Constitution, by destroying its foundation, the belief in inalienable and inherent dignity of the person.

KEYWORDS

Constitution, war, peace, human rights, democracy

SŁOWA KLUCZOWE

Konstytucja RP, wojna, pokój, prawa człowieka, demokracja

I. DECYZJA SEJMU I GWARANCJE KONSTYTUCYJNE

O wojnie i pokoju stanowi art. 116 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹, w myśl którego Sejm decyduje w imieniu Rzeczypospolitej o stanie wojny i o zawarciu pokoju. Pojęcia te nie zostały w ustawie zasadniczej zdefiniowane. Należą zatem do kategorii pojęć zastanych, a więc takich, których konstytucyjne znaczenie wynika z ustaleń doktryny i stanu prawa, a zarazem z konstytucyjnych zasad i wartości.

Koncepcja pojęć zastanych² ma istotne znaczenie w procesie wykładni Konstytucji RP. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz poglądów doktryny Konstytucja RP, nie ustalając znaczenia wielu zastosowanych w niej pojęć, nawiązuje do ich dotychczasowego rozumienia, które – zależąc od poglądów uczonych i kształtu praktyki – wynika „z tradycji, doktryny i orzecznictwa,

¹ Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.; dalej: Konstytucja RP.

² Por. R. Piotrowski, *Pojęcia zastane w Konstytucji RP. Dylematy teorii i praktyki*, (w:) T. Giaro (red.), *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, Warszawa 2016, s. 21 i n.

a także ze sposobu rozumienia (...) w prawie dotychczas obowiązującym”³. Chodzi zatem o takie znaczenie, jakie „od dawna ukształtowało się w Polsce na tle poglądów doktryny i orzecznictwa”⁴. Pojęcia zastane, odwołujące się zwłaszcza do wartości zastanych⁵, a także zawartych w Konstytucji RP klauzul generalnych, sprzyjają znajdującej wyraz w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego tendencji do odwoływania się do wcześniejszych judykatów, stabilizującej linię orzeczniczą⁶. Ukształtowana interpretacja pojęć zastanych „założonych przez ustrojodawcę jako dane”⁷ nadaje sens ustawie zasadniczej, co wskazuje na szczególne znaczenie paradygmatu wykładni⁸ tych pojęć i jego zgodności z Konstytucją RP. W doktrynie znalazł wyraz pogląd, że sąd konstytucyjny jako interpretator ustawy zasadniczej „ma bardzo duży zakres swobody, a niekiedy (...) musi podjąć decyzje autorytatywnie kończące spór co do treści (...) pojęć”⁹. Jednak działając w granicach owej swobody interpretacyjnej, Trybunał Konstytucyjny nie może postępować arbitralnie, w oderwaniu od konstytucyjnych przesłanek ustalania znaczenia pojęć zastanych, którymi są „przepisy dające wyraz założonym ideom ustrojowym lub zawierające pojęcia zastane”¹⁰.

Obok koncepcji pojęć zastanych w procesie interpretacji ustawy zasadniczej znajduje zastosowanie reguła, zgodnie z którą pojęcia konstytucyjne mają autonomiczny charakter, a rozumienie określonego terminu przez ustawodawcę nie może wiązać organów państwowych przy interpretacji Konstytucji RP. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „odczytanie sensu i znaczenia przepisu wskazanego jako wzorzec konstytucyjny musi bowiem być dokonane w świetle pojęć, instytucji i mechanizmów samej Konstytucji”¹¹, ponieważ pojęcia konstytucyjne „nie stanowią mechanicznej transpozycji konstrukcji normatywnych istniejących na gruncie ustawodawstwa zwykłego”¹².

W sprawie wojny i pokoju postanowienia Konstytucji RP nie są tak jednoznacznie sformułowane, jak Konstytucji Włoch, która stanowi o wyrzeczeniu się wojny przez to państwo, ale ich sens jest przecież podobny. W myśl art. 116 ust. 2 Konstytucji RP Sejm może podjąć uchwałę o stanie wojny „jedynie w razie

³ Tak w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2005 r., K 24/04, Dz.U. nr 11, poz. 89.

⁴ Tak L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 131.

⁵ Por. P. Winczorek, *Konstytucja i wartości*, (w:) J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997, s. 41.

⁶ Por. T. Stawecki, J. Winczorek (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014.

⁷ Por. S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, (w:) M. Smolak (red.) *Wykładnia Konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, s. 15.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Tak w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 września 2003 r., K 20/02, Dz.U. nr 170, poz. 1660.

¹² *Ibidem*.

zbrojnej napaści na terytorium Rzeczypospolitej lub gdy z umów międzynarodowych wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji”. Oznacza to, że demokratyczne państwo prawne może prowadzić wojnę tylko odpowiadając na agresję na własne terytorium lub wykonując obowiązki wynikające z umów międzynarodowych.

We współczesnym prawie międzynarodowym ma miejsce odejście od terminu „wojna”, zastępowanego przez terminy „konflikt zbrojny” czy „działania zbrojne”, aby „wyeliminować niepewność co do sytuacji prawnej między państwami”¹³. Jednak tego rodzaju zjawisko ma zarazem cechy dostrzeżonej przez G. Orwella zmiany znaczenia pojęć kamuflującej rzeczywistość¹⁴. Chodzi w istocie o swoiste „oswojenie” z wojną, przyzwyczajanie społeczeństw państw demokratycznych do tego, że nie znajdują się one w wojnie, skoro trwa ona wprawdzie z udziałem ich żołnierzy, ale na odległych terytoriach. Łatwiej też – zmieniając znaczenie słów – obejść reguły konstytucyjne, które zwykle promują pokój, podczas gdy wzrost produkcji zbrojeniowej nie jest możliwy bez wojen. Wojna – w swoich straszliwych przejawach – pozostaje wojną niezależnie od tego, jak zostanie nazwana. Dlatego „wojna”, o której mowa w art. 116 Konstytucji RP jest jedyną „wojną”, którą Rzeczpospolita może prowadzić w zgodzie z Konstytucją RP. Z tego punktu widzenia użycie „Sił Zbrojnych poza granicami Rzeczypospolitej” jest aktem wojennym i podlega regułom ustanowionym w ustawie zasadniczej w odniesieniu do wojny. Terminologia używana w prawie międzynarodowym nie może determinować znaczenia pojęć zastanych w Konstytucji RP, ponieważ mają one autonomiczny charakter. W konstytucyjnym znaczeniu wojna jest przeciwieństwem pokoju oznaczającym użycie wojska dla pokonania przeciwnika w takich formach, jakie są technicznie dostępne i legitymowane przez ustawę zasadniczą, prawo międzynarodowe i prawo krajowe. Konstytucja RP wyróżnia tylko wojnę i pokój, nie przewiduje sytuacji pośrednich i nie legitymizuje prowadzenia niewypowiedzianych wojen, niezależnie od tego, jaką formę mogłyby one przybrać.

Prawo Sejmu do decydowania o wojnie („stanie wojny”), a w konsekwencji o zawarciu pokoju, wynika z polskiej tradycji ustrojowej, skoro znajdowało odzwierciedlenie w artykułach henrykowskich¹⁵. Prawo parlamentu do wypowiedzenia wojny jest charakterystyczną cechą ustrojów demokratycznych, aczkolwiek równie charakterystyczne jest obchodzenie tego prawa w praktyce, związane z przewagą władzy wykonawczej w sferze polityki zagranicznej w demokratycznych systemach rządów. Wprawdzie Sejm jest organem władzy ustawodawczej, a uprawnienia przyznane mu w art. 116 Konstytucji RP mają charakter wykonaw-

¹³ Tak P. Grzebyk, *Komentarz do art. 116*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, s. 443.

¹⁴ Por. G. Orwell, *Rok 1984* (tłum. T. Mirkowicz), Warszawa 1988.

¹⁵ „O wojnie albo ruszeniu pospolitym nic zaczynać nie mamy, mimo pozwolenie sejmowe wszech stanów”, *Volumina Legum*, t. II, Petersburg 1859.

czy, to jednak doniosłość i złożoność przedmiotu regulacji wymaga powierzenia podejmowania rozstrzygnięcia w tym zakresie podmiotowi dysponującemu pluralistyczną legitymacją demokratyczną, a taki właśnie charakter ma Izba poselska. Przyjęty w Konstytucji RP system dwuizbowości nierównoprawnej znajduje potwierdzenie w wyłączeniu Senatu z procesu decydowania o stanie wojny. Następuje zarazem – na mocy przepisu Konstytucji RP – wprowadzenie wyjątku od zasady, zgodnie z którą to Prezydent RP jest najwyższym przedstawicielem państwa. W tym przypadku decyduje – w imieniu Rzeczypospolitej – Sejm. Jednakże, jeżeli Sejm nie może zebrać się na posiedzenie, to o stanie wojny postanawia Prezydent RP, przy czym do ważności tego aktu niezbędna jest kontrasygnata premiera.

Kompetencje Rady Ministrów dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa zewnętrznego państwa, sprawowania ogólnego kierownictwa w dziedzinie stosunków z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi oraz sprawowania ogólnego kierownictwa w dziedzinie obronności kraju (art. 146 ust. 4 Konstytucji RP) mogą być wykonywane jedynie w granicach wynikających z prawa Sejmu do decydowania o stanie wojny, a także w granicach uprawnień Prezydenta RP działającego w sytuacji, gdy Sejm nie może zebrać się na posiedzenie.

Decyzja Sejmu o stanie wojny, a więc o stworzeniu „szczególnej relacji prawnej między Rzeczypospolitą Polską a państwem, wobec którego stan ten został wprowadzony”¹⁶, jest równoznaczna z wypowiedzeniem wojny w rozumieniu postanowień III Konwencji Haskiej z dnia 18 października 1907 r.¹⁷

Konstytucja RP powierza też Sejmowi w art. 116 ust. 1 decydowanie o zawarciu pokoju. W doktrynie wskazano, że zawarcie pokoju wymaga formy umowy międzynarodowej, a zatem uchwalenia ustawy ratyfikacyjnej, co wyklucza interpretację zakładającą zarezerwowanie „całości kształtu decyzji” w tym przedmiocie dla Sejmu¹⁸. Decyzja o zakończeniu stanu wojny musi zostać podjęta skoro ustaną przesłanki jego wprowadzenia. W świetle stanowiska doktryny wykluczone jest w tym przypadku działanie Prezydenta RP, ponieważ w okolicznościach uzasadniających zakończenie stanu wojny Sejm może zebrać się na posiedzenie¹⁹.

Stan wojny powoduje istotne następstwa w stosunkach wewnętrznych. Sprowadzają się one do zaistnienia okoliczności określanych w Konstytucji RP jako „czas wojny”. W myśl art. 134 ust. 4 Konstytucji RP na czas wojny mianowany jest Naczelnym Dowódcą Sił Zbrojnych. Zgodnie z art. 175 ust. 2 Konstytucji RP na czas wojny mogą być ustanowione sądy wyjątkowe i tryb doraźny. W doktrynie wskazano, że terminy „stan wojny” i „czas wojny” nie są tożsame, ponieważ o ile

¹⁶ Tak L. Garlicki, *Komentarz do art. 116*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2001, s. 5.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

„stan wojny to stan prawny, o którego wprowadzeniu decyduje Sejm, o tyle czas wojny to okres działań wojennych”²⁰. W świetle sformułowań konstytucyjnych czas wojny biegnie wtedy, kiedy trwa wojna, a zatem jego początkiem jest decyzja Sejmu o stanie wojny. Bez niej trudno byłoby stwierdzić, że znaleźliśmy się w czasie wojny.

Sejm może podjąć uchwałę o stanie wojny jedynie w razie zbrojnej napaści na terytorium Rzeczypospolitej lub gdy z umów międzynarodowych wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji. Z tych też względów możliwe jest wprowadzenie stanu wojennego przez Prezydenta RP. Może on wprowadzić stan wojenny również w razie zewnętrznego zagrożenia państwa, a więc wtedy, gdy Sejm jeszcze nie podjął decyzji o stanie wojny. Stan wojenny w tym przypadku jest więc w istocie swego rodzaju wojną bez wojny.

Wprowadzenie stanu wojennego jako jednego ze stanów nadzwyczajnych jest, w świetle art. 228 ust. 1 Konstytucji RP, dopuszczalne „w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające”, to znaczy, jeżeli są niewystarczające dla zwalczania tych zagrożeń²¹. Dopiero wprowadzenie stanu wojennego tworzy przesłanki ograniczania praw człowieka i obywatela w zakresie wskazanym w art. 233 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, a ponadto umożliwia Prezydentowi RP wydawanie rozporządzeń z mocą ustawy na zasadach określonych w art. 234 Konstytucji RP. Wojna, czy też zagrożenie wojenne, nie pozwalają na ograniczenie wolności i praw człowieka i obywatela inaczej, jak tylko w ustawie, która nie może ograniczać fundamentalnych wolności i praw określonych w Konstytucji RP, a więc w art. 30 (godność człowieka), art. 32 i art. 36 (obywatelstwo), art. 38 (ochrona życia), art. 39, art. 40 i art. 41 ust. 4 (humanitarne traktowanie), art. 42 (ponoszenie odpowiedzialności karnej), art. 45 (dostęp do sądu), art. 47 (dobra osobiste), art. 53 (sumienie i religia), art. 63 (petycje) oraz art. 48 i art. 72 (rodzina i dziecko). Ponadto „niedopuszczalne jest ograniczanie wolności i praw człowieka i obywatela wyłącznie z powodu rasy, płci, języka, wyznania lub jego braku, pochodzenia społecznego, urodzenia oraz majątku” (art. 233 ust. 2). Wojna i zagrożenie wojenne nie oznaczają więc końca gwarancji konstytucyjnych potwierdzających godność człowieka ani też kresu porządku prawnego. Konstytucja RP nie milknie w obliczu wojny i nie traci swojego znaczenia. Przeciwnie, zachowuje ona swoją moc obowiązującą i jest najwyższym prawem także w stanie wojennym i w stanie wojny, co w szczególności oznacza obowiązywanie zasady, w myśl której działania podjęte w wyniku wprowadzenia stanu nadzwyczajnego muszą odpowiadać stopniowi zagrożenia i powinny zmierzać do jak najszybszego przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa (art. 228 ust. 5). Ponadto w czasie stanu wojennego nie mogą być

²⁰ Por. P. Grzebyk, *Komentarz do art. 116*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja...*, s. 447.

²¹ Por. K. Działocha, *Komentarz do art. 228*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 1.

zmienione: Konstytucja RP, ordynacje wyborcze do Sejmu, Senatu i organów samorządu terytorialnego, ustawa o wyborze Prezydenta RP oraz ustawy o stanach nadzwyczajnych. Zarazem także w tym czasie oraz w ciągu 90 dni po jego zakończeniu nie może być skrócona kadencja Sejmu, przeprowadzane referendum ogólnokrajowe, nie mogą być przeprowadzane wybory, a kadencje organów, których to dotyczy, ulegają odpowiedniemu przedłużeniu. Konstytucja RP broni się więc przed ewentualnymi próbami wykorzystania wojny i zagrożenia wojennego w celach związanych z wewnętrzną rywalizacją polityczną.

Jeżeli w czasie stanu wojennego Sejm nie może zebrać się na posiedzenie, to staje się możliwe wydawanie przez Prezydenta RP rozporządzeń z mocą ustawy²², w zakresie i w granicach określonych w Konstytucji RP. Chodzi w szczególności o respektowanie zasady, w myśl której to ustawa – a nie rozporządzenie z mocą ustawy – określa zasady działania organów władzy publicznej oraz zakres, w jakim mogą zostać ograniczone wolności i prawa człowieka i obywatela. Rozporządzenia te podlegają zatwierdzeniu przez Sejm na najbliższym posiedzeniu (art. 234 ust. 1).

Stanowiąc w art. 116 o wojnie, Konstytucja RP wyklucza możliwość prowadzenia wojny napastniczej także w formule wojny prewencyjnej czy też samoobrony wyprzedzającej, skoro przesądza o możliwości podjęcia przez Sejm odpowiedniej uchwały jedynie w razie zbrojnej napaści na terytorium Rzeczypospolitej lub gdy z umów międzynarodowych wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji, a więc w następstwie aktu agresji²³. Ograniczenie to – mające kluczowe znaczenie dla konstytucyjnej regulacji spraw wojny i pokoju – jest współtrotne zarówno wiążącemu Rzeczpospolitą prawu międzynarodowemu, którego przestrzeganie stanowi obowiązek wynikający z art. 9 ustawy zasadniczej, jak i postanowieniom preambuły.

Doświadczenia wskazują jednak, że demokratyczne konstytucje nie są w stanie powstrzymać antydemokratycznych transformacji ustrojowych i zapobiec wojnom. Konstytucje, a także traktaty międzynarodowe, zwłaszcza dotyczące konfliktów zbrojnych, zwykle spełniają rolę owych map, przedstawiających „świat nie z tego świata”, które „nie dają przystępu napastliwej prawdzie” o „grobach masowych i nagłych ruinach”²⁴. Wojna stanowi klęskę konstytucji, ponieważ unicestwia jej fundament, którym jest przekonanie o przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka. Wojna sprawia, że człowiek, ze wszystkimi swoimi realnymi i potencjalnymi zdolnościami, staje się wykonującym rozkazy żołnierzem,

²² Por. D. Górecki, *Uprawnienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w czasie wojny*, (w:) D. Górecki (red.), *Instytucja Prezydenta w polskim i litewskim prawie konstytucyjnym*, Łódź 2017, s. 51 i n.

²³ Tak L. Garlicki, *Komentarz do art. 116*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja...*, s. 6 i n. Por. także P. Grzebyk, *Komentarz do art. 116*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja...*, s. 450.

²⁴ Tak W. Szyborska, *Mapa*, <https://www.szyborska.org.pl/szyborska/wiersze/mapa/> (dostęp: 30.03.2022 r.).

celem pocisków, siłą żywą przeciwnika i ofiarą wojny. Pierwszymi ofiarami wojny są jednak prawo i prawda, zredukowane do roli wyznaczonej im przez pragnienie zwycięstwa i swoistą sakralizację walki, wykluczającą zwątpienie w jej sens w każdych okolicznościach, w myśl ponadczasowej pewności, że *dulce et decorum est pro patria mori*²⁵. Historia ludzkości to przecież dzieje wojen, mających jakże istotne znaczenie dla powstania i rozwoju cywilizacji²⁶, a być może także dla jej unicestwienia. Ostatnia wojna światowa trwa w istocie we wciąż nowych odsłonach i wcieleniach nierozstrzygniętego przecież trwałym pokojem sporu o ostateczne zwycięstwo, mające wskazać jedyne władzę planety²⁷.

Granica między wojną i pokojem, rozumianym jako brak wojny, ulega zatarciu ze względu na stały wzrost wydatków na zbrojenia, powodujących degradację świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych, co zapewne pociąga za sobą ofiary w ludziach co najmniej porównywalne ze stratami wynikającymi z dotychczas podejmowanych przez Polskę pod rządami obowiązującej Konstytucji RP działań sił zbrojnych. Zbrojenia „pobudzają państwa do tego, by prześcigały się wzajemnie”, a poprzez „związane z tym koszty pokój staje się ostatecznie większym ciężarem niż krótkotrwała wojna”²⁸. Konstytucja RP mogłaby temu zapobiec, przewidując, że w czasie pokoju wydatki na zbrojenia mogą stanowić nie więcej niż 1/3 środków publicznych przeznaczanych na finansowanie opieki zdrowotnej.

II. UŻYCIE WOJSKA POZA GRANICAMI KRAJU

Wstęp do Konstytucji RP, determinujący jej stosowanie, wzywa wszystkich, aby czynili to „dbając o zachowanie przyrodzonej godności człowieka, jego prawa do wolności i obowiązku solidarności z innymi”. Działania wojenne – jako istotny przejaw aktywności władzy publicznej – mogą być jedynie stosowaniem Konstytucji RP legitymującej je i warunkującej ich dopuszczalność w ustroju demokratycznym. Prowadzenie wojny nie oznacza przecież zawieszenia obowiązywania Konstytucji. Demokratyczne państwo prawne nie może prowadzić wojny inaczej jak na podstawie i w granicach prawa. W przeciwnym razie traci swoją tożsamość konstytucyjną²⁹.

²⁵ Horacy, *Pieśni*, II, 3, 13, Warszawa 1972, s. 233.

²⁶ Por. przykładowo J. Hillman, *Miłość do wojny*, Warszawa 2017, s. 9 i n.

²⁷ Por. R. Piotrowski, *Aktualność Konstytucji dla Europy Wojciecha Bogumiła Jastrzębowski*, (w:) B. Michalec, T. Skoczek (red.), *Wojciech Bogumił Jastrzębowski. W 190. rocznicę wydania Konstytucji dla Europy*, Warszawa 2021, s. 83 i n.

²⁸ Tak I. Kant, *Do wiecznego pokoju. Projekt filozoficzny*, Toruń 1995, s. 51.

²⁹ Por. R. Piotrowski, *Demokratyczne państwo prawne a wojna. Uwagi o doświadczeniach polskich*, (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013, s. 221 i n.

Preambuła do Konstytucji RP, akcentując znaczenie odzyskanej przez Polskę możliwości suwerennego i demokratycznego stanowienia o własnym losie, deklaruje potrzebę „współpracy ze wszystkimi krajami dla dobra Rodziny Ludzkiej”, przestrzegania obowiązku „solidarności z innymi” oraz uniwersalnych wartości. Powinność ta – jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny – „odnosi się nie tylko do stosunków wewnętrznych, lecz także zewnętrznych. Analogiczne wartości, należące do wspólnego dziedzictwa prawnego państw europejskich, determinują też cele i kierunek działania Wspólnot i Unii Europejskiej”³⁰. Zgodnie z art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej³¹: „Unia opiera się na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz państwa prawnego”. Są one wspólne dla państw członkowskich, a zatem wyznaczają także standardy prowadzenia wojny przez te państwa. Standardy te nie są jednak wiążące dla krajów, które do Unii nie należą. Ze względu na zasadę lojalności państwo członkowskie Unii Europejskiej nie może prowadzić działań wojennych stosownie do innych reguł, aniżeli wynikające z prawa europejskiego³².

Z tej perspektywy należy interpretować postanowienia art. 117 Konstytucji RP, w myśl którego zasady „użycia Sił Zbrojnych poza granicami Rzeczypospolitej określa ratyfikowana umowa międzynarodowa lub ustawa”. Przepis ten nie wprowadza wyjątku od obowiązywania Konstytucji RP. Zarówno umowa międzynarodowa, jak i ustawa muszą być zgodne z postanowieniami ustawy zasadniczej i nie mogą uchylać zawartych w niej reguł dotyczących prowadzenia wojny. Oznacza to, że użycie wojska poza granicami kraju nie może być sprzeczne z postanowieniami Karty Narodów Zjednoczonych.

Przestrzeganie obowiązującej Konstytucji RP zapobiegłoby zaangażowaniu Polski w wojnę z Irakiem³³. W myśl Konstytucji RP Karta Narodów Zjednoczonych, określająca zasady dozwolonego użycia polskich sił zbrojnych w ramach akcji w razie zagrożenia pokoju, naruszenia pokoju i aktów agresji, ma pierwszeństwo przed postanowieniami ustawy, na podstawie której nastąpiło skierowanie żołnierzy do akcji w Iraku. Chodzi tu w szczególności o wydanie w 2003 r. postanowienia o użyciu polskiego kontyngentu wojskowego w akcji zbrojnej przeciwko Irakowi, podjętego z naruszeniem rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, a także innych postanowień tej Karty, w szczególności zakazujących naruszania integralności terytorialnej i niezawisłości politycznej jakiegokolwiek

³⁰ Tak Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia w sprawie Kpt 2/08.

³¹ Dz.Urz. UE C nr 202 z 2016 r., s. 13 (wersja skonsolidowana); dalej: TUE.

³² Por. R. Piotrowski, *Demokratyczne państwo prawne a wojna. Uwagi o doświadczeniach polskich*, (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo...*, s. 227.

³³ Por. R. Piotrowski, *Wartości i polityka. Refleksje o dysfunkcjonalnej praktyce konstytucyjnej*, „Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego” 2011, nr 1, s. 9 i n. Ustalenia tam zawarte wykorzystano w niniejszym opracowaniu.

państwa³⁴. Z art. 117 Konstytucji RP wynika pierwszeństwo umowy międzynarodowej w stosunku do ustawy przy podejmowaniu tego rodzaju decyzji. W świetle art. 241 ust. 1 Konstytucji RP Karta Narodów Zjednoczonych stanowi część krajowego porządku prawnego, jest bezpośrednio stosowana i ma pierwszeństwo przed ustawą. Przedłożenie premiera w tym przedmiocie mogłoby się spotkać z akceptacją Prezydenta RP czuwającego nad przestrzeganiem Konstytucji RP jedynie w nadzwyczajnej sytuacji, w której trzeba poświęcić niektóre postanowienia ustawy zasadniczej dla ratowania zagrożonej suwerenności i niepodległości, czy też bezpieczeństwa obywateli. Tego rodzaju okoliczności wówczas nie zachodziły. W polskiej doktrynie prawa międzynarodowego wskazano, że „działania koalicji pod przywództwem USA stanowiły poważne naruszenie Karty Narodów Zjednoczonych”³⁵, „uciekanie się do siły militarnej wbrew Kartie Narodów Zjednoczonych bez stosownej decyzji Rady Bezpieczeństwa (...) pod nieprawdziwym pretekstem prowadzi do erozji prawa międzynarodowego”³⁶, zaś „argumenty państw podejmujących działania zbrojne w Iraku nie są wystarczające dla uznania interwencji za prawomocną”³⁷. Było to zarazem złamanie – przy akceptacji większości sejmowej³⁸, ale wbrew stanowisku większości obywateli³⁹ – podstawowej konstytucyjnej zasady ustrojowej, w myśl której Rzeczpospolita przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP).

Wątpliwości natury konstytucyjnej budzi wydanie w 2001 r. przez Prezydenta RP na wniosek ówczesnego rządu postanowienia o użyciu polskiego kontyngentu wojskowego w Afganistanie. Dotychczas żadna umowa międzynarodowa dotycząca spraw wojskowych nie została zawarta w trybie art. 90 Konstytucji RP, a więc nie zobowiązuje do przekazania podmiotowi ponadnarodowemu kompetencji organów władzy państwowej⁴⁰. W doktrynie wskazano, że przekazywanie

³⁴ R. Kwiecień określa „akcję przeciwko Irakowi” jako bezprawną, stwierdzając, że „polityczne zwycięstwo interwencjonizmu okazało się kolejną porażką prawa międzynarodowego”. Tak R. Kwiecień, *Interwencja zbrojna a naruszenie suwerenności państwa w prawie międzynarodowym*, „Sprawy Międzynarodowe” 2004, nr 1, s. 93.

³⁵ Tak W. Czapliński, *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 1, s. 33.

³⁶ Tak J. Symonides, *Wojna z Irakiem a prawo międzynarodowe*, „Rocznik Strategiczny” 2003/2004, Warszawa 2004, s. 375.

³⁷ Tak W. Stankiewicz, *Legalność interwencji w Iraku w świetle prawa międzynarodowego*, (w:) S. Wojciechowski (red.), *Irak wczoraj i dziś*, Poznań 2005, s. 127. Por. także M. Lasoń, *Polska misja w Iraku*, Warszawa 2010, s. 141 i n.

³⁸ Por. przykładowo debatę nad Informacją rządu w sprawie udziału polskiego kontyngentu wojskowego w składzie sił koalicji międzynarodowej dla wymuszenia przestrzegania przez Irak rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ, Sprawozdanie Stenograficzne z 44 posiedzenia Sejmu IV kadencji w dniu 26 marca 2003 r.

³⁹ Przeciwno zaangażowaniu w ewentualną wojnę w Iraku opowiadało się 75% badanych. Por. *Wzrost nastrojów antywojennych. Komunikat z badań CBOS*, Warszawa 2003.

⁴⁰ Tak L. Garlicki, *Komentarz do art. 117*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2001, s. 5.

kompetencji zawsze wymaga rozważenia w świetle poszczególnych zasad podstawowych Konstytucji RP wyznaczających tożsamość państwa, do których należy: wymóg zapewnienia ochrony godności człowieka i praw konstytucyjnych, zasada państwowości, zasada demokracji, zasada państwa prawnego, zasada sprawiedliwości społecznej, zasada subsydiarności⁴¹. Te właśnie zasady określają „cele organów władzy publicznej przy negocjowaniu treści umów stanowiących podstawę przekazywania kompetencji organów władzy państwowej”, „wyznaczają minimalne wymogi, jakie muszą zostać spełnione przy przekazywaniu kompetencji”, „określają kierunki działań polskich organów władzy publicznej w organizacjach i organach międzynarodowych”, „określają nieprzekraczalne granice obowiązujące przy wykonywaniu przez polskie organy władzy publicznej aktów prawnych organizacji i organów międzynarodowych”⁴².

Układ międzynarodowy nie może zastępować obowiązującej Konstytucji RP, a doraźne kalkulacje polityczne nie zastąpią zasad racjonalnego podejmowania decyzji oraz wiedzy o skuteczności narzucania siłą rozwiązań ustrojowych i własnej kultury. Postanowienia umów międzynarodowych mogą być wykonywane jedynie w zgodzie z Konstytucją RP, a umacnianie bezpieczeństwa zewnętrznego powinno być realizowane w zgodzie z zasadami i wartościami konstytucyjnymi. Skoro kompetencje organów państwowych w odniesieniu do użycia Sił Zbrojnych poza granicami kraju nie zostały przekazane organowi międzynarodowemu lub organizacji międzynarodowej, to konstytucyjnie wykluczona była mająca miejsce w Afganistanie sytuacja, w której Polska miała ograniczony wpływ na strategię wykorzystania swoich żołnierzy, ponosiła koszty moralne i materialne ich udziału w wojnie, a ponadto – w warunkach kryzysu – nie była w stanie zapewnić im odpowiedniego uzbrojenia i nie otrzymywała go od sojuszników. W najlepszych tradycjach narodowych, których znaczenie podkreśla preambuła do Konstytucji RP, nie mieści się prowadzenie tego rodzaju wojny. Przeciwnie, preambuła deklaruje potrzebę współpracy „ze wszystkimi krajami dla dobra Rodziny Ludzkiej”. Wysłanie żołnierzy do Afganistanu nie wzmocniło suwerenności ani bezpieczeństwa państwa, a zmniejszyło naszą zdolność obronną i osłabiło możliwości rozwiązywania dotkliwych problemów społecznych w kraju.

Użycie sił zbrojnych poza granicami kraju w wyniku postanowienia Prezydenta RP wymaga szczególnej ostrożności i może mieć miejsce jedynie jako *ultima ratio*. Wysłanie żołnierzy powinno być proporcjonalne do zagrożenia suwerenności Polski i bezpieczeństwa jej obywateli i musi mieć oparcie w wartościach konstytucyjnych oraz zadaniach Prezydenta RP wymienionych w art. 126 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego⁴³ wynika, że swoje kompetencje ustawowe, a więc dotyczące postanowienia

⁴¹ Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007, s. 284 i n.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Por. uzasadnienie postanowienia z dnia 20 maja 2009 r., Kpt 2/08, M.P. nr 32, poz. 478.

o użyciu sił zbrojnych poza granicami kraju, Prezydent RP może wykonywać tylko dla ochrony suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium. Wartości te przeważają nad postanowieniami umów międzynarodowych, które mogą być realizowane jedynie w zgodzie z Konstytucją RP. Wymienione wartości nie były zagrożone ani w Iraku, ani w Afganistanie. Przestrzeganie Konstytucji RP chroniłoby Prezydenta RP przed naciskami sojuszniczego mocarstwa i pozwoliłoby uniknąć strat ludzkich i materialnych, a także trudnych do sprecyzowania konsekwencji politycznych i moralnych podjętej decyzji.

Udział w obu wojnach spowodował zagrożenie dla bezpieczeństwa i tożsamości aksjologicznej państwa, związane zarówno z okolicznościami podejmowania decyzji, jak i towarzyszącym temu ignorowaniem wartości konstytucyjnych, od których silniejsze okazują się tajne negocjacje i nieformalne porozumienia. Konsekwencje akcji wojskowej wydają się trudne do przewidzenia. Obie wojny przyczyniły się do osłabienia Sojuszu Północnoatlantyckiego i Unii Europejskiej wskutek napływu uchodźców⁴⁴, a to zagraża bezpieczeństwu zewnętrznemu państwa. Dobrowolny udział w tego rodzaju przedsięwzięciu stawia pod znakiem zapytania zarówno rzetelność, jak i sprawność działania, które powinny – w myśl wstępu do Konstytucji RP – charakteryzować władze publiczne. Już samo zetknięcie się polskich Sił Zbrojnych ze stosowanymi przez organizatora wojny metodami jej prowadzenia, stanowiło zagrożenie dla tożsamości sił zbrojnych demokratycznego państwa prawnego. Udział w wojnie w Afganistanie i w Iraku stworzył okoliczności, które doprowadziły do wszczęcia postępowania związanego z zarzutem przetrzymywania i torturowania więźniów na polskim terytorium⁴⁵. Postawienie takiego zarzutu świadczy o istnieniu okoliczności uchybiających godności Narodu polskiego, związanych z uznaniem, że w Polsce obce służby państwowe zdecydowały się podejmować działania, których nie chciały prowadzić u siebie, jakby w przewidywaniu, że to właśnie tu istnieją demokratyczne władze publiczne zdolne nie wiedzieć o tym, co dzieje się na ich terytorium z woli innego państwa⁴⁶.

Jednym z następstw „użycia” żołnierzy poza granicami, mającego wielowymiarowe konsekwencje⁴⁷, jest uchwalenie ustawy o zmianie ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa⁴⁸, która – wbrew Konstytucji RP – uzależnia

⁴⁴ Por. R. Piotrowski, *Europa wobec uchodźców – wartości i praktyka*, (w:) J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w Europie*, Toruń 2017, s. 11 i n.

⁴⁵ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 24 lipca 2014 r. w sprawie *Al. Nashiri przeciwko Polsce*, skarga nr 28761/11.

⁴⁶ Por. R. Piotrowski, *Wartości i polityka...*, s. 25.

⁴⁷ Por. R. Piotrowski, *Demokratyczne państwo prawne a wojna. Uwagi o doświadczeniach polskich*, (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo...*, s. 228.

⁴⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 396, z późn. zm.; dalej: ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r.

przestrzeganiu ustawy oraz prawa międzynarodowego przez polskich żołnierzy poza granicami kraju od niepublikowanego zarządzenia Ministra Obrony Narodowej (art. 7c ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r.). Ustawa ta dopuszcza również użycie broni palnej w bezpośrednim pościgu za osobą, wobec której użycie broni było dopuszczalne według ustawy, „w stosunku do kobiet o widocznej ciąży, osób, których wygląd wskazuje na wiek do 13 lat, starców oraz osób o widocznym kalectwie”, jeżeli „okoliczności wskazują na konieczność użycia broni w stosunku do tych osób” (art. 7b ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r.). W sprawozdaniu komisyjnym o rządowym projekcie tych przepisów wskazano, że: „Do tej pory jedyną podstawą prawną regulującą zasady i warunki użycia siły przez żołnierzy Sił Zbrojnych poza granicami państwa były ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz akty normatywne wydane przez organy organizacji międzynarodowych, którym jednostki wojskowe zostały podporządkowane na czas operacji. W zakresie umów międzynarodowych najistotniejsze znaczenie miały umowy składające się na międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych (...)”⁴⁹, co „istotnie ogranicza poczucie bezpieczeństwa prawnego żołnierzy – pełniących służbę w polskich kontyngentach wojskowych – w sytuacjach, w których występuje konieczność użycia siły”⁵⁰. Sprawozdanie to jest oparte na założeniu, że prawo międzynarodowe stanowi zagrożenie dla żołnierzy i – chociaż z art. 241 ust. 1 Konstytucji RP wynika pierwszeństwo tego prawa przed ustawami – należy to zagrożenie wyeliminować, posługując się ustawą. W dyskusji stwierdzono: „Do tej pory każdorazowo opieraliśmy się na ratyfikowanych umowach międzynarodowych. W hierarchii źródeł prawa stoją one co prawda wyżej niż ustawy, jednak aby było jasne, ogólne unormowania powinny znaleźć się w polskiej ustawie”⁵¹. Oznacza to w istocie faktyczną zmianę Konstytucji RP dokonaną w ustawie zwykłej i polegającą na zastąpieniu obowiązującego art. 9 ustawy zasadniczej sformułowaniem, w myśl którego Rzeczpospolita przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, o ile Minister Obrony Narodowej nie zarządzi inaczej w celu zrealizowania zadań danej operacji wojskowej. Mamy zatem do czynienia z obejściem zarówno art. 9, jak i art. 89 i 241 ust. 1 Konstytucji RP, określających miejsce umów międzynarodowych w hierarchii źródeł prawa. Posłowie byli przekonani o przełomowym charakterze wprowadzanych rozwiązań modyfikujących art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r., zobowiązujący żołnierzy i pracowników wojska do przestrzegania „wiążącego Rzeczpospolitą Polską prawa międzynarodowego”. Od momentu nowelizacji ustawy rozwiązanie to – „do tej pory” obowiązujące – traci swój bezwzględny charakter. Dotychczas „jedyną podstawą prawną określającą zasady i warunki użycia siły przez żołnierzy Sił Zbrojnych poza granicami państwa były ratyfi-

⁴⁹ Tak poseł sprawozdawca, *Sprawozdanie Stenograficzne z 76 posiedzenia Sejmu VI kadencji w dniu 20 października 2010 r.*, s. 84.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Tak poseł C. Tomczyk, *Sprawozdanie...*, s. 85.

kowe umowy międzynarodowe oraz akty normatywne wydane przez organy organizacji międzynarodowych”, co ograniczało „poczucie bezpieczeństwa prawnego żołnierzy pełniących służbę w polskich kontyngentach wojskowych”⁵². Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. eliminuje brak poczucia bezpieczeństwa w ten sposób, że pozwala żołnierzom użyć broni stosownie do zasad „określonych przez organ organizacji międzynarodowej” lub wynikających „z celu użycia jednostki wojskowej poza granicami państwa”, a ponadto pozwala Ministrowi Obrony Narodowej określić – w drodze niepublikowanego zarządzenia – które z zasad użycia broni wynikające z prawa międzynarodowego oraz ustawy, ale przecież nie z zasad „określonych przez organ organizacji międzynarodowych”, będą stosowane. Ustawodawcy chodziło o to, by zapobiec „takiej samej sytuacji, jak w przypadku żołnierzy z Nangar Khel, kiedy to nasi żołnierze byli obwiniani za czynności, które w stanie wojny wykonuje się całkiem inaczej niż w stanie pokoju”⁵³. Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. eliminuje brak poczucia bezpieczeństwa polskich żołnierzy także w ten sposób, że pozwala im według własnego uznania strzelać do osób cywilnych wbrew utrwalonym zakazom kulturowym.

Doświadczenia wojenne prowadzą więc do odrzucenia w ustawie z dnia 17 grudnia 1998 r. konstytucyjnych podstaw demokratycznego państwa prawnego, do których należy uznanie, że: „Rzeczpospolita zapewnia każdemu człowiekowi prawną ochronę życia” (art. 38 Konstytucji RP). Uzależnienie życia ludności cywilnej od swobodnej oceny żołnierzy jest niezgodne z istotą demokratycznego państwa prawnego, ponieważ „podstawowym przymiotem człowieka jest jego życie. Pozbawienie życia unicestwia więc równocześnie człowieka, jako podmiot praw i obowiązków. Jeżeli treścią zasady państwa prawa jest zespół podstawowych dyrektyw wyprowadzanych z istoty demokratycznie stanowionego prawa, a gwarantujących minimum jego sprawiedliwości, to pierwszą taką dyrektywą musi być respektowanie w państwie prawa wartości, bez której wykluczona jest wszelka podmiotowość prawna, tj. życia ludzkiego od początków jego powstania. Demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju”⁵⁴.

W myśl art. 8 ratyfikowanego przez Polskę Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzonego w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r.⁵⁵ do zbrodni wojennych należy „zamierzone kierowanie ataków przeciwko ludności cywilnej lub osobom cywilnym niebiorącym bezpośredniego udziału w działaniach wojennych”. Ustawa regulująca zasady użycia Sił Zbrojnych poza granicami państwa może sprzyjać tego rodzaju atakom, stwarzając ponadto

⁵² Tak poseł J. Kochanowski, *Sprawozdanie...*, s. 86.

⁵³ Tak poseł M. M. Łuczak, *Sprawozdanie...*, s. 87.

⁵⁴ Tak Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie K 26/96.

⁵⁵ Dz.U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

ryzyko – stanowiącego według art. 8 wspomnianego Statutu zbrodni wojenną – zamierzonego przeprowadzania „ataku ze świadomością, iż atak ten spowoduje przypadkową utratę życia lub zranienie osób cywilnych (...), które byłyby wyrażnie nadmierne w stosunku do konkretnej, bezpośredniej i całkowitej spodziewanej korzyści wojskowej”. Skoro ustawa pozwala Ministrowi Obrony Narodowej na odstąpienie w niepublikowanym zarządzeniu nawet od określonych w niej reguł użycia broni, obciążonych przeciw potencjalnym ryzykiem popełnienia zbrodni wojennych, to wspomniane ryzyko może być znacznie większe w przypadku zasad sformułowanych w zarządzeniu, skoro nie podlega ono cywilnej i demokratycznej kontroli, ponieważ jest tajne. Stosownie do art. 43 Konstytucji RP zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości – a więc czyny naruszające „zakazy wynikające z odpowiednich porozumień międzynarodowych dotyczących prowadzenia działań wojennych i okupacji bądź naruszające powszechnie uznawane aktualnie zasady prawa międzynarodowego w tym względzie, czy też czyny wynikające z polskich ustaw karnych, a popełniane w okresie wojny” oraz „czyny zmierzające do eksterminacji pewnych grup ludności”⁵⁶ – nie podlegają przedawnieniu. W doktrynie znalazł wyraz pogląd, że Konstytucja RP nie wprowadza w tym przypadku nowego standardu, a jedynie potwierdza ten, który wynika z prawa międzynarodowego⁵⁷. Tym bardziej trudno pogodzić z ustawą zasadniczą korygowanie zobowiązań międzynarodowych zarządzeniem ministerialnym.

W obowiązującym stanie konstytucyjnym ustawodawca nie może wprowadzić zasady pierwszeństwa reguł „określonych przez organ organizacji międzynarodowej” przed ustawą polską, jeżeli organowi temu nie przekazano w umowie międzynarodowej kompetencji organów państwowych w niektórych sprawach. Wynika to z art. 91 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1 Konstytucji RP.

III. KONSTYTUCYJNY STATUS SIŁ ZBROJNYCH

Podstawą konstytucyjnej regulacji dotyczącej wojny i pokoju są postanowienia określające ustrojową pozycję sił zbrojnych. W myśl art. 26 Konstytucji RP „Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic”. Pozwala to na użycie polskiego kontyngentu wojskowego poza granicami kraju jedynie w celach wskazanych w ustawie zasadniczej, które

⁵⁶ Tak P. Sarnecki, *Komentarz do art. 43*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016, s. 230 i n.

⁵⁷ Por. T. Sroka, *Komentarz do art. 43*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, s. 1078.

nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Siły Zbrojne – jak stanowi Konstytucja RP – „zachowują neutralność w sprawach politycznych oraz podlegają cywilnej i demokratycznej kontroli” (art. 26 ust. 2). Interpretacja art. 26 ust. 1 zakładająca, że zawiera on jedynie przykładowe wskazanie zadań sił zbrojnych, prowadziłaby do uznania, że siły te mogą zostać dowolnie wykorzystane, choćby dla udziału w wojnach postkolonialnych, czy też przeciwko ludności własnego kraju.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znalazł wyraz pogląd, że „Siły Zbrojne RP mają być gwarancją utrzymania pokoju, nie zaś narzędziem agresji”⁵⁸. W świetle tego orzecznictwa „polityczna neutralność Sił Zbrojnych ma dwa aspekty – po pierwsze oznacza, że Siły Zbrojne nie mogą stanowić autonomicznego podmiotu w strukturze politycznej państwa, zdolnego do wywierania wpływu na polityczne decyzje konstytucyjnych organów państwa. Gwarancją tego aspektu neutralności politycznej Sił Zbrojnych jest cywilna kontrola nad Siłami Zbrojnymi, zapewniająca podległość wojska konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej. Drugim aspektem politycznej neutralności Sił Zbrojnych jest wyłączenie tej struktury państwowej ze sfery bezpośredniego oddziaływania partii politycznych”⁵⁹.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił przy tym, że „na plan pierwszy wysuwa się jednak rozumienie neutralności Sił Zbrojnych jako obowiązku kierowania się dobrem wspólnym wszystkich obywateli, nie zaś ich grup, wyrażającym się w zachowaniu niepodległego bytu państwowego, niepodzielności terytorium i nienaruszalności granic. Neutralność polityczną Sił Zbrojnych wiązać zatem należy z istnieniem takich struktur, które zapewniają realizację funkcji obronnych. Dla ich realizacji struktury Sił Zbrojnych muszą być zbudowane w taki sposób, by uniemożliwiało to wpływ grupowych interesów obywateli na spełnianie funkcji obronnych, wszędzie tam, gdzie kolizja interesu wspólnego (bytu państwa) z interesem grupowym nie tylko istnieje, ale może potencjalnie powstać”⁶⁰.

Neutralność polityczna wojska implikuje regulowanie struktury i funkcjonowania armii na zasadzie jej służebności wobec Rzeczypospolitej rozumianej jako dobro wspólne wszystkich obywateli. Wymaga to rezygnacji z podporządkowania spraw wojskowych jedynie rozwiązaniom zdeterminowanym większością i odzwierciedlającym interesy większości. Sytuacja sił zbrojnych w państwie i ich rozwój powinny podlegać regułom kształtowanym na zasadzie ponadpartyjnego kompromisu, nie zaś dyktowanym przez większość parlamentarną przy wykluczeniu opozycji.

Według Trybunału Konstytucyjnego „wymóg politycznej neutralności pewnych segmentów służb publicznych oznacza przede wszystkim niedopuszczalność motywowania realizacji konstytucyjnych i ustawowych zadań tych służb

⁵⁸ Tak w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 czerwca 1997 r., K 24/96, OTK 1997, nr 2, poz. 20.

⁵⁹ Tak w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, Dz.U. nr 56, poz. 517.

⁶⁰ *Ibidem*.

interesami ugrupowań politycznych”⁶¹. W praktyce funkcjonowania państwa ma jednak miejsce daleko idące uzależnienie szczegółowych rozwiązań dotyczących struktury i funkcjonowania sił zbrojnych od konkretnych programów partii politycznej dysponującej większością parlamentarną, kontestowanych przez ugrupowania opozycji parlamentarnej. Z punktu widzenia doktryny siły zbrojne „ani jako całość, ani też działając za pośrednictwem swoich członków – żołnierzy, a zwłaszcza dowódców – nie mogą brać udziału w kampaniach wyborczych, polemikach politycznych i sporach ideowych, występować lub dać się wykorzystywać w interesie jakichkolwiek ugrupowań lub osobistości politycznych. Są one narzędziem Rzeczypospolitej niezależnie od tego, jakie ugrupowanie lub koalicja partyjna sprawuje w niej władzę”⁶². Zdaniem doktryny „zachowanie neutralności w sprawach politycznych oznacza niezaangażowanie się po stronie jakiegokolwiek partii, organizacji, idei czy osoby zmierzającej do przejęcia lub zmiany układu władzy politycznej”⁶³. Spostrzeżenie to można odnieść również do angażowania sił zbrojnych na rzecz utrzymania władzy przez ugrupowanie rządzące, jeżeli miałyby to naruszać zasadę politycznej neutralności wojska, a więc przesadne wykorzystanie sił zbrojnych dla propagandowych potrzeb rządzącej większości. Według Trybunału Konstytucyjnego „choć z art. 26 Konstytucji nie wynika wprost zakaz przynależności żołnierzy do partii politycznych, to jednak warunek zachowania neutralności w sprawach politycznych nie mógłby być realizowany bez ustawowego ograniczenia prawa zrzeszania się w partie”⁶⁴.

IV. KONSTYTUCJE I PERSPEKTYWA POKOJU

Wojna i pokój to zjawiska współzależne, które wypada zaliczyć do najstarszych doświadczeń ludzkości, mających – niestety – konstytutywne znaczenie dla narodzin i rozwoju cywilizacji ludzkiej. Wojna jako „stan egzystencji zbiorowej”⁶⁵ będący przeciwieństwem pokoju jest swoistym „grzechem pierworodnym” ludzkości, którego nie popełniono w raju, gdzie panował pokój⁶⁶. Wojna jest też, być może, trwałym przeznaczeniem ludzkości, skoro – mimo wszystkich wysiłków – przemoc w jej różnych postaciach, a więc „niesprawiedliwości, nadmierne

⁶¹ Tak w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2002 r., K 26/00.

⁶² Por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 42.

⁶³ Por. J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998, s. 64.

⁶⁴ Tak w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2002 r., K 26/00.

⁶⁵ Tak P. Kaczorowski, *Wojna/pokój*, (w:) B. Szlachta (red.), *Słownik społeczny*, Kraków 2004, s. 1538.

⁶⁶ Por. J. Delumeau, *Historia raju*, Warszawa 2017, s. 241 i n.

nierówności w porządku gospodarczym i społecznym, zazdrość, podejrzliwość i pycha, które szkodliwie szerzą się między ludźmi i narodami, wciąż zagrażają pokojowi i powodują wojny⁶⁷.

Relacje między pokojem, wojną i konstytucjami są złożone. Niekiedy konstytucje powstają, by lepiej przygotować obronę państwa, jak Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki, ustanowiona – jak głosi preambuła – także „w celu zapewnienia środków na wspólną obronę”, albo uratować już istniejące przed upadkiem i obronić je przed wrogami, jak Konstytucja 3 Maja. Zdarza się, że konstytucja jest owocem kampanii wojennej, jak Konstytucja Księstwa Warszawskiego. Niekiedy też konstytucje są stanowione po to, by zapobiec niebezpieczeństwu wojen przez stworzenie gwarancji mających chronić państwo przed patologią totalitarnej dyktatury⁶⁸, jak konstytucje Włoch, Niemiec i Japonii.

Doświadczenie wskazuje, że demokratyczne konstytucje nie są w stanie powstrzymać antydemokratycznej transformacji ustrojowej i zapobiec wojnie, o czym świadczą losy republiki weimarskiej i jej konstytucji⁶⁹. Od czasów wojny peloponeskiej wiadomo, jak wojownicze i okrutne bywają demokracje. To przecież Ateńczycy, zanim rozprawią się z mieszkańcami Melos, kierują do nich słowa: „Przecież jak wy tak i my wiemy doskonale, że sprawiedliwość w ludzkich stosunkach jest tylko wtedy momentem rozstrzygającym, jeśli po obu stronach równe siły mogą ją zagwarantować; jeśli zaś idzie o zakres możliwości, to silniejsi osiągają swe cele, a słabsi ustępują⁷⁰”.

Konstytucje współczesnych państw demokratycznych są próbą odwrócenia tej odwiecznej reguły i postawienia prawa przed siłą, zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i międzynarodowych. Jedną z przyczyn bezsilności współczesnych demokracji wobec wojny jest, właściwą sprawującym władzę, ale także rządzonemu, potrzeba posiadania wroga, tak wewnętrznego, jak i zewnętrznego⁷¹. W wymiarze rywalizacji o władzę potrzeba ta przejawia się w bezwzględności wobec przeciwników politycznych, traktowanych niekiedy z wojenną zaciętkością. W wymiarze walki o sukces w gospodarce rynkowej manifestuje się ona w „śmiertelnym konkurowaniu wszystkich ze wszystkimi⁷²”. Globalizacja wzmacnia te potrzeby i związane z nimi niebezpieczeństwa. Konstytucja państwa demokratycznego – mimo słabości, współlistotnym słabościom tego państwa – może sprzyjać pokojowi, służąc dobru wspólnemu w skali lokalnej i globalnej, jeśli jej postanowienia są przestrzegane; być może wtedy błogosławieństwo

⁶⁷ Tak *Katechizm Kościoła Katolickiego*, Poznań 2002, s. 535.

⁶⁸ Por. przykładowo E. Caretto, B. Marolo, *Made in USA. Le origine americane della Repubblica Italiana*, Milano 1996.

⁶⁹ Por. F. Ryszk, *Państwo stanu wyjątkowego*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1985, s. 175 i n.

⁷⁰ Por. Tukidydes, *Wojna peloponeska*, Warszawa 1988, s. 337.

⁷¹ Por. U. Eco, *Wymyślanie wrogów i inne teksty okolicznościowe*, Poznań 2012, s. 37.

⁷² S. Hessel, *Czas oburzenia*, Warszawa 2011, s. 28.

wolności, które konstytucje przynoszą w swych postanowieniach, będzie zarazem błogosławieństwem pokoju.

REFERENCES

- Boć J. (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej Polskiej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998
- Caretto E., Marolo B., *Made in USA. Le origine americane della Repubblica Italiana*, Milano 1996
- Czapliński W., *Interwencja w Iraku z punktu widzenia prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 1
- Delumeau J., *Historia rajy*, Warszawa 2017
- Działocha K., *Komentarz do art. 228*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005
- Eco U., *Wymyślanie wrogów i inne teksty okolicznościowe*, Poznań 2012
- Garlicki L., *Komentarz do art. 116*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2001
- Garlicki L., *Komentarz do art. 117*, (w:) L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2001,
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015
- Górecki D., *Uprawnienia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w czasie wojny*, (w:) D. Górecki (red.), *Instytucja Prezydenta w polskim i litewskim prawie konstytucyjnym*, Łódź 2017
- Grzebyk P., *Komentarz do art. 116*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016
- Hessel S., *Czas oburzenia*, Warszawa 2011
- Hillman J., *Miłość do wojny*, Warszawa 2017
- Kaczorowski P., *Wojna/pokój*, (w:) B. Szlachta (red.), *Słownik społeczny*, Kraków 2004
- Kant I., *Do wiecznego pokoju. Projekt filozoficzny*, Toruń 1995
- Kwiecień R., *Interwencja zbrojna a naruszenie suwerenności państwa w prawie międzynarodowym*, „Sprawy Międzynarodowe” 2004, nr 1
- Lasoń M., *Polska misja w Iraku*, Warszawa 2010
- Orwell G., *Rok 1984* (tłum. T. Mirkowicz), Warszawa 1988
- Piotrowski R., *Aktualność Konstytucji dla Europy Wojciecha Bogumiła Jastrzębowskiego*, (w:) B. Michalec, T. Skoczek (red.), *Wojciech Bogumił Jastrzębowski. W 190. rocznicę wydania Konstytucji dla Europy*, Warszawa 2021
- Piotrowski R., *Demokratyczne państwo prawne a wojna. Uwagi o doświadczeniach polskich*, (w:) S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013
- Piotrowski R., *Europa wobec uchodźców – wartości i praktyka*, (w:) J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Ochrona praw człowieka w Europie*, Toruń 2017
- Piotrowski R., *Pojęcia zastane w Konstytucji RP. Dylematy teorii i praktyki*, (w:) T. Giaro (red.), *Źródła prawa. Teoria i praktyka*, Warszawa 2016

- Piotrowski R., *Wartości i polityka. Refleksje o dysfunkcjonalnej praktyce konstytucyjnej*, „Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego” 2011, nr 1
- Ryszka F., *Państwo stanu wyjątkowego*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1985
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 43*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016
- Sroka T., *Komentarz do art. 43*, (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016
- Stankiewicz W., *Legalność interwencji w Iraku w świetle prawa międzynarodowego*, (w:) S. Wojciechowski (red.), *Irak wczoraj i dziś*, Poznań 2005
- Stawecki T., Winczorek J. (red.), *Wykładnia konstytucji. Inspiracje, teorie, argumenty*, Warszawa 2014
- Symonides J., *Wojna z Irakiem a prawo międzynarodowe*, „Rocznik Strategiczny” 2003/2004, Warszawa 2004
- Tukidydes, *Wojna peloponeska*, Warszawa 1988
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000
- Winczorek P., *Konstytucja i wartości*, (w:) J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucji*, Warszawa 1997
- Wojtyczek K., *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007
- Wronkowska S., *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, (w:) M. Smolak (red.), *Wykładnia Konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016

Mariusz Popławski

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

e-mail: m.poplawski@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0003-1403-3033

Krzysztof Michałak

Uniwersytet w Białymstoku, Polska

e-mail: k.michalak@uwb.edu.pl

ORCID: 0000-0003-1502-3275

**„BEZPIECZEŃSTWO OBYWATELI”
W ART. 5 KONSTYTUCJI RP. O KONSTYTUCYJNYCH
UWARUNKOWANIACH ELIMINACJI PAPIEROSÓW
TRADYCYJNYCH**

**“SECURITY OF CITIZENS” IN ART. 5 OF THE CONSTITUTION
OF THE REPUBLIC OF POLAND: ON THE CONSTITUTIONAL
PRECONDITIONS FOR THE ELIMINATION OF TRADITIONAL
CIGARETTES**

Abstract

The aim of this study is to describe the conditions of citizens' safety in relation to the elimination of economic availability of traditional cigarettes as harmful products. One of the tasks of the state is to ensure the “security of citizens”. Therefore, the most important aim of this text is to show the content relationship between “the elimination of traditional cigarettes” and the concept of “citizens' safety”, as laid down in Art. 5 of the Constitution

of the Republic of Poland. In the area of the program norms (program standards), special emphasis should be put on the category of “means to achieve” systemic aims. Thus, the excise duty imposed on certain tobacco products can be considered in this context as such a measure. It should be emphasized that objective circumstances, such as harmfulness of traditional cigarettes in the context of the state’s care for the safety of citizens, as well as the availability of less harmful alternatives to traditional cigarettes (such as “heat-not-burn tobacco product”), should affect the final shape of the law in this matter.

KEYWORDS

safety of citizens, tobacco, proposed law

SŁOWA KLUCZOWE

bezpieczeństwo obywateli, papierosy, prawo postulowane

1. WSTĘP

Celem niniejszego artykułu jest zbadanie konstytucyjnych uwarunkowań bezpieczeństwa obywateli w związku z wdrażaną stopniowo eliminacją dostępności ekonomicznej papierosów tradycyjnych, jako produktów szkodliwych¹. W ślad za danymi Światowej Organizacji Zdrowia, uwzględniając wartościowy dla badań akademickich „aspekt międzynarodowy”², należy przyjąć, że efektywną metodą zwalczania używek jest ograniczanie ich dostępności ekonomicznej, co osiągnęte jest np. przez progresję stawek akcyzy³. Analizowany w niniejszym opracowaniu tytułowy aspekt konstytucyjny wynika z art. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴. Głównym przedmiotem opracowania jest natomiast opis związku treściowego pomiędzy sformułowanym *in extenso* w tym przepisie „bezpieczeństwem obywateli” a obowiązkami władz publicznych

¹ W tym zakresie por. Informacja Ministerstwa Finansów „Wspieramy prozdrowotne wybory Polaków”, <https://www.gov.pl/web/finanse/wspieramy-prozdrowotne-wybory-polakow> (dostęp: 13.08.2022 r.).

² Por. w tym duchu: L. Etel, M. Perkowski, Ł. Kierznowski, *The Border University Network as a Response to Academic Challenges in the Field of Internationalization*, “Eastern European Journal of Transnational Relations” 2017, Vol. 1, No. 1, s. 11–18.

³ W odniesieniu do wyrobów tytoniowych por. w tym zakresie: “WHO report on the global tobacco epidemic 2021: addressing new and emerging products. Geneva: World Health Organization; 2021. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO”, s. 86 i n.

⁴ Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.; dalej: Konstytucja RP.

w zakresie kształtowania rynku wyrobów tytoniowych, szczególnie tzw. papierosów tradycyjnych. Poboczny wątek obejmuje to, czy w kontekście celów państwa, ujętych w art. 5 Konstytucji RP⁵, mieszczą się również i te zadania, które łącznie dotyczą spraw polityki akcyzowej i ochrony zdrowia.

Podejmując tytułowe zagadnienie, należy wstępnie uporządkować sprawę natury ogólnej. Po pierwsze, istotną będzie nieskrywana asekuracja badawcza, choćby ze względu na przyjęty w tym opracowaniu kontekst konstytucyjny. Pod pewnymi warunkami może być on ujęty jako nowatorski, *sui generis* „wzorzec kontroli konstytucyjnej” w pewnym roboczym, czy wręcz użytkowym znaczeniu tego terminu. Po drugie, zbiór uwag zawartych w tym tekście traktuje eliminację papierosów tradycyjnych jako oficjalny kierunek działania państwa. Choćby z tych względów próba ta daleka jest od ukształtowania jakiegoś rodzaju modelu naukowego czy też analogu, w ramach których poszukuje się dopiero definitywnych rozwiązań prawnych na przyszłość⁶. W związku z tym w niniejszej pracy zastosowano podstawowe metody prawnicze, właściwe analizie formalno-dogmatycznej. W wąskim zakresie, uprawnionym ramami tego opracowania, została również przeprowadzona egzegeza piśmiennictwa. Hipotezą badawczą niniejszej pracy jest zatem wykazanie związków treściowych „eliminacji papierosów tradycyjnych” z ujętym w art. 5 Konstytucji RP „bezpieczeństwem obywateli” i wywiedzenie z tej relacji wniosków końcowych.

2. KRÓTKO O PRZYCZYNACH ELIMINACJI PAPIEROSÓW TRADYCYJNYCH

Należy stwierdzić, że eliminacja pewnych typów używek, w tym przede wszystkim tzw. papierosów tradycyjnych, staje się coraz bardziej aktualnym celem ustawodawcy. Choć w pierwszej kolejności przemawiają za tym zastane, obiektywne fakty medyczne, których notoryjny charakter *de facto* zwalania z obowiązku szerszego przytaczania w artykule prawniczym danych dotyczących szkodliwości palenia (1), to znaczenie będzie miała również wyraźna preferencja ustrojowa, zawarta w art. 5 Konstytucji RP, która już literalnie ustanawia „bezpieczeństwo obywateli” jako jeden z celów państwa (2). Ponadto trwająca

⁵ Przepis ten brzmi: Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju.

⁶ Co do ujmowania modeli i modelowania jako metod poznania w szczegółowych naukach prawnych por. T. Langer, *O modelach i modelowaniu w naukach prawnych*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 9, s. 39 i n.

pandemia Covid-19 i jej skutki dla zdrowia indywidualnego⁷, publicznego⁸ oraz ekonomii systemów ich ochrony (3)⁹ zdaje się również przesądzać potrzebę eliminacji określonych używek widzianych właśnie jako zagrożenia dla bezpieczeństwa i zdrowia¹⁰.

3. ELIMINACJA PAPIEROSÓW TRADYCYJNYCH A BEZPIECZEŃSTWO OBYWATELI. UWAGI O ART. 5 KONSTYTUCJI RP

S. Wronkowska podkreśla, że „nie trzeba przekonywać, że tekst konstytucji, jak każdy tekst prawny, wymaga interpretacji”¹¹. Autorka zauważa, że dobór ujęć słownych i leksykalnych w Konstytucji RP jest bardzo bogaty i w zasadniczym stopniu jest skutkiem tego, że ustrojodawca eksponuje niektóre aspekty jako szczególnie doniosłe¹². Co więcej, uregulowania konstytucyjne cechuje ponadto zauważalna zwięzłość, „granicząca nierzadko z hasłowością”¹³. Pojemność znaczeniowa pewnych sformułowań ma zaś wpływ na to, że „o ile dużo potrafimy powiedzieć o społecznej i politycznej doniosłości wykładni konstytucji rozumianej jako rezultat procesu interpretacyjnego »wykładnia w sensie apragmatycznym«, o tyle znacznie mniej o naturze procesu, który nas do owego rezultatu doprowadza”¹⁴.

⁷ Takie jak np. zapalenie płuc czy zespół ostrej niewydolności oddechowej. Co do tego por. J. R. Larsen [et al.], *Modeling the Onset of Symptoms of Covid-19: Effects of SARS-CoV-2 Variant*, “PLoS Computational Biology” 2021, Vol. 17, No. 12.

⁸ Por. *Telehealth Delivery of Tobacco Cessation Treatment in Cancer Care: An Ongoing Innovation Accelerated by the Covid-19 Pandemic*, “Journal of the National Comprehensive Cancer Network” 2021, Vol. 19, No. Suppl_1, s. 21–24. Por. także: S. L. Grace, *Cardiac Rehabilitation in Poland: Residential Program Completion High, Resulting in Tobacco Cessation, but Need for Capacity and Referral Urgent*, “Polish Archives of Internal Medicine” 2021, Vol. 131, No. 7–8.

⁹ Por. T. Hering [et al.], *Potential Savings in Treatment Costs of COPD through Smoking Cessation: Modeling for DMP COPD in Germany – Scientific Action Group on Tobacco Cessation*, “Pneumologie” 2021, Vol. 75, No. 8. Por. również: H. K. Choi [et al.], *The Current State of Tobacco Cessation Treatment*, “Cleveland Clinic Journal of Medicine” 2021, Vol. 88, No. 7, s. 393–404.

¹⁰ O. da Silva [et al.], *The Taste of Smoke: Tobacco Industry Strategies to Prevent the Prohibition of Additives in Tobacco Products in Brazil*, “Tobacco Control” 2019, Vol. 28, No. 2, s. e92–e101. W tym duchu por. R. Mędrzycki, *The Legal and Axiological Aspects of Preventing the Causes of Disability in the context of a “healthy environment”*, “Eastern European Journal of Transnational Relations” 2019, Vol. 3, No. 2, s. 29–42.

¹¹ Por. S. Wronkowska, *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, (w:) M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, s. 17.

¹² *Ibidem*, s. 25.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, s. 15.

Jak wspomniano, stosownie do treści art. 5 Konstytucji RP „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju”. Art. 5 Konstytucji RP określa zatem podstawowe cele państwa¹⁵. Przepis ten ujmuje funkcje państwa oraz zasadnicze kierunki i cele jego działania, pośród których zapewnienie bezpieczeństwa przedstawia zasadniczą wartość¹⁶. „Cele państwa” przybrały formę zasad o charakterze programowym i w związku z tym ujmują działania publiczne, nie określając jednak wyraźnie środków i sposobów ich realizacji¹⁷. Taka swoista „otwarta tekstowość” uprawnia zatem do poszukiwania środków, które będą służyć realizacji określonych, również bieżących, zadań. Jak podkreśla P. Tuleja, ustalenie treści poszczególnych obowiązków nie jest możliwe jedynie na podstawie treści samego art. 5 Konstytucji RP i wymaga odniesienia, choćby do innych przepisów konstytucyjnych, jak również reguł ich interpretacji¹⁸. Poszukując zatem innych, podobnych kontekstów normatywnych, warto zauważyć, że pojęcie „bezpieczeństwa” jest w konstytucji dosyć rozpowszechnione i stanowi *inter alia* przesłankę ograniczania praw i wolności na mocy art. 31 ust. 3 Konstytucji RP¹⁹, uwarunkowanie nakazu dbania o środowisko naturalne na mocy art. 74 ust. 1 Konstytucji RP, czy również na mocy art. 76 Konstytucji RP²⁰ stanowi przesłankę wprowadzania regulacji o ochronie konsumentów²¹.

Zwraca uwagę charakterystyczny sposób sformułowania omawianego przepisu, już intuicyjnie odległy od typowego ujęcia normy ogólnej, zasadniczej czy innej „wypowiedzi normokształtnej”²². Specyfika ta jest efektem funkcji, jakie

¹⁵ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2021.

¹⁶ Por. W. Skrzydło, *Komentarz do art. 5*, (w:) W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 19–20.

¹⁷ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja...*

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Zgodnie z przepisem ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

²⁰ Zgodnie z przepisem władze publiczne chronią konsumentów przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi.

²¹ Szerzej na temat „kontekstów” normatywnych, w których ustrojodawca posłużył się pojęciem bezpieczeństwa, por. T. M. Miłkowski, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki*, Warszawa 2020, s. 34–35.

²² Pomijając głębsze uwagi dotyczące cechy „normatywności” jako charakterystyki wszystkich przepisów konstytucji, należy ograniczyć się do stwierdzenia, że najpewniej konstytucja zawiera jednak regulacje o charakterze nienormatywnym, choćby ze względu na to, że nie tylko w preambule można w niej odnaleźć zdania o charakterze opisowym. Uwagi na ten temat

pełni ten przepis. Funkcja normy programowej, przepisu programowego, po części również samych norm celowościowych, polega bowiem na ujęciu preferowanych stanów rzeczy i nakazanych celów. Art. 5 Konstytucji RP, ujęty jako przepis o charakterze programowym, jako taki nie rodzi wprost oznaczonych roszczeń nadających się do egzekucji²³, lecz uruchamia szeroki kontekst normatywny, w którym należy odczytywać to, co zostało ujęte, jako cel państwa. Warto zatem zaznaczyć, że kryterium podziału norm na celowościowe i zasadnicze polega na „sposobie wyznaczenia nakazanego zachowania adresata normy”²⁴. Zatem podstawowa sugestia prawnicza odnośnie do charakteru norm programowych wynika już z samej ich nazwy²⁵. Należy więc podkreślić, że powyższe okoliczności będą miały wpływ na egzegezę tekstu prawnego Konstytucji RP w zakresie, w jakim regulacje takie zostały w niej zamieszczone. Na marginesie warto zaznaczyć, że analiza prawnicza celowościowej normy postępowania wymaga wielu bardziej skomplikowanych operacji interpretacyjnych, które polegają także na „wyjściu poza tekst prawny”²⁶. Uwzględniane są wówczas bardziej abstrakcyjne kategorie, jak np. spójność aksjologiczna, w miejsce samej tylko treści przepisu. Punktem wyjścia takich zabiegów jest jednak, stanowiąca składnik koncepcji źródeł prawa, reguła interpretacyjna²⁷, czy inferencyjna²⁸. Polega ona na schematycznym ujęciu, że: „skoro nakazane jest osiągnięcie celu C, to nakazane jest podejmowanie takich działań D, które są środkami realizacji celu C”²⁹. Uzupełniając powyższy schemat rozumowania, zaproponowany przez A. Grabowskiego oraz T. Gizberta-Studnickiego, o istotny dla opracowania kontekst, można stwierdzić, że „nakazane jest podejmowanie (wszelkich) takich działań D, które są środkami realizacji celu C”. Widać zatem, że w przypadku norm programowych konkluzywność wnioskowania, dokonywanego na ich podstawie, polega na szerszych zabiegach interpretacyjnych, które mają służyć realizacji celów formułowanych przez powyższą regulację. Istotnym z perspektywy uzasadniania jest wykazanie obowiązywania przesłanek o pozaprawnym charakterze, przykładowo wykazanie, jakie zachowanie czy jaki środek w rzeczywistości

por. T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, (w:) J. Trzciniński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Warszawa 1997, s. 104 i n.

²³ Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 5*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, LEX/el. 2016, nb 4.

²⁴ Tak: T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, (w:) J. Trzciniński (red.), *Charakter...*, s. 97.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Tak: *ibidem*, s. 98.

²⁷ Por. Z. Ziemiński, *O źródłach prawa – reguły egzegezy jako składnik normatywnej koncepcji źródeł prawa*, (w:) S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007, s. 196.

²⁸ Tak: T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, (w:) J. Trzciniński (red.), *Charakter...*, s. 98.

²⁹ *Ibidem*.

będą wiodły do osiągnięcia konstytucyjnie „zaprogramowanego” celu; innymi słowy, czy występuje relacja teleologiczna pomiędzy zachowaniem Z a celem C³⁰. Wobec powyższego jako korzystne w skutkach jawi się odwoływanie do, choćby instrumentalnej, racjonalności prawodawcy³¹. Ustalenie pożądanego kierunku w legislacji nie jest bowiem osiągalne bez uwzględnienia wskazań „wiedzy pozaprawnej” i „wiedzy tła”³². Tą, w kontekście podjętego problemu, będzie wiedza medyczna dotycząca ochrony zdrowia, profilaktyki uzależnień bezpieczeństwa zdrowotnego i innych spraw³³. To znaczy wiedza, która wyposaża ustawodawcę w kompetencje merytoryczne niezbędne do poprawnego ukształtowania regulacji prawnych w danym obszarze.

Rekapitulując, normy programowe zatem to normy prawnie wiążące z tą różnicą, że nie nakładają na adresatów obowiązków definitywnych, ale obowiązki *prima facie*³⁴. W tym duchu uzasadniony jest więc przegląd wybranych stanowisk komentatorskich w zakresie zdefiniowanych obowiązków państwa, które stanowią efekt obowiązywania art. 5 Konstytucji RP. Relevantną zatem optyką jest ta, która łączy wątki bezpieczeństwa obywatelskiego, ochrony zdrowia i przeciwdziałania korzystaniu z używek, przede wszystkim zaś papierosów tradycyjnych.

Jak podkreśla P. Tuleja, dla uchwycenia charakteru celów zawartych w omawianym przepisie istotne znaczenie ma już sama systematyka Konstytucji RP³⁵. Przepis art. 5 określa bowiem najważniejsze cele polityczne i społeczne³⁶, co wynika chociażby z jego umiejscowienia. Bazując zatem na argumentacji *a rubrica*, należy zauważyć, że unormowanie to znajduje się w obszarze regulacji kształtujących zbiór zasad ustrojowych oraz podstawową charakterystykę państwa i jego zadań³⁷. Głównie już z tego powodu „bezpieczeństwo obywateli” należy w tym kontekście rozumieć relatywnie szeroko, jako pewien specyficzny stan poczucia stabilności i ochrony³⁸. Zdaniem P. Sarneckiego zaś „zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom” wymaga interpretacji zawężającej, szczególnie pojmowania tej konstrukcji jako „prawa do reakcji” i profilaktyki wobec zagrożeń³⁹. K. Complak zauważa natomiast, że przepis ten ma mało precyzyjny charakter

³⁰ W tym duchu: T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, (w:) J. Trzcziński (red.), *Charakter...*, s. 99.

³¹ Tak: *ibidem*, s. 98.

³² Por. w tym duchu: B. Brożek, *Granice interpretacji*, Kraków 2018, s. 190.

³³ Jej bliższe rozpatrywanie, np. w formie konkretnych, oznaczonych dyrektyw prozdrowotnych, nie jest niezbędne i jako takie zostanie pominięte w tym opracowaniu.

³⁴ Tak: T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, *Normy programowe w konstytucji*, (w:) J. Trzcziński (red.), *Charakter...*, s. 112.

³⁵ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja...*

³⁶ Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 5*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja...*, nb 1.

³⁷ Rozdział I „Rzeczpospolita”, art. 1–29 Konstytucji RP.

³⁸ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja...*

³⁹ Por. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 5*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja...*, nb 9.

i w związku z tym istnieją sposobności modalnej, operatywnej jego wykładni⁴⁰. Autor podkreśla, że państwo ma dwa podstawowe cele, zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom oraz realizację idei dobra wspólnego⁴¹, związanego skądinąd z ekologią i bezpieczeństwem⁴². Warto zaznaczyć, że choć samo „bezpieczeństwo obywateli” występuje w języku prawnym, to jego definicji nie zawiera żaden akt prawny⁴³. Biorąc zatem pod uwagę okoliczność, że samo to sformułowanie współorganizuje doniosłe ustrojowo konstrukcje prawne, jego poprawna wykładnia, zgodna z legislacyjnymi uwarunkowaniami, stanowi poważane wyzwanie interpretacyjne⁴⁴. Do pewnego stopnia sugestią znaczeniową może być tutaj bliskoznaczne, „bezpieczeństwo publiczne”, definiowane jako ogół warunków i instytucji chroniących między innymi życie oraz zdrowie obywateli⁴⁵. Podobną intuicję semantyczną przywodzi „bezpieczeństwo wewnętrzne *sensu stricto*”, takie np. jak bezpieczeństwo powszechne i ustrojowe, jak również „bezpieczeństwo wewnętrzne *sensu largo*”, dodatkowo obejmujące między innymi ochronę życia i zdrowia⁴⁶. Wynika z powyższego, że państwo ma obowiązek podejmowania działań w celu zapewnienia szeroko rozumianego, obywatelskiego bezpieczeństwa⁴⁷, co jednak nie uchyla prawnego, w jakimś też stopniu faktycznego, problemu metod jego zapewniania⁴⁸. Dlatego też ramy i funkcje kształtowane przez art. 5 Konstytucji RP będą szczególnie istotne dla stanowienia prawa⁴⁹.

Ustalono zatem, że „bezpieczeństwo” ma najpewniej charakter wieloznaczny⁵⁰, a w samej Konstytucji RP zostało zastosowane w sposób różnoraki⁵¹. Kontekstowy i polisemantyczny charakter tego pojęcia nakazuje zatem, aby rozpatrywać je wewnątrz regulacji i spraw, które współokreśla. Argumentacja tekstualna odnośnie do przepisu art. 5 Konstytucji RP pozwala więc wywodzić

⁴⁰ Por. K. Complak, *Komentarz do art. 5*, (w:) M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2014, nb 1.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Por. R. Hauser, *Preambula Konstytucji i postanowienia ustrojowe*, (w:) M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016, s. 70.

⁴³ Co do tego por. E. Zatyka, *Cel, przedmiot, zakres badań*, (w:) E. M. Guzik-Makaruk (red.), *Poczucie bezpieczeństwa obywateli w Polsce. Identyfikacja i przeciwdziałanie współczesnym zagrożeniom*, Warszawa 2011, s. 37.

⁴⁴ Por. T. M. Miłkowski, *Czynności...*, s. 36.

⁴⁵ Por. E. Zatyka, *Cel, przedmiot, zakres badań*, (w:) E. M. Guzik-Makaruk (red.), *Poczucie...*, s. 38.

⁴⁶ Por. T. M. Miłkowski, *Czynności...*, s. 36.

⁴⁷ Por. *ibidem*, s. 32.

⁴⁸ Por. *ibidem*, s. 34.

⁴⁹ Por. P. Tuleja, *Komentarz do art. 5*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja...*

⁵⁰ Por. w tym duchu: M. Wilanowska, *Tasks carried out by public administration in the field of protection of children from domestic violence in the context of compliance with the standards arising from the Convention on the Rights of the Child*, “Miscellanea Historico-Iuridica” 2020, Vol. 19, No. 1, s. 245 i n.

⁵¹ Por. T. M. Miłkowski, *Czynności...*, s. 34.

określone wnioski, przekładające się *inter alia* na zakres jego zastosowania. „Bezpieczeństwo obywateli” w pewnym uproszczeniu może być traktowane jako nazwa dwuskładnikowa (skupienie terminologiczne)⁵². „Bezpieczeństwo obywateli” z punktu widzenia językoznawczego to przykład zwyczajowego połączenia wyrazowego (kolokacji)⁵³. Konstrukcje tego rodzaju pojawiają się nader często w języku powszechnym, nie wykazując, w odróżnieniu od frazeologizmów, jakiegoś konkretnego, zastrzeżonego znaczenia. Istotnie jest tak, że funkcja językowa tego rodzaju konstrukcji uzewnętrznia się zatem w możliwości kontekstowego uściślenia ich znaczenia, głównie poprzez mechanizmy wykładni. W aspekcie formalno-językowym wydaje się, że (*quod lege non distinguente nec nostrum est distinguere*). Skoro szyk frazy normatywnej nie został doprecyzowany czy podzielony dodatkową kwalifikacją (cechą) zawartą w tekście, np. relatywizującą treść tego zwrotu do bezpieczeństwa: militarne, publiczne, energetycznego czy jakiegoś innego określonego rodzajowo, wówczas pojęcie to należy odnosić do wszystkich obszarów aktywności państwa, których celem jest zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom. Skoro sformułowano cel, jakim jest „bezpieczeństwo obywateli”, wówczas dekodowanie środków służących jego realizacji powinno, w tytułowych warunkach, przybrać formę następującego schematu:

– skoro został wyznaczony zasadniczy cel C_1 – **ochrona bezpieczeństwa obywateli**, zaś jego składową jest cel C_2 – **ochrona zdrowia obywateli**, to zawsze wtedy, gdy przedsiębrane środki \dot{S}_x realizują cele konstytucyjne C_x , są one zgodne z jej treścią;

– wówczas środek \dot{S}_1 – **eliminacja papierosów tradycyjnych** jako środek służący realizacji konstytucyjnego celu C_1 oraz celu C_2 – jest zgodny z treścią normy konstytucyjnej wyrażonej w art. 5 *in medio* Konstytucji RP.

Należy stwierdzić, że dopuszczenie do obrotu określonego typu szkodliwych używek, względnie mało aktywne im przeciwdziałanie, są niezgodne z przesłankami aksjologicznymi, dotyczącymi bezpieczeństwa obywateli, jako samoistnego celu ustrojowego RP⁵⁴. W przedmiotowej materii więc bieżąca działalność ustawodawcy, w szczególności poprawny dobór środków legislacyjnych, powinna zmierzać do urzeczywistnienia celów wynikających z dyrektyw konstytucyjnych

⁵² Por. co do tego: J. Iluk, *Terminologia prawna i prawnicza z perspektywy translacyjnej*, „Studia Germanica Gedanensia” 2012, nr 27, s. 166. Co do derywacji syntagmatycznej (tzw. skupień terminologicznych, terminów wielowyrzawowych) zob. K. Siewert, *O tworzeniu terminów prawnych na przykładzie terminologii polskiego i niemieckiego prawa handlowego*, „Legilingwistyka Porównawcza” 2010, t. 3, s. 84.

⁵³ Por. w tym zakresie: P. Żmigrodzki (red.), *Wielki Słownik Języka Polskiego PAN*, <https://wsjp.pl/haslo/podglad/74459/kolokacja/5189002/w-jezyku> (dostęp: 11.01.2022 r.), uwagi do hasła: kolokacja.

⁵⁴ Poza zakresem opracowania pozostawiamy szerszy horyzont dotyczący ewentualnych kolizji, np. ze swobodą prowadzenia działalności gospodarczej. Por. w tym duchu: K. Zapolska, *The history of law basics of freedom of economic activity in Poland in the 20th century*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2019, Vol. 18, No. 2, s. 267–286.

warunkujących bezpieczeństwo obywateli⁵⁵. Wydaje się zatem, że inicjujące stwierdzenie odnośnie do funkcji akcyzy, jako środka stopniowej eliminacji dostępności ekonomicznej papierosów tradycyjnych, wykazuje konstytucyjne umocowanie.

4. KILKA UWAG O OPTYMALNYM UREGULOWANIU W ZAKRESIE PAPIEROSÓW TRADYCYJNYCH

W ślad za ustaleniem, że cel w postaci eliminacji papierosów tradycyjnych znajduje podstawy w treści art. 5 *in medio* Konstytucji RP, należy pokrótce zająć się hipotetycznymi kierunkami zmian w prawie. Istotnymi uwarunkowaniami optymalności regulacji prawnych jest ich uzasadnienie (tzw. perspektywa uzasadniania) oraz argumentacja krytyczno-postulatywna⁵⁶. Uzasadnienie, krytyka i postulaty obejmują, częstokroć bardzo różną co do charakteru i treści, argumentację prawniczą⁵⁷, począwszy od tej „trywialnej”⁵⁸, „opartej na truizmach”⁵⁹, aż do argumentacji funkcjonalnej, celowościowej i charakterystycznej dla ujęcia instytucjonalnego⁶⁰. M. Smolak podkreśla, że nawet trywialne wyjaśnienia spraw społecznie istotnych mają jakieś znaczenie dla stanowienia prawa oraz kształtu jego instytucji⁶¹. Tę intuicyjną, trafną sugestię może potęgować obserwacja K. Opałka, zgodnie z którą odwoływanie się w argumentacji, wokół oznaczonej normy prawnej, do najpoważniejszych źródeł nadnaturalnych, zewnętrznych czy jej jakiegoś pierwotnego „meta-uzasadnienia” i racjonalizacji, ma wiele pułapek o charakterze obiektywnym⁶². Nie bez znaczenia pozostaje tutaj także natura postulatów *de lege ferenda*⁶³. Są to szczególne wypowiedzi, które nie mają mocy normatywnej w sensie ścisłym (nie są w konsekwencji normami w podstawowym

⁵⁵ Podobnie por. M. Laszuk, D. Šramková, *Challenges of Customs Law during the Paradigm of “Facility and Security” in International Trade*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, t. 26, nr 5, s. 10. Por. również: E. Ruśkowski, *On Priority Research Problems in the Scope of Public Finance Control in Poland*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, t. 26, nr 4, s. 10.

⁵⁶ Por. K. Opałek, *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974, s. 190.

⁵⁷ Odnośnie do nowszych kontekstów wykładni prawa i argumentacji prawniczej por. S. Lewandowski, *Informatyka prawnicza a argumentacja prawnicza*, „Studia Iuridica” 2014, t. LIX, s. 205 i n.

⁵⁸ Por. M. Smolak, *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012, s. 15.

⁵⁹ Por. A. Dyrda, T. Gizbert-Studnicki, *Czy systemowość jest konieczną właściwością prawa?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji CIV” 2016, nr 104, s. 23.

⁶⁰ Por. T. Gizbert-Studnicki, *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001, s. 123 i n.

⁶¹ Por. M. Smolak, *Wykładnia...*, s. 15.

⁶² Por. K. Opałek, *Z teorii dyrektyw...*, s. 192.

⁶³ Por. *ibidem*, s. 244.

słowa znaczeniu), ale są „dyrektywami słabszego typu” i przybierają najczęściej postać rekomendacji oraz zaleceń⁶⁴. K. Opałek stwierdza wręcz, że przy określonych warunkach kształtowania takiej wypowiedzi są one najbliższe „wypowiedziom konstatywnym o normach”⁶⁵, stąd też bywają określane jako tzw. dyrektywy instrumentalne o postaci hipotetycznej. Takie ujęcie prawa postulowanego, jak również dyrektyw co do kierunków rozwoju prawa, pozwala na to, aby o regulacjach prawnych przyszłych i hipotetycznych, pomijając w jakimś stopniu złożoną problematykę walidacyjną⁶⁶, dyskutować tak jak o prawie – jak o prawie postulowanym.

Uwzględniając zatem istotność prostej argumentacji oraz złożoną naturę ontologiczną postulatów względem prawa, co do których formułowania tekst ten nie pretenduje, należy się ograniczyć do zebrania kilku uwag w przedmiocie optymalnej regulacji papierosów tradycyjnych, pozostawiając poza ich zakresem głębsze, w szczególności systemowe aspekty problemu wynikające z bardziej kompleksowego opracowania zagadnienia. Dlatego też w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w płaszczyźnie przedmiotowej analizowane są tutaj sprawy o złożonym charakterze. Z jednej strony pozornie dosyć prozaiczne, przy czym podejmowane w nowszej perspektywie. Z drugiej zaś strony niezmiennie niewątpliwym jest przecież pewien fenomen kulturowy używek. Nawet bowiem wiedza oparta na faktach i obserwacjach potwierdzających szkodliwość określonej substancji, podobnie również formy jej podania, względnie przekonanie o szkodliwości jakiegoś nawyku niekoniecznie przekładają się na racjonalność postępowania. Uwarunkowanie to stanowi skądinąd poważną przeciwwagę dla w pełni racjonalnego ukształtowania prawa wokół używek (np. prawnego zakazu korzystania). Rzeczony kulturowy fenomen zdaje się utrudniać wytworzenie racjonalnego zachowania, czy opartego na podobnych pobudkach zwyczaju, które eliminowałyby – tworząc w tej mierze cywilizacyjne tabu – korzystanie z takich substancji⁶⁷. Tego rodzaju uwarunkowania społeczne powodują, że „epistemologiczna obiektywność”⁶⁸ określonych zjawisk nie wpływa definitywnie na kierunki tworzenia regulacji prawnych. Wydaje się jednak, że rzeczowy i nieabstrakcyjny charakter okoliczności takich jak: szkodliwość tradycyjnych papierosów (1), ich aksjologiczna jednoznaczność w kontekście dbałości państwa o bezpieczeństwo obywateli (2), jak również: dostępność *prima facie* mniej szkodliwych alternatyw dla papierosów tradycyjnych (3) – w akceptowalnej prawniczo formie twierdzeń, *ergo* hipotez i wytycznych, powinny wpływać na ostateczny kształt prawa

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Por. A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązującego prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 227 i n.

⁶⁷ Por. N. Elias, *Przemiany obyczajów w cywilizacji Zachodu* (tłum. T. Zabłudowski), Warszawa 1980, s. 226.

⁶⁸ Por. M. Smolak, *Wykładnia...*, s. 13.

w tej materii. Traktując te okoliczności jako podwaliny „silnych dyrektyw” dla ustawodawcy, powinny one mieć decydujący wpływ na materię zasadniczą, cel tekstu prawnego, jak również cel prawa, będące pewnymi „faktami instytucjonalnymi”⁶⁹ wpływającymi na kierunki rozwoju prawa jako takiego⁷⁰.

5. WNIOSKI KOŃCOWE

Podsumowując, należy przywołać lub dla porządku ponowić wyciągnięte wnioski. Po pierwsze, analiza art. 5 Konstytucji RP zdaje się dowodzić, że eliminacja papierosów tradycyjnych, jako produktów szkodliwych, jest środkiem do realizacji celu, jakim jest ochrona bezpieczeństwa obywateli oraz ochrona zdrowia. Po drugie, uwzględniając powyższe ustalenie, rozpatrzenia wymaga to, czy racjonalny ustawodawca powinien dopuszczać do obrotu obiektywnie szkodliwe wyroby, w sytuacji gdy wiedza medyczna w odnośnym zakresie jednoznacznie ukazuje negatywne następstwa ich używania. W konsekwencji rozstrzygnięcia będzie wymagać to, czy faktyczny ustawodawca jest legitymowany do przeciwdziałania określonemu zagrożeniu jedynie poprzez formy o mało stanowczym charakterze. Po trzecie, zaakcentowaną elastyczność niektórych regulacji konstytucyjnych wobec nieracjonalnego charakteru niektórych praktyk społecznych czy wobec zmienności uwarunkowań dotyczących zdrowia publicznego godzi się postrzegać jako uprawnienie do ich reinterpretacji. Po czwarte, pomimo że hipotetycznie najbardziej stanowczą metodą przeciwdziałania tytułowemu problemowi byłaby forma zakazu (nie wnikając w jego prawną naturę oraz społeczną skuteczność), to należy stwierdzić, że obecnie w wyższym stopniu społecznie realnym wariantem wydaje się być użytkowanie tzw. wyrobów nowatorskich. W doraźnej zatem perspektywie legislacyjnej celem ustawodawcy powinno być swoiste „promowanie” korzystania z tychże alternatyw, np. w postaci papierosów elektronicznych. Tak hipotetycznie ujęty cel ustawodawczy stanowi zamierzenie wymagające dalszych obiektywnych i pogłębionych analiz, dlatego też wymaga podkreślenia potrzeba badań nad rozwiązaniami prawnymi w tej kwestii. Innowacyjne rozwiązania w zakresie wyrobów nowatorskich mogą przybrać w szczególności postać mechanizmów akcyzowych, które określone kategorie dóbr mniej szkodliwych będą obciążać w stopniu proporcjonalnie niższym w zestawieniu ze znacznie niebezpieczniejszymi produktami tytoniowymi. Po piąte, ustalenia zawarte w tekście przybierają postać głównie wniosków teoretycznych, dalekich od rozstrzygnięć konkluzywnych, zarysowując pewne perspektywy badań nad problematyką eliminacji papierosów tradycyjnych.

⁶⁹ Por. *ibidem*, s. 95.

⁷⁰ Por. *ibidem*, s. 12–13.

REFERENCES

- Brożek B., *Granice interpretacji*, Kraków 2018
- Choi H. K. [et al.], *The Current State of Tobacco Cessation Treatment*, "Cleveland Clinic Journal of Medicine" 2021, Vol. 88, No. 7
- Complak K., *Komentarz do art. 5*, (w:) M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2014
- Da Silva O. [et al.], *The Taste of Smoke: Tobacco Industry Strategies to Prevent the Prohibition of Additives in Tobacco Products in Brazil*, "Tobacco Control" 2019, Vol. 28, No. 2
- Dyrda A., Gizbert-Studnicki T., *Czy systemowość jest konieczną właściwością prawa?*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji CIV” 2016, nr 104
- Elias N., *Przemiany obyczajów w cywilizacji Zachodu* (tłum. T. Zabłudowski), Warszawa 1980
- Etel L., Perkowski M., Kierznowski Ł., *The Border University Network as a Response to Academic Challenges in the Field of Internationalization*, "Eastern European Journal of Transnational Relations" 2017, Vol. 1, No. 1
- Grace S. L., *Cardiac Rehabilitation in Poland: Residential Program Completion High, Resulting in Tobacco Cessation, but Need for Capacity and Referral Urgent*, "Polish Archives of Internal Medicine" 2021, Vol. 131, No. 7–8
- Gizbert-Studnicki T., Grabowski A., *Normy programowe w konstytucji*, (w:) J. Trzeciński (red.), *Charakter i struktura norm Konstytucji*, Warszawa 1997
- Gizbert-Studnicki T., *Ujęcie instytucjonalne w teorii prawa*, (w:) J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa*, Kraków 2001
- Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009
- Hauser R., *Preambula Konstytucji i postanowienia ustrojowe*, (w:) M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016
- Hering T. [et al.], *Potential Savings in Treatment Costs of COPD through Smoking Cessation: Modeling for DMP COPD in Germany – Scientific Action Group on Tobacco Cessation*, "Pneumologie" 2021, Vol. 75, No. 8
- Iluk J., *Terminologia prawna i prawnicza z perspektywy translacyjnej*, „Studia Germanica Gedanensia” 2012, nr 27
- Langer T., *O modelach i modelowaniu w naukach prawnych*, „Państwo i Prawo” 1987, z. 9
- Larsen J. R. [et al.], *Modeling the Onset of Symptoms of Covid-19: Effects of SARS-CoV-2 Variant*, "PLoS Computational Biology" 2021, Vol. 17, No. 12
- Laszuk M., Šramková D., *Challenges of Customs Law during the Paradigm of "Facility and Security" in International Trade*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, t. 26, nr 5
- Lewandowski S., *Informatyka prawnicza a argumentacja prawnicza*, „Studia Iuridica” 2014, t. LIX

- Mędrzycki R., *The Legal and Axiological Aspects of Preventing the Causes of Disability in the context of a “healthy environment”*, “Eastern European Journal of Transnational Relations” 2019, Vol. 3, No. 2
- Miłkowski T. M., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki*, Warszawa 2020
- Opalek K., *Z teorii dyrektyw i norm*, Warszawa 1974
- Ruśkowski E., *On Priority Research Problems in the Scope of Public Finance Control in Poland*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021, t. 26, nr 4
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 5*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, LEX/el. 2016
- Siewert K., *O tworzeniu terminów prawnych na przykładzie terminologii polskiego i niemieckiego prawa handlowego*, „Legilingwistyka Porównawcza” 2010, t. 3
- Skrzydło W., *Komentarz do art. 5*, (w:) W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013
- Smolak M., *Wykładnia celowościowa z perspektywy pragmatycznej*, Warszawa 2012
- Tuleja P., *Komentarz do art. 5*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX/el. 2021
- Wilanowska M., *Tasks carried out by public administration in the field of protection of children from domestic violence in the context of compliance with the standards arising from the Convention on the Rights of the Child*, “Miscellanea Historico-Iuridica” 2020, Vol. 19, No. 1
- Wronkowska S., *O niektórych osobliwościach konstytucji i jej interpretacji*, (w:) M. Smolak (red.), *Wykładnia konstytucji. Aktualne problemy i tendencje*, Warszawa 2016
- Zapolska K., *The history of law basics of freedom of economic activity in Poland in the 20th century*, “Miscellanea Historico-Iuridica” 2019, Vol. 18, No. 2
- Zatyka E., *Cel, przedmiot, zakres badań*, (w:) E. M. Guzik-Makaruk (red.), *Poczucie bezpieczeństwa obywateli w Polsce. Identyfikacja i przeciwdziałanie współczesnym zagrożeniom*, Warszawa 2011
- Ziemiński Z., *O źródłach prawa – reguły egzegezy jako składnik normatywnej koncepcji źródeł prawa*, (w:) S. Wronkowska (red.), *Z teorii i filozofii prawa Zygmunta Ziemińskiego*, Warszawa 2007
- Żmigrodzki P. (red.), *Wielki Słownik Języka Polskiego PAN*, <https://wsjp.pl/haslo/podglad/74459/kolokacja/5189002/w-jezyku> (dostęp: 11.01.2022 r.)

Internet

- Informacja Ministerstwa Finansów, *Wspieramy prozdrowotne wybory Polaków*, <https://www.gov.pl/web/finanse/wspieramy-prozdrowotne-wybory-polakow> (dostęp: 13.08.2022 r.)
- WHO report on the global tobacco epidemic 2021: addressing new and emerging products. Geneva: World Health Organization; 2021. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO
- Telehealth Delivery of Tobacco Cessation Treatment in Cancer Care: An Ongoing Innovation Accelerated by the Covid-19 Pandemic*, “Journal of the National Comprehensive Cancer Network” 2021, Vol. 19, No. Suppl_1

Krzysztof Radzikowski

Uniwersytet Warszawski, Polska

e-mail: k.radzikowski@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0001-6246-8838

PRAWO PODATKOWE W CIENIU POPULIZMU (NA PRZYKŁADZIE POLSKIEGO ŁADU)

TAX LAW IN THE SHADOW OF POPULISM (AS EXEMPLIFIED BY POLSKI ŁAD)

Abstract

Tax law populism should be associated more with a populist economic policy than with the legal populism. Populist economic policy requires an increase in social spending, while the source of financing is the public debt or an increase in tax burdens. However, the tax increase is hidden from the public due to the complexity of regulations and the method of settlement, imposing levies that are less noticeable by society (indirect taxes) and changing the structure of direct tax burdens for various social groups (primarily a raise for the wealthy).

KEYWORDS

tax law, populism, tax justice, Polski Ład

SŁOWA KLUCZOWE

prawo podatkowe, populizm, sprawiedliwość podatkowa, Polski Ład

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W wielu państwach demokratycznych nasilają się tendencje populistyczne, zaś prawoznawstwo traktuje populizm prawny jako coraz istotniejszy obszar badań. Przykładu dostarcza XXIII Konferencja Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego pt. „Prawo w epoce populizmu” (Warszawa, 18 marca 2022 r.), w związku z którą powstał niniejszy artykuł.

Prawo podatkowe zajmuje w dyskusji nad populizmem prawnym szczególne miejsce ze względu na ścisły związek z systemem gospodarczym, który pozostaje wyjątkowo podatny na populistyczne działania władzy państwowej. Działania te są nakierowane na krótkoterminowe zwiększenie poziomu życia zasadniczej części społeczeństwa, jednakże w sposób wykraczający poza realne zasoby i możliwości. Jak mawiała premier Wielkiej Brytanii M. Thatcher, rząd nie ma własnych pieniędzy, a jedynie pieniądze obywateli, więc działania te mogą być finansowane albo ze zwiększenia obciążeń podatkowych, albo poprzez zwiększenie zadłużenia publicznego („na kredyt”). Immanentną cechą tak rozumianego populizmu jest przekaz propagandowy upraszczający mechanizmy ekonomiczne (choćby hasło „wystarczy nie kraść” z kampanii wyborczej 2015 r.), który eksponuje naturalne nierówności ekonomiczne oraz antagonizuje różne grupy społeczne. Celem populistycznej polityki gospodarczej nie jest bynajmniej rozwiązywanie problemów społecznych, ale utrzymanie poparcia wyborczego.

Populizm gospodarczy jest zjawiskiem jednoznacznie negatywnym, zaś historia i doświadczenia międzynarodowe uczą, że w dłuższej perspektywie zawsze przynosi szkodę całemu społeczeństwu: zadłużenie, bezrobocie, inflację, spadek wartości waluty, które paradoksalnie najsilniej uderzają w tych, czyje interesy miały być realizowane. Najbardziej jaskrawe przykłady niekorzystnych skutków populizmu gospodarczego znajdziemy w Ameryce Łacińskiej: przed II wojną światową poziom życia w Wenezueli był wyższy niż w USA, jeszcze niedawno należała do najbogatszych państw tego regionu, a obecnie panuje tam bieda, mimo największych na świecie złóż ropy naftowej i gazu ziemnego. Symptomy kryzysu z łatwością dostrzeżemy też w Polsce: obnażyła je pandemia Covid-19, choć wcześniej dobra koniunktura gospodarcza pozwalała je neutralizować lub choćby ukrywać i odsuwać w czasie. Jak dowodzi raport Najwyższej Izby Kontroli dotyczący wykonania ustawy budżetowej za 2020 r., z nadużyciem szczególnych instytucji prawa finansów publicznych rząd fałszuje prawdziwy obraz

sytuacji gospodarczej, zwiększa zadłużenie oraz pozbawia wydatki publiczne kontroli parlamentarnej i społecznej¹.

Podatki jako część systemu gospodarczego są w oczywisty sposób narażone na działania populistyczne, które różnią się od typowego populizmu prawnego, gdyż są znacznie bardziej wyraziste, bezpośrednie i silniej oddziałują na społeczeństwo. Zwiększenie wydatków publicznych wymaga podwyżki podatków, lecz podwyżka ta jest ukrywana przed opinią publiczną poprzez skomplikowanie przepisów i sposobu rozliczenia, nakładanie danin, które są słabiej odczuwalne przez społeczeństwo (przynajmniej w krótkiej perspektywie czasowej) oraz zmianę struktury obciążeń różnych grup społecznych w imię preferencji wyborczych. Tworzone są także mechanizmy redystrybucyjne dla uboższej części społeczeństwa w celu zneutralizowania podwyżek (nie tylko podatków, lecz przede wszystkim wzrostu cen będącego ubocznym skutkiem populistycznej polityki gospodarczej), ale funkcjonują one na zasadzie błędnego koła, gdyż mają przeciwdziałać skutkom działań, bez których nie potrzeba byłoby tworzyć mechanizmów ochronnych. Przekaz propagandowy przedstawia podwyżkę podatków jako... obniżkę (*sic!*), zaś skomplikowanie systemu rozliczeń – jako... uproszczenie (*sic!*); eksponuje także zwiększenie obciążeń bardziej zamożnym w imię sprawiedliwości podatkowej.

2. SPOŁECZNO-GOSPODARCZE UWARUNKOWANIA WSPÓŁCZESNYCH SYSTEMÓW PODATKOWYCH

Nie ulega wątpliwości, że po pierwsze, podatek pełni przede wszystkim funkcję fiskalną, zaś obarczanie go innymi zadaniami (np. alokacji zasobów w społeczeństwie czy realizacji zadań polityki społeczno-gospodarczej) podważa realizację funkcji fiskalnej, po drugie zaś, najefektywniejsze fiskalnie jest minimalizowanie jednostkowego ciężaru podatkowego (w aspekcie wysokości bezwzględnej) i maksymalizowanie zakresu opodatkowania (tak przedmiotowego, jak i podmiotowego)². Lwia część dochodów podatkowych pochodzi od zasadniczej części społeczeństwa nie zaś od garstki bogaczy: podatek od luksusu nie ma znaczenia fiskalnego, a jedynie oddziałuje na świadomość społeczną i poczucie sprawiedliwości, zaś obciążenia nakładane wbrew powyższym regułom często okazują się przeciwnie skutecznymi, gdyż powodują ucieczkę od podatku z wykorzystaniem instrumentów optymalizacyjnych oraz przeprowadzkę do innych państw (głośny przykład Francji).

¹ Analiza wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej w 2020 roku, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,24240.pdf> (dostęp: 15.04.2022).

² W. Modzelewski (red.), *Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego*, Warszawa 2010, s. 31–32.

Odwołując się do wcześniejszych opracowań oraz powołanej tam literatury³, konfrontuję powyższe prawidłowości z postulatami równości i sprawiedliwości opodatkowania, które najczęściej odnosi się do zasady zdolności płatniczej (zdolności świadczenia) oraz dylematu podatku proporcjonalnego albo progresywnego (ponadproporcjonalny wzrost obciążeń wraz ze wzrostem zamożności)⁴. Z punktu widzenia społeczno-gospodarczego porównanie to trafniej odnosić do ekonomicznego źródła obciążonego podatkiem (dylematy: praca albo kapitał oraz oszczędności albo konsumpcja), niż do formalnoprawnego kryterium przedmiotu opodatkowania (dochód, obrót, majątek).

Współczesny dyskurs na tematy społeczno-gospodarcze mieści się w granicach wyznaczonych z jednej strony przez liberalizm, z drugiej zaś – przez szeroko pojęte nurty lewicowe, które nawiązują do koncepcji tzw. państwa dobrobytu (ang. *welfare state*). Według myśli liberalnej sprawiedliwe i efektywne ekonomicznie jest obciążenie proporcjonalne do poziomu zamożności, gdyż zachęca do bardziej wydajnej pracy, zaś zakumulowane dzięki temu zasoby pobudzają całą gospodarkę, z korzyścią także dla uboższych, natomiast wbrew pozorom progresja opodatkowania nie przynosi nikomu korzyści, gdyż hamuje rozwój gospodarczy całego społeczeństwa i sprzyja tzw. szarej strefie, dla bogatszych stanowi swoistą karę za bardziej wydajną pracę, a ubogim nie daje niczego. Koncepcja tzw. państwa dobrobytu opiera się natomiast o aktywną politykę socjalną, finansową z wysokich podatków o charakterze progresywnym. Liberalowie trafnie zwracają uwagę na paradoksy progresywnego podatku dochodowego: 1) dotyka ludzi o relatywnie wysokich zarobkach u szczytu swoich aspiracji zawodowych, lecz pomija grupę jeszcze bardziej zamożnych osób dysponujących zgromadzonym wcześniej majątkiem (także w drodze dziedziczenia), które nie prowadzą istotnej działalności zarobkowej⁵, zaś 2) liczne ulgi i rosnące wraz z poziomem zamożności możliwości unikania opodatkowania realnie zbliżają skalę progresywną do liniowej, tym niemniej wymiar podatku staje się coraz bardziej skomplikowany i kosztowny zarówno dla podatników, jak też administracji skarbowej, a liczne i częste zmiany legislacyjne podważają elementarne zaufanie do państwa i prawa oraz rodzą ryzyko arbitralnych i niesłuszných rozstrzygnięć indywidualnych⁶. W konsekwencji, progresywny podatek dochodowy uderza przede wszystkim

³ K. Radzikowski, *Współczesne dylematy równości i sprawiedliwości opodatkowania*, „Doradztwo Podatkowe. Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2020, nr 12 (cz. I), 2021 nr 1 (cz. II), nr 2 (cz. III) i nr 3 (cz. IV).

⁴ Przeciwnością progresji jest regresja; podatek proporcjonalny cechuje natomiast jednolita stawka procentowa niezależnie od wysokości podstawy opodatkowania, bez żadnych ulg, zwolnień, wyłączeń i kwoty wolnej od podatku, takie elementy zawiera zaś – przy jednolitej stawce procentowej – tzw. podatek liniowy.

⁵ T. Sowell, *Ekonomia dla każdego*, Warszawa 2019, s. 412.

⁶ R. Gwiazdowski, *Podatek progresywny i proporcjonalny: doktrynalne przesłanki, praktyczne konsekwencje*, Warszawa 2007, s. 174 i n.; tenże, *Sprawiedliwość a efektywność opodatkowania. Pomiędzy progresją a podatkiem liniowym*, Warszawa 2001, s. 94 i n.

w klasę średnią nie zaś w klasę wyższą i utrudnia awans społeczny biednym, gdyż odbiera im efekty intensywnej pracy, zaś dane statystyczne podważają jego zdolność do korekty nierówności społecznych (mierzonych tzw. współczynnikiem Giniego)⁷. Liberalowie opowiadają się za proporcjonalnym podatkiem od przychodów pobieranym „u źródła” przez pracodawcę, bez zwolnień, ulg, kwoty wolnej od podatku i indywidualizowania sytuacji życiowej podatnika⁸. Dostrzegając postępującą akumulację bogactwa i wynagradzanie pracy znacznej części najlepiej zarabiających poprzez udziały w kapitale, zwolennicy progresji współcześnie optują natomiast za progresywnym opodatkowaniem majątku (od: kapitału, nieruchomości i spadków)⁹.

W obliczu populizmu gospodarczego model oparty o wysokie obciążenia podatkowe i wysokie świadczenia redystrybucyjne rodzi ryzyko, że z naruszeniem elementarnych zasad równości i sprawiedliwości ciężary będą spychane na grupy społeczne nieprzychylnie aktualnie rządzącym, zaś świadczenia zostaną skierowane ku grupom, a nawet jednostkom sprzyjającym aktualnie rządzącym (zestawmy zwiększone finansowanie zaangażowanych politycznie i realizujących przekaz propagandowy mediów publicznych z planami obciążenia mediów komercyjnych tzw. opłatą reklamową)¹⁰.

Mimo że powyższe uwarunkowania należy odnosić do całościowo traktowanego systemu ciężarów publicznych, po uwzględnieniu zjawiska przerzucalności podatku, to najbardziej odczuwalny przez społeczeństwo oraz eksponowany w dyskusjach politycznych i publicystycznych jest podatek od dochodów osobistych wraz ze składkami na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne (tzw. klin podatkowy, który w najszerszym ujęciu uwzględnia także części składek Zakład Ubezpieczeń Społecznych (ZUS) i Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ), które obciążają pracodawców i zleceniodawców)¹¹. Nie dziwi więc, że mimo malejącego znaczenia fiskalnego, daniny wchodzące w skład tzw. klina podatkowego są najbardziej narażone na populistyczną legislację. Składki ZUS i NFZ różnią się

⁷ M. Pasternak-Malicka, *Dylemat sprawiedliwości podatkowej subiektywnej w perspektywie liniowej oraz progresywnej stawki podatkowej w świetle badań własnych*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H. Oeconomia” 2017, t. LI, nr 6, s. 274 i n.; por. krytykę miarodajności tzw. współczynnika Giniego i propozycje alternatywne: A. Walasik, *Redystrybucyjna funkcja finansów publicznych w ujęciu teoretycznym*, Katowice 2008, s. 70–77 i 89–95.

⁸ R. Gwiazdowski, *Podatek ...*, s. 171 i n.

⁹ T. Piketty, *Kapitał w XXI wieku*, Warszawa 2015, s. 644 i n.; A. Atkinson, *Nierówności: co da się zrobić?*, Warszawa 2017, s. 297–338.

¹⁰ Ustawa z dnia 9 stycznia 2020 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji oraz ustawy o opłatach abonamentowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 383).

¹¹ W Polsce podatek od dochodów osobistych funkcjonuje pod nazwą podatku dochodowego od osób fizycznych (PIT), zaś działalność gospodarczą korporacji i innych podmiotów zbiorowych obciąża podatek dochodowy od osób prawnych (CIT); regulują je odpowiednio: ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1128, z późn. zm.); dalej: u.p.d.o.f., i ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1800, z późn. zm.).

od typowego podatku w tym sensie, że konkretyzują świadczenia ekwiwalentne (nie są nieodpłatne): opiekę emerytalno-rentową i opiekę zdrowotną, lecz jedynie w przypadku ubezpieczeń społecznych wysokość świadczenia zależy od wysokości składek, natomiast w przypadku ubezpieczeń zdrowotnych składka jest warunkiem objęcia opieką medyczną, niemniej jej zakres nie zależy od wysokości składek, lecz od generalnej dostępności świadczeń medycznych i indywidualnych wskazań lekarskich (w konsekwencji, składka na ubezpieczenie zdrowotne jest bliska podatkowi i w stanie prawnym obowiązującym do końca 2021 r. była wbudowana w konstrukcję PIT: 7,75% z 9% podstawy wymiaru podlega odliczeniu od podatku).

Współczesne systemy podatkowe odzwierciedlają dwie zasadnicze tendencje. Po pierwsze, paradygmat zachęt do inwestycji poprzez niższe opodatkowanie kapitału (działalności gospodarczej) w stosunku do pracy i konsumpcji. Należy przy tym pamiętać, że z wyjątkiem państw o skrajnie niskich kosztach pracy (np. Azja Południowo-Wschodnia), inwestycje obejmują wkłady kapitałowe i rynek usług, więc bardzo łatwo można je relokować w zależności od aktualnych uwarunkowań społeczno-gospodarczych, a w konsekwencji wymagają permanentnego utrzymywania zachęt o charakterze podatkowym. Międzynarodowe korporacje oraz naprawdę zamożni obywatele umiejętnie korzystają z szerokiej gamy instrumentów optymalizacyjnych (np. ceny transferowe, pożyczki od udziałowców, opłaty licencyjne na rzecz grupy kapitałowej, pochodne instrumenty finansowe), dzięki którym ukrywają swoje dochody i/lub majątek bądź ujawniają je w państwach o niskiej (zerowej) stopie opodatkowania, zamiast tam, gdzie zostały wypracowane¹². Podejmowane w ostatnim czasie działania poszczególnych państw i organizacji międzynarodowych (np. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) czy Unia Europejska), mające na celu uszczelnienie systemów podatkowych, nie okazały się jeszcze wystarczająco skuteczne¹³. W rezultacie, efektywne obciążenie podatkowe jest niższe niż nominalna stawka podatkowa wynikająca z przepisów prawa, zaś realne obciążenie zbliża się do proporcjonalnego lub spłaszczonej krzywej, która stopniowo rośnie do punktu odpowiadającego ponadprzeciętnym dochodom w danym społeczeństwie, lecz

¹² Nie chodzi tylko o klasyczne raje podatkowe, korzystające na stałych opłatach administracyjnych oraz na rozwoju usług prawno-księgowych obsługujących tego typu operacje, ale rysuje się szersze zjawisko swoistej negatywnej konkurencji państw rozwiniętych polegające na obniżeniu podatków obciążających działalność gospodarczą (kapitał) celem przyciągnięcia inwestycji. Wiele państw zawiera indywidualne (przeważnie tajne) porozumienia z międzynarodowymi korporacjami gwarantujące im minimalne opodatkowanie (tzw. afera LuxLeaks ujawniła, że tego typu obciążenie w Luksemburgu nie przekraczało 1%).

¹³ Niekorzystne zjawiska określa się mianem BEPS (ang. Base Erosion and Profit Shifting, erozja podstawy opodatkowania i transfer zysków); termin ten upowszechniły raporty OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* z 12 lutego 2013 r., i *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* z 19 lipca 2013 r., których rekomendacje są obecnie wdrażane w wielu państwach, w tym w Polsce.

następnie opada wraz z ich dalszym wzrostem. Co ważne, najwyżej opodatkowana pozostaje praca najemna, zaś drobni i średni przedsiębiorcy (mały kapitał) płacą znacznie wyższe podatki niż międzynarodowe korporacje (duży kapitał), które przeznaczają środki zaoszczędzone na podatkach nie tylko na akumulację i redystrybucję do udziałowców, lecz także na nieuczciwą konkurencję z drobnymi i średnimi przedsiębiorcami. W państwach Europy Zachodniej zazwyczaj praca najemna jest opodatkowana stawkami progresywnymi, zaś kapitał – stawką proporcjonalną (tzw. *dual income tax*), natomiast w państwach Europy Środkowo-Wschodniej popularny stał się globalny podatek liniowy¹⁴.

Po drugie, rośnie znaczenie podatków obrotowych obciążających konsumpcję (głównie VAT i akcyza), które cechuje przerzucalność: rozlicza je sprzedawca, niemniej ich ciężar ponosi nabywca, a ostatecznie finalny konsument, który nie prowadzi działalności gospodarczej i nie ma możliwości dalszego przerzucenia (podatki pośrednie – w odróżnieniu od podatków bezpośrednich: dochodowych i majątkowych, które w ujęciu modelowym obciążają majątek podatnika). Mimo że podatki obrotowe odprowadzają przedsiębiorcy, to ich ciężar ponoszą jedynie tymczasowo, zaś konsumenci wykazują się swoistym znieczuleniem podatkowym: kierują się łączną ceną, często nie mając pojęcia, ile wynoszą zawarte w niej podatki obrotowe; podatki te lepiej odzwierciedlają zasadę powszechności (minimalizacji ciężaru jednostkowego): o ile podatku dochodowego nie zapłacą osoby, których dochody nie przekraczają kwoty wolnej, korzystają z ulg, ponoszą straty itp., o tyle podatkami obrotowymi pozostają obciążeni wszyscy konsumenci, niezależnie od poziomu zamożności lub innych uwarunkowań życiowych¹⁵. Co ciekawe, w następstwie kryzysu finansowego 2008 r. w całej Unii Europejskiej zarysowała się tendencja do podnoszenia stawek VAT, natomiast stawki podatku dochodowego obciążającego działalność gospodarczą pozostawiano bez zmian bądź wręcz obniżano; wprowadzano także specjalne podatki obciążające sektor bankowy (finansowy), niemniej w dużej mierze ich ciężar został przerzucony na społeczeństwo (kredytobiorców) poprzez podwyższenie cen usług (prowizje, stopy procentowe itp.)¹⁶.

Tradycyjnie w Europie Zachodniej rozgraniczono tzw. północną i południową mentalność podatkową, które odzwierciedlają słynne twierdzenie M. Webera o różnicach etyki protestanckiej i katolickiej: przyzwyczajenia konsumpcyjne, szara strefa i niesprawna administracja skarbowa powodują w drugim przypadku niską efektywność fiskalną podatków bezpośrednich przy jednoczesnym wzroście roli podatków pośrednich, gdyż konsumpcja „ujawnia” prawdziwą skalę

¹⁴ D. Grodzka, *Systemy podatku dochodowego od osób fizycznych w państwach UE, Tendencje w opodatkowaniu osób fizycznych w UE*, Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu nr 14, t. I, Warszawa 2008, s. 41 i n.

¹⁵ H. Kuzińska, *Rola podatków pośrednich w Polsce*, Warszawa 2002, s. 34–37.

¹⁶ Szerzej: S. Owisak (red.), *Polityka podatkowa krajów Unii Europejskiej wobec kryzysu finansowego*, Warszawa 2016, s. 91 i n. oraz s. 460 i n.

„ukrytych” dochodów (dotyczy zwłaszcza akcyzy, która podlega wzmocnionej kontroli ze strony administracji skarbowej)¹⁷. Zróznicowanie to nasila się, gdy współcześnie porównamy tzw. starą i nową Unię Europejską (wg. cezury 2004 r., odpowiednio UE-15 i UE-13, zestawienie uwzględnia Wielką Brytanię): 1) łączne obciążenia podatkowe liczone jako udział w PKB w grupie UE-13 są niższe niż w grupie UE-15; 2) podatki pośrednie w grupie UE-13 są wyższe niż w grupie UE-15; 3) podatki bezpośrednie w grupie UE-15 są wyższe niż w grupie UE-13; 4) w zakresie podatków dochodowych grupa UE-13 notuje zdecydowaną przewagę wpływów z podatku dochodowego obciążającego osoby fizyczne (PIT) z tytułu pracy najemnej bądź wymuszonego samozatrudnienia niż obciążającego spółki i jednostki organizacyjne (CIT), przy czym systemom podatkowym państw, które można określić mianem peryferyjnych w grupie UE-15 (Portugalia, Grecja) bliżej do grupy UE-13, zaś Czechom – bliżej do grupy UE-15 niż do pozostałych państw UE-13¹⁸. Powyższe prawidłowości odzwierciedla tzw. test 10 przedsiębiorstw, obrazujący opodatkowanie grupy 10 największych spółek w państwach Europy Środkowo-Wschodniej należących do Unii Europejskiej: badana grupa wypracowuje ok. 25% PKB, lecz pochodzi od niej jedynie 1–2% wpływów z tytułu CIT (w skrajnym przypadku Bułgarii w ujęciu netto grupa ta nie odprowadza żadnego podatku, lecz korzysta z ulg i pomocy publicznej)¹⁹.

3. SPOŁECZNO-GOSPODARCZA CHARAKTERYSTYKA POLSKIEGO SYSTEMU PODATKOWEGO (STAN PRAWNY OBOWIĄZUJĄCY DO KOŃCA 2021 R.)

Z punktu widzenia społeczno-gospodarczego trzeba zwrócić uwagę na następujące cechy polskiego systemu podatkowego.

Po pierwsze, najbardziej efektywne fiskalnie pozostają obciążenia pośrednie (przerzucalne) o liniowych stawkach i regresywnym charakterze względem poziomu zamożności. Notujemy wyraźnie wyższy udział tych podatków w dochodach budżetowych niż w przypadku większości państw rozwiniętych, zaś niskie udziały CIT i PIT dowodzą skuteczności unikania opodatkowania przez korporacje/przedsiębiorców i zamożnych obywateli: PIT stanowi zaledwie ok. 15% dochodów podatkowych budżetu państwa, podczas gdy podatki obrotowe: VAT

¹⁷ A. Komar, *Systemy podatkowe krajów Wspólnot Europejskich*, Warszawa 1989, s. 145–148.

¹⁸ A. Szymańska, *Dochody podatkowe w krajach Unii Europejskiej*, „Wiadomości Statystyczne” 2017, nr 5, s. 82 i n.

¹⁹ *Runaway taxes. Who pays tax in Central and Eastern Europe*, Prague 2017, https://assets.nationbuilder.com/eurodad/pages/219/attachments/original/1588105459/Runaway_taxes.pdf?1588105459 (dostęp: 29.08.2022 r.).

i akcyza, odpowiednio ok. 45% i 20% (dla porównania, CIT – tylko 10%)²⁰. Paradoksalnie korzystnie wypada tzw. test 10 przedsiębiorstw, lecz wynika to z faktu, że grupę tę stanowią przeważnie spółki Skarbu Państwa z branży energetycznej, które z przyczyn politycznych są mniej skłonne do unikania opodatkowania niż typowi przedsiębiorcy. Stawki VAT i akcyzy mają charakter liniowy, lecz wraz ze wzrostem poziomu zamożności spada udział wydatków konsumpcyjnych, które obciążają te podatki, rośnie zaś – inwestycyjnych (oszczędności), wolnych od tych podatków (zależność tę częściowo korygują preferencyjne stawki podatków obrotowych dla dóbr pierwszej potrzeby, których udział w strukturze konsumpcji maleje wraz ze wzrostem poziomu zamożności). Tradycyjnie akcyza obciążała wąski zakres dóbr uchodzących za luksusowe, od niedawna zaś – przede wszystkim towary powszechnego użytku o sztywnym popycie (przede wszystkim nośniki energii, a także dobra konsumpcyjne, które trudno uznać za luksusowe: tytoń i alkohol). Do VAT i akcyzy dołączyły: 1) opłata od środków spożywczych, która obciąża napoje słodzone (tzw. podatek cukrowy)²¹, 2) opłata od napojów alkoholowych o pojemności do 300 ml (tzw. małpki)²², 3) podatek od niektórych instytucji finansowych²³ i 4) podatek od sprzedaży detalicznej²⁴. Dwa pierwsze podatki (ukryte pod nazwa opłat) są zbliżone do tradycyjnej akcyzy (z zastrzeżeniem braku harmonizacji na poziomie unijnym), zaś dwa ostatnie podatki mają charakter przychodowy – obciążają obrót bez odtrącenia kosztów, odpowiednio: a) sumę aktywów, wśród których dominuje wartość udzielonych kredytów, oraz b) przychody ze sprzedaży, więc przerzucenie ich ciężaru na nabywców (konsumentów) jest bardziej uzależnione od warunków rynkowych niż w przypadku

²⁰ Według danych Ministerstwa Finansów z wykonania budżetu państwa za 2019 r. i 2020 r., które potwierdzają prawidłowości z lat poprzednich, dochody z PIT wyniosły 65,4 mld zł i 66,5 mld zł, podczas gdy z VAT i akcyzy odpowiednio 181 mld zł i 196,5 mld zł oraz 72,5 mld zł i 75,1 mld zł (dla porównania, dochody z CIT to tylko 40 mld zł i 42 mld zł), łączne dochody podatkowe to 367,5 mld zł i 390 mld zł, zaś wszystkie dochody w sumie 400,5 mld zł i 435,3 mld zł, <https://www.gov.pl/web/finanse/sprawozdanie-roczne-za-2019-rok> (dostęp: 15.08.2022 r.) i <https://www.gov.pl/web/finanse/sprawozdanie-roczne-za-2020-rok> (dostęp: 15.08.2022 r.). Dane te nie uwzględniają: 1) składek w ramach systemu ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych, które obciążają dochody osobiste w podobny sposób i w porównywalnej wysokości jak PIT, oraz 2) udziałów jednostek samorządu terytorialnego (j.s.t.) we wpływach z obu podatków dochodowych (dla j.s.t. stanowią najważniejsze źródło dochodów); w konsekwencji, obciążenia dochodów osobistych mają większe znaczenie dla całości systemu finansów publicznych niż wynika z danych dotyczących PIT i budżetu państwa.

²¹ Art. 12a i n. ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zdrowiu publicznym (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1608).

²² Art. 9² ust. 11 i n. ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1119, z późn. zm.).

²³ Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o podatku od niektórych instytucji finansowych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1685, z późn. zm.).

²⁴ Ustawa z dnia 6 lipca 2016 r. o podatku od sprzedaży detalicznej (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 761, z późn. zm., do końca 2020 r. pobór tego podatku był zawieszony).

podatków pośrednich (nowe podatki dotyczą jedynie podmiotów spełniających kryterium odpowiednio wysokiego progu obrotu).

Po drugie, CIT cechuje stawka liniowa, zaś mimo nominalnie progresywnych stawek PIT, łączne obciążenia dochodów osobistych (wraz ze składkami ZUS i NFZ) są bliskie rozkładowi liniowemu, przy czym najwyższe obciążenia ponosi klasa średnia utrzymująca się z pracy najemnej w kodeksowych formach zatrudnienia (pomijam podatek od emerytur i rent, który wymierza się bez potrącenia kosztów, więc jest on typowym podatkiem przychodowym, nie zaś podatkiem dochodowym). Zróżnicowanie tzw. klina podatkowego w zależności od podstawy prawnej zatrudnienia wpływa dezorganizująco na rynek pracy, powodując m.in.: 1) fikcję samozatrudnienia, gdy przedsiębiorca pracuje w sposób typowy dla stosunku pracy (zjawisko nasila się wraz ze wzrostem dochodów), i 2) wzrost popularności tzw. umów śmieciowych (w krótkiej perspektywie potrafią być korzystne zarówno dla pracownika, jak i dla pracodawcy, niemniej w długiej perspektywie doskwiera brak pewności zatrudnienia i niskie świadczenia emerytalne).

Progresję obciążenia dochodów osobistych zakłócają następujące czynniki: 1) jedynie dwie stawki PIT – 17% (poprzednio: 18%) i 32% (granica jest próg dochodowy w wysokości 85 528 zł)²⁵, podczas gdy ponad 98% podatników pozostaje objętych pierwszą z nich i problem progresji ich nie dotyczy, 2) liniowa stawka PIT w wysokości 19% dla przedsiębiorców²⁶, 3) ryczałtowe koszty uzyskania przychodów z tytułu umowy o pracę w wysokości 250 zł (poprzednio: 111 zł 25 gr) miesięcznie, podczas gdy dla umowy zlecenia i umowy o dzieło wynoszą 20% (niekiedy nawet 50%) przychodu²⁷, zaś przedsiębiorcy rozliczają wszystkie rzeczywiście poniesione wydatki, a co więcej, częste (niezgodne z prawem, ale trudne do skontrolowania) są nadużycia polegające na uwzględnieniu zakupów wykorzystywanych do celów prywatnych (dotyczy także odliczenia VAT), 4) częste (niezgodne z prawem, ale trudne do skontrolowania) zaniżanie przez przedsiębiorców podstawy opodatkowania PIT oraz wymiaru składek ZUS i NFZ poprzez brak ewidencjonowania obrotu (dotyczy także VAT) i wynagrodzenia wypłacanego pracownikom, 5) liniowe stawki składek ZUS i NFZ z zawieszeniem poboru pierwszej z nich po przekroczeniu progu dochodowego (30-krotność średniego wynagrodzenia rocznie: 157 770 zł w 2021 r.)²⁸, 6) ryczałtowe składki ZUS i NFZ dla przedsiębiorców wymierzone od 60% średniego wynagrodzenia, niezależnie od faktycznego dochodu (3115,40 zł miesięcznie

²⁵ Art. 27 ust. 1 u.p.d.o.f.

²⁶ Art. 30c u.p.d.o.f. Wiosną 2019 r. Ministerstwo Finansów pracowało nad odebraniem prawa do liniowej stawki PIT w przypadku fikcyjnego samozatrudnienia (tzw. test przedsiębiorcy), niemniej ze względów politycznych po zmianach w kierownictwie resortu prace te zostały zaniechane.

²⁷ Art. 22 ust. 2 i 9 u.p.d.o.f.

²⁸ Art. 19 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1009, z późn. zm.; dalej: u.s.u.s.).

w 2021 r.), z możliwością obniżki i zawieszenia poboru w początkowym okresie (tzw. ulga na start)²⁹ oraz wymiaru od rzeczywistych przychodów, gdy nie przekraczają one 30-krotności minimalnego wynagrodzenia (tzw. mały ZUS obowiązujący od 1 stycznia 2019 r. do końca stycznia 2020 r. i tzw. mały ZUS plus obowiązujący od 1 lutego 2020 r.)³⁰, 7) mimo licznych zapowiedzi zmian, przedłużające się wyłączenie spod składek ZUS i NFZ niektórych tzw. śmieciowych form zatrudnienia (np. umowy o dzieło), 8) liczne ryczałtowe formy opodatkowania (niezależne od rzeczywistych dochodów)³¹, 9) wyłączenie spod PIT (podobnie: CIT) rolnictwa i leśnictwa, niezależnie od powierzchni gruntów, rodzaju upraw lub hodowli oraz skali osiągniętych zysków, z zastrzeżeniem tzw. działów specjalnych (np. szklarni)³², oraz 11) preferencyjne w stosunku do ZUS obciążenie rolników składkami w KRUS, zaś, mimo licznych zapowiedzi zmian, przywilej ten pozostaje dostępny także dla przedsiębiorców posiadających con. 1 ha ziemi rolnej³³.

Progresję intensyfikują następujące czynniki, niemniej kwoty odliczeń są na tyle niskie (zwłaszcza w pierwszym przypadku), że skutek ten dotyczy jedynie dolnego przedziału skali podatkowej (osób osiągających najniższe dochody): 1) kwota wolna od podatku o wyraźnie degresywnym charakterze (od 2017 r.)³⁴ oraz 2) ulgi na dzieci, która konsumuje podatek pozostały po odliczeniu składek NFZ³⁵. Podobnie, lecz w wąskim zakresie podmiotowym, oddziałuje tzw. zerowy PIT dla młodych: zwolnienie od podatku dochodów osiągniętych osób poniżej 26. roku życia (do wysokości 85 528 zł rocznie)³⁶. Z przeciwnej strony przedziału skali podatkowej od 2019 r. progresję wzmacnia dodatkowa danina solidarnościowa w wysokości 4% nadwyżki dochodów osób fizycznych ponad

²⁹ Art. 18a u.s.u.s. i art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 162, z późn. zm.).

³⁰ Art. 18c u.s.u.s.

³¹ Przede wszystkim na podstawie ustawy z dnia 20 listopada 1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1993, z późn. zm.), która od 1 stycznia 2021 r. obniżyła stawki, zniósła większość ograniczeń branżowych i prawie 10-krotnie podniosła próg przychodów, którego przekroczenie odbiera prawo do ryczałtu (podstawa opodatkowania nie uwzględnia kosztów uzyskania przychodów).

³² Art. 2 ust. 1 pkt 1 u.p.d.o.f.

³³ Art. 5a ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 266, z późn. zm.).

³⁴ W latach 2009–2016 wynosiła nieco ponad 3 tys. zł rocznie; począwszy od 2017 r. wynosi 6600 zł (w latach 2018–2019 – 8 tys. zł) i maleje (nierównomiernie) do zera przy podstawie opodatkowania w wysokości 127 tys. zł rocznie i wyższych; dla osób zarabiających powyżej 11 tys. zł w 2017 r. i 13 tys. zł w latach 2018–2019, a poniżej progu zmiany stawki z 18% na 32%, tj. 85 528 zł 50 gr rocznie, kwota wolna od podatku została zachowana w poprzedniej wysokości (por. art. 27 ust. 1a u.p.d.o.f.).

³⁵ Art. 27f u.p.d.o.f. (ulga ta nie przysługuje w przypadku wychowywania tylko jednego dziecka po przekroczeniu progu 56 tys. dochodu rocznie w przeliczeniu na każdego z rodziców).

³⁶ Art. 21 ust. 1 pkt 148 u.p.d.o.f.

kwotę 1 mln zł (stanowi dochód Funduszu Solidarnościowego, pierwotnie zwanego Solidarnościowym Funduszem Wsparcia Osób Niepełnosprawnych)³⁷. Ma ona wąski zakres podmiotowy: szacuje się, że obciąża ok. 21 tys. osób, a przynosi Funduszowi ok. 1150 mld zł rocznie³⁸.

Po trzecie, brakuje powszechnego podatku obciążającego wartość majątku, zwłaszcza nieruchomości; obowiązują natomiast podatki selektywnie obciążające poszczególne składniki majątkowe, przy czym – z zastrzeżeniem budowli związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – podstawa opodatkowania podatkami rolnym, leśnym lub od nieruchomości nie zależy od wartości (*ad valorem*), ale od powierzchni, zaś wysokość podatku pozostaje symboliczna (z zastrzeżeniem przedsiębiorców)³⁹. Ustawodawca zrezygnował także z opodatkowania transferu majątku (niezależnie od jego wartości) pomiędzy osobami bliskimi w przypadku spadkobrania lub darowizny⁴⁰.

Jak wynika z powyższych prawidłowości, polski system podatkowy wraz ze składkami ZUS i NFZ nie ma charakteru progresywnego, lecz regresywny, gdyż w ujęciu procentowym efektywne obciążenie co do zasady maleje wraz ze wzrostem poziomu zamożności, aczkolwiek w sposób nierównomierny. Ze względu na ograniczony zakres, ocenie tej wymykają się podatki majątkowe, podatki obrotowe cechuje łagodna i dość jednolita regresja, natomiast podatki dochodowe wraz ze składkami ZUS i NFZ są zbliżone do rozkładu liniowego, z zastrzeżeniem następujących czynników. Po pierwsze, w dolnych przedziałach dochodowych odczuwalne pozostają skutki czynników progresywnych: ulgi na dzieci, nowe zasady kwoty wolnej od podatku i tzw. mały ZUS (mały ZUS plus), zaś wyłączenie spod PIT i ZUS rolnictwa oraz liczne ryczałty „przesuwają” regresję opodatkowania w górę struktury społecznej. Po drugiej, rysuje się zróżnicowanie tzw. klina podatkowego w zależności od formy prawnej zatrudnienia: najwyższe obciążenia ponoszą pracownicy najemni w ramach umowy o pracę (pomijam emerytury i renty). W konsekwencji, najwyższe ciężary ponosi klasa średnia, zwłaszcza pracownicy najemni w kodeksowych formach zatrudnienia: szczyt obciążeń przypada w przedziale pomiędzy progiem poboru podatku według stawki 32% (ok. 85,5 tys. rocznie), a progiem zawieszenia poboru składek

³⁷ Art. 30h u.p.d.o.f. (w przeciwieństwie do „zasadniczego” PIT, we wpływach z daniny solidarnościowej nie partycypują j.s.t. i nie stanowi ona podstawy przekazania 1% na rzecz organizacji pożytku publicznego) i art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 23 października 2018 r. o Funduszu Solidarnościowym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 1787, z późn. zm.).

³⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o Funduszu Solidarnościowym, druk sejmowy VIII kadencji nr 2848, <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2848> (dostęp: 14.08.2022 r.).

³⁹ Por. art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1452, z późn. zm.), art. 4 i 6 ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. o podatku rolnym (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 333, z późn. zm.) oraz art. 3 i 4 ustawy z dnia 30 października 2002 r. o podatku leśnym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 888, z późn. zm.).

⁴⁰ Por. art. 4a ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1043).

ZUS (pierwotnie obie kwoty były zbliżone, niemniej druga stale rośnie wraz ze wzrostem średniego wynagrodzenia: w 2021 r. wynosiła ok. 157,5 tys. zł rocznie). Z ostrożnością należy natomiast traktować wysuwane w dyskusjach politycznych i publicystycznych zarzuty o braku ochrony najbardziej potrzebujących i postulaty wyraźnej progresji opodatkowania. Po pierwsze, bynajmniej nie jest tak, że najbardziej potrzebujący ponoszą najwyższe obciążenia w sensie procentowym (w istocie nie płacą oni PIT, a jedynie składki ZUS i NFZ), zaś progresja opodatkowania wywołuje niekorzystny skutek zniechęcenia do pracy i oszczędzania. Po drugie, trzeba uwzględnić aktywną politykę socjalną opartą na mechanizmach redystrybucyjnych, a limitowaną poziomem zamożności (z zastrzeżeniem programu Rodzina 500+): Polska jest typowym państwem opiekuńczym, zaś wydatki redystrybucyjne z tego tytułu nie odbiegają od średniej Unii Europejskiej (niższe wartości bezwzględne wynikają z niższego poziomu życia całego społeczeństwa). Brakuje natomiast polityki predystrybutywnej nakierowanej na zapobieganie nierównościom społecznym zanim one powstaną (dostęp do edukacji, ochrony zdrowia i szeroko pojętej infrastruktury), lecz – jak dowodzą wyniki sondaży i kolejnych wyborów – większość wyborców wyżej ceni bezpośredni transfer finansowy, wydatkowany według uznania beneficjenta, przy jednoczesnym braku świadomości co do zasadniczo regresywnego charakteru całościowo pojmowanego systemu obciążeń daninowych. Można się spodziewać, że „wbudowanie” funkcji wyrównywania nierówności majątkowych do systemu podatkowego poprzez nadanie mu charakteru progresywnego w połączeniu ze zmniejszeniem poziomu redystrybucji, wywołała sprzeciw społeczny. W tym kontekście kluczowa wydaje się nie tyle zmiana struktury, co uszczelnianie systemu podatkowego w celu zwiększenia łącznej sumy dochodów budżetowych. Podejmowane od kilku lat działania w pierwszej kolejności (słusznie!) skupiły się na – stanowiącej największe zagrożenie dla finansów publicznych – tzw. luce VAT, w drugiej zaś – na walce z unikaniem opodatkowania bezpośredniego i transferem zysków za granicę (skuteczność tych działań jest jednak dyskusyjna).

4. SPOŁECZNO-GOSPODARCZE UWARUNKOWANIA TZW. POLSKIEGO ŁADU

Regresja całościowo pojmowanego systemu podatkowego oraz zbliżony do liniowego rozkład klina podatkowego obciążającego dochody osobiste, z zastrzeżeniem maksimum w środkowych przedziałach dochodowych (spłaszczona krzywa) i istotnego zróżnicowania w zależności od źródła przychodów (najwyżej opodatkowany jest stosunek pracy), budzą zastrzeżenia z punktu widzenia równości i sprawiedliwości opodatkowania. Oczywiście są więc zarówno pytania o potrzebę przebudowy systemu podatkowego, jak też groźby populistycznej

legislacji. Kluczowym obszarem obu zagadnień są najbardziej odczuwalne przez społeczeństwo obciążenia dochodów osobistych: PIT wraz ze składkami ZUS i NFZ (pomijam inne zagadnienia składające się na tzw. Polski Ład).

Zasadniczym celem Polskiego Ładu jest stworzenie przyjaznego i sprawiedliwego systemu podatkowego, zaś dopiero w dalszej kolejności wskazuje się na stabilizację nadwyżzonych pandemią Covid-19 dochodów budżetowych⁴¹. Projektodawca odwołał się do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2015 r., K 21/14⁴², który eksponuje zasadę zdolności płatniczej rozumianą jako indywidualną możliwość poniesienia świadczenia podatkowego. Wskazane cele mają realizować cztery kierunki działań: 1) zaostrzenie progresji opodatkowania, 2) uproszczenie rozliczenia, 3) uszczelnienie poboru i eliminacja oszustw podatkowych oraz 4) zachęty inwestycyjne. Powszechny charakter mają następujące zmiany, które obowiązują od 1 stycznia 2022 r. (pomijam szczegółowe zmiany, które dotyczą relatywnie niewielkich grup społecznych):

- podwyższenie do 30 000 zł kwoty wolnej od podatku dla podatników podlegających zasadom ogólnym według skali podatkowej (wynagrodzenia lub emerytury do 2500 zł miesięcznie w ogóle nie będą obciążone podatkiem);

- podwyższenie do 120 000 zł progu dochodów, po przekroczeniu którego ma zastosowanie 32% stawka podatku;

- brak możliwości odliczenia składki na ubezpieczenie zdrowotne od podatku (obecnie 7,75%);

- wymiar składki zdrowotnej dla przedsiębiorców od rzeczywistego poziomu dochodów (likwidacja przywileju wymiaru ryczałtowego) oraz

- ulga dla klasy średniej kodeksowych form zatrudnienia w celu zneutralizowania wzrostu obciążenia wynikającego z pro-progresywnych elementów konstrukcji podatku: chodzi o przesunięcie efektu progresji w górne przedziały dochodu (powyżej 11 141 zł miesięcznie), gdyż według zasadniczych przepisów Polskiego Ładu granicą zwiększenia obciążeń jest kwota 5701 zł miesięcznie.

Z dniem 1 lipca 2022 r. obniżono zasadniczą stawkę w pierwszym przedziale skali podatkowej z 17% do 12%, likwidując jednocześnie ulgę dla klasy średniej⁴³.

Jak wynika z powyższego, Polski Ład ma przede wszystkim oddziaływać na społeczne poczucie sprawiedliwości, natomiast – mimo regulacji mających na celu uszczelnienie poboru – nie zwiększa dochodów budżetowych z tytułu PIT, lecz wręcz przeciwnie: prognozuje ich spadek o ok. 15 mld zł rocznie

⁴¹ Ustawa z dnia 29 października 2021 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 2105); por. uzasadnienie projektu druku sejmowego IX kadencji nr 1532, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1532> (dostęp: 14.08.2022 r.).

⁴² Dz.U. z 2015 r., poz. 1784.

⁴³ Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 1265); por. uzasadnienie projektu druku sejmowego IX kadencji nr 2186, <https://sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2186> (dostęp: 29.08.2022 r.).

(ok. 10 mld zł budżet państwa, ok. 13 mld zł budżety jednostek samorządu terytorialnego tytułem udziału w dochodach z PIT, wzrosną natomiast o ok. 8 mld zł dochody NFZ)⁴⁴. Powszechnie ma być obniżenie obciążeń podatkowych: zmiany są korzystne lub przynajmniej neutralne dla 24 mln osób (90% podatników)⁴⁵.

5. PODSUMOWANIE

Polski Ład łamie fundamentalne zasady efektywnego systemu podatkowego: priorytetu funkcji fiskalnej oraz dążenia do minimalizacji jednostkowego ciężaru przy maksymalizacji zakresu opodatkowania. Uderza fakt, że Polski Ład bynajmniej nie ma doprowadzić do zwiększenia dochodów budżetowych, ale wręcz przeciwnie – zakłada ich spadek, co samo w sobie podważa sens jakiegokolwiek reformy podatkowej. Chodzi jedynie o zmianę rozkładu obciążeń różnych grup ludności z tytułu PIT oraz składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Zmiana ta nie wynika jednak ani z racjonalnych przesłanek ekonomicznych, ani ze spójnego systemu wartości aksjologicznych, lecz jest chaotyczna i sprawia wrażenie przypadkowości, niepotrzebnie antagonizując społeczeństwo i rodząc uzasadnione podejrzenia o faworyzowanie grup sprzyjających obecnie rządzącym politykom. Przekaz propagandowy eksponował zmniejszenie obciążeń dla większości społeczeństwa, niemniej korzyści przeważnie sięgają kilku, maksymalnie kilkunastu złotych miesięcznie i zostały już dawno zneutralizowane przez inflację wywołaną wzrostem zadłużenia publicznego w związku z realizacją populistycznej polityki społeczno-gospodarczej. W ujęciu realnym poziom obciążeń zasadniczej części społeczeństwa nie zmienia się, natomiast niektóre grupy społeczne odczuwają znaczną podwyżkę (przede wszystkim przedsiębiorcy i najzamożniejsi pracownicy najemni). Przekaz propagandowy eksponował tę podwyżkę jako wyraz sprawiedliwości podatkowej, niemniej Polskiemu Ładowi towarzyszy nieustanny wzrost znaczenia fiskalnego podatków pośrednich, które mają charakter regresywny, więc w sensie procentowym (względem rozporządzalnego dochodu) są większym obciążeniem dla biedniejszych niż bogatszych. Gdy całościowo rozpatrywać system podatkowy, ustawodawca i rząd bynajmniej nie dbają o interesy biedniejszych, a jedynie udają, że to robią, działając w obszarze najbardziej podatnym na populistyczną legislację, gdyż podatki pośrednie są znacznie słabiej odczuwalne niż PIT wraz ze składkami ZUS i NFZ.

Polski Ład trzeba także traktować jako kolejną odsłonę walki władzy państwowej z samorządem terytorialnym. Jak wynika z zarysowanych powyżej kal-

⁴⁴ Ocena skutków regulacji, załącznik do druku sejmowego IX kadencji nr 1531, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1531> (dostęp: 29.08.2022 r.).

⁴⁵ *Ibidem*.

kulacji, ubytek dochodów budżetowych najsilniej uderza we wpływy jednostek samorządu terytorialnego z tytułu udziałów w PIT (dotyczy zwłaszcza gmin wielkomiejских), podczas gdy na poziomie budżetu państwa zostanie zrekompen-sowany podatkami obrotowymi. Gdy całościowo rozpatrywać system finansów publicznych, budżet państwa i fundusze państwowe efektywnie niczego nie tracą, obywatele niczego nie zyskują, natomiast poszkodowane są jednostki samorządu terytorialnego, które nie partycypują w dochodach budżetowych z tytułu podat-ków obrotowych.

Zarysowane powyżej uwarunkowania dowodzą, że Polski Ład nie rozwiązuje żadnych problemów społeczno-gospodarczych w interesie publicznym, a służy umocnieniu władzy państwowej w kontekście antagonizmów społecznych i mar-ginalizacji władzy samorządowej. Można się jedynie cieszyć, że rażące błędy legislacyjne ośmieszyły ustawodawcę i rząd w oczach opinii publicznej oraz osła-biły populistyczny przekaz propagandowy, lecz niestety kolejna nowelizacja nie odwróciła niekorzystnych tendencji, zaś w obliczu chaosu legislacyjnego zapew-nienia o udoskonalaniu przepisów oraz trwałości, spójności i przejrzystości sys-temu podatkowego⁴⁶ brzmią jak kpiny i prowadzą do utraty resztek szacunku społecznego dla prawa podatkowego.

REFERENCES

- Analiza wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej w 2020 roku, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,24240.pdf> (dostęp: 15.04.2022 r.)
- Atkinson A., *Nierówności: co da się zrobić?*, Warszawa 2017
- Grodzka D., *Systemy podatku dochodowego od osób fizycznych w państwach UE, Tendencje w opodatkowaniu osób fizycznych w UE*, Studia Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu nr 14, t. I, Warszawa 2008
- Gwiazdowski R., *Podatek progresywny i proporcjonalny: doktrynalne przesłanki, praktyczne konsekwencje*, Warszawa 2007
- Gwiazdowski R., *Sprawiedliwość a efektywność opodatkowania. Pomiędzy progresją a podatkiem liniowym*, Warszawa 2001
- Komar A., *Systemy podatkowe krajów Wspólnot Europejskich*, Warszawa 1989
- Kuzińska H., *Rola podatków pośrednich w Polsce*, Warszawa 2002
- Modzelewski W. (red.), *Wstęp do nauki polskiego prawa podatkowego*, Warszawa 2010
- Owsiak S. (red.), *Polityka podatkowa krajów Unii Europejskiej wobec kryzysu finansowego*, Warszawa 2016
- Pasternak-Malicka M., *Dylemat sprawiedliwości podatkowej subiektywnej w perspektywie liniowej oraz progresywnej stawki podatkowej w świetle badań własnych*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H. Oeconomia” 2017, t. LI, nr 6
- Piketty T., *Kapitał w XXI wieku*, Warszawa 2015

⁴⁶ Tak uzasadnienie projektu druku sejmowego IX kadencji nr 2186.

- Radzikowski K., *Współczesne dylematy równości i sprawiedliwości opodatkowania*, „Doradztwo Podatkowe. Biuletyn Instytutu Studiów Podatkowych” 2020, nr 12 (cz. I), 2021 nr 1 (cz. II), nr 2 (cz. III) i nr 3 (cz. IV)
- Runaway taxes. Who pays tax in Central and Eastern Europe*, Prague 2017, https://assets.nationbuilder.com/eurodad/pages/219/attachments/original/1588105459/Runaway_taxes.pdf?1588105459 (dostęp: 29.08.2022 r.)
- Sowell T., *Ekonomia dla każdego*, Warszawa 2019
- Szymańska A., *Dochody podatkowe w krajach Unii Europejskiej*, „Wiadomości Statystyczne” 2017, nr 5
- Walasik A., *Redystrybucyjna funkcja finansów publicznych w ujęciu teoretycznym*, Katowice 2008

Piotr Krzysztof Sowiński

Uniwersytet Rzeszowski, Polska

e-mail: psowinski@ur.edu.pl

ORCID: 0000-0003-2210-5877

**W SPRAWIE TAJEMNICY DZIENNIKARSKIEJ
I ZASAD ZWALNIANIA Z TEJ TAJEMNICY.
UWAGI POLEMICZNE**

**ON JOURNALISTIC SECRECY AND THE RULES
OF EXEMPTION: POLEMIC REMARKS**

Abstract

Journalistic secrecy is the cornerstone of the journalistic profession and the foundation of media freedom. In the Polish legal system, the source of journalistic secrecy is Art. 15 of the Press Law. However, this right of the journalists – apart from data protecting informants – is not absolute. Exemption is provided for in Art. 180 § 2 of the Criminal Procedure Code, as well as in Art. 261 § 2 of the Civil Procedure Code and Art. 83 § 2 of the Administrative Procedure Code. Exemption from journalistic secrecy in a criminal trial can only be granted by a court, and only if it is necessary in the interests of justice and there is no other evidence that could be used to replace the journalist's testimony. This text contains polemical comments in relation to *Journalistic secrecy and exemption rules* published in "Studia Iuridica" 2021, Vol. 7.

KEYWORDS

journalist, professional secrecy, exemption from secrecy, criminal trial, witness, evidence, refusal to testify

SŁOWA KLUCZOWE

dziennikarz, tajemnica zawodowa, zwolnienie z tajemnicy, proces karny, świadek, dowód, odmowa zeznań

I. WPROWADZENIE

Lektura *Tajemnicy dziennikarskiej i zasad zwalniania z niej* pióra pana dra hab. Lecha Jaworskiego opublikowanego w „*Studia Iuridica*”¹ natchnęła mnie może aż nazbyt śmiałą myślą o możliwości i potrzebie uzupełnienia tej publikacji o te elementy, które zostały tam pominięte lub nazbyt zdawkowo potraktowane. Dotyczy to przede wszystkim końcowej części tej publikacji, która za swój przedmiot ma zwolnienie z tajemnicy dziennikarskiej.

Bez wątpienia przepis art. 14 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.² stanowi źródło jednej z najważniejszych zasad Państwa Polskiego, tj. **zasady wolności mediów**. Zasadę tę wiąże się w doktrynie z prawem do wolności słowa³, o ile jednak statuujący to ostatnie prawo art. 54 ust. 1 Konstytucji RP odnosi się do wolności w wymiarze jednostkowym, o tyle jej art. 14 wyraża zasadę ustrojową⁴. W judykaturze podkreśla się, że zasada ta pełni również ważną rolę w urzeczywistnieniu prawa jednostki do dostępu do informacji publicznej⁵ (art. 61 Konstytucji RP) oraz innych informacji (art. 74 ust. 3 Konstytucji RP). Zasada ta w polskim systemie zyskała zarówno gwarancje instytucjonalne (np. art. 213 i n. Konstytucji RP), jak i materialne (art. 266 § 1 ustawy

¹ L. Jaworski, *Tajemnica dziennikarska i zasady zwalniania z niej*, „*Studia Iuridica*” 2021, t. LXXXVII, s. 197–213.

² Dz.U. nr 78, poz. 483, z późn. zm.; dalej: Konstytucja RP.

³ P. Tuleja, *Komentarz do art. 14*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, LEX/el. 2021.

⁴ W. Sokolewicz, *Wolność prasy jako konstytucyjna zasada ustroju państwa*, „*Ius Novum*” 2008, nr 2, s. 5 i 8. W nauce zauważa się nietypowość tego rozwiązania, gdyż w większości państw za wystarczające uważa się zagwarantowanie takiej wolności na poziomie jednostkowym, a nie społecznym – zob. L. Garlicki, P. Sarnecki, *Komentarz do art. 14*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, teza 2.

⁵ Zob. K. Górka, *Rec.: K. Tarnacka, Prawo do informacji w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2009, „*Przegląd Sejmowy*” 2011, nr 2, s. 222–225.

z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁶) oraz formalnoprawne (art. 180 § 2–5, art. 181, art. 225 § 1, art. 226 oraz art. 589zj § 2 pkt 8 i § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego⁷, art. 261 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁸ oraz art. 83 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁹). Wszystkie te gwarancje stanowią wyraz poszanowania „autonomicznego charakteru tej sfery życia społecznego”¹⁰, czego wyrazem jest swoboda organizowania działalności środków społecznego przekazu, swoboda prowadzenia działalności przez środki społecznego przekazu oraz swoboda kreowania struktury własnościowej środków społecznego przekazu¹¹.

Warte odnotowania jest to, iż wyrażona przez art. 14 Konstytucji RP zasada odnosi się do wszelkich mediów działających w obszarze tzw. społecznego przekazu, nie jest to więc zasada ukierunkowana wyłącznie na prasę rozumianą jako tradycyjne papierowe dzienniki lub czasopisma. Konsekwencją powyższego jest treść art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe¹², który pojęciem „prasa” obejmuje m.in. „dzienniki i czasopisma, serwisy agencyjne, stałe przekazy teleksowe, biuletyny, programy radiowe i telewizyjne oraz kroniki filmowe”. Przepis ten jest świadectwem dalekosiężności myślenia krajowego ustawodawcy, który za prasę uważa nie tylko „wszelkie istniejące”, lecz także dopiero „powstające w wyniku postępu technicznego środka masowego przekazywania”.

II. UWAGI SZCZEGÓŁOWE. ZAKRES TAJEMNICY DZIENNIKARSKIEJ

Zachowanie tajemnicy dziennikarskiej leży nie tylko w interesie publicznym¹³, lecz także w interesie indywidualnym, przy czym w tym ostatnim przypadku, i samego dziennikarza, którego aktywność zawodowa w dużej mierze opiera się na zaufaniu, i tych, którzy mu takie zaufanie okazali. Konieczność zachowania przez dziennikarzy pewnych informacji w tajemnicy nie jest jednak kwestią subiektywnego odczuwania („czują się zobowiązani” – s. 198 tekstu L. Jaworskiego), lecz wyraźnego obiektywnie istniejącego nakazu ustawowego.

⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1138, z późn. zm.; dalej: k.k.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1375, z późn. zm.; dalej: k.p.k.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1805, z późn. zm.; dalej: k.p.c.

⁹ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 735, z późn. zm.; dalej: k.p.a.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2016 r., K 13/16, OTK-A 2016, nr 101.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2010 r., K 13/07, OTK-A 2010, nr 9, poz. 98.

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1914; dalej: pr.pr.

¹³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 30 grudnia 2019 r., II AKz 870/19, OSA 2020, nr 1, poz. 136.

Źródłem tego ostatniego jest oczywiście art. 15 pr.pr., który statuuje tzw. **zawodową tajemnicę dziennikarką**. Przy tej okazji aż prosiło się, żeby zauważyć, iż – w przeciwieństwie do innych tajemnic zawodowych, takich jak np. adwokacka lub radcy prawnego, które chronią „wszystko, o czym” dany profesjonalista „dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej”¹⁴ – przepis art. 15 pr.pr. kładzie przede wszystkim nacisk na utajnienie danych dotyczących nazwiska własnego dziennikarza („autora materiału prasowego” – ust. 1) oraz danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych (ust. 2 pkt 1). Tajemnica dziennikarska w ujęciu art. 15 ust. 1 i 2 pkt 1 pr.pr. nie chroni więc wszystkiego¹⁵, czego dziennikarz dowiedział się, wykonując swój zawód (treść samej informacji), lecz źródła tych wiadomości („danych (...) innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania”) oraz „danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji, innego materiału o tym charakterze”. Danymi tymi będą w pierwszej kolejności dane *stricte* osobowe (imię i nazwisko), jak również te, które pozwalają na dekonspirację takiego źródła lub autora w inny sposób (miejsce pracy lub zamieszkania, cechy fizyczne itp.). W przeciwieństwie też do regulacji dotyczących tajemnicy adwokackiej i radcowskiej, tajemnicę dziennikarską w części objętej art. 15 ust. 2 pkt 1 pr.pr. cechuje pewna warunkowość, tzn. poufność „danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania” zależy od tego, czy „osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych”. Przejawem wspomnianego przez art. 15 ust. 2 pkt 1 *in fine* pr.pr. „zastrzeżenia nieujawniania (...) danych” jest prawo autora materiału prasowego zachowania w tajemnicy swego nazwiska, co poręcza mu ust. 1 tego samego przepisu¹⁶, o czym zresztą L. Jaworski wzmiankuje w swoim tekście (s. 207–209).

Owe, tak charakterystycznej dla tajemnicy zawodów prawniczych, kompleksowości („wszystko, o czym”)¹⁷ bliższa jest ta część tajemnicy dziennikarskiej, o której mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2 pr.pr. Przepis ten utajnia jednak nie „wszelkie

¹⁴ Por. art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1184, z późn. zm.) oraz art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1166).

¹⁵ Można się spotkać nawet z określeniem, że tajemnica dziennikarska jest „przede wszystkim tajemnicą informatora” – zob. W. Gontarski, *Prokurator nadużywa władzy*, „Rzeczpospolita” z dnia 13 grudnia 2004 r.

¹⁶ Z jakich powodów ustawodawca pomija imię autora materiału prasowego, tego nie sposób dociec.

¹⁷ W doktrynie wskazuje się jednak, że tajemnicę odnoszącą się do treści informacji statuuje art. 14 ust. 3 i 5 pr.pr. w zakresie, w jakim jest tam mowa o „zastrzeżeniu zakresu publikacji” oraz

informacje”, lecz tylko te, „których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich¹⁸”. Poza przedstawieniem, iż interesy te są „prawnie chronione”¹⁹, brak jest dalszych wskazań co do ich charakteru. J. Sobczak upatruje w art. 15 ust. 2 pkt 2 pr.pr. regulacji „wzmacniającej ochronę statuowaną w treści art. 12 ust. 1 pkt 2 pr.pr.” i przez to „wiążącej ściśle przepisy prawa prasowego z rozwiązaniami prawa cywilnego”²⁰. We wspomnianym przezeń art. 12 ust. 1 pkt 2 pr.pr. jest mowa o „dobrach osobistych, a ponadto [o] interesach działających w dobrej wierze informatorów i innych osób, które okazują [dziennikarzowi] zaufanie”, co ponownie pozwala upatrywać w tajemnicy dziennikarskiej – i tej z art. 15 ust. 1 i 2 pkt 1, i tej z art. 15 ust. 2 pkt 2 pr.pr. – przede wszystkim środka służącego („mającego na celu”) zapewnieniu anonimowości²¹. Takiemu „wąskiemu” postrzeganiu tajemnicy dziennikarskiej wydaje się sprzeciwiać treść art. 14 ust. 3 i 6 pr.pr. Na pozór przepis ten dotyczy kwestii niemających wiele wspólnego z tajemnicą dziennikarską, a mianowicie „zastrzeżenia [przez] osobę udzielającą informacji (...) terminu i zakresu jej opublikowania”, co może nastąpić z ważnych powodów społecznych lub osobistych (ust. 3), oraz zakazu opublikowania „informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia” bez zgody „osoby zainteresowanej”, chyba że „wiąże się to bezpośrednio z [jej] działalnością publiczną” (ust. 5). Zastrzeżenie „zakresu opublikowania”²² danej informacji i/lub brak związku „informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia” ze sferą „działalności publicznej” w pierwszej kolejności implikują **zakaz ich publikacji, ale też i niemożność ich rozgłaszania w jakikolwiek inny sposób**, bo tylko tak informacje te będą w pełni chronione. Wydaje się więc, że art. 14 ust. 3 i 6 pr.pr. **poszerza zakres przedmiotowy tajemnicy dziennikarskiej** poza dane dotyczące tożsamości informatora i autora materiału prasowego lub innego z art. 15 ust. 2 pkt 1 pr.pr., co w doktrynie aprobejuje M. Zaremba²³, a co w ogóle

„zgodzie na publikację danych i informacji dotyczących prywatnej sfery życia” – zob. M. Zaremba, *Komentarz do art. 15*, (w:) M. Zaremba (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2018, teza 3.

¹⁸ Przez co należy rozumieć także interesy osób niebędących źródłami informacji – tak W. Lis, (w:) W. Lis, P. Wiśniewski, Z. Husak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 380.

¹⁹ Jak się wydaje, to właśnie ta cecha skłania niektórych autorów do twierdzenia, że „tajemnica dziennikarska nie chroni wiadomości”, które mogłyby „narazić takie osoby np. na odpowiedzialność karną” – zob. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2008, s. 276, a także E. Kosowska-Korniak, *Prawnokarne aspekty tajemnicy dziennikarskiej*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, nr 4(15), s. 35.

²⁰ J. Sobczak, *Komentarz do art. 15*, (w:) J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2008, teza 2.

²¹ *Ibidem*, teza 4.

²² Szczególnym przypadkiem takiej sytuacji jest uregulowany odrębnie zakaz publikowania przez dziennikarza „informacji” chronionych tajemnicą zawodową, „jeżeli osoba udzielająca jej [to] zastrzegła” – art. 14 ust. 5 pr.pr.

²³ M. Zaremba, *Komentarz do art. 15*, (w:) M. Zaremba (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2018, teza 3 i 9.

nie zajmuje L. Jaworskiego²⁴. Za powyższym przemawia i to, że okoliczności z art. 14 ust. 3 i 6 pr.pr. oraz art. 15 ust. 2 pkt 2 pr.pr. wcale nie musi cechować jednorodzańowość, co widać zwłaszcza na przykładzie informacji zastrzeżonych „z ważnych powodów społecznych”, te nie muszą zarazem naruszać „chronionych prawem interesów osób trzecich”.

Pochodzenie informacji, którymi informator podzielił się z dziennikarzem, nie ma znaczenia dla powstania tajemnicy dziennikarskiej, należy tu však zaznaczyć, że w miejsce wspomnianej przez L. Jaworskiego na s. 209 „tajemnicy państwowej” od 2010 r. funkcjonuje „tajemnica informacji niejawnych” o określonej klauzuli tajności²⁵.

III. UWAGI SZCZEGÓŁOWE. ZWOLNIENIE Z TAJEMNICY DZIENNIKARSKIEJ

Pomimo niewątpliwej wagi wspomnianych na wstępie rozwiązań proceduralnych są one przez L. Jaworskiego dość oszczędnie potraktowane i tylko te, które dotyczą procesu karnego (s. 209–212), a i tak sporą część zajmuje jałowe omówienie przepisu art. 240 k.k. (s. 210). Takie „samoograniczenie” do kwestii karno-procesowych byłoby w pełni zrozumiałe, gdyby je zasygnalizować bądź w tytule, bądź na wstępie omawianego opracowania albo też opatrzyć klauzulą podobną do tej, jaką opatrzone pkt 4. publikacji (*Prawa do anonimatu – wzmianka* – s. 207). Takiego zastrzeżenia však nie poczyniono, co pozwala sądzić, że przedmiotowe „zasady zwalniania z [tajemnicy dziennikarskiej]” zostaną przedstawione w szerszym kontekście, tj. z uwzględnieniem procedury cywilnej i administracyjnej. Także i te bowiem procedury, choć żadna z nich nie odnosi się wprost do „tajemnicy dziennikarskiej”, przewidują możliwość przesłuchania depozytariusza tajemnicy zawodowej, a więc i dziennikarza, przyznając mu w trybie art. 261 § 2 k.p.c. oraz art. 83 § 2 k.p.a. – prawo do odmowy odpowiedzi na pytanie (k.p.c.) lub pytania (k.p.a.), jeśli „zeznanie miałoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej” (k.p.c.) lub „spowodować naruszenie obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej” (k.p.a.). Tylko pobieżna analiza wspomnianych rozwiązań ujawnia, że w obu tych przypadkach dziennikarz ledwie może, nie zaś musi, skorzystać z tego uprawnienia, co ozna-

²⁴ Należy však uczciwie przyznać, że kwestie te umykają również i innym komentatorom Prawa prasowego – zob. E. Ferenc-Szydełko, *Komentarz do art. 15*, (w:) E. Ferenc-Szydełko, *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2013, teza 2, a także J. Sobczak, (w:) *Komentarz do art. 15*, (w:) J. Sobczak, *Prawo...*, teza 4, oraz K. Eichstaedt, *Tajemnica dziennikarska – wybrane zagadnienia*, „Media – Kultura – Społeczeństwo” 2019, nr 14, s. 16–19.

²⁵ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 742, z późn. zm.).

cza, że ochrona tajemnicy dziennikarskiej jest tu krucha niczym lód na wiosnę i zależna od jednostkowej postawy tego lub innego profesjonalisty.

Wydaje się, że ochrona tajemnicy dziennikarskiej w obrębie Kodeksu postępowania karnego ma się lepiej i jest bardziej przemyślana, cóż z tego, skoro zobrazowanie istniejących tam rozwiązań w publikacji autorstwa L. Jaworskiego jest dalekie od ideału, bo też zaprezentowane w tekście uwagi dotyczą wyłącznie art. 180 § 2 k.p.k., a przecież i ten przepis należało przedstawić z uwzględnieniem dalszych paragrafów, tj. § 3–4, które w istotny sposób wpływają na „stosowność” § 2. Te ostatnie autor co prawda przytacza, ale też na tym ich „obecność” w omawianym tekście się kończy. Niezrozumiała jest absencja problematyki art. 225 § 1 oraz art. 226 k.p.k., w mniejszym zaś stopniu art. 266 § 1 k.k. Dwa pierwsze z tych przepisów regulują bowiem kwestie związane z postępowaniem z dokumentami zawierającymi tajemnicę zawodową (w tym dziennikarską) oraz ich dowodowym wykorzystaniem na cele procesowe, natomiast trzeci z tych przepisów – prawnokarnych konsekwencji naruszenia tajemnicy zawodowej.

Znaczenia art. 180 § 2 k.p.k. nie można sprowadzać wyłącznie do regulacji dotyczącej zwolnienia depozytariusza z tajemnicy zawodowej, choć z pewnością ta jego funkcja jest najważniejsza. Patrząc nań przez pryzmat całości jednostki redakcyjnej, której jest on częścią, należy dostrzec w nim przepis, który wyposaża dziennikarza w **prawo odmowy zeznań**. Dziennikarz nabywa to prawo, aczkolwiek literalnie nie jest ono przez art. 180 § 2 k.p.k. wzmiankowane, ale też trudno przypuszczać, by profesjonalistom tam wymienionym zapewniono mniej uprawnień procesowym niż zawodowcom z jego § 1. Prawo do odmowy zeznań rozciąga się wyłącznie na okoliczności objęte daną tajemnicą zawodową, poza tą tajemnicą dziennikarz składa zeznania, jak każdy inny świadek. Prawo do odmowy zeznań jest instytucją *stricte* procesową, stąd nie dziwi fakt, iż nie wspomina o nim żaden z przepisów Prawa prasowego, dziwi natomiast milczenie L. Jaworskiego, który kwestię tę zupełnie pomija w swych rozważaniach. Odmowa zeznań (k.p.k.), względnie odmowa odpowiedzi na pytanie (k.p.c.) lub odmowa odpowiedzi na pytania (k.p.a.) są zarazem jedynym sposobem zachowania się dziennikarza w sytuacji konfliktowej, w której staje on przed koniecznością pogodzenia dwóch sprzecznych obowiązków: procesowego – zeznawania (art. 177 § 1 k.p.k., art. 261 § 1 *in principio* k.p.c. i art. 83 § 1 *in principio* k.p.a.), i materialnoprawnego – zachowania tajemnicy zawodowej (art. 15 pr.pr.). O prawie do odmowy zeznań w trybie art. 180 § 2 k.p.k. **dziennikarz jest pouczany**, co wynika wprost z art. 300 § 3 k.p.k. i ma miejsce „przed pierwszym przesłuchaniem świadka”²⁶, ale i o tym w przedmiotowym tekście nie ma ani słowa, tak jak i zresztą o ochronie, jaką zyskuje dziennikarz w razie błędnego pouczenia lub braku takowego (art. 16 § 1 k.p.k.).

²⁶ Por. pkt 5 tiret trzecie i czwarte załącznika do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 września 2020 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach świadka w postępowaniu karnym (Dz.U. z 2020 r., poz. 1620).

Przepis art. 180 § 2 k.p.k.²⁷ jest ważny i z tego powodu, że recypuje na grunt procesowy instytucję tajemnic zawodowych „imiennie” tam wskazanych, w tym tajemnicę dziennikarską, nie redefiniując ich jednak. Odrębne potraktowanie przez art. 180 § 2 k.p.k. ośmiu obecnie tajemnic zawodowych podkreśla ich wagę, bo też zwolnienie z tych tajemnic obwarowano warunkiem „niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości” oraz niemożności „ustalenia [danej] okoliczności na podstawie innego dowodu” (tzw. klauzula subsydiarności), podczas gdy zwolnienie w trybie § 1 wymaga wyłącznie powiązania tego zdarzenia z „dobrem wymiaru sprawiedliwości”. Dysproporcje pomiędzy oboma trybami uchylecia tajemnicy zawodowej (art. 180 § 1 i 2 k.p.k.) jeszcze bardziej były widoczne w dacie wejścia w życie obecnego Kodeksu postępowania karnego, gdyż w swoim pierwotnym brzmieniu art. 180 § 1 k.p.k.²⁸ w ogóle nie przewidywał żadnych warunków takiego zwolnienia²⁹. Ekstraordynaryjność zwolnienia z tajemnicy zawodowej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. uwidacznia wreszcie i to, że sam ustawodawca zdaje się traktować całą rzecz w kategoriach działania nieoczywistego i niecodziennego³⁰, na co wskazuje odnoszący się do tegoż zwolnienia zwrot: „tylko wtedy, gdy”, gdy tymczasem podobnego obostrzenia ustawodawca nie czyni w odniesieniu do zwolnienia w trybie art. 180 § 1 k.p.k.

Obie przesłanki zwolnienia z tajemnicy dziennikarskiej, tj. „dobro wymiaru sprawiedliwości” oraz brak dowodu konkurencyjnego, w założeniu ustawodawcy miały przeciwdziałać przypadkom nadużywania zwolnienia z tej i innych tajemnic zawodowych. Samo „**dobro wymiaru sprawiedliwości**” jest jednak przesłanką niedookreśloną³¹ i niefortunną³², co jest oceną tyleż surową, co rozpowszechnioną w nauce prawa karnego procesowego³³. L. Jaworski tej niedo-

²⁷ Ale także art. 261 § 2 k.p.c. oraz art. 83 § 2 k.p.a.

²⁸ Art. 180 § 1 k.p.k. w zakresie, w jakim dotyczył zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej, został uznany za niezgodny z art. 47 oraz z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, przez to że nie określał przesłanek zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy statystycznej, wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 grudnia 2011 r., K 33/08 (Dz.U. z 2011 r., nr 279, poz. 1645). Zgodnie z tym wyrokiem wymieniony wyżej przepis we wskazanym zakresie utracił moc z dniem 28 grudnia 2012 r.

²⁹ Przepis art. 180 § 1 k.p.k. został zmieniony przez art. 1 pkt 56 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247, z późn. zm.).

³⁰ W judykaturze mówi się nawet o „incydentalności” takiego zwolnienia – zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 października 2013 r., II AKz 330/13, OSASz 2014, nr 2, poz. 37–73.

³¹ Za „dość ogólną” uznaje tę przesłankę C. Kulesza, *Komentarz do art. 180*, (w:) K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEX/el. 2020, teza 2.

³² L. K. Paprzycki, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, L. K. Paprzycki, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2015, teza 7.

³³ Zob. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 227; D. Gruszecka, (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 427; M. Kurowski, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013, s. 587.

określoności nie zauważa, ograniczając się do konstatacji, że owa „niezbędność” wymaga „nie tylko ustalenia, że przeprowadzony (...) dowód ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, ale również oceny, czy z punktu widzenia wagi sprawy oraz rodzaju i funkcji tajemnicy zawodowej określonego rodzaju dopuszczalne jest zwolnienie z tej tajemnicy”³⁴. Spostrzeżenie to jest najzupełniej trafne, ale też poczynione zostało już wcześniej przez Sąd Najwyższy na marginesie sprawy I KZ 8/20³⁵, którego to judykatu – zapewne przez przeoczenie – nie wskazano jako jego źródła.

Dobro wymiaru sprawiedliwości bywa postrzegane jako „potrzeba ustalenia prawdy obiektywnej”³⁶, warunek „niezbędny dla prawidłowego załatwienia sprawy”³⁷, warunek „oparcia rozstrzygnięcia (...) na pełnej podstawie dowodowej dotyczącej wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie”³⁸, kategorię mieszczącą w sobie „trafność orzekania w przedmiocie odpowiedzialności karnej (art. 2 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k.), a co za tym idzie, konieczność uwzględniania w podstawie dowodowej owego orzekania wszystkich istotnych okoliczności, które mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie procesu karnego, w więc zarówno co do sprawstwa i winy, jak i ewentualnego zastosowania wobec sprawcy odpowiedniej reakcji karnej”³⁹, a także jest łączone z „istotnym charakterem okoliczności, które mają być wykazane zeznaniami”⁴⁰. Przesłanka ta bywa też uznawana za... zbędną, skoro prawidłowość orzekania jest wyznacznikiem także i tych spraw, w których problem zwolnienia z tajemnicy zawodowej nie staje na porządku dziennym. Przesłanka „dobra wymiaru sprawiedliwości”, choć powinna być oceniana *in concreto* z uwzględnieniem realiów danej sprawy karnej⁴¹, to wskutek swej ogólnikowości wydaje się być na tyle pojemna, że sprawny i doświadczony sąd bez problemu wypełni ją określoną treścią, ubierając rzecz całą w zgrabnie brzmiące słowa. Z tej przyczyny może i rację ma R. Koper, iż „ze względu na jej niekwestionowaną ogólnikowość ma tylko ułatwić sądowi wydanie decyzji pozytywnej”⁴².

³⁴ L. Jaworski, *Tajemnica...*, s. 211.

³⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2020 r., I KZ 8/20, OSNKW 2020, nr 8, poz. 31.

³⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2004 r., III KK 278/04, OSNKW 2005, nr 3, poz. 28.

³⁷ R. A. Stefański, S. Zabłocki, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, LEX/el. 2019, teza 14.

³⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 lutego 2017 r., II AKz 66/17, LEX nr 2309508.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., IV KK 277/16, LEX nr 2216092.

⁴⁰ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 marca 2019 r., II AKz 113/19, „Kraakowskie Zeszyty Sądowe” 2019, nr 9, poz. 45.

⁴¹ Uchwała Sądu Najwyższego (7) z dnia 19 stycznia 1995 r., I KZP 15/94, OSNKW 1995, nr 1–2, poz. 1.

⁴² R. Koper, *Granice ochrony tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, nr 2, s. 89–90.

Ta nadmierna ogólnikowość przesłanki dobra wymiaru sprawiedliwości skłania niektórych autorów do poszukiwania rozwiązań ją uściślających lub zastępujących inną, lepiej osadzoną w realiach sprawy, tj. przesłanką „niezbędnością dla dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych”⁴³.

Z kolei „**niemożność ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu**” wymaga po pierwsze sprecyzowania tej okoliczności, po drugie – wykazania zaistnienia „obiektywnej niemożliwości”, co zresztą L. Jaworski słusznie konstatuje. Sąd powinien sprawdzić, czy przeprowadzono już wszystkie możliwe i dostępne dowody⁴⁴, co – w mojej ocenie – niejako „z marszu” dyskwalifikuje wniosek prokuratora złożony już na samym wstępie śledztwa, bo też świadczy, że chce on iść na „dowodowe skróty”. Oba warunki zwolnienia z tajemnicy, o których stanowi art. 180 § 2 k.p.k., muszą zachodzić **równocześnie**⁴⁵.

Art. 180 § 2 k.p.k., ale i art. 261 § 2 k.p.c. oraz art. 83 § 2 k.p.a. recypują na grunt odnośnego postępowania sądowego lub administracyjnego tajemnice zawodowe, bazując w tym zakresie na konstrukcjach prawnych leżących poza tymi postępowaniami. Z jednej strony świadczy to o ich niesamodzielności, z drugiej zaś chroni przed zbędną multiplikacją pojęć i instytucji. Tajemnica dziennikarska na gruncie procesu karnego, cywilnego i administracyjnego będzie zatem tą samą – co do zakresu przedmiotowego i podmiotowego – tajemnicą, o której stanowi art. 16 pr.pr.⁴⁶. Pozwala to na zachowanie wewnątrzsystemowej spójności polskiego prawa. Taką właśnie koherentność zapewniał też niegdysiejszy art. 163 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego⁴⁷, który tym się wszak różnił od obecnego art. 180 § 2 k.p.k., że nie dywersyfikował sytuacji „osób obowiązanych do zachowania (...) tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu” i nie faworyzował przedstawicieli żadnego z zawodów, co jest udziałem art. 180 § 2 k.p.k. Takie generalne, rzecz by można egalitarne, podejście do depozytariuszy tajemnicy zawodowej charakteryzuje również regulację cywilno-administracyjnoprocesową, bo też ani art. 261 § 2 k.p.c., ani art. 83 § 2 k.p.a. nie różnicują sytuacji świadka według kryterium wykonywanego zawodu.

O ile art. 180 § 4 k.p.k. rozluźnia „pętlę” tajemnicy dziennikarskiej co do „informacji dotyczących przestępstwa, o których mowa w art. 240 § 1 k.k.”, o tyle art. 180 § 3 k.p.k. mocniej ją zaciska wokół „danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym

⁴³ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 152–153.

⁴⁴ R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Komentarz do art. 180*, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, teza 15.

⁴⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 września 2008 r., WZ 52/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1750.

⁴⁶ Art. 83 § 2 k.p.a. traktuje o „**prawnie** chronionej tajemnicy zawodowej”, natomiast art. 261 § 2 k.p.c. o „**istotnej** tajemnicy zawodowej”, przy czym oba te kryteria tajemnica dziennikarska spełnia z naddatkiem.

⁴⁷ Dz.U. nr 13, poz. 96, z późn. zm.; dalej: k.p.k. z 1969 r.

charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych”. Z. Gostyński zwraca uwagę na kapitalne znaczenie pierwszego z tych paragrafów, który posługuje się identycznymi zwrotami jak art. 15 ust. 2 pkt 1 pr.pr., co prowadzi do „zsynchronizowania tych przepisów”⁴⁸ (także z art. 16 ust. 1 pr.pr.) lub do ich „kompatybilności”⁴⁹. Art. 180 § 3 k.p.k. jest zarazem dobitnym dowodem na to, że ustawodawca udziela tajemnicy dziennikarskiej ochrony dalej idącej niż pozostałym tajemnicom wymienionym w § 2 tego przepisu, bo w tym zakresie tajemnica ta przybiera postać **tajemnicy bezwzględnej**. Wyższość „dobra wymiaru sprawiedliwości” nad zadekretowaną wolnością mediów w przypadkach, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k., ma wymiar „jednostkowy”, bo też i wskazane zwolnienia mają indywidualny zasięg, natomiast wymiar „generalny” wyłącznie w odniesieniu do art. 240 § 1 k.k. Art. 180 § 2 k.p.k. jest też przepisem szczególnym w stosunku do art. 15 ust. 2 pr.pr.; zachowana została więc relacja, o której wspomniał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 czerwca 1994 r., odnosząc się do nieobowiązującego już art. 163 k.p.k. z 1969 r.⁵⁰

Skoro zwolnienie z tajemnicy dziennikarskiej – z uwagi na ograniczenie wynikające z art. 180 § 3 k.p.k. – nie może dotyczyć danych tam wymienionych, te zaś pokrywają się z danymi, o których mowa w art. 15 ust. 2 pkt 1 pr.pr., to powstaje pytanie, czego może takie zwolnienie dotyczyć. W drodze eliminacji, skoro poza zasięgiem sądu są dane z art. 15 ust. 2 pkt 1 pr.pr., to zwolnienie może obejmować pozostałe dane chronione taką tajemnicą dziennikarską, a więc te z art. 15 ust. 2 pkt 2 oraz art. 14 ust. 3 oraz ust. 5 i 6 pr.pr.

Należy odrzucić zapatrywanie J. Sobczaka, jakoby możliwe było odebranie od dziennikarza (również innego objętego dyspozycją art. 180 § 2 k.p.k. profesjonalisty) zeznań co do okoliczności chronionych tajemnicą dziennikarską, gdyby ten zdecydował się je złożyć samorzutnie⁵¹. Pogląd ten zasada się na stwierdzeniu, iż tylko art. 178 k.p.k. (oraz później dodany art. 178a k.p.k.⁵²) opiera się na zakazie „przesłuchania jako świadków” i jest niestety najzupełniej błędny⁵³.

⁴⁸ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązki składania zeznań w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 10, s. 13.

⁴⁹ J. Sobczak, *Tajemnica dziennikarska*, „Studia Medioznawcze” 2005, nr 1(20), s. 14.

⁵⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 1994 r., I KZP 5/94, OSNKW 1994, nr 7–8, poz. 41.

⁵¹ *Ibidem*, s. 21. Organ przesłuchujący powinien wszak wiedzieć, że ma do czynienia z wrażliwymi informacjami, na co może wskazywać np. wykonywany przez świadka zawód. Jeśliby miał stosowną wiedzę w tym zakresie, powinien przerwać przesłuchanie i podjąć kroki zmierzające do uzyskania postanowienia w przedmiocie tej tajemnicy.

⁵² Por. też art. 52 ust. 1–2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r., poz. 685, z późn. zm.).

⁵³ Aczkolwiek jest prezentowany w judykaturze przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 15 grudnia 2004 r., III KK 278/04.

Z treści art. 180 § 2 k.p.k. wynika bowiem, że warunkiem złożenia takich zeznań („mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy”) jest uprzednie jego zwolnienie od obowiązku jej zachowania. Następujące po zwrocie „mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy” wskazanie, iż zeznanie jest „niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu”, to nic innego, jak przesłanki postanowienia zezwalającego na przesłuchanie danego profesjonalisty (dziennikarza) w postępowaniu przygotowawczym przez prokuratora lub postanowienia zwalniającego go z obowiązku zachowania tajemnicy danego rodzaju w postępowaniu sądowym przez sąd z zachowaniem warunków z art. 181 § 1 k.p.k. Pierwsza z tych decyzji, choć określana jest mianem zezwolenia na przesłuchanie, kryje w sobie zarazem zwolnienie z tajemnicy zawodowej (dziennikarskiej) ze wskazaniem granic podmiotowych i przedmiotowych tego zwolnienia. Granice te wskazuje również postanowienie wydawane na użytek postępowania sądowego, z tą wszak różnicą, że sąd sam sobie nie zezwala na takie przesłuchanie, a więc wymogom prawa czyni zadość decyzja zawierająca samo zwolnienie z przedmiotowej tajemnicy wydana z poszanowaniem zakazu sformułowanego przez ustawodawcę w art. 180 § 3 k.p.k.

Wskazanie w postanowieniu zwalniającym „zbyt szerokiego zakresu informacji”, jakie miały ujawnić dany profesjonalista (tu: dziennikarz), może zdradzać, że sąd niezbyt wnikliwie ocenił potrzebę przeprowadzenia tego dowodu⁵⁴, ale też stoi w sprzeczności z rygoryzmem samego zwolnienia, które wyklucza nieograniczoność i zupełną swobodę działań organów procesowych w tym zakresie⁵⁵. W przypadku, gdy ewentualnego zwolnienia z tajemnicy zawodowej (dziennikarskiej) dokonuje się na użytek postępowania przygotowawczego, powinno wykazanie przesłanek takiego zwolnienia (teza) obciąża tego, który z odnośnym wnioskiem występuje, nie zaś sąd ów wniosek rozpoznający⁵⁶. Na tym etapie wniosek może pochodzić wyłącznie od prokuratora, co wynika wprost z art. 180 § 2 zd. drugie k.p.k. Choć rozwiązanie to odbywa się kosztem stron procesowych, tj. podejrzanego i pokrzywdzonego, to zarazem ceduje ono przedmiotowe uprawnienie na podmiot (tj. prokuratora), który ma najlepsze rozeznanie w realiach dowodowych sprawy i służy ograniczeniu wniosków niezasadnych lub przedwczesnych. Takiego ograniczenia nie przewiduje się na etapie postępowania sądowego, gdzie do zwolnienia z tajemnicy może dojść na wniosek którejkolwiek ze stron (oskarżony lub oskarżyciel) lub nawet z urzędu. Użycie w art. 180

⁵⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 30 grudnia 2019 r., II AKz 870/19, OSA 2020, nr 1, poz. 136; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 8 maja 2019 r., II AKz 231/19, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2019, nr 6, poz. 37.

⁵⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2019 r., VI KZ 2/19, OSNKW 2019, nr 3, poz. 19.

⁵⁶ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 czerwca 2018 r., II AKz 231/18, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2018, nr 6, poz. 48.

§ 2 k.p.k. zwrotu „mogą być przesłuchiwane”, a nie „mogą być przesłuchane”, pozwala sądzić, że na podstawie uzyskanego zwolnienia z tajemnicy zawodowej dany dziennikarz może być przesłuchany ponownie, z zachowaniem wszakże granic przedmiotowych tego zwolnienia. Choć sam optuję za takim rozwiązaniem, to dostrzegam związane z tym ryzyko, a mianowicie: dowód „niezbędny” na pewnym etapie procesu, na etapie późniejszym może nie spełniać tego kryterium, co jest naturalną konsekwencją dynamiki czynności procesowych.

Kończąc te, okrojone do niezbędnego minimum, uwagi odnośnie do zwolnienia świadka – dziennikarza przez sąd karny z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, nie sposób nie wspomnieć o kwestii zaskarżenia postanowienia sądowego wydanego w trybie art. 180 § 2 k.p.k., czemu L. Jaworski poświęca... aż jedno zdanie. A przecież instytucja **zażalenia** jest istotnym środkiem zachowania integralności tej tajemnicy, pozwalającym częstokroć na skuteczną kontrolę prawidłowości i zasadności takiego zwolnienia. O gwarancyjności zażalenia pisze i Z. Gostyński, i E. Kosowska-Korniak⁵⁷, i M. Rusinek⁵⁸. Kontrolę tę wzbudzić mogą nie tylko strony, lecz także osoba, której postanowienie dotyczy bezpośrednio (art. 459 § 3 k.p.k.), tj. zobowiązany do zachowania przedmiotowej tajemnicy (tu: dziennikarz)⁵⁹. Wniesione zażalenie, choć nie wstrzymuje wykonania postanowienia, to sąd, który je wydał, lub sąd powołany do rozpoznania zażalenia może wstrzymać wykonanie postanowienia (art. 462 § 1 k.p.k.). W doktrynie postuluje się, by sądy traktowały tego rodzaju zachowanie jako regułę dobrze służącą sprawie ochrony tajemnic, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k.⁶⁰, nie ma wszak normatywnych podstaw, by twierdzić, że istnieje jakikolwiek zakaz przesłuchania dziennikarza do czasu rozpoznania tego środka przez sąd odwoławczy⁶¹.

IV. UWAGI SZCZEGÓŁOWE. ZARYS PROBLEMATYKI DOTYCZĄCEJ ART. 225 § 1 ORAZ ART. 226 K.P.K.

Pisząc o karnoprosesowych aspektach tajemnicy zawodowej, nie można pominąć kwestii dotyczących ochrony dokumentów zawierających poufne

⁵⁷ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*, s. 121; E. Kosowska-Korniak, *Prawnoprosesowe aspekty tajemnicy dziennikarskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 2, s. 168–169.

⁵⁸ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 170–171.

⁵⁹ P. K. Sowiński, *Przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka w toku procesu karnego*, „Radca Prawny” 2003, nr 5, s. 31 i n.

⁶⁰ R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Komentarz do art. 180*, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, teza 19.

⁶¹ Tak jednak P. Kołodziejski, *Tajemnica zawodowa doradcy podatkowego w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 1, s. 57.

dane. B. Stefańska zauważa, że polskiej procedurze obcy jest „zakaz żądania wydania pism lub innych dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą dziennikarską (art. 217 § 1 k.p.k.) lub dokonania przeszukania (art. 219 § 1 k.p.k.) w celu ich odnalezienia”⁶². Jak ocenia M. Rusinek, ochrona wspomnianych tu dokumentów przeprowadzana jest dwuetapowo⁶³. Po pierwsze, ustawodawca tworzy system ograniczeń w dotarciu do tych dokumentów (art. 225 k.p.k.), po drugie – reguluje zasady ich dowodowego wykorzystania (art. 226 w zw. z art. 180 § 2 k.p.k.). Zatrzymanie dokumentu zawierającego „wiadomości objęte tajemnicą zawodową” rodzi konieczność ich zabezpieczenia (zamknięcie „w opieczętowanym opakowaniu”⁶⁴) i przekazania „bez jego odczytania” prokuratorowi lub sądowi (§ 1), co nie dotyczy pism lub innych dokumentów, których „posiadaczem jest osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa, ani w stosunku do pism lub innych dokumentów o charakterze osobistym, których jest ona posiadaczem, autorem lub adresatem” (§ 2). Przekazanie to następuje w celu podjęcia decyzji co do ich dalszego dowodowego wykorzystania przy odpowiednim zastosowaniu „zakazu i ograniczenia określonego w (...)” art. 180 i 181 k.p.k., co w przypadku dokumentów objętych zawodową tajemnicą dziennikarską wymaga rozważenia, czy zostały spełnione warunki z art. 180 § 2 oraz przestrzegania zakazu z art. 180 § 3 k.p.k. Warte odnotowania jest wreszcie i to, że przepis art. 226 k.p.k. znajduje zastosowanie dopiero na etapie dowodowego wykorzystania pism i dokumentów, nie zaś wyprzedzająco na etapie ich pozyskiwania⁶⁵.

Tryb postępowania z dokumentami określony w art. 225 § 1 k.p.k. ma charakter warunkowy, wymaga bowiem zwrócenia uwagi organowi dokonującemu przeszukania na poufny charakter informacji zawartych w zatrzymanym dokumencie, co z jednej strony wynika ze złożoności i różnorodności poszczególnych tajemnic zawodowych, z drugiej zaś – jest przejawem odpowiedzialności „kierownika instytucji (...) albo też osoby, u której dokonano zatrzymania rzeczy lub u której przeprowadza się przeszukiwanie” za realizację obowiązku zachowania takiej tajemnicy.

⁶² B. J. Stefańska, *Przeszukanie a tajemnica dziennikarska*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 6, s. 62.

⁶³ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 174 i n.

⁶⁴ Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 września 2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz.U. z 2017 r., poz. 1733).

⁶⁵ Tak jednomyślnie M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 196 i B. J. Stefańska, *Przeszukiwanie...*, s. 69.

V. UWAGI KOŃCOWE

Czytelnik, chcący dowiedzieć się czegoś więcej o zasadach zwalniania dziennikarza z tajemnicy zawodowej, poza kilkoma ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi wycinka materii karnoprocesowej, w *Tajemnicy dziennikarskiej...* raczej nic interesującego dla siebie nie znajdzie. Razi pominięcie wielu ważnych kwestii, co nakazuje upatrywać w tym tekście bardziej syntetycznego wprowadzenia niż analitycznego omówienia instytucji zwolnienia dziennikarza z tajemnicy zawodowej w realiach sprawy karnej, choć ta z pewnością na taką pogłębioną refleksję zasługiwała.

Dobry tekst prawniczy może powstać choćby i „na kamieniu”, ale taki widuje się rzadziej niż Yeti w Himalajach. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest także i to, że większość instytucji prawa materialnego i procesowego jest dość dobrze rozpoznana, co znajduje swoje odbicie i w doktrynie, i w judykaturze. Czerpanie z nich bynajmniej nie świadczy o słabości intelektualnej piszącego, lecz jest wyrazem jego biegłości warsztatowej i szacunku dla myśli poprzedników. Choć dobrym prawem każdego autora jest dobór źródeł bibliograficznych według własnego uznania, to przecież uznanie to nie powinno być zbyt swobodne, zwłaszcza jeśli się wiązało z pominięciem pozycji monograficznych kształtujących naszą wiedzę o danej instytucji lub nadmiernym przywiązaniem do jednego tylko autora. Tak dzieje się niestety w przypadku tekstu L. Jaworskiego, który – w założeniu – miał stanowić omówienie nie tylko samej tajemnicy zawodowej dziennikarza, lecz także zasad zwalniania z tej tajemnicy. Nawet skrótowe omówienie tych ostatnich nie może się dokonać bez sięgnięcia po którąkolwiek z monografii poświęconych tej problematyce. Brak jest niestety w przedmiotowym tekście jakiegokolwiek nawiązania do pozycji książkowych K. Łojewskiego z 1970 r.⁶⁶, Z. Gostyńskiego z 1997 r.⁶⁷, M. Rusinka z 2007 r.⁶⁸, czy – co z wrodzoną sobie skromnością tu podnoszę – mojej z 2004 r.⁶⁹. Poza jedną publikacją o charakterze *stricte* karnoprocesowym, a mianowicie Z. Gostyńskiego (nieodnotowaną wszak w przypisach, a wyłącznie w bibliografii), w przedmiotowym artykule brak jest odwołań do jakiegokolwiek innej publikacji dotyczącej problematyki zwolnienia z tajemnicy dziennikarskiej, a takich w nauce prawa karnego procesowego jest sporo. Pomija się zupełnie fundamentalną rozprawę B. Kunickiej-Michalskiej o ochronie tajemnicy, aczkolwiek ta stanowi kamień milowy w badaniach nad istotą tajemnicy w polskim systemie prawa, oraz pracę Z. Kwiatkowskiego,

⁶⁶ K. Łojewski, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 151–186.

⁶⁷ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska...*

⁶⁸ M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*

⁶⁹ P. K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 166–183.

która zawiera uwagi co do pozycjonowania tajemnicy dziennikarskiej jako tzw. zakazu dowodowego⁷⁰. L. Jaworski pomija też dorobek wybitnych polskich komentatorów w osobach T. Grzegorzcyka, J. Skorupki, czy wreszcie P. Hofmańskiego i innych⁷¹, a przecież ten rodzaj publikacji ma niemal źródłowy charakter w przypadku analizy treści i znaczenia przepisów proceduralnych. Opuszczenie w zestawieniu bibliograficznym monografii K. Knoppka⁷² oraz K. Ziemianin⁷³ już tak nie razi, lecz tylko dlatego, że jest naturalną pochodną nieuwzględnienia w tekście problematyki art. 261 § 2 k.p.c.

REFERENCES

- Barta J., Markiewicz R., Matlak A. (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2008
- Eichstaedt K., *Tajemnica dziennikarska – wybrane zagadnienia*, „Media – Kultura – Społeczeństwo” 2019, nr 14
- Ferenc-Szydełko E., *Komentarz do art. 15*, (w:) E. Ferenc-Szydełko, *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2013
- Garlicki L., Sarnecki P., *Komentarz do art. 14*, (w:) L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016
- Garlicki L., Zubik M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2016
- Gontarski W., *Prokurator nadużywa władzy*, „Rzeczpospolita” z dnia 13 grudnia 2004 r.
- Gostyński Z., *Tajemnica dziennikarska a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997
- Gostyński Z., *Tajemnica dziennikarska a obowiązek składania zeznań w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 10
- Górka K., *Rec.: K. Tarnacka, Prawo do informacji w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2009, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 2
- Gruszecka D., (w:) J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020
- Grzegorzcyk T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Art. 1–467*, t. 1, Warszawa 2014
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I–II, Warszawa 2011
- Jaworski L., *Tajemnica dziennikarska i zasady zwalniania z niej*, „Studia Iuridica” 2021, t. LXXXVII
- Knoppek K., *Prawo odmowy zeznań i odpowiedzi w procesie cywilnym*, Warszawa 1984

⁷⁰ Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 196–229.

⁷¹ T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Art. 1–467*, t. 1, Warszawa 2014; J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I–II, Warszawa 2011.

⁷² K. Knoppek, *Prawo odmowy zeznań i odpowiedzi w procesie cywilnym*, Warszawa 1984.

⁷³ K. Ziemianin, *Dowód z zeznań świadka w procesie cywilnym*, Warszawa 2019.

- Kołodziejki P., *Tajemnica zawodowa doradcy podatkowego w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 1
- Koper R., *Granice ochrony tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012, nr 2
- Kosowska-Korniak E., *Prawnkarne aspekty tajemnicy dziennikarskiej*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, nr 4(15)
- Kosowska-Korniak E., *Prawnoprocesowe aspekty tajemnicy dziennikarskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 2
- Kulesza C., *Komentarz do art. 180*, (w:) K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEX/el. 2020
- Kurowski M., (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013
- Kwiatkowski Z., *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005
- Lis W., (w:) W. Lis, P. Wiśniewski, Z. Husak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2012
- Łojewski K., *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970
- Paprzycki L. K., *Komentarz do art. 180*, (w:) J. Grajewski, S. Steinborn, L. K. Paprzycki, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, LEX/el. 2015
- Rusinek M., *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007
- Skorupka J. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020
- Sobczak J., *Komentarz do art. 15*, (w:) J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2008
- Sobczak J., *Tajemnica dziennikarska*, „Studia Medioznawcze” 2005, nr 1(20)
- Sokolewicz W., *Wolność prasy jako konstytucyjna zasada ustroju państwa*, „Ius Novum” 2008, nr 2
- Sowiński P. K., *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004
- Sowiński P. K., *Przesłuchanie radcy prawnego w charakterze świadka w toku procesu karnego*, „Radca Prawny” 2003, nr 5
- Stefańska B. J., *Przeszukanie a tajemnica dziennikarska*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 6
- Stefański R. A., Zabłocki S., *Komentarz do art. 180*, (w:) R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167–296*, LEX/el. 2019
- Tuleja P., *Komentarz do art. 14*, (w:) P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, LEX/el. 2021
- Zaremba M., *Komentarz do art. 15*, (w:) M. Zaremba (red.), *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX/el. 2018
- Ziemianin K., *Dowód z zeznań świadka w procesie cywilnym*, Warszawa 2019

Weronika Szafrńska

University of Silesia in Katowice, Poland

e-mail: weronika.szafranska@us.edu.pl

ORCID: 0000-0002-6903-8758

**LIMITATION OF THE PRINCIPLE OF OPENNESS
IN POLISH JUDICIAL-ADMINISTRATIVE
PROCEEDINGS DURING THE PANDEMIC AND
THE STANDARDS OF A FAIR HEARING: THE
REASONS FOR POSSIBLE COMPLAINTS BROUGHT
BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Abstract

Along with the development of the SARS-CoV-2 pandemic, the Polish legislator, by introducing restrictions on the principle of openness in administrative court proceedings, finally decided to exclude the possibility of conducting hearings in court buildings. Currently, it is only possible to proceed in closed session or in the form of a remote hearing – i.e. with the use of technical devices enabling simultaneous direct transmission of vision and sound. The aim of the article is to assess the “Covid regulations” introduced into the Polish legal system, limiting the right of the parties to open hearing of a case pending before administrative courts in terms of the regulations on the right to a fair trial contained in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

KEYWORDS

closed session, administrative courts, Covid-19, principle of openness, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

SŁOWA KLUCZOWE

posiedzenia niejawne, sądy administracyjne, Covid-19, zasada jawności, Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

1. INTRODUCTION

Before the SARS-CoV-2 pandemic, it took up to 2 years on average for the Supreme Administrative Court of Poland (i.e. the court of second and final instance, hereinafter also referred to as SAC) to decide the case after the complaint was lodged¹. Even though the first “lockdown” imposed in March 2020 as a result of the pandemic initially led to short-term chaos also in the operation of administrative courts, the Polish legislator reacted promptly to the challenges of the new reality by introducing regulations that allow for the conduct of hearings using means of distance communication. Soon it turned out that the introduced provisions do not match the level of computerization of the country, including the readiness of the parties to make use of such solutions. Consequently, a vast majority of cases are referred for a trial in closed session.

This publication aims to answer the question of whether the interim solutions introduced by the Polish legislator, affecting the judicial-administrative proceedings during the pandemic, are in line with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms², which binds Poland. In connection with the introduction by the legislator of provisions limiting the openness of hearings in administrative courts, it cannot be excluded that Polish citizens will bring complaints before the European Court of Human Rights in Strasbourg, which monitors the signatory states’ compliance with the provisions of the above Act.

¹ According to the statistics released on the website of the Supreme Administrative Court, <https://www.nsa.gov.pl/statystyki-nsa.php> (accessed 1.01.2022).

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950, as amended by Protocols No. 3, 5, 8, and 15 and supplemented by Protocol No. 2, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention> (accessed 1.01.2022).

2. NORMATIVE BASES FOR THE PRINCIPLE OF OPENNESS IN JUDICIAL-ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

The adoption of the current Constitution of the Republic of Poland³ (hereinafter PC) in 1997 forced the Polish legislator to introduce far-reaching changes to the structure of administrative courts – the one-instance administrative courts operating since 1980 had to be transformed into a structure consisting of at least two instances (see Art. 176 and 184 PC). Consequently, since 2004 the Polish judicial-administrative proceedings have been a two-tier procedure based, as a rule, on a model of cassation adjudication. Both voivodship administrative courts (hereinafter also referred to as VAC) and the Supreme Administrative Court, as a court of second instance, adjudicate on the basis of the criterion of legality and, with minor exceptions, may not substitute their judgments for the actions of the administration⁴.

One of the basic principles currently shaping proceedings before Polish administrative courts is the principle of openness. At the outset, it should be noted that the term “openness” of court proceedings dominates in the Polish legal language, whereas English texts of legal acts use the term “public hearing”. The concept of the openness of proceedings is commonly analyzed in Polish science in two aspects: internal openness, which relates directly to the parties concerned, and external (public) openness, which is ensured by the provisions that allow everyone (the public) to become familiar with the case during a public hearing⁵. This understanding of openness combined of these two components is thus one of the elements of the general principle of the right to a fair trial⁶ derived from the ECHR, which essentially consists of: the right to an oral hearing and the right to appear personally before the court⁷, the right to effective participation⁸, the right to publicity, or the right of the applicant to request permission for third parties and the media to be present at the hearing, the right to the public pronouncement of the judgment⁹. Within the understanding of the Polish provisions, the principle

³ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, “Journal of Laws” No. 78, item 483.

⁴ Legal bases: the Act of 25 July 2002 – Law on the system of administrative courts, uniform text, “Journal of Laws” 2021, item 137; Act of 30 August 2002 – Law on Proceedings Before Administrative Courts, uniform text, “Journal of Laws” 2019, item 2325, as amended.

⁵ P. Grzegorzcyk, K. Weitz, *Art. 45*, (in:) M. Safjan, L. Bosek (eds.), *Konstytucja RP. Komentarz do Art. 1–86* [Constitution of the Republic of Poland. A commentary on Art. 1–86], Warszawa 2016, margin No. 86 and 97, pp. 1126–1127, 1134–1135.

⁶ See judgment of the ECtHR of 14 November 2000, Riepan vs. Austria, paras 25–41; W. Voermans, *Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries*, “Utrecht Law Review” 2007, Vol. 3, issue 1, p. 151; D. Vitkauskas, G. Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe 2017, pp. 69–70.

⁷ See judgement of the ECtHR of 26 May 1988, Ekbatani vs. Sweden, paras 24–33.

⁸ See judgment of the ECtHR of 16 December 1999, T. and V. vs. United Kingdom, paras 83–89.

⁹ See judgement of the ECtHR of 8 December 1983, Pretto and others vs. Italy, paras 20–28.

of openness includes each of the above rights and fits within the term “right to a public hearing” used in the provisions of the ECHR.

The openness of court proceedings (the right to a public hearing) is present in many legal systems as a constitutional rule¹⁰. The Polish legislator also decided to give it such rank, which was clearly influenced by the standards set by acts of international law, such as The Universal Declaration of Human Rights (Art. 10), The International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 14 para 1), or The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Art. 6 para 1). The principle of openness is reflected in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Art. 47), which binds Poland on the basis of EU law. The fact that the Polish state is bound by the above acts and thus recognizes some of them as universally binding law has an impact on the assessment of the provisions limiting the openness of proceedings that were adopted by the Polish legislator during the pandemic. Thus, pursuant to Art. 45 para 1 PC, everyone shall have the right to a fair and public hearing of the case, without undue delay, before a competent, autonomous, impartial and independent court. In turn, Art. 45 para 2 sentence 2 provides that judgments shall be pronounced publicly.

The Polish literature underlines that the right to the openness of proceedings is applicable regardless of the type of court or the nature of the examined case (it also applies to a judicial-administrative case), or the manner of initiation of proceedings¹¹. There is an on-going debate among legal scholars as to whether in terms of the Polish Constitution, the standard under analysis applies also to proceedings before the court of second (and third) instance and to extraordinary proceedings¹².

The above solutions adopted in the PC are reflected also in the Law on Proceedings Before Administrative Courts. In general, the principle of openness is regulated by Art. 10 of that Act, pursuant to which cases are examined openly, unless a specific provision states otherwise. The openness of court sittings is envisaged in Art. 90 para 1 of the Law on Proceedings Before Administrative Courts (LPBAC).

3. GENERAL LIMITATIONS ON THE PRINCIPLE OF OPENNESS IN JUDICIALADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Pursuant to the PC, any limitation on the exercise of constitutional freedoms and rights (i.e. also on the broadly understood principle of openness in its internal

¹⁰ See A. Kościółek, *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym* [Principle of openness in the civil court proceedings], Warszawa 2018, p. 30 *et seq.*

¹¹ P. Grzegorzczuk, K. Weitz, *Art. 45...*, margin No. 89/90, pp. 1128–1129.

¹² *Ibidem*, margin No. 109, pp. 1141–1141.

aspect – in relation to the parties to the proceedings) may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for protection of its security or public order, or for protection of natural environment, health or public morals, or other persons' freedoms and rights. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights (Art. 31 para 3 PC). In turn, the exclusion of the openness of a hearing may take place for reasons of morality, national security and public order, for protection of private life of parties, or other important private interest (Art. 45 para 2 sentence 1 PC)¹³.

The Polish literature indicates that every limitation of the principle of openness may not directly affect the very access to an autonomous and independent court, but it affects the scope of the principle of access to court and the possibility of its actual exercise¹⁴. As a result, while creating laws that limit the principle of openness in its internal aspect, the legislator must take into account both the general requirements relating to the limitation of civil rights and the requirement of proportionality and preservation of the essence of a given right¹⁵. Even where statutory provisions seem to meet the abovementioned requirements, they must be constructed in such a manner as not to allow for an arbitrary limitation of the principle of openness by entities using it, which, in the light of the observations made below, puts into question the actions of the legislator that limit the openness of hearings in Polish administrative courts during the pandemic.

As regards the subjective side, the general limitations on the principle of openness set out in the Law on Proceedings Before Administrative Courts are connected with age (Art. 95 para 1 LPBAC provides, in principle, for the requirement of reaching the age of majority to be able to participate in a hearing) or with the organizational possibilities of the court. A limitation on external openness due to the objective criterion is foreseen, *inter alia*, in Art. 96 and 97 LPBAC, which provide for the possibility of holding a sitting in closed court where the examination of the case in open court threatens morality, national security or public order, and where circumstances constituting classified information could be revealed.

Moreover, the objective criterion was also used by the Polish legislator to limit external and internal openness, *inter alia*, in so-called incidental matters

¹³ On Art. 45 para 2 PC as the basis for the exclusion of openness of sittings during the SARS-CoV-2 pandemic, see A. Kościółek, *Jawność posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym w dobie pandemii Covid-19* [Openness of court sittings in civil proceedings during the Covid-19 pandemic], „Przegląd Sądowy” 2021, No. 5, p. 28 *et seq*; different opinion: J. Roszkiewicz, *Jawność postępowania sądowego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [Openness of court proceedings in the light of the European Convention on Human Rights], „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2021, No. 2, p. 24, fn. 34.

¹⁴ J. Zimmermann, *Prawo do sądu w prawie administracyjnym* [Right to the court in administrative law], „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, book 2, p. 312.

¹⁵ P. Sarnecki, *Art. 45*, (in:) L. Garlicki, M. Zubik (eds.), *Konstytucja RP. Komentarz* [Constitution of the Republic of Poland. A commentary], Vol. II, Warszawa 2016, thesis 13, p. 242.

(e.g. consideration of a request for the recusal of a judge, decision on the suspension or reinstatement of a time-limit), in matters relating to formal deficiencies in procedural steps (e.g. examination of the admissibility of a complaint and a cassation appeal), and in matters relating to the examination of a complaint in simplified proceedings¹⁶. The fourth (last) group encompasses situations where specific provisions exclude the principle of openness¹⁷, or they allow the court to limit it, as in the case of Art. 15zszs⁴ of the Act of 2 March 2020 on specific solutions related to the prevention, counteraction and eradication of Covid-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (hereinafter referred to as Covid Act)¹⁸. It is the last of the above provisions, modified as a result of its subsequent amendments, that is currently causing the greatest controversy.

For the clarity of further arguments, it is necessary to indicate that the provisions of the LPBAC foresee a possibility of limiting the openness of a hearing before the SAC, thus giving the parties to the proceedings a choice in this regard between the speed of handling the case and their active participation. Pursuant to Art. 182 para 2 LPBAC, a party may waive the holding of a hearing. The literature indicates that such a solution should be deemed rational and therefore consistent with the PC in view of the limitation of an ordinary means of appeal, such as the cassation appeal, to the bases strictly defined in the act¹⁹ and the absence of

¹⁶ Art. 119 LPBAC – A case may be examined in the simplified procedure where: 1) the decision or order has the defect of nullity referred to in Art. 156 para 1 of the Code of Administrative Proceedings or in its other provisions, or they were issued in violation of the law, giving rise to the reopening of proceedings, 2) a party submits a request to refer the case for examination under the simplified procedure, and none of the other parties requests a hearing within fourteen days from the notification of the submission of the request, 3) the subject of the complaint is a decision issued in administrative proceedings, which may be complained against, or a decision ending the proceedings, as well as a decision resolving the case as to the essence and decisions issued in enforcement and security proceedings, which may be complained against, 4) the subject of the complaint is inaction or excessive length of proceedings, 5) the decision was issued under the simplified proceedings defined in Division II, Chapter 14 of the Act of 14 June 1960 – Code of Administrative Proceedings. See also M. Kowalski, *Tryb uproszczony w postępowaniu przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi – pomiędzy jawnością a szybkością postępowania* [Simplified procedure in proceedings before administrative courts – between the openness and speed of proceedings], „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2018, No. 4, p. 25 *et seq*; B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne* [Administrative and judicial-administrative proceedings], Warszawa 2016, p. 453.

¹⁷ Such as e.g. Art. 38 para 2 of the Act of 5 August 2010 on the protection of classified information, uniform text “Journal of Laws” 2019, item 742.

¹⁸ Uniform text “Journal of Laws” 2020, item 1842.

¹⁹ Pursuant to Art. 174 LPBAC, a cassation appeal may be based on 1) violation of substantive law by its erroneous interpretation or incorrect application, 2) violation of the provisions of proceedings where that violation could have had a significant impact on the outcome of the case.

evidence proceedings before administrative courts (which stems from the cassation model of adjudication)²⁰.

4. LEGAL BASIS FOR THE OPERATION OF POLISH ADMINISTRATIVE COURTS DURING THE PANDEMIC

The time of the pandemic forced the Polish legislator to make far-reaching changes to the implementation of the principle of openness before administrative courts and led to the accelerated computerization of the procedure. The above actions make it possible to identify four phases of the operation of Polish administrative courts, marked by the subsequent amendments to the provisions shaping the openness of proceedings.

The first phase began in connection with the adoption of Art. 15zsz § 6 of the Covid Act, which entered into force on 31 March 2020. Under the provision of this article, the possibility of holding hearings and open sessions in the period of epidemic threat or the state of epidemic was excluded in the entire justice system, with the exception of those conducted in so-called “urgent cases”²¹ (covering mainly cases in the area of criminal law). All the cases in administrative courts were therefore tried at that time in closed session, but in practice, the activity of the courts suffered a far-reaching “slowdown” and many sessions were postponed as a result of the so-called “hard lockdown” imposed on the entire country.

Then, on 16 May 2020²², Art. 15zsz⁴ was added to the Covid Act. It remained in force until 2 July 2021. It prescribed that:

During the period of the state of epidemic threat or the state of epidemic declared due to Covid-19 and within one year from the lifting of the last of them, in cases where the party lodging a cassation appeal has not waived the hearing or another party has requested a hearing, the Supreme Administrative Court may examine the cassation appeal in closed session where all the parties agree to it within 14 days from the date of service of the notice of intention to refer the case to a closed session. In these cases in closed session, the Supreme Administrative Court adjudicates in a panel of three judges (§ 1). During the period of epidemic threat or the state of epidemic declared due to Covid-19 and within one year from the lifting of the last of them, voivodship administrative courts and the Supreme Administrative Court shall conduct a hearing using technical devices that enable the hearing to be conducted

²⁰ See J. P. Tarno, (in:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (eds.), *Sądowa kontrola administracji publicznej. System Prawa Administracyjnego* [Court review of public administration. Administrative law system]. Vol. 10, Warszawa 2016, p. 217.

²¹ The ones indicated in Art. 14a para 4 and 5 of the Covid Act in its then wording.

²² Art. 46 para 21 of the Act of 14 May 2020 on the amendment to certain laws on protective measures in connection with the spread of the SARS-CoV-2 virus, “Journal of Laws”, item 875.

remotely with a simultaneous direct transmission of image and sound, but the persons participating in it do not have to be present in the court building, except when the holding of a hearing without the use of the above devices does not cause excessive health risk to the persons participating in it (§ 2). The presiding judge may order a closed session if he deems the examination of the case necessary, and the holding of a hearing required by law could cause an excessive threat to the health of the persons participating in it and it cannot be held remotely with a simultaneous direct transmission of image and sound. In closed session in these cases, the court adjudicates in a panel of three judges (§ 3).

The validity of the above provisions marked the start of the second phase of the operation of Polish administrative courts during the pandemic, which came to an end with the emergence of the so-called third SARS-CoV-2 wave in mid-October 2020. At that time, the courts largely adjudicated at hearings while maintaining an appropriate sanitary regime. Some cases were referred for a trial in closed session, either because presiding judges applied Art. 15zsz⁴ para 3 of the Covid Act or because of an increased number of requests from parties to hold a hearing under the simplified procedure.

The “symbolic” beginning of the third phase can be traced back to 16 October 2020, i.e. the day of publication of the Regulation No. 39 of the President of the SAC²³, in which it was indicated in an impersonal form that as of 17 October 2020, all hearings before the SAC are cancelled, the judicial activity of the Court will be continued in closed sessions, and cases set for a hearing are to be examined in closed session. Such actions were justified by the intensification of the epidemic and the imposition of additional restrictions, orders and bans by the Polish government.

The above regulation of the President of the SAC and the subsequent regulations of a similar nature issued by particular presidents of voivodship administrative courts had no legal significance in the context of canceling hearings – a regulation of the president of a court is not an act of generally applicable law in the Polish legal order, it is only an internal act binding in the matter of the temporary organization of courts. Similarly, the Covid Act did not entitle presidents of courts to exclude the openness of sittings – nonetheless, it was hard to dispel the impression that those regulations initiated the rapidly increasing use of the aforesaid Art. 15zsz⁴ para 3 of the Covid Act by presiding judges (and by court divisions), leading to a specific “automation” of decisions made in this regard. There were even situations where adjudicating panels made references in their rulings to the “October” regulations of presidents of courts in the matter of cancelling hearings in order “to strengthen the argument about the possibility of

²³ <http://www.nsa.gov.pl/komunikaty/zarzadzenie-nr-39-prezesa-nsa-z-dnia-16-pazdziernika-2020-r-w-sprawie-odwolania-rozpraw-oraz-wdrozenia-w-nsa-dzialan-profilaktycznych-sluzacych-przeciwdzialaniu-potencjalnemu-zagrozeniu-zakazenia,news,4,770.php> (accessed 1.01.2022).

examining the case in closed session”²⁴, which should be deemed an erroneous action²⁵ that may be misleading to parties to proceedings, who often act without professional representatives.

An order to examine the case in closed session was formally issued upon consideration of this issue on a case-by-case basis by the presiding judge or the head of a division (it was not specified in the act, the practice of courts varied in this respect). The presiding judge or head of a division assessed whether holding a trial in the court could pose excessive threats to the health of the participants and whether, alternatively, it was at all possible to hold an open sitting in the on-line mode (given the poor computerization of Polish administrative courts, the answer to the latter question seemed obvious). At the same time, where the presiding judge or head of the division deemed the examination of a case necessary (as one can easily guess due to the interest of the party and the nature of the case, although the legislator is silent in respect of the phrase used here) – the case was referred for a sitting in closed session. Because the legislator did not envisage a possibility of appealing against the aforesaid order issued by the presiding judge or head of the division, it does not have to be served on the parties. However, in the light of the effective constitutional and international standards, it should be recognized that the parties must be notified in advance of the fact of referring their case for a sitting in closed court and given a possibility of taking a position on the matter earlier, which, as the practice of the recent months has shown, does not always take place.

Although the above provisions giving the principle of openness in administrative courts a new shape during the pandemic faced opposition from the Polish legal community²⁶, the legislator chose to take a step further, and since 3 July 2021, a new wording of Art. 15zsz⁴ of the Covid Act has come into force²⁷, pursuant to which, the SAC shall not be bound by a request from a party to hold a hearing. Consequently, it sanctions the possibility of the total exclusion of the presence of the parties from the sessions conducted by the Supreme Administrative Court, regardless of the raised objection. Further, administrative courts may adjudicate

²⁴ See e.g. judgment of VAC in Wrocław of 1 December 2020, I SA/Wr 817/19, LEX No. 3124514; judgment of VAC in Wrocław of 14 January 2021, I SA/Wr 365/20, LEX No. 3149103.

²⁵ See e.g. judgment of VAC in Gdańsk of 24 February 2021, II SA/Gd 509/20, LEX No. 3151150; VAC in Bydgoszcz of 19 January 2021, I SA/Bd 737/20, LEX No. 3124172; VAC in Bydgoszcz of 9 February 2021, I SA/Bd 711/20, LEX No. 3146129.

²⁶ See, *inter alia*, appeal of 14 December 2020 of the Helsinki Foundation for Human Rights https://interwencjaprawna.pl/wp-content/uploads/2020/12/wystapienie_NSA_14.12.2020.pdf, (accessed 1.01.2022); different opinion: M. Sieniuc, *Prawo do jawnego rozpatrzenia sprawy sądownoadministracyjnej a pandemia Covid-19* [The right to a public trial in judicial administrative proceedings during the Covid-19 pandemic], “Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 2022, Vol. 98, p. 237 *et seq.*

²⁷ Art. 4 of the Act of 28 May 2021 on an amendment to the Act – Code of Civil Procedure and certain other laws, “Journal of Laws”, item 1090.

only in closed session or in the on-line mode for one year from the end of the state of epidemic or epidemic threat. The possibility of holding traditional hearings, i.e. in the court building, has been excluded²⁸.

5. ASSESSMENT OF THE REGULATION IN THE LIGHT OF THE ECHR

As given above, the regulations currently in force in the Polish legal system may be considered inconsistent with international standards, including, first of all, Art. 6 ECHR, which may give rise to compensation liability of the State Treasury towards persons whose right to a fair trial has been violated.

Given the evolutionary, extending interpretation of the term “civil rights and obligations” used in the above provision that the Court made in its subsequent rulings, it is clear that Art. 6 of the Convention covers numerous proceedings pending before administrative courts of individual States-Parties to the Convention²⁹.

The transfer and assessment of many rules developed by the ECtHR judges, that allow for the implementation of the principle of reliability in the aspect of broadly understood openness of proceedings, is difficult due to the fact that the rulings relevant in this regard were primarily issued in criminal and civil cases in the narrow sense, i.e. completed before common courts of a given country, and were not given in proceedings concluded in administrative courts or in cases decided strictly on the basis of administrative law provisions. It should be high-

²⁸ The Supreme Administrative Court accepted such a solution, see e.g. judgment of SAC of 16 March 2022, II GSK 1256/21, LEX No. 3335383; judgment of SAC of 15 July 2021, III OSK 3550/21, LEX No. 3205506.

²⁹ See judgment of ECtHR of 16 July 1971, Ringeisen vs. Austria, para 94; see also judgment of ECtHR of 8 July 1987, Baraona vs. Portugal, paras 38–44; judgment of ECtHR of 28 June 1978, König vs. Germany; judgment ECtHR of 23 October 1985, Bentham vs. The Netherlands, para 32; judgment of ECtHR of 27 October 1987, Pudas vs. Sweden; judgment of ECtHR of 29 May 1997, Georgiadis vs. Greece, paras 27–36. See also J. E. Kulikowska-Kulesza, *Polskie postępowanie przed sądami administracyjnymi w świetle standardów ETPC w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego* [Polish proceedings before administrative courts in the light of the ECtHR standards in the area of a fair court trial], Kraków, Legionowo 2016, p. 46 *et seq.*; M. Kłopocka-Jasińska, *Pojęcie sprawy w świetle Art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [Notion of a case in the light of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms], „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2016, No. 3, pp. 308–312; A. Wiśniewski, *Interpretacja autonomiczna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [Autonomous interpretation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights], “Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, Vol. XIII, p. 128; P. van Dijk, (in:) P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerp, Oxford 2006, pp. 516 *et seqq.*; W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford 2015, p. 274.

lighted that the Court adjudicates also based on the interpretative principle *a casu ad casum*, which allows it to issue a judgment based on the specific circumstances of a given case, without the need to be guided by rules developed, admittedly, by the Court itself, but in rulings given in different factual states³⁰. Since Art. 6 para 1 ECHR may form the basis for an assessment of rulings given also by administrative courts, it is worthwhile to relate the current standards of openness of proceedings developed by the ECtHR to the current legal regulations shaping proceedings before Polish administrative courts. It cannot be excluded that parties deprived of the right to participate in a hearing in open court, both in the first and second instance, will submit their complaints to the Court in Strasbourg.

It should be noted that the aim defined in Art. 6 para 1 of the Convention, which is fair and just proceedings, is not reflected, as indicated above, in the openness of proceedings only in the aspect of internal openness, i.e. in relation to the parties. As the Court has pointed out on numerous occasions, the right to open proceedings protects the parties in a broad manner against covert, arbitrary action of the judiciary without public control, it serves the public interest by informing the public about the procedure and subjects it to public scrutiny (“the watchful eye of the public”)³¹, and thus makes it possible to maintain trust in lower and higher courts³².

As the pandemic unfolded, the Polish legislator chose to impose the aforesaid far-reaching limitations on the openness of judicial-administrative proceedings. First, it should be noted that such legal solutions can be seen from the outset as incompatible with Art. 6 para 1 of the Convention, which, in the opinion of some scholars, may not constitute grounds for the exclusion of the openness of proceedings (their limitation) in order to protect health³³. Although the Convention does not require that limitations have their source in a normative act (condition of formal legality), their imposition is possible once a condition defined in Art. 6 para 1 ECHR is satisfied. On the one hand, a limitation must serve to protect one of the values set out in the provision – it leads to the achievement of a specific objective relating to the protection by a public authority: of morals, public order, national security, juveniles, private life of the parties, or the interests of justice, which are specific circumstances. Even though the Convention recognizes the notion of the protection of health, which was used in its other provisions (e.g. Art. 8 para 2, Art. 9 para 2, Art. 10 para 2), Art. 6 para 1 sentence 2 does not contain

³⁰ See J. Roszkiewicz, *op. cit.*, p. 14.

³¹ See judgment of ECtHR of 6 December 1988, Barberf, Messegué and Jabardo vs. Spain, para 89.

³² See judgment of ECtHR of 8 December 1983, Pretto and others vs. Italy, para 21; judgment of ECtHR of 8 December 1983, Axen vs. Germany, paras 25 and 76; judgment of ECtHR of 8 February 2000, Stefanelli vs. San Marino, para 19; judgment of ECtHR of 12 November 2002, Bakova vs. Slovakia, para 30.

³³ J. Roszkiewicz, *op. cit.*, p. 24.

that condition. The imposition of a limitation on openness by virtue of the Covid Act without prejudice to the Convention would thus be possible, in line with the above view, on the basis of Art. 15 paras 1 and 3 ECHR, pursuant to which, any High Contracting Party may take measures derogating from the obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law. Any High Contracting Party shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures it has taken. Poland has not made such a notification³⁴.

Even if one accepts that the limitation of the openness principle foreseen by the Polish provisions is consistent with the aforesaid conditions for substantive legality provided in Art. 6 para 1 of the Convention, some doubt remains as to whether such far-reaching limitations set out in the Covid Act satisfy the proportionality condition, under which the action must be taken and must lead to the protection of one of the above-mentioned values. Moreover, since the provisions of the Convention do not require a specific legal basis for a limitation of the principle of openness, it should be highlighted that both the justification of the draft legislative amendments limiting the openness due to the pandemic and the very substantiations of judgments given in closed session by application of Art. 15zsz⁴ of the Covid Act must be very reliable and comprehensive. However, an analysis of the case-law to date shows that adjudicating panels very frequently fail to explain to the parties why it is impossible to hold an on-line hearing in their case³⁵.

Apart from the general issue of the possibility of excluding the openness of judicial-administrative proceedings due to the SARS-CoV-2 epidemic on the basis of Art. 6 ECHR, it is necessary to reflect overall on whether the holding of judicial-administrative proceedings in closed session before one or both court instances may as such violate the provision of Art. 6 para 1 of the Convention in a situation where the Polish judicial-administrative proceedings are based on a cassation model of adjudication, which foresees the criterion of legality as the only review criterion.

In the opinion of the ECtHR judges, the entitlement to have the case heard in public is not an absolute right³⁶ and may be limited, *inter alia*, where the parties do not contest the credibility of evidence, of the facts, and the courts may decide the

³⁴ It follows from the information given on the Court website: <https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19> (accessed 1.01.2022).

³⁵ See resolution of SAC of 30 November 2020, II OPS 6/19, LEX No. 3085952; decision of SAC of 22 October 2020, II FSK 1389/18, LEX No. 3067338; of 1 December 2020, II FSK 2207/18, LEX No. 3087498 and a series of judgments in which a reference was made to the above rulings, e.g. judgment of VAC in Kraków of 13 July 2021, I SA/Kr 649/21, LEX No. 3217850; judgment of VAC in Warsaw of 15 January 2021, V SA/Wa 1461/20, LEX No. 3173286.

³⁶ See judgment of ECtHR of 21 February 1990, Håkansson and Sturesson vs. Sweden, para 66.

case on the basis of the parties' submissions and other written materials³⁷. No doubt arises in a situation where a party waives his/her right to proceedings in open court of their own free will (also tacitly, implicitly, but raising no doubt) for the sake of the speed of the proceedings. The Court stressed that Art. 6 ECHR does not stand in the way of waiving, of one's own free will and in an unequivocal manner, the entitlement to have one's case heard in public, regardless of the conditions for the exclusion of openness indicated in this provision³⁸. At the same time, however, a minimum of guarantees must be provided to safeguard the right to a fair trial³⁹.

The author of this article believes that the minimum is not provided where a party expressly objected to the examination of his/her case in closed session and/or was not notified at all of the date of the examination of the case in closed session⁴⁰. In the absence of information on the date of a closed session, the party is completely deprived of the possibility of presenting his/her final written position before a decision is issued, which may be of importance if a significant period of time passes between his/her complaint and the issuance of a ruling (sometimes even a period of several months)⁴¹.

The Court holds the view that dispensing with a hearing may also be justified in some situations, e.g. in cases with "merely legal issues of a limited nature/limited nature of the issues"⁴², or in cases with "no particular complexity"⁴³. When

³⁷ See judgments of ECtHR: of 12 November 2002, *Döry vs. Sweden*, para 37; 4 March 2014, *Grande Stevens and others vs. Italy*, para 119; decision of ECtHR of 25 November 2003, *Pursiheimo vs. Finland*.

³⁸ See judgments of ECtHR of 30 November 1987, *H. vs. Belgium*, para 54; 23 June 1994, *De Moor vs. Belgium*, para 60; of 23 November 1993, *Poitrinol vs. France* paras 29–39; of 28 May 1997, *Pauger vs. Austria*, para 58; of 5 July 2005, *Exel vs. the Czech Republic*, para 46; of 26 January 2017, *Lena Atanasova vs. Bulgaria*, para 52; of 23 July 2020, *Chong Coronado vs. Andorra*, paras 42–45. The conditions for waiving the right to a public hearing: the party concerned must give consent to it, whether expressly or tacitly (judgment of ECtHR of 23 June 1981, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere vs. Belgium*, para 59), of his own free will and in an unequivocal manner (judgments of ECtHR: of 10 February 1983, *Albert and Le Compte vs. Belgium*, para 35; of 21 February 1990, *Håkansson and Sturesson vs. Sweden*, para 67. It must not run counter to any important public interest (judgment of ECtHR of 21 February 1990, *Håkansson and Sturesson vs. Sweden*, para 66).

³⁹ M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [Towards The European Convention. A commentary to the European Convention on Human Rights], Warszawa 2021, p. 712.

⁴⁰ As the representatives of the practice indicate, such situations are common nowadays – see P. Szymaniak, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/8183895,rozprawy-online-sad-administracyjny-przepisy.html> (accessed 1.01.2022).

⁴¹ For more on the lack of information on the on-going proceedings, see judgment of ECtHR of 12 February 2015, *Sanader vs. Croatia*, para 77.

⁴² "Merely legal issues of a limited nature/limited nature of the issues" – see judgments of ECtHR: of 19 February 1998, *Allan Jacobsson vs. Sweden* (No. 2), 48–49; of 1 June 2004, *Valová, Slezák and Slezák vs. Slovakia*, para 68.

⁴³ "No particular complexity" – see decisions of ECtHR: of 25 April 2002; *Varela Assalino vs. Portugal*; of 5 September 2002, *Speil vs. Austria*; judgment of ECtHR of 25 March 1998, *Belziuk vs. Poland*.

resolving complaints against the proceedings conducted before the one-instance Austrian Administrative Court, ECtHR judges noted that a public oral hearing must take place in a situation where a case was not of a highly technical or exclusively legal nature⁴⁴. One must not lose sight of the fact that a hearing also serves to subject the activity of the court to social control, contributing to the fulfilment of the conditions of a fair trial⁴⁵. A systemic dispensing with holding hearings can therefore affect not only the legal situation of parties to the proceedings, but can also result in lowering confidence in the judiciary⁴⁶.

As indicated above, although the Polish judicial-administrative proceedings are based on a model of cassation adjudication, in which the legality of the actions and omissions of the administration is the only review criterion, it should be noted that these courts may repeal the contested administrative acts if they are convinced that administrative organs incorrectly collected evidence in the case and/or incorrectly assessed it. Consequently, even though the court conducts review in terms of compliance with the law, the applicant's complaint may refer to incorrect findings of the fact, which led to the organ's incorrect decision in the case. Moreover, as of 2015, Polish administrative courts may adjudicate in an indirectly reformatory manner, i.e. in the form of the German judgment ordering the organ to issue a decision that was further specified by the court. One of the conditions for giving such judgment is the absence of doubts as to the facts of the case⁴⁷.

It can be indicated in defense of the provisions that allow for ignoring the objection of a party who wished his/her case to be heard at a hearing, also before the SAC, that according to the ECtHR the application of the protective standard of the openness of proceedings laid down in Art. 6 para 1 ECHR in proceedings before a court of higher instance depends on a particular nature of specific proceedings and may be excluded if the court does not decide on the merits⁴⁸. It is

⁴⁴ See judgments of ECtHR: of 10 December 2009, *Koottummel vs. Austria*, para 20; of 27 July 2007, *Jurisc and Collegium Mehrerau vs. Austria*, para 65 and other rulings cited there; of 27 July 2006, *Coorplan-Jenni GmbH and Hascic vs. Austria*, para 63; of 21 February 1990, *Håkansson and Sturesson vs. Sweden*, para 64; of 23 February 1994, *Fredin vs. Sweden* (No. 2), paras 21–22; of 11 July 2002, *Göç vs. Turkey*, para 47.

⁴⁵ See judgments of ECtHR: of 21 February 1975, *Golder vs. UK*, para 36; of 17 July 2003, *Craxi vs. Italy* (No. 2), para 64.

⁴⁶ See judgments of ECtHR: of 10 April 2012, *Lorenzetti vs. Italy*, para 32; of 17 December 2013, *Nikolova and Vandova vs. Bulgaria*, para 70.

⁴⁷ An amendment to the LPBAC made it possible also for a court to adjudicate in a directly reformatory manner, i.e. substitute a judgment for the administrative decision, however, this provision has not been applied to date.

⁴⁸ See judgment of ECtHR of 29 October 1991, *Helmerts vs. Sweden*; and judgment of 24 October 2010, *Eker vs. Turkey*, paras 29–31, in which it was indicated that the legal issues were not especially complex (the dispute related to textual and technical issues), but it was necessary to conduct the proceedings promptly, it was thus found that the lack of a public hearing does not violate Art. 6 para 1 of the Convention.

necessary to take into consideration the specific features of the entirety of the proceedings taking place under the national legal system, the role of the court of higher instance, while taking into account the right to a hearing within a reasonable time and the need to handle the case fast and effectively. At the same time, the judges made it clear that the absence of a hearing may be justified if a hearing has been held at first instance⁴⁹. The Court also held in one of its decisions that the lack of a public hearing at the Grand Chamber of the Supreme Administrative Court in Turkey does not raise an issue under Art. 6 para 1 of the Convention because its review is restricted to points of law, and its decisions do not quash or replace those of lower courts, but reverse and remit them for further examination⁵⁰.

In the light of the above, on the one hand, it can be argued that the impossibility of subsequent supplementation of the grounds of a cassation appeal or the lack of evidential proceedings are the features of “appeal” proceedings which, in the light of the ECtHR case-law, would qualify proceedings before the SAC for excluding openness.

On the other hand, it should be highlighted that the SAC may refer the case for reconsideration in its judgment, but it may also rule, as it were, in lieu of VAC, when it is convinced that the facts of the case raise no doubt. Moreover, the SAC may apply the provision allowing it to adjudicate immediately in the indirectly reformatory manner in a case (or even the directly reformatory manner, though as indicated above, in practice this provision is not applied even before courts of first instance). The above amendments introduced into the LPBAC in recent years, which are intended to accelerate the judicial-administrative proceedings, meant that the SAC ceased to be a strictly cassation court. The cassation proceedings are therefore not merely a classical judgment on the law – they are also indirectly (as is the case with proceedings before VAC) a judgment on the facts, as the SAC must assess whether a court of first instance made a correct assessment in relation to the facts established by the organs, i.e. whether the facts of the case established by the organ were correct and were based on the principle of free evaluation of evidence. It should be noted that the full SAC ruled in its resolution of 26 October 2009⁵¹ that the basis for the cassation appeal provided in Art. 174 point 2 LPBAC, i.e. a violation of the provisions of proceedings, refers to a violation of the provisions of both administrative proceedings and judicial-administrative proceedings if that violation could have had a significant impact on the outcome of the case. Therefore, it is possible to invoke errors of the organ as to the establishment of the facts also in proceedings before the SAC, which this court must examine, even

⁴⁹ See judgments of ECtHR: of 29 October 1991, *Helmerts vs. Sweden*, para 36; of 26 May 1988, *Ekbatani vs. Sweden*, para 32; M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo* [European Court of Human Rights. The case-law], Warszawa 2001, p. 457.

⁵⁰ See decision of ECtHR of 23 May 2006, *Türk Ticaret Bankası Munzam Sosyal Güvenlik Emekli Ve Yardım Sandığı Vakfı vs. Turkey*.

⁵¹ Resolution of SAC of 26 October 2009, file No. I OPS 10/09, LEX No. 524941.

though it is a court of second instance and, as a rule, of a cassation nature. The establishment by the SAC that a court of first instance incorrectly assessed the operation of an organ in the area of the establishment of the facts may lead to the conclusion that the VAC thus violated the provisions of judicial-administrative proceedings, and the SAC may consequently quash such judgment. Referring to the above-mentioned case-law of the Court, it is difficult to accept that Polish administrative courts currently adjudicate in strictly legal or merely technical issues, which would justify dispensing with court proceedings in open session in both instances.

It should be noted that the existing provisions were constructed in a manner that gives judges the possibility to refer a case to a closed court procedure if they find that it is impossible to conduct a remote hearing with a simultaneous direct transmission of image and sound. First, the highly evaluative and imprecise⁵² condition for the impossibility of holding an e-hearing prescribed by the provision gives rise to a risk of its arbitrary interpretation⁵³. Second, the regulations do not provide for the possibility of objecting to such a procedure, not to mention the necessity to obtain consent from the party. The above will therefore lead to a situation where a case is heard in closed sessions before both VAC and the SAC, although the party did not agree to such a solution, but the legislator deprived him/her of any influence on the situation.

The author of this article holds the view that depriving a party of the possibility to object to the referral of his/her case to a closed session in connection with the epidemic, assuming that the courts of both first and second instance conducted the proceedings in closed session against his/her will, violates Art. 6 para 1 ECHR⁵⁴. Inasmuch as proceedings in closed session only before the SAC (even without consent from the party), in the light of the above considerations and the case-law of ECtHR, may be deemed acceptable, barring the way to an open hearing of the case in both instances, even in a system of adjudication that is, as a rule, of a cassation nature, cannot be deemed to comply with the proportionality

⁵² About overuse of general and vague terms in the Covid acts – H. Izdebski, *Legislacja dotycząca Covid-19 i ustawowy nihilizm prawny* [Legislation relating to Covid-19 and the legislative legal nihilism], (in:) T. Gardocka, D. Jagiełło (eds.), *Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela* [Covid-19 pandemic and human rights and freedoms], Warszawa 2021, p. 41 *et seq.*

⁵³ Cf. T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwale rozwiązania?* [Limitations of the openness of proceedings in civil cases during the pandemic – an exigency or a permanent solution?], „Forum Prawnicze” 2021, No. 3, p. 14.

⁵⁴ In its rulings, the ECtHR noted that the waiving of the right to participate in a hearing before a court of second instance is possible where a hearing was held at an earlier stage, see judgment of ECtHR of 18 October 2006, *Hermi vs. Italy*, para 60; different opinion: A. Paduch, *The Right to a Fair Trial Under Article 6 ECHR during the COVID-19 Pandemic: The Case of the Polish Administrative Judiciary System*, “Central European Public Administration Review” 2021, No. 2, Vol. 19, p. 7 *et seq.*

principle. Even apart from the aforesaid issue of the impossibility of the limitation of openness due to the need to protect health, which is not prescribed by Art. 6 para 1 of the Convention, the solutions introduced by virtue of the Covid Act appear to be disproportionate to their intended purpose – the protection against the spread of the virus on a massive scale. It may be indicated that the SARS-CoV-2 pandemic turned out to be a global threat, previously unknown and therefore not yet examined, but there are no studies showing that the admission of the institution of objection resulting in a necessity to examine some cases in hearings would contribute to a significant increase in Covid-19 infections. There are also no studies showing that holding hearings in court buildings, with the application of all possible restrictions, would lead to a significant increase in infections. The far-reaching limitations on civil rights, as the ones described here, should be introduced with due consideration.

6. CONCLUSIONS

Cases of individuals in administrative proceedings before the organs are decided in camera in an imperative and unilateral manner. This means that by virtue of the principle of the openness of court proceedings, there was a possibility to have the decisions of the public authority evaluated by an independent arbitrator – court, using the principle of equality of the parties to the proceedings. Every time a party is deprived of the possibility of “having an insight” into the operations of courts entails a lack of possibility of a direct comparison of her views with the assessment made by the administrative organ, thus eroding the diminishing sense of trust in state institutions⁵⁵.

Given the above, it is hard to accept that the system that bars the way to an open review of the operation of the authorities by courts conforms to the principle of a democratic state ruled by law, in particular when the legislator excluded the possibility of raising an objection to a hearing in closed court, i.e. giving a party to the proceedings a chance to decide whether the speed of proceedings or an open examination of the case is more important to him/her.

In the light of the considerations made here, the judicial-administrative proceedings conducted on the basis of the Polish provisions that shape the principle of openness in the judicial-administrative proceedings adopted during the pan-

⁵⁵ See R. Stankiewicz, J. Piecha, *Legal opinion on a government draft legislation to amend the law – Code of Civil Procedure and certain other laws, form No. 899*, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/AB8821AB3FA8D0D5C125867D0048133A/%24File/899-007.pdf> (accessed 1.01.2022).

demical should therefore be deemed to be in violation of the fair trial standards, including the public hearing principle enshrined in Art. 6 para 1 ECHR.

REFERENCES

Books and articles

- Adamiak B., Borkowski J., *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne* [Administrative and judicial-administrative proceedings], Warszawa 2016
- Dijk P. van, (in:) P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerp, Oxford 2006
- Grzegorzczak P., Weitz K., *Art. 45*, (in:) M. Safjan, L. Bosek (eds.), *Konstytucja RP. Komentarz do Art. 1–86* [Constitution of the Republic of Poland. A commentary on Art. 1–86], Warszawa 2016
- Izdebski H., *Legislacja dotycząca Covid-19 i ustawowy nihilizm prawny* [Legislation relating to Covid-19 and the legislative legal nihilism], (in:) T. Gardocka, D. Jagiełło (eds.), *Pandemia Covid-19 a prawa i wolności obywatela* [Covid-19 pandemic and human rights and freedoms], Warszawa 2021
- Kłopotcka-Jasińska M., *Pojęcie sprawy w świetle Art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [Notion of a case in the light of Art. 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms], „Przeгляд Prawa Konstytucyjnego” 2016, No. 3
- Kościółek A., *Jawność posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym w dobie pandemii Covid-19* [Openness of court sittings in civil proceedings during the Covid-19 pandemic], „Przeгляд Sądowy” 2021, No. 5
- Kościółek A., *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym* [Principle of openness in the civil court proceedings], Warszawa 2018
- Kowalski M., *Tryb uproszczony w postępowaniu przed wojewódzkimi sądami administracyjnymi – pomiędzy jawnością a szybkością postępowania* [Simplified procedure in proceedings before administrative courts – between the openness and speed of proceedings], „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2018, No. 4
- Kulikowska-Kulesza J. E., *Polskie postępowanie przed sądami administracyjnymi w świetle standardów ETPC w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego* [Polish proceedings before administrative courts in the light of the ECtHR standards in the area of a fair court trial], Kraków, Legionowo 2016
- Nowicki M. A., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo* [European Court of Human Rights. The case-law], Warszawa 2001
- Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [Towards The European Convention. A commentary to the European Convention on Human Rights], Warszawa 2021
- Paduch A., *The Right to a Fair Trial Under Article 6 ECHR during the COVID-19 Pandemic: The Case of the Polish Administrative Judiciary System*, “Central European Public Administration Review” 2021, No. 2, Vol. 19

- Roszkiewicz J., *Jawność postępowania sądowego w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [Openness of court proceedings in the light of the European Convention on Human Rights], „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2021, No. 2
- Sarnecki P., *Art. 45*, (in:) L. Garlicki, M. Zubik (eds.), *Konstytucja RP. Komentarz* [Constitution of the Republic of Poland. A commentary], Vol. II, Warszawa 2016
- Schabas W. A., *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford 2015
- Sieniuc M., *Prawo do jawnego rozpatrzenia sprawy sądownoadministracyjnej a pandemia Covid-19* [The right to a public trial in judicial administrative proceedings during the Covid-19 pandemic], „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica” 2022, Vol. 98
- Sieniuc M., *Zasada jawności postępowania i skutki jej naruszenia w postępowaniu sądownoadministracyjnym* [Principle of openness and the consequences of its violation in judicial-administrative proceedings], (in:) Z. Duniewska, M. Stahl, A. Krakala (eds.), *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo* [Principles in administrative law. Theory, practice, jurisprudence], Warszawa 2017
- Tarno J. P., (in:) R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (eds.), *Sądowa kontrola administracji publicznej. System Prawa Administracyjnego* [Court review of public administration. Administrative law system]. Vol. 10, Warszawa 2016
- Vitkauskas D., Dikov G., *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe 2017
- Voermans W., *Judicial transparency furthering public accountability for new judiciaries*, “Utrecht Law Review” 2007, Vol. 3, issue 1
- Wiśniewski A., *Interpretacja autonomiczna w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [Autonomous interpretation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights], „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, Vol. XIII
- Zembrzuski T., *Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwale rozwiązanie?* [Limitations of the openness of proceedings in civil cases during the pandemic – an exigency or a permanent solution?], „Forum Prawnicze” 2021, No. 3
- Zimmermann J., *Prawo do sądu w prawie administracyjnym* [Right to the court in administrative law], „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, book 2

Internet sources

- Appeal of 14 December 2020 of the Helsinki Foundation for Human Rights, https://interwencjaprawna.pl/wp-content/uploads/2020/12/wystapienie_NSA_14.12.2020.pdf (accessed 1.01.2022)
- Stankiewicz R., Piecha J., *Legal opinion on a government draft legislation to amend the law: Code of Civil Procedure and certain other laws, form No. 899*, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/AB8821AB3FA8D0D5C125867D0048133A/%-24File/899-007.pdf> (accessed 1.01.2022)
- Statistics released on the website of the Supreme Administrative Court, <https://www.nsa.gov.pl/statystyki-nsa.php> (accessed 1.01.2022)
- Szymaniak P., <https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/8183895,rozprawy-online-sad-administracyjny-przepisy.html> (accessed 1.01.2022)

Eleonora Zielińska

Uniwersytet Warszawski, Polska
e-mail: e.zielińska@wpia.uw.edu.pl
ORCID: 0000-0002-4876-1074

DZIAŁANIA UNII EUROPEJSKIEJ W ZWALCZANIU PRZEMOCY WOBEC KOBIET

EUROPEAN UNION'S ACTION TO COMBAT VIOLENCE AGAINST WOMEN

Abstract

The text explores important issues concerning violence against women in the light of the legal regulations of the Istanbul Convention and in the context of difficulties emerging during actions taken by the European Union to implement the Istanbul Convention in the EU legal framework. The European Union, within its competences, has not yet taken specific legal measures to combat crime involving violence against women, i.e. originating in the fact that someone is a woman or, statistically, there is a gross overrepresentation of women among the victims. The article describes the stages of the ratification and legislative processes, thanks to which the issue of counteracting gender-based violence will remain permanently on the agenda of the EU bodies, thereby contributing to a better understanding both of the threats posed by this form of crime for all societies and the need for the integrated fight against it in the common area of freedom, security, and justice.

KEYWORDS

violence, violence against women, Istanbul Convention, gender discrimination, gender, harassment, sexual harassment, cyber stalking, sexism, cyber harassment, sexual violence against women

SŁOWA KLUCZOWE

przemoc, przemoc wobec kobiet, Konwencja stambulska, dyskryminacja ze względu na płeć, płeć społeczno-kulturowa, molestowanie, molestowanie seksualne, cyberstalking, seksizm, cybermolestowanie, przemoc seksualna wobec kobiet

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Kwestia przemocy wobec kobiet w ostatnich trzech dekadach stała się jednym z bardziej dyskutowanych na świecie problemów. Aby przeciwdziałać temu zjawisku zarówno legislatury krajowe, jak i gremia międzynarodowe podjęły wiele inicjatyw prawnych i społecznych. Kamieniem milowym w tym procesie stało się przyjęcie przez Radę Europy 11 maja 2011 r. Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej¹, którą podpisały wszystkie kraje członkowskie Unii Europejskiej, a do lipca 2021 r. ratyfikowało 21 państw z tej grupy² (łącznie wszystkich ratyfikujących jest 34 państwa). Polska podpisała Konwencję 8 grudnia 2012 r., a ratyfikowała 27 kwietnia 2015 r.³ W dniach 5 i 6 czerwca 2014 r. Rada Unii Europejskiej, zebrana w składzie Rady ds. Wymiaru Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, przyjęła konkluzje, w których zwróciła się do państw członkowskich o podpisanie, zawarcie i wykonanie

¹ Dz.U. z 2015 r., poz. 961; dalej: Konwencja albo Konwencja stambulska. Konwencja ta weszła w życie w sierpniu 2014 r.

² Są to: Austria, Belgia, Chorwacja, Cypr, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Malta, Niemcy, Polska, Portugalia, Rumunia, Słowenia, Szwecja i Włochy.

³ W stosunku do Polski Konwencja weszła w życie 1 sierpnia 2015 r. Rząd Polski w październiku 2020 r. ogłosił zamiar wypowiedzenia Konwencji, co jeszcze nie nastąpiło. Euronews, Istanbul Convention: Poland's plan to quit domestic violence treaty causes concern, 27 July 2020, <https://www.euronews.com/my-europe/2020/07/27/istanbul-convention-poland-s-plan-to-quit-domestic-violence-treaty-causes-concern> (dostęp: 15.08.2021 r.). Natomiast oficjalne wypowiedzenie ogłosiła Turcja 1 lipca 2021 r. Warto dodać, że równocześnie jest szansa na powiększenie grona państw stron Konwencji: Wielka Brytania oraz Lichtenstein są w trakcie procesu ratyfikacji Konwencji.

tej Konwencji. Od tego czasu prowadzone są działania zmierzające do przystąpienia Unii Europejskiej jako samodzielnego podmiotu do tej Konwencji.

Warto podkreślić, że Unia Europejska w ramach swych kompetencji dotychczas nie podejmowała szczególnych środków prawnych mających na celu przeciwdziałanie przestępczości polegającej na przemocy wobec kobiet, tzn. takiej, u genezy której leży fakt, że ktoś jest kobietą, lub takiej, w przypadku której – statystycznie rzecz biorąc – wśród ofiar występuje rażąca nadreprezentacja kobiet. Niemniej jednak niektóre unijne instrumenty prawne mające na celu zwiększenie skuteczności przeciwdziałania wybranym typom przestępczości o charakterze transgranicznym, poprzez usprawnienie współpracy sądowej prowadzonych w związku z ich popełnieniem postępowań karnych, zaliczonych zostało przez Konwencję do kategorii kryminologicznej określonej jako przemoc ze względu na płeć. W ramach tych działań, np. na podstawie art. 82 ust. 2 i art. 83 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ przyjęto dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępującą decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW⁵. Szczególną sytuację kobiet i dzieci, będących osobami pokrzywdzonymi przestępstwami zaliczanymi do tej grupy przestępstw, uwzględniano częściowo także w ramach środków prawnych skierowanych na ochronę praw i pomoc ofiarom przestępczości wszelkiego rodzaju. Takie działania przewidziano w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW⁶, a także w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony⁷.

2. ETAPY PRZYSTĄPIENIA UNII EUROPEJSKIEJ DO KONWENCJI STAMBULSKIEJ

W październiku 2015 r. Komisja Europejska ogłosiła plan działania, tzw. mapę drogową w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji stambulskiej, w której m.in. zdecydowano o oddzielnym podpisaniu oraz ratyfikowaniu

⁴ Dz.Urz. UE L nr 202 z 2016 r., s. 47, wersja skonsolidowana; dalej: TFUE.

⁵ Dz.Urz. UE L nr 101 z 2011 r., s. 1.

⁶ Dz.Urz. UE L nr 315 z 2012 r., s. 57; dalej: dyrektywa 2012/29/UE.

⁷ Dz.Urz. UE L nr 338 z 2011 r., s. 2.

tej Konwencji⁸. W dniu 4 marca 2016 r. Komisja przedłożyła Radzie Unii Europejskiej wniosek dotyczący decyzji Rady w sprawie podpisania Konwencji stambulskiej w imieniu Unii Europejskiej, wskazując, że przystąpienie do Konwencji wchodzi w zakres kompetencji zarówno Unii, jak i państw członkowskich. W odniesieniu do Unii we wniosku Komisji podkreślano, że podpisanie Konwencji stambulskiej powinno się odbyć w drodze jednej decyzji na podstawie art. 82 ust. 2 i art. 84 TFUE⁹. Razem z tym wnioskiem Komisja przekazała Radzie wniosek dotyczący decyzji upoważniającej ją do ratyfikacji w imieniu Unii Konwencji, przy czym Komisja zaproponowała w nim tę samą podstawę prawną ratyfikacji co w swoim wniosku w sprawie podpisania Konwencji, a mianowicie art. 82 ust. 2 oraz 84 TFUE.

Należy dodać, że w sprawie przystąpienia do tej Konwencji ma zastosowanie ogólna procedura przystępowania Unii Europejskiej do umów międzynarodowych zawarta w art. 218 TFUE¹⁰. Decyzję o podjęciu negocjacji podejmuje Rada. Ona też jest właściwa do wydania instrukcji negocjacyjnych, a także później kompetentna do decydowania o podpisaniu i ostatecznym związaniu Konwencją. Negocjatorem unijnym Konwencji jest Komisja. To na jej wniosek Rada podejmuje większością kwalifikowaną głosów decyzję o podpisaniu umowy akcesyjnej do Konwencji, jak również o jej zawarciu, przy czym w drugim przypadku, decyzja Rady będzie musiała być poprzedzona opinią Parlamentu Europejskiego.

W trakcie rozmów dotyczących projektu podpisania decyzji, które prowadzono w organach przygotowawczych Rady, okazało się, że zawarcie Konwencji

⁸ Podział ten nastąpił w celu uwzględnienia szczególnej sytuacji Irlandii i Zjednoczonego Królestwa przewidzianej protokołem nr 21 załączonym do Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C nr 202 z 2016 r., s. 13, wersja skonsolidowana; dalej: TUE). Opis kolejnych kroków zmierzających do ratyfikacji Konwencji zawarty jest na stronie: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-eu-accession-to-the-istanbul-convention/08-2020>. W odniesieniu do tej i wszystkich innych powoływanych stron internetowych dostęp uzyskano w sierpniu 2021 r.

⁹ *Proposal for on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence Procedure 2016/0063/NLE COM (2016) 111.*

¹⁰ Jest ona mniej skomplikowana niż np. w przypadku przystąpienia Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, z późn. zm.). Decyzja taka nie musi być podejmowana przez Radę jednomyślnie i nie wymaga w związku z tym dodatkowego zatwierdzenia przez państwa członkowskie, zgodnie z ich wymogami konstytucyjnymi. Na temat trybu przystąpienia Unii Europejskiej do umów międzynarodowych por. szerzej: A. Gajda, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013, nr 1, a także L. Garlicki, *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przygotowania i problemy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 14, oraz J. Wołasiwicz, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – wizja Rady Europy*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2010, nr 3–4, s. 23 i n.

stambulskiej przez Unię w odniesieniu do określonych dziedzin zaproponowanych przez Komisję nie uzyska poparcia wymaganej większości kwalifikowanej członków Rady. Postanowiono zatem o ograniczeniu zakresu planowanego zawarcia przez Unię Konwencji stambulskiej jedynie do tych kompetencji, które te organy przygotowawcze uznały za należące do kategorii wyłącznych kompetencji Unii¹¹, co ostatecznie zaakceptowała Komisja. Tym samym podstawy prawne wniosku zostały zmienione przez skreślenie odniesienia do art. 84 TFUE¹² i przez dodanie do wcześniej przewidzianego art. 82 ust. 2 TFUE również art. 83 ust. 1 i art. 78 ust. 2 TFUE. Zdecydowano też o rozdzieleniu wniosku Komisji dotyczącego decyzji Rady w sprawie podpisania Konwencji stambulskiej na dwie części. W dniu 11 maja 2017 r. Rada przyjęła dwie odrębne decyzje dotyczące podpisania Konwencji stambulskiej, a mianowicie: decyzję 2017/865 z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej, Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej w odniesieniu do spraw związanych ze współpracą wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych¹³ (w tej decyzji, jako podstawy materialnoprawne wskazano art. 82 ust. 2 i art. 83 ust. 1 TFUE), oraz decyzję 2017/866 z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie podpisania, w imieniu Unii Europejskiej, Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej w odniesieniu do azylu i zasady *non-refoulement*¹⁴. W tej decyzji jako podstawę materialnoprawną wskazano art. 78 ust. 2 TFUE. Oznacza to, że decyzja o podpisaniu została podzielona na dwa dokumenty: pierwszy dotyczący współpracy sądowej w sprawach karnych, drugi dotyczący polityki azylowej oraz zasady niewydawania (*non-refoulement*)¹⁵.

Ostatecznie do podpisania Konwencji przez Unię Europejską doszło 13 czerwca 2017 r. w powołaniu się na dwie podstawy prawne: art. 78 ust. 2 w związku z art. 218 ust. 5 dotyczący polityki azylowej oraz art. 82 ust. 2 i art. 83 ust. 1 odnoszące się do współpracy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych¹⁶.

¹¹ Te zmiany, które wprowadzono na posiedzeniu Komitetu Stałych Przedstawicieli (Coreper) w dniu 26 kwietnia 2017 r.

¹² Przepis ten zawiera klauzulę generalną, zgodnie z którą Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą ustanowić środki w celu promowania i wspierania działania państw członkowskich w dziedzinie zapobiegania przestępczości z wyłączeniem jakiegokolwiek harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich.

¹³ Dz.Urz. UE L nr 131 z 2017 r., s. 11.

¹⁴ Dz.Urz. UE L nr 131 z 2017 r., s. 13.

¹⁵ Mówiąc o *non-refoulement*, traktat ma na myśli ochronę jednostki przed wydaleniem lub zawróceniem jej do państwa, w którym mogłoby jej grozić prześladowanie, co stanowi jeden z zasadniczych elementów uwzględnianych przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu statusu uchodźcy i udzieleniu azylu.

¹⁶ W decyzjach tych zapisano, że: „Konwencja stambulska powinna zostać podpisana w imieniu UE w zakresie spraw leżących w kompetencji UE, o ile Konwencja może mieć wpływ na wspólne zasady UE lub zmieniać ich zakres. Państwa członkowskie zachowują swoje kompe-

Należy podkreślić, że sfinalizowanie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji stambulskiej jest jednym z priorytetów nowej strategii Komisji Europejskiej na rzecz równości płci na lata 2020–2025, przyjętej w dniu 5 marca 2020 r.

Niemniej prace w Radzie nad ratyfikacją nadal trwają w grupie roboczej Prawa Podstawowe, Prawa Obywatelskie, Wolny przepływ Osób. Jak dotychczas, udało się zawrzeć techniczne porozumienie co do tego, jak Unia oraz państwa członkowskie będą współpracowały przy implementacji Konwencji, lecz nie doszło jeszcze do uzyskania politycznego konsensu co do przyjęcia samego tekstu Konwencji.

Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji wymaga też, po podjęciu w tej sprawie decyzji przez Radę, uzyskania zgody Parlamentu Europejskiego. Od czasu, gdy Parlament po raz pierwszy zwrócił się do Komisji Europejskiej o rozpoczęcie procedury przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji stambulskiej w rezolucji w sprawie zwalczania przemocy wobec kobiet z dnia 25 lutego 2014 r., konsekwentnie popierał ten pomysł, podkreślając, że ratyfikacja stanowiłaby jasne przesłanie dla opinii publicznej w krajach członkowskich, że Unia jest poważnie zaangażowana w eliminowanie przemocy wobec kobiet i ustanowienie spójnych europejskich ram prawnych działania w tym zakresie. Niezadowolony z wolnego przebiegu negocjacji w Radzie Parlament wydał kilka dokumentów odnoszących się do wyjaśnienia szczegółowych kwestii dotyczących Konwencji.

Jedną z obaw Parlamentu był zakres proponowanego przez Radę przystąpienia do Unii Europejskiej. W poprzedniej kadencji Parlament przyjął rezolucję w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji stambulskiej, w której m.in. wyrażono ubolewanie, że ogranicza się ono do obszarów współpracy sądowej w sprawach karnych oraz azylu i zasady *non-refoulement*, ponieważ rodzi to niepewność prawną co do zakresu przystąpienia Unii Europejskiej i wdrożenia Konwencji. We wstępnym sprawozdaniu Komitetu Praw Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych, Komitetu Spraw Kobiet i Równości pod względem płci z dnia 19 lipca 2017 r. wezwano w związku z tym do tego, aby przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji „było szerokie i bez ograniczeń”¹⁷.

Kolejną obawę Parlamentu budził sprzeciw w Radzie wobec ratyfikacji Konwencji przez Unię Europejską Węgier, Słowacji, Czech, Łotwy i Litwy, które to kraje dotychczas same nie ratyfikowały – w ramach Rady Europy – Konwencji. W rezolucji tymczasowej z 2017 r. Parlament zwrócił się do Komisji o rozpo-

tencje, o ile Konwencja stambulska nie wpływa na wspólne zasady lub nie zmienia ich zakresu. Unia ma również wyłączną kompetencję do przyjmowania obowiązków określonych w Konwencji stambulskiej w odniesieniu do swoich własnych instytucji i administracji publicznej”. Tego rodzaju kompetencje Unii Europejskiej odnoszą się w szczególności do zasad Konwencji dotyczących współpracy wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych oraz dotyczących azylu i zasady *non-refoulement*. Por. opis kolejnych kroków zmierzających do ratyfikacji Konwencji: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-new-push-for-european-democracy/file-eu-accession-to-the-istanbul-convention/08-2020> (dostęp: 18.02.2022 r.).

¹⁷ A8-0266/2017, COM (2016)0109 – 2016/0062 (NLE).

częcie natychmiastowego dialogu z Radą i wymienionymi państwami członkowskimi w celu odniesienia się do zastrzeżeń i obaw wyrażanych na szczeblu krajowym, w tym związanych z wątpliwościami co do definicji pojęcia „gender”, którego w Konwencji używa się dla rozumienia płci w jej kulturowym znaczeniu dla odróżnienia od pojęcia „sex” – płeć w znaczeniu biologicznym¹⁸.

W maju 2018 r. podczas debaty plenarnej na temat stanu prac ratyfikacyjnych sprawozdawcy Parlamentu podkreślili, że Konwencja ma na celu budowanie kultury szacunku dla kobiet i dziewcząt, a opinia prawna Parlamentu uznała obawy dotyczące jej zakresu za całkowicie nieuzasadnione. Wiceprzewodniczący Komisji F. Timmermans polemizował także z tymi zarzutami, podkreślając, że Konwencja dotyczy ochrony kobiet przed przemocą, a nie zmierza do kwestionowania tradycyjnego rozumienia rodziny lub narzucania jakiejkolwiek ideologii. Równocześnie zapowiedział, że Komisja rozpoczyna dialog z państwami krytykującymi Konwencję w celu zwalczania błędnych przekonań na temat jej zakresu.

W dniu 28 listopada 2019 r. Parlament wysłuchał oświadczeń Komisji i Rady na temat dossier dotyczących aktualnego stanu procedury przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji i przyjął rezolucję wzywającą Radę do pilnego zakończenia procedury ratyfikacyjnej na podstawie akcesji w szerokim zakresie, bez jakichkolwiek ograniczeń. Parlament przypomniał także, iż przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji sambulskiej nie zwalnia państw członkowskich od jej ratyfikacji na szczeblu krajowym i zachęcił Bułgarię, Czechy, Węgry, Łotwę, Litwę, Słowację i Wielką Brytanię do przyspieszenia negocjacji w sprawie ratyfikacji na szczeblu krajowym, zaś wszystkie inne państwa do dokonania odpowiedniej alokacji środków na wdrażanie postanowień Konwencji do systemu prawa wewnętrznego. Ponadto Parlament „potępił podejmowane w niektórych państwach członkowskich ataki i kampanie prowadzone przeciwko Konwencji oparte na celowo błędnej interpretacji i fałszywym przedstawianiem jej zawartości treściowej”, a także „próby wycofania z już podjętych środków w zakresie wdrożenia Konwencji”. Wszystkie takie działania Parlament uznał za odrzucenie uzgodnionej na szczeblu międzynarodowym normy zerowej tolerancji dla przemocy wobec kobiet i przemocy uwarunkowanej płcią¹⁹.

Niezależnie od tych działań w kwietniu 2019 r. Parlament przyjął rezolucję, w której zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o wydanie opinii w trybie art. 218 ust. 11 TFUE w celu rozstrzygnięcia niepewności prawnej

¹⁸ Rezolucja tymczasowa z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wniosku dotyczącego decyzji Rady w sprawie zawarcia przez Unię Europejską Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (COM (2016) 0109), (Dz.Urz. UE C nr 337 z 2018 r., s. 167).

¹⁹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 listopada 2019 r. w sprawie przystąpienia UE do Konwencji sambulskiej i innych działań służących zwalczaniu przemocy uwarunkowanej płcią (2019/2855(RSP)), (Dz.Urz. UE C nr 232 z 2021 r., s. 48).

co do zakresu przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji²⁰. Chodzi o proponowaną podstawę prawną decyzji i wynikający z niej wspomniany podział na dwie decyzje szczegółowe²¹. Wniosek został złożony w dniu 9 lipca 2019 r.²², ale wydanie opinii zostało odroczone do połowy 2021 r. i ostatecznie nastąpiło w październiku tego roku. Warto dodać, że sama idea takiego wniosku w opinii Rady i niektórych rządów państw członkowskich jest chybiona, a wniosek niedopuszczalny. Przy czym stawiano różne zarzuty. Na przykład, że wniosek jest spóźniony, gdyż takie pytania ze strony Parlamentu powinny paść przed podpisaniem Konwencji, a wtedy organ ten nie zakwestionowałby wskazanej podstawy prawnej podpisania Konwencji (tak poza Radą twierdził rząd węgierski i irlandzki). Zdaniem Rady i rządu Hiszpanii oraz Węgier taki wniosek jest także przedwczesny, gdyż Rada jeszcze nie zwróciła się do Parlamentu o wyrażenie zgody/opinii w sprawie ratyfikacji. Ponadto Rada wyraziła pogląd, że wniosek należy oddalić jako niedopuszczalny, gdyż w rzeczywistości Parlament zarzuca Radzie przewlekłość procedury zawierania Konwencji, a postępowanie w sprawie wydania opinii nie może stanowić środka przymuszającego inną instytucję Unii Europejskiej do rychłego działania, gdyż służy innym celom. W związku z tym Parlament zamiast zwracać się do TSUE o opinię w sprawie zgodności w trybie art. 218 ust. 11 TFUE, powinien ewentualnie wnieść skargę na bezczynność w trybie art. 265 TFUE. Z tym stanowiskiem zgodziły się rządy: hiszpański, węgierski i słowacki. Wreszcie Rada oraz rządy bułgarski, irlandzki, grecki, hiszpański, węgierski i polski żądały uznania wniosku za niedopuszczalny, gdyż w ich ocenie poprzez złożenie wniosku o wydanie opinii Parlament zmierza *de facto*

²⁰ Celem owej procedury jest, jak to wyjaśnił Trybunał w opinii 1/75 (10): „unikanie komplikacji, które mogłyby wyniknąć z kwestionowania przed sądami zgodności z traktatem umów międzynarodowych wiążących [Unię]. Orzeczenie sądowe stwierdzające ewentualnie niezgodność takiej umowy z postanowieniami traktatu – ze względu na treść albo procedurę zastosowaną przy jej zawarciu – prowadziłoby, bowiem do powstania istotnych trudności nie tylko wewnątrz [Unii], lecz także w ramach stosunków międzynarodowych, i mogłoby wyrzucić niekorzystne skutki dla wszystkich zainteresowanych stron, w tym również państw trzecich. Aby uniknąć właśnie takich komplikacji, w traktacie przewidziano szczególną procedurę uprzedniego wystąpienia do Trybunału w celu uzyskania, jeszcze przed zawarciem umowy, wyjaśnień w przedmiocie zgodności umowy z traktatem”.

²¹ Pytania we wniosku do Trybunału zostały sformułowane następująco: „[1a]) Czy art. 82 ust. 2 i art. 84 TFUE stanowią odpowiednią podstawę prawną aktu Rady dotyczącego zawarcia w imieniu Unii Konwencji stambulskiej, czy raczej akt ten powinien mieć za podstawę art. 78 ust. 2, art. 82 ust. 2 i art. 83 ust. 1 TFUE[?] [1b]) Czy konieczne bądź możliwe jest rozdzielenie decyzji o podpisaniu i decyzji o zawarciu Konwencji w konsekwencji tego wyboru podstawy prawnej? [2]) Czy zawarcie przez Unię Konwencji stambulskiej na podstawie art. 218 ust. 6 TFUE jest zgodne z traktatami, biorąc pod uwagę brak wspólnego porozumienia ze strony wszystkich państw członkowskich, co do ich woli związania się ową Konwencją?”.

²² Rezolucja z dnia 4 kwietnia 2019 r. w sprawie zwrócenia się do Trybunału Sprawiedliwości o opinię w przedmiocie zgodności z traktatami wniosków dotyczących przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej oraz w sprawie procedury tego przystąpienia nr B8-0232/2019.

do zaskarżenia decyzji Rady w przedmiocie ograniczenia zakresu zawarcia przez Unię Konwencji stambulskiej do postanowień regulujących kwestie wchodzące w zakres wyłącznych kompetencji Unii, a w konsekwencji do zakwestionowania samego podziału kompetencji między Unią a państwami członkowskimi.

W dniu 11 marca 2021 r. Rzecznik Generalny Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydał opinię²³, w której ustosunkował się negatywnie do wszystkich powyższych zarzutów, powołując następujące argumenty. Odnośnie do zarzutu spóźnienia i przedwczesności Rzecznik wyraził pogląd, że nie są one uzasadnione, gdyż podpisanie Konwencji i jej ratyfikacja to dwa oddzielne akty prawne, a zarzut rzekomego spóźnienia wniosku dotyczy decyzji o podpisaniu, którą należy odróżnić od decyzji o zawarciu umowy ratyfikacyjnej. Z powyższego wynika, że nadal zaskarżalna pozostaje każda decyzja upoważniająca do zawarcia Konwencji stambulskiej w imieniu Unii. Rzecznik nie zgodził się też z tym, że w milczącym założeniu oponentów wniosku Rada powinna odczekać, aż Konwencja stambulska zostanie zawarta przez wszystkie państwa członkowskie, zanim sama stanie się upoważniona do podjęcia jakiegokolwiek działania w tym zakresie, gdyż opiera się zatem na niczym niepotwierdzonej hipotezie, a ponadto art. 218 ust. 11 TFUE nie przewiduje żadnych terminów do składania wniosków, poza warunkiem, że zawarcie umowy musi być przewidywane. Co się tyczy zarzutu, w którym Rada podnosi, że Parlament powinien był skierować do Trybunału nie wnioski o wydanie opinii, lecz skargę na bezczynność, należy przypomnieć, iż celem procedury z art. 265 TFUE jest udzielenie instytucji Unii reprimendy w związku z niezgodnym z prawem powstrzymaniem się od działania wymaganego przez prawo Unii. W niniejszej sprawie, chociaż w aktach Trybunału rzeczywiście znajdują się dowody, z których wynika, że Parlament stara się przyspieszyć procedurę zawierania Konwencji stambulskiej, to pozostaje faktem, iż żadne z jego pytań zawartych we wniosku nie dotyczy możliwej bezczynności. W związku z tym rozpatrywanego wniosku o wydanie opinii nie można na tej podstawie uznać za niedopuszczalny. Jeśli chodzi o zarzut niedopuszczalności, w ramach którego podnosi się, że przedstawione pytania dotyczą w istocie rozgraniczenia kompetencji pomiędzy Unią a państwami członkowskimi, należy zauważyć, iż ten konkretny zarzut odnosi się, co najwyżej, do pytania pierwszego lit. a), a do ustosunkowania się przez TSUE pozostaje kilka innych pytań z wniosku. Ponadto w opinii tej Rzecznik sugeruje, że przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji może nastąpić na podstawie art. 78 ust. 2 (w związku z brzmieniem art. 59–61 Konwencji), art. 82 ust. 2 oraz art. 84 (gdyż punkt ciężkości Konwencji leży we współpracy w sprawach karnych), a także art. 336 TFUE (gdyż Konwencja będzie miała zastosowanie również w odniesieniu do pracowników instytucji Unii Europejskiej), a także, iż nie ma przeszkód, by nastąpiło to w drodze dwóch

²³ Europejski Trybunał Sprawiedliwości, Opinia Rzecznika Generalnego Hogana wydana w dniu 11 marca 2021 r., <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-03/cp210037pl.pdf> (dostęp: 28.08.2022 r.).

odrębnych decyzji. Rzecznik odrzucił zaś możliwość przyjęcia Konwencji na podstawie art. 3 ust. 3 TUE w związku z art. 19 TFUE (czyli przepisów dotyczących zwalczania wykluczenia i dyskryminacji oraz wspierania równości kobiet i mężczyzn), chociaż przemoc wobec kobiet w świetle założeń Konwencji jest tego przyczyną i przejawem nierówności pod względem płci. W opinii tej Rzecznik proponuje również, aby Trybunał orzekł, że Rada ma prawo przystąpić do Konwencji jeszcze przed ratyfikacją jej przez wszystkie państwa członkowskie. Może jednak też poczekać, zanim podejmie decyzję, czy i w jakim zakresie Unia Europejska do niej przystąpi, do czasu aż wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej zgodzą się na związanie tą Konwencją.

Trybunał wydał opinię 6 października 2021²⁴, w której podobnie jak Rzecznik Generalny, opowiedział się za dopuszczalnością wniosku o jej wydanie, zaś odnośnie do praktyki „wspólnego porozumienia” państw członkowskich w zasadzie jej nie potępił, pod warunkiem że nie będzie uznana za kolejny etap zawierania umów, stwierdzając: „Z zastrzeżeniem pełnego poszanowania w każdym czasie wymogów określonych w art. 218 ust. 2, 6 i 8 TFUE, traktaty nie zabraniają Radzie Unii Europejskiej, działającej zgodnie ze swoim regulaminem wewnętrznym, aby przed przyjęciem decyzji w sprawie zawarcia przez Unię Europejską Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (konwencji stambulskiej) oczekiwała na »wspólne porozumienie« państw członkowskich co do związania się ową konwencją w dziedzinach tej konwencji wchodzących w zakres ich kompetencji. Natomiast zabraniają jej one dodawania kolejnego etapu do procedury zawierania umów przewidzianej w tym artykule poprzez uzależnienie przyjęcia decyzji w sprawie zawarcia wspomnianej konwencji od uprzedniego osiągnięcia takiego »wspólnego porozumienia«” (pkt 1 opinii). W związku z pytaniem dotyczącym właściwych podstaw prawnych zawarcia przez Unię Konwencji stambulskiej Trybunał wskazał na art. 78 ust. 2, art. 82 ust. 2 oraz art. 84 i 336 TFUE (pkt 2 opinii). W kwestii rozdzielenia decyzji Trybunał podzielił opinię, że: „Protokoły nr 21 i 22 uzasadniają rozdzielenie na dwie odrębne decyzje aktu Rady w sprawie zawarcia przez Unię części konwencji stambulskiej, która jest przedmiotem przewidywanej umowy, jedynie w zakresie, w jakim takie rozdzielenie zmierza do uwzględnienia okoliczności, że Irlandia lub Królestwo Danii nie uczestniczą w środkach przyjętych w związku z zawarciem tej umowy i wchodzących w zakres zastosowania tych protokołów, rozpatrywanych jako całość” (pkt 3 opinii). Warto dodać, że po przyjęciu przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej opinii 1/19 wznowiono dyskusje w Radzie nad ratyfikacją Konwencji, niemniej jak wynika z odpowiedzi Rady, na interpelację posłów Parlamentu Europejskiego „Rada nie jest w stanie przewidzieć wyniku ani czasu trwania tych dyskusji”²⁵.

²⁴ Opinia 1/19 Trybunału (wielka izba), ECLI:EU:C:2021:832.

²⁵ Pytanie poselskie, E-001100/2022(ASW), odpowiedź Rady z dnia 3 czerwca 2022 r., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001100-ASW_PL.pdf (dostęp: 28.08.2022 r.).

Niezależnie od starań o zakończenie procesu ratyfikacyjnego Konwencji, Komisja Europejska w swoim programie prac na 2021 r. przewidziała przygotowanie nowego unijnego wniosku ustawodawczego w sprawie zwalczania przemocy uwarunkowanej płcią.

Już podczas debaty z okazji Międzynarodowego Dnia Eliminacji Przemocy wobec Kobiet w dniu 25 listopada 2020 r. Komisja oraz wielu posłów do Parlamentu Europejskiego, potwierdzając zobowiązanie Unii Europejskiej do zawarcia Konwencji jako kluczowego priorytetu²⁶, podkreślali pilną potrzebę podjęcia równoległe innych działań na szczeblu Unii Europejskiej w związku z nasileniem się przemocy domowej w czasie pandemii.

Dnia 16 grudnia 2020 r. Komisja przedstawiła projekt przyjęcia specjalnych środków służących osiągnięciu celów Konwencji²⁷. Projekt wniosku o przyjęcie dyrektywy został poddany pod publiczne konsultacje, które trwały do 10 maja 2021 r. Według planu działania Komisji projekt dyrektywy powinien być przez nią przyjęty w ostatnim kwartale 2021 r., co nastąpiło dopiero 8 marca 2022 r.²⁸.

Uzasadniając potrzebę wzmocnienia środków prawnych na poziomie unijnym służących przeciwdziałaniu przemocy ze względu na płeć, w dokumencie Komisji z dnia 16 grudnia 2020 r. podnoszono, że problem, którego ma dotyczyć inicjatywa, występujący w krajach Unii Europejskiej w świetle prowadzonych w 2014 r. przez Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej (ang. The European Union Agency for Fundamental Rights, FRA) badań już na dużą skalę, nasilił się jeszcze w czasie pandemii w związku z przymusową izolacją, kiedy to kobiety były bardziej narażone na kontakt z agresywnymi partnerami, a możliwości uzyskania wsparcia i ucieczki zostały przez blokady ograniczone.

Ponadto za taką regulacją przemawiała okoliczność, że proces monitoringu implementacji dyrektyw unijnych służących ochronie i pomocy ofiarom wykazał, że tzw. dyrektywa 2012/29/UE dotycząca praw ofiary nie została w wielu krajach członkowskich należycie wdrożona, w konsekwencji czego ustawodawstwa krajowe nadal wykazują wiele braków prowadzących do rażących różnic w poziomie ochrony przez władze sądowe, organy pomocy społecznej i opieki zdrowotnej,

²⁶ Uznawanej za, jak podkreślano, „międzynarodowy punkt odniesienia i złoty standard dla prawodawstwa i polityki”.

²⁷ Document Ares (020) 7664101, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.).

²⁸ Dokument Ares (020) 7664101, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.). Ostateczna wersja tego wniosku została opublikowana w dzień kobiet 2022 r.; zob. Strasburg, dnia 8.3.2022 r. COM(2022) 105 final, 2022/0066 (COD), wniosek Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, {SEC(2022) 150 final} – {SWD(2022) 60 final} – {SWD(2022) 61 final} – {SWD(2022) 62 final} – {SWD(2022) 63 final}, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0105&from=EN> (dostęp: 28.08.2022 r.).

ofiar tego rodzaju przestępczości. Nasila się też zjawisko przemocy wobec kobiet *on-line*, co prowadzi częściowo do zmiany charakteru i przejawów tego rodzaju przestępczości, a te nowe okoliczności i formy jej popełniania rzadko są należycie adresowane (uwzględniane) przez ustawodawstwa krajowe i działalność organów wymiaru sprawiedliwości.

Jako podstawę prawną proponowanych rozwiązań Komisja podała art. 82 ust. 2, art. 83 ust. 1, art. 84 i 157 ust. 3 TFUE. Uznano więc tym samym, że problematyka ta leży w zakresie uregulowań unijnych dotyczących praw ofiar przestępstw, świadków oraz innych uczestników procesów sądowych, harmonizacji definicji przestępstw oraz sankcji, a także kompetencji Unii Europejskiej w zakresie zapobiegania przestępczości oraz stosowania zasady równego traktowania i równych szans kobiet i mężczyzn w pracy i w zatrudnieniu. Równocześnie podnoszono, że istny patchwork krajowych środków w tym zakresie uniemożliwia koherentne podejście w skali unijnej do kwestii zapobiegania i zwalczania przemocy ze względu na płeć oraz koordynację działań państw członkowskich w tym zakresie. Z tych względów konieczne są nowe inicjatywy unijne zmierzające do ustanowienia minimalnych standardów ochrony obowiązujących na terenie całej Unii Europejskiej. Wydane w tym celu regulacje zapewnią wszystkim obywatelom przebywającym na terytorium Unii Europejskiej lub przez nie podróżującym kontynuację wzmożonej ochrony przed przemocą ze względu na płeć i to nie tylko popełnianą *in realu*, ale również *on-line*. Taki stopień ochrony nie może być zapewniony przez poszczególne państwa członkowskie w wyniku ich oddzielnych działań.

3. MOŻLIWE SCENARIUSZE PODEJMOWANYCH PRZEZ UE DZIAŁAŃ W ZAKRESIE ZWALCZANIA PRZEMOCY ZE WZGLĘDU NA PŁEĆ

Rozważając możliwe do podjęcia rodzaje środków, poddano pod dyskusję kilka alternatywnych scenariuszy²⁹. Pierwszy, określany jako bazowy (*the baseline scenario*), miałby się opierać na kontynuacji dotychczasowych działań Komisji polegających na adresowaniu problemu przemocy ze względu na płeć nie bezpośrednio, lecz za pośrednictwem różnych instrumentów o charakterze bardziej ogólnym. Nie łączyłoby się to ze zmianami obowiązującego ustawodawstwa, lecz raczej z monitorowaniem jego implementacji w zakresie zwalczania przemocy ze względu na płeć, w połączeniu z wdrażaniem nieustawodawczych instrumentów

²⁹ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.).

przewidzianych w *EU Gender Equality Strategy*. Równocześnie Komisja miałaby kontynuować wspieranie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji sambulskiej oraz zapewniać finansowanie specjalnych treningów, w szczególności mających na celu budowanie umiejętności w zakresie przeciwdziałania przemocy ze względu na płeć, oraz udzielania usług pomocowych szczególnej grupie ofiar tych przestępstw. W odniesieniu do seksualnego molestowania Komisja miałaby – według tego scenariusza – nadal zachęcać do pełnego wdrażania obowiązującego w tym zakresie prawa unijnego oraz podnoszenia świadomości społecznej na jego temat. W celu zapewnienia kobietom bezpieczeństwa *on-line* Komisja ułatwiłaby rozwój współpracy pomiędzy różnymi platformami internetowymi, a także podejmowała inicjatywy w zakresie wzmacniania ich dobrowolnego systemu samoregulacji. Wobec osób pokrzywdzonych tą formą przemocy miałaby ona podejmować działania wymienione w unijnej Strategii na rzecz ofiar przestępstw.

Druga możliwa strategia polega na stosowaniu ww. nieustawodawczych środków przewidzianych w *EU Gender Equality Strategy* w połączeniu z przyjmowaniem częściowych inicjatyw legislacyjnych w wybranych obszarach przemocy ze względu na płeć. W związku z tą drugą grupą działań Komisja mogłaby zgłosić np. projekt rekomendacji w sprawie zapobiegania szkodliwym praktykom okaleczenia narządów płciowych kobiet (jak to przewiduje się w unijnej strategii na rzecz *gender equality*). W ramach tych działań może także rozważać przyjęcie regulacji mających na celu wzmożenie fizycznej ochrony ofiar przemocy ze względu na płeć zgodnie z unijną Strategią na rzecz ofiar przestępstw.

Trzeci scenariusz przewiduje ewentualne podjęcie całościowej (holistycznej) inicjatywy legislacyjnej mającej na celu zapobieganie i zwalczanie przemocy wobec kobiet oraz przemocy domowej. Inicjatywa ta miałaby uzupełniać środki pozaprawne, o których mowa w poprzednich opcjach. Chodziłoby o sektorową dyrektywę wzmacniającą ochronę ofiar tego typu przestępczości oraz występujących w takich procesach świadków, a także przewidującą surowe sankcje dla sprawców. Dyrektywa ta określałaby ponadto wiążące państwa członkowskie standardy minimalne w zakresie zwalczania przestępczości tego typu, a także zobowiązywałaby do stosowania istniejących już instrumentów do wszystkich wymienionych w dyrektywie rodzajów przestępstw zaliczanych do tej formy przemocy. Dyrektywa ta gromadziłaby też w jednym instrumencie wszystkie istniejące już na szczeblu unijnym przepisy karne mogące mieć zastosowanie do przemocy ze względu na płeć. W szczególności, w odniesieniu do takiej przemocy mającej miejsce *on-line*, proponowana w tym scenariuszu dyrektywa uzupełniałaby treść już istniejącego unijnego ustawodawstwa dotyczącego przestępstw komputerowych.

Warto odnotować, że w dniu 21 stycznia 2021 r. Parlament Europejski z zadowoleniem przyjął tę inicjatywę Komisji, opowiadając się za trzecim scenariuszem. Podkreślono przy tym, że wiążąca państwa członkowskie dyrektywa

ramowa powinna służyć osiągnięciu celów Konwencji w zapobieganiu i zwalczaniu wszelkich form przemocy ze względu na płeć, a w szczególności być skierowana na przeciwdziałanie mitylacji narządów płciowych kobiet, przymusowym aborcjom, sterylizacjom i małżeństwom, seksualnej eksploatacji kobiet i handlowi ludźmi w tym celu, wszystkim formom cyberprzestępczości, w tym publikowaniu przemocowego porno oraz mowie nienawiści przeciwko kobietom. Powinna ona uwzględniać ponadto intersektoralność tej formy przemocy. Parlament poparł także inicjatywę rozszerzenia katalogu tzw. przestępstw unijnych w art. 83 ust. 1 TFUE (tj. których definicje i sankcje podlegają harmonizacji) o specyficzne formy przemocy ze względu na płeć. Podkreślono równocześnie, że wszystkie te środki prawne powinny być podejmowane komplementarnie w stosunku do ratyfikacji Konwencji, a nie zamiast przystąpienia Unii Europejskiej do niej³⁰.

Z publikowanych materiałów zgromadzonych w ramach przeprowadzonych konsultacji społecznych wynika, że wśród uczestniczących w nich organizacji pozarządowych dominowały opinie aprobujące projekt, zaś opinie krytyczne należały do rzadkości.

W kilkudziesięciu opiniach aprobujących omawianą inicjatywę Komisji, przede wszystkim przesłanych przez kobiece organizacje pozarządowe, optowano głównie za przyjęciem trzeciego scenariusza jako zapewniającego najlepszą ochronę.

Często też organizacje te zwracały uwagę na potrzebę większego przypisania wagi w proponowanym dokumencie do problematyki objętej statutową działalnością danej organizacji. W opinii np. organizacji pozarządowej *EL*C – EuroCentralAsian Lesbian Community*, mającej swoją siedzibę w Austrii³¹, w całościowej dyrektywie dotyczącej zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet szczególną uwagę należałoby poświęcić, uwzględniając przewidziane przez Komisję intersektoralne podejście, specyficznej sytuacji nieheteroseksualnych kobiet, uzasadniając to faktem, że z badań wynika, iż wskutek panującej w społeczeństwie lesbofobii „stanowiącej konglomerat seksizmu, mizoginii i homofobii”, lesbijki są szczególnie narażone na przemoc ze względu na płeć i przemoc domową. Ponadto w opinii tej podkreślano, że w ostatnich latach daje się obserwować wzrost przemocy wobec lesbijek przybierającej zarówno formę molestowania w sieci, jak i „poprawczych” zgwałceń, a nawet zabójstw kobiet (kobietobójstw), co można wiązać z nasilaniem się w społeczeństwie nastrojów skrajnie nacjonalistycznych, a także rosnącym znaczeniem ruchów prawicowych i antygenderowych. Wzrost ten potęguje również pandemia zwiększająca ryzyko ekspozycji

³⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 stycznia 2021 r. w sprawie strategii UE na rzecz równości płci (2019/2169(INI)), (Dz.Urz. UE C nr 456 z 2021 r., s. 208).

³¹ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%25C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.).

na przemoc domową. Podejmując szczególne środki Unii Europejskiej w ramach trzeciego scenariusza, Komisja powinna brać też pod uwagę specyficzne cechy, które charakteryzują przemoc wobec lesbijek, najlepiej w konsultacji z tym środowiskiem na szczeblu krajowym i międzynarodowym, gdyż głównie ono jest w pełni świadome przyczyn, form oraz konsekwencji spowodowanych przez przemoc stosowaną wobec tej grupy kobiet. Podobnie, przewidując nieodpłatne środki pomocowe (medyczne, prawne i socjalne) dla ofiar przemocy, należy uwzględnić szczególne potrzeby oraz realia życiowe tej grupy kobiet i pod tym kątem tworzyć minimalne standardy.

Również w opinii działającej w Wielkiej Brytanii organizacji pozarządowej *women@thewell*³², inicjatywa Komisji jest godna najwyższej aprobaty. Równocześnie organizacja ta zwraca uwagę na potrzebę uwzględnienia w przyszłej regulacji prawnej szczególnej sytuacji kobiet wykorzystywanych seksualnie np. w prostytucji. Autorzy omawianej opinii podnosili też, że w art. 83 ust. 1 TFUE istnieje wyraźna podstawa prawna do uwzględnienia takiej regulacji, ponieważ handel ludźmi i wykorzystanie seksualne zostały tam zaliczone do eurozbrodni (*eurocrimes*). W Konwencji stambulskiej zwraca się także uwagę, że prostytucja czyni kobiety szczególnie podatnymi na stanie się ofiarą przemocy ze względu na płeć. Z tego względu należy zachęcać wszystkie państwa członkowskie do wzmocnienia środków, w tym również tych o charakterze legislacyjnym, zdolnych do zmniejszenia popytu na tego typu „usługi”. W opinii *International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe (ICRSE)*³³ zwracano ponadto uwagę, że kobiety wykorzystywane seksualnie, zwłaszcza w prostytucji, mają ograniczony dostęp do wymiaru sprawiedliwości i proponowana dyrektywa powinna odnieść się do tego problemu.

Przykładem, jak już wspomniano, nielicznych opinii krytykujących inicjatywę Komisji jest opinia mającej siedzibę w Polsce fundacji *Ordo Iuris*³⁴, w której podniesiono przeciwko tej inicjatywie liczne argumenty. Warto je przytoczyć, gdyż dalsze działania Komisji wydają się wskazywać na to, że w dążeniu do poparcia omawianej inicjatywy przez wszystkie państwa członkowskie Komisja jest przygotowana również na to, by iść na daleko idące kompromisy i samoograniczenia wyrażające się m.in. w tym, że zamiast frontalnego podejścia legislacyjnego, jest skłonna rozważać przyjęcie taktyki małych kroków.

³² Informacja o treści opinii zamieszczona na stronie: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.). Opinia nie została w całości opublikowana na podanej stronie.

³³ Opinia na stronie: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.).

³⁴ Zob. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-wzgledu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestepcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.).

Po pierwsze, w opinii *Ordo Iuris* wyrażono pogląd, że przywołane w omawianym dokumencie art. 82 ust. 2 i art. 83 ust. 1 TFUE nie mogą stanowić podstawy prawnej planowanej regulacji, gdyż możliwości harmonizacyjne dotyczą tylko wymienionych tam dziedzin przestępczości o charakterze transgranicznym, wśród których brak przemocy ze względu na płeć. W ocenie *Ordo Iuris* również art. 84 TFUE nie mógłby stanowić wystarczającej podstawy do przyjęcia proponowanych regulacji dotyczących przemocy ze względu na płeć i przemocy domowej, ponieważ upoważnia on tylko do przyjęcia na szczeblu unijnym środków mających na celu promocję i wzmocnienie zapobiegania przestępczości, a nie jej zwalczania, a ponadto wyklucza *expressis verbis* jakąkolwiek harmonizację krajowych ustawodawstw. Po drugie, mapa drogowa przewidziana przez Komisję Europejską bazuje na kontrowersyjnej koncepcji przemocy ze względu na płeć przyjętej w Konwencji stambulskiej, która zakłada, że kobiecość i męskość są konstruktami kulturowo-społecznymi oraz że omawiany rodzaj przemocy jest zjawiskiem strukturalnym, którego przyczyn należy upatrywać w innym postrzeganiu społecznym kobiet i mężczyzn. Po trzecie, metoda przeciwdziałania przemocy oparta na tym założeniu jest nieefektywna i dyskryminująca mężczyzn, a przez swój ideologiczny charakter nie uwzględnia rzeczywistych przyczyn przemocy domowej, jakimi są nadużywanie alkoholu i innych substancji psychoaktywnych, patologia rodziny, atomizacja i seksualizacja kobiet w mediach i pornografii. Na rzekomą nieefektywność tego „zideologizowanego” podejścia do przeciwdziałania przemocy wobec kobiet wskazują m.in. badania FRA z 2014 r., z których wynika, że przemoc wobec kobiet jest rzadsza w tych krajach, które nie akceptują ideologii genderowej³⁵.

Celem tego tekstu nie jest szersze polemizowanie z przytoczonymi argumentami z opinii *Ordo Iuris*, niemniej warto krótko ustosunkować się do tych argumentów, które odnoszą się do kwestii prawnych. Faktem jest, że przemoc wobec kobiet czy przemoc ze względu na płeć nie została zaliczona w obowiązującym prawie unijnym, jako taka, do „przestępstw traktatowych”³⁶. Po części wynikało to z tego, że pojęcie to, aczkolwiek znane prawu międzynarodowemu już od początku lat 90.³⁷, przed przyjęciem Konwencji stambulskiej nie miało takiego

³⁵ Zob. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12682-Zwalczanie-przemocy-ze-względu-na-p%C5%82ec-ochrona-ofiar-i-karanie-przestępcow_pl (dostęp: 18.02.2022 r.).

³⁶ Art. 83 TFUE w rozdziale IV, dotyczącym Współpracy wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych w kontekście uprawnienia Parlamentu Europejskiego i Rady do stanowienia w drodze dyrektyw norm minimalnych odnoszących się do określania przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym, wymienia tylko: terroryzm, handel ludźmi oraz seksualne wykorzystywanie kobiet i dzieci, nielegalny handel narkotykami, nielegalny handel bronią, pranie pieniędzy, korupcję, fałszowanie środków płatniczych, przestępczość komputerową i zorganizowaną.

³⁷ Na przykład w dokumentach ONZ. Por. szerzej na ten temat m.in.: S. Spurek, (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), *Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet*

praktycznego znaczenia jak obecnie. Niemniej jest oczywiste, że do niektórych z wymienionych tam dziedzin przestępczości mogą być zaliczane przestępstwa konwencyjne uznawane za przemoc ze względu na płeć. Dotyczy to w szczególności seksualnego wykorzystania kobiet i dzieci czy też wszelkiej przestępczości *on-line*, umownie określanej w TFUE jako komputerowa. Jak też zauważono w opinii *Ordo Iuris*, art. 84 TFUE daje podstawę prawną do rozszerzenia (z zastosowaniem zwykłej procedury) dotychczasowego katalogu „traktatowych przestępstw”, o ile będzie to celowe dla promowania i wspierania działań państw członkowskich w dziedzinie zapobiegania przestępczości. Równocześnie jednak nie dostrzeżono w niej, że w art. 83 ust. 1 zd. 3 przewiduje się, iż w zależności od rozwoju przestępczości, Rada po uzyskaniu zgody Parlamentu może przyjąć jednomyślnie decyzję określającą inne dziedziny przestępczości spełniające kryteria mające zastosowanie do już wymienionych, w przypadku których dopuszczalna jest w drodze dyrektyw harmonizacja definicji czynów zabronionych oraz sankcji. Trudno zrozumieć też, dlaczego w opinii *Ordo Iuris* wyodrębnienie omawianego rodzaju przemocy ze wskazaniem jej przyczyn jest określane jako ideologia, a nie teoria kryminologiczna, skoro jednym z głównych zadań kryminologii jest odpowiedź na pytanie o przyczyny przestępczości w ogóle i poszczególnych jej typów w szczególności³⁸. Ponadto powiązanie niektórych form przemocy z określoną płcią ofiary jest oparte na faktach wynikających z analiz danych statystycznych, które wskazują na to, że istnieje pewna grupa przestępstw, w przypadku których we wszystkich krajach świata występuje wśród osób pokrzywdzonych wyraźna nadreprezentacja kobiet. W tej sytuacji oczywista jest potrzeba dla kryminologów zbadania, jakie są przyczyny tego fenomenu, co stanowi niezbędny warunek jego skutecznego zapobiegania i zwalczania. Oczywiście z teorią, że omawiany typ jest przejawem nierównych stosunków władzy między kobietami i mężczyznami i zarazem stanowi jeden z podstawowych mechanizmów społecznych, poprzez który kobiety są spychane na podległą względem mężczyzn pozycję, można się nie zgadzać i przedstawiać inną koncepcję przyczyn przemocy, której głównie doświadczają kobiety. Musi jednak ona opierać się na faktach. Jednakże w omawianej opinii nie podaje się żadnych badań empirycznych, z których by wynikało np. że główną przyczyną przemocy domowej jest nadużywanie alkoholu lub narkotyków, skoro, jak dowodzą liczne badania, zjawisko to na całym świecie występuje równie często w rodzinach niedotkniętych tymi patologiami, a alkohol/narkotyki mogą być czynnikami kryminogennymi przy przestępczości prawie każdego rodzaju.

i przemocy domowej. Komentarz, Warszawa 2016, s. 120–123; E. Zielińska, (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), *Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 154–173.

³⁸ H. J. Schneider, *Przyczyny przestępczości. Nowe aspekty międzynarodowej dyskusji o teoriach kryminologicznych i uwagi wstępne*, „Archiwum Kryminologii” 1997–1998, t. XXIII–XXIV.

Warto wreszcie na marginesie dodać, w nawiązaniu do prawa polskiego, że podobny strukturalny charakter przyczyn przemocy w rodzinie, o jakim mowa w Konwencji stambulskiej, dostrzegali już twórcy Kodeksu karnego z 1932 r.³⁹, których trudno posądzać o kierowanie się przy definiowaniu przestępstw ideologią. Świadczy o tym fakt, że typizując przepis dotyczący znęcania się, z którego najczęściej kwalifikowana jest przemoc w rodzinie, uwzględniono w zespole znamion przestępstwa okoliczność, iż ofiara pozostaje wobec sprawcy „w stałym lub przemijającym stosunku zależności”. Tej definicji zresztą nie zmienił żaden z późniejszych ustawodawców (*vide* art. 207 obowiązującego k.k.). Oczywiście bowiem dla wszystkich jest, że o znęcaniu się jako najczęstszej formie przemocy domowej można mówić jedynie w sytuacji, gdy brak jest równorzędności sytuacji sprawcy i ofiary. Z tego względu niezrozumiałe jest, dlaczego więc kwestionuje się to, że Konwencja uznaje przemoc jako przejaw „nierównych stosunków władzy”, w tym przypadku między kobietami i mężczyznami, zwłaszcza że historycznie udowodnione jest, iż tak było w przeszłości, a relikty patriarchy czy paternalizmu nadal funkcjonują we wszystkich społeczeństwach, co wynika m.in. ze świadomie podtrzymywanych przez decydentów (którymi są nadal głównie mężczyźni) szkodliwych stereotypów co do ról społecznych oraz cech przypisywanych tradycyjnie kobietom i mężczyznom, a także tradycyjnych uprzedzeń płciowych, które stanowią przeszkodę w realizacji zasady równości pod względem płci. Przemoc jest jednym ze środków utrzymywania porządku społecznego opartego na dominacji mężczyzn oraz podległości kobiet, a edukacja „ku równości” stanowi najbardziej skuteczny środek zapobiegawczy.

4. DZIAŁANIA PROWADZONE NA FORUM UNII EUROPEJSKIEJ

Ostatnie działania na forum Unii Europejskiej pokazują, że wobec braku konsensu wśród państw członkowskich co do ratyfikacji Konwencji oraz braku szybkiej perspektywy przyjęcia całościowej dyrektywy w sprawie zwalczania przemocy ze względu na płeć, zdecydowano się na prowadzenie, równoległe do tych starań, doskonalenia unijnej infrastruktury prawnej w odniesieniu do przeciwdziałania przemocy wobec kobiet metodą „małych kroków”.

Najbardziej aktualnym przejawem tej strategii jest projekt dokumentu (2020/2035(INL) przedmiotowo ograniczonego do przemocy ze względu na płeć *on-line*⁴⁰. Z inicjatywą jego przyjęcia wystąpiły dwie europosłanki, w tym

³⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 60, poz. 571).

⁴⁰ Sprawozdanie z dnia 20 maja 2021 r. wraz z projektem rezolucji Parlamentu Europejskiego zawierającej zalecenia dla Komisji w sprawie zwalczania przemocy uwarunkowanej płcią:

S. Spurek z Polski⁴¹. Projekt takiego dokumentu został poddany dyskusji na form Parlamentu Europejskiego w dniu 17 lipca 2021 r., gdzie zgłoszono do niego przeszło 400 poprawek. Poprawki zaproponowane przez konserwatywne europosłanki, w tym J. Wiśniewską z Polski, dotyczyły głównie usunięcia w tym dokumencie wszystkich odniesień do Konwencji stambulskiej i jej treści, a także nadania mu charakteru bardziej ogólnego, nieograniczającego się do przemocy ze względu na płeć⁴².

Dokument ten jest jeszcze w trakcie zmian, dlatego ograniczymy się do ustosunkowania się do potrzeby jego wydania oraz ogólnego zarysowania jego zawartości treściowej.

Należy podkreślić, że wybór cyberprzemocy ze względu na płeć, jako przedmiotu pierwszej regulacji cząstkowej, jest w pełni uzasadniony z kilku względów.

Po pierwsze i przede wszystkim z tego powodu, że wspomniany już art. 83 ust. 1 TFUE zalicza „przestępczość komputerową” do przestępstw traktatowych. Z tego też powodu zastrzeżenia prawne co do braku podstawy traktatowej dla całościowej regulacji unijnej wszystkich form przemocy ze względu na płeć nie mają tu zastosowania. Wprawdzie wspomniany przepis mówi tylko o przestępczości komputerowej, a obecnie przemoc *on-line* jest uprawiana nie tylko za pomocą komputerów, lecz także innych urządzeń elektronicznych. Niemniej panuje zgodność poglądów co do tego, że pojęcie to powinno być rozumiane szeroko i hasłowo z uwzględnieniem również tych mediów, które obecnie lub w przyszłości będą wykorzystywane do popełniania wszelkich form cyberprzestępczości.

Po drugie, globalny charakter komunikacji w cyberprzestrzeni sprawia, że reakcja na tego rodzaju przestępczość, aby być skuteczną, nie może ograniczać się do poszczególnych państw, lecz powinna mieć charakter transgraniczny i być odpowiednio koordynowana. To uzasadnia w pełni działania na szczeblu Unii Europejskiej.

Po trzecie, dodatkowe regulacje tego problemu na poziomie unijnym są potrzebne, nawet gdyby Unia Europejska przestąpiła do Konwencji stambulskiej, gdyż ta ostatnia koncentruje się na zwalczaniu przemocy kobiet w realu. Brak w niej jest natomiast adekwatnych instrumentów pozwalających na skuteczne reagowanie na przejawy tej formy przemocy w sieci. A potrzeba takiej reakcji jest pilna z uwagi na rozwój cyberprzestrzeni i nowych technologii informatycznych

cyberprzemoc https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ01-PR-691453_EN.pdf (dostęp: 18.02.2022 r.).

⁴¹ Drugą sprawozdawczynią tej inicjatywy, poza S. Spurek, była E. Vozemberg-Vrionidi. Należy też wspomnieć o analizie przygotowanej przez Biuro Analiz Parlamentu Europejskiego: *Combating gender-based violence: Cyber violence. European added value assessment*, która stanowiła punkt wyjścia dla tej inicjatywy, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662621/EPRS_STU\(2021\)662621_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662621/EPRS_STU(2021)662621_EN.pdf) (dostęp: 18.02.2022 r.).

⁴² Wszystkie zgłoszone poprawki zostały udostępnione: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ01-AM-695117_EN.pdf (dostęp: 18.02.2022 r.).

oraz coraz powszechniejsze korzystanie z tej formy komunikacji, co sprawiło, że w praktyce niektóre formy przemocy wobec kobiet pojawiły się na dużą skalę, również w Internecie, zwłaszcza w mediach społecznościowych. Równocześnie stwierdza się, że omawiana forma przemocy przybiera różne postacie i przejawia się często w ścisłym powiązaniu z przemocą w realu, gdyż jak dowodzą badania, cyberprzemoc może poprzedzać, współtowarzyszyć bądź być następstwem użycia przemocy w życiu rzeczywistym. Co więcej, okres pandemii Covid-19, skutkujący we wszystkich krajach bardziej lub mniej restrykcyjnym *lockdownem*, spowodował nie tylko wzrost przemocy w rodzinie, lecz także zwiększoną częstotliwość korzystania przez obywateli z Internetu, platform społecznościowych oraz takich urządzeń technicznych, jak telefony komórkowe, smartfony itp. Ubocznym tego skutkiem było też znaczne nasilenie przemocy *on-line*, w tym wobec kobiet. Przystępstwa, które zaliczamy do przemocy ze względu na płęć z uwagi na osobę pokrzywdzoną, przybierały formę m.in.: mowy nienawiści *on-line*, trollingu, cybermolestowania (*harassment*), cyberstalkingu, dzielenia się określoną treścią w mediach społecznościowych bez zgody osoby zainteresowanej, kradzieży tożsamości, *cyber bullyingu* (mobbingu), *flamingu* (czyli wojny na obelgi polegającej na zamieszczaniu na grupie internetowej, liście dyskusyjnej czy forum dyskusyjnym serii wrogich lub obraźliwych wiadomości), *doxingu* (czyli poszukiwaniu i gromadzeniu śladów dokumentów pozostawionych przez danego użytkownika w sieci w celu ich upowszechniania dla jego szkalowania czy zdyskredytowania lub szantażowania go ich publikacją), niedobrowolnej pornografii czy wykorzystania seksualnego bazującego na obrazie (*image-based sexual abuse*)⁴³.

W niektórych państwach członkowskich wprowadzano w związku z tym specjalne przepisy karne chroniące przed takimi formami przemocy. Równocześnie uświadomiono sobie, że dotychczas podejmowane na szczeblu krajowym środki przeciwdziałania tym zjawiskom są niewystarczające i istnieje potrzeba podjęcia bardziej skoordynowanych działań na szczeblu unijnym.

W konsekwencji, w omawianym dokumencie apeluje się do Parlamentu, by rekomendował Komisji Europejskiej sporządzenie, w oparciu o art. 83 ust. 1 TFUE, projektu aktu prawnego określającego reguły minimalne, odnoszące się do definicji przestępstw oraz grożących w razie ich popełnienia sankcji, polegających na przemocach ze względu na płęć *on-line*, zgodnie z zawartymi w załączniku do tego wniosku sugestiami. Równocześnie przewiduje się, że działaniom legislacyjnym powinna towarzyszyć promocja w państwach członkowskich przewidzianych w planowanej dyrektywie środków oraz wspieranie ich działań w zakresie zapobiegania tego typu przestępczości. Charakterystyczne

⁴³ Por. szerzej S. Spurek, *Gender-based cyberviolence: The new face of an old enemy*, <https://www.theparliamentmagazine.eu/news/article/genderbased-cyberviolence-the-new-face-of-an-old-enemy> (dostęp: 18.02.2022 r.). Autorka pisze, że jej inicjatywę w tym przedmiocie poparło nie tylko 78 parlamentarzystów europejskich, lecz także 60 000 Polaków i Polek.

jest, że w omawianym projekcie nie pokuszono się o zdefiniowanie poszczególnych typów tzw. cyberprzestępczości, co stanowiło przyjętą praktykę w przypadku dyrektyw harmonizacyjnych definicje przestępstw dotyczących innych tzw. europrzestępstw. Ogólna definicja przemocy ze względu na płeć *on-line* została wzięta z raportu z 2018 r. specjalnej Sprawozdawczynie Narodów Zjednoczonych (ONZ) ds. przemocy wobec kobiet dotyczącej tej formy przemocy⁴⁴.

W związku z tym, w projekcie stwierdza się, że zakresem harmonizacji powinny być objęte wszelkie formy przemocy ze względu na płeć w rozumieniu Konwencji stambulskiej, popełnione przez, za pomocą lub przy wykorzystaniu środków nowych technologii informatyczno-komunikacyjnych (ICT)⁴⁵ lub w przypadku których nastąpiło pełne lub częściowe użycie takich urządzeń, jak telefony komórkowe, smartfony, Internet, platformy mediów społecznościowych lub poczta elektroniczna, co zwiększało szkodliwość społeczną czynów polegających na przemocy ze względu na płeć. Uznając, że trudno sporządzić pełną listę takich czynów przewidziano, że planowana regulacja powinna obejmować co najmniej takie przestępstwa, jak:

- cybermolestowanie (*harassment*), *cyber bullying*, *mobbing*, zagrożenie zastosowaniem przemocy ze względu na płeć (*cyber threats of violence*), niezamówione otrzymywanie materiałów o wyraźnie seksualnym charakterze (*unsolicited receiving of sexually explicit materials*),

- *cyber stalking*,

- naruszanie prywatności: wykorzystywanie seksualne w oparciu o obrazy (lub *revenge porn*), podglądactwo cyfrowe (*Creep-shots*, *upskirting*), *doxxing*, kradzież czyjejś tożsamości („podszywanie się”), hakerstwo lub *cracking*⁴⁶,

- seksistowska mowa nienawiści: umieszczanie i udostępnianie treści zawierających przemoc, używanie seksistowskich i obraźliwych komentarzy, obrażanie kobiet za wyrażanie własnych poglądów i odrzucanie propozycji seksualnych, zachęcanie kobiet do popełnienia samobójstwa⁴⁷.

Określając ofiary takich przestępstw, przewidziano, że należałoby uwzględnić zarówno osoby indywidualne, jak i grupy osób, a także specyficzną sytuację osób uczestniczących w życiu publicznym oraz problemy związane z osobami szczególnie narażonymi na intersektoralną (krzyżową) dyskryminację.

⁴⁴ Por. szerzej: Projekt raportu wyjaśniającego do omawianej inicjatywy, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/CJ01-PR-691453_EN.pdf (dostęp: 18.02.2022 r.).

⁴⁵ Należy przez nie rozumieć technologie teleinformatyczne przetwarzające, gromadzące i przesyłające informacje w formie elektronicznej.

⁴⁶ *Violations of privacy: image-based sexual abuse/exploitation (or “revenge porn”), digital voyeurism (“creep-shots”, “upskirting”), doxxing, stealing someone’s identity (“impersonation”), hacking or cracking.*

⁴⁷ *Sexist hate speech: posting and sharing violent content, use of sexist and insulting comments, abusing women for expressing their own views and for turning away sexual advances, pushing women to commit suicide.*

Regulacja powinna też przewidywać środki prewencyjne zapobiegające cyberprzemocy ze względu na płeć (*gender based cyberviolence*) w postaci zobowiązania państw członkowskich do prowadzenia kampanii podnoszących świadomość oraz organizowania specjalnych programów edukacyjnych mających na celu zmianę w zachowaniach społecznych i we wzorcach kulturowych ukierunkowaną na eliminację szkodliwych stereotypów płciowych. Ponadto przewidziano obowiązek prowadzenia badań nad tą formą przestępczości z uwzględnieniem jej przyczyn, przejawów i skutków, a także wprowadzenie do programów szkolnych edukacji *digitalnej* w celu eliminacji istniejących wśród dziewcząt i chłopców nierówności w dostępie do nowych technologii oraz możliwości nabywania umiejętności w korzystaniu z nich. Przewidziano też obowiązek zapewnienia w zatrudnieniu w sektorze tych technologii zróżnicowania pod względem płci pracowników, w szczególności w dziedzinie rozwoju nowych technologii. Zobowiązano też kraje członkowskie do rozwijania współpracy między państwami członkowskimi, w szczególności za pośrednictwem *European Union Crime Prevention Network* (EUPCN), polegającej m.in. na wymianie doświadczeń oraz dobrych praktyk w zakresie przeciwdziałania przestępczości tego rodzaju oraz do wspierania organizacji pozarządowych działających w tym obszarze, a ponadto do rozwijania współpracy z dostawcami usług elektronicznych zmierzającej do doskonalenia środków, które pozwolą na eliminację możliwości technicznych pozwalających na uprawianie cyberprzemocy ze względu na płeć oraz do promocji idei wolnej przestrzeni *digitalnej* od tego typu przemocy.

Proponuje się ponadto działania mające na celu ochronę i wsparcie dla ofiar przestępczości tego typu. W tym celu zobowiązuje się państwa członkowskie do organizowania w ramach Programu Sprawiedliwość (*Justice Program*) treningów pracowników wymiaru sprawiedliwości i innych służb (m.in. opieki zdrowotnej, pomocy socjalnej), które mogą mieć do czynienia z ofiarami cyberprzemocy. Punkt ciężkości tych szkoleń powinien być położony na unikanie wtórnej wiktyimizacji osób pokrzywdzonych, na uświadomienie często podwójnego wymiaru przemocy ze względu na płeć (*off line*) oraz potrzeby uwzględniania podejścia intersektoralnego. Państwa członkowskie powinny także ułatwiać osobom pokrzywdzonym dostęp do informacji oraz rozwijać specyficzne formy usług dla ofiar właściwe dla tej formy przemocy (telefoniczne linie pomocowe, telefony zaufania), schroniska itp. Powinny też wprowadzać ułatwienia w zawiadomianiu o przestępstwie, a także w uzyskiwaniu przez ofiary nakazów ochronnych, a ponadto rozwijać procedury i mechanizmy odszkodowawcze. Środki naprawcze powinny mieć różny charakter i zmierzać do wynagrodzenia szkody i uzyskania zadośćuczynienia, a także do rehabilitacji ofiar, dania im satysfakcji moralnej oraz gwarancji, że takie czyny się nie powtórzą (*guarantie of non-repetition*). Przewiduje się ponadto potrzebę rozwijania współpracy pomiędzy krajowymi podmiotami uczestniczącymi w tych procesach (a zwłaszcza sędziami, prokuratorami, organami ścigania, władzami lokalnymi, organizacjami pozarządowymi).

Nowa regulacja powinna też zawierać wiążące zalecenia co do kryminalizacji oraz ścigania przemocy ze względu na płeć *on-line*. Traktując jako punkt wyjścia ogólną definicję tej formy przemocy, należy w procesie kryminalizacji brać pod uwagę następujące kryteria: formę przemocy ze względu na płeć, która ma podlegać kryminalizacji, wymiar minimalnej/maksymalnej kary (grzywny, pozbawienia wolności), okoliczności obciążające nawiązujące do wieku ofiary, cechy kobiety czyniące ją szczególnie podatną na stanie się ofiarą przemocy, okoliczności popełnienia czynu przez sprawcę (np. w warunkach recydywy).

Projekt zobowiązuje także Komisję oraz państwa członkowskie do gromadzenia i publikowania danych na temat różnych form cyberprzemocy ze względu na płeć i to nie tylko w oparciu o informacje uzyskane od podmiotów państwowych (publicznych) zaangażowanych w zapobieganie i zwalczanie tej formy przemocy, lecz także te oparte na doświadczeniach pokrzywdzonych kobiet. Ponadto Komisja powinna być zobowiązana do regularnego przedstawiania Parlamentowi Europejskiemu i Radzie sprawozdania zawierającego ocenę stopnia stosowania przez państwa członkowskie środków przewidzianych przez planowaną dyrektywę.

5. PODSUMOWANIE

Nasuwa się pytanie, na ile wszystkie opisane wyżej działania organów unijnych mają szansę skończyć się powodzeniem. Odpowiedź na nie przypomina przysłowiowe „wróżenie z fusów”.

Pomimo całej determinacji Komisji i Parlamentu Europejskiego w dążeniu do ratyfikacji Konwencji stambulskiej, aktywność państw uznawanych za „hamulcowych”, do których niestety należy też Polska, budzi obawy, że ratyfikacja Konwencji przez Unię Europejską nie nastąpi szybko.

Krucjata przeciwko Konwencji stambulskiej inicjowana i wspierana, również finansowo, przez trudną do zrozumienia „ekumeniczną” koalicję hierarchów instytucji różnych religii światowych, a także rządy niektórych państw Unii Europejskiej, wynika z dążenia do osiągnięcia wspólnego celu, jakim jest rozwiązanie niektórych problemów współczesnego świata, zwłaszcza populacyjnych, poprzez podejmowanie kompleksowych działań zmierzających do przywrócenie „tradycyjnych wartości rodzinnych”, w myśl których właściwe miejsce dla kobiet jest w domu. Środkiem umożliwiającym osiągnięcie tego celu jest m.in. wprowadzanie kontroli państwowej nad procesami reprodukcyjnymi kobiet, również przy użyciu przez państwo przemocy instytucjonalnej w postaci zakazów, której skrajnym przykładem jest zmuszanie kobiet do rodzenia nawet niepełnosprawnych dzieci. Konwencja stambulska jest w tym procesie przeszkodą, ponieważ w sposób niewygodny dla obecnych decydentów otwarcie mówi o historycznych uwarunkowaniach przyczyn strukturalnej przemocy ze względu na płeć, jej

przejawach i skutkach dla sytuacji społecznej kobiet, a także nakłada na władze państwowe obowiązek ich eliminacji już u źródeł. Innymi słowy, „nazywa rzecz po imieniu”, co jej przeciwnicy chcą ukryć przed opinią publiczną poprzez fałszywe przedstawianie treści Konwencji oraz w celu zdyskredytowania jej i etykietowanie jako „lewacka” czy naznaczona „ideologią gender”, gdyż do wspólnych wartości, w myśl art. 2 TUE, zalicza się m.in. zasadę niedyskryminacji oraz równości kobiet i mężczyzn.

Obawy te wzmacnia okoliczność, że chociaż odpowiedzi TSUE na pytania postawione przez Parlament Europejski we wniosku zgłoszonym w trybie art. 218 ust. 11 TFUE są zgodne ze stanowiskiem przedstawionym przez Rzecznika Generalnego, to wydaje się, że jeśli dojdzie w ogóle do ratyfikacji Konwencji przed przystąpieniem do niej wszystkich państw członkowskich, to tylko w ograniczonym zakresie (do współpracy sądowej w sprawach karnych i wspólnej polityki azylowej), czyli w tych obszarach, w których kompetencje regulacyjne Unii Europejskiej nie są kwestionowane.

W sprawie ratyfikacji Konwencji stambulskiej pesymizmem napawa również fakt, że jak dotąd nie udało się Unii Europejskiej ratyfikować Konwencji Rady Europy o podstawowych prawach i wolnościach obywatelskich, pomimo iż traktaty *expressis verbis* przewidują takie przystąpienie.

W związku z tym wydaje się, że większe szanse powodzenia może mieć przełożenie zapisów Konwencji stambulskiej na język dyrektywy ramowej poświęconej przemocy ze względu na płeć, a największe zaś działanie metodą małych kroków, czego przejawem jest inicjatywa legislacyjna dotycząca przemocy z uwagi na płeć w cyberprzestrzeni, chociaż można spodziewać się, że jej przyjęcie przez Unię Europejską, a zwłaszcza wdrożenie w krajach członkowskich nie będzie łatwe, zwłaszcza z powodu trudności z definiowaniem typów zachowań, które miałyby podlegać kryminalizacji. Znacznie prostszym zabiegiem byłoby zobowiązanie państw członkowskich do kryminalizacji zachowań przewidzianych w Konwencji stambulskiej, z założeniem, że wykorzystanie do ich popełnienia cyberprzestrzeni będzie stanowić typ kwalifikowany danego przestępstwa.

Warto na zakończenie dodać, że nawet jeśli procesy ratyfikacyjne i legislacyjne będą się przedłużać, to można oczekiwać, iż dzięki działaniom Komisji i Parlamentu Europejskiego sprawa przeciwdziałania przemocy ze względu na płeć pozostanie na stałe w agendzie organów unijnych i w ten sposób przyczyni się do lepszego zrozumienia zagrożeń, jakie dla wszystkich społeczeństw niesie ta forma przestępczości oraz wpłynie na lepsze uświadomienie potrzeby jej zintegrowanego zwalczania we wspólnej przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości.

REFERENCES

- Gajda A., *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego. Studia i Prace” 2013, nr 1
- Garlicki L., *Przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przygotowania i problemy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 1
- Schneider H. J., *Przyczyny przestępczości. Nowe aspekty międzynarodowej dyskusji o teoriach kryminologicznych i uwagi wstępne*, „Archiwum Kryminologii” 1997–1998, t. XXIII–XXIV
- Spurek S., (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), *Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Komentarz*, Warszawa 2016
- Spurek S., *Gender-based cyberviolence: The new face of an old enemy*, <https://www.theparliamentmagazine.eu/news/article/genderbased-cyberviolence-the-new-face-of-an-old-enemy> (dostęp: 11.07.2022 r.)
- Wołosiewicz J., *Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – wizja Rady Europy*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2010, nr 3–4
- Zielińska E., (w:) E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), *Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Komentarz*, Warszawa 2016

Sabina Żróbek

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: zrobek@uwm.edu.pl

ORCID: 0000-0001-9481-7262

Małgorzata Renigier-Biłozor

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: malgorzata.renigier@uwm.edu.pl

ORCID: 0000-0002-4630-7564

Marek Walacik

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, Polska

e-mail: marek.walacik@uwm.edu.pl

ORCID: 0000-0003-1904-476X

DEFINICJA PRAWNA WARTOŚCI RYNKOWEJ W TEORII I PRAKTYCE WYCENY NIERUCHOMOŚCI W POLSCE¹

LEGAL DEFINITION OF MARKET VALUE IN THEORY AND PRACTICE OF PROPERTY VALUATION IN POLAND

Abstract

The authors of this paper emphasize the need for an in-depth analysis of the definition of property market value. In Polish law methods of property valuation is regulated predominantly by the Act on real estate management, the Regulation of the Council of

¹ Artykuł powstał w ramach projektu badawczego OPUS-17 Narodowego Centrum Nauki (nr 2019/33/B/HS4/00072).

Ministers on real estate valuation and preparation of a valuation report, and by two acts on taxation – on civil law transactions and on tax on personal income. It has been shown that the terms used in these regulations, such as “market value”, “price”, “comparable property”, cause interpretational problems. This is evidenced in court ruling, in the literature of the subject, and in the interpretations published by the organizations of professional property valuers. Based on the research results, as well as on the real estate valuation theory and practice, the authors offer recommendations for changes in the legal regulations, restoration of the original rank of professional real estate valuation standards, and the establishment of a new type of value. The rationale behind these proposals is care for quality of valuation and elimination of at least a limited number of appeals against the estimated market value of the properties.

KEYWORDS

real estate, valuation methods, market value, legal acts, property valuer, valuation standards

SŁOWA KLUCZOWE

nieruchomości, metody wyceny, wartość rynkowa, akty prawne, rzeczoznawca majątkowy, standardy wyceny

I. WSTĘP

We współczesnym świecie prawidłowo określona wartość nieruchomości obok regulowania praw do terenu, sposobów użytkowania gruntów i zagospodarowania terenu jest istotnym filarem nowoczesnego systemu administrowania gruntami. Wiedza stron różnych postępowań administracyjnych o wartości nieruchomości jest także doniosłym zagadnieniem społecznym. Z tego względu w postępowaniach, których przedmiotem są nieruchomości, niejednokrotnie pojawia się problem ich właściwej wyceny. Jest on o tyle istotny, że najczęściej operat szacunkowy nieruchomości stanowi podstawę m.in. do wypłaty odszkodowania, zwrotu poniesionych nakładów, ustalenia wysokości opłat planistycznych, wysokości podatków od czynności cywilnoprawnych. Ważność tej tematyki badawczej wynika z faktu, że w Polsce istnieje wysoce zinstytucjonalizowany system wyceny nieruchomości, a rzeczoznawcy majątkowi są ograniczani tymi zapisami w zakresie metodyki wyceny i przygotowywania operatów szacunkowych.

Najważniejszym aktem normatywnym w Polsce regulującym zagadnienia rzeczoznawstwa majątkowego i szacowania nieruchomości jest ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami². Zakres tej regulacji ustawowej jest bardzo szeroki, gdyż ustawę stosuje się nie tylko w odniesieniu do nieruchomości Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego, lecz także do nieruchomości wszystkich innych właścicieli, użytkowników wieczystych i podmiotów posiadających ograniczone prawa rzeczowe do nieruchomości. Określa ona także rodzaje wartości podlegające określeniu przez rzeczoznawcę majątkowego. Są to wartości: rynkowa, odtworzeniowa, katastralna oraz inne przewidziane w odrębnych przepisach.

Na potrzeby artykułu rozważane będą zapisy dotyczące wartości rynkowej. Taki zakres analizy wynika z faktu wiodącej roli, jaką pełni wartość rynkowa w sferach gospodarczej (np. inwestowanie), społecznej (np. polityka mieszkaniowa, odszkodowania), a nawet w kreowaniu polityki krajowej (np. system kredytowania, likwidacja użytkownika wieczystego). Zgodnie z powołaną ustawą o gospodarce nieruchomościami wartość rynkową określa się dla nieruchomości, które są lub mogą być przedmiotem obrotu. Do jej określania upoważnione są jedynie osoby fizyczne mające uprawnienia zawodowe nadane przez właściwego ministra. Istotny jest także zapis art. 174 u.g.n., zgodnie z którym biegłych sądowych z zakresu szacowania nieruchomości powołuje się lub ustanawia spośród osób posiadających uprawnienia zawodowe w zakresie szacowania nieruchomości i osoba ta nie może odmówić pełnienia tej funkcji. Są oni zobowiązani do wykonywania czynności szacowania z należytą starannością zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, kierując się zasadą bezstronności w wycenie nieruchomości. Za potrzebą podjęcia tej tematyki przemawia także dokonana w 2021 r. zmiana zapisów art. 175 ust. 1 u.g.n. polegająca na wykreśleniu zwrotu „i standardami zawodowymi”³. Obecnie rzeczoznawcy dokonują wyceny jedynie z uwzględnieniem przepisów prawa. Standard Zawodowy Rzeczoznawców Majątkowych nr 1 „Wycena dla zabezpieczenia wierzytelności”⁴ zachowuje moc do 9 września 2023 r.

Problem badawczy i praktyczny polega na tym, że przepisy prawa w zakresie wyceny nieruchomości z jednej strony są dość ogólne i dają możliwość zbyt swobodnych interpretacji lub są za szczegółowe, jeśli wziąć pod uwagę charakter

² Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1899, z późn. zm.); dalej: u.g.n.

³ Ustawa z dnia 8 lipca 2021 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 1561).

⁴ Obwieszczenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 1 września 2017 r. w sprawie standardu zawodowego rzeczoznawców majątkowych nr 1 Wycena dla zabezpieczenia wierzytelności (Dz.Urz. Ministra Infrastruktury i Budownictwa z 2017 r., poz. 59).

rynku nieruchomości^{5,6}. Negatywne skutki takiej sytuacji niejednokrotnie dotyczyły zarówno samych rzeczoznawców, jak i – co ważniejsze – obywateli i instytucji publicznych. Aby zminimalizować wpływ czynników oddziałujących na określoną wartość, należy rozpoznać przyczyny błędnych lub nietrafionych wycen.

Głównym celem opracowania jest wykazanie, które zapisy ustawy o gospodarce nieruchomościami i dwóch ustaw podatkowych^{7,8} budzą kontrowersje lub wątpliwości, jeśli chodzi o ich praktyczne zastosowanie w procedurach wyceny nieruchomości. Podjęto także próbę sformułowania rekomendacji zmiany lub uzupełnienia tych aktów prawnych.

Artykuł ma następującą strukturę: rozdział I stanowi wprowadzenie do ogólnie pojętej problematyki określania wartości rynkowej. Rozdział II koncentruje się na definicji prawnej pojęcia wartości rynkowej oraz jej interpretacji, podczas gdy w rozdziale III zostały ukazane regulacje prawne określania wartości rynkowej i ich implikacje praktyczne. W rozdziale IV zostały zaś sformułowane wnioski z przedstawionych badań oraz rekomendacje szczegółowe.

II. WARTOŚĆ RYNKOWA NIERUCHOMOŚCI – DEFINICJA PRAWNA I JEJ INTERPRETACJA

Ze względu na rolę nieruchomości, jaką pełnią one we współczesnych gospodarkach wszystkich krajów, podejmowaniu wielu różnych decyzji towarzyszy pojęcie „wartość”. Termin „wartość” może oznaczać: to, ile coś jest warte pod względem materialnym, być cechą tego, co jest dobre pod jakimś względem, to liczba określająca, ile jednostek zawiera dana wielkość fizyczna lub wielkość mogąca zastąpić wyrażenie algebraiczne, jego zmienne⁹. Nie ma jednej wartości absolutnej, są różne rodzaje wartości, w tym także dotyczące nieruchomości.

Z tego względu na obszarze nauki i praktyki z zakresu nieruchomości na arenie międzynarodowej używane jest pojęcie „podstawa wartości” i oznacza

⁵ J. Konowalczyk, *The Problem of Reflecting the Market in the Legal Principles of Real Estate Valuation in Poland. How to Eliminate the “Legal Footprint”*, “Real Estate Management and Valuation” 2017, Vol. 25, No 2.

⁶ K. Gabrel, *Standardy zawodowe rzeczoznawców majątkowych w kompetencjach środowiska zawodowego*, <https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/645-standardy-zawodowe-rzeczoznawcow-majatkowych-w-kompetencjach-srodowiska-zawodowego> (dostęp: 21.08.2022 r.).

⁷ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 1128, z późn. zm.); dalej: u.p.d.f.

⁸ Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 111, z późn. zm.); dalej: u.p.c.c.

⁹ *Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wartosc.html> (dostęp: 21.01.2022 r.).

ono najważniejsze założenia, na których będą się opierały określone konkretne rodzaje wartości^{10,11,12,13}. Różne założenia wyjściowe (np. data wyceny, data stanu nieruchomości, warunki transakcji) przyjmowane w wycenie najczęściej powodują, że dla tej samej nieruchomości otrzymuje się inną podstawę wyceny, czyli inny rodzaj wartości, i zwykle wyrażoną inną kwotą pieniężną. Stąd tak ważne jest, aby podstawa wartości była odpowiednia do celu, dla którego wartość będzie wykorzystana. Podstawa wartości może przesądzać zaś o wyborze sposobu wyceny. Za „królową” wartości uznaje się wartość rynkową. Źródłem prawnej definicji rynkowej w Polsce jest ustawa o gospodarce nieruchomościami. Na przestrzeni lat ulegała ona modyfikacjom (np. przewidywana cena, najbardziej prawdopodobna cena). W 2013 r. po ukazaniu się rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych oraz zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (art. 4 motyw 76)¹⁴, które jest elementem obowiązującego prawa państw członkowskich w zakresie wykonywania wycen na potrzeby sektora bankowego, a więc także prawem obowiązującym na terenie Polski, chcąc usunąć powstały dysonans z dotychczasową definicją, do ustawy o gospodarce nieruchomościami przeniesiono w 2014 r. „unijną” definicję. Od tego czasu definicja wartości rynkowej zapisana w art. 151 ust. 1 u.g.n. brzmi: „Wartość rynkową nieruchomości stanowi szacunkowa kwota, jaką w dniu wyceny można uzyskać za nieruchomość w transakcji sprzedaży zawieranej na warunkach rynkowych pomiędzy kupującym a sprzedającym, którzy mają stanowczy zamiar zawarcia umowy, działają z rozeznaniem i postępują rozważnie oraz nie znajdują się w sytuacji przymusowej”.

Tym samym definicja ta została zharmonizowana także ze standardami zawodowymi powszechnie akceptowanymi na arenie międzynarodowej^{15,16,17,18}.

Z przytoczonej definicji wyłania się koncepcja wartości rynkowej i zbiór założeń fundamentalnych dla procesu jej określania, a mianowicie:

1) przedmiotem wyceny jest nieruchomość wraz z jej cechami prawnymi, fizycznymi i ekonomicznymi oraz faktycznymi możliwościami i ograniczeniami;

¹⁰ International Valuation Standards Council, *International Valuation Standards*, London 2021; dalej: IVS 2021.

¹¹ The Appraisal Foundation, *The Uniform Standards of Professional Appraisal Practice*, Washington 2019; dalej: USPAP 2019.

¹² The European Group of Valuers' Associations, *European Valuation Standards*, Brussels 2020; dalej: EVS 2020.

¹³ The Royal Institution of Chartered Surveyors, *RICS Valuation – Global Standards*, London 2021; dalej: RB 2021.

¹⁴ Dz.Urz. UE L nr 176 z 2013 r., s. 1; dalej: rozporządzenie 575/2013.

¹⁵ IVS 2021.

¹⁶ EVS 2020.

¹⁷ USPAP 2019.

¹⁸ RB 2021.

2) wynik wyceny stanowi szacunkową kwotę pieniężną;

3) jest to najbardziej prawdopodobna cena, jaką można osiągnąć w hipotetycznej transakcji rynkowej;

4) data wyceny oznacza datę, na którą wartość jest określana (nie może być późniejsza niż data sporządzenia operatu szacunkowego i dla której dowody na jej poparcie mają być istotne), a nie datę, w której wycena jest wykonywana. Sporządzanie raportu (operatu) z wyceny nigdy nie nastąpi wcześniej niż data wyceny, ponieważ oznaczałoby to, że rozważane były okoliczności, które jeszcze nie wystąpiły;

5) kupujący i sprzedający stanowią hipotetyczne, niezależne i konkurencyjne strony transakcji, co oznacza transakcję dokonaną „na warunkach rynkowych”¹⁹. Założenie to jest bardzo ważne, ponieważ może mieć konsekwencje prawne i podatkowe;

6) wartość odzwierciedla te cechy nieruchomości, które są istotne dla typowych uczestników rynku;

7) strony transakcji mają stanowczy zamiar zawarcia transakcji, ale nie działają pod przymusem i nie są nadmiernie zdeterminowane, aby zawrzeć transakcję. Mają one wiedzę nie tylko o nieruchomościach, lecz także o rynku, a zatem o dowodach, jakie mogą być dostępne, na podstawie których można ocenić wartość nieruchomości;

8) oferowana do sprzedaży nieruchomość jest odpowiednio i wystarczająco długo wyeksponowana na rynku przed datą wyceny. Długość czasu niezbędnego marketingu może się różnić w zależności od warunków rynkowych, ale musi być wystarczająca, aby możliwe było dotarcie informacji do dużej liczby potencjalnych nabywców²⁰.

W „światowej” koncepcji wartości rynkowej co do zasady należy uwzględnić założenie, że nieruchomość będzie użytkowana w sposób optymalny²¹, który jest fizycznie i technicznie wykonalny, dozwolony przez prawo i opłacalny finansowo²². Zgodnie z EVS 2020 wartość rynkowa powinna też odzwierciedlać tzw. wartość nadziei²³ poprzez włączenie do definicji H&BU wyrazów „bądź prawdopodobnego stania się”²⁴. Jest to istotne dla trafnego określenia wartości rynkowej w przypadku, gdy w dniu wyceny brak jest jeszcze zgody na projektowaną inwestycję, ale jest nadzieja, że taka zgoda pojawi się w najbliższej

¹⁹ Na arenie międzynarodowej używane jest wyrażenie *at arm's length*.

²⁰ S. Żróbek, M. Walacik, *Real Estate Market Value in the Light of Valuation Practices*, „Świat Nieruchomości” 2016, nr 4.

²¹ Na arenie międzynarodowej używane jest wyrażenie *highest and best use*; dalej: H&BU.

²² Zob. rozporządzenie 575/2013.

²³ Na arenie międzynarodowej używane jest wyrażenie *hope value*.

²⁴ EVS 2020, *or likely to become so*.

przyszłości^{25,26,27}. Podmioty korzystające z operatu szacunkowego powinny być świadome, że kwota określona przez rzeczoznawcę majątkowego nie może być utożsamiana z ceną transakcyjną, która może zostać podwyższona lub obniżona ze względu na szczególne warunki lub okoliczności transakcji, takie jak na przykład sprzedaż z bonifikatą lub z ograniczonym czasem ekspozycji na rynku²⁸.

Z punktu widzenia interesów stron, których bezpośrednio lub pośrednio dotyka określona wartość nieruchomości, istotne jest, aby wyceny dokonywane przez rzeczoznawców majątkowych cechowała wysoka jakość i trafność otrzymanego wyniku. Trafność na gruncie wyceny rozumiana jest jako różnica pomiędzy określoną wartością rynkową a ceną uzyskaną za przedmiotową nieruchomość w transakcji rynkowej. Przyczyn częstych rozbieżności należy doszukiwać się w oddziaływaniu np. następujących czynników:

- zmiany pomiędzy popytem a podażą na dany rodzaj nieruchomości spowodowanej różnicą pomiędzy datą wyceny a datą transakcji;
- polityka interwencyjna władz lokalnych (np. udzielane bonifikaty przy sprzedaży mieszkań) lub centralnych (np. bonifikata przy zakupie nieruchomości wpisanej do rejestru zabytków);
- różne formy sprzedaży (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje, licytacja komornicza);
- konieczność sprzedaży nieruchomości w krótszym czasie niż typowy dla danego rynku okres ekspozycji nieruchomości;
- umiejętność negocjacji stron transakcji lub ich pełnomocników;
- nieracjonalne zachowania stron transakcji.

Definicje jeszcze innych niż rynkowa podstaw wyceny w zależności od konkretnych potrzeb mogą wynikać z ustawodawstwa danego kraju lub z przyjętych umów międzynarodowych. Są to np. takie wartości jak wartość godziwa (*fair value*) zdefiniowana w International Financial Reporting Standards, godziwa wartość rynkowa (*fair market value*) zdefiniowana w Organisation for Economic Co-operation and Development. Definicje te nie zawierają odniesienia do metodyki ich określania.

Metodykę, według której określa się dany rodzaj wartości, należy bowiem odróżnić od podstawy wyceny.

²⁵ C. Grzesik, S. Żróbek, *Shifting Positions on Hope Value*, "Real Estate Management and Valuation" 2017, Vol. 25, No 3.

²⁶ O. Drapikovskiy, I. Ivanova, M. Renigier-Biłozor, S. Żróbek, *How to assess the impact of hope on a change in the use of land on market value*, "Land Use Policy" 2020, No 97.

²⁷ M. Renigier-Biłozor, M. Walacik, S. Żróbek, M. d'Amato, *Forced sale discount on property market – How to assess it?*, "Land Use Policy" 2018, No 78.

²⁸ *Ibidem*.

III. REGULACJE PRAWNE OKREŚLANIA WARTOŚCI RYNKOWEJ I ICH IMPLIKACJE PRAKTYCZNE

III.1. UNORMOWANIA PRAWNE METODYKI WYCENY

Określona wartość rynkowa nieruchomości powinna być dobrze umotywowana w operacie szacunkowym. Rzeczoznawca majątkowy powinien w sposób rzetelny wykorzystać swoją wiedzę specjalną, zgromadzić dane ilościowe i jakościowe niezbędne do przeprowadzenia procesu obliczeniowego i sformułować obiektywną opinię o wartości przedmiotowej nieruchomości. Nietrafione wyniki wyceny mogą wynikać także z błędów popełnionych przez rzeczoznawcę majątkowego, w tym z niewłaściwie dokonanego wyboru sposobu wyceny. Dlatego tak ważne są przejrzyste i umożliwiające jednoznaczną interpretację zapisy dotyczące zasad wyceny. Zasady te powinny być uregulowane przepisami prawa na tyle szczegółowo, na ile jest to konieczne ze względu na potrzeby ich jednoznacznej interpretacji, ale jednocześnie na tyle ogólnie, aby nie tracąc celu, dla którego określona wartość ma być użyta, były możliwe do zastosowania w praktyce. Nierzadko dochodzi do sytuacji, w której zbyt restrykcyjne zapisy są w rzeczywistej praktyce ignorowane²⁹ lub jako niejednoznaczne, dające możliwość swobodnej interpretacji, są świadomie wykorzystywane w stronicznych wycenach³⁰. Problem ten postrzegany jest na całym świecie.

Na arenie międzynarodowej wyróżnia się następujące główne podejścia i metody wyceny: podejście rynkowe (metoda porównywania sprzedaży), podejście dochodowe (metoda dyskontowania strumieni dochodów), podejście kosztowe (metoda kosztów odtworzenia i kosztów zastąpienia) i metoda sumowania (wartość nieruchomości powstaje poprzez zsumowanie wartości poszczególnych części składowych nieruchomości).

Podkreśla się jednocześnie, że wyceny nieruchomości należy dokonywać w pierwszej kolejności przy zastosowaniu uznanych prawnie w danym kraju sposobów wyceny^{31,32,33}.

Jednak niezależnie od kraju obowiązuje fundamentalna zasada, że aby wynikiem wyceny była wartość rynkowa, w procedurach jej określania należy odwzorowywać dominujące zachowania uczestników rynku, a przez to dążyć do jej

²⁹ M. V. Sanders, *Market Value: What Does It Really Mean?*, https://www.appraisalinstitute.org/assets/1/29/TAJ_Sum18_206-218_Feat3-MarketValue_ForWeb.pdf (dostęp: 21.01. 2022 r.).

³⁰ E. Kucharska-Stasiak, S. Żróbek, R. Cellmer, *Forms and effectiveness of the client's influence on the market value of property-Case study*, "Real Estate Management and Valuation" 2018, Vol. 26, No 3.

³¹ Ustawa o gospodarce nieruchomościami.

³² IVS 2021.

³³ B. Galiniene, A. Marčinskis, S. Deveikis, *The professional and ethical potential of Lithuanian property valuers*, "International Journal of Strategic Property Management" 2005, No 9.

obiektywizacji. Z tego względu wartość powinna odwzorowywać stan rynku na datę wyceny, co oznacza konieczność odwoływania się do transakcji z dat bliskich dacie wyceny, oraz analizować tendencje rynku pomiędzy datą pochodzenia ostatnich dowodów rynkowych a datą wyceny, a także brać pod uwagę oczekiwania uczestników rynku dotyczących przyszłości. Oznacza to, że wycena powinna być osadzona na trzech głównych ekonomicznych zasadach wyceny: równowagi, antycypacji i substytucji³⁴.

W Polsce zasady metodyczne wyceny są określone w ustawie o gospodarce nieruchomościami i w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 21 września 2004 r. w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzenia operatu szacunkowego³⁵. Przepisy te stosuje się do wszystkich nieruchomości, bez względu na ich rodzaj, położenie i przeznaczenie, a także bez względu na podmiot własności i cel wyceny, z wyłączeniem określania wartości nieruchomości w związku z realizacją ustawy o scalaniu i wymianie gruntów. Zgodnie z ustawą o gospodarce nieruchomościami określenia wartości rynkowej można dokonać przy zastosowaniu podejścia porównawczego lub dochodowego. Jeżeli istniejące uwarunkowania nie pozwalają na ich zastosowanie, wówczas należy zastosować podejście mieszane. Ustawodawca przesądził, że wyboru właściwego sposobu wyceny spośród tych wymienionych dokonuje rzeczoznawca majątkowy, który powinien uwzględnić cel wyceny, rodzaj i położenie nieruchomości, przeznaczenie w planie miejscowym, stan nieruchomości oraz dostępne dane o cenach, dochodach i cechach nieruchomości podobnych.

W praktyce rzeczoznawcy majątkowi dokonują wyceny nieruchomości, stosując najczęściej podejście porównawcze, przy którym konieczna jest znajomość cen transakcyjnych nieruchomości podobnych do nieruchomości będącej przedmiotem wyceny, a także cech tych nieruchomości wpływających na poziom ich cen³⁶.

W podejściu porównawczym do tzw. wycen indywidualnych (w odróżnieniu od wyceny masowej) stosuje się metodę porównywania parami i metodę korygowania ceny średniej³⁷.

Przy metodzie porównywania parami porównuje się nieruchomość będącą przedmiotem wyceny, której cechy są znane, kolejno z nieruchomościami podobnymi, które były przedmiotem obrotu rynkowego i dla których znane są ceny transakcyjne, warunki zawarcia transakcji oraz cechy tych nieruchomości.

³⁴ E. Kucharska-Stasiak, S. Żróbek, *An attempt to exemplify the economic principles in real property valuation*, "Real Estate Management and Valuation" 2015, Vol. 23, No 3.

³⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 555; dalej: rozporządzenie z dnia 21 września 2004 r.

³⁶ E. Kucharska-Stasiak, S. Żróbek, M. Renigier-Biłozor, *Rola rzeczoznawcy majątkowego w obliczu transformacji rynku nieruchomości*, „Rzeczoznawca Majątkowy” 2020, nr 4.

³⁷ Ze względu na fakt, że w obowiązującym tekście rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r. metoda analizy statystycznej rynku przewidziana jest do określania nieruchomości reprezentatywnych w procedurze powszechnej taksacji nieruchomości, w artykule poddano analizie głównie zapisy dotyczące dwóch pierwszych metod.

Zaś przy metodzie korygowania ceny średniej do porównań przyjmuje się co najmniej kilkanaście nieruchomości podobnych spełniających powyższe warunki. Wartość nieruchomości będącej przedmiotem wyceny określa się w drodze korekty średniej ceny nieruchomości podobnych współczynnikami korygującymi, uwzględniającymi różnice w poszczególnych cechach tych nieruchomości.

W prawie polskim odnoszącym się do sfery podatków funkcjonują jeszcze nieco inne zapisy dotyczące sposobów określania wartości rynkowej.

I tak, w ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych znajduje się zapis, że „wartość rynkową określa się na podstawie cen rynkowych stosowanych w obrocie rzeczami lub prawami tego samego rodzaju i gatunku, z uwzględnieniem ich stanu i stopnia zużycia”³⁸. Natomiast ustawa o podatku od czynności cywilnoprawnych stanowi, iż „wartość rynkową przedmiotu czynności cywilnoprawnych określa się na podstawie przeciętnych cen stosowanych w obrocie rzeczami tego samego rodzaju i gatunku, z uwzględnieniem ich miejsca położenia, stanu i stopnia zużycia, oraz w obrocie prawami majątkowymi tego samego rodzaju, z dnia dokonania tej czynności, bez odliczania długów i ciężarów”³⁹.

Przywołane wcześniej ustawy nie zawierają definicji wartości rynkowej, a definiują, przy jakich założeniach szczególnych dla konkretnego rodzaju podatku powinna być ona określona. Zatem, jeśli użyto pojęcia „wartość rynkowa”, to należy przyjmować jej prawną definicję zawartą w ustawie o gospodarce nieruchomościami.

III.2. PRAKTYCZNE PROBLEMY OKREŚLANIA WARTOŚCI RYNKOWEJ

A. CZY PODSTAWĘ OPODATKOWANIA PODATKIEM OD CZYNNOŚCI CYWILNOPRAWNYCH STANOWI WARTOŚĆ RYNKOWA?

Niektóre zapisy prawa definiujące wartość rynkową i zasady jej określania nastrożają trudności interpretacyjne i aplikacyjne. W kontekście analizy przedstawionej w rozdziale III.1 zauważalny jest dysonans pomiędzy metodyką określania wartości rynkowej na gruncie ustawy o gospodarce nieruchomościami i ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych. Nieporozumienia wynikają z faktu, iż ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawa o podatku od czynności cywilnoprawnych zezwalają, a nawet wskazują podatnika jako podmiot, który sam określa ten rodzaj wartości. Wynika z nich także, że jeżeli podatnik nie określił wartości przedmiotu czynności cywilnoprawnej lub wartość przez niego określona nie odpowiada według oceny organu

³⁸ Art. 19 ust. 3 u.p.d.f.

³⁹ Art. 6 ust. 2 u.p.c.c.

podatkowego wartości rynkowej, **organ ten wezwie podatnika do jej określenia**, podwyższenia lub obniżenia, w terminie nie krótszym niż 14 dni od dnia doręczenia wezwania, podając jednocześnie wartość według **własnej, wstępnej oceny**. Wątpliwość budzi także zapis, czy wartość określona według wstępnej oceny organu podatkowego może być uznana jako wartość rynkowa w jej prawnym brzmieniu.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 29 kwietnia 1996 r.⁴⁰ stwierdził, iż skoro na danym terenie nie było podobnych transakcji sprzedaży, to można przyjąć, że **cena sprzedaży określona w umowie jest zarazem wartością rynkową**. Wykładnia ta nie wyczerpuje dopuszczonych ustawą o gospodarce nieruchomościami zasad określania wartości rynkowej i pozostaje w sprzeczności z definicją prawną tej wartości. Cena sprzedaży jednej nieruchomości nie obiektywizuje rynku nieruchomości, jeśli nie została porównana z innymi transakcjami podobnych nieruchomości. Tym bardziej że zgodnie z rozporządzeniem z dnia 21 września 2004 r.⁴¹ obszar rynku i okres jego badania określa rzeczoznawca majątkowy. Może on także przyjmować do analizy ceny transakcyjne uzyskiwane za nieruchomości podobne na regionalnym albo krajowym rynku nieruchomości lub nawet na zagranicznych rynkach nieruchomości. W kontekście powyższych rozważań zauważalny jest dysonans pomiędzy rozumieniem znaczenia pojęcia wartości rynkowej nieruchomości na gruncie regulacji ustawy o gospodarce nieruchomościami, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych. Wyczerpująco ten problem w odniesieniu do podatku od czynności cywilnoprawnych przedstawia publikacja I. Nowaka⁴².

B. KTÓRE NIERUCHOMOŚCI SĄ PODOBNE?

Według ustawy o gospodarce nieruchomościami nieruchomość podobna to taka, która jest porównywalna z nieruchomością stanowiącą przedmiot wyceny ze względu na położenie, stan prawny, przeznaczenie, sposób korzystania oraz inne cechy wpływające na jej wartość. Jednak uznanie nieruchomości sprzedanych i przyjętych do wyceny za podobne do przedmiotu wyceny często budzi kontrowersje i stanowi powód negocjowania poprawności sporządzonego operatu szacunkowego. Z tego względu rzeczoznawcy majątkowi w uzasadnieniu doboru nieruchomości przywołują często wykładnię prawników. W doktrynie podkreśla się, że za nieruchomości podobne należy uznać „nieruchomości możliwie najbardziej zbliżone przy uwzględnieniu kryteriów, wskazanych w art. 4 pkt 16 u.g.n.”, a także, że „nie można zatem żadnego z przywołanych przez ustawodawcę

⁴⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 kwietnia 1996 r., SA/Wr 1996/95, www.orzeczenia-nsa.pl.

⁴¹ Zob. § 26 ust. 3 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r.

⁴² I. Nowak, *Wartość rynkowa nieruchomości jako podstawa opodatkowania w podatku od czynności cywilnoprawnych*, „Toruński Rocznik Podatkowy” 2013.

kryteriów absolutyzować. Wymagane jest ich łączne uwzględnienie⁴³. Porównywalność w rozumieniu art. 4 pkt 16 u.g.n. nie oznacza identyczności parametrów. Oznacza natomiast wspólność istotnych cech rynkowych mających zasadniczy wpływ na wartość nieruchomości⁴⁴. Jest to zatem więź polegająca na podobieństwie, a nie na tożsamości^{45,46}.

C. JAK INTERPRETOWAĆ RÓŻNE POJĘCIA CENY (RYNKOWEJ, TRANSAKCYJNEJ, ŚREDNIEJ, PRZECIĘTNEJ, RAŻĄCO ODBIEGAJĄCEJ)?

Zastosowanie podejścia porównawczego do określania wartości rynkowej wymaga zgromadzenia danych o **cenach transakcyjnych** (metoda porównywania parami i korygowania ceny średniej), a także obliczenia **ceny średniej** (metoda korygowania ceny średniej). W ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawie o podatku od czynności cywilnoprawnych występuje zapis o **cenie przeciętnej**.

Pojęcie „cena” na gruncie ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług⁴⁷ oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W myśl ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu tymi podatkami.

W orzecznictwie można doszukać się innych określeń ceny: „**ceną rynkową jest przeciętna cena, jaką na danym terenie można uzyskać w przypadku sprzedaży** rzeczy lub praw tego rodzaju⁴⁸. Cena przeciętna stanowi wypadkową między cenami najwyższymi i najniższymi⁴⁹.

Zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego przez pojęcie „**przeciętnej ceny**” należy rozumieć wynagrodzenie, jakie **można uzyskać w obrocie wolnorynkowym** za podobne rzeczy uwzględniające miejsce oraz czas, a także cechy tych rzeczy oraz sytuację rynkową, a w szczególności zależność

⁴³ S. Kalus (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2012.

⁴⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 września 2021 r., I OSK 4318/18, www.orzeczenia-nsa.pl.

⁴⁵ J. Zyga, *The Influence of Dissimilarity of Comparables on the Correctness of Estimation in the Comparative Approach Procedure*, „Real Estate Management and Valuation” 2021, Vol. 29, No 1.

⁴⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 maja 2021 r., I OSK 4117/18, <https://sip.lex.pl>.

⁴⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 178.

⁴⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 czerwca 1998 r., I SA/Gd 1859/96, <https://sip.lex.pl>.

⁴⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 1993 r., III SA 626/93, www.orzeczenia-nsa.pl.

między popytem a podażą na daną rzecz⁵⁰. Powyższe unormowania i wykładnie dotyczą ceny, którą kupujący jest zobowiązany zapłacić lub którą sprzedający może uzyskać, czyli dotyczą zdarzenia przyszłego, natomiast wartość rynkowa musi być określona na podstawie cen zapłaconych w dokonanej transakcji sprzedaży nieruchomości (cen transakcyjnych) przed datą wyceny.

I tak np. ze statystycznego punktu widzenia **wartość przeciętna to wartość oczekiwana**. Wartość oczekiwaną, utożsamianą z wartością przeciętną, nadzieją matematyczną, nazywamy spodziewany wynik doświadczenia losowego przy założonym prawdopodobieństwie jego wystąpienia^{51,52}. Można zatem wnioskować, iż także cena przeciętna może być tożsama z ceną średnią, ale nie jest to warunek (wniosek) jednoznaczny. Istnieje zatem potrzeba doprecyzowania tego pojęcia na gruncie wyceny.

Źródłem informacji o **cenach transakcyjnych**, według § 5 ust. 1 i 2 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r., nie mogą być informacje o transakcjach, w których wystąpiły szczególne warunki ich zawarcia, powodujące ustalenie **ceny w sposób rażąco odbiegający** od przeciętnych cen uzyskiwanych na rynku nieruchomości.

Przepisy z zakresu wyceny nie dookreślają użytego sformułowania „sposób rażąco odbiegający”. Nie rozwiewa tej wątpliwości § 5 ust. 3 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r. o treści: „za szczególne warunki transakcji uważa się w szczególności sprzedaż dokonaną w postępowaniu egzekucyjnym, sprzedaż z bonifikatą, sprzedaż z odroczonym terminem zapłaty lub sprzedaż z odroczonym terminem wydania nieruchomości nabywcy”. Wymieniono jedynie przykłady form transferu prawa do przedmiotu transakcji, które jednak, jak wskazuje praktyka, mogą, ale nie muszą skutkować zapłaceniem ceny rażąco odbiegającej od cen przeciętnych. Tym bardziej, że np. w praktyce na rynku pierwotnym termin wydania nieruchomości zwykle jest późniejszy niż dokonania zapłaty.

Gdyby poszukiwać rozstrzygnięcia tego dylematu w przepisach regulujących obszar zamówień publicznych, dla którego ważne jest pojęcie rażąco niskich cen ofertowych, to należy zauważyć, że ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych⁵³ także nie definiuje tego pojęcia. Nie zawierają jej również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące podstawą wprowadzenia regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny. Orzecznictwo w tej sprawie podsuwa m.in. taką odpowiedź: cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewia-

⁵⁰ Kancelaria Prawna Skarbiec, *Wartość rynkowa przedmiotu czynności cywilnoprawnej jako podstawa opodatkowania w PCC*, <https://kancelaria-skarbiec.pl/publikacje/wartosc-rynkowa-przedmiotu-czynnosci-cywilnoprawnej-jako-podstawa-opodatkowania-w-pcc.html> (dostęp: 21.01.2022 r.).

⁵¹ Z. Adamczewski, *Elementy modelowania matematycznego w wycenie nieruchomości: podejście porównawcze*, Warszawa 2006.

⁵² P. Parzych, J. Czaja, *Szacowanie rynkowej wartości nieruchomości*, Kraków 2015.

⁵³ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1710, z późn. zm.

rygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁵⁴. Jednak wykładnie te również nie są wystarczająco precyzyjne.

A które ceny należy uważać za ceny rażąco wysokie, z którymi spotyka się rzeczoznawca majątkowy, gromadząc dane z rynku nieruchomości?

Naczelny Sąd Administracyjny, odnosząc się do ustalenia prawidłowości przyjętej za podstawę opodatkowania wysokości ceny nieruchomości, orzekł, że „aby wydać interpretację indywidualną w konkretnej sprawie organ podatkowy powinien na wstępie ustalić okoliczności faktyczne sprawy, w postaci ustalenia ceny rynkowej zbywanej nieruchomości i dopiero w następstwie tego stwierdzić, czy cena transakcyjna odbiega od jej wartości rynkowej”⁵⁵. W orzeczeniu tym użyto wymiennie pojęcia ceny rynkowej, ceny transakcyjnej i wartości rynkowej, nie dając wskazówek do rozstrzygnięcia postawionego powyżej pytania.

D. CZY CENA Z VAT?

Kolejnego uszczegółowienia związanego z definicją cen przyjmowanych w podejściu porównawczym wyceny wymaga sprawa uwzględniania podatku VAT⁵⁶. Większość wykładni stoi na stanowisku, że przy określaniu wartości rynkowej nieruchomości (w tym przy zastosowaniu podejścia porównawczego) rzeczoznawca majątkowy, jako podstawę wyceny, stosuje ceny transakcyjne niezawierające podatku VAT, zatem określona w operacie szacunkowym wartość nieruchomości pozbawiona jest tego podatku, o czym rzeczoznawca w operacie tym winien zamieścić stosowną wzmiankę^{57,58,59}. Na potwierdzenie słuszności takiego stanowiska przytaczana jest treść § 11 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r., który stanowi, że przy obliczaniu dochodów nie uwzględnia się amortyzacji, kredytu i jego kosztów, podatku dochodowego oraz innych opłat i podatków związanych ze sprzedażą nieruchomości. Jest to jednak argumentacja wywiedziona pośrednio, ponieważ została zaczerpnięta z regulacji ustawowych dotyczących szacowania podejściem dochodowym, która odnosi się wprost do ustalania wysokości dochodów z nieruchomości. Natomiast sposób ustalania dochodów należy rozpatrywać łącznie z treścią § 14 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r.

⁵⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., XIX Ga 128/08, <https://sip.lex.pl>.

⁵⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 maja 2021 r., II FSK 3446/18, <https://sip.lex.pl>.

⁵⁶ J. Kurj, A. Klimach, R. Żróbek, *Prawne i merytoryczne aspekty wyceny nieruchomości na potrzeby ustalania opłaty planistycznej*, „Studia Iuridica” 2021, t. LXXXVIII.

⁵⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 stycznia 2013 r., I OSK 1690/11, <https://sip.lex.pl>.

⁵⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 grudnia 2015 r., I OSK 802/14, <https://sip.lex.pl>.

⁵⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 października 2016 r., I OSK 3241/14, <https://sip.lex.pl>.

w brzmieniu: „Stopę kapitalizacji i stopę dyskontową określa się z zachowaniem zasady współmierności do sposobu obliczania strumieni dochodów z nieruchomości”. Z zasady tej wynika, że do określenia wartości rynkowej może być przyjmowany dochód netto lub dochód brutto z nieruchomości. Pojawiały się także wyroki⁶⁰ w tym zakresie i opinie części środowisk rzeczoznawców majątkowych pokazujące zasadność przyjmowania cen brutto.

IV. WNIOSKI I REKOMENDACJE

IV.1. WNIOSKI OGÓLNE

Z przeprowadzonych badań wynika, że zarówno prawne pojęcie wartości rynkowej, jak i założenia metodyczne nakładają pewne normatywne warunki, które w skrajnych okolicznościach mogą praktycznie uniemożliwić szacowanie nieruchomości. Nie jest to problem tylko polskich rzeczoznawców majątkowych. W międzynarodowej literaturze przedmiotu można znaleźć nawet pogląd, że w praktyce, aby sporządzić wycenę, ignorowane są niektóre założenia definicji wartości rynkowej. W dużym stopniu wynika to z istniejących różnic między wyidealizowanym, prawie doskonałym pojmowaniem rynku a światem rzeczywistym. Aby rzeczoznawcy nie musieli dokonywać takiego wyboru nawet podświadomie, niezbędne jest dokonanie oceny i, jeśli potrzeba, zmian zapisów prawa regulującego zagadnienia wyceny nieruchomości⁶¹. Obok przepisów prawa powinny także funkcjonować w Polsce standardy zawodowe, które by je uzupełniały, regulując bardziej szczegółowo m.in. metodykę wyceny i wspierały rzeczoznawców majątkowych we właściwej interpretacji niejednoznacznych zapisów, kluczowych dla jakości wycen. Oznaczałoby to potrzebę przywrócenia poprzedniej treści art. 175 ust. 1 u.g.n. w wersji sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 8 lipca 2021 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw⁶², stanowiącej, że rzeczoznawca majątkowy jest zobowiązany wykonywać czynności zawodowe nie tylko zgodnie z przepisami prawa, ale również ze standardami zawodowymi. Postulat przywrócenia takiego zapisu został zgłoszony także przez środowisko rzeczoznawców majątkowych na wspólnym

⁶⁰ Sąd Okręgowy we Wrocławiu wyrokiem z dnia 26 września 2013 r., IC 986/10, <http://www.orzeczenia.ms.gov.pl>, ustalił nową opłatę roczną na podstawie opinii biegłego sądowego, który określił wartość nieruchomości na podstawie cen transakcyjnych nieruchomości podobnych brutto.

⁶¹ M. V. Sanders, *Market Value...*

⁶² Dz.U. z 2021 r., poz. 1561.

posiedzeniu Komisji Infrastruktury, Komisji Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej w dniu 3 sierpnia 2021 r.⁶³.

IV.2. REKOMENDACJE SZCZEGÓŁOWE

Ad a. Odnośnie do podstawy opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych i podmiotów odpowiedzialnych za jej określanie należy podjąć prace nad wprowadzeniem do stosownych przepisów innego rodzaju wartości niż wartość rynkowa. Wzorem niektórych krajów mogłaby to być np. wartość sprawiedliwa (uczciwa). Międzynarodowe standardy wyceny nazywają ją *equitable value* i definiują jako szacunkową cenę sprzedaży nieruchomości dokonaną pomiędzy zidentyfikowanymi, dobrze poinformowanymi i chętnymi stronami, która odzwierciedla zalety i wady istotne dla tych stron. Natomiast koncepcja wartości rynkowej wymaga, aby były to strony hipotetyczne i czynniki, które nie byłyby postrzegane jako istotne przez typowych uczestników rynku, były ignorowane. Wartość określaną przy podobnych założeniach wprowadził obowiązujący standard wyceny dla sprawozdawczości finansowej⁶⁴ pod nazwą wspomnianej już w artykule wartości godziwej (*fair value*), a ustawa o gospodarce nieruchomościami dla projektowanego podatku od wartości posiadanej nieruchomości wprowadziła pojęcie wartości katastralnej.

Ad b. Odnośnie do uznania nieruchomości za podobne, należy zauważyć, że zarówno w języku potocznym, jak i w przepisach prawa terminowi „porównywalna” (*comparable*) nadano znaczenie zawężone. Odnosi się on jedynie do dowodów sprzedaży podobnej nieruchomości, w podobnej lokalizacji na podobnych warunkach i w ostatnim czasie. Ale ściśle rzecz biorąc, jest to tylko dowód transakcyjny, a rzeczoznawcy w praktyce, aby sformułować profesjonalną opinię o wartości, polegają na wielu innych formach porównywalnych danych⁶⁵. Porównywalne dane mogą pochodzić także z dowodów takich jak: informacje o cenach ofertowych, szczegóły zapytań potencjalnych nabywców, wykazy i komentarze rynkowe oraz profesjonalne opinie współpracowników i innych rzeczoznawców. Każda z tych form danych działa jak „drogowskaz” pozwalający dokonać właściwej oceny rynku w celu określenia trafnej wartości rynkowej. W związku z powyższym, uzasadnione byłoby włączenie do standardów zawodowych

⁶³ T. Ciodyk, *Wspólne posiedzenie Komisji Infrastruktury (nr 46), Komisji Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej (nr 92) w dniu 03-08-2021*, <https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/przebieg,9241,1.html> (dostęp: 29.01.2022 r.).

⁶⁴ International Accounting Standards Board, *International Financial Reporting Standard 13*, London 2013.

⁶⁵ N. French, *Pricing to Market – An investigation into the use of comparable evidence in property valuation*, [https://tegova.org/static/062574e026cb01499849ffe9a6d29f00/Pr.%20Nick%20French%20Report%20\(296%20KB\).pdf](https://tegova.org/static/062574e026cb01499849ffe9a6d29f00/Pr.%20Nick%20French%20Report%20(296%20KB).pdf) (dostęp: 29.08.2022 r.).

bardziej szczegółowych zapisów dotyczących kryteriów doboru nieruchomości podobnych.

Ad c. Odnośnie do cen transakcyjnych, zdaniem autorów artykułu, niekonsekwencje i rozbieżności interpretacyjne dotyczące cen, na podstawie których określaniu podlega wartość rynkowa nieruchomości, mogą być usunięte poprzez zmianę treści § 5 ust. 2 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r., w brzmieniu: „Ceny uzyskane przy sprzedaży w drodze przetargu mogą być źródłem informacji o cenach transakcyjnych, jeżeli nie odbiegają o więcej niż 20% od przeciętnych cen uzyskiwanych na rynku za nieruchomości podobne”. Skreślenie wyrazów „w drodze przetargu” pozwoliłoby na jednoznaczną ocenę przydatności także cen uzyskanych we wszystkich transakcjach wolnorynkowych, nie tylko tych dokonanych w formie przetargu. Warto także podjąć badania, czy zapisana 20-procentowa różnica cen jako rażąca znajduje mocne uzasadnienie na rynku nieruchomości.

Ad d. Rozstrzygnięcie dylematu związanego z podatkiem VAT na korzyść poglądu, że należy przyjmować do wyceny ceny transakcyjne bez tego obciążenia, wymagałoby wprowadzenia jednoznacznego zapisu do § 15 rozporządzenia z dnia 21 września 2004 r., przytoczone bowiem w artykule przykłady wyroków sądów wydanych w sprawach indywidualnych nie stanowią powszechnie obowiązującej wykładni prawa. W ślad za tą regulacją na organy prowadzące urzędowe rejestry cen nieruchomości (w tym na jednostki prowadzące kataster nieruchomości) powinien być nałożony obowiązek ujawniania informacji o elementach składowych zapłaconej ceny.

Podsumowując badania zapisów ustawowych, literatury naukowej i standardów zawodowych, należy stwierdzić, że otrzymana w wyniku wyceny wartość rynkowa stanowi szacunkową kwotę. Z tego względu należałoby w art. 4 ust. 6 i 6a u.g.n. wyraz „określenia” wartości nieruchomości zamienić na wyraz „oszacowanie”. Propozycję tę dobrze uzasadniają przedstawione w artykule zasady i metody dochodzenia do wartości rynkowej nieruchomości uwzględniające mechanizmy działania rynku i specyfikę nieruchomości jako towaru.

REFERENCES

- Adamczewski Z., *Elementy modelowania matematycznego w wycenie nieruchomości: podejście porównawcze*, Warszawa 2006
- Ciodyk T., *Wspólne posiedzenie Komisji Infrastruktury (nr 46), Komisji Samorządu Terytorialnego i Administracji Państwowej (nr 92) w dniu 03-08-2021*, <https://www.senat.gov.pl/prace/komisje-senackie/przebieg,9241,1.html> (dostęp: 29.01.2022 r.)
- Drapikovskiy O., Ivanova I., Renigier-Biłozor M., Żróbek S., *How to assess the impact of hope on a change in the use of land on market value*, “Land Use Policy” 2020, No 97

- French N., *Pricing to Market – An investigation into the use of comparable evidence in property valuation*, [https://tegova.org/static/062574e026cb01499849ffe9a6d29f00/Pr.%20Nick%20French%20Report%20\(296%20KB\).pdf](https://tegova.org/static/062574e026cb01499849ffe9a6d29f00/Pr.%20Nick%20French%20Report%20(296%20KB).pdf) (dostęp: 29.08.2022 r.)
- Gabrel K., *Standardy zawodowe rzeczoznawców majątkowych w kompetencjach środowiska zawodowego*, <https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/645-standardy-zawodowe-rzeczoznawcow-majatkowy%20ch-%20w-kompetencjach-srodowiska-zawodowego> (dostęp: 21.08.2022 r.)
- Galinienė B., Marčinskas A., Deveikis S., *The professional and ethical potential of Lithuanian property valuers*, “International Journal of Strategic Property Management” 2005, No 9
- Grzesik C., Żróbek S., *Shifting Positions on Hope Value*, “Real Estate Management and Valuation” 2017, Vol. 25, No 3
- International Accounting Standards Board, *International Financial Reporting Standard 13*, London 2013
- International Valuation Standards Council, *International Valuation Standards*, London 2021
- Kalus S. (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2012
- Kancelaria Prawna Skarbiec, *Wartość rynkowa przedmiotu czynności cywilnoprawnej jako podstawa opodatkowania w PCC*, <https://kancelaria-skarbiec.pl/publikacje/wartosc-rynkowa-przedmiotu-czynnosci-cywilnoprawnej-jako-podstawa-opodatkowania-w-pcc.html> (dostęp: 21.01.2022 r.)
- Konowalczyk J., *The Problem of Reflecting the Market in the Legal Principles of Real Estate Valuation in Poland. How to Eliminate the “Legal Footprint”?*, “Real Estate Management and Valuation” 2017, Vol. 25, No 2
- Kucharska-Stasiak E., Żróbek S., *An attempt to exemplify the economic principles in real property valuation*, “Real Estate Management and Valuation” 2015, Vol. 23, No 3
- Kucharska-Stasiak E., Żróbek S., Cellmer R., *Forms and effectiveness of the client’s influence on the market value of property-Case study*, “Real Estate Management and Valuation” 2018, Vol. 26, No 3
- Kucharska-Stasiak E., Żróbek S., Renigier-Biłozor M., *Rola rzeczoznawcy majątkowego w obliczu transformacji rynku nieruchomości*, „Rzeczoznawca Majątkowy” 2020, nr 4
- Kuryj J., Klimach A., Żróbek R., *Prawne i merytoryczne aspekty wyceny nieruchomości na potrzeby ustalania opłaty planistycznej*, „Studia Iuridica” 2021, t. LXXXVIII
- Nowak I., *Wartość rynkowa nieruchomości jako podstawa opodatkowania w podatku od czynności cywilnoprawnych*, „Toruński Rocznik Podatkowy” 2013
- Parzych P., Czaja J., *Szacowanie rynkowej wartości nieruchomości*, Kraków 2015
- Renigier-Biłozor M., Walacik M., Żróbek S., d’Amato M., *Forced sale discount on property market – How to assess it?*, “Land Use Policy” 2018, No 78
- Sanders M. V., *Market Value: What Does It Really Mean?*, https://www.appraisalinstitute.org/assets/1/29/TAJ_Sum18_206-218_Feat3-MarketValue_ForWeb.pdf (dostęp: 21.01.2022 r.)
- Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wartosc.html> (dostęp: 21.01.2022 r.)
- The Appraisal Foundation, *The Uniform Standards of Professional Appraisal Practice*, Washington 2019

The European Group of Valuers' Associations, *European Valuation Standards*, Brussels 2020

The Royal Institution of Chartered Surveyors, *RICS Valuation – Global Standards*, London 2021

Zyga J., *The Influence of Dissimilarity of Comparables on the Correctness of Estimation in the Comparative Approach Procedure*, "Real Estate Management and Valuation" 2021, Vol. 29, No 1

Żróbek S., Walacik M., *Real Estate Market Value in the Light of Valuation Practices*, „Świat Nieruchomości” 2016, nr 4

Monika Żuchowska-Grzywacz

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego
w Radomiu, Polska

e-mail: m.zuchowska@uthrad.pl

ORCID: 0000-0001-5336-6864

Piotr Kobyłski

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego
w Radomiu, Polska

e-mail: p.kobylski@uthrad.pl

ORCID: 0000-0002-0345-904X

LEGAL SOLUTIONS CONCERNING THE REDISTRIBUTIVE FUNCTION OF PUBLIC FINANCE AS A TOOL TO SUPPORT BIODIVERSITY

Abstract

Currently, the European Union, being aware of the deepening crisis of biodiversity, is setting increasingly ambitious goals in the field of nature protection, introducing tools which may make their pursuit more effective. The implementation of this strategy means, *inter alia*, that EUR 20 billion per year will be allocated to activities connected with the protection of biodiversity in the EU, 30% of land and seas are to be protected by 2030, and 10% of their area are to be strictly protected. The aim of the discussion in this article is therefore to determine whether, and if so, how biodiversity can be more effectively supported by the legal solutions concerning the redistributive function of public finances in relation to agriculture, introduced, *inter alia*, by the Commission in the EU Biodiversity Strategy for 2030 and by the European Parliament Resolution.

KEYWORDS

crisis of biodiversity, legal solutions to the redistributive function of public finances, biodiversity strategy, agriculture, quality security

SŁOWA KLUCZOWE

kryzys bioróżnorodności, rozwiązania prawne w zakresie funkcji redystrybucyjnej finansów publicznych, strategia bioróżnorodności, rolnictwo, bezpieczeństwo jakościowe

1. INTRODUCTION

For many years, as part of the implementation of various strategies¹ issues concerning the protection of biodiversity have been postulated, but their effectiveness has not been high so far, and attempts to adapt the proposed tools at the level of Member States have not been fully effective. In May 2020, the European Biodiversity Strategy for 2030 “Bringing nature back into our lives” was adopted in May 2020² (henceforth cited as the Strategy). This is the third biodiversity strategy to halt biodiversity loss in the EU. In June 2021, the European Parliament adopted the resolution “EU Biodiversity Strategy 2030: Bringing nature back to our lives”³ (henceforth cited as the Resolution) – a document directly linked to the Strategy adopted by the Commission to underline its importance and indicate specific directions for its implementation. In the presented proposals one may note a continuation of earlier ideas, including an extension of the issues relating to the reduction of the use of chemicals in agriculture. Currently, the European

¹ For example, in May 2011 the European Commission adopted a strategy which outlined a framework for EU action [activities] in the forthcoming decade to meet biodiversity headline target until 2021. Unfortunately, the EU Biodiversity Strategy to 2020 did not set measurable targets or actions for agriculture, making it very difficult to assess progress. (WEB-2011-00293-01-00-PL-TRA-00.DOC (europa.eu), 2020 Biodiversity Factsheet_PL.pdf (europa.eu) (accessed on: 3 September 2021).

² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM/2020/380 final, EU Biodiversity Strategy for 2030 – “Bringing nature back into our lives”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX%3A52020DC0380> (accessed on: 5 August 2021).

³ The resolution of the European Parliament of 9 June 2021 on EU Biodiversity Strategy for 2030 – Texts adopted – EU Biodiversity Strategy for 2030 – Bringing nature back into our lives – Wednesday, 9 June 2021 (europa.eu) (accessed on: 25 August 2021).

Union, being aware of the deepening crisis of biodiversity, is setting increasingly ambitious goals in the field of nature protection, introducing tools which may make their implementation more effective. The implementation of the Strategy means, *inter alia*, that EUR 20 billion per year will be allocated to activities connected with the protection of biodiversity in the EU, 30% of land and seas are to be protected by 2030, and 10% of their area are to be strictly protected. All old-growth forests and old tree stands in the EU must be protected. The assumption is that, thanks to its adoption, the European Union has a chance to become a world leader in terms of the policy it implements related to nature protection⁴.

Biodiversity has been extensively discussed in the literature in various contexts and from different angles,⁵ but due to the introduction of new assumptions adopted in the Strategy of May 2020 and the Resolution of June 2021, they have not yet been analysed. The issues related to biodiversity policy pursued by EU institutions have been considered at the EU level for nearly two decades. However, they are constantly evolving, in line with both the reform orientations adopted by the Commission, economic development, growing awareness of issues such as climate change or pandemic circumstances. Their specificity determines the types of tools used and supported. As far as socio-economic considerations are concerned, the legal instruments used in individual Member States to promote and protect biodiversity are increasingly determining the restrictions on agricultural activity. Legal issues related to the system of supporting mechanisms for the protection of biodiversity are the subject of ongoing legislative work, and on the basis of experience to date, attempts are made to create increasingly effective solutions. As regards the process of lawmaking and law application, the most important challenge for the EU legislator and for the entities implementing the legislation in the Member States will be to adapt effective enforcement mechanisms so that this time the postulates contained in the Strategy do not turn out to be merely high-sounding declarations. These regulations should be based on the coherent structures of, in particular financial, solutions, including the efficient allocation of the EUR 20 billion secured in the budget for the protection of biodiversity.

The aim of the discussion in this article is therefore to determine whether, and if so, how biodiversity can be more effectively supported by means of legal solutions to the redistributive function of public finances in relation to agriculture, as introduced, *inter alia*, by the Commission in the EU Biodiversity Strategy for 2030 and the European Parliament Resolution⁶.

⁴ *Ibidem* (accessed on: 26 August 2021).

⁵ P. Gała, *Ochrona bioróżnorodności a prawa własności intelektualnej w rolnictwie*, “Studia Iuridica Agraria” Vol. 12, 2014, pp. 137-148.

⁶ The European Parliament Resolution of 9 June 2021 on the EU biodiversity strategy for 2030 Texts adopted - EU biodiversity strategy 2030 – Bringing nature back into our lives – Wednesday 9 June 2021 (europa.eu) (accessed on: 5 August 2021).

2. RESEARCH

In the body of legal knowledge one can encounter the view that agriculture is a burden on public financial management⁷. Furthermore, for a long time in the scholarship on financial law a thesis negating the necessity for the State to interfere in agriculture, especially as regards the solutions treating this branch of economy in an excessively privileged way⁸. However, for the sake of accuracy it should be stressed that one of the basic functions of public finance is the redistributive function. “It is understood as a purposeful, conscious use of legal and financial institutions for the repeated (secondary) distribution of gross domestic product generated in the State⁹. Therefore, it is essential in order to adjust income distribution with the needs of society. The State is therefore obliged to create spending programmes to redistribute income. Undoubtedly, agriculture is the branch of the economy that generates a significant part of national income. Nevertheless, the income spread of farmers is much higher than the income spread of other parts of society. It results from the special nature of agriculture, and in the case of Poland it is caused in particular by its fragmentation¹⁰. In this context, it should be noted that proportionality in the distribution of national income is a rule of a fairly general nature. It is worth noting that, under Art. 9(2) of the European Charter of Local Self-Government, the amount of financial resources of local communities should be commensurate with responsibilities conferred on them by national law¹¹. Drastic disparities can lead to significant structural differences. Redistribution allows society’s income levels to be equalised. It seems, therefore, that public transfers to farmers through support policies and subsidies are the norm today. In the literature the opinion has become well-established that “agriculture and food economy are, in a way, dependent on various forms of subsidising producers and agricultural production . . . Without subsidies to production, especially direct subsidies – area payments – it is now difficult to imagine the functioning of small and medium farms, even in rich countries, e.g. in France or Germany. The sudden termination of subsidies would create great dilemmas for many, even successful, farms in terms of agricultural production, especially in countries where

⁷ R. Sobiecki, *Interwencjonizm w rolnictwie: dlaczego jest konieczny?* “Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2015, No. 35(2), pp. 38-47.

⁸ K. Duczkowska-Małyśz, M. Duczkowska-Piasecka, *Raport w sprawie KRUS*, Business Centre Club, Warszawa 2008, p. 3.

⁹ W. Wójtowicz, *Pojęcie finansów publicznych*, (in:) *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, ed. W. Wójtowicz, Warszawa 2020, p. 19.

¹⁰ B. Chmielewska, *Rynek i polityka w procesie zrównoważonego rozwoju rolnictwa*, “Roczniki Ekonomiczne Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy” 2013, No. 6, p. 56.

¹¹ The European Charter of Local Self-Government, drawn up in Strasbourg on 15 October 1985, Journal of Laws of 1994, No. 142, item 607, as corrected, adopted by the Republic of Poland on 1 March 1994.

agriculture is still a very important part of the economy for economic, but also for social reasons. This applies both to the Portuguese and Greek villages, but also to Hungary, Romania and Poland¹². Due to the importance of agriculture, the aforementioned Strategy requires an increased redistribution of existing resources. The target reduction of income in domestic farms is possible only if the value of natural capital is recognised, which is important not only within protected areas. It has therefore become necessary to broaden the sources of funding to include public and private resources. The assumed *de lege lata* positive balance of transfers indicates that farms will obtain more from the public finance sector than they pay in. This measure has its justification stemming from the special nature of agricultural production, because it is supposed to result in income redistribution between agriculture and other sectors of the economy. Moreover, because of the transfers, income of farms will not only be increased but also equalized, which means the implementation of the redistribution function by financial instruments of the Common Agricultural Policy¹³.

The Common Agricultural Policy is a guarantee of progress in financial management. It is important to adapt production to market needs and requirements. Appropriate designation of development policy instruments determines the competitiveness of rural areas and the emergence of alternative ways of earning a living while maintaining the adequate development of services. It also seems that one of the Community objectives is to organise risk management in agriculture properly. Undoubtedly, this challenge can be addressed, *inter alia*, by creating groups of agricultural producers. Higher individual revenues, higher prices for a uniform product or the exchange of market information are the most important benefits which the Polish legislator has provided to members who decide to form and operate in a producer group¹⁴.

Producers may associate in cooperatives, limited liability companies, civil partnerships, agricultural trade unions or associations. The most common legal form used by agricultural producer groups is the cooperative. Significantly, it is also the most common scheme for agricultural producers in the European Union. Farmers' cooperatives account for about 60% of activities focused on the supply of means of production and sale of products¹⁵. It should be stressed that the Rural Development Programme, financed both from the EU budget through the

¹² W. Musiał, *Problemy ekonomiczne gospodarstw małych i ich oczekiwania wobec reformy WPR 2014-2020*, (in:) *Problemy społeczne i ekonomiczne drobnych gospodarstw rolnych w Europie*, eds. J. Żmija, C. Alexandri, A. Czyżewski *et al.*, p. 14.

¹³ Cf. A. Kaźmierska-Patrzyzna, *Ochrona różnorodności biologicznej w systemie prawnej ochrony przyrody*, Warszawa 2019, pp. 150-162.

¹⁴ The Act of 15 September 2000 on Agricultural Producer Groups and their Associations and on Amendments to Other Acts, *Journal of Laws of 2021*, item 1603.

¹⁵ P. Prus, *Czynniki hamujące chęć organizowania się rolników w grupy producentów rolnych*, (in:) *Perspektywy rozwoju grup producentów rolnych – szanse i zagrożenia*, ed. S. Zawisza, Bydgoszcz 2010, pp. 95-105.

European Agricultural Fund for Rural Development and from national public funds, is essential support for agricultural producer groups¹⁶. This financial aid is necessary, above all, for adjusting production to market requirements. Significant development of agricultural producer groups and thus a real increase of their share in the food market has a real impact on the improvement of the financial situation of farms. In turn, the requirement for vertical integration in agriculture has caused a trend in modernisation processes. The integration of agricultural producers is also encouraged by tax preferences¹⁷.

Nevertheless, it should be emphasised that the issue mentioned in the title of the article is the subject of mutually exclusive views in legal scholarship. Recently, the Polish system of biodiversity protection has reduced the share of ecological funds in financing activities for environmental protection. These funds come primarily from fees for using the environment and making changes to it, from fines for violating environmental protection requirements, from mining of minerals without the required concession or in flagrant violation of its terms, and from other revenues (for shipping and floating, extraction of aggregate and sand from water, from recoverable revenues, from financial operations, interest on loans and bank accounts, and obtained loans). The funds are used to finance, in whole or in part, activities related to environmental protection and water management. It is worth recalling that environmental funds are the national means of obtaining and redistributing financial resources for the implementation of major environmental protection projects. Transfers to entities of the public finance sector, as well as funds transferred to non-public entities, i.e. entrepreneurs, natural persons and state-owned enterprises, only together constitute aid granted for environmental protection. At the time of accession of the Republic of Poland to the European Union the access of entities to foreign funds designated for pro-environmental activities was multiplied¹⁸. Meanwhile, in 2019, the share of foreign funds in financing protection expenditures was around 19%. Compared to 2015, there has

¹⁶ The legal basis for the functioning of the Rural Development Programme are, respectively, the Act of 7 March 2007 on Supporting Rural Development with the Participation of the European Agricultural Fund for Rural Development under the Rural Development Programme for 2007-2013, Journal of Laws of 2020, item 1371 as amended, and the Act of 20 February 2015 on Supporting Rural Development with the Participation of the European Agricultural Fund for Rural Development under the Rural Development Programme for 2014-2020, Journal of Laws of 2021, item 182 as amended.

¹⁷ The income of an agricultural producer group is eligible for exemption if the group is entered in the register of producer groups, the income is generated by the sale of products or groups of products for which the group was formed and the products were produced by the farms of the group's members.

¹⁸ M. Górski, *Administrowanie działaniami związanymi z ochroną różnorodności biologicznej*, (in:) *Prawo ochrony różnorodności biologicznej*, ed. M. Górski, J. Miłkowska-Rębowska, Warszawa 2013, p. 19.

been an 8% decrease¹⁹. There is no doubt that the protection of biodiversity is also linked to the issue of environmental taxation. These are primarily public levies on energy, transport, pollution and the use of natural resources. Interestingly, the amount of environmental taxes in Poland for the period 2008-2018 increased from PLN 34 billion to PLN 57 billion. It should be emphasised that energy taxes accounted for the largest share of environmental taxes. Their amount was between 82% and 88%. In total, taxes on energy accounted for 87% of the total amount of environment-related taxes. It is worth noting that the lowest share was represented by taxes on natural resources – 0.1% in 2018. In addition, the share of the transport levy accounted for 9%, while those on pollution accounted for 8% of total environment-related taxes²⁰. As a rule, material transfers between the national economy and the environment also include the extraction of materials, i.e. raw, unprocessed or primary materials from the environment. In this context, it should be added that economy-wide material flow accounts take include compilations of material inputs into national economies, the modification of material stock levels in the economy and material flows to other economies or the environment. It is noteworthy that the material flow accounts are identical to the principles of the system of national accounts. They capture material flows related to the activities of all domestic units of the national economy. All these elements make up the environmental economic accounts²¹. They combine information on the economy and the environment. In this way, it is possible to measure the contribution of the environment to the economy and the impact of the economy on the environment. Undoubtedly, this creates an important source of data to assist in environmental decision-making. They also make it possible to evaluate the direction in the use of natural resources, the level of emissions resulting from economic activity and the extent of pro-environmental economic activity²².

Another, increasingly important aspect of the discussed issue should also be pointed out – apart from the reasons for State interference in agriculture well-established in the literature on the subject, agriculture as a producer of public goods plays an increasingly important role. Recently, it is worth observing an actual departure from the exclusive model role of agriculture as a food producer. New priorities set by the State for this branch of economy mean that agriculture must

¹⁹ Główny Urząd Statystyczny, *Ekonomiczne aspekty ochrony środowiska 2020* [Central Statistical Office, *Economic aspects of environmental protection 2020*], Warszawa 2020, p. 46.

²⁰ *Ibidem*, p. 55.

²¹ The System of Integrated Environmental Economic Accounts (SEEA) developed by the United Nations, the European Commission, the International Monetary Fund, the Organisation for Economic Co-operation and Development and the World Bank is a system of satellite accounts to the SNA (the System of National Accounts).

²² See Regulation 538/2014 amending Regulation (EU) No. 691/2011 on European environmental economic accounts of 27 May 2014, OJ EUL.2014.158.113.

take into account positive effects of the aforementioned public goods²³. One such element is undoubtedly biodiversity. The EU legislator, who is restoring the regulatory functions of the agricultural market, has led to a situation where price risk fundamentally affects the variability of income for agricultural producers in the European Union. There is no doubt that climate change has increased the agricultural production risk. It should be noted that these are the two most important factors determining the variability and instability of income in agriculture as a producer group. In this connection the role of agricultural policy instruments is even more important. The elimination of the negative effects of an increase in agricultural management risk at the same time reduces price risk together with its income effects²⁴. The Member States' evolutionary approach to the Common Agricultural Policy aims at stabilising the income level of agricultural producers in conditions of permanent and increasing exposure of agricultural producers. The Common Agricultural Policy has shaped a wide range of possibilities of supporting groups of agricultural producers. The most important are macroeconomic solutions, among which one should mention income and price support, export subsidies and direct payments. For example, the price policy assumes common criteria and identical calculation instruments²⁵. Favourable prices and subsidies, limiting agricultural production and an effective system of interference in the domestic and foreign markets guarantee the stability of production and the agricultural market, as well as a systematic increase in the income of agricultural producers. Interestingly, initially direct payments were to compensate farmers for the reduction in their income as a result of the reduction in guaranteed prices of agricultural products. With time, this system has become the main instrument of income support for farmers in all EU countries.

The European Biodiversity Strategy for 2030 “Bringing nature back into our lives” was adopted as a Communication by the European Commission in May 2020. It is one of the main elements of the European Green Deal,²⁶ set out in an earlier Communication from the Commission, announced in 2019, and which is a new development strategy for the European Union. Both the European Green Deal and the “EU Biodiversity Strategy for 2030” are documents of a strategic nature, which determine the directions for change, but it should be stressed that only legal regulations will introduce legally binding solutions²⁷. The European

²³ M. A. Król, *Polityczne i prawne podstawy ochrony różnorodności biologicznej w gospodarce rolnej*, (in:) *Prawo ochrony różnorodności biologicznej*, red. M. Górski, J. Miłkowska-Rębowska, Warszawa 2013, pp. 149-150.

²⁴ A. Erechemla, *Ochrona bioróżnorodności w ramach Wspólnej Polityki Rolnej*, (in:) *Prawo ochrony różnorodności biologicznej*, eds. M. Górski, J. Miłkowska-Rębowska, Warszawa 2013, pp. 65-66.

²⁵ A. Woś, *W poszukiwaniu modelu rozwoju polskiego rolnictwa*, Warszawa 2004, p. 146.

²⁶ European Green Deal – Consilium (europa.eu) (accessed on: 9 September 2021).

²⁷ P. Wojciechowki, *Bezpieczeństwo żywnościowe a ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych w kontekście strategii “Od pola do stołu”*, *Przegląd Prawa Rolnego* No. 1 (28) – 2021,

Parliament Resolution of 9 June 2021 on the EU Biodiversity Strategy 2030 – “Bringing nature back to our lives” was adopted as a document which aims, *inter alia*, to: systematise the issues addressed in the Strategy, give appropriate emphasis to priority issues and strengthen the impetus to the activities of the European Commission. These documents are important because they define specific objectives and set out the directions in which changes in EU law should take place. The implementation of the Common Agricultural Policy involves specific budgetary expenditures. Sources of funding are important in this context. Both financing from the EU budget and appropriate use of funds from national budgets should be taken into account. The development of the Common Agricultural Policy to date indicates that a significant part of the determinants described above will be even more intensified thanks to the Strategy. Generally speaking, it seems the environmental and social balance has become a priority²⁸. An even more balanced development of rural areas through the diversification of activities is to be expected in order to guarantee alternative income and to shape agricultural production in line with environmental requirements. At the same time, it is worth pointing out that under the current legal state, financial resources from the EU budget are by no means a substitute for public funds. They are to activate the public and private sectors in the implementation of measures co-financed from the European Union funds. Against the background of the above remarks, it can be concluded that they also have a theoretical reflection in legal scholarship. A. Matuszczak points out that “perception of sustainable agriculture has to be dynamic, as permanently occurring transformations in agricultural structures entail benefits and losses . . . It would be rational from the point of view of sustainability to make decisions in accordance with the principle of marginal gains. At the same time, as a result of globalisation processes, external costs and public goods must be weighed against economic benefits”²⁹. For the sake of accuracy, it should also be stressed that the assumptions of the Strategy may lead to the reduction of income inequality measures, but at the same time they may have an impact on other aspects of the functioning of agriculture³⁰. It seems necessary to redistribute support from larger

pp. 147–166.

²⁸ Cf. Z. Sadowski, *Akcesja do Unii Europejskiej a kierunki rozwoju Polski*, (in: *Gospodarcze i społeczne skutki akcesji Polski do Unii Europejskiej*, ed. R. Mikołajewicz, Opole 2006, p. 23. “The European Union defines in its provisions the framework and desirable policy directions, its general objectives and development goals. However, it does not impose specific solutions on Member States, appreciating the need to adapt them to the conditions of individual countries”.

²⁹ A. Matuszczak, *Koncepcja zrównoważonego rozwoju w obszarze ekonomicznym, środowiskowym i społecznym*, “Roczniki Ekonomiczne Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy” No. 2, 2009, p. 139.

³⁰ M. Drygas and I. Nurzyńska note “the need to take into account the UN Sustainable Development Goals by 2030, the Paris Climate Summit agreements of December 2015 and the CORK 2.0 conference, concerning in particular: natural resource management, climate change mitigation and environmental protection”, M. Drygas and I. Nurzyńska, *Uwarunkowania dyskusji nad ksz-*

to smaller and environmentally friendly farms. This is most often done through direct payments and investment subsidies³¹. The link between the concept of sustainable agriculture and industrial agriculture is that only active farmers in the EU are to receive direct payments. As a rule, however, this is a clear limitation of agricultural productivity growth in quantitative terms. In this context, there is an extraordinary obligation to allocate part of the land in ecological focus areas and thus the obligation to guarantee biodiversity.

Closely related to the issues presented above is the question of the direct support system for farmers. Undoubtedly, the Community regulations allow, to a significant extent, the independent policy of redistributive payments, thanks to which it is possible to adjust this instrument to regional conditions and objectives binding at the national level³². The amount of support received depends on the utilised agricultural area of a farm. It should be noted that according to Community standards, a Member State may transfer under a redistributive payment to farmers an amount not exceeding 30% of the national ceiling³³. In addition, the rate of this payment must not exceed 65% of the national average payment per hectare, calculated as the ratio between the national ceiling and the area covered by a single area payment. Consequently, where the ratio between the financial pool set aside to finance the redistributive payment and the area accepted for that payment is greater than 65% of the national average payment per hectare, the EU State should make a linear reduction in the thus calculated redistributive payment rate so that the rate actually applied does not exceed the adopted limit³⁴.

With reference to the above comments, it should be mentioned that the Common Agricultural Policy for 2014-2020 proposed ineffective solutions aimed at balancing the distribution of direct payments. The adoption of the redistributive payment mechanism resulted in the transfer between the EU countries of the amount of about EUR 1.25 billion, i.e. about 3% of the Common Agricultural Policy Pillar I budget³⁵. Therefore, the Strategy may prove to be a new solution in the analysed area.

tałtem Wspólnej Polityki Rolnej po 2020 roku, (in:) *Problemy rolnictwa światowego volume 18 (XXXIII), part 2*, ed. M. Parlińska, "Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie", 2018, p. 63

³¹ The REPORT on the EU Biodiversity Strategy for 2030 – Bringing nature back to our lives (europa.eu) (accessed on 26 August 2021).

³² A. Sadłowski, *Skutki stosowania płatności redystrybucyjnej w zależności od wariantu wdrożeniowego na przykładzie Polski*, "Polityki Europejskie, Finanse i Marketing" No. 22 (71) 2019, p. 182.

³³ The total pool allocated to a Member State for a given year for distribution under the direct support scheme.

³⁴ Taking into account the principle of subsidiarity, the Strategy assumes that EU Member States are to have greater influence in shaping redistributive payments at the national level.

³⁵ S. Stępień, M. Guth, K. Smędzik-Ambroży, *Rola wspólnej polityki rolnej w kreowaniu dochodów gospodarstw rolnych w Unii Europejskiej w kontekście zrównoważenia ekonomiczno-*

3. CONLUSSIONS

The assumptions of the European Biodiversity Strategy for 2030 and the consequent Resolution of the European Parliament of 9 June 2021 are part of the global trend to restore environmental balance and support mechanisms for the protection of biodiversity. This is the third biodiversity strategy aimed at halting the loss of biodiversity in the EU, but the first under which there is a real prospect of effective action being taken. The proposed solutions, particularly those relating to reducing the amount of agricultural chemicals used, are a justified and desirable trend. The links between the use of large quantities of fertilisers and plant protection products and a decline in biodiversity are undeniable and have been proven by many years of research. However, the social and economic effects should also be taken into account – one should be aware of the emerging threats to the economy in general, and to agriculture in particular, and create alternatives to the withdrawn products.

Due to the changes introduced in the European Biodiversity Strategy for 2030, it will be necessary to adapt legislation such as, *inter alia*, Directive 2009/128/EC of 21 October 2009 establishing a framework for Community action to achieve the sustainable use of pesticides³⁶ and, for example, Regulation 1107/2009 concerning the placing of plant protection products on the market³⁷. The Commission is currently revising Directive 2009/128/EC on the sustainable use of pesticides, including its targets for reducing pesticide use, in order to develop more effective methods of its implementation. It will also be necessary to amend Regulation (EC) No. 396/2005 on maximum residue levels of pesticides and to include in the legislative criteria animal health and risks to the environment³⁸. The consequence of these changes will obviously be the need to adapt the Act of 8 March 2013 on Plant Protection Products to the amended documents³⁹. The changes introduced should focus on facilitating the registration of biological preparations and chemical plant protection products that are safer and have less impact on the environment.

-społecznego, (in:) M. Parlińska (ed.), *Problemy rolnictwa światowego*, “Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie” 2018, Vol. 18 (XXXIII), part 3, p. 304.

³⁶ Directive 2009/128/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for Community action to achieve the sustainable use of pesticides, OJ EU. L 309/71.

³⁷ Regulation (EC) No. 1107/2009 of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 concerning the placing of plant protection products on the market and repealing Council Directives 79/117/EEC and 91/414/EEC, OJ L 309/1.

³⁸ European Parliament Resolution of 9 June 2021 on the EU... *op.cit.* (accessed on: 26 August 2021).

³⁹ The Act of 8 March 2013 on Plant Protection Products, Journal of Laws of 2020, item 2097.

The scope for importing agricultural raw materials and foodstuffs into the EU, which should be produced to the standards in force in the Union, could be either a threat or an opportunity, depending on the shape of the regulations. European regulations do not apply to non-EU producers and thus they may use plant protection products that are up to 50 years old and fail to comply with the integrated control principles. As a result, they produce more efficiently and cheaply, so imported goods will have a price advantage over European crops, often failing to meet quality requirements. With increasingly restrictive measures for limiting fertilisers and plant protection products, EU agriculture is also threatened by a possible increase in off-label use and a higher proportion of unregistered plant protection products. These phenomena will undoubtedly have a negative impact on the quality of plant raw materials and on the environment and will intensify with the rate of withdrawal of preparations and the restrictions applied by the EU. Therefore, it will be necessary to introduce more effective mechanisms, ensuring the application of equal standards and effective control of agricultural products imported from third countries, which is explicitly postulated in the Resolution.

An important element is that the Strategy sets specific, measurable legislative objectives, such as the introduction of binding legal regulations to reduce the level of chemical pesticides by 50% by 2030, to reduce fertiliser use by 20% and to reduce nutrient leaching by 50%. In addition, securing financial resources for this purpose in the EU budget may prove to be a key issue in achieving the postulates of the Strategy. In the current situation, however, the adopted Strategy may result in a reduction in agricultural production in the European Union and, as a consequence, translate into an increase in food prices, which will affect all consumers. A reduction in the supply of food produced in the EU may result in the EU losing its self-sufficiency in food and quality security. Unfortunately, the costs of implementing the Strategy will be borne by farmers and, as a consequence, by consumers. Poland is not a country which, according to statistics, significantly exceeds the limits of pesticide use. Therefore, it can be concluded that, paradoxically, according to the changes in the regulations introduced in the country it will be possible to increase the amount of plant protection products used or the situation will simply not change.

REFERENCES

Legal acts

The European Charter of Local Self-Government, drawn up in Strasbourg on 15 October 1985, Journal of Laws of 1994, No. 142, item 607, as amended, adopted by the Republic of Poland on 1 March 1994

The Act of 15 September 2000 on Agricultural Producer Groups and their Associations and on Amendments to Other Acts, Journal of Laws 2021, item 1603

- The Act of 7 March 2007 on the Support for Rural Development with the European Agricultural Fund for Rural Development under the Rural Development Programme for 2007-2013, Journal of Laws of 2020, item 1371, as amended
- The Directive 2009/128/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for Community action to achieve the sustainable use of pesticides, OJ EU. L 309/71
- Regulation (EC) No. 1107/2009 of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 concerning the placing of plant protection products on the market and repealing Council Directives 79/117/EEC and 91/414/EEC, OJ L 309/1. The Act of 8 March 2013 on Plant Protection Products, Journal of Laws of 2020, item 2097
- Regulation 538/2014 amending Regulation (EU) No. 691/2011 on European environmental economic accounts of 27 May 2014, OJ EU.L.2014.158.113
- The Act of 20 February 2015 on the Support for Rural Development with the Funds of the European Agricultural Fund for Rural Development under the Rural Development Programme 2014-2020, of 2021, item 182, as amended

Literature

- Chmielewska B., *Rynek i polityka w procesie zrównoważonego rozwoju rolnictwa*, „Roczniki Ekonomiczne Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy” 2013, No. 6
- Duczowska-Małysz K., Duczkowska-Piasecka M., Raport w sprawie KRUS, Business Centre Club, Warszawa 2008
- Drygas M. and Nurzyńska I., *Uwarunkowania dyskusji nad kształtem Wspólnej Polityki Rolnej po 2020 roku*, (in:) M. Parlińska (ed.), *Problemy rolnictwa światowego*, Vol. 18 (XXXIII), part 2, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie” 2018
- Erechemla A., *Ochrona bioróżnorodności w ramach Wspólnej Polityki Rolnej* (in:) *Prawo ochrony różnorodności biologicznej*, eds. M. Górski, J. Miłkowska-Rębowska, Warszawa 2013
- Gała, P., *Ochrona bioróżnorodności a prawa własności intelektualnej w rolnictwie*, „Studia Iuridica Agraria” 2014, Vol. 12
- Górski M., *Administrowanie działaniami związanymi z ochroną różnorodności biologicznej* (in:) *Prawo ochrony różnorodności biologicznej*, eds. M. Górski, J. Miłkowska-Rębowska, Warszawa 2013
- Każmierska-Patrzyzna A., *Ochrona różnorodności biologicznej w systemie prawnej ochrony przyrody*, Warszawa 2019
- Król M. A., *Polityczne i prawne podstawy ochrony różnorodności biologicznej w gospodarce rolnej*, (in:) *Prawo ochrony różnorodności biologicznej*, ed. M. Górski, J. Miłkowska-Rębowska, Warszawa 2013
- Matuszczak A., *Koncepcja zrównoważonego rozwoju w obszarze ekonomicznym, środowiskowym i społecznym*, „Roczniki Ekonomiczne Kujawsko-Pomorskiej Szkoły Wyższej w Bydgoszczy” 2009, No. 2
- Musiał W., *Problemy ekonomiczne gospodarstw małych i ich oczekiwania wobec reformy WPR 2014-2020*, (in:) *Problemy społeczne i ekonomiczne drobnych gospodarstw rolnych w Europie*, eds. J. Żmija, C. Alexandri, A. Czyżewski et al., Kraków 2013

- Prus P., *Czynniki hamujące chęć organizowania się rolników w grupy producentów rolnych* (in:) *Perspektywy rozwoju grup producentów rolnych – szanse i zagrożenia*, ed. S. Zawisza, Bydgoszcz 2010
- Sadłowski A., *Skutki stosowania płatności redystrybucyjnej w zależności od wariantu wdrożeniowego na przykładzie Polski*, „Polityki Europejskie, Finanse i Marketing” 2019, No. 22 (71)
- Sadowski Z., *Aksesja do Unii Europejskiej a kierunki rozwoju Polski* (in:) *Gospodarcze i społeczne skutki akcesji Polski do Unii Europejskiej*, ed. R. Mikołajewicz, Opole 2006
- Sobiecki, R., *Interwencjonizm w rolnictwie: dlaczego jest konieczny?* „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2015, No. 35(2)
- Stępień S., Guth M., Smędzik-Ambroży K., *Rola wspólnej polityki rolnej w kreowaniu dochodów gospodarstw rolnych w Unii Europejskiej w kontekście zrównoważenia ekonomiczno-społecznego*, (in:) *Problemy rolnictwa światowego*, ed. M. Parlińska, „Zeszyty Naukowe Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie” 2018, vol. 18 (XXXIII), part. 3
- Wojciechowki P., *Bezpieczeństwo żywnościowe a ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych w kontekście strategii „Od pola do stołu”*, „Przegląd Prawa Rolnego 2021”, No. 1 (28)
- Woś A., *W poszukiwaniu modelu rozwoju polskiego rolnictwa*, Warszawa 2004
- Wójtowicz W., *Pojęcie finansów publicznych*, (in:) *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, ed. W. Wójtowicz, Warszawa 2020

Online Sources

- Central Statistical Office, Economic aspects of environmental protection 2020, p. 55, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/srodowisko/energia/srodowisko/ekonomiczne-aspekty-ochrony-srodowiska-w-2020-roku,11,3.html> (accessed on: 16 September, 2021)
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM/2020/380 final, EU Biodiversity Strategy for 2030 – “Bringing nature back into our lives”, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1590574123338&uri=CELEX%3A52020DC0380> (accessed on: 3 September, 2021)
- The REPORT on the EU Biodiversity Strategy for 2030 – Bringing nature back to our lives, europa.eu (accessed on: 26 August, 2021)
- The resolution of the European Parliament of 9 June 2021 on EU Biodiversity Strategy for 2030 – Texts adopted – EU Biodiversity Strategy for 2030 – Bringing nature back into our lives – Wednesday, 9 June 2021, europa.eu (accessed on: 27 August, 2021)
- European Green Deal – Consilium, europa.eu (available at: 9 September, 2021)
- WEB-2011-00293-01-00-PL-TRA-00.DOC europa.eu, 2020 Biodiversity Factsheet_PL.pdf (accessed on: 3 September, 2021)

Z Wydziału

Sławomir Lewandowski
Uniwersytet Warszawski, Polska
e-mail: s.lewandowski@wpia.uw.edu.pl
ORCID: 0000-0003-3744-8063

**PROFESOR ANDRZEJ MALINOWSKI – PRAWNIK,
LOGIK, BADACZ JĘZYKA PRAWNEGO**



ANDRZEJ MALINOWSKI (1943–2021)

22 marca 2021 r. w Warszawie zmarł prof. dr hab. Andrzej Malinowski, znany i ceniony naukowiec i dydaktyk, przez całe swoje życie zawodowe był związany z Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego¹.

Profesor Andrzej Malinowski urodził się 5 kwietnia 1943 r. w Jarosławiu w rodzinie z prawniczymi tradycjami. Do liceum ogólnokształcącego uczęszczał we Wrocławiu, zaś studia podjął na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Po ich ukończeniu został pracownikiem naukowo-dydaktycznym Wydziału, przechodząc wszystkie szczeble kariery nauczyciela akademickiego: od asystenta poprzez adiunkta, docenta, profesora nadzwyczajnego aż do stanowiska profesora zwyczajnego. Stopień doktora nauk prawnych uzyskał w 1969 r. po przedłożeniu i obronie rozprawy *Zastosowanie metod i pojęć cybernetycznych do modelowania procesu stosowania norm prawa*. W 1978 r. Rada Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego nadała Mu stopień doktora habilitowanego na podstawie monografii *System dostarczający informacji o funkcjonowaniu sądów. Analiza modelowa na przykładzie postępowań cywilnych*. W 2007 r. Andrzej Malinowski otrzymał tytuł profesora.

Aktywność zawodowa Profesora Andrzeja Malinowskiego mogła być uznawana za ponadprzeciętną w sferze i organizacyjnej, i dydaktycznej, i przede wszystkim – naukowej. W każdym z tych obszarów działalność Profesora budziła uznanie i szacunek. Potwierdzeniem tego mogą być przyznawane Profesorowi nagrody Rektora Uniwersytetu Warszawskiego, Medal Uniwersytetu Warszawskiego i Złoty Krzyż Zasługi.

W wymiarze organizacyjnym Profesor zapisał się w pamięci Uniwersytetu i Wydziału przez pełnione funkcje. Przez dwie kadencje był Prodziekanem do spraw studenckich, a później pełnił funkcję Przewodniczącego Rady Naukowej Instytutu Nauk o Państwie i Prawie. Aktywnie działał w Zarządzie Fundacji Uniwersytetu Warszawskiego, Radzie Legislacyjnej Polskiego Czerwonego Krzyża oraz w Komisji Języka Prawnego Rady Języka Polskiego przy Prezydium Polskiej Akademii Nauk. To Profesor w 1990 r. stworzył Zakład Logiki i Informatyki Prawniczej, przekształcony następnie w Katedrę, która obecnie nosi nazwę Katedry Logiki i Argumentacji Prawniczej. Co jest niezwykle istotne, Profesor był kierownikiem tej Katedry (początkowo Zakładu) przez 30 lat. Tak długi czas sprawowania takiej funkcji nie zdarza się zbyt często. Dodając do tego, że przez te trzy dziesięciolecia Katedra mogła uchodzić za wzór harmonijnej, bezkonfliktowej współpracy, otrzymujemy obraz rzeczywiście wyjątkowy.

¹ Pierwsze wspomnienie pośmiertne o Profesorze Andrzeju Malinowskim ukazało się w „Państwie i Prawie” z 2021 r., z. 6 (s. 126–128). Część informacji podanych we wspomnieniu jest wykorzystana również w niniejszej publikacji. Życiorys Profesora, jak również zestawienie wszystkich Jego prac opublikowanych do 2012 r. można znaleźć w książce: S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel (red.), *Prawo, język, logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, Warszawa 2013, s. 9–18.

Także działalność dydaktyczna Profesora musi być równie wysoko oceniana, czego najlepszym dowodem były pełne sale wykładowe na Jego zajęciach. W pamięci każdego absolwenta WPiA UW bez wątpienia pozostaje wykład kursowy z logiki prawniczej, który był prowadzony przez Profesora przez prawie 40 lat. To właśnie dzięki temu wykładowi licznie zgromadzeni w największej auli Uniwersytetu studenci pierwszego roku mogli się przekonać już w pierwszych tygodniach nauki, że praca prawnika to nie bezmyślne uczenie się treści przepisów na pamięć, lecz że istotą tej pracy jest logiczne myślenie. Przykłady, które podawał Profesor, z pewnością pozostały w pamięci słuchaczy na całe ich prawnicze życie.

Wprawdzie Profesor jako dydaktyk był kojarzony przede wszystkim z wykładami i ćwiczeniami z logiki prawniczej, ale prowadził też wysoko oceniane zajęcia (wykłady, seminaria, konwersatoria) z innych przedmiotów: legislacji, statystyki, logicznych podstaw stosowania prawa, czy też technik decyzyjnych i organizatorskich. Był promotorem i recenzentem wielu prac magisterskich, wypromował też czworo doktorów. Jako recenzent uczestniczył w wielu przewodach doktorskich i postępowaniach habilitacyjnych.

Dorobek dydaktyczny Profesora to nie tylko zajęcia, które prowadził, lecz także podręczniki i opracowania o zbliżonym charakterze. W tym zakresie na plan pierwszy wysuwają się książki z logiki prawniczej, których Profesor był pomysłodawcą, redaktorem i współautorem. Chodzi tu o podręcznik *Logika dla prawników*, o *Logikę dla prawników. Słownik encyklopedyczny* i o zbiór zadań *Przewodnik do ćwiczeń z logiki dla prawników*. Dodajmy, że podręcznik do logiki miał już trzynaście wydań, słownik – trzy, a zbiór zadań – siedem. Profesor pisał podręczniki także i z innych dziedzin, czego potwierdzeniem mogą być następujące opracowania: *Wprowadzenie do technik decyzyjnych i organizatorskich. Skrypt dla studentów administracji*, *Statystyka opisowa dla studentów administracji i prawa* oraz *Podstawy statystyki z elementami demografii*.

Szczególnego podkreślenia wymagają naukowe osiągnięcia Profesora. Oczywiście w tak krótkim tekście nie sposób dokonać ich pełnej charakterystyki, stąd też skupimy się na dokonaniach z ostatnich kilkunastu lat, sygnalizując jedynie, że we wcześniejszych okresach przedmiotem zainteresowań Profesora były również cybernetyka, prawometria, informatyka prawnicza czy statystyka. Natomiast w ostatnich latach w pracy Profesora dominują badania dotyczące logiki prawniczej i polskiego języka prawnego.

Samą logikę Profesor nie utożsamiał z logiką formalną, lecz przypisywał jej szersze znaczenie. Definiował ją jako naukę o zasadach poprawnego rozumowania, która swoim zakresem obejmuje, oprócz logiki formalnej, także semiotykę i metodologię nauk. Semiotyka przy tym, jako nauka o znakach, w tym znakach słownych, zajmuje się problematyką znaczenia, regułami formowania i przekształcania wyrażzeń oraz relacjami między człowiekiem a znakiem. Z kolei metodologia nauk jest nauką, a właściwie metanauką, o czynnościach

poznawczych mających charakter metod badawczych oraz rezultatach takich czynności².

Konsekwentnie podkreślając wielką rolę logiki w pracy myślowej prawnika, Profesor zwracał uwagę na związek analiz logicznych z analizami prawnymi. Sam termin „logika prawnicza” uznawał za trafny i zgodny z intuicją językową. Rolę logiki prawniczej widział w twórczym przenoszeniu przez nią dorobku logiki ogólnej w obszar prawa i prawoznawstwa. Dodawał, że logika prawnicza „nie tylko wykorzystuje różnorodne metody logiczne na gruncie prawa, lecz także wzbogaca je o elementy teoretyczno- i dogmatycznoprawne”³.

Te naukowe zainteresowania logiką prawniczą zaowocowały licznymi artykułami publikowanymi w najbardziej prestiżowych polskich periodykach prawniczych, a także wymienionymi wyżej książkami o charakterze dydaktycznym. W obszarze wyznaczanym przez logikę prawniczą mieści się też monografia *Pytania i odpowiedzi. Teoria i zastosowanie w postępowaniu karnym i cywilnym. Zarys logiki pytań dla prawników*. Praca ta może być uznana za pierwsze w literaturze polskiej tak pełne ukazanie związków teorii i praktyki prawa z logiką erotetyczną (logiką pytań). W monografii tej w sposób całościowy ukazane zostały semantyczne, składniowe i metodologiczne problemy tego działu logiki w zakresie przydatnym w pracy prawnika.

Instrumentarium oferowane przez logikę wsparte metodami lingwistyki statystycznej umożliwiło Profesorowi przeprowadzenie nowatorskich badań nad językiem prawnym, szczegółowo opisanych w monografii *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*. W pracy tej została przedstawiona lista rangowa 2000 słów najczęściej występujących w polskim języku prawnym. Te szczegółowo uzasadnione ustalenia śmiało mogą być uznane za pionierskie w skali nie tylko krajowej. Przedstawiając bliższą, wyjątkowo precyzyjną charakterystykę języka prawnego, Profesor uznawał go za posiadającą swoiste własności odmianę stylową języka ogólnego.

Kolejną monografią, w której niezwykle umiejętnie badania językowe zostały połączone z logiczną analizą, jest wydana rok przed śmiercią Profesora książka zatytułowana *Błędy formalne w tekstach prawnych*. W tym kolejnym nowatorskim dziele dokonano konfrontacji konkretnych dyrektyw poprawnościowych z ich realizacją w tekstach prawnych. Błąd formalny został zdefiniowany jako istotna niezgodność danego wyrażenia z określoną regułą języka prawnego. Niebagatelny jest walor edukacyjny tej pracy – nie tylko pokazuje ona błędy popełniane przez prawodawcę, ale równocześnie uczy, jak ich unikać. Uznanie budzi również sama konstrukcja tej monografii, związana z opracowaną przez Profesora bardzo przejrzystą typologią błędów formalnych prawodawcy. Profesor jako

² S. Lewandowski, A. Malinowski, J. Petzel, *Logika dla prawników. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 2021, s. 143–144, 149–150, 232.

³ A. Malinowski, *Logika, logika prawnicza, teoria argumentacji*, (w:) T. Giaro (red.), *Dziedziny prawa, dyscypliny i metody prawnicze*, Warszawa 2013, s. 25.

typy takich błędów wyróżnił: użycie określeń nieostrych lub wieloznacznych, błędy w definicjach legalnych, niepoprawne użycie spójników, niewłaściwe odesłania, nieodpowiednią systematykę aktu normatywnego oraz niską komunikatywność tekstu prawnego.

Profesor podejmował zresztą wielokrotnie starania o poprawę komunikatywności polskiego języka prawnego. I tak np. dokonał językowej analizy wszystkich polskich kodeksów i posługując się odpowiednimi miarami statystycznymi, wykazał, że pod względem językowym najbardziej przystępne są Kodeks karny i Kodeks wykroczeń, zaś najtrudniejszym językiem są napisane Kodeks karny wykonawczy i Kodeks pracy⁴. Profesor nie ograniczał się przy tym tylko do krytyki, lecz wskazywał również środki mogące doprowadzić do poprawy istniejącego stanu rzeczy. Uważał, że akty normatywne powinny być redagowane w sposób bardziej przystępny, przy ograniczaniu środków specyficznych dla tekstów prawnych. Postulował wprowadzenie do edukacji licealnej przedmiotu prezentującego wiedzę o języku prawnym, a jako minimum służące zapewnieniu prawodawczej komunikatywności widział przestrzeganie zaleceń zawartych w Zasadach techniki prawodawczej⁵.

Problematyce techniki prawodawczej Profesor poświęcił też wiele innych prac. Przede wszystkim warto przywołać tu następujące monografie i poradniki z zakresu szeroko rozumianej legislacji: *Teksty prawne Unii Europejskiej. Opracowanie treściowe i redakcyjne oraz zasady ich publikacji*, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne* oraz *Systematyka wewnętrzna ustawy*.

Jak już wyżej zaznaczałem, przedstawiony opis dokonań Profesora Andrzeja Malinowskiego daleki jest od zupełności, to jedynie sygnalizacja tego, co wydaje się szczególnie charakterystyczne dla Jego pracy i twórczości. Bez wątplenia śmierć Profesora to dotkliwa strata dla polskiej nauki prawa, ale w nauce tej na lata pozostaną Jego dzieła. Z kolei w pamięci koleżanek i kolegów, współpracowników i uczniów Profesor zostanie zachowany jako człowiek życzliwy i przyjazny, twórczy i otwarty na naukowe wyzwania.

Sławomir Lewandowski

⁴ A. Malinowski, *Komunikatywność polskich kodeksów*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016, nr 1, s. 24 i n.

⁵ A. Malinowski, *Pomiar czytelności polskiego tekstu prawnego*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 5, s. 16–17.