

ISSN: 1689-8052
E-ISSN: 2451-0807



STUDIA

prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2018 NR 1 (22)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2018 No. 1 (22)

PODSTAWOWE INFORMACJE DLA AUTORÓW

- Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
 - Teksty winny zostać dostarczone redakcji w języku polskim lub angielskim, drogą elektroniczną (e-mail: sp@ka.edu.pl).
 - Tekst artykułu powinien być złożony pismem Times New Roman o wielkości 12 punktów z interlinią 1,5. Pierwsza strona, poza tytułem pracy, winna zawierać imię i nazwisko autora, jego afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której pracuje, oraz kraju.
 - Do tekstu autor powinien dołączyć abstrakt (maksymalnie 200 słów) oraz słowa kluczowe (3–5) – w języku polskim i angielskim.
 - Autor winien stosować przypisy dolne – z terminologią łacińską, polską lub angielską – konsekwentnie dla wybranej wersji językowej.
 - Teksty będą publikowane wyłącznie po uzyskaniu pozytywnej opinii recenzentów.
 - Szczegółowe informacje znajdują się na stronie internetowej czasopisma (<https://sp.ka.edu.pl>).
-

THE BASIC INFORMATION FOR AUTHORS

- To publication will be accepted unpublished research papers as well as review articles, case reports, book reviews and reports connected with legal issues.
- Submitted manuscripts should be sent in electronic form by e-mail (sp@ka.edu.pl) and must be written in Polish or English.
- The text should be written in Times New Roman, 12-point font, 1,5 spaced. The first page of paper should contain: the title, the full name of the author (authors), affiliation with the name of the institution where the paper was written, the town and country.
- Author should also include a 200-word abstract (maximum) and 3–5 keywords in Polish and English.
- Author should use footnotes (at the bottom of the page), including the Latin, Polish or English terminology.
- All papers will be reviewed and published on the basis of opinions submitted in a peer review process.
- Detail information for authors can be find on the website of the journal (<https://sp.ka.edu.pl>).

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2018 NR 1 (22)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2018 NO. 1 (22)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
redaktor tematyczny ds. nauk o administracji / Subject Editor for Administrative Sciences	– Monika Augustyniak
redaktor tematyczny ds. nauk prawnych / Subject Editor for Legal Sciences	– Adam Strzelec
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Anna Szuba-Boroń

www.ka.edu.pl • www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Jacek Mazurkiewicz [Wrocław]
Andriy Bojko [L'viv]	Francesco Morandi [Sassari]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Stephen Riley [Utrecht]
Janina Czapska [Kraków]	Christian Rolfs [Köln]
Tomas Davulis [Vilnius]	Janusz Szwaja [Kraków]
Angelo Vigliani Ferraro [Reggio Calabria]	Maria Tzanou [Keele]
Pavlo Fris [Ivano Frankivsk]	Emod Veress [Cluj Napoca]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Jan Widacki [Kraków]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Harald G. Kundoch [Köln]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]
Egidijus Kūris [Vilnius]	

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2018

e-ISSN: 2451-0807

ISSN: 1689-8052

Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” są dostępne w wolnym dostępie (*open access*).

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Redakcja językowa tekstów polskich: Kamil Jurewicz

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:
Oficyna Wydawnicza AFM
Kraków 2018
oficyna@afm.edu.pl

Sprzedaż prowadzi:
e-mail: ksiegarnia@kte.pl

Projekt graficzny: Joanna Sroka

Skład: Jakub Aleksejczuk

Spis treści

Artykuły i studia

Monika Augustyniak

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Organization and functioning of legislative bodies in Polish and French territorial self-government: contribution to the discussion 3

Henriett Rab

prof. nadzw., Uniwersytet w Debreczynie

Márton Leó Zaccaria

dr, Uniwersytet w Debreczynie

Can the prohibition of age discrimination balance the labour market? 19

Tomasz Srogosz

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Strasburskie kryteria dotyczące izolacyjnego środka zabezpieczającego a prawo polskie 33

Agnieszka Szpak

dr hab., Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Proliferacja broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia jako czynnik przedłużający trwanie konfliktów zbrojnych 47

Michał Peno

dr, Uniwersytet Szczeciński

Przestępstwo i kara w filozoficznym ujęciu Johna Finnis 63

Tomasz Tyburcy

dr, Uniwersytet Warszawski

Z problematyki rozboju. „Przemoc wobec osoby” (art. 280 § 1 k.k.) a „gwałt na osobie” (art. 130 § 3 k.w.) 81

Agnieszka Kania

dr, Uniwersytet Zielonogórski

Prawnokarny zakaz wstępu na imprezę masową 97

Konrad Burdziak

dr, Uniwersytet Szczeciński

Czy art. 196 kodeksu karnego w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej? 115

Marcin Jurewicz

dr, Politechnika Białostocka

Oznakowanie nanoproductów w Unii Europejskiej – uwarunkowania prawne 139

Jakub Biernat

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia.**Wybrane zagadnienia konstrukcyjne* 147

Beata Więzowska-Czepiel

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Podmioty uprawnione do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich –
przeгляд instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część I)* 157

Aleksandra Grześkowiak

adwokat, członek Wielkopolskiej Izby Adwokackiej w Poznaniu

*Niedozwolone oddziaływanie na wolę testatora. Groźba a nieważność testamentu.
Analiza porównawcza Kodeksu cywilnego, Bürgerliches Gesetzbuch
oraz Code civil des Français* 177

Izabela Ciszek-Łudzik

doktorantka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie;

radca prawny

*Dochodzenie roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem
od świadka koronnego* 205

Maciej Schmidt

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Niestabilność prawa podatkowego jako czynnik ograniczający
zaufanie podatników do systemu prawa* 221**Glosy**

Michał Surdyk

aplikant adwokacki w Izbie Adwokackiej w Warszawie

*Możliwość uznania konsorcjum przetargowego za porozumienie ograniczające
konkurencję. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie**z dnia 8 czerwca 2016 r., VI ACa 651/15*..... 237

Sławomir Zwolak

dr, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

*Legalizacja to prawo, a nie obowiązek inwestora. Glosa do wyroku Naczelnego
Sądu Administracyjnego z dnia 24 sierpnia 2016 r., II OSK 2947/14* 247**Recenzje, sprawozdania, varia**

Robert Borkowski

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,

prezes Polskiego Towarzystwa Bezpieczeństwa Narodowego

*John A. Liebert, William J. Birnes, Psychiatric Criminology: A Roadmap**for Rapid Assessment [CRC Press, Boca Raton–London–New York 2016, 405 s.].. 261*

Łukasz Mirocha

dr, adwokat

Beata Polanowska-Sygulska, John Gray i krytyka liberalnego legalizmu
[Księgarnia Akademicka, Kraków 2017, 539 s.] 267

Paweł Marek

doktorant, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Rola i znaczenie
biegłego w polskim systemie prawnym”, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski
w Olsztynie, 14 marca 2018 r. 273

Contents

Articles and Studies

Monika Augustyniak

Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Organization and functioning of legislative bodies in Polish and French territorial self-government: contribution to the discussion 3

Henriett Rab

Associate Professor, University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

Márton Leó Zaccaria

PhD, University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

Can the prohibition of age discrimination balance the labour market? 19

Tomasz Srogosz

Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Strasbourg criteria for an insulating security measure and Polish law 33

Agnieszka Szpak

Associate Professor, Nicolaus Copernicus University in Toruń

Proliferation of small arms and light weapons as a factor contributing to the duration of armed conflicts 47

Michał Peno

PhD, University of Szczecin

Crime and punishment in the light of John Finnis's natural-law philosophy 63

Tomasz Tyburcy

PhD, University of Warsaw

The issues of robbery: the relationship between the terms "violence against a person" (Art. 280 § 1 of the Penal Code) and "personal violation" (Art. 130 § 3 of the Violations Code) 81

Agnieszka Kania

PhD, University of Zielona Góra

A criminal law ban on participation at mass events 97

Konrad Burdziak

PhD, University of Szczecin

Does article 196 of Criminal Code excessively limit the freedom of speech and artistic freedom? 115

Marcin Jurewicz

PhD, Białystok University of Technology

The labelling of nano-products: legal conditions 139

Jakub Biernat

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Positive prescription of agricultural property: selected interpretative issues 147

Beata Więzowska-Czepiel

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

ADR-accredited entities in Poland:

a review of institutions listed in the UOKiK register (part 1) 157

Aleksandra Grześkowiak

counsel, member of the Greater Poland Bar Council

Undue influence on the will of testator. Threats and invalidity

of the testament in Polish Civil Code, German BGB and French Code civil..... 177

Izabela Ciszek-Łudzik

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University; legal counsel

Pursuit of civil claims by a victim of crime from the state's evidence 205

Maciej Schmidt

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Instability of tax law as a factor limiting taxpayers' trust in legal system 221

Glosy

Michał Surdyk

advocate's trainee in The Warsaw Bar Association

Bidding consortium as an anticompetitive agreement.

Gloss to the judgment of the Court of Appeal in Warsaw of June 8,

2016, VI ACa 651/15..... 237

Sławomir Zwolak

PhD, John Paul II Catholic University of Lublin

Legalization is a right, not an investor's obligation. Gloss to the judgment

of the Supreme Administrative Court of 24 August 2016, II OSK 2947/14..... 247

Book Reviews, Reports, Varia

Robert Borkowski

Associate Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University;

chairman of the Polish National Security Society

John A. Liebert, William J. Birnes, Psychiatric Criminology:

A Roadmap for Rapid Assessment [CRC Press,

Boca Raton–London–New York 2016, 405 pp.] 261

Łukasz Mirocha

PhD, counsel

Beata Polanowska-Sygulska, John Gray i krytyka liberalnego legalizmu

[Księgarnia Akademicka, Kraków 2017, 539 pp.] 267

Paweł Marek

Doctoral Student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Nationwide Scientific Conference "The role and significance

of an expert witness in Polish legal system", University of Warmia and Mazury

in Olsztyn, March 14, 2018. A report..... 273

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Monika Augustyniak

Associate Professor, Faculty of Law, Administration and International Relations,
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

Organization and functioning of legislative bodies in Polish and French territorial self-government: contribution to the discussion¹

Foreword

According to Article 72 par. 3 of the French Constitution², the French legislator has determined that under the conditions provided for in the Act the territorial communities may freely exercise their power through elected councils and have the right to issue legal acts in order to exercise their powers. Provisions of the General Code of Territorial Communities (CGCT³) specify in detail the catalogue of authorities, their organization and rules of operation. Whereas pursuant to article 169 par. 1 of the Constitution of the Republic of Poland⁴: “Units of local government shall perform their duties through constitutive and executive organs.” In the Polish and French legal order the organizational structure of legislative (or constitutive) bodies is based on the bodies indicated *expressis verbis* by the legislator in systemic self-government acts⁵ and regulations of the

¹ Research project carried out at the Faculty of Law, Administration and International Relations at Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University financed from funds for statutory activities on the basis of the decision no. WPAiSM/DS/4/2016-KON.

² Constitution of the French Republic of 4 October 1958 (Constitution du 4 octobre 1958, JORF n° 0238 du 5 octobre 1958, page 9151).

³ Code général des collectivités territoriales (General Code of Territorial Communities, CGCT) – source: <https://www.legifrance.gouv.fr> [accessed: 10.02.2018]

⁴ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws of 1997, no. 78, item 483, as amended) – hereinafter referred to as the Constitution of the RP.

⁵ Systemic self-government acts should be understood to mean: the Act of 8 March 1990 on municipal self-government (consolidated text Journal of Laws of 2017 item 1875 as amended) – hereinafter referred to as AMSG; the Act of 5 June 1998 on district self-government (consolidated text Journal of Laws of 2017 item 1868 as amended) – hereinafter referred to

General Code of Territorial Communities. This catalogue is closed and its extension is not permitted.

The notion of self-government power in this article includes only the presentation of legislative bodies in territorial self-government units in the Polish legal order and in French territorial communities. The analysis will cover a selected issue concerning the organization and functioning of legislative bodies and their basic tasks and competences implemented in both legal orders. The whole subject matter will be discussed from a comparative perspective. Discussing the basic elements related to the organization and functioning of councils and *sejmiki* (regional assemblies) will allow in the final evaluation to propose changes in the model of these bodies in contemporary territorial self-government. Bearing in mind the role and importance of the legislative body in territorial self-government units, the search for an appropriate model of this body seems to be an important research topic.

Organization and functioning of the legislative body: selected systemic and administrative aspects

In the Polish and French legal order the legislator imposed the obligation to appoint a legislative and executive body in territorial self-government units/territorial communities in order to perform municipal tasks that are the manifestation of implementation of the principle of decentralization⁶ of public authority.

Legislative bodies in French territorial communities are obliged at the beginning of the term of office to adopt a resolution on the internal regulations of a given municipal, departmental and regional council. This act determines the organization and mode of operation of the legislative body. According to article L. 2121-8 CGCT in municipalities with at least 3,500 inhabitants municipal council obligatorily sets its regulations within 6 months from taking over the function. They are optional in municipalities with less than 3500 residents. The council of the department or region must adopt regulations up

as AD SG; and the Act of 5 June 1998 on voivodeship self-government (consolidated text Journal of Laws item 2096 as amended) – hereinafter referred to as AVSG.

⁶ Decentralization of public authority occurred in France in the early 1980s. when the parliament passed a whole range of acts affecting the system of local authority in France, including Act No. 82-213 of 2 March 1982 on the rights and freedoms of municipalities, departments and regions, Act No. 83-8 of 7 January 1983 on the division of competences between municipalities, departments, regions and the state. Moreover, in article 1 of the Constitution of the French Republic of 4 October 1958 a provision was added stating that the organization of the French Republic is decentralized – see Ph. Ardant, B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 2015, p. 388.

to three months after the renewal of the term of office (see article L. 3121-8 of the CGCT and article L. 4132-6 of the CGCT). The internal regulations are binding until establishment of new ones, therefore they are limited by term. A resolution adopting or amending the internal regulations is an administrative act that can be challenged by a complaint regarding the abuse of powers⁷. The provisions of the internal regulations may only apply to the principles of the functioning of the council and the way in which a permanent commission operates in a department or region. The provisions of the internal regulations must comply with the rules set out in the statutory laws and implementing regulations. Resolutions adopted contrary to the internal regulations are unlawful.

In the Polish legal order, the statutes of the municipality, district and voivodeship regulate the system of a given territorial self-government unit. They include, among others, internal organization and mode of operation of the bodies of the municipality, district and voivodeship and their internal bodies. As a local law act of a structural and organizational nature⁸ they are subject to publication in the voivodeship official journal.. These are not term-limited *a contrario* to French regulations in this scope. They contain obligatory regulations defined in systemic self-government acts (e.g. principles and mode of operation of the audit commission and clubs) and optional regulations. As the Voivodeship Administrative Court in Gliwice stated in its judgement of 28 November 2017 “The statutes of the municipality may regulate not only those issues that have a separate detailed legal basis in the act, but also all issues related to the functioning of a given municipality, as long as they do not violate the generally applicable provisions of law”.⁹ Statutes of territorial self-government units are legal acts of normative nature. The provisions of the statutes are the law whose violation by the resolution of the body of the municipality, district, voivodeship justifies its annulment¹⁰.

The provisions of the CGCT Code and internal regulations allow councillors to efficiently prepare and take decisions in the field of competences granted to the legislative bodies. The internal bodies of councils include thematic commissions (appointed at the beginning of the term of office of the council), permanent commissions or created during particular meetings to

⁷ See decision of the Council of State, section, 10 February 1995, *Riehl et Commune de Coud-ekerque-Branche vs. Devos, Lebon* p. 66 and 67; *GADD* no. 13.

⁸ See D. Dolnicki, *Samorząd terytorialny* [Territorial self-government], Warszawa 2016, p. 383 et seq.

⁹ See judgement of 28 November 2017 of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice (IV SA/GI 624/17, LEX no. 2422809).

¹⁰ See judgement of 9 April 2008 of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław (III SA/Wr 68/08, LEX no. 506864).

analyse issues submitted to the council (see article L. 2121-22 CGCT). These commissions are convened by the mayor who *ex officio* performs the function of their chairperson. They are convened within one week of their creation and elect a deputy chairperson who replaces the mayor in the event of his/her absence or inability to perform his/her functions. Thematic commissions may also be appointed in the departmental and regional councils¹¹. Councillors have the right to submit oral inquiries (interpellations) at the meeting of the legislative body acting in matters concerning a given territorial community. In municipalities with at least 50,000 inhabitants, at the request of one-sixth of their members, the council deliberates on the creation of an information and evaluation mission (*mission d'information et d'évaluation*). This body has the task of gathering information on issues related to the municipality or assessment of municipal services (article L. 2122-22-1 CGCT). The internal regulations determine the conditions for the creation and functioning of these missions, the duration of which may not exceed 6 months. Therefore, this body can be considered as a kind of *ad hoc* commission.

In the Polish legal order commissions are also internal bodies of the council/*sejmik*. They are divided into permanent commissions (appointed for the term of office) and *ad hoc* commissions (appointed *ad hoc*). In addition, the commissions can be divided into obligatory commissions (e.g. audit, budget, health resorts commissions, commission for complaints, requests and petitions¹²) as well as optional commissions (freely appointed by the legislative body depending on the needs, e.g. culture commission, spatial planning commission). The chairperson of the commission is a councillor, elected for this function from among members of a given commission¹³.

The municipal council holds its meetings at least once a quarter. Whereas the mayor may convene a meeting of the council each time he/she considers it necessary. The mayor is obliged to convene a meeting within 30 days, if it is so requested by a representative of the central authorities, at least one third of the members of the council (in municipalities with at least 3,500 inhabitants) or the majority of its members (in municipalities with less than 3,500 inhabitants). The departmental council and regional council also meet at least quarterly on the initiative of their chairperson, at the request of a permanent

¹¹ See article L. 3121-22 CGCT I art. L. 4132-21 CGCT.

¹² This commission is to be established as an obligatory commission of councils/*sejmiki* for the new term of the legislative bodies, pursuant to the Act of 11 January 2018 on amending certain acts to increase the participation of citizens in the process of electing, operating and controlling certain public bodies (Journal of Laws item 130).

¹³ More on this topic in M. Augustyniak, *Prawa i obowiązki radnego jednostki samorządu terytorialnego* [Rights and obligations of a councillor of a territorial self-government unit], Warszawa 2012, p. 101 et seq.

commission or one-third of their members with a specific agenda and for a maximum period of two days, whereas no member may submit more than one request for convening the meeting for a semester (see article L. 3121-10 of the CGCT and article L. 4132-9 of the CGCT). In exceptional circumstances, the departmental or regional council may be convened by decree.

The legislative body is convened by its chairperson, i.e. the mayor or chairperson of the departmental or regional council. The invitation to the meeting includes a complete agenda. It is sent in writing, personally to the permanent address of the councillors in office, unless some of them indicate a different address for sending the materials. Convocation of a session is recorded in the register of resolutions, displayed or published (see article L. 2121-10 CGCT). Incorrect convocation can not be the subject of a complaint concerning the abuse of rights, but it results in the unlawfulness of resolutions adopted during the meeting. The invitation is sent within 3 full days before the meeting in municipalities with less than 3,500 inhabitants and 5 full days in municipalities with at least 3,500 inhabitants¹⁴ and 12 days (incomplete) in the case of departmental and regional councils (article L. 3121-19 CGCT and article L. 4132-18 CGCT). In urgent cases, it is possible to shorten the time of convocation, but it can not be shorter than one full day, provided that the council at the beginning of the meeting informs about the circumstances justifying the urgency of the convocation. Meetings of the municipal council are chaired by the mayor, and in the council of the department or region by the chairperson of the departmental or regional council, respectively. In the absence of this possibility – the person substituting him/her (see article L. 2121-14 CGCT – applies to the municipality). During the debate on the administrative account (*compte administratif*), but before its approval, the council elects its chairperson, while the mayor may participate in the deliberations, but not in the voting act.

In the Polish legal order meetings of the council/*sejmik* in ordinary mode are convened by the chairperson of the council/*sejmik*¹⁵ when necessary, but not less frequently than once a quarter. Each legislative body sets at the beginning of its term an annual schedule of its meetings. The chairperson is obliged to attach the agenda and draft resolutions being the subject of the meeting to the notice of convocation of the session. Moreover, the session of the legislative body may be convened in extraordinary mode at the request of the executive body or at least 1/4 of the statutory composition of the council/*sejmik*.

¹⁴ See article L. 2121-11CGCT and article L. 2121-12 CGCT.

¹⁵ In the absence of the chairperson of the council/*sejmik*, the session may be convened by his/her deputy.

Than the chairperson is obliged to call the session on a day falling within 7 days from the date of submission of the said request¹⁶. The notice on convocation of the session is sent to the councillors in paper or electronic form, in accordance with the provisions of the statutes of a given territorial self-government unit. In its judgement of 3 March 2011 the Voivodeship Administrative Court in Szczecin indicated that “The concept of convening a session, used in article 15 par. 1 of the Act on district self-government should be understood as sound and exhaustive activities aimed at providing the councillors with information about the place, date and programme of the session. It is the duty of the chairperson of the council to notify all councillors about each session [...]. Failure to notify the councillor about the date of the session means depriving the councillor of his/her fundamental rights, and thus constitutes a significant violation of the procedure for convening the session”¹⁷.

In the French legal order, only the chairperson may apply disciplinary measures during the deliberations of the council (article L. 2121-16 CGCT, article L. 3121-12 CGCT and article L. 4132-11 CGCT). Therefore, he/she may ask any person disturbing the order, including a councillor, to leave or interrupt his/her speech. Meetings can be broadcast using audiovisual media. The chairperson due to his right to use disciplinary measures and to ensure the proper course of the meeting, may take any measures regarding the transparency of the council’s meetings. It is not necessary to obtain consent of the councillors for the transmission of meetings on local television. Meetings are open to the public¹⁸, but this is not the case for the permanent commission. Free access to the meeting room may be limited only for reasons related to public order (in the absence of such reasons, resolutions adopted in violation of the principle of free access could be annulled). However, at the request of three members or a mayor (five members or a chairperson), the council may decide by absolute majority of the present and represented members to hold the meeting in camera. The decision is made by the council itself, in an open vote, if it deems it appropriate. It should be noted that in the departments and regions the prefect (of a department or region) may be heard by the council with the consent of the chairperson or at the request of the prime minister (article L. 3121-25 CGCT and article L 4132-25 CGCT). Once a year, the prefect gives the council a special report on the activities of the central services in the department or region.

¹⁶ This period is indicative – see judgement of 28 October 2008 of the Voivodeship Administrative Court in Kraków (III SA/Kr 998/07, LEX no. 519152).

¹⁷ See judgement of 3 March 2011 of the Voivodeship Administrative Court in Szczecin (II SA/Sz 155/11, LEX no. 1097088).

¹⁸ See article L. 2121-18 CGCT, article L. 3121-11 CGCT and article L. 4132-10 CGCT.

In the Polish legal order, the chairperson of the legislative body is responsible for the proper organization of the work of the council/*sejmik* and for conducting meetings of this body. By organizing the works of the council/*sejmik* one should understand a series of activities, mainly material and technical, such as preparing a draft agenda of the session, notifying councillors about the place and date of the session and agenda, preparing relevant documents and other materials for councillors¹⁹. As part of the proper organization of the body's work, there is also the right of the chairperson to use the disciplinary measures towards councillors or residents specified in the statutes of a given territorial self-government unit. For example, in accordance with § 21 of the Statutes of the City of Kraków²⁰ in the event that during the council deliberations the form or content of the speaker's speech clearly violates the seriousness of the session, the chairperson may cut off the speaker, recording this fact in the minutes of the session. The chairperson may order a person who is not a councillor to leave the place of deliberations, who, by his behaviour, disturbs the order or otherwise interrupts the conduct of the session. However, these are regulations of statutes not raised to the rank of laws, as in the French legal order.

About competences of legislative bodies in both legal systems

Municipal council/conseil municipal

French municipalities have the presumption of competence in matters of local significance. This competence covers all local matters not reserved for the department and region or government administration²¹. The municipal council manages local affairs that belong to its competence under the acts. As indicated in the doctrine of French administrative law, general competence is not a constitutional principle. It is regulated by the act. This general competence of the municipal council to decide on municipal matters is determined on the basis of the territoriality principle and the interest of the municipality²². The municipal council exercises competences resulting

¹⁹ Cf. judgement of 19 July 2012 of the Voivodeship Administrative Court in Lublin (III SA/Lu 203/12, LEX no. 1213405).

²⁰ See. Resolution No. CXXI / 1934/14 of the Kraków City Council of 5 November 2014 regarding the adoption and announcement of the uniform text of the Statutes of the City of Kraków – source: <https://www.bip.krakow.pl/> [accessed: 10.02.2018].

²¹ See S. Creusot, *Une nouvelle organisation décentralisée de la République*, Paris 2012, p. 54.

²² See M. Degoffe, *Droit administratif*, Paris 2016, p. 157 et seq. Interest of the municipality is determined separately for each case, depending on the specificity of local needs. Therefore, the interest of the municipality can be considered through the prism of the needs of residents.

from legislative and executive provisions (this applies, among others, to voting on the budget and administrative account, creation of public services and jobs). Moreover, according to the provision of article L. 2121-29 CGCT, the municipal council regulates the municipal affairs with its resolutions. This formula should be understood as giving the legislative body the fundamental competence of the general law, appearing alongside other competences of the municipality. However, competences of the municipality can not be completely separated from the competences clearly reserved for the mayor (who is also a municipal body), because this formula also serves to determine the competences of the whole municipality. The powers of the mayor, exercising executive power in the municipality, are mutually exclusive with the powers of the municipal council. Therefore, it is the competence of the mayor to take individual decisions regarding the employees of the municipality, but only the municipal council can make decisions about the liquidation of jobs²³.

The most important decision-making competences of the legislative body in the French municipality include the approval of the budget²⁴, approval of its implementation, discharge of the mayor, creation and liquidation of municipal services and enterprises. In addition, the tasks of the municipal council include, among others: adopting local principles of spatial management and land development, developing programmes in the field of housing, education, and activities in the field of cultural policy (this applies to, for example, libraries and urban archives)²⁵. It is worth noting that many competence acts give the council specific tasks and competences in the area of local affairs. The control of the executive body exercised by the council consists, among others, in the mayor's duty to inform the council about the manner of implementation of its resolutions. The mayor is obliged to answer questions asked by the council. The Council may adopt resolutions expressing its position on the manner of implementation of its resolutions. They do not give rise to any legal consequences, in particular the responsibility of the mayor. However, the mayor and the council must cooperate with each other, because the decision deadlock is the basis for the dissolution of the council, which may result in the dismissal of both bodies.

Cooperation is also ensured by the electoral system guaranteeing a permanent majority in the council from which the mayor derives²⁶. It is worth

²³ See J. Ferstenbert, F. Priet, P. Quilichini, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 2016, p. 253.

²⁴ See J. Girardon, *Les collectivités territoriales*, Paris 2014, p. 94 et seq.

²⁵ See P. Chapsal, *Les collectivités territoriales en France*, Paris 2015, p. 28.

²⁶ See article L. 2122-16 CGCT.

noting that although the mayor is elected by the municipal council, it has no right to dismiss the mayor²⁷.

One of the essential competences of the municipal council is the competence to appoint people for various positions. Personal voting in French self-government communities is secret²⁸. Apart from the election of the mayor and deputies and the election of the members of the thematic commissions, the municipal council (pursuant to article L. 2121-32 CGCT and article 1650 of Code général des impôts²⁹) appoints taxpayers every year who can sit on the municipal tax commission (commission communale des impôts). Moreover the council appoints councillors representing the municipality in various external bodies (see article L. 2121-33 CGCT), on principles specified in the CGCT regulations and other acts regulating the organization and functioning of these external bodies, e.g. public units of inter-municipal cooperation³⁰.

The municipal council also has competences in the scope of giving opinions and filing motions³¹. The distinction between these two measures was determined by the French legislator under the CGCT provisions. An opinion is required by a specific legal act or representative of the central authorities, which makes its scope imposed externally. Whereas a free motion is freely formulated by the municipal council, taking into account the so-called “local interest”. The concept of “local interest” (and not only “the interest of the municipality”) assumes that free motions may concern everything that interests the residents of the municipality, and not only what is strictly subject to the decision-making powers of the municipal council. The municipal council expresses the expectations of local communities on all matters covered by the local interest.

In the Polish legal order, the legislator formulates the principle of presumption of tasks and competences of the municipality. According to article 6 par. 1 of the Act on municipal self-government: “The scope of the activities of municipality includes all public matters of local significance, not reserved by laws for other entities.” The municipal council was equipped with the competence to resolve all matters reserved for the municipality. The list of the most important matters of the municipality in which the council has ex-

²⁷ See B. Faure, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 2016, p. 256.

²⁸ See article L. 2121-21 point 2 CGCT.

²⁹ See Code général des impôts – source: <https://www.legifrance.gouv.fr> [accessed: 09.02.2018].

³⁰ See J. Ferstenbert, F. Priet, P. Quilichini, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 2016, p. 255.

³¹ The council has competences in the scope of filing motions for matters of local significance, which are however more political than legal in nature – see P. Chapsal, *Les collectivités territoriales en France*, Paris 2015, p. 28 et seq.

clusive competence includes organizational, planning, financial and property, personal matters and other matters (e.g. concerning the coat of arms)³².

The most important competences of the municipal council of decision-making nature include financial and budgetary issues, such as the adoption of the budget and long-term financial forecast and the competence to legislate. As part of legislative competencies the council adopts resolutions that have different legal character. Some have the value of a local law act (e.g. spatial development plan), others do not (e.g. setting up an audit commission). As part of the control activity, the council controls the activities of the head of municipality, municipal organizational units and auxiliary units, thus the control covers the performance of own and commissioned tasks in the municipality. The council exercises its controlling powers basically through factual activities, e.g. consideration of the report on the activities of the head of municipality. The municipal council's competence also includes expressing opinions on its own initiative or upon request and directing motions to public authorities, including the executive body in the municipality, presenting positions and resolutions. The council's competence also includes delegating councillors. One of the essential competences of the municipal council is the competence to appoint councillors to commissions and other self-government institutions.

*District/department council and voivodeship
sejmik/regional council*

The notion of the functioning of the legislative body in the district/department and voivodeship/region encompasses determination of several basic competences of this body, which include decision-making, opinion-giving and consultative competences as well as competences regarding delegation.

The Act no. 2015-991 of 7 August 2015 narrows the competence of the departmental council/regional council to “areas reserved for it by law” (see article L. 3211-1 CGCT and article L. 4221-1 CGCT). In addition, it should be pointed out that other acts of French substantive administrative law may add other competences to those legislative bodies. One should also mention the so-called shared competences (article L. 1111-4 CGCT³³) and

³² The list of the most important matters of the municipality in which the council has exclusive competence includes organizational, planning, financial and property, personal matters and other matters (e.g. adopting resolutions concerning the coat of arms) – *Prawo administracyjne* [Administrative law], ed. J. Boć, Wrocław 2003, p. 205–206.

³³ In accordance with 2 article L. 1111-4 CGCT French legislator indicates that competences in the field of supporting equality between women and men, culture, sport, tourism, promotion of regional languages and popular education are shared between municipalities, departments, regions and communities with a special status.

those competences which *ex lege* require the participation of several territorial communities (see article L. 1111-9 CGCT)³⁴.

An important type of competences of legislative bodies are decision-making competences. The departmental council and the regional council adopt a budget and have exclusive competence to create public services and local jobs. Since legislative bodies of territorial communities in the department and region must abide by the competences of other communities and bodies, the departmental regional council itself is not authorized to establish a statutes of specific units operating within the community's area of activity, e.g. the statutes of the forest fire service unit³⁵. The decision-making competences also includes the appointment of members of the permanent commission (*commission permanente*) based on article L. 3122-5 CGCT and article L. 4133-4 CGCT, its own commissions and its delegates to external bodies (see article L. 3121-22 CGCT and article L. 4132-21 CGCT).

Decision-making competences of the departmental council include giving support and implementation of all activities related to: people in a precarious life situation, social development, care for young children, independence of older people, promotion of solidarity and territorial cohesion³⁶. Whereas the council of the region is competent to promote the economic, social, sanitary, cultural and scientific development of the region. It promotes access to housing and improvement of housing, city policy, urban regeneration, education policy, spatial development, equality of its areas, promotion of regional languages, etc. It can undertake complementary activities that are the responsibility of central authorities, other territorial communities and establishments, in the fields and under the conditions set out in the legislation on the division of competences.

The opinion-giving and consultative competence is the next type of powers granted to the councils by the French legislator. Opinions issued by the departmental/regional council find their legal basis in statutes, including the CGCT regulations and executive provisions. The departmental council

³⁴ According to this article, the region is responsible for organizing, as a leader, of common rules regarding the activities of local authorities and their public institutions in the exercise of competences related to, inter alia, sustainable development of the territory, protection of biodiversity, youth policy. Whereas the department is responsible for organizing, as a leader, rules regarding joint actions of local authorities and their public institutions in the scope of exercising competences related to, among others, social activities, social development and contribution to the elimination of energy poverty. This also applies to actions taken to strengthen territorial solidarity between communities (*la solidarité des territoires*).

³⁵ See J. Ferstenbert, F. Priet, P. Quilichini, *Droit des collectivités territoriales*, Paris 2016, p. 256.

³⁶ See M. Lombard, G. Dumont, J. Sirinelli, *Droit administratif*, Paris 2015, p. 185.

issues opinions in particular on names of municipalities (article L. 2111-1 CGCT), changes of borders of municipalities (article L. 2112-6 CGCT), departments (art. L. 3112-1 CGCT), districts (arrondissements) (article L. 3113-1 CGCT) and cantons (article L. 3113-2 CGCT). For the council of the region, the obligation to consult is limited to the issues related to regional development and management (see article L. 4221-3 par. 1 CGCT). The council proposes to territorial communities measures to improve the coordination of local public investment in the region (see article L. 4221-3 CGCT). Consultations with the council on other matters are voluntary and non-binding. Of course, consultations, even those required by the legal act, are not mandatory if they prove impossible to be conducted.

Other important competences are delegation powers in territorial communities at departmental and regional level. Based on the provisions of article L. 3211-2 CGCT and article L. 4221-5 CGCT, the department's council and the regional council may delegate some of their powers to the permanent commission, with one important exception being matters relating to the budget, loans and the administrative account (*compte administratif*). The delegation does not concern the exclusive competence of the executive body in the department and the region, which means that the regional council can not delegate own competences of its chairperson. The ability to delegate competences by the council (of the department or region) to its chairperson is limited to the areas listed in article L. 3211-2 CGCT and in article L. 4221-5 CGCT and applies, for example, to the implementation of loans, liquidity support instruments and derogations from the obligation to deposit funds in central government bodies. Competences which the council (of the department or region) entrusts to the permanent commission can not then be sub-delegated to the council chairperson.

In the Polish legal order, the district performs public tasks of a supra-municipal nature. Bearing in mind the presumption of competence for the municipality, the district performs the tasks of a local nature that exceed the implementation capacity of the municipality³⁷. Activities of the district do not affect the scope of activities of the municipality. Whereas in the Act on the voivodeship self-government the legislator introduced a different solution from the presumption of competences of the legislative and supervisory body adopted in the Act on municipal self-government, because article 41 par. 1 of the Act on the voivodeship self-government introduces a presumption

³⁷ See D. Dolnicki, *Samorząd terytorialny* [Territorial self-government], Warszawa 2012, p. 280.

of the competences of the voivodeship board in all matters belonging to the voivodeship self-government not reserved for the voivodeship *sejmik*³⁸.

The district council and the voivodeship *sejmik* are legislative and supervisory bodies. As part of this last competence, the council/*sejmik* controls the district/voivodeship board and organizational units of the district/voivodeship.

In the Polish legal system, the exclusive competence³⁹ of the district council is regulated by art. 12 of the Act on district self-government, which indicates the scope of matters not subject to subdelegation. The decision-making competences of the district council, covered by its exclusive competence, include competences in the scope of:

- establishing local law acts,
- relations with the executive body (including election and dismissal of the board, consideration of reports on the activities of the board, including financial activities),
- property and financial matters (including adopting the district budget, considering the budget implementation report and adopting a discharge resolution for the board, adopting resolutions on the amount of taxes and fees within the limits set out in the acts and adopting resolutions on district property matters),
- public security and social policy: (among others, the district programme for crime prevention and protection of citizens' security and public order, counteracting unemployment and activation of the local labour market).

Decision-making competences of the voivodeship *sejmik* include the adoption of a voivodeship development strategy⁴⁰ that includes the diagnosis of the socio-economic situation of the voivodeship and defining the strategic objectives of the voivodeship's development policy. According to article 11 par. 2 of the Act on voivodeship self-government the voivodeship self-government implements the voivodeship's development policy, which includes

³⁸ See judgement of the Voivodeship Administrative Court in Poznań of 3.11.2016 (IV SA/Po 751/16, LEX no. 2161628).

³⁹ The Supreme Administrative Court in its judgement of 4 April 2013 (II OSK 205/13, LEX no. 1337316), indicated that "the statutory reservation of a certain competence for the district council does not have a specific form. For the recognition that a given competence is reserved for the district council, a general indication of «district self-government» and the recognition of a specific competence as falling within the «legislative function» is sufficient."

⁴⁰ K. Właźlak defines the development strategy of the voivodeship as a "key instrument for managing the development of the voivodeship" – see K. Właźlak, *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej* [Regional development as a task of public administration], Warszawa 2010, p. 259.

issues related to: regional technical infrastructure, spatial and ecological order at the regional level (including, among others, spatial development, environmental protection, water management); regional social infrastructure (e.g. social and family-friendly policy, promotion and protection of health, public education, including higher education, physical culture and tourism, counteracting unemployment and activating the local labour market)⁴¹. Decision-making competences of the district council, covered by its exclusive competence, include competences in the field of: establishing local law acts, property and financial matters (including budget approval), relations with the executive body and adopting resolutions in other matters. The catalogue of these tasks is not closed.

Another competence of the district council and voivodeship *sejmik* is consultative and opinion-giving competence. Opinions issued by the district council and voivodeship *sejmik* find their legal basis in systemic self-governmental acts and in other acts of substantive administrative law as well as in subordinate acts. Whereas the legislative bodies in the district and the voivodeship do not have delegation competences consisting in transferring their competences to another body, like the permanent commission in the French legal order. This means that competences falling within the scope of the exclusive competence of the district council and voivodeship *sejmik* can not be delegated to another body (e.g. district/voivodeship board, governor/marshal or district/voivodeship organizational unit). The prohibition of sub-delegation, treated as an absolute ban on the transfer of matters covered by exclusive competence to another body, has a primarily intra-organizational value, which results in a permanent division of tasks between the legislative and executive bodies⁴² in territorial self-government units.

De lege ferenda *postulates*

In searching for a normative model of the legislative body, whose structure and competences influence personal and functional relations of the executive body in territorial self-government units, after conducting this analysis in both legal orders, it seems correct to postulate the following directions of changes.

⁴¹ Division adopted after: B. Jaworska-Dębska, [in:] *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie* [Administrative law. Concepts, institutions, principles in theory and case law], ed. M. Stahl, Warszawa 2016, p. 433.

⁴² See B. Dolnicki, [in:] *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz* [Act on the voivodeship self-government. Commentary], ed. B. Dolnicki, Warszawa 2012, p. 183.

It would be worthwhile to adopt these French norms regarding the organization of legislative bodies of territorial communities in the Polish legal order, which are aimed at strengthening the legal position of the chairperson of the council/*sejmik*. *Ratio legis* of the strong position of the chairperson in the French municipal, departmental and regional councils results from the fact that the chairperson is also the executive body in a given community (mayor, chairperson of the departmental council, chairman of the regional council). In addition, the chairperson of the departmental council/regional council also chairs meetings of the permanent commission, which replaces the council as a legislative body during inter-sessional periods. Thus, the platforms of relations between legislative and executive bodies often overlap and are based on cooperation and efficiency of activities, and not on the relations of competitiveness between these bodies. The organizational structure in territorial communities promotes good personal relations, which corresponds indirectly with functional relations. Hence the question arises about the possibility to adopt these solutions in the model of the legislative and executive body to the Polish territorial self-government community.

In terms of the competence structure it should be noted that an important element would be the introduction of delegation competences in Polish legislative bodies of territorial self-government units. However, this would require modification of acts consisting in the organizational and systemic change, introduction of an obligatory permanent commission similar to the French *commission permanente*. The legislative body could entrust this commission with specific tasks and competences, by virtue of a statutory authorization. This commission would replace the council/*sejmik* between sessions, performing the functions of the legislative body as part of the competences entrusted to it. The chairperson of this commission would be the current chairperson of the council/*sejmik*, which would also strengthen his/her legal position. However, this commission would be composed only of councillors, due to the decision-making functions of the council/*sejmik* entrusted to this commission, in particular those in the scope of law making. This would create a normative framework of independence and broader interfaces of cooperation between authorities in the self-government community, as the executive bodies would have a wider relationship with the internal body of the council, operating permanently, with smaller personal scope than the council/*sejmik* and equipped with decision-making competences of the legislative body. However, this direction of modifying the model of the legislative body in territorial self-government units requires amendments to the acts.

Abstract

Organization and functioning of legislative bodies in Polish and French territorial self-government: contribution to the discussion

The article presents a selected issues concerning the organization and functioning of legislative bodies and their decision-making, opinion-giving and consultative competences as well as those related to delegation implemented in both legal orders. Discussing the basic elements related to the organization and operation of councils and *sejmiki* will allow in the final evaluation to propose changes to the model of legislative bodies in the contemporary territorial self-government, which has an impact on their more effective functioning. It will also help strengthen the relations of councils/*sejmiki* with executive bodies in individual territorial self-government units.

Key words: organization and functioning of the legislative body, competences of legislative bodies in the scope of making decisions, giving opinions, consultations and delegations, interfaces between authorities in territorial self-government units/territorial communities

Streszczenie

Organizacja i funkcjonowanie organów stanowiących w polskim i francuskim samorządzie terytorialnym – przyczynek do dyskusji

Artykuł przedstawia wybrane zagadnienia dotyczące organizacji i funkcjonowania organów stanowiących oraz ich kompetencje decyzyjne, opiniodawczo-konsultacyjne i delegacyjne realizowane w obu porządkach prawnych. Omówienie podstawowych elementów dotyczących organizacji i funkcjonowania rad i sejmików umożliwi w ocenie końcowej wysunięcie propozycji zmian modelu organów stanowiących we współczesnym samorządzie terytorialnym, które wpłyną na bardziej efektywne ich funkcjonowanie. Przyczynią się również do wzmocnienia relacji rad/sejmików z organami wykonawczymi w poszczególnych jednostkach samorządu terytorialnego.

Słowa kluczowe: organizacja i funkcjonowanie organu stanowiącego, kompetencje decyzyjne, opiniodawczo-konsultacyjne i delegacyjne organów stanowiących, płaszczyzny relacji między organami władzy w jednostkach samorządu terytorialnego/wspólnot terytorialnych

Henriett Rab

Associate Professor, University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

Márton Leó Zaccaria

PhD, University of Debrecen Faculty of Law, Debrecen, Hungary

**Can the prohibition of age discrimination balance
the labour market?***

Speciality of the topic

The fundamental aspects of prohibition of age discrimination – its principles, special approach, general and special rules of justification – have been examined within the framework of jurisprudence and they, as important questions, get into the focus of scientific discussion from different points of view from time to time. The aim of our paper is to introduce such a new viewpoint, nevertheless, we take base the current standard scientific and practical directions. Our starting point is that the prohibition of age discrimination – and in general the principle of equal treatment – is a fundamental regulator which would be able to influence the operation of the labour market, even though this artificial influence forced by the public side may result the limitation of the freedom of contract what is the legal due of the parties, and the ruling principles in employment relationship may be overshadowed.

Age discrimination – in relation to young age, entrants, or the more typical older age – is an undoubtedly existing phenomenon in the labour market, but to find the solution to this problem is very difficult. In our opinion the prohibition of age discrimination in recent years has outgrown both gender discrimination as “template” and its own material of regulation, since the case-law of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU) represents that the interpretation of Directive 2000/78/EC is not uniform,

* The paper is part of the K117009 „*The requirement of equal opportunity employment in the framework of HR tendencies reflecting changing expectations in labour law*” research project, National Research, Development and Innovation Office, contract registration number K117009.

and it leaves space to manoeuvre at such an extent for both the Member States and the employers that the aspect of the question from the view of fundamental right, namely, the protection of human right to equality may be ignored easily. Altogether we should ask the following question: how can interests and requirements of the labour market make justified the differential treatment on grounds of age more flexible than the Directive rules? In our opinion this field is rather vulnerable, since e.g. in the case of gender discrimination practically beyond stereotypes it is difficult to justify the acceptability of discrimination, but in similar cases of age discrimination this circle seems to be wider and difference is allowed, consequently, the protective aspects of fundamental human right are overshadowed.

The protection of the employees' right to equality as a requirement of fundamental right should be stated definitely, since the CJEU declared several times that basically,¹ the right of the employees to equality is a fundamental human right, since its ground can be found in unrestrictable fundamental right to human dignity,² consequently, the discriminated person suffers disadvantage and it also means the infringement in the fundamental right to human dignity.³ The general prohibition of discrimination and the protection against age discrimination have important role in the primary law of the European Union, since Article 15 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: CFREU) is about the right to freedom to choose an occupation and the right to engage in work,⁴ and about the general prohibition of discrimination (Article 21) what is the basis of the principle, furthermore, Article 23 definitely names the basic principle of gender equality, in parallel, Article 25 states the protection of rights of older people, while Article 26 that of disabled persons. The importance of the CFREU is clear since on the ground of extension of its equality rights it can be seen that it regulates the prohibition of discrimination the most comprehensively and declares the rules ensuring equality,⁵ which requirements naturally are also

¹ See in connection to right to human dignity regarding age discrimination: Hós N., *Az Európai Bíróság életkoron alapuló hátrányos megkülönböztetéssel kapcsolatos joggyakorlata, különös tekintettel az arányossági teszt alkalmazására*, *Európai Jog*, 2009, 9, 6, 40–51.

² Halmai G., Polgári E., Sólyom P., Uitz R., Verman M., *Távol Európától*, *Fundamentum*, 2009, 13, 1, 89–108.

³ Ádám A., *Az Alkotmánybíróság szerepe az emberi jogok védelmében*, *Acta Humana*, 1994, 5, 15–16, 62–64.

⁴ Although this right also has its necessary limits. See: Kaufmann C., *Globalisation and Labour Rights – The Conflict Between Core Labour Rights and International Economic Law*, Hart Publishing, Oxford 2007, 19–28.

⁵ Uitz R., *The old wine and the new cask: The implications of the Charter of Fundamental Rights for European non-discrimination law*, *European Anti-Discrimination Law Review*, 2013, 16, 24. Sen A., *Work and rights*, *International Labour Review*, 2000, 139, 2, 119–129.

essential requirements in relations to labour market and employment policy, what is the object of this paper.

Connections between the legal protection on grounds of age and labour market processes

Labour law is a regulative field directly affected by the labour market, so the expansion of economic processes are clearly seen. Before examining the problematics of employment age discrimination it is necessary to overview these kinds of influential tendencies⁶ to evaluate the level and conformity of legal protection taking into consideration the aspects of both the principle of equal treatment and the market.⁷

This new role of labour law is closely related to the HR management approach of economics that employees are deemed as human capital, which hence attaches economic rationality to the protective attitude of labour law. In economics, human capital was also dilated with a sort of moral, ethical dimension. The Nobel-laureate economist Amartya Sen is a principal representative of this approach. SEN claimed that economic growth cannot be exclusively gauged by material and economic benchmarks, but other aspects that are beyond the economic indicators should be included among the factors that determine development, i.e. the opportunities of economic players should be widened. A central element of this is the power of human capital, the freedom of the people to act, which should be considered as an economic factor in the market.⁸ For the reinforcement of human capital the labour and social law instruments should be considered, since they make up for the legal environment that determines the room for the actors of the labour market. On the one hand, it establishes the scope of action for the employer, on the other hand it specifies the guarantees that lend the employees protection. This brings us back again to the argument that the balance between labour law and social rights ensures the stable labour market functions, thus it is

⁶ For the aspect of liability for damages see in details: Nádas Gy., *Miért és hogyan felelünk a munkaviszony esetében? Áttekintő gondolatok a munkajogi kárfelelősség célja és lehetséges módzatai körében*, Miskolci Jogi Szemle, 2014, 9, 1, 48–56.

⁷ See in details: Rab H., *A szociális jogok alkotmányos védelmének szerepe a megváltozott munkakerőpiac keretei között*, in: Acta Universitatis Szegediensis Acta Juridica et Politica Tomus LXXIX. *Ünnepi kötet Dr. Cúc Ottó Egyetemi Tanár 70. születésnapjára*, (editor in chief: Homoki-Nagy M., ed: Hajdú J.) Szeged 2016, 527–534., Rab H., Sipka P., *Are Social Rights Obstacles to Flexibility?*, Journal on Legal and Economic Issues of Central Europe, 2014, 5, 2, 44–49., Sipka P., *The Regulation of The Working Conditions as A Limit of Flexible Working – The Effects of The Green Paper Through The Example of Hungary*, Procedia Economics and Finance, 2015, 23, 1515–1520.

⁸ Sen A., 119–129.

advisable to stick to this balance as the law develops. Sen suggests the holistic approach to the questions of economic opportunities, political freedom, social provisions, the guarantees of transparency and living standards. The joint availability of these will encourage the individual to participate in change and not to remain a passive beneficiary of allowances.⁹ The guarantees of development thus become available.

To put it simple, the role of labour law elevates the questions of employment from the individual level to the general level of the community.¹⁰ These general tendencies in labour law are based on the outcomes of the above mentioned quandaries and try to seek answers to the following question: what is the role of labour law in the employment trends that focus on economic growth? This issue must be addressed in this paper, because this encompasses the problem of the level of legal protection in employment affairs. The significance of Sen's theory based on economy is stressed by the fact that it elevates human capital and economic growth to basic law level and attributes a value to them that must be protected. Langille, based on Sen's theory, views human capital as the moral foundation of labour law's development.¹¹

Based on Deakin's clusterization, it must be examined whether labour law is a regulatory instrument of the economy or a legal guarantee that checks the processes. Arthurs explicitly argues that labour law's focus should shift to areas outside legal regulation¹², thereby implying that it is the duty of law to provide the framework of guarantees. Yet, even contrasting, more conservative, continental approaches and attitudes – like Weiss' position, who argues that direct legislation is necessary in terms of labour law's objectives and methods¹³ - acknowledge the need to refresh labour law in order to make regulatory instruments more efficient¹⁴. Thus, as a summary it can be stated that those supporting the classic hard law are not against the renewal of labour law, but insist on creating the legal framework for the processes of the labour market, particularly for the interest of the employees, who are on the weaker end of a tilted relationship.

⁹ Sen A., *A fejlődés mint szabadság*, Európa Könyvkiadó, Budapest 2003, 11.

¹⁰ Hepple argues similarly: „Labour law stems from the idea of the subordination of the individual worker to the capitalist enterprise...” Quoted by: Deakin S., Morris G.S., *Labour Law (5th edition)*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2009, 1. See in original: Hepple B. (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*. Mansell, London 1986, Introduction 11.

¹¹ Langille B., *Labour Law's Theory of Justice*, in: Davidov G., Langille B. (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, New York 2011, 112.

¹² Arthurs H.W., *Labour Law after Labour*, Osgood CLPE Research Paper, 2011, 5, 12–29.

¹³ Weiss M., *Re-Inventing Labour Law*, in: Davidov G. – Langille B. (eds.), 43–57.

¹⁴ Howe J., *The Broad Idea of Labour Law*, in: Davidov G., Langille B. (eds.), 299–300.

The main question also can be formulated this way: does labour law play a direct regulatory role or should it only provide legal frameworks and guarantees for employment? In both cases, the guaranteeing position of labour law can be recognized, which can renew just as labour law itself. Bellace revisited the assessments of the right to work from a human rights stance in the light of the accords of international organizations and EU law, and pointed out that the interests of employers and employees are contrasting in this question.¹⁵ It can therefore be deduced that the level of impact of the processes on the labour market repositions the regulatory role of labour law. The protection of employees justifies the notion that labour law should provide not only framework but guarantees. Moreover, it means the elevation of this, if the direct regulatory role of labour law is accepted. In contrast, in the position of the employers, who operate in an ever changing environment and are exposed to processes on the labour market, the recognition of fundamental rights is also dubious,¹⁶ consequently they strive to reduce the regulatory role of labour law to a minimum.

The toolkits of human resources management (HRM) are based on the interests of the labour market primarily, so equal treatment – as a fundamental expectation – is pushed to the background. We think that even the case-law of employment age discrimination has not concluded such legal guarantees yet; therefore these opposites can hardly be balanced. The CJEU – according to the Directive 2000/78/EC – accepts the differential treatment based on age for the sake of the needs of the labour market and employment policy. Consequently, we cannot expect from the self-regulating mechanisms – within the framework of HRM – to lessen age discrimination in employment. If we expect this kind of legal protection to prevail in employment we need to think about such guarantees through fundamental right-like regulative methods.

Processes justifying the “necessity” of the phenomenon of age discrimination

The prohibition of age discrimination is fundamentally connected to general demographic and sociological questions and – as a consequence – to the operation and principles of pension systems. Therefore it is generally accepted that judging age discrimination is strongly affected by issues of labour market

¹⁵ Bellace J., *Who Defines the Meaning of Human Rights at Work?*, in: Ales E., Senatori I. (eds.), *The Transnational Dimension of Labour Relations. A new order in the Making?*, Collana Fondazione Marco Biagi, G. Giappichelli Editore, Torino 2013, 111–135.

¹⁶ Bellace cites employers' concern with regard to the right to strike. See: Bellace J., 111–135.

processes and the structure of employment and these result a broader circle of justification than in the case of other protected characteristics. We can presume that special justification rules based on different protected characteristics debase the level of general legal protection, so they are not common or typical in EU law; but there should be a significant exception in the case of age discrimination since paragraph (1) of article 6 of Directive 2000/78/EC contains such special rule related to age discrimination. It is a very important and relevant exception, which can be emphasized as an exception of the general rule regarding the prohibition of age discrimination.¹⁷ This controversial phenomenon is highlighted by Sargeant and Schlachter as well.¹⁸

Referring to – among others – the two authors' above standpoint we highlight that the strict or liberal interpretation of the mentioned special exception is the issue, which defines the level of labour law protection for the potential victims of employment age discrimination. This justification rule – based on the requirements of objectivity, reasonability, appropriateness, necessity and a legitimate aim – practically extends the general anti-discrimination norms because on the one hand, it is very special in a sense that it is connected to the protected characteristic – it has to be applied only in case of age discrimination – and on the other hand the legislator of the EU itself marks the specific requirements for this kind of legal different treatment on grounds of age. Therefore, the rule itself is very special and the possibilities of justification are limited according to the possible legitimate aims – employment policy, labour market and vocational training objectives – which are very important according to the topic of this paper. But even Sargeant and Schlachter warns us that such legitimate aim can be almost anything because the regulation of the directive itself is focused on employment, so the Member States – and the employers – have to justify the differential treatment with such legitimate

¹⁷ Gyulavári T., “A kimentési szabályok harmonizációja: elveszett jelentés?”, *Csak a húszéveseké a világ? Az életkoron alapuló diszkrimináció tilalma a magyar és az uniós jogban* (Conference), Nemzetközi Tudományos Konferencia az Osztrák-Magyar Akció Alapítvány támogatásával és a Magyar Munkajogi Társaság szakmai támogatásával, Pázmány Péter Katolikus Egyetem Jog- és Államtudományi Kar, Budapest 11th December 2014.

¹⁸ Sargeant M., *Age Discrimination – Ageism in Employment and Service Provision*, Gower Publishing Limited, Farnham 2011, Sargeant M., *Gender Equality and the Pensions Acts 2007–2008*, *Industrial Law Journal*, 2009, 38, 1, 143–148., Sargeant M., *Age Discrimination in Employment*, Gower Publishing, Aldershot 2006, Sargeant M., *For Diversity, Against Discrimination: the Contradictory Approach to Age Discrimination in Employment*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2005, 21, 4, 631–644, Schlachter M., *Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2011, 27, 3, 287–299, Schlachter M. (ed.), *The prohibition of age discrimination in labour relations*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011.

aim. But we have to face the fact that the quasi “natural” age discrimination is based on the interests and needs of the employers typically and is so common in the labour market that even the CJEU is struggling to put it right because of the opposite interests of the labour market expectations and the pension systems. Legal protection is very uncertain in this regard and to annihilate differential treatment on grounds of age seems impossible without such legal guarantees.

Besides pension system the demographic parameters are one of the key factors. “Pension bomb”¹⁹ is commonly emphasized and it consists of the demographic situation, primarily insenescence and the increasing of average age; and one of the possible sources of the latter, namely the developing level of health care benefits along with the increasing level of employment. Nowadays, we live in a transition period regarding pension systems because the average length of one’s life is growing and the previously closely balanced rate between death and birth is decreasing, namely from 40–50 per-mille to 8–10 per-mille.²⁰

In Europe age has significantly risen: in the last five decades the expected average age grew ten years.²¹ The expected demographic situation in Hungary and in Europe is expected as follows, although it is only a short summary taking into consideration the paper’s main topic. We have to count with the diminution of population and at the same time the growth of expected average age, which two pieces of data have to result the significant re-structuring of pensions and pension benefits. Life expectancy will grow – foreseeably – till 2050, which means that we have to take into account the continuous insenescence for a rather long time. The ageing of population is the basic process of demographic changes and we have to learn to live together with it and adapt to it.²² The lessening of population is justified by the significant drop of fertility in the EU; the average number of children in the 1960s was 2.5 and this number was 1.53 in 2000.²³ To say it in common language according to the average numbers in the EU four active people supports one retired person and in the middle of the 21st century this number will be only two.²⁴

¹⁹ Antal L., *Nyugdíjreform dilemmák – jövedelemelosztási arányok és makropénzügyi egyensúly*, *Competitio*, 2008, 7, 1, 8.

²⁰ Augusztinovics M., *Népesség, foglalkoztatottság, nyugdíj*, *Közgazdasági Szemle*, 2005, 52, 5, 429.

²¹ *Európa Lakossága öregszik*, ILO Press, Munkaügyi Szemle, 2001, 4, 2, 42.

²² Hablicsek L., Pákozdi I., *Az előregedő társadalom szociális kibívásai*, *Esély*, 2004, 15, 3, 88.

²³ Hablicsek L., Pákozdi I., 92.

²⁴ Marján A., *Az öregedés és az európai nyugdíjrendszerek*, *Pénzügyi Szemle*, 2008, 53, 1, 54.

Regarding the falling birth rate there are less pessimistic standpoints, e.g. Habclicsek states that the problems originate from societal-social causes, namely, the social structure has changed. From the last decades of the 20th century young couples postponed childbearing while the age group of middle aged at that time already gave birth the undertaken number of children. This concept can be sustained by the fact that compared to Hungary in the countries where this process has already placed; certain favorable trends can be seen: in Spain and Italy childbearing of women of 30s is significantly increasing.²⁵ According to this optimistic concept simply the single stages of life are postponed. Some English researchers also deny the existence of the “pension bomb”, and it is substantiated by the statement that the reference numbers are incorrect. The ratio of employed and unemployed should be compared to, but not the ratio of people over 65 and employed.²⁶

An important thing should be known about insenescence: it is rather cyclic, when a greater number of generation appears, the ratio of contributors increases. However, if this generation gets older, without the productivity of the next generation, the population gets old. As a consequence of the extension of lifetime not only old age becomes longer, but also every life stage. The evolution of the number of children referring to the extension of age pyramid also draws attention to the extension of young age. The limit of young age is extended as a result of schooling and longer education, and real adulthood starts later, so child bearing is postponed.²⁷ Altogether after the beginning of active career as consequence of average age and health changes active carrier gets longer. The gained years are spread in the whole life path. So decrease in productivity and improvement in mortality cannot be examined exclusively, in order to get a correct picture to calculate age-relation is necessary,²⁸ namely, the evaluation of ratio of people over retirement age and people under working age.

The researchers of the European Commission also stated that it is a problem that the ratio of age-relation is significantly getting worse. According to RÉTI the employment result in relation to the aging of the society may be that we cannot fill the growing active life stage with work, because as many people cannot be employed as would be necessary. It is clear that the processes of labour market are reciprocal to the effects of technical development.

²⁵ Szabó K., „Alfák és béták” *Vita a népesség, a foglalkoztatás és a nyugdíj összefüggéseiről*, Közgazdasági Szemle, 2005, 52, 5, 449.

²⁶ Marján A., 60.

²⁷ Habclicsek L., Pákozdi I., 93.

²⁸ Gál R.I., *A nyugdíjrendszer elszigetelése a rövid távú politikai döntésektől*, Budapest, 2007. március 29, “Pension and Old Age” themed table 3 April 2007 http://nyugdij.magyarorszagholnap.hu/images/2_0C3%BC1%0C3%A9s_2007.04.03_070403_03_Ciklusok_a_magyar_nyugdij%CB%87jrndben.pdf [accessed:12.05.2009]

Measures to ease the effects of insenescence are connected to other target area of the European Union in the field of employment policy, to solve demographic crisis is possible only by combined strategy. At present in several cases the system of retirement urges one to retire with low retirement age, but on the other hand, staying in the active employment system²⁹ can be motivated by revaluation of the importance of the years before retirement (appreciating longer time in service, higher contribution in the years before retirement).³⁰

Furthermore, there are special forms of employment – e.g. self-employers who seldom choose early retirement – which also decreases the number of pensioners, and regarding retirement there are differences on different educated levels, since the higher the education is the higher the age is when in general one retires. Some tendencies against keeping the older generation in work can be seen, of which the most interesting is the modern element of career planning and human resource management.

Employers do not find remunerative to educate the older generation and to place them into new positions. Firstly, it is dangerous that the invested human resource will not be rewarded, and secondly, older experts require higher pay, and thirdly, there are age-bound jobs. In the field of further work proper career planning should be regarded as new incentive element. In Xavier Sala-I Martin's opinion³¹ the system of social security is applicable – and it may be its function – to leave out the employee who is outside the world of employment and unsuitable for efficient work in order to secure efficient productivity and economic development.

The essence of the current case-law of the CJEU – natural phenomenon in the labour market or a legal problem to be solved?

Finally, with introducing some current and in our opinion important judgments of the CJEU we summarise how the above discussed problems of fundamental right, labour law, labour market, pension benefits appear in legal practice, and whether special approaches can be the starting point of the necessary renewal of legal interpretation.

²⁹ Galla V., *Az előregedés – gazdasági megközelítésben, Gondolatok Spiezia Az előregedő népesség című, az International Labour Review-ban megjelent cikke kapcsán*, Közgazdasági Szemle, 2005, 52, 4, 525.

³⁰ Galla V., 525.

³¹ Martin S., *A positive Theory of Social Security*, Yale University, 1995, 1–3.

Judgment C-441/14³² should be examined even if it may be more important from another point of view, since the CJEU analyses the regulations of Directive 2000/78/EC from the aspects of fundamental right together with the CFREU. According to the CJEU the employee's right to severance pay cannot depend on either the employee's right to pension or the employee's decision whether the employee would like to remain active in labour market after acquiring the right to pension. Namely, the CJEU interprets two important aspects in this judgment, which also arise in connection to the subject of this paper. On the one hand, the CJEU definitely separates pension entitlement from severance pay as a mean of employment law, and they cannot substitute each other, consequently, the right to severance pay cannot be lost. On the other hand, regarding the fundamental right type of the prohibition of age discrimination, the CJEU came to the conclusion that it must be regarded a general principle of EU law,³³ and Article 21 of the CFREU also justifies that its fundamental right-like nature is of high importance. The CJEU stated that the reference to "economic rationality" cannot be implemented in the circle of justification rules.

In another, relatively new judgment – C-530/13³⁴ – the CJEU states that regarding periods of paid work the prohibition of age discrimination must prevail, namely, it is direct discrimination if regarding a circle of government employees the regulation of the Member State calculates all periods of paid work, but at the same time extends with years the necessary length of period of time for promotion. In this case the CJEU appreciates the aspect of labour market according to which it is not gratuitous advantage if someone worked before the age of 18, so in this case the legal protection of the two imperiled groups (the young and the old) are not separated, since calculating period of paid work does not depend on age.³⁵

It is worth mentioning that judgment C-529/13³⁶ regards the differential treatment applicable and proportionated means to reach legal aim in the labour market, which excludes the gained educating time before 18 from the time of periods funding right to pension. It may be a legitimate aim that the Member State intends to compensate the disadvantageous situation (in this regard) of the employees who studied for longer time than their colleagues.

³² C-441/14. *Dansk Industri (DI), agissant pour Ajos A/S v Succession Karsten Eigil Rasmussen*.

³³ Point 22 of the judgment.

³⁴ C-530/13. *Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres*.

³⁵ See further: C-417/13. *ÖBB Personenverkehr AG v Gotthard Starjakob*.

³⁶ C-529/13. *Georg Felber v Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur*.

The judgment confirms that³⁷ regarding the application of justification rules the Member States can consider in wide circle.³⁸ Consequently, the Member States can bring aspects of labour market and economy to the fore at the expense of the employees's essential interests in relation to the protection of equality.

In the judgment C-515/13³⁹ the CJEU, in relation to the right to severance pay, regards the circumstance that though at the termination the employee has the right to severance pay (if the employee worked for certain longer time for the employer), but this right can be excluded if the employee has the possibility to gain full old-age pension, a legitimate aim of employment policy. According to the standpoint of the CJEU one of the functions of severance pay serves older employees, since makes the period of looking for a new job easier, and on the other hand, according to the CJEU it is generally observed that the majority of employees choose the pension instead of further work.

A legitimate aim of employment policy is to define the upper age limit of becoming a policeman, but to state 30 years without exemption is not the proper means to reach the goal.⁴⁰ The CJEU regards this kind of age discrimination strictly, so this principle appears in the cases *European Commission v Hungary*⁴¹ and *Wolf*.⁴² These kinds of aims are legitimate, because physical or mental deficiencies may emerge when the employee gets older, and to avoid them may be a justified aim in the labour market.⁴³

Though further judgments could be mentioned, but our goal was to interpret some typical cases in which the prohibition of age discrimination as a fundamental principle of EU law comes face to face with the circle of labour market, finally, economic efficiency and requirements. Though the CJEU recurrently tries to respect the above mentioned aspects – in the future the CFREU may play an important role in it, mainly on theoretical level – but the CJEU necessarily broadens and regards flexible the concept of legitimate employment policy and the aim of labour market. In our opinion the most important element of the Directive – and also of the regulation of

³⁷ Point 30 of the judgment.

³⁸ See primarily: C-501/12. *Thomas Specht* (C-501/12), *Jens Schombera* (C-502/12), *Alexander Wieland* (C-503/12), *Uwe Schönefeld* (C-504/12), *Antje Wilke* (C-505/12) and *Gerd Schini* (C-506/12) v *Land Berlin and Rena Schmeel* (C-540/12) and *Ralf Schuster* (C-541/12) v *Bundesrepublik Deutschland*.

³⁹ C-515/13. *Ingeniørforeningen i Danmark v Tekniq*.

⁴⁰ C-416/13. *Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo*.

⁴¹ C-286/12. *European Commission v Hungary*.

⁴² C-229/08. *Colin Wolf v Stadt Frankfurt am Main*.

⁴³ C-447/09. *Reinhard Prigge and Others v Deutsche Lufthansa AG*.

the Member States – is the examination of the necessary means in order to reach the aim, even if these employment rules in reality are not co-ordinated with either the actual trends of labour law or the changes in the institution of pension systems.

On examining the judgments we can come to the conclusion that the CJEU regarding the legitimate aim balances less strictly the adequacy to the Directive rules, oppositely to the earlier mentioned further conditions, which are more difficult to conform in case of different age treatment. It seems – taking base the cited comprehensive sources of legal literature and the relevant case-law – to be a tendency that the CJEU definitely considers the fundamental right nature of the question and the fact that it is embedded in primary law, but the CJEU cannot and does not want to exclude from its legal practice the rationality of labour market – which in most of the cases gets in connection with pension – stating that to choose the proper means in order to reach aims of employment policy is the responsibility of the Member States.

Concluding remarks

One of the fundamental aspects of equal employment is the prohibition on grounds of age and in this regard the CJEU – with lots of judgments – necessarily act as the main interpretor of the rules of the Directive 2000/78/EC. Some different aspects can be seen in the case-law compared to the other protected characteristics and these specialities mean the essence of the legal side of age discrimination. The Directive states a general and a special case for justification therefore various options are available to treat people differently on grounds of age. These exceptions originate from the dependence of employment of the labour market and this is what we tried to show through the analysis in Chapter II focusing on the development of labour law correlating with the labour market processes. These processes are mostly economy-based and public intervention is needed because of the demographic matters and tendencies. Age discrimination and pension systems cannot be independent from each other because in the case of both the career starters and older employees the employer's interests are connected to the regulation based on the pension system focusing on pension benefits, employment benefits and protective labour law norms. This is why we tried to highlight all emphasized fields that can give answer to the main question. We think that the problematics of age discrimination in employment is emphatically defined by the labour market processes and the number of cases – because of the changing situation in the labour market – is increasing. In our opinion the legal interpretation of the CJEU does not ensure proper legal protection

for the victims of age discrimination mostly because of the special justification rule of the Directive. According to this employment policy and labour market aspects can be legitimate aims in these cases and these solutions can easily be necessary and proportionate based on HRM methods more efficient for the employers. This kind of interpretation can be comfort for the labour market but dangerous and discriminative for the employees at the same time. These principles lack the real legal protection for both younger and older employees. Furthermore, against the tendencies of pension policy – namely the efforts to increase the active age to stabilize pension systems – they do not provide enough protection either because the Directive practically legitimates the possible negative effects of these demographic and economic circumstances. We see the strengthening of the fundamental right protection as a potential solution, so respecting the human right aspect – by connecting the legislative principles to the practical solutions – even without concrete norms is advisable. Without this approach – and by continuing the present legal practice – the degradation of the legal protection against age discrimination is a real danger.

Abstract

Can the prohibition of age discrimination balance the labour market?

Exploring new directions in labour law has been a common topic for decades because finding new solutions to existing legal and economic problems is always needed. Both the labour market and its regulation are changing, so new ways are being sought regarding effectiveness. The traditional toolkit of labour law also carries some answers, for example, the direct connection to the toolkits of Human Resources Management (HRM) but these mostly non-legal instruments can lead to further contradictions related to the legal relationship of the employer and the employee. The analysis is focused on the requirement of equal treatment, especially on the prohibition of age discrimination. We think that the structure of the labour market is highly affected by the pension system because of the available social guarantees and all these legal and economic problems are connected to each other. The paper is based on both the Hungarian legal questions and some actual developments of the case law of the CJEU.

Key words: equal employment, HRM, labour law, labour market, social protection

Streszczenie

Czy zakaz dyskryminacji ze względu na wiek może zapewnić równowagę na rynku pracy?

Rynek pracy i jego regulacje nieustannie się zmieniają, dlatego w prawie pracy wciąż poszukuje się nowych rozwiązań zapewniających efektywność. Tradycyjne instrumenty prawa pracy przynoszą pewne odpowiedzi, np. odwołania do zasad Zarządzania zasó-

bami ludzkimi (HRM), ale te w większości niemające charakteru prawnego narzędzia mogą prowadzić do dalszych niezgodności w stosunku prawnym pracodawca–pracownik. Artykuł koncentruje się na wymogu równego traktowania w zatrudnieniu, w szczególności w zakresie zakazu dyskryminacji ze względu na wiek. Autorzy reprezentują stanowisko, że na strukturę rynku pracy znacząco wpływa system emerytalny. Artykuł opiera się zarówno na rozwiązaniach węgierskiego prawa pracy, jak i na zmianach w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczących zasady równego traktowania w zatrudnieniu.

Słowa kluczowe: zasada równego traktowania w zatrudnieniu, zarządzanie zasobami ludzkimi, prawo pracy, rynek pracy, ochrona społeczna

Tomasz Srogosz

prof. nadzw. dr hab., Katedra Prawa Międzynarodowego Publicznego,
Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Strasburskie kryteria dotyczące izolacyjnego środka zabezpieczającego a prawo polskie

Wprowadzenie

Izolacyjny środek zabezpieczający w postaci pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym stosowany jest przez polskie sądy na podstawie art. 93a–d k.k. oraz art. 93g k.k.¹. Przepisy te zawierają zamknięty katalog środków zabezpieczających oraz ogólne i szczególne przesłanki orzekania. Sąd, stosując je, opiera się w pierwszej kolejności na ich literalnym brzmieniu, a następnie interpretuje je z uwzględnieniem orzecznictwa sądów polskich i poglądów doktryny odnoszących się do praktyki tych sądów. Nie oznacza to jednak, że polski sąd nie powinien uwzględnić stanowiska Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wyrażonego w wyrokach wydanych nie tylko przeciwko Polsce. Polski sędzia nie jest bezpośrednio związany orzeczeniami ETPC, natomiast powinien przy wyrokowaniu w przedmiocie izolacyjnego środka zabezpieczającego wziąć pod uwagę unormowania Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności² (dalej: Konwencja), która na mocy art. 91 ust. 1 Konstytucji RP stanowi część polskiego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana. Interpretacja postanowień Konwencji i innych regulacji prawa polskiego powinna odwoływać się do orzecznictwa ETPC. Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11 stycz-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1137 ze zm.

² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.1950 (European Treaty Series, nr 5); konwencja weszła w życie 3.09.1953 r.; w stosunku do Polski weszła w życie 19.01.1993 r.

nia 1995 r. (III ARN 75/95) „od momentu wstąpienia Polski do Rady Europy, orzecznictwo ETPC może i powinno być uwzględniane przy interpretacji przepisów prawa polskiego”. Lech Garlicki podnosi natomiast, że sądy polskie mają nie tylko prawo, ale też obowiązek samodzielnego posługiwania się Konwencją i orzecznictwem ETPC³.

Wykładnia przesłanek uregulowanych w art. 93a–d i art. 93g k.k. opierać się powinna między innymi na standardach strasburskich. Uzupełniają one orzecznictwo sądów polskich i poglądy doktryny w procesie interpretacji przepisów kodeksu karnego. Stanowią jednocześnie dla polskiego sądu istotną wskazówkę pozwalającą na uniknięcie błędów, które mogłyby prowadzić do zaskarżenia orzeczenia do ETPC. Dlatego też istotne jest przybliżenie kryteriów stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego w świetle orzecznictwa strasburskiego. Na podstawie wybranych orzeczeń ETPC można wyliczyć następujące kryteria⁴: 1) pewności prawa, 2) zakazu arbitralności, 3) nakazu orzekania przez organ sądowy, 4) konieczności (*ultima ratio*) i proporcjonalności, 5) obligatoryjności obiektywnej opinii biegłych w czasie orzekania i wykonywania środka (por. *Nawrot v. Poland*⁵, 19.10.2017, § 64 i przywołane tam orzeczenia ETPC). Celem artykułu jest ich przybliżenie, co pozwoli na ocenę prawa polskiego pod kątem zgodności ze standardami strasburskimi. Omówione kryteria są jednocześnie dla polskiego sędziego niezbędnym narzędziem w stosowaniu izolacyjnego środka zabezpieczającego na podstawie art. 93a–d k.k. oraz art. 93g k.k.

Pewność prawa

Przesłanki pozbawienia wolności przewidziane w ustawodawstwie krajowym muszą spełniać minimalny standard pewności prawa, skutkujący jego przewidywalnością. Tym samym decyzje organów sądowych w przedmiocie pozbawienia wolności powinny opierać się na jasnych, precyzyjnych i zrozumiałych dla przeciętnego obywatela kryteriach, co zapobiegać ma arbitralności podczas orzekania (zob. np. *Medvedyev and others v. France*⁶, 29.03.2010, § 80; *Steel and others v. the United Kingdom*⁷, 23.09.1998, § 54).

³ L. Garlicki, *Rola sędziego krajowego w procesie wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *IX Seminarium Warszawskie. Dysfunkcje polskiego prawa – jak poprawić system środków prawnych w Polsce?*, Warszawa 2016, s. 37.

⁴ Por. np. P. Bartlett, O. Lewis, O. Thorold, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden–Boston 2007, s. 31–75.

⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182497> [dostęp: 17.09.2018].

⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97979> [dostęp: 17.09.2018].

⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58240> [dostęp: 17.09.2018].

Już tutaj treść przepisów art. 93g i art. 93b § 3 k.k. może budzić pewne wątpliwości w świetle orzecznictwa strasburskiego⁸. Zauważył je Rzecznik Praw Obywatelskich w wartym przywołania wniosku do Trybunału Konstytucyjnego z 23 grudnia 2015 r. (sygn. K 46/15). RPO podkreślił, że art. 93b § 3 k.k. w zakresie, w jakim nakłada na sąd obowiązek określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia w przyszłości, narusza przynajmniej trzy zasady: zaufania obywatela do państwa, dostatecznej określoności i poprawnej legislacji. Rzecznik wskazał, że ustawodawca posługuje się terminem społecznej szkodliwości czynu, który w odniesieniu do omawianego problemu ma charakter niejasny, nieprecyzyjny, pozwalając na arbitralność organów stosowania prawa w podejmowaniu decyzji o środkach zabezpieczających i sposobie ich wykonania. Zdaniem RPO, niezależnie od kontrowersji dotyczących definiowania społecznej szkodliwości czynu, nie ma wątpliwości, że kryteria oceny płynące z art. 115 § 2 k.k. mają charakter ściśle retrospektywny, zarówno w aspekcie przedmiotowym, jak i podmiotowym. Oznacza to, że wyjaśnienie ustawowe z art. 115 § 2 k.k. nie spełnia swojej funkcji w kontekście terminu użytego w kwestionowanym art. 93b § 3 k.k. Tym samym, termin wymaga nowej wykładni, co – w świetle ustalonego znaczenia w orzecznictwie i doktrynie w dotychczasowym kontekście – uzasadnia twierdzenie, że przepis jest niejasny i sformułowany nieprecyzyjnie, zwłaszcza przez to, że nakazuje poszukiwanie innego znaczenia pojęcia mającego już utarte znaczenie, którym ustawodawca posługuje się w ustawie karnej w odniesieniu do czynów popełnionych przez sprawcę. Po drugie, RPO podkreśla, że niezgodny z przywołanymi zasadami wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego jest dobór środka zabezpieczającego i sposób jego wykonania w sposób całkowicie wolny od zachowania zrealizowanego już przez sprawcę, a odnoszący się jedynie do czynu, który sprawca może popełnić. Ustawodawca zobowiązuje zatem organy stosowania prawa do rekonstruowania zdarzeń niepewnych i, w oparciu o tak poczynione ustalenia, nakazuje podejmowanie decyzji o środkach zabezpieczających⁹.

Odnosząc się do zarzutów RPO, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że obecne przesłanki umieszczenia sprawcy czynu zabronionego w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym nie różnią się fundamentalnie od podstaw

⁸ Zob. szerzej np. K. Eichstaedt, *Środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem*, Prok. i Pr. 2016, nr 12, s. 77; F. Ciepły, *Środki zabezpieczające – zmiany czy likwidacja?*, PiP 2015, nr 7, s. 85.

⁹ Wniosek do TK ws. zasad orzekania środków zabezpieczających, 23.12.2015, s. 14–18, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wniosek-do-tk-ws-zasad-orzekania-srodkow-zabezpieczajacych-0> [dostęp: 12.09.2018].

określonych w uchylonych art. 93 i 94 k.k.¹⁰. Sąd nadal stosuje izolacyjny środek zabezpieczający, gdy sprawca w stanie niepoczytalności popełnił czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości i zachodzi duże (wysokie) prawdopodobieństwo, że popełni taki czyn ponownie. Czyn zabroniony musi mieć związek z chorobą psychiczną lub upośledzeniem. W omawianym zakresie orzecznictwo sądowe, posiłkujące się opiniami biegłych psychiatrów, wypracowało odpowiednie standardy postępowania. Powstaje pytanie, czy da się uregulować środek zabezpieczający bez odniesienia do prognoz i pojęć ocennych, które *nota bene* nie są obce prawu karnemu. Można podać chociażby następujące przykłady: „szczególne okrucieństwo” (art. 148 § 2 pkt 1 k.k.), „silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami” (art. 148 § 4 k.k.), „uporczywe nękanie” (art. 190a § 1 k.k.). Dodać można także czyny stanowiące tzw. wypadek mniejszej wagi. Sąd karny, orzekając w konkretnych sprawach, musi zmierzyć się z ocenami i wartościowaniem. Mimo że w art. 115 § 2 k.k. podano elementy składowe społecznej szkodliwości czynu, to właśnie do sądu należy odpowiedź na pytanie o „znikomość”, „nieznaczność” lub „znaczność” tejże społecznej szkodliwości. W istocie odpowiedź na pytanie o to, czy czyn zabroniony był przestępstwem, zawiera w sobie ocenę konkretnego zachowania w kontekście bezprawności, zawinienia i społecznej szkodliwości. Przesłanki umieszczenia sprawcy w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym nie są oderwane od rzeczywistości. Zakotwiczone są w przeszłości – w fakcie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w stanie niepoczytalności. Nie odnoszą się, jak podnosi RPO, tylko do przyszłości. To na podstawie faktu przeszłego i konkretnego materiału dowodowego obejmującego w szczególności obecną sytuację życiową sprawcy biegli, a następnie sąd oceniają, czy zachodzi „wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on ponownie czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym”. Jak wskazywał Błażej Kolasiński w zachowującej dzisiaj aktualność glosie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 1998 r. (III KKN 219/97), ocena stopnia prawdopodobieństwa jest w istocie prognozą dotyczącą zachowania sprawcy czynu zabronionego w przyszłości, opierającą się zarówno na ustaleniach dotyczących postawionego mu zarzutu, jak i dotyczących stanu zdrowia psychicznego, a więc na wyczerpująco zebranym materiale osobopoznawczym¹¹. Owo prawdopodobieństwo nie może

¹⁰ Zob. np. T. Srogosz, *Podstawy materialnoprawne umieszczenia sprawcy czynu zabronionego w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym*, „Gubernaculum et Administratio” 2001, z. 1, s. 163–171.

¹¹ B. Kolasiński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 grudnia 1998 r., III KKN 219/97*, Prok. i Pr. 2000, nr 11, s. 100–107.

być hipotetyczne. Wręcz przeciwnie – musi być realne w tym sensie, że musi wynikać ze zgromadzonego materiału dowodowego, oraz w tym sensie, że musi wynikać ze znacznego stopnia możliwości urzeczywistnienia czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości¹².

Podkreślić również należy, że ocena wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego znana jest porządkom prawnym państw z kręgu europejskiej kultury prawnej. Fakt ten przywołał TK w sprawie zbadania konstytucyjności przepisów ustawy z 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób¹³. Wskazał, że wspólną przesłanką zastosowania instytucji izolacji postpenalnej jest zapobieżenie niebezpieczeństwu (zagrożeniu), jakie stwarza człowiek trwale niebezpieczny dla życia i zdrowia innych osób. Niebezpieczeństwo to ujmowane jest jako obawa popełnienia przestępstwa (Austria, Estonia do 2011 r., Niemcy), wysokie prawdopodobieństwo popełnienia zbrodni (Szwajcaria), czy też bezpośrednie ryzyko powrotu do przestępstwa (Norwegia)¹⁴. Istotne jest to, że w sprawach rozpatrywanych przez ETPC przesłanka prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego nie była nigdy postrzegana w kategoriach zarzutu naruszenia zasady pewności prawa. W szczególności w sprawach przeciwko Polsce, w których jak dotąd przywoływane były uchylone artykuły 93 i 94 k.k., nie postawiono zarzutu pogwałcenia tejsze zasady. Trybunał uznawał niejako, że wysokie prawdopodobieństwo popełnienia ponownie czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym spełnia jeden z generalnych warunków pozbawienia wolności. Tym warunkiem jest natomiast to, że „zaburzenie psychiczne musi być takiego rodzaju i natężenia, które uzasadniają przymusowe odosobnienie” (por. *Biziuk v. Poland*¹⁵, 17.01.2012, § 27 i 42; *Nawrot v. Poland*, 19.10.2017, § 53 i 64; *Witek v. Poland*¹⁶, 21.12.2010, § 23 i 39). Co więcej, w sprawach środków zapobiegawczych również pojawia się podobna przesłanka (art. 258 § 3 k.p.k.¹⁷). I w tym przypadku TK i ETPC nie dopatrzyły się naruszenia zasady pewności prawa.

¹² Por. J. Długosz, *Komentarz do art. 93g, [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, wyd. 4, Warszawa 2017, Legalis nr 1114091.

¹³ Dz.U. z 2014 r., poz. 24.

¹⁴ Wyrok TK z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. K 6/14, Dz.U. z 2016 r., poz. 2205.

¹⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124677> [dostęp: 17.09.2018].

¹⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124977> [dostęp: 17.09.2018].

¹⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1904.

Zakaz arbitralności

Pozbawienie wolności w postaci izolacyjnego środka zabezpieczającego powinno być stosowane z uwzględnieniem konstytucyjnej zasady praworządności (art. 7 Konstytucji RP). W art. 5 Konwencji podkreślono z kolei, że pozbawienie wolności ma być „zgodne z prawem” (*lawful*). Tym samym pobyt sprawcy czynu zabronionego popełnionego w stanie niepoczytalności, ograniczonej poczytalności lub w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym może być orzeczony przez sąd wyłącznie na podstawie art. 93a pkt 4 k.k., art. 93b §1 i 3–5 k.k., art. 93c pkt 1–3 k.k., art. 93d § 1 k.k. oraz art. 93g k.k. Zasada praworządności zabezpiecza przed pozbawieniem wolności jednostki przez organy państwowe bez podstawy wynikającej z prawa krajowego. Jest to zakaz arbitralności w znaczeniu formalnoprawnym, który wynika *expressis verbis* z art. 7 i 41 ust. 1 Konstytucji RP („pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”). Jednak zgodność zastosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego z prawem krajowym nie zawsze decyduje o braku arbitralności. Omawiany zakaz ma szersze znaczenie w kontekście obowiązywania art. 5 Konwencji. Pozbawienie wolności może być zgodne z prawem krajowym, a jednocześnie może zostać potraktowane jako arbitralne w świetle art. 5 Konwencji (zob. *Creangă v. Romania*¹⁸, 23.02.2013, § 84). ETPC rozpatrywał w konkretnych sprawach zgodność pozbawienia wolności z art. 5 Konwencji, biorąc pod uwagę typ, okres, skutki i sposób implementacji określonego środka izolacyjnego (*Guzzardi v. Italy*¹⁹, 6.11.1980, § 92). Tym samym sąd polski, orzekając o pobycie sprawcy w odpowiednim szpitalu psychiatrycznym, powinien uwzględnić przesłanki i zasady wynikające z kodeksu karnego oraz kryteria wynikające z art. 5 Konwencji. Znamienne pozostaje chociażby stanowisko ETPC, zgodnie z którym pozbawienie wolności należy traktować jako arbitralne, mimo jego zgodności z prawem krajowym, wtedy gdy zostało zastosowane przez organ sądowy w złej wierze lub podstępem (*James, Wells and Lee v. The United Kingdom*²⁰, 18.09.2012, § 192). Za arbitralne uznać zatem należy pozbawienie wolności zgodne z prawem krajowym i sprzeczne z celem ograniczeń dozwoleń w art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Podstawowym celem art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji, dopuszczającego pozbawienie wolności osób umyślowo chorych, jest nie tylko zapobieżenie zagrożeniu dla bezpieczeństwa publicznego, ale rów-

¹⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109226> [dostęp: 17.09.2018].

¹⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57498> [dostęp: 17.09.2018].

²⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113127> [dostęp: 17.09.2018].

niez ochrona ich własnego interesu (zob. np. *Enhorn v. Sweden*, 25.01.2005, § 43). Wskazane w kodeksie karnym przesłanki umieszczenia sprawcy czynu zabronionego w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym zmierzają w pierwszej kolejności do zabezpieczenia społeczeństwa przed ponownym popełnieniem przez tego sprawcę czynu zabronionego. W poprzednim stanie prawnym tylko taki był cel izolacyjnego środka zabezpieczającego (zob. uchylone art. 93 i 94 k.k.). Obecnie w art. 93b § 3 k.k. dodano przesłankę determinującą wybór środka zabezpieczającego (poza stopniem społecznej szkodliwości czynu) w postaci „uwzględnienia potrzeb i postępów w terapii”. Powstaje jednak pytanie, czy owa przesłanka dotyczy wszystkich środków zabezpieczających związanych w jakikolwiek sposób z terapią, czy tylko tych, które w nazwie mają terapię (art. 93a § 1 pkt 2 i 3 k.k.). Ten dylemat na gruncie znowelizowanych przepisów nie został jednoznacznie rozstrzygnięty. Wspomniana przesłanka przez jednych autorów podawana jest przy okazji komentowania art. 93g k.k.²¹, a przez drugich jest pomijana²². Biorąc pod uwagę sformułowany w orzecznictwie strasburskim zakaz arbitralności, należałoby opowiedzieć się za pierwszym poglądem. Owa „potrzeba terapii” może być postrzegana w kontekście własnego interesu osoby, wobec której ma być zastosowany izolacyjny środek zabezpieczający. Nawet jeżeli sąd nie podziela tegoż poglądu, to kryterium zakazu arbitralności, a w tym uwzględnienia interesu sprawcy, powinno być brane pod uwagę przy orzekaniu pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym z uwagi na wspomnianą powyżej linię orzecniczą ETPC.

Nakaz orzekania przez organ sądowy

To kryterium stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego odnieść należy do „zgodnego z prawem pozbawienia wolności w wyniku skazania przez właściwy sąd” (art. 5 ust. 1 lit. a Konwencji). Kryteria pozbawienia wolności osoby z zaburzeniami psychicznymi na gruncie Konwencji uregulowane zostały natomiast w art. 5 ust. 1 lit. c, w którym nie ma mowy o „właściwym sądzie” (*competent court*). Nie oznacza to jednak, że takie sytuacje, a w tym stosowanie izolacyjnych środków zabezpieczających, nie wymagają ingerencji organu sądowego. Podstawą w tym zakresie jest bowiem art. 5 ust. 4 Konwencji, potwierdzający prawo odwołania do sądu „każdemu, kto został pozbawiony wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie”. Trybunał strasburski zwrócił na ten przepis uwagę w kontekście art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji w sprawie

²¹ J. Długosz, *op. cit.*

²² A. Wilkowska-Płóciennik, *Komentarz do art. 93g*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stański, wyd. 3, Warszawa 2017, Legalis nr 1114091.

*Winterwerp v. The Netherlands*²³ (24.10.1979, § 44–61). Stwierdził, że pozbawienie wolności osoby z zaburzeniami psychicznymi wymaga regularnej sądowej kontroli legalności. Nawet jeżeli decyzję o izolacji podejmuje organ administracji państwowej, to w każdym czasie osoba pozbawiona wolności ma prawo dostępu do sądu osobiście lub przez pełnomocnika. Postępowanie sądowe zmierzające do kontroli legalności takiego pozbawienia wolności powinno gwarantować ochronę interesów osób z zaburzeniami psychicznymi. Trybunał strasburski zauważył co następuje:

Postępowania sądowe, o których mowa w art. 5 ust. 4 nie muszą, oczywiście, zawsze być związane z tymi samymi gwarancjami, które są wymagane na podstawie art. 6 ust. 1 w sprawach cywilnych lub karnych [...]; niemniej jednak istotne jest, aby dana osoba miała dostęp do sądu i możliwość wysłuchania osobiście lub, w razie potrzeby, za pośrednictwem jakiejś formy reprezentacji; w przeciwnym razie nie uzyskałaby „podstawowych gwarancji zastosowanej procedury w sprawach pozbawienia wolności” [...]; choroba psychiczna może pociągać za sobą ograniczenie lub modyfikację sposobu wykonywania tego prawa [...], ale nie może usprawiedliwić naruszenia samej istoty tego prawa; w rzeczy samej, mogą być potrzebne specjalne gwarancje proceduralne w celu ochrony interesów osób, które ze względu na swoją niepełnosprawność umysłową nie są w pełni zdolne do działania na własną rękę (*Winterwerp v. The Netherlands*, 24.10.1979, § 60; *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*²⁴, 18.06.1971, § 76 i 78).

Z powyższego wynika, że Konwencja i orzecznictwo strasburskie nie wymagają, aby decyzja o izolacji osoby z zaburzeniami psychicznymi podejmowana była przez sąd. Taki wniosek wynika z porównania art. 5 ust. 1 lit. a i art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji. W tym pierwszym przepisie mowa jest o „skazaniu przez właściwy sąd”, a w tym drugim – o „zgodnym z prawem pozbawieniu wolności”. Jednak legalność izolacji, o której stanowi art. 5 ust. 1 lit. c Konwencji, podlega już kontroli ze strony „właściwego sądu” na każdym etapie. Dlatego też izolacyjny środek zabezpieczający z art. 93a § 1 pkt 4 k.k. porównać należy z środkiem określonym w art. 23 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego²⁵, który również wymaga zgody sądu wyrażonej w postępowaniu opiekuńczym o przyjęciu do szpitala psychiatrycznego (zob. art. 25 wspomnianej ustawy). Istota tego środka sprowadza się do tego, że jednostka pozbawiana jest wolności na podstawie decyzji lekarza (art. 23 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 3 ustawy), który stwierdza po badaniu, że dotychczasowe zachowanie pacjenta wskazuje na bezpośrednie zagrożenie życia pacjenta albo życia lub zdrowia innych osób, wynikające

²³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57597> [dostęp: 17.09.2018].

²⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57606> [dostęp: 17.09.2018].

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 882.

z choroby psychicznej (art. 23 ustawy) lub domniemanej choroby psychicznej (art. 24 ustawy). Różnica między środkiem zabezpieczającym a izolacją z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego sprowadza się do tego, że pozbawienie wolności w tym pierwszym przypadku zaczyna się z reguły od postanowienia sądu o tymczasowym aresztowaniu, o którym stanowi art. 5 ust. 3 Konwencji, a w tym drugim przypadku – od decyzji lekarza, będącej w istocie pewnego rodzaju „środkiem zapobiegawczym”. Podobieństwo widoczne jest natomiast na etapie orzekania o bezterminowym pozbawieniu wolności, kiedy to kontrola sprawowana jest wyłącznie przez sąd (karny lub opiekuńczy), co czyni w pełni zadość standardom ETPC. Postępowanie karne gwarantuje jednocześnie, zgodnie z linią orzeczniczą ETPC, udział oskarżonego (osobiście lub przez obrońcę). Na podstawie art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. oskarżony musi mieć obrońcę, jeżeli zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy jego zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona, oraz w sytuacji, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Udział obrońcy jest obowiązkowy na posiedzeniach w przedmiocie izolacyjnego środka zabezpieczającego (art. 339 § 5 k.p.k.) oraz na rozprawach z udziałem oskarżonego, o którym mowa w art. 79 § 1 pkt 3 i 4 (art. 79 § 3 k.p.k.). Na marginesie warto zaznaczyć, że odpowiednika takiej regulacji nie ma w cywilnym postępowaniu nieprocesowym prowadzonym na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Przepis art. 48 tejże ustawy powinien obligować, a nie jedynie uprawniać sąd do ustanowienia pełnomocnika z urzędu dla osoby, której postępowanie dotyczy.

Nakaz orzekania izolacyjnego środka zabezpieczającego przez sąd łączyć należy z zakazem arbitralności. Taki wymóg zabezpiecza bowiem przed arbitralnym pozbawieniem wolności w oparciu o decyzję wydaną przez organ zaawansowany lub nieposiadający wystarczających kompetencji. Dlatego też w kontekście stosowania izolacyjnych środków zabezpieczających w pewnym stopniu aktualność zachowują wyroki ETPC krytykujące udział asesora w orzekaniu izolacyjnych środków zapobiegawczych (zob. *Urban and Urban v. Poland*²⁶, 30.11.2010, § 45–55; *Garlicki v. Poland*²⁷, 14.06.2011, § 106–116). Wyrok TK z dnia 24 października 2007 r. (sygn. SK 7/06) doprowadził wprawdzie do zmiany ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów

²⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125046> [dostęp: 17.09.2018].

²⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124806> [dostęp: 17.09.2018].

powszechnych²⁸ poprzez zlikwidowanie z dniem 5 maja 2009 r. instytucji asesora, została ona jednak przywrócona w zmodyfikowanej postaci na podstawie ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw²⁹. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej wskazano w szczególności, że

asesor sądowy nie będzie orzekać w sprawach stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym [...] co jest uzasadnione ciężarem gatunkowym spraw wymienionych w tym przepisie, a co za tym idzie koniecznością posiadania odpowiednio większego doświadczenia zawodowego, którym asesor nie będzie jeszcze się legitymował³⁰.

Powyższa argumentacja, nawet mimo zmian legislacyjnych zmierzających do zagwarantowania niezawisłości asesorów (art. 106 j–k ustawy z 2001 r.), powinna stanowić również podstawę do wyłączenia z zakresu obowiązków asesorów spraw pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Sprawy te gatunkowo odpowiadają rozstrzyganiu o tymczasowym aresztowaniu. Zauważyć należy jednocześnie, że umieszczenie jednostki w szpitalu psychiatrycznym na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego także wyłączone jest z zakresu obowiązków asesorów (zob. art. 2 § 1a ustawy z 2001 r.). Orzekanie izolacyjnego środka zabezpieczającego powinno zatem spoczywać w rękach doświadczonych sędziów, co chronić może przed ryzykiem arbitralności.

Ultima ratio i proporcjonalność

Przesłanka konieczności wynika *expressis verbis* z art. 93b § 1 k.k. Co więcej, została ona dookreślona przez dodatkową gwarancję związaną ze szczególnym uzasadnieniem prewencyjnym w postaci „zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości”³¹. Niezbędność orzeczenia pobytu w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym wynika z wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia w przyszłości czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości. Inaczej mówiąc, oznacza to, że z powodu choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego sprawca czynu zabronionego, o ile nie zostanie umieszczony w takim zakła-

²⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 2062 ze zm.

²⁹ Dz.U. z 2015 r., poz. 1224.

³⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, 31.03.2014, druk sejmowy nr 2299, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2299> [dostęp: 12.09.2018].

³¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, 15.05.2014, druk sejmowy nr 2393 cz. 1, s. 33, <http://sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393> [dostęp: 12.09.2018].

dzie, najprawdopodobniej popełni czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości³². Między koniecznością a proporcjonalnością zachodzi zatem ścisły związek, sprowadzający się do tego, że najcięższy, czyli izolacyjny środek zabezpieczający może być orzeczony w ostateczności, tylko wtedy, gdy jest on odpowiedni do wagi popełnionego przez sprawcę czynu o znacznej społecznej szkodliwości i zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia takiego czynu ponownie.

Przesłanki wyrażone w art. 93b i 93g k.k. interpretowane powinny być w kontekście orzeczeń ETPC dotyczących stosowania art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Trybunał strasburski również zwraca uwagę na *ultima ratio* i proporcjonalność pozbawienia wolności (zob. np. *Litwa v. Poland*³³, 4.04.2000, § 78). Czynił to między innymi w sprawach przeciwko Polsce na kanwie nieobowiązujących już przepisów art. 93 i 94 k.k., co nie oznacza w żadnym wypadku utraty aktualności tychże poglądów. Chociażby w niedawno sądzonej sprawie *Nawrot v. Poland* (19.10.2017) ETPC stwierdził, że przesłanki uzasadniające pozbawienie wolności, o których mowa w art. 5 ust. 1 Konwencji, powinny być interpretowane zawężająco. Zdaniem ETPC zaburzenie psychiczne powinno być na tyle „prawdziwe” (*true*) i poważne oraz takiego rodzaju i stopnia, aby uzasadniać konieczność izolacji w zakładzie psychiatrycznym. Na podstawie konkretnego stanu faktycznego, trybunał strasburski powziął jednocześnie wątpliwość, że osobowość dysocjalna, czyli psychopatia może być traktowana jako „prawdziwa” i na tyle poważna, aby pozbawić jednostkę wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji (§ 71, 73; zob. także *Glien v. Germany*³⁴, 28.11.2013, § 85; *Petschulies v. Germany*³⁵, 2.06.2016, § 77; *Kronfeldner v. Germany*³⁶, 19.01.2012, § 78–80). ETPC powołał się na przesłankę „rychłego niebezpieczeństwa dla innych lub dla siebie” (*imminent danger to others or to himself*, § 76; zob. także *Plesó v. Hungary*³⁷, 2.10.2012, § 65; *Stanev v. Bulgaria*³⁸, 17.01.2012, § 157). W sprawie *Nawrot v. Poland* przyjął za polskim ustawodawstwem, że owo potencjalne

³² J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki, *Środki zabezpieczające: umieszczenia – pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, w zakładzie karnym, w zakładzie zamkniętym przeznaczonym dla sprawców przestępstw skierowanych przeciwko wolności seksualnej popełnionych w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych albo skierowania takich sprawców na leczenie ambulatoryjne oraz terapią i elektroniczna kontrola miejsca pobytu stosowane wobec sprawców z zaburzeniami psychicznymi i zaburzeniami osobowości*, [w:] *Środki zabezpieczające*, red. L.K. Paprzycki, wyd. 2, Warszawa 2015 (System Prawa Karnego, t. 7), Legalis nr 1114091.

³³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99258> [dostęp: 17.09.2018].

³⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138580> [dostęp: 17.09.2018].

³⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163358> [dostęp: 17.09.2018].

³⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108670> [dostęp: 17.09.2018].

³⁷ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113293> [dostęp: 17.09.2018].

³⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108690> [dostęp: 17.09.2018].

niebezpieczeństwo powinno być związane ze znaczną szkodliwością czynu, w ramach której jednak nie można zakwalifikować chociażby powtarzających się kradzieży (§ 75).

Z powyższego wynika, że ETPC nie zakwestionował polskich regulacji prawno-karnych. Zwrócił jednak pośrednio uwagę na to, że przesłanki izolacji osób oparte na kodeksie karnym i ustawie o ochronie zdrowia psychicznego są zbliżone dzięki wspólnej podstawie w postaci art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Ich istota, wynikająca z treści art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji, sprowadza się do „rychłego (bezpośredniego) niebezpieczeństwa dla innych lub dla siebie” wynikającego z „prawdziwego” i poważnego zaburzenia psychicznego, uzasadniającego konieczność (niezbędność) izolacji w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym jako odpowiednim (proporcjonalnym) środku zabezpieczającym społeczeństwo i sprawcę przed tym bezpośrednim niebezpieczeństwem. Owo „rychłe” czy też „bezpośrednie” (*imminent*) niebezpieczeństwo dla innych lub dla siebie należy rozumieć raczej jako „nieuniknione” czy też „nieuchronne”, a nie „nagle” lub „natychmiastowe”. Wiązać je należy z kodeksowym zwrotem „wysokie prawdopodobieństwo”. Sędzia orzekający w sprawie pobytu w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym powinien uwzględnić powyższą interpretację tego zwrotu, która wydaje się bardziej przydatna od przyjmowanej chociażby w doktrynie wykładni „prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością”³⁹. Owa „nieuchronność” wiąże się z zasadą konieczności w ten sposób, że jedynym środkiem zabezpieczającym społeczeństwo przed „nieuniknionym” faktem popełnienia czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości jest izolacja sprawcy w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym.

Obligatoryjność obiektywnych opinii biegłych

Ocena przesłanek stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego należy do sądu, który powinien w rzetelny i obiektywny sposób przeanalizować materiał dowodowy. Niezbędnym, aczkolwiek nie jedynym dowodem, jest obiektywna opinia biegłych, traktowana przez ETPC jako warunek izolacji osoby z zaburzeniami psychicznymi (*Ruiz Rivera v. Switzerland*⁴⁰, 18.02.2014, § 59). Na temat opinii biegłych ETPC wypowiedział się w sprawie *Witek v. Poland* (21.12.2010), stwierdzając, że musi ona opierać się na aktualnym stanie zdrowia psychicznego, a nie wyłącznie na zdarzeniach przeszłych. Opinia nie może zostać uznana za wystarczającą dla pozbawienia wolności w sytuacji, gdy od jej wydania upłynął dłuższy czas (§ 41; zob. także *Varbanov*

³⁹ Zob. np. A. Wilkowska-Plóciennik, *Stosowanie leczniczych środków zabezpieczających – art. 94 k.k.*, Prok. i Pr. 2008, nr 6, s. 66–69.

⁴⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141434> [dostęp: 17.09.2018].

v. *Bulgaria*⁴¹, 5.10.2000, § 47). Przykładowo w sprawie *Herz v. Germany*⁴² (12.06.2003) ETPC stwierdził, że opinia psychiatryczna sprzed półtora roku nie może uzasadniać pozbawienia wolności (§ 50). W tej samej sprawie trybunał strasburski zauważył, że w sytuacji sprzeczności między różnymi opiniami sąd przy ocenie posiada pewien margines uznania (§ 62). Zaburzenie psychiczne musi być stwierdzone w dacie bezterminowego pozbawienia wolności w postaci środka zabezpieczającego i musi utrzymywać się w czasie wykonywania tego środka. W chwili stwierdzenia zaburzenia sprawca powinien zostać w miarę możliwości niezwłocznie poddany izolacji w zakładzie psychiatrycznym. Trwające po orzeczeniu środka zabezpieczającego pozbawienie wolności w areszcie tymczasowym, naruszające „racjonalną równowagę” między interesem sprawcy a możliwościami władz w zakresie izolacji, sprzeczne jest z art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji (*Mocarska v. Poland*⁴³, 6.11.2007, § 47–48; *Pankiewicz v. Poland*⁴⁴, 12.02.2008, § 44–45). Kiedy natomiast okaże się, że ustały medyczne przyczyny zastosowania izolacji, pozbawienie wolności w celach administracyjnych lub na potrzeby postępowania sądowego nie może się przedłużać (por. np. *O.H. v. Germany*⁴⁵, 24.11.2011, § 78).

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę powyżej zasygnalizowane orzecznictwo ETPC, można wyróżnić wynikające z art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji następujące kryteria, które powinny być uwzględniane przez sąd stosujący art. 93a–d i 93g k.k.: 1) zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego oraz konieczność wynikająca z interesu osoby z zaburzeniami psychicznymi; 2) „prawdziwe” i poważne zaburzenie psychiczne uzasadniające konieczność izolacji w zakładzie psychiatrycznym; 3) nieuchronne niebezpieczeństwo dla innych i dla sprawcy. Poza tym, orzecznictwo ETPC wzbogaca wykładnię przepisów kodeksu karnego w zakresie nie tylko orzekania, ale również wykonywania izolacyjnego środka zabezpieczającego, będąc dla polskiego sędziego istotnym źródłem podczas stosowania pobytu w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym. Wynikające z orzecznictwa strasburskiego kryteria powinny być brane pod uwagę również w procesie stanowienia polskiego prawa w zakresie izolacyjnego środka zabezpieczającego (np. pewność prawa, zakaz arbitralności, nakaz orzekania przez organ sądowy). Z jednej strony polski sędzia nie może tracić ich z pola

⁴¹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58842> [dostęp: 17.09.2018].

⁴² <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65695> [dostęp: 17.09.2018].

⁴³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83076> [dostęp: 17.09.2018].

⁴⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85004> [dostęp: 17.09.2018].

⁴⁵ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107556> [dostęp: 17.09.2018].

widzenia podczas rozstrzygnięcia konkretnej sprawy karnej, z drugiej – ustawodawca nie może ich lekceważyć w procesie legislacyjnym. Pominięcie tych kryteriów przez sędziego lub ustawodawcę prowadzić będzie do zaskarżania konkretnych orzeczeń w sprawach indywidualnych do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Na gruncie polskiego porządku prawnego na uwagę zasługuje w szczególności kwestia pozbawienia wolności w warunkach aresztu tymczasowego osoby, wobec której orzeczono izolacyjny środek zabezpieczający. W tym zakresie polskie sądy powinny zachować ostrożność i „racjonalną równowagę między interesem sprawcy a możliwościami władz w zakresie izolacji”.

Abstract

Strasbourg criteria for an insulating security measure and Polish law

The legal basis for the decision of the insulating safety measure are articles 93a–d and 93g of the Criminal Code. The content of the prerequisites laid down therein is based, *inter alia*, on the standards developed in ECHR case law. Therefore, it is important to approximate in the light of the Strasbourg case law these prerequisites, as well as the rules for this insulating security measure, including: the principle of legal certainty, no arbitrariness, court order, principle of necessity (*ultima ratio*), principle of proportionality, mandatory nature of objective expert opinion.

Key words: security measure, Strasbourg Court, insulation, unsound mind, liberty

Streszczenie

Strasburskie kryteria dotyczące izolacyjnego środka zabezpieczającego a prawo polskie

Podstawę prawną orzeczenia izolacyjnego środka zabezpieczającego stanowią art. 93a–d i art. 93g k.k. Treść uregulowanych tam przesłanek opiera się między innymi na standardach wypracowanych w orzecznictwie ETPC. Dlatego też istotne jest przybliżenie w świetle orzecznictwa strasburskiego tych przesłanek, jak i zasad dotyczących izolacyjnego środka zabezpieczającego, do których zaliczyć należy: zasadę pewności prawa, zakaz arbitralności, nakaz wyrokowania przez organ sądowy, zasadę konieczności (*ultima ratio*), zasadę proporcjonalności i obligatoryjność obiektywnej opinii biegłych.

Słowa kluczowe: środek zabezpieczający, trybunał strasburski, izolacja, zaburzenie psychiczne, wolność

Agnieszka Szpak

dr hab., Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego,
Wydział Politologii i Studiów Międzynarodowych,
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Proliferacja broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia jako czynnik przedłużający trwanie konfliktów zbrojnych

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest proliferacja broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia (*small arms and light weapons*, SALW), która stanowi czynnik przedłużający czas trwania konfliktów zbrojnych oraz zwiększający ich dotkliwe konsekwencje, zwłaszcza dla osób cywilnych¹. Temat ten jest tym bardziej aktualny, że w 2013 r. w ramach ONZ przyjęto Traktat o handlu bronią (*Arms Trade Treaty*)². W latach 90. XX w. kwestia broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia (dalej: BRLU) zaczęła być traktowana jako istotna z punktu widzenia bezpieczeństwa międzynarodowego. Przy jej użyciu uśmierca się ponad 500 tys. osób rocznie. Rozprzestrzenianie się broni małej i lekkiej osiągnęło takie rozmiary, że nie tylko zagraża bezpieczeństwu narodowemu i międzynarodowemu, ale podważa pokój i stabilność całej społeczności międzynarodowej³. Jak zauważa Barry Kellman, broń konwencjonalna spowodowała więcej ofiar śmiertelnych niż broń masowego rażenia. Jednak aż do 2013 r. nie przyjęto uniwersalnego traktatu regulującego użycie takiej broni⁴. Obecnie natomiast

¹ Szerzej na ten temat: A. Szpak, *Budowanie pokoju a bezpieczeństwo ludzkie – wzajemne relacje*, Toruń 2016, s. 285–299.

² Traktat o handlu bronią, sporządzony w Nowym Jorku dnia 2 kwietnia 2013 r., Dz.U. z 2015 r., poz. 40; dostępny również na stronie <http://www.un.org/disarmament/ATT/> [dostęp 11.12.2015].

³ A. Karp, *Small Arms: Back to the Future*, „The Brown Journal of World Affairs” 2002, vol. 9, nr 1, s. 179, 181.

⁴ B. Kellman, *Controlling the Arms Trade: One Important Stride for Humankind*, „Fordham International Law Journal” 2014, vol. 37, nr 3, s. 689.

zakazana jest m.in. broń biologiczna⁵, broń chemiczna⁶, miny przeciwpiechotne⁷, bomby kasetowe⁸ i oślepiająca broń laserowa⁹.

Celem opracowania jest charakterystyka i analiza obecności i proliferacji BRLU jako czynnika przyczyniającego się do przedłużenia trwania konfliktów zbrojnych, a także wykazanie, że rozprzestrzenianie broni małej jest kwestią istotną nie tylko dla bezpieczeństwa, ale również dla praw człowieka i rozwoju. Można w tym miejscu postawić kilka pytań badawczych: jakie są negatywne skutki proliferacji i użycia BRLU? Jak rozwiązać problem jej obecności i proliferacji? Czy obowiązują jakieś prawne regulacje w tym zakresie?

W opracowaniu zastosowano metodę badawczą instytucjonalno-prawną, metodę analizy oraz metodę badania literatury przedmiotu i dokumentów źródłowych. Metoda instytucjonalno-prawna obejmuje analizę treści aktów prawnych, np. umów międzynarodowych. Kładzie ona nacisk na podstawę prawną współczesnych systemów bezpieczeństwa zarówno narodowego, jak i międzynarodowego w ich wymiarze militarnym i pozamilitarnym¹⁰. Z kolei analiza treści służy do obiektywnego, systematycznego i ilościowego opisu zawartości. Ostatnia z wymienionych metod polega na wnikliwym poznaniu literatury przedmioty i dokumentów źródłowych¹¹.

⁵ Konwencja o zakazie prowadzenia badań, produkcji i gromadzenia zapasów broni bakteriologicznej (biologicznej) i toksycznej oraz o ich zniszczeniu, sporządzona w Moskwie, Londynie i Waszyngtonie dnia 10 kwietnia 1972 r., Dz.U. z 1976 r., nr 1, poz. 1, załącznik.

⁶ Konwencja o zakazie prowadzenia badań, produkcji, składowania i użycia broni chemicznej oraz o zniszczeniu jej zapasów z 1993 r., sporządzona w Paryżu dnia 13 stycznia 1993 r., Dz.U. z 1999 r., nr 63, poz. 703, załącznik.

⁷ Konwencja o zakazie użycia, składowania, produkcji i przekazywania min przeciwpiechotnych oraz o ich zniszczeniu, sporządzona w Oslo dnia 18 września 1997 r., Dz.U. z 2013 r., nr 323.

⁸ Konwencja o zakazie używania, prowadzenia badań, produkcji, nabywania, składowania, przechowywania lub przekazywania broni kasetowej z 2008 r., <http://www.un.org/disarmament/content/slideshow/ccm/> [dostęp: 08.12.2015].

⁹ Dodatkowy Protokół z dnia 13 października 1995 r. do Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki, sporządzonej w Genewie dnia 10 października 1980 r., Dz.U. z 2007 r., nr 215, poz. 1583. Szerzej na temat zakazanych broni zob. A. Szpak, *Międzynarodowe prawo humanitarne*, Toruń 2014, s. 231–268.

¹⁰ R. Korzeniowski, *Wprowadzenie do metodologii badań bezpieczeństwa narodowego*, Białystok 2014, s. 30.

¹¹ *Ibidem*, s. 33.

Charakterystyka broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia oraz negatywne skutki ich proliferacji i użycia

Były Sekretarz Generalny ONZ Kofi Annan stwierdził, że

liczba ofiar broni ręcznej strzeleckiej przewyższa liczbę ofiar wszystkich innych systemów uzbrojenia i rocznie najczęściej przekracza liczbę ofiar bomb atomowych, które zniszczyły Hiroszimę i Nagasaki. Ze względu na rzeź, jaką powoduje użycie broni ręcznej strzeleckiej, może być ona rzeczywiście określona jako broń masowego rażenia [...]. Rozprzestrzenianie tej broni nie jest jedynie kwestią bezpieczeństwa: jest to również kwestia praw człowieka i rozwoju. Proliferacja broni ręcznej strzeleckiej podtrzymuje i nasila konflikty zbrojne. To zagraża siłom pokojowym i pracownikom humanitarnym. To podważa szacunek dla międzynarodowego prawa humanitarnego. Zagraża to mającym legitymację, ale słabym rządów, a przynosi korzyści terrorystom, jak również sprawcom przestępczości zorganizowanej¹².

Problem broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia stał się istotny przede wszystkim ze względu na ich wpływ na prowadzenie działań zbrojnych i prawa osób cywilnych. Podobnie jak przy minach przeciwpiechotnych, rozprzestrzenianie się BRLU jest traktowane jako zagrożenie humanitarne, a nie tylko z zakresu rozbrojenia. Jednak absolutny zakaz używania czy handlu BRLU nie wchodzi w grę, w przeciwieństwie do min przeciwpiechotnych¹³ czy broni masowego rażenia. Jedynym rozwiązaniem jest więc kontrola negatywnych skutków jej proliferacji i użycia¹⁴. Zdaniem Amnesty International, na świecie dostępnych jest ponad 600 milionów sztuk broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia¹⁵. Zagrożenia dla osób cywilnych wzrastają wraz z proliferacją broni, zwłaszcza BRLU oraz min przeciwpiechotnych, jak również w rezultacie przestępczości zorganizowanej i przemocy, które mają miejsce w warunkach wojny¹⁶. Wzrost liczby wewnętrznych konfliktów zbrojnych, użycie BRLU i wzrost liczby nieregularnych grup zbrojnych (rebeliantów, powstańców) jako uczestników konfliktów zbrojnych przyczyniły się do ich brutalizacji. Ofiary wśród osób cywilnych i deportacje

¹² K.A. Annan, *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21st Century*, New York 2000, s. 52 [tłum. A.S.], http://www.un.org/en/events/pastevents/we_the_peoples.shtml [dostęp: 12.12.2015].

¹³ B. von Tigerstrom, *Human Security and International Law. Prospects and Problems*, Oxford–Portland 2007, s. 610–611.

¹⁴ R. Stohl, *Reality check. The Danger of Small Arms Proliferation*, „Georgetown Journal of International Affairs” 2005, vol. 6, nr 2, s. 73.

¹⁵ Podano za: P. Singer, *Addressing the Global Challenge of Child Soldiers*, [w:] *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, red. A. Bryden, H. Hänggi, Geneva 2005, s. 117.

¹⁶ C. Bruderlein, *People’s Security as a New Measure of Global Stability*, „International Review of the Red Cross” 2001, nr 842, s. 555.

nie są już tylko *collateral damage* (stratami ubocznymi) konfliktu, ale celami samymi w sobie¹⁷.

Warto w tym miejscu w kilku słowach wspomnieć o trendach w transferze broni oraz o wydatkach w tym zakresie. Dane te pozwolą uzyskać pełniejszy obraz handlu uzbrojeniem i sprzętem wojskowym. Według Sztokholmskiego Międzynarodowego Instytutu Badań nad Pokojem (Stockholm International Peace Research Institute, SIPRI) wielkość transferu uzbrojenia i sprzętu wojskowego w latach 2009–2013 wzrosła o 14% w porównaniu do lat 2004–2008. Pięciu największych eksporterów uzbrojenia i sprzętu wojskowego w latach 2009–2013 to USA, Rosja, Niemcy, Chiny i Francja. Natomiast pięcioma największymi importerami broni były Indie, Chiny, Pakistan, Zjednoczone Emiraty Arabskie (ZEA) i Arabia Saudyjska. Chiny umocniły swoją pozycję istotnego eksportera uzbrojenia i sprzętu wojskowego i zajęły miejsce Francji jako czwartego największego eksportera broni. Regionem, który był głównym odbiorcą uzbrojenia i sprzętu wojskowego w latach 2009–2013, była Azja i Oceania (47% importu). Następne w kolejności były: Bliski Wschód (19%), Europa (14%), obie Ameryki (10%) i Afryka (9%)¹⁸. Pięciu największych eksporterów dostarczyło 74% całości eksportowanego uzbrojenia i sprzętu wojskowego. W latach 2009–2013 USA dostarczyły więcej broni niż jakiegokolwiek inne państwo – do co najmniej 90 odbiorców¹⁹.

Zgodnie z danymi SIPRI globalne wydatki na zbrojenia spadły w 2013 r. o 1,9% i osiągnęły poziom 1747 mld dolarów. Wysokość wydatków na zbrojenia spadła w Ameryce Północnej, Europie Zachodniej i Środkowej i Oceanii, a wzrosła we wszystkich innych regionach. Pięć państw wydających najwięcej na zbrojenia w 2013 r. to USA, Chiny, Rosja, Arabia Saudyjska i Francja. Wydatki wojskowe w USA spadły o 7,8% do 640 mld dolarów. Było to spowodowane m.in. zmniejszeniem wydatków na zamorskie operacje militarne. Z kolei wydatki wojskowe Rosji wzrosły o 4,8%²⁰. Państwem, w którym nastąpił największy wzrost wydatków na zbrojenia, bo aż o 77%, był Afganistan. W porównaniu do 2004 r. wzrost ten wynosił 557%. Było to spowodowane budowaniem przez Afganistan od podstaw armii narodowej.

¹⁷ R. Thakur, *The United Nations, Peace and Security*, Cambridge 2006, s. 81.

¹⁸ S.T. Wezeman, P.D. Wezeman, *Trends in International Arms Transfers, 2013*, SIPRI Fact Sheet, March 2014, s. 1, <https://www.sipri.org/sites/default/files/files/FS/SIPRIFS1403.pdf> [dostęp: 16.08.2015].

¹⁹ *Ibidem*, s. 2.

²⁰ S. Perlo-Freeman, C. Solmirano, *Trends in World Military Expenditure, 2013*, SIPRI Fact Sheet, April 2014, s. 1; <https://www.sipri.org/sites/default/files/files/FS/SIPRIFS1404.pdf> [dostęp: 12.12.2015].

W 2013 r. podwyższono żołd dla afgańskich żołnierzy, a stan armii osiągnął zakładany na ten czas poziom 195 tys. osób²¹.

Zgodnie z Raportem ekspertów rządowych ONZ z 1997 r., broń ręczna strzelecka to broń przeznaczona do użycia przez pojedynczą osobę, a lekkie uzbrojenie to takie, które jest obsługiwane przez kilka osób²². W Traktacie o handlu bronią z 2013 r. takowej definicji nie ma. Do tego rodzaju broni należą m.in.:

- pistolety i pistolety samopowtarzalne;
- karabiny ręczne, maszynowe, w tym lekkie karabiny maszynowe oraz karabiny szturmowe;
- ciężkie karabiny maszynowe;
- miotacze pocisków, przenośne działa przeciwlotnicze, przenośne działa przeciwczołgowe;
- bezodrzutowe wyrzutnie rakiet, przenośne wyrzutnie rakiet przeciwczołgowych i przeciwczołgowych systemów raketowych, przenośne wyrzutnie raketowych systemów przeciwlotniczych oraz moździerze kalibru mniejszego niż 100 mm²³.

BRLU cechuje się następującymi przymiotami:

- Może być łatwo ukryta i przenoszona. Jest tania w utrzymaniu i łatwa w użyciu – nie jest konieczne szkolenie w zakresie jej obsługi. Jest bardzo często używana przez dzieci. Społeczność międzynarodowa podjęła wiele wysiłków, aby wyeliminować problem „dzieci-żołnierzy”, tymczasem to właśnie łatwy dostęp do BRLU w znacznym stopniu przyczynia się do rozwoju tego niepokojącego zjawiska;
- Jest tania: zarówno jeśli chodzi o skonstruowanie, jak i zakup. Najśłynniejszym przykładem jest AK-47 (automat Kałasznikowa). Szacuje się, że na świecie istnieje 70–100 milionów sztuk tej broni. W południowej Afryce koszt jednego AK-47 to tylko pięć dolarów;
- Jest zaskakująco trwała, co tym bardziej przyczynia się do jej niskich kosztów: ze względu na minimalne warunki związane z jej utrzymaniem w dobrym stanie, BRLU może być zdatna do użycia nawet przez 20 lat po zakończeniu konfliktu zbrojnego. Wciąż można znaleźć w użyciu BRLU z okresu II wojny światowej;

²¹ *Ibidem*, s. 7.

²² *Report of the Panel of Governmental Experts on Small Arms*, 1997, par. 25, <http://www.un.org/depts/ddar/Firstcom/SGreport52/a52298.html> [dostęp: 12.12.2015].

²³ M. Markowska, *Mała broń i lekkie uzbrojenie – duży problem prawa międzynarodowego*, „Wojсковy Przegląd Prawniczy” 2012, nr 1–2, s. 37–38; <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/07/4d30f0aaa3b96fa5c96de78ec4a8c180.pdf> [dostęp: 12.12.2015].

- Jest przedmiotem handlu, a broń, którą można legalnie handlować, często trafia w niepowołane ręce. Wszystkie wskazane powyżej cechy powodują, że BRLU staje się alternatywną czarnorynkową walutą dla międzynarodowych terrorystów;
- Ze względu na swoje cechy taka broń zaognia konflikt zbrojny i przedłuża jego trwanie. W 46 z 49 konfliktów zbrojnych toczonych w latach 1990–2007 używano tylko BRLU. Trzy miliony cywilów zostało zabitych przy użyciu takiej broni od 1990 do 2007 r. Koszty jej użycia wykraczają poza zranienia, śmierć i urazy psychiczne. Obejmują także opiekę medyczną, utratę produktywności, wzrost przestępczości, brak poczucia bezpieczeństwa oraz zahamowanie rozwoju. Konsekwencją jest także zagrożenie dla bezpieczeństwa w regionie, dla personelu humanitarnego oraz personelu misji utrzymania pokoju²⁴.

Łatwa dostępność BRLU po stronie walczących pozwala im na zabijanie i grabienie na dużą skalę. Dzięki tej broni rebelianci mogą stać się częścią przynoszących korzyści organizacji czy też sieci organizacji kryminalnych²⁵. W społeczeństwach pokonfliktowych BRLU może przyczynić się do wznowienia konfliktu. Najogólniej rzecz ujmując, może zniweczyć wysiłki mające na celu odbudowę pokoju. Może z łatwością zostać przekazana za granicę, do państw sąsiednich – i w nich również przyczynić się do wzniecenia konfliktu zbrojnego i popełniania zbrodni międzynarodowych²⁶. Jak zauważa M. Markowska,

[b]roń ta jest chętnie nabywana nie tylko przez państwa, ale również przez podmioty takie jak ugrupowania paramilitarne, milicje, grupy powstańcze, organizacje przestępcze, terrorystyczne i inne, będąc wykorzystywaną również przez piratów czy podczas ataków na konwoje z pomocą humanitarną. Nadmierne gromadzenie małej broni i lekkiego uzbrojenia przyczynia się do wzrostu napięcia między państwami, a niejednokrotnie do przedłużenia i eskalacji istniejącego konfliktu. Broń ta jest również wykorzystywana na szeroką skalę przy łamaniu praw człowieka czy przy przestępstwach popełnianych na tle seksualnym. Poza tym problem niekontrolowanego obrotu międzynarodowego małą bronią i lekkim uzbrojeniem ma swój wymiar ekonomiczny i zagraża stabilności gospodarczej ubogich państw-nabywców²⁷.

²⁴ H.H. Koh, *A Word Drowning in Guns*, [w:] *International Law and International Relations. Bridging Theory and Practice*, red. T.J. Biersteker, P.J. Spiro, Ch.L. Sriram, V. Raffo, New York 2007, s. 60–61; zob. też: C.J. Chivers, *Small Arms, Big Problems. The Fallout of the Global Trade*, „Foreign Affairs” 2011, vol. 90, nr 1, s. 110; R. Stohl, *op. cit.*, s. 73.

²⁵ W. Reno, *Small Arms, Violence, and the Course of Conflicts*, [w:] *International Law and International Relations...*, s. 44.

²⁶ R. Stohl, *op. cit.*, s. 71–72.

²⁷ M. Markowska, *op. cit.*, s. 37–38.

Ogromna ilość broni konwencjonalnej, zwłaszcza broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia, hamuje społeczny, ekonomiczny i kulturalny rozwój, narusza stabilność społeczną i zdrowie publiczne²⁸. Dostęp do BRLU ułatwił wybuch wielu międzynarodowych konfliktów zbrojnych i w znacznym stopniu pozwolił na ich trwanie. Obecność BRLU utrudnia także zakończenie konfliktu zbrojnego, dlatego też stanowi dla bezpieczeństwa międzynarodowego, zagrożenie, które nie może zostać zignorowane²⁹. Już Herfried Münkler w swoim głośnym dziele *Wojny naszych czasów* wskazywał, że dostępność BRLU jest jednym z głównych czynników prywatyzacji współczesnej wojny:

Przede wszystkim te trzy czynniki – dominacja lekkiego uzbrojenia, użyteczność, także tych słabo wyszkolonych ochotników oraz finansowanie wojen przez grabież lub handel nielegalnym towarem – są przyczyną załamania się upaństwowienia wojny i sprawiają jednocześnie, że prywatyzacja militarnej przemocy stała się znowu ekonomicznie atrakcyjna³⁰.

Trudno udowodnić związek między dostępnością broni palnej a poziomem przemocy, jednak jasne jest, że BRLU ułatwia zbrojną przemoc, a skutki jej użycia – zarówno te natury społecznej, jak i ekonomicznej – są długoterminowe. Obejmują przede wszystkim zmniejszenie produktywności już ubogich społeczeństw. Ranne ofiary wymagają leczenia i opieki, a to również generuje koszty. Łatwy dostęp do tego typu broni i nadużycia popełniane przy jej użyciu w trakcie konfliktu i po nim ściśle wiążą się ze wzrastającym poziomem przestępczości, przymusową migracją, pogarszaniem się warunków dla inwestycji i handlu oraz utrudnianiem dostaw pomocy humanitarnej³¹. Proliferacja i szeroka dostępność BRLU zagraża stabilności i bezpieczeństwu, co w konsekwencji prowadzi do osłabienia rozwoju gospodarczego oraz zmniejszenia inwestycji. W krajach nastawionych na turystykę przyczynia się to do odpływu turystów, co również ma poważne konwencje dla gospodarki kraju³².

Dla skonstruowania strategii na rzecz redukcji negatywnych skutków proliferacji i użycia BRLU konieczne jest zrozumienie przyczyn, dla których indywidualne osoby i grupy broń tę nabywają. Motywy mogą być różne, np. zapewnienie sobie bezpieczeństwa, zademonstrowanie siły lub chęć nie-

²⁸ B. Kellman, *op. cit.*, s. 690.

²⁹ R. Stohl, *op. cit.*, s. 72.

³⁰ H. Münkler, *Wojny naszych czasów*, tłum. K. Matuszek, Kraków 2004, s. 99.

³¹ R. Muggah, *Moving Forward? Assessing Normative and Legal Progress in Dealing with Small Arms*, [w:] *International Law and International Relations...*, s. 32.

³² S.R. Grillot, *Small Arms, Sovereign States and Human Rights*, [w:] *Negotiating Sovereignty and Human Rights. Actors and Issues in Contemporary Human Rights Politics*, red. N. Shawki, M. Cox, Burlington 2009, s. 221.

legalnego zdobycia innych dóbr³³. Dla rozwiązania problemu konieczna jest współpraca między państwami, ale także między nimi a aktorami pozapaństwowymi. Zorganizowane grupy zbrojne będące w opozycji do rządu lub walczące między sobą mogą nie być chętne do bezpośredniej współpracy. Jednak presja ze strony mediów i organizacji pozarządowych może wpływać na zachowania aktorów pozapaństwowych³⁴. Przykładem współpracy między państwami w ramach organizacji międzynarodowych (Unii Afrykańskiej i Unii Europejskiej) był trzyletni projekt walki z nielegalną bronią palną w Afryce, realizowany od marca 2010 r. przez Regionalne Centrum ds. Broni Ręcznej Strzeleckiej (Regional Centre for Small Arms). Miał na celu wzmocnienie w państwach członkowskich podmiotów instytucjonalnych oraz społeczeństwa obywatelskiego, w tym organizacji regionalnych szefów policji i organów ścigania, poprzez wzmocnioną współpracę i wymianę informacji w ramach i pomiędzy krajami³⁵.

Warto wskazać, że samo obowiązywanie Traktatu o handlu bronią oraz realizacja wynikających z niego obowiązków państw nie zmniejszy ilości BRLU już będącej w obiegu. Dlatego konieczne jest jej niszczenie oraz zabezpieczenie istniejących zapasów³⁶. Z tego też powodu wysiłki mające na celu kontrolę BRLU muszą obejmować także DDR (*disarmament, demobilisation and reintegration of combatants*), czyli rozbrojenie, demobilizację i reintegrację. DDR stanowi istotną część wysiłków mających na celu stworzenie bezpiecznego i stabilnego środowiska, w którym może się rozpocząć proces odbudowy państwa³⁷. Dla wyeliminowania BRLU – jako czynnika przedłużającego czas trwania konfliktów zbrojnych – i zbudowania pokoju pierwszym koniecznym krokiem jest po prostu usunięcie tej broni z obiegu. Po drugie, należy stworzyć struktury i procesy eliminujące motywy i potrzebę użycia broni. Można to osiągnąć poprzez zapewnienie zatrudnienia i możliwości rozwoju ekonomicznego³⁸. Zniszczenie broni jest niewątpliwie praktyczną i skuteczną metodą rozbrojenia³⁹. Innym rozwiązaniem jest jej redystrybucja. Aby jednak

³³ R. Stohl, *op. cit.*, s. 76.

³⁴ D. Fleck, *Arms Control and Disarmament Law: Its Role in Addressing New Security Threats*, „Military Law and the Law of War Review” 2013, vol. 52, nr 1, s. 77.

³⁵ *Small Arms and Light Weapons (SALW)*, 23.07.2013, African Union. Peace and Security, <http://www.peaceau.org/en/page/62-small-arms-and-light-weapons> [dostęp: 12.12.2015].

³⁶ D. Fleck, *op. cit.*, s. 77.

³⁷ *United Nations Peacekeeping Operations. Principles and Guidelines*, UN Department of Peacekeeping Operations, Department of Field Support, New York 2008, s. 26.

³⁸ A. Ebo, *Combating Small Arms Proliferation and Misuse after Conflict*, [w:] *Security Governance...*, s. 155.

³⁹ *Handbook of Best Practices on Small Arms and Light Weapons*, 2003, s. 7, <http://www.osce.org/fsc/13616> [dostęp: 13.12.2015].

broń nie została użyta w przyszłym konflikcie zbrojnym oraz aby uniknąć jej długotrwałego i kosztownego składowania, redystrybucja musi być precyzyjnie zaplanowana. Należy zapewnić przejrzystość tego procesu oraz zapobiec ponownemu uzbrojeniu kombatantów – pomocny byłby w tym monitoring przez stronę trzecią⁴⁰. DDR usuwa broń z obiegu i oferuje pokojowe alternatywy dla byłych kombatantów⁴¹.

Rozbrojenie jest procesem mającym na celu zebranie, kontrolę i usunięcie broni w ramach procesu budowania pokoju po konflikcie. Może również obejmować bezpieczne przechowywanie (składowanie) broni i potencjalne jej zniszczenie. Rozbrojenie jest koniecznym środkiem budowania zaufania, które przyczynia się do zwiększenia stabilności w napiętym i niepewnym otoczeniu pokonfliktowym. Sukces rozbrojenia i demobilizacji zależy właśnie od bezpiecznego i stabilnego środowiska⁴².

Celem demobilizacji jest zmniejszenie liczby członków jednostki zbrojnej, jej rozwiązanie (rozformowanie) lub stworzenie nowych sił zbrojnych, regularnych lub nieregularnych⁴³. Motywy demobilizacji zależą od okoliczności, dlatego też konieczne mogą być różne jej opcje. W niektórych państwach stabilny pokój jest możliwy tylko wtedy, gdy rywale uzyskają dostęp do władzy – przeciwne sobie strony muszą zostać włączone we wspólny system polityczny, siły zbrojne lub ruchy wyzwolenieckie muszą otrzymać nowe zadania⁴⁴. Oprócz rozwiązania pokonanych grup zbrojnych najpopularniejszym wyjściem jest włączenie części z nich do sił zwycięskich. Takie strategiczne sojusze często są zawiązywane w wojnach domowych, w których udział bierze duża liczba uczestników. Jednak po zakończeniu konfliktu zbrojnego często podnoszone są głosy nawołujące do reformy i redukcji zbyt licznej armii⁴⁵. Demobilizacja sama w sobie nie likwiduje możliwości wybuchu konfliktu zbrojnego, gdyż nie likwiduje źródeł tego konfliktu, które mogą być usunięte tylko przez długoterminowe działania nakierowane na trwały pokój⁴⁶. Konieczny jest ostatni etap DDR, czyli reintegracja.

Reintegracja oznacza proces uzyskiwania przez byłych kombatantów cywilnego statusu oraz dostępu do cywilnego zatrudnienia. Proces ten jest długotrwały i zachodzi przede wszystkim na szczeblu lokalnym, stanowi integral-

⁴⁰ *Ibidem*, s. 8.

⁴¹ A. Ebo, *op. cit.*, s. 147.

⁴² *Handbook of Best Practices on Small Arms...*, s. 4.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

ną część procesu rekonstrukcji i rozwoju powojennego społeczeństwa. Poza lokalnymi wysiłkami konieczna może być także pomoc międzynarodowa⁴⁷.

Po każdym konflikcie zbrojnym, w okresie przejściowym, broń stanowi przeszkodę na drodze do pokojowego rozwoju. Tuż po zakończeniu konfliktu, zwłaszcza wewnętrznego, ilość dostępnej broni, w tym również w posiadaniu byłych kombatantów i osób cywilnych, jest wysoka. Broń taka może zostać użyta nie tylko do ponownego wzniesienia konfliktu zbrojnego, ale także do popełnienia przestępstw. Dlatego tak ważne jest jak najszybsze rozpoczęcie fazy rozbrajania. Na późniejszym etapie możliwe jest wprowadzanie programów zbierania broni od osób cywilnych⁴⁸. Bezpośrednim celem rozbrojenia jest zmniejszenie ilości broni w obiegu i ograniczenie ryzyka ponownego wybuchu konfliktu zbrojnego. Rozbrojenie może zmniejszyć poziom przemocy między byłymi stronami konfliktu oraz tej związanej z przestępczością⁴⁹.

Dla skutecznego rozbrojenia konieczna może być pomoc międzynarodowa: środki na reformę sektora bezpieczeństwa, np. pomoc w szkoleniu policji. Taka pomoc jest przykładem długoterminowych działań, które przyczyniają się do zapewnienia bezpieczeństwa i stabilności⁵⁰.

Traktat o handlu bronią, sporządzony w Nowym Jorku dnia 2 kwietnia 2013 r.

Przyjęto wiele aktów prawnych dotyczących broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia, m.in.: *Convention Against Illicit Firearms Manufacture and Trafficking* (Organizacja Państw Amerykańskich, OPA, 1997), *Document on Small Arms* (Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, OBWE, 2000), *Code of Conduct on Arms Exports* (Unia Europejska, 1998), *Firearms Protocol* (South African Defense Community, SADC, 2000), Deklaracja z Bamako (*The African Common Position on the Illicit Proliferation, Circulation and Trafficking of SALW*, Unia Afrykańska, UA, 2000), *Declaration on Small Arms* z Nairobi (2001)⁵¹, Protokół przeciwko nielegalnemu wytwarzaniu i handlowi bronią palną, jej częściami i komponentami oraz amunicją (ONZ, 2001)⁵² oraz *Convention on Small Arms and Light Weapons, Their*

⁴⁷ *Ibidem*, s. 4–5.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 6.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 9.

⁵¹ Podano za: R. Muggah, *op. cit.*, s. 34.

⁵² Protokół przeciwko nielegalnemu wytwarzaniu i obrotowi bronią palną, jej częściami i komponentami oraz amunicją, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 31 maja 2001 r., Dz.U. z 2005 r., nr 252, poz. 2120. Był to pierwszy instrument międzynarodowy kryminalizujący handel bronią małą i lekką, który

Ammunition and Other Related Materials (Wspólnota Gospodarcza Państw Afryki Zachodniej, ECOWAS, 2006)⁵³. Wszystkie te dokumenty wskazują na wzmocnienie międzynarodowych i regionalnych wysiłków na rzecz uregulowania handlu BRLU. Broń konwencjonalna stała się centralną kwestią w ramach kontroli zbrojeń. Do tej pory chyba tylko broń masowego rażenia oraz miny przeciwpiechotne przyciągały taką uwagę.

W 2013 r. w ramach ONZ przyjęto Traktat o handlu bronią, pierwsze powszechne wiążące porozumienie międzynarodowe, ustanawiające standardy handlu oraz mające zapobiegać nielegalnemu handlowi bronią konwencjonalną⁵⁴. Za jego przyjęciem głosowały 154 państwa, trzy były przeciw (Syria, Iran, Korea Północna), a 32 wstrzymały się od głosu. Traktat wszedł w życie 24 grudnia 2014 r. i na chwilę obecną ma 73 państwa-strony, w tym Polskę. W preambule Traktatu podkreślono m.in.

potrzebę zapobiegania i wyeliminowania nielegalnego handlu bronią konwencjonalną oraz zapobiegania przekierowywaniu tego rodzaju broni na nielegalny rynek, do nieuprawnionego wykorzystania końcowego lub w ręce nieuprawnionych użytkowników końcowych, w tym w celu popełnienia aktów terrorystycznych⁵⁵.

Zgodnie z art. 1 przedmiotem Traktatu jest:

- ustanowienie i doskonalenie najwyższych możliwych wspólnych międzynarodowych standardów regulujących międzynarodowy handel bronią konwencjonalną;
- zapobieganie i wyeliminowanie nielegalnego handlu bronią konwencjonalną oraz zapobieganie przekierowywaniu broni konwencjonalnej.

A wszystko to ma się odbywać w celu:

- umocnienia międzynarodowego i regionalnego pokoju, bezpieczeństwa i stabilności;
- zmniejszenia ludzkiego cierpienia;
- promowania współpracy, przejrzystości i odpowiedzialnego działania Państw-Stron w dziedzinie międzynarodowego handlu bronią konwencjonalną i w ten sposób budowania zaufania między Państwami-Stronami⁵⁶.

zobowiązywał państwa-strony do implementacji tego zobowiązania do prawa krajowego. Jednakże Protokół skupia się na walce z przestępczością zorganizowaną, a nie na handlu małą i lekką bronią, zob. B. Kellman, *op. cit.*, s. 693.

⁵³ ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons, Their Ammunition and Other Related Materials, <http://www.poa-iss.org/RegionalOrganizations/ECOWAS/ECOWAS%20Convention%202006.pdf> [dostęp: 12.12.2015].

⁵⁴ S. Bauer, P. Beijer, M. Bromley, *The Arms Trade Treaty: Challenge for the First Conference of States Parties*, „SIPRI Insights on Peace and Security” 2014, nr 2, s. 1, <https://www.sipri.org/sites/default/files/files/insight/SIPRIInsight1402.pdf> [dostęp: 12.12.2015].

⁵⁵ Traktat o handlu bronią, sporządzony w Nowym Jorku dnia 2 kwietnia 2013 r., preambuła, Dz.U. z 2015 r., poz. 40.

⁵⁶ *Ibidem*, art. 1.

Do broni konwencjonalnej zaliczono m.in. broń ręczną strzelecką i lekkie uzbrojenie. Poza tym pojecie to obejmuje także: czołgi bojowe, opancerzone pojazdy bojowe, wielkokalibrowe systemy artyleryjskie, samoloty bojowe, śmigłowce szturmowe, okręty wojenne i pociski oraz systemy raketowe⁵⁷.

Kluczowe dla całego Traktatu są przepisy zawarte w art. 6 i 7. Zgodnie z art. 6:

1. Państwo-Strona nie wyrazi zgody na transfer broni konwencjonalnej [...] ani elementów [części i komponentów do montażu broni konwencjonalnej], jeżeli transfer ten naruszałby jego zobowiązania wynikające ze środków przyjętych przez Radę Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych, działającą zgodnie z rozdziałem VII Karty Narodów Zjednoczonych, w szczególności embarga na broń.

2. Państwo-Strona nie wyrazi zgody na transfer broni konwencjonalnej [...] ani [wspomnianych wyżej] elementów, jeżeli transfer ten naruszałby jego odpowiednie zobowiązania międzynarodowe wynikające z umów międzynarodowych, których Państwo to jest stroną, w szczególności umów dotyczących transferu lub nielegalnego przekazywania broni konwencjonalnej.

Istotny jest zwłaszcza art. 6, ust. 3:

3. Państwo-Strona nie wyrazi zgody na transfer broni konwencjonalnej [...] ani [wspomnianych wyżej] elementów, jeżeli w trakcie wyrażania zgody będzie dysponowało wiedzą, że ta broń lub elementy do tej broni byłyby wykorzystywane do popełnienia ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, poważnych naruszeń Konwencji Genewskich z 1949 roku, ataków wymierzonych w obiekty cywilne lub ludność cywilną objęte ochroną, jak również do popełniania innych zbrodni wojennych zdefiniowanych w umowach międzynarodowych, których jest ono Stroną⁵⁸.

Dla stwierdzenia odpowiedzialności państwa-strony kluczowe jest wykazanie jego wiedzy o tych okolicznościach (popełnianiu zbrodni międzynarodowych) w chwili udzielania zgody na transfer. Standard „wiedzy” zostanie spełniony, kiedy funkcjonariusz publiczny poweźmie informacje o tych naruszeniach i zbrodniach i nie podejmie rozsądnych kroków w celu zbadania sytuacji i powstrzymania się od wydania zgody na transfer⁵⁹.

Natomiast zgodnie z art. 7, jeżeli eksport broni nie jest zabroniony na podstawie art. 6, każde eksportujące państwo-strona musi ocenić w sposób obiektywny i bez żadnej dyskryminacji, czy eksportowana broń lub jej części:

- (a) przyczyniłyby się do umocnienia lub zagrożenia pokoju i bezpieczeństwa;
- (b) mogłyby zostać wykorzystane do:

⁵⁷ *Ibidem*, art. 2.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 6.

⁵⁹ B. Kellman, *op. cit.*, s. 711–712.

- (i) popełnienia lub ułatwienia popełnienia poważnego naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego;
- (ii) popełnienia lub ułatwienia popełnienia poważnego naruszenia międzynarodowych norm dotyczących praw człowieka;
- (iii) popełnienia lub ułatwienia popełnienia przestępstwa określonego w umowach międzynarodowych lub protokołach dotyczących terroryzmu, których Państwo importujące jest stroną; lub
- (iv) popełnienia lub ułatwienia popełnienia przestępstwa określonego w umowach międzynarodowych lub protokołach dotyczących międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, których Państwo eksportujące jest stroną⁶⁰.

Jeżeli po przeprowadzeniu takiej oceny okaże się, że istnieje „dominujące ryzyko” zaistnienia wymienionych niepożądanych konsekwencji, państwo-strona nie zezwoli na eksport broni lub jej części⁶¹. Przepis ten jest sformułowany w tonie imperatywnym, tak więc państwo-strona musi odmówić wywozu takiej broni. Kluczowa będzie tutaj wskazana w przepisie obiektywna ocena. Naturalnie powinna ona być dokonywana zgodnie z narodowym systemem kontroli i na podstawie wszelkich dostarczonych (również przez państwo importujące) informacji. System zezwoleń na import i eksport ma na celu umożliwienie efektywnej kontroli handlu BRLU.

Istotny jest także art. 8, zgodnie z którym

każde importujące Państwo-Strona podejmie środki w celu udostępnienia, zgodnie z prawem krajowym i na jego wniosek, eksportującemu Państwu-Stronie stosownych i istotnych informacji ułatwiających dokonanie przez Państwo-Stronę przeprowadzenia narodowej oceny wywozu [...]. Takie środki mogą obejmować dokumentację dotyczącą końcowego wykorzystania lub końcowego użytkownika⁶².

Każde państwo-strona biorące udział w transferze broni konwencjonalnej ma również obowiązek podjąć środki zapobiegające jej przekierowywaniu (czyli trafianiu do niepowołanych/nieupoważnionych użytkowników)⁶³. Wreszcie, państwa-strony będą utrzymywać krajowe rejestry w zakresie wydawanych przez siebie aktów zgody na wywóz lub faktycznie wywożonej broni konwencjonalnej. Każde państwo-strona jest zachęcane do prowadzenia rejestru broni konwencjonalnej, „która jest transferowana na jego terytorium, jako na miejsce końcowego przeznaczenia, lub która jest objęta zgodą na tranzyt lub przeładunek na terytorium znajdującym się pod jego jurysdykcją”. Dane z rejestrów mają być przechowywane przez co najmniej 10 lat⁶⁴.

⁶⁰ *Traktat o handlu bronią*, art. 7, ust. 1.

⁶¹ *Ibidem*, art. 7, ust. 3.

⁶² *Ibidem*, art. 8, ust. 1.

⁶³ *Ibidem*, art. 11, ust. 1.

⁶⁴ *Ibidem*, art. 12, ust. 4.

Zgodnie z art. 13, każde państwo-strona przekaże Sekretariatowi wstępny raport opisujący środki podjęte w celu wykonania Traktatu. Raport taki powinien zostać przedłożony w ciągu pierwszego roku od wejścia w życie Traktatu wobec danego państwa. Następnie państwa-strony będą informować Sekretariat o wszelkich nowych środkach podjętych w celu wykonania Traktatu, stosownie do sytuacji. Państwa-strony zostały również zobowiązane do przedstawiania Sekretariatowi co roku do dnia 31 maja raportu za poprzedzający rok kalendarzowy na temat zgód lub faktycznego wywozu i przywozu broni konwencjonalnej⁶⁵. W celu skutecznego wykonania Traktatu państwa-strony mają współpracować ze sobą zgodnie ze swoimi interesami w zakresie bezpieczeństwa i zgodnie z prawem krajowym⁶⁶.

Na podstawie powyższego można stwierdzić, że Traktat o handlu bronią reguluje obowiązki państw głównie w zakresie eksportu i importu broni konwencjonalnej. Nie zawiera żadnych sankcji karnych dla osób naruszających te przepisy. Dla przykładu wydany przez OBWE niewiążący *Handbook of Best Practices on Small Arms and Light Weapons* z 2003 r. przewiduje, że należy ustanowić właściwe sankcje cywilne, administracyjne i karne dla osób naruszających krajowe procedury dotyczące produkcji, transferu lub przechowywania BRLU⁶⁷.

Podsumowanie

Proliferacja BRLU stanowi zagrożenie istotne nie tylko dla bezpieczeństwa, ale także dla praw człowieka, przede wszystkim ze względu na to, że zwiększa cierpienia osób cywilnych. Broń ta może przyczyniać się do przedłużania konfliktów zbrojnych i do ich wznowiania. Jest tania, łatwa do ukrycia i przenoszenia oraz prosta w obsłudze, a więc może być używana nawet przez dzieci. Wszystkie te cechy powodują, że jej użycie jest tak popularne w konfliktach zbrojnych, przede wszystkim tych o charakterze międzynarodowym. Dla zmniejszenia ilości już obecnej w obiegu BRLU konieczna jest demobilizacja,

⁶⁵ *Ibidem*, art. 13, ust. 3.

⁶⁶ *Ibidem*, art. 15, ust. 1.

⁶⁷ *Handbook of Best Practices on Small Arms...*, s. 9 i 12 w części *Best Practice Guide on Export Control of Small Arms and Light Weapons*. Na temat Traktatu o handlu bronią zob. też: S. Parker, *Breaking New Ground? The Arms Trade Treaty*, [w:] *Small Arms Survey 2014*, <http://www.smallarmssurvey.org/?small-arms-survey-2014> [dostęp: 12.12.2015]; P. Holtom, I. Pavesi, Ch. Rigual, *Trade Update. Transfers, Retransfers, and the ATT*, [w:] *ibidem*; W.T. Worster, *The Arms Trade Treaty Regime in International Institutional Law*, „University of Pennsylvania Journal of International Law” 2015, vol. 36, nr 4, s. 995–1076; *Combating the Proliferation of Small Arms and Light Weapons in West Africa: Handbook for the Training of Armed and Security Forces*, red. A. Ayissi, I. Sall, UNIDIR, Geneva 2005.

rozbrojenie i reintegracja. Stanowią one część działań mających na celu stworzenie bezpiecznego i stabilnego środowiska.

Przełomowe dla walki z proliferacją BRLU oraz jej negatywnych skutków okazało się przyjęcie w 2013 r. Traktatu o handlu bronią. Do tego momentu społeczność międzynarodowa nie dysponowała uniwersalnym, prawnie wiążącym instrumentem mającym na celu zapobieganie przekazywaniu broni konwencjonalnej do państw lub regionów, w których dochodzi do zbrodni międzynarodowych, rozległych naruszeń praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego. Ważne jest również to, że Traktat czyni państwa-strony odpowiedzialnymi za transfer broni konwencjonalnej do takich państw⁶⁸. Celem Traktatu jest przyczynianie się do pokoju i bezpieczeństwa na świecie poprzez ustanowienie wspólnych międzynarodowych standardów handlu bronią konwencjonalną oraz zapobieganie nielegalnemu handlowi taką bronią. Może się on przyczynić do zapewnienia pokoju lub co najmniej zwiększenia bezpieczeństwa międzynarodowego oraz zmniejszenia ludzkich cierpień. Aby był skuteczny, konieczna jest jednak wola polityczna, której niestety bardzo często brakuje. Ważna byłaby również powszechna ratyfikacja Traktatu. Na chwilę obecną wśród państw-stron wciąż brakuje USA, Rosji, Chin, Ukrainy, Iranu, Syrii i Pakistanu.

Dla rozwiązania problemu proliferacji BRLU konieczne jest podejście holistyczne, obejmujące likwidację przyczyn popytu (takich jak konflikty wewnętrzne, rozruchy, zamieszki, destabilizacja państwa) i źródeł dostaw. W tym celu państwa powinny podejmować działania administracyjne i prawne oraz współpracować między sobą⁶⁹ i z aktorami pozapaństwowymi. Cel ten jest niezwykle trudny do osiągnięcia, gdyż występuje w tym przypadku sprzężenie zwrotne: przeciwdziałanie proliferacji tego typu broni, a zwłaszcza nielegalnemu handlowi nią, przyczynia się do zapewnienia pokoju i bezpieczeństwa, a jednocześnie to istnienie właśnie tych warunków – pokoju i bezpieczeństwa – jest najpewniejszą przesłanką redukcji proliferacji broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia.

⁶⁸ B. Kellman, *op. cit.*, s. 702.

⁶⁹ O.G. Uwa, A.B. Anthony, *Small Arms and Light Weapons (SALW) Proliferation and Problem of National Security in Nigeria*, „International Affairs and Global Strategy” 2015, vol. 29, s. 18.

Abstract

Proliferation of small arms and light weapons as a factor contributing to the duration of armed conflicts

The proliferation of small arms and light weapons is one of the major national and international security challenges. As such it constitutes the factor fueling armed conflicts and generating as well as increasing the human suffering of most of all civilians. Hence, it is so important to counteract this phenomenon which is indicated by the author of the article. The Arms Trade Treaty, adopted in New York on April 2, 2013, is described in more detail.

Key words: small arms and light weapons (SALW), proliferation, Arms Trade Treaty

Streszczenie

Proliferacja broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia jako czynnik przedłużający trwanie konfliktów zbrojnych

Proliferacja broni ręcznej strzeleckiej i lekkiego uzbrojenia jest jednym z istotnych współczesnych zagrożeń dla bezpieczeństwa narodowego i międzynarodowego. Stanowi czynnik przedłużający trwanie konfliktów zbrojnych oraz generujący i zwiększający cierpienia przede wszystkim osób cywilnych. Dlatego tak istotne jest przeciwdziałanie temu zjawisku, na co wskazuje autorka artykułu. Szerzej opisano Traktat o handlu bronią, sporządzony w Nowym Jorku dnia 2 kwietnia 2013 r.

Słowa kluczowe: broń ręczna strzelecka i lekkie uzbrojenie, proliferacja, Traktat o handlu bronią

Michał Peno

dr, Katedra Teorii i Filozofii Prawa, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Szczeciński

Przestępstwo i kara w filozoficznym ujęciu Johna Finnisa

Wprowadzenie

Artykuł stanowi próbę zarysowania koncepcji odpowiedzialności karnej wyłaniającej się z filozofii prawa Johna Finnisa. Filozof ten stoi zasadniczo na stanowisku retributywnym, jednak jego retributywizm ma charakter szczególny. O ile bowiem w filozofii prawa karnego i w nauce prawa karnego zdaje się dominować perspektywa pozytywizmu prawniczego, o tyle Finnis osadza rozważania o karze w tradycji prawnonaturalnej. Sposób rozumienia przestępstwa, odpowiedzialności, sprawiedliwości i kary jest uzależniony od wizji prawa, jaką się przyjmuje. W niniejszym artykule poglądy Finnisa na te kluczowe dla prawa karnego kwestie zostaną skonfrontowane z klasycznymi czy standardowymi poglądami reprezentowanymi w zasadniczo pozytywistycznej filozofii prawa karnego. Dodatkowym zaś punktem odniesienia będzie klasyczny retributywizm.

Niniejszy artykuł z jednej strony stanowi więc refleksyjne sprawozdanie z poglądów Johna Finnisa, z drugiej zaś – jest próbą reinterpretacji retributywizmu w duchu prawnonaturalnym. Uwzględni przy tym krytykę klasycznych teorii karania wyrażaną przez kontestatorów takich jak Niels Christie czy Clarence S. Darrow.

Teorie karania i stosunek Johna Finnisa do tych teorii

Należy rozpocząć od zarysowania głównych koncepcji czy teorii karania, by odpowiednio umiejscowić w ich ramach ujęcie kary Johna Finnisa. Zarysowana typologia koncepcji ma charakter rozbudowany, nie jest więc prostym zreferowaniem wstępnych uwag do nauki o karze czy filozofii prawa karnego *per se*.

We współczesnej filozofii prawa problematyka kary analizowana jest przede wszystkim przez pryzmat dwóch koncepcji czy teorii karania: teorii użytecznej (względnej) oraz teorii retributywnej (bezwzględnej)¹. Koncepcja użyteczna nie jest oczywiście jednorodna. Jednak w każdym ujęciu użytecznym to cel uzasadnia karanie czynów określanych przez prawo pozytywne jako przestępstwa. Do najważniejszych odmian koncepcji użytecznej zaliczyć można jej postać prewencyjną (kara ma tu przeciwdziałać ponownemu popełnianiu przestępstw przez sprawców) oraz wersję resocjalizacyjną (w świetle której kara ma celu rehabilitację społeczną sprawcy przez poddanie go odpowiednio dobranym oddziaływaniom terapeutycznym). Radykalny charakter zdaje się mieć ujęcie izolacyjno-zapobiegawcze, wedle którego kara ma zapobiec popełnianiu przestępstw przez sprawcę poprzez pozbawienie go zdolności do tego – np. sprawcy kradzieży obcina się rękę, a sprawcę przestępstw o charakterze seksualnym poddaje odpowiedniej farmakoterapii)².

Teorie użyteczne karania poszukują uzasadnienia kary w jej korzystnych efektach czy skutkach społecznych. Z etycznego punktu widzenia teorie te mają charakter konsekwencjonalistyczny, tj. uzależniają moralną ocenę czynu od jego konsekwencji. Czyny same w sobie nie są ani dobre, ani złe. O wartości moralnej czynu przesądzają skutki. Czyn C jest dobry, gdy wśród możliwych alternatywnych czynów, to C ma najlepsze konsekwencje, tj. *mutatis mutandis* najwyższą użyteczność³. Użyteczność można różnorako interpretować, przy czym klasyczny użyteczny wywodzony od Jeremy'ego Benthama nakazywał postrzegać użyteczność jako stan zadowolenia czy szczęśliwości. Współcześnie w filozofii użytecznej użyteczność postrzega się raczej jako stopień zaspakajania pragnień (potrzeb)⁴. Karanie w tym ujęciu może być uzasadnione wyłącznie, gdy w konsekwencji kara zapobiegnie wyrządzeniu cierpienia. Kara nie jest słuszna, gdy suma społecznych korzyści płynących z karania jest mniejsza aniżeli cierpienie czy dolegliwość związane z karą (oczywiście trudno określić w jednoznaczny sposób jak rozumieć tu „jest mniejsze niż”).

¹ Por. M. Tunick, *Punishment. Theory and Practice*, Berkeley–Los Angeles–Oxford 1992, s. 69–82; J.R. Lucas, *Responsibility*, Oxford 2004, s. 86; D. Boonin, *The Problem of Punishment*, Cambridge 2008; M. Peno, *Współczesne koncepcje uzasadnienia karania (zarys typologii)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2014, nr 5, s. 129–153.

² B. Wootton, *Crime and the Criminal Law: Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, London 1981, s. 31–64; J.R. Lucas, *op. cit.*, s. 87–123, 280–286; A.S. Kaufman, *The Reform Theory of Punishment*, „Ethics” 1960, vol. 71, nr 1, s. 49–53; B.A. Arrigo, *Social Justice/Criminal Justice. The Maturation of Critical Theory in Law, Crime, and Deviance*, Scarborough 1998, s. 1–14.

³ Por. T. Draper, *An Introduction to Jeremy Bentham's Theory of Punishment*, „Journal of Bentham Studies” 2002, vol. 5, s. 1–17.

⁴ Zob. C.L. Ten, *Crime, Guilt, and Punishment*, Oxford 1989, s. 7–37

Natomiast retributywizm może przybrać postać koncepcji odpłaty (kara jest odpłaceniem za wyrządzenie zła przez sprawcę) lub formę windykacyjną (kara ma służyć egzekwowaniu sprawiedliwości – prawa *per se* i praw ofiar). Prezentowany jest również pogląd, że kara służy dodatkowo komunikowaniu sprawcy czynu zabronionego, że postąpił niewłaściwie, powinien zmienić swoje postępowanie i poddać się regułom korzystnej dla siebie kooperacji społecznej (jest to tak zwana komunikacyjna koncepcja karania)⁵.

Na gruncie retributywnych teorii karania przyjmuje się z reguły, że sprawca zasługuje na karę, która powinna być proporcjonalna do ciężaru czynu. Mimo że poszczególne ujęcia retributywne różnią się w sposobie wyjaśniania tego, co to znaczy, że „sprawca zasługuje na karę”, jednak wspólnie wyprowadzają to z jakiejś koncepcji sprawiedliwości⁶. W pewien sposób kara przywraca poczucie sprawiedliwości czy uczciwości we wspólnocie, której porządek został naruszony przestępstwem. Można powiedzieć, że nowoczesne teorie retributywne inspirowane są kantowską formalną etyką wartości, nakazującą posłuszeństwo prawu moralnemu (obowiązkom moralnym, powinności). Sprawiedliwość, będąca sama prawem moralnym, nakazuje zaś ukarać tego, kto owe obowiązki narusza⁷.

John Finnis jest filozofem z kręgu nowoczesnej tradycji prawnonaturalnej, a co do odpowiedzialności karnej przyjmuje retributywistyczny punkt widzenia, i to w wariantcie pierwszym (jak się wydaje)⁸. Jego koncepcja karania osadzona jest w systemie filozoficznoprawnym, który nakreślił w swoim *opus magnum* pt. *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*⁹. Przedmiotem dalszych analiz nie będzie koncepcja prawnonaturalna Finnis, ale próba krytycznego spojrzenia na uzasadnienie karania zaproponowane przez tego filozofa¹⁰. Jest przy tym ważne, że w zasadzie Finnis opracował nie tyle samą problematykę

⁵ R.A. Duff, *Punishment, Communication and Community*, Oxford 2001, s. 80–112; J. Feinberg, *Funkcja ekspresyjna kary kryminalnej*, tłum. W. Mleczo, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 215–228; B. Wojciechowski, *Dyskursywno-etyczne uzasadnienie kary kryminalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 3, s. 137–151.

⁶ Zob. M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010, s. 50–56; K. Huigens, *The Jurisprudence of Punishment*, „William & Mary Law Review” 2007, nr 5, s. 1803–1804.

⁷ M. Chmieliński, *Kanta filozofia kary*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 310–322; R.A. Duff, *Theories of Criminal Law*, [w:] red. E.N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford 2013, <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/criminal-law/> [dostęp: 20.05.2017].

⁸ J. Finnis, *Retribution: Punishment's Formative Aim*, „Journal Articles” 1999, nr 871, s. 91–103.

⁹ Idem, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. K. Lossman, Warszawa 2001, wyd. oryg. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980.

¹⁰ W zakresie filozofii prawa zob. np. P. Łabieniec, *Teoria prawa naturalnego Johna Finnis a wobec sporu między pozytywizmem prawniczym a doktrynami prawa naturalnego. (Na marginesie polskiego wydania książki Natural Law and Natural Rights)*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 181–209.

uzasadnienia karania (tzw. teorii kary), ile szerszą koncepcję sprawiedliwości karnej jako elementu funkcjonowania wspólnoty, warunku trwania zdrowego i racjonalnego *ordo iuris*. John Finnis rozważa więc system sprawiedliwości karnej – nie tylko karanie *per se*. Dostrzega bowiem, że nieodłącznym elementem uzasadnienia karania jest należyte ukształtowanie tego, co określa się w polskiej nauce prawa mianem polityki kryminalnej, zasad procesowych (w duchu sprawiedliwości proceduralnej i rzetelności postępowania) oraz zasad odpowiedzialności karnej. Są to w pewnym sensie warunki zewnętrzne wobec uzasadnienia karania, jednak stanowią wymogi, które muszą być spełnione, by można było mówić o uzasadnieniu karania we właściwym czy wąskim sensie¹¹.

Podkreślenia wymaga jeszcze głęboki sprzeciw Finnisa wobec utilitaryzmu karnego, zwłaszcza w tej jego radykalnej postaci, którą nadała mu obrońa społeczna czy nurt resocjalizacji (rehabilitacji społecznej). Kara, jak sądzi filozof „nie ma przypominać akcji obrony społecznej przed plagą szarańczy czy wróbli”, nie jest „elementem higieny społecznej, jak stacje kwarantanny, azyle dla szaleńców i prewencyjne aresztowania”¹². To wyraźne – i kontestujące – nawiązanie do prądów socjologicznej czy antropologicznej filozofii karania, wyrosłych na gruncie XIX-wiecznego pozytywistycznego naturalizmu, których paroksyzm przypadł na pierwszą połowę XX w., przybierając kształt postulatów właśnie obrony społecznej czy modelu resocjalizacyjnego prawa karnego (zwłaszcza w USA czy krajach skandynawskich)¹³. Jest to zresztą ten sam sprzeciw, który wyrażał Max Scheler czy Nicolai Hartmann, wyrastający z przekonania o wartości i jakości funkcjonowania jednostki na poziomie osobowym, której nie wolno poddawać zabiegom wychowawczo-terapeutycznym¹⁴. Jednak zarówno Scheler, jak i Hartmann kontestowali retributywizm jako uzasadnienie karania¹⁵. Finnis natomiast z właściwą sobie tomi-

¹¹ D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford–New York 2008, rozdz. 2 i 3.

¹² J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne...*, s. 295.

¹³ Zob. D.A. Andrews, I. Zinger, R.D. Hoge, J. Bonta, P. Gendreau, F.T. Cullen, *Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-analysis*, „Criminology” 1990, vol. 28, nr 3, s. 369–404; H. von Hofer, *Punishment and Crime in Scandinavia, 1750–2008*, „Crime and Justice” 2011, vol. 40, nr 1, s. 33–107; A.S. Kaufman, *op. cit.*

¹⁴ Można co najwyżej przyjąć rolę przewodnika – nauczyciela zdolności zdrowego przeżywania wartości i kierowania się nimi (ku dobru), jednak na etapie formowania osoby od najmłodszych jej lat, nie zaś po przestępstwie.

¹⁵ Zob. F. Dunlop, *Scheler's Theory of Punishment*, „Journal of The British Society for Phenomenology” 1978, vol. 9, nr 3, s. 167–174; E. Kelly, *Material Ethics of Value: Max Scheler and Nicolai Hartmann*, Dordrecht–Heidelberg–London–New York 2011, rozdz. 4 i 5; J. Makota, *Filozofia wartości według Nicolaia Hartmanna*, „Estetyka i Krytyka” 2008–2009, nr 15–16, s. 87–106.

styczną zaciekłością nakazuje uczyć rzeczywistych wymogów prawa w drodze żywego dramatu, jakim jest proces sądowy zwieńczony wymierzeniem kary jako odpłaty. Wymogi prawa, jak zobaczymy poniżej, są na gruncie koncepcji Finnis w zasadzie wymogami moralności, z pewnością zaś można tak powiedzieć o prawie karnym i karze.

Odpowiedzialność karna w ujęciu Johna Finnis (przestępstwo, sprawiedliwość, kara)

Charakterystyczna dla koncepcji czy uzasadnienia karania Johna Finnis jest następująca myśl:

Sankcje są karami, ponieważ rozum dyktuje, że są one konieczne do unikania niesprawiedliwości, utrzymywania racjonalnego porządku proporcjonalnej równości czy bezstronności pomiędzy wszystkimi członkami społeczeństwa. Kiedy ktoś, kto faktycznie mógł wybrać inny sposób postępowania, manifestuje swoim działaniem preferencję (czy to przez swoje zamiary, lekkomyślność, czy niedbalstwo) dla własnych interesów, własnej wolności wyboru i działania, co godzi w interesy wspólne i prawnie określoną wspólną-drogę-postępowania, wówczas zyskuje on pewien rodzaj przewagi nad tymi, którzy trzymali siebie w karbach, ograniczyli realizację swoich własnych interesów, by przestrzegać prawa¹⁶.

Zatem „ktoś, kto [...] manifestuje swoim działaniem preferencję [...] dla własnych interesów [...], co godzi w interesy wspólne”, nie działa wedle „zasady trafnego osądu praktycznego, dobrego i właściwego porządku zarówno w relacjach między ludźmi, jak i w postępowaniu jednostki”¹⁷. W takim ujęciu wina moralna jest winą prawną (i na odwrót). Jest tak, bo wymogi rozumności praktycznej są wymogami moralnymi, służą realizacji pewnego ideału moralnego, do którego należy przestrzeganie reguł czy porządku prawnego, postrzeganego z perspektywy tych, którzy traktują obowiązki prawne nie jako zapowiedź kary, lecz jako wzorce do oceny własnych i cudzych zachowań, niejako wierząc w moc obowiązującą tych reguł (nie sposób nie nawiązać tu do słynnego Hartowskiego wewnętrznego punktu widzenia)¹⁸. Odnosi się to zarówno do rozważań nad winą dotyczących jej powiązania ze złem moralnym (czynem naruszającym moralność), jak i warunku odpowiedzialności karnej¹⁹.

Trzeba podkreślić, że Finnis nie wypowiada się tu w sprawie karania w ogóle, bo nie odnosi się przecież do kar stosowanych wobec dzieci (za ba-

¹⁶ J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne...*, s. 296.

¹⁷ *Ibidem*, s. 22.

¹⁸ *Ibidem*, s. 19. Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 273.

¹⁹ Zob. K. Huigens, *op. cit.*, s. 1793–1804.

łagan lub kłamstwo) ani do społecznych sankcji stosowanych w reakcji na naruszenie obyczajów, zwyczajów, etykiety itd. – nie dotyczą one bowiem prawnie określonej wspólnej-drogi-postępowania, która jest przedmiotem zainteresowania tego filozofa prawa.

John Finnis sądzi, że autorytet i władza prawa zależy od tego, czy jest „sprawiedliwe lub przynajmniej zdolne zapewnić sprawiedliwość”. Niektóre sytuacje, to jest szczególne wypadki niesprawiedliwości polegającej na pogwałceniu reguł harmonijnego funkcjonowania wspólnoty, takie jak napady pirackie (by użyć przykładu Finnisa), z konieczności wymagają stosowania siły czy przymusu jako jedynej możliwej odpowiedzi. Wobec jednostek sprzeciwiających się sprawiedliwości wolno stosować przymus prawny. „[P]ozbawiony skrupułów egocentryzm daje się powściągać jedynie za pomocą bezpośredniej grozy, godzącej w ich [egoistów] interes własny”, przy czym nie tylko egoizm stoi za przestępczością – także powodowane szlachetnymi lub wspólnotowymi (troską o innych) pobudkami akty zamachu na wspólnotę (np. niektóre przypadki terroryzmu) wymagają stanowczej reakcji – sankcji zdolnej powstrzymać przestępców²⁰.

Zdaniem Finnisa prawo karne i kara mają uzasadniony oraz prosty cel: by pewne rodzaje zachowań pojawiały się rzadziej niż w przypadku nieistnienia prawa karnego. Poza tym prawo karne ma zapewnić określoną jakość życia wspólnotowego, tak by z jednej strony wymogi dobra wspólnego nie ustępowały egoistycznym czy indywidualnym interesom, a z drugiej – by zapewnić obywatelom autonomię w kierowaniu własnym życiem i wolność od poświęcania własnego życia na rzecz niezasłużonej korzyści innych osób²¹.

Wyjaśnienie potrzeby i funkcjonowania kary kryminalnej zaproponowane przez Johna Finnisa jest bardzo naturalne, do tego intuicyjne i racjonalne. Instytucja kary jest naturalną „odpowiedzą człowieka na ludzkie potrzeby”²². Ma stanowić wyraźny bodziec do przestrzegania prawa, poruszający i przemawiający do każdego potencjalnego buntownika. Symptomatyczne, że wedle Finnisa buntownikiem takim może zostać praktycznie każdy członek społeczeństwa – w każdym bowiem tkwi pokusa do naruszenia pewnych reguł (z rozmaitych powodów skądinąd dobrzy i przestrzegający prawa ludzie gotowi są niekiedy pewne normy naruszyć – jechać zbyt szybko autem albo zaparkować wbrew zakazowi itp.). Jest bowiem faktem, że nie w każdym wypadku odwołanie się do dobra wspólnego jest wystarczającą przesłanką czy motywacją do działania zgodnie z wymogami prawa. Przyjmując perspektywę

²⁰ J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne...*, s. 293–294.

²¹ Idem, *Retribution: Punishment's Formative Aim...*, s. 91–96.

²² Idem, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne...*, s. 295.

„dobrych obywateli”, trzeba ująć karę jako zachętę do ciągłego przestrzegania czy realizowania prawa, by nie pojawiło się wśród szanujących prawo przeświadczenie o tym, że są na gorszej pozycji od tych, którzy są – jak mówi Finnis – bandytami (buntownikami). Bez tej zachęty obywatele, wedle filozofa, ztracą pierwotną skłonność do konsensualnej kooperacji dla i z uwagi na wartość dobra wspólnego. Zasadniczym celem kary w ujęciu Finnis jest „przywracanie dystrybucyjnie sprawiedliwej równowagi korzyści i ciężarów pomiędzy przestępcą a osobą przestrzegającą prawa”²³.

Celem jest więc zapewnienie swoistej równowagi korzyści, jakie z dobra wspólnego – z udziału we wspólnocie – czerpią wszyscy jej członkowie. Poprzez karę pozbawia się przestępcę tego, co zyskał, popełniając przestępstwo, tj. decydując się na naruszenie reguł (zamiast im się podporządkować). Tyle, ile wolności sprawca zyskał, tyle należy mu owej wolności odebrać. Wymiernym czy realnym odebraniem korzyści jest kara kryminalna, rzecz jasna proporcjonalna do ciężaru winy (naruszenia). Można dostrzec, że John Finnis nie przesądza przy tym, czy lepszym narzędziem jest kara grzywny, czy pozbawienia wolności. Nie jest istotne również to, jak nazwie się sankcję prawną – ważne jest natomiast jej działanie oraz cel, czyli korygowanie naruszonych reguł dystrybucji prawnych wolności i ograniczeń czy też szeroko pojętych zysków i strat²⁴. Zatem kryteria wyróżnienia prawa karnego i kary kryminalnej nie są kluczowe – byle spełnione były warunki systemowe czy instytucjonalne (rzetelny i sprawiedliwy proces przed bezstronnym sądem itd.), a sankcja realizowała postulat przywracania zachwianej równowagi korzyści i faktycznie dotykała sprawcę (była dla niego odczuwalna)²⁵.

Odrodzenie retributywizmu a koncepcje Johna Finnis

Warto zauważyć, że z pozycji pozytywizmu prawniczego zbliżone do ujęcia Johna Finnis (reprezentującego tradycję prawnonaturalną) uzasadnienie karania przedstawiali głównie filozofowie związani z odrodzeniem się teorii retributywnej w prawie karnym. Odrodzenie to nastąpiło po trwającej pół wieku dominacji utylitarne go podejścia do karania. W publikowanym w latach

²³ *Ibidem*, s. 296.

²⁴ Por. uwagi polskiego Trybunału Konstytucyjnego na temat sankcji karnej i kary: wyrok TK z 12 kwietnia 2011 r., P 90/08; wyrok TK z 3 listopada 2004 r., K 18/03; wyrok TK z 4 lipca 2002 r., P 12/01; orzeczenie TK z 1 marca 1994 r., U 7/93; wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., P 7/98 oraz wyrok TK z 29 kwietnia 1998 r., K 17/97.

²⁵ H. Morris, *Persons and Punishment*, “The Monist” 1968, vol. 52, nr 4, s. 475–501; Ch. Bennett, *The Varieties of retributive experience*, “Philosophical Quarterly” 2002, vol. 52, nr 207, s. 145–163; P. de Greiff, *Deliberative Democracy and Punishment*, “Buffalo Criminal Law Review” 2002, vol. 5, nr 2, s. 373–403.

60. ubiegłego wieku artykule Herberta Morrisa pt. *Osoba i kara*²⁶ znajdują się twierdzenia niezmiernie podobne do poglądów na karę przedstawianych przez Finnisia. Morris stwierdza, że „słuszne jest karanie tych, którzy naruszyli prawo i spowodowali niesprawiedliwe rozdzielanie korzyści i ciężarów. Osoba, która narusza przepisy, ma coś, co mają inni – czerpie korzyści z systemu, ale przez odrzucenie tego, co przyjęli na siebie inni, czyli ciężarów związanych z samoograniczeniem się, uzyskała nieuzasadnioną przewagę”²⁷. Wyrównanie bilansu ciężarów i korzyści następuje poprzez zniesienie przewagi, jaką uzyskał swym czynem przestępca. Przestępca jest winny innym „coś konkretnego, ponieważ posiada to, co niesłusznie do niego należy”²⁸. Zdaniem Morrisa sprawiedliwość wymaga karania takich jednostek. Kara przywraca bowiem równowagę pomiędzy korzyściami i ciężarami „w wyniku odebrania sprawcy przestępstwa tego, co zagarnął”²⁹. Karanie jest zatem formą egzekwowania długu (takiego porównania używa też Finnis)³⁰.

Korzystając z merkantylistycznego języka, można powiedzieć, że Morris zakłada, iż przywrócenie równowagi może nastąpić przez umorzenie długu zaciągniętego przestępstwem. Jest tak w przypadku przebaczenia, które wszakże w prawie musi przyjąć postać ulaskawienia jako formalnego aktu prawnie kompetentnego do danego podmiotu. Przy czym utrzymanie równowagi pomiędzy korzyściami a ciężarami wymaga karania, przebaczenie natomiast jest potrzebne, ale stanowi przypadek szczególny, a jego stosowanie musi być podporządkowane sprawiedliwości karnej (standardową reakcją jest kara realizująca zasadę sprawiedliwości, przebaczenie jest odstępstwem od tej zasady). Karanie przestępców stanowi bowiem zachętę dla poszczególnych obywateli, aby „panowali nad swoimi skłonnościami i nie powiększali w ten sposób liczby tych, którzy biorą coś, co się im nie należy”³¹. Warto zaznaczyć, że także w tym punkcie poglądy Johna Finnisia są zbieżne z wizją karania prezentowaną przez Herberta Morrisa. Uzupełnieniem wizji tego drugiego jest stwierdzenie, że skoro „reguły prawne mają na celu powszechną korzyść, a kary przewidziane za ich naruszenie zostały podane do publicznej wiadomości – istnieje pewna doza prawdziwości w przesadnym twierdzeniu,

²⁶ H. Morris, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem*, s. 476.

²⁸ *Ibidem*, s. 475–478; B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne. Filozoficzne podstawy karania w wielokulturowych społeczeństwach demokratycznych*, Toruń 2009, s. 279–303.

²⁹ H. Morris, *op. cit.*, s. 482.

³⁰ Krytycznie ustosunkowywał się do takiego ujęcia karania Alf Ross: A. Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Berkeley–Los Angeles 1975, s. 43–57.

³¹ J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne...*, s. 297.

że decydując się na czyn naruszający przepisy, jednostka zadecydowała o tym, iż zostanie ukarana³².

Mimo tych podobieństw, różnica między retributywizmem Morrisa oraz pozostałych neoklasyków (Andrew von Hirscha, Antony'ego R. Duffa, Joela Feinberga)³³ a retributywizmem Johna Finnis jest niezwykle istotna. Aby ją dostrzec, należy sięgnąć do poglądów przedstawicieli nurtów kontestujących klasyczne prawo karne. Krytyka dotyka w równym stopniu obu sposobów uzasadnienia karania (tj. Finnis i Morrisa).

Przeciwdziałanie nie-złu. Kontestacja sprawiedliwości karnej

Jeżeli kara ma być sprawiedliwa, a tego domaga się retributywizm, to nie może stanowić tylko reakcji na naruszenie prawa pozytywnego. Gdyby argument z naruszenia prawa pozytywnego (z faktu obowiązywania prawa karnego) był wystarczający, nowożytna i nowoczesna filozofia prawa nie znalazłyby problemu uzasadnienia karania. Kara byłaby uzasadniona przez sam fakt popełnienia przestępstwa, zatem popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, nadto – jak się przyjmuje w naszej kulturze prawnej – czyn ten ma być zawiniony, niekiedy jeszcze przyjmuje się wymóg społecznej szkodliwości (tak zwana materialna definicja przestępstwa)³⁴. Samo popełnienie przestępstwa nie stanowi więc zła przesądzającego o słuszności czy zasadności karania. Uznając słabość argumentu z faktu obowiązywania prawa, współczesne retributywne teorie karania bazują przede wszystkim na złu (krzywdzie) wyrządzonym ofierze przez sprawcę³⁵. Problem polega jednak na tym, że zarówno rozumienie zła, jak i sytuacji ofiary oraz potrzeby odpłaty, jest krytykowane w taki sposób, który wymaga co najmniej wnikliwej i rzetelnej reakcji oraz odpowiedzi, poprzedzonej refleksją nad odpowiedzialnością karną w jej obecnym kształcie. Krytyczne głosy pochodzą przede wszystkim z tych nurtów, które okre-

³² *Ibidem*, s. 294.

³³ Zob. A. von Hirsch, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retributywizmie*, tłum. A. Erdman, L. Schreiber, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 52–54; M. Królikowski, *Komunikacyjne teorie kary jako współczesne retributywne uzasadnienia kary kryminalnej*, „Studia Iuridica” 2004, vol. 43, s. 33–52; A. Marmor, *Right-Based Justification of Punishment*, „Israel Law Review” 1987–1988, nr 22, s. 97–98.

³⁴ Zob. R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 15–34, 304–340

³⁵ Zob. szerzej: T. Eagleton, *Zło*, tłum. B. Baran, Warszawa 2012, s. 21–38; N. Christie, *Granicie cierpienia*, tłum. L. Falandysz, Warszawa 1991, s. 13–19; M. Peno, *Nowoczesna polityka kryminalna w świetle koncepcji polityki tworzenia prawa Jerzego Wróblewskiego*, [w:] *Wpływ teorii Jerzego Wróblewskiego na współczesne prawoznawstwo*, red. T. Bekrycht, M. Zirk-Sadowski, Warszawa 2011, s. 67–74.

ślić można jako filozoficzną lewicę, choć nie w każdym wypadku są one radykane³⁶. Syntetyzujące wyliczenie zarzutów pod adresem retributywnej koncepcji odpowiedzialności karnej będzie stanowiło punkt odniesienia dla dalszych rozważań.

Fakt, że zło wyrządzone ofierze przestępstwa jest skutkiem naruszenia prawa, ma drugorzędne znaczenie w tym sensie, że prawo jedynie określa, jaki jest zakres wolności i praw chronionych społeczną praktyką karania. Już w tym punkcie nasuwa się wątpliwość dotycząca tego, czy prawo konstytuuje sferę wolności chronionej regulacjami karnymi, czy jedynie potwierdza pewien porządek naturalny. Poza tym, nie każde naruszenie prawa jest złem, tak jak nie każda wartość chroniona przez prawo jest wartością wysoką, pozytywną, by nawiązać do języka materialnej etyki wartości. Szkoda czy zło oraz ofiara także nie są pojęciami jasnymi. Jak wskazuje Niels Christie – jeśli dziecko, powiedzmy nastoletnie, podbierze matce z portfela 20 zł, żeby kupić kwiaty swojej pierwszej miłości, albo 17-latek użyje karty kredytowej ojca, by kupić rodzicom prezent na rocznicę, to trudno byłoby użyć słowa „przestępstwo”, „kradzież”, „przestępca” czy „ofiara”³⁷. W bardzo zbliżonych sytuacjach retributywista, zgodnie z uznawanymi przez siebie założeniami, powinien domagać się przywrócenia równowagi poprzez żywy dramat, jakim jest wymierzanie sprawiedliwości – czyli będącej odpłatą kary kryminalnej³⁸. Dla retributywisty nie może mieć bowiem znaczenia żadna okoliczność burząca ład sprawiedliwej odpłaty. Naruszenie reguł domaga się odpłaty, w zasadzie niezależnie od powodu czy okoliczności tego naruszenia. Liczy się definicja czynu i nic więcej³⁹. W zarysowanych przypadkach jest ofiara i jest szkoda, jest zło oraz czyn naruszający reguły. Jest to przykład przejaskrawiony, ale bez wątplenia ukazuje rdzeń problemu związanego z formalizmem retributywizmu (bowiem opiera się on na formalnej, kantowskiej etyce prawa moralnego). Pomijając argumentację dogmatycznoprawną, nasuwa się również spostrzeżenie, że prawo karne nie uwzględnia pełni motywów – nie ma przeszkód, by odpowiedzialność karna spotkała tego, kto działa w imię wartości wysokich, na rzecz dobra. Trudno zgodzić się, że gdy schorowany mąż pomaga umrzeć (eutanazja) beznadziejnie chorej żonie, którą przez kil-

³⁶ Zob. C.S. Darrow, *Resist Not Evil*, Auburn 2011.

³⁷ Zob. N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, tłum. M. Płatek, Warszawa 2004, zwłaszcza s. 92–97.

³⁸ R.V. Burgh, *Czy winni zasługują na karę?*, [w:] *Filozofia moralności. Wina, kara, wybaczenie*, wybrał i oprac. J. Hołówka, tłum. D. Gałecki *et al.*, Warszawa 2000, s. 202–219.

³⁹ Działa tu pewien schemat myślenia. Kradzież jest to zabór rzeczy w celu jej przewłaszczenia. Kradzież jest przestępstwem – kto tak czyni, jest przestępcą i względy sprawiedliwości wymagają ukarania go (wybaczenie jest dopuszczalne jedynie w szczególnych wypadkach – była o tym mowa wyżej).

kadzieś lat małżeństwa kochał i wspierał, to czyni zło i szkodę ofierze – zło domagające się odpłaty. Jeśli nawet ów czyn jest przestępstwem, to w jaki sposób uzasadnia odpowiedzialność karną, a nawet karę? Albo inny przykład: w jakim sensie na karę zasługiwał ten, kto miał szczególne wyczucie wartości – wyprzedzające w tym względzie epokę czy intuicje moralne większości współobywateli – i działając w imię tych wartości, naruszał prawo, popełniał czyny stanowiące wówczas przestępstwo? Rzekomy przestępca mógł ratować Żydów, sprzeciwiać się władzy totalitarnej w inny sposób, głosić ewangelię lub stawać w obronie mniejszości rasowych. Każdy z tych czynów w świetle prawa pozytywnego w pewnych historycznych warunkach zasługiwał na odpłatę – karę kryminalną. Być może jednak kara nie była sprawiedliwa, a retributywizm jako koncepcja karania jest trudny do obrony przy przyjęciu pozytywistycznego punktu widzenia na prawo i przestępstwo.

Nie pomaga tu argument, że uzasadnieniem sprawiedliwości kary jako odpłaty jest ochrona wartości. Jeśli istnieją one realnie i obiektywnie, to zgodzić trzeba się z Maxem Schelerem, że jedyna droga do ich poznania wiedzie przez zdrowe doświadczenie czy współdoświadczenie etyczne. Nie sposób nikogo mocą obowiązku przymusić do poznania wartości i dążenia do realizacji dobra. Można pomagać, tworząc warunki do tego, by każdy miał szansę podążać za naturalną skłonnością do realizacji wartości. Zmuszanie prowadzi do reakcji odwrotnej, do sprzeciwu i buntu wobec obowiązków⁴⁰. Dość powiedzieć, że niewielu po odbyciu kary pozbawienia wolności przyswaja zdrową wiedzę o wartościach, odczuwa potrzebę harmonijnego życia i współżycia we wspólnocie. Normą jest wykluczenie, stan zawiści, zazdrości, egoizmu – odwrócenia hierarchii wartości. Jest więc kara polem do narodzin resentymentu w sprawcy. Szczególne problemy rodzą przestępcy, którzy nie są dojrzałymi („pełnoletni”) w sensie społecznym, nie są w stanie wyjść poza ramy egoizmu i własnych potrzeb. Powodów takiej postawy jest wiele, nierzadko jest to rezultat niesprawiedliwości społecznych, ubóstwa, wykluczenia, braków edukacyjnych czy zaniechania troski i odpowiedniej interwencji⁴¹. Krytycznie można również spojrzeć na szereg przestępstw drogowych, które nierzadko są dziełem przypadku. Trudno niekiedy mówić o tym, że sprawca zasługuje na karę – częściej na współczucie i wybaczenie. Szczególny przypadek to wypadki spowodowane przez osoby nietrzeźwe, choć różne są powody nietrzeźwości, z reguły społeczne i wymagające raczej leczenia i terapii przyczyn aniżeli karania skutków⁴².

⁴⁰ Zob. E. Kelly, *op. cit.*

⁴¹ Zob. T. Eagleton, *op. cit.*

⁴² Poza tym alkohol jest środkiem dopuszczanym przez państwa, mimo że powoduje fatalne skutki zarówno zdrowotne, jak i społeczne, podczas gdy stosowanie podobnie działających

Łatwo dostrzec, że poruszona problematyka dotyczy koncepcji przestępstwa i w gruncie rzeczy stanowi próbę krytycznej odpowiedzi na jego koncepcję socjologiczną oraz Durkheimowską. W ujęciu socjologicznym chodzi oczywiście o to, że karać powinno się za takie zachowania, które przynoszą szkodę lub stanowią zagrożenie dla interesów innych osób. Nie zawsze jednak taką szkodę da się w pojedynczych aktach zdiagnozować (np. eutanazja cierpiącej beznadziejnie osoby najbliższej), natomiast dla Durkheima kara dotyczy czynów powszechnie i intensywnie potępianych przez świadomość zbiorową – jest to wedle tego socjologa fakt społeczny, jednak nieoparty i nieoparty na poszczególnych ocenach każdego członka społeczeństwa⁴³. W zróżnicowanych, pluralistycznych i postchrześcijańskich społeczeństwach współczesnych bardzo trudno wykazać fakt potępienia danego typu czynów⁴⁴. Przenosząc refleksje socjologiczne na grunt etyki, trzeba powiedzieć, że trudno operować takimi etycznymi uogólnieniami w sytuacji, gdy mniejszości społeczne radykalnie odmienne kulturowo zaczynają stanowić istotny odsetek mieszkańców państwa, a nie można się z tym głosem współcześnie nie liczyć. Liberalne teorie społeczeństwa i państwa wytyczają granicę pokojowej koegzystencji międzyludzkiej w ten sposób, że dobrem wymagającym ochrony niezależnie do wielości konkurujących systemów wartości i sposobów życia jest autonomia oraz poczucie bezpieczeństwa – brak strachu przed atakiem powodującym nieodwracalne dla ofiary skutki (jak śmierć, obrażenia ciała, nieznośny i uporczywy ból itd.). Takie poglądy wyraża, najpewniej za John Locke’iem czy Thomasem Hobbesem, Robert Nozick⁴⁵. Poza tym fakt, że dany czyn jest potępiany z jakiegoś czy czyjegoś punktu widzenia, może

używek – z przyczyn rzekomo obyczajowych – jest powodem stosowania kar. Jeśli miernikiem miałoby być potępienie dla danego czynu, to – powiedzmy – palenie marihuany nie jest, jak się wydaje, przedmiotem potępienia większym, aniżeli nadmierne spożycie alkoholu, a może nawet jest przykładem pewnej świątowości (jeśli czerpać z wzorców popkulturowych). To samo można powiedzieć o przestępstwach skarbowych, z których przynajmniej niektóre nie powodują społecznej dezaprobaty. Skrupulatność w rozliczaniu się z podatków jest koniecznością, a od obowiązków podatkowych z reguły ludzie starają się uwolnić lub minimalizować ich skutki. (Symptomatyczne, że wielkie koncerny optymalizują sprawy fiskalne, podczas gdy zbliżone w zamiarze działania zwykłych obywateli są traktowane jako przestępstwa). Szerzej na temat pojmowania przestępstwa i relacji przestępstwa do potępienia moralnego czy społecznego zob. np.: L. Falandysz, *W kręgu kryminologii radykalnej*, Warszawa 1986, s. 9–28.

⁴³ Szerzej: S. Spitzer, *Punishment and Social Organization: A Study of Durkheim's Theory of Penal Evolution*, "Law & Society Review" 1975, vol. 9, nr 4, s. 613–638.

⁴⁴ Zob. H.M. Hurd, *Paternalism on Pain of Punishment*, "Criminal Justice Ethics" 2009, vol. 28, nr 1, s. 49–73; J. Hampton, *Liberalism, Retribution and Criminality*, [w:] *In Harm's Way: Essays in Honor of Joel Feinberg*, red. J.L. Coleman, A. Buchanan, Cambridge 2007, s. 159–164.

⁴⁵ R. Nozick, *Anarchia, państwo i utopia*, tłum. P. Maciejko, M. Szczubiałka Warszawa 2010, s. 29–42.

stanowiąc kryterium oceny słuszności decyzji prawodawcy o karaniu za ten czyn, nie jest to jednak samodzielna podstawa uzasadniająca karanie. Niektórzy potępiają konkubinaty lub homoseksualizm, co nie oznacza, że należy wiązać z nimi karę – przeciwnie, wydawałoby się to regresją w stosunku do *status quo*.

Drugim powodem mającym uzasadnić karanie wedle rerybutywiistów jest to, że czyn naruszający prawo jest rezultatem wolnej decyzji, czyli jednostka, autonomicznie decydując się naruszyć reguły i znając konsekwencje przestępstwa, jednocześnie zadecydowała o tym, iż zostanie ukarana. Kładzie się więc akcent na wolność wyboru postępowania i na fakt wyboru z puli możliwych zachowań tego, które narusza prawo⁴⁶. W przypadku prawa karnego rezultatem wyboru naruszenia reguł jest poszerzenie sfery własnej wolności. Ten, kto narusza prawo, czerpie korzyści z systemu, a nie ponosi ciężarów. Osoba taka wybiera drogę odrzucenia ciężarów związanych z samoograniczeniem się i przez to uzyskuje „wolnościową” nieuzasadnioną przewagę. Sprawca mógł wybrać inny sposób postępowania, lecz tego nie uczynił. Oczywiście, argument z wolności woli nie uzasadnia karania, ma raczej charakter negatywny w tym sensie, że wskazuje, kiedy kary nie wolno stosować. Nie może być uzasadnione karanie osób, które nie mają swobody (wolności) wyboru postępowania. Warto zwrócić uwagę na to, że problem ten ma dwa aspekty. Pierwszy dotyczy odpowiedzialności konkretnej osoby za ten, a nie inny czyn. Właśnie stąd Finnis akcentuje niejako zewnętrzny wymóg sprawiedliwości systemu prawa karnego – uwzględnienia w procesie karnym przesłanek i warunków odpowiedzialności w każdej pojedynczej sprawie tak, by sprawca został rozliczony w sposób uczciwy i rzetelny za swoje czyny. Aspekt drugi ma charakter ogólny – trzeba bowiem odpowiedzieć na pytanie, czy człowiek w sensie antropologicznym i społeczno-kulturowym jest zdolny do podejmowania wolnych decyzji i ich realizacji. Zasadniczo na pytanie to udziela się odpowiedzi pozytywnej lub częściowo pozytywnej (przynajmniej na gruncie retributywizmu)⁴⁷. Stwierdziwszy spełnienie tego warunku, można rozważać pierwiastek sprawiedliwościowy karania, to jest „przywracanie dystrybutywnie sprawiedliwej równowagi korzyści i ciężarów pomiędzy przestępcą a osobą przestrzegającą prawa”.

⁴⁶ M. Peno, *O wyborze moralnego zła, odpowiedzialności karnej i granicach prewencji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015, vol. 17, s. 199–218.

⁴⁷ M. Peno, *Odpowiedzialność karna a determinizm antropologiczny*, „Archiwum Kryminologii” 2014, t. 36, s. 109–132; J.M. Fischer, M. Ravizza, *Responsibility for Consequences*, [w:] *In Harm's Way. Essays in Honor of Joel Feinberg*, red. J.L. Coleman, A. Buchanan, Cambridge 1994, s. 183–184.

Merkantylistyczny język przytaczanych retributywistów (krytykowany zresztą przez Alfa Rossa przez porównanie kary do biletu za chwilę przyjemności)⁴⁸ uprawnia do zilustrowania problemu sprawiedliwości wciąż aktualnym, przy odpowiedniej interpretacji, przykładem Clarence S. Darrowa.

Faktem jest, że nierówności są bolączką systemu, w którym żyjemy, to jest systemu, w którym owoce ziemi są w posiadaniu niewielu wybranych. Są to owoce ziemi, naturalnie należące do każdego lub wytwarzane przez pracujących, którym jednak niewiele pozostaje. To posiadanie przez wybraną garstkę ludzi nie jest sprawiedliwe, gdy tylu cierpi niedostatek. Prawo ludzkie [pozytywne] jedynie – i to brutalnie – utrwała ten stan⁴⁹.

Trudno przeczyć, że jakkolwiek wszyscy czerpią pewne korzyści z udziału w społeczeństwie czy państwie, to jednak z pewnością korzyści te nie rozkładają się równo, i to nie tylko z przyczyn ekonomicznych. Ubóstwo czy wykluczenie społeczne w skali państwa lub nędza i głód w skali uniwersalnej czynią system rozdziału dóbr, korzyści i ciężarów niesprawiedliwym. Chodzi o to, że nie zawsze wybór przestępstwa jest tym, którego sprawca by dokonał, gdyby miał możliwość innego działania lub gdyby była dla niego otwarta inna ścieżka życia (by użyć słynnego porównania Roberta Kane'a)⁵⁰.

Przestępstwo a kara

W tym miejscu należy powrócić do retributywizmu w ujęciu Johna Finnis'a i zestawić poglądy tego filozofa w tradycji prawnonaturalnej ze stanowiskiem retributywistów wiernych programowi pozytywizmu prawniczego. Zdaniem tych drugich odpowiedzialność karna, przestępstwo, wina i kara to pojęcia prawne i rozważane na gruncie prawa pozytywnego. Nie bez powodu Antony Duff zauważa, że prawo karania jest przypisane sferze państwowej i publicznej na zasadzie wyłączności⁵¹. Z kolei cytowany wyżej Morris stwierdza, że o przestępstwie przesądza to, iż obowiązuje czy istnieje „grupa przepisów kierujących zachowaniem jednostek w społeczeństwie, która ustanawia sferę interesu chronioną [karą kryminalną] przed ingerencją innych osób”⁵². W ten sposób wyjaśnia on naturę czy istotę przestępstwa. Jest to oczywiście prawo

⁴⁸ A. Ross, *op. cit.*, s. 43–63.

⁴⁹ C.S. Darrow, *op. cit.*, s. 4 [tłum. M.P.]. Trzeba przypomnieć, że ten fragment pochodzi z pracy wydanej po raz pierwszy w 1902 r.

⁵⁰ R. Kane, *A Contemporary Introduction to Free Will*, Oxford 2005, s. 6–7; J.M. Fischer, M. Ravizza, *op. cit.*

⁵¹ R.A. Duff, *Karanie obywateli*, tłum. L. Schreiber, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 21–34; zob. A. von Hirsch, *op. cit.*, s. 47 i 70.

⁵² H. Morris, *op. cit.*, s. 481.

karne i to prawodawca (państwo) przesądza o tym, jakie czyny nie tylko są nazywane przestępstwami, ale i tymi przestępstwami faktycznie są⁵³. Przestępstwo jest więc kategorią czysto jurydyczną w znaczeniu pozytywistycznym, natomiast uzasadnienie karania wymaga wglądu na interes ofiary, na wartości rudymenarne dla trwania wspólnoty, wolną wolę sprawcy i jego wybór działania wbrew prawu czy sprawiedliwość, ale zasadniczo podjęcie przez państwo decyzji o kryminalizacji (penalizacji) danego zachowania pozostawia jedynie pole do formułowania ocen i postulatów *de lege ferenda*. W takim bowiem wypadku jest przestępstwo, a kara jest sprawiedliwą odpłatą, na którą sprawca swym czynem zasłużył. Skoro jest przestępstwo, to zasadniczo jest ofiara (szkoda osobowa lub „publiczna”). W warunkach państwa demokratycznego prawodawca generalnie chroni za pomocą prawa karnego pewne wartości, przynajmniej częściowo podzielane we wspólnocie. Skądinąd na koncepcję liberalnej demokracji retrybucyjności kładą bardzo wyraźny akcent, jako że właśnie jej polityczne istnienie legitymuje władzę publiczną do karania. Stąd wywodzą *ius puniendi*, dochodząc do nieco paradoksalnego przekonania, że to obywatele każą obywateli, tak jakby chodziło o klub szachowy określający reguły czy harmonogram rozgrywek, co jest jednak pewnym uproszczeniem (niejako programowym dla retrybucywności) i niewiele wyjaśnia kwestię przestępstwa oraz kary.

Podjęcie Johna Finnis jest zasadniczo odmienne, gdy chodzi o podstawy aksjologiczne i teoretyczne koncepcji retrybucyjności. Była mowa o tym, że dla Finnis wina moralna jest winą prawną – nie wolno zatem oddzielać pierwiastka moralnego od prawnego. Właśnie ten związek odpowiedzialności prawnej z moralnością sprawia, że sankcja jest karą. W dalszej kolejności dopiero można argumentować, że kara powinna być pojmowana w duchu retrybucyjnym. To, za co w danym państwie czy społeczeństwie stosuje się sankcje, nie musi być przestępstwem. Wedle Finnis

nie wszyscy, których taki czy inny system prawny określa mianem „przestępcy”, rzeczywiście są przestępcami [...], tzn. ludźmi, którzy (a) rzeczywiście korzystali ze swojej wolności, popełniając niedozwolony czyn, oraz (b) nie byli uprzednio sami poszkodowani przez z istoty niesprawiedliwy porządek społeczny, pod danym względem⁵⁴.

⁵³ W możliwym ujęciu prawnonaturalnym czyn zabroniony pod groźbą kary przez normy rząco niesprawiedliwe (*lex iniustissima*) jest w zasadzie czynem niepożądanym czy represjonowanym, jednak nie jest przestępstwem w sensie prawnym. Tradycja prawnonaturalna jest jednak na tyle zróżnicowana i bogata, że można rozmaicie do tego problemu podchodzić. Por. np. L.L. Weinreb, *Natural Law and Justice*, Cambridge, MA 1987, s. 27–31.

⁵⁴ J. Finnis, *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne...*, s. 297.

Muszą więc być spełnione pewne kryteria systemowe, strukturalne, sprawiedliwościowe i aksjologiczne, by można było mówić o karze za przestępstwo (mowa o prawie rządzącym się społeczeństwem). Jeśli te kryteria nie zostaną spełnione, odpowiedzialności karnej nie sposób uzasadnić, będą tylko czyny, za które stosuje się sankcje – czyny te nie będą przestępstwami, a sankcje – karami za przestępstwa. Próba konstruowania pojęcia przestępstwa czy kary bez odwołania się do prawa pozytywnego wydaje się zadaniem niezmiernie trudnym, chodzi jednak o to, żeby być świadomym, że nie każdy czyn określony w danym systemie prawnym (czy raczej systemie normatywnym, systemie norm czy rozkazów) jako „przestępstwo”, jest przestępstwem.

Konieczne wydaje się pewne wyjaśnienie, dotyczące przede wszystkim gwarancyjnych funkcji prawa karnego. Mianowicie, podejście inspirowane filozofią Johna Finnis'a nie powoduje rozszerzenia pola kryminalizacji poza ramy określone przez prawo pozytywne. Przeciwnie, ogranicza ten zakres w ten sposób, że przestępstwami mogą być tylko czyny określone jako takie przez prawo pozytywne i jednocześnie spełniające wymóg zewnętrzny wobec prawa pozytywnego – wymóg niejako aksjologiczno-społeczny. Trudno zatem przeoczyć, że pogląd taki zasadniczo pokrywa się z programem czy ideałami minimalizmu penalnego czy abolicjonizmu. Z kolei filozofowie prawa karnego zajmujący się podstawami polityki kryminalnej, np. Douglas Husak, nie sięgają wprost do argumentacji prawnonaturalnej, ale zdają się akcentować szczególną rolę wymogów zewnętrznych wobec prawa pozytywnego, *stricte* aksjologicznych, które muszą być spełnione, by możliwa była aprobatą dla decyzji o karaniu jakiegoś typu czynów. Takie podejście powinno rzutować na politykę kryminalną, ma więc pewne znaczenie praktyczne.

Podsumowanie

Tradycyjnie przyjmuje się, że prawo karne należy do prawa pozytywnego na zasadzie wyłączności, a podstawowych dla niego pojęć nie sposób rozważać poza ramami wyznaczanymi ustawami. Jeśli nawet w filozofii prawa czy nauce o prawie karnym używa się argumentów z moralności, to tylko po to, by uzasadnić karanie na polu aksjologicznym. Te same argumenty nie są jednak realnie czy praktycznie wykorzystywane do analizy przestępstwa, winy i kary – instytucji, których wyjaśnienia do prawa pozytywnego całkowicie sprowadzić nie sposób. Podejście takie może zdawać się uzasadnione względami gwarancyjnymi i koniecznością zachowania porządku społecznego i prawnego. Jednak koncepcje Finnis'a, w zakresie prawa karnego, można traktować jako kryterium oceny prawa karnego i zarazem wzorzec, który powinien wyznaczać kierunek zmian zarówno prawa karnego, jak i polityki karnej.

Wydaje się, że z uwagi na szczególnie mocne związki prawa karnego z moralnością, korzystanie z koncepcji prawnonaturalnych jest koniecznością – wynikającą ze względów tożsamościowych, nie sposób bowiem mówić o karze kryminalnej w oderwaniu od pojęcia potępienia czy dezaprobaty moralnej. Resocjalizacja sprawców, którzy nic złego w sensie moralnym nie uczynili, mimo że popełnili czyn zakazany i karany przez prawo pozytywne, jest działaniem nieuzasadnionym. Intuicja podpowiada, że kto czyni dobro, a przynajmniej nie czyni zła, ten nie szkodzi społeczeństwu i nie daje podstaw do tego, by zostać poddanym terapii i resocjalizacji czy reintegracji. Jest to ze społecznego punktu widzenia zbędne⁵⁵. W powyższym tekście wykazano, że nie tylko John Finnis dostrzega, iż źródłem potępienia nie może być autorytarna ludzka decyzja. Dezaprobata konieczna dla odpowiedzialności karnej powinna wynikać czy czerpać z mocniejszych źródeł, jeśli kara ma być sprawiedliwa, a przestępstwo – przestępstwem we właściwym sensie.

Abstract
Crime and punishment in the light of John Finnis's
natural-law philosophy

The main aim of this article is to outline the concept of criminal responsibility emerging from John Finnis's natural law philosophy. Finnis accepts the retrospective point of view of punishment (retribution), rejecting the idea of social reintegration (re-socialization, rehabilitation). Only aim of the punishment is to restore the so called social balance, violated by crime. The key to Finnis's approach is that crime, responsibility, justice and punishment are understood in terms of the natural law tradition. Finnis's concept of the criminal responsibility is treated as the starting point for reinterpretation of classical (or traditional) retributivism in the spirit of natural law. Moreover, the reinterpretation takes into account the critical comments formulated by scholars from the so called radical criminology, abolitionism, and penal minimalism.

Key words: John Finnis, crime, punishment, criminal responsibility, retribution

⁵⁵ Wskazuje to także na to, że samo naruszenie prawa nie jest złem wystarczającym do usprawiedliwienia kary – może być powodem zastosowania pewnych instrumentów dyscyplinujących (prawnych i pozaprawnych, tj. dezaprobaty itd.), ale nie kary kryminalnej, która jako *ultima ratio* wymaga mocniejszych argumentów. Por. D. Wood, *Retribution, Crime Reduction and the Justification of Punishment*, "Oxford Journal of Legal Studies" 2002, vol. 22, nr 2, s. 301–321.

Streszczenie

Przestępstwo i kara w filozoficznym ujęciu Johna Finnis

Celem artykułu jest zarysowanie koncepcji odpowiedzialności karnej wyłaniającej się z prawnonaturalnej filozofii Johna Finnis. Finnis przyjmuje retrybucyjny punkt widzenia kary, odrzucając wszelkie idee resocjalizacji czy rehabilitacji społecznej. Kara ma przywracać równowagę społeczną zachwianą wskutek przestępstwa. Kluczowe dla ujęcia Finnis jest jednak to, że zarówno przestępstwo, odpowiedzialność, jak i sprawiedliwość kary pojmuje on w kategoriach tradycji prawa natury. Koncepcja Finnis stanowi punkt wyjścia do reinterpretacji retrybucywności w duchu prawnonaturalnym, uwzględniającej krytykę kierowaną przeciw klasycznym teoriom karania przez te wszystkie nurty w nauce prawa karnego, które dążą do radykalnych reform czy rewolucji tej gałęzi prawa (czy systemu prawa karnego).

Słowa kluczowe: John Finnis, przestępstwo, kara, odpowiedzialność karna, retribucja

Tomasz Tyburcy

dr, Instytut Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

Z problematyki rozboju. „Przemoc wobec osoby” (art. 280 § 1 k.k.) a „gwałt na osobie” (art. 130 § 3 k.w.)

Wprowadzenie

W literaturze prawniczej podkreśla się, że rozbój jest przestępstwem o istocie złożonej, ponieważ art. 280 k.k. składa dwa czyny o różnej kwalifikacji w jeden czyn o jednej kwalifikacji. Nie jest to przestępstwo dwuaktowe (wieloaktowe), które polega na podjęciu co najmniej dwóch określonych czynności, które same w sobie z zasady nie są przestępstwami¹. Rozbój jest przestępstwem złożonym, sprawca bowiem zmierza do dokonania kradzieży, atakując integralność cielesną człowieka (przemoc), jego wolność, zdrowie, a nawet życie².

Przestępstwo stypizowane w art. 280 § 1 k.k. ma kilka przedmiotów ochrony³. Główny jest tożsamy z przedmiotem ochrony przestępstwa kradzieży. Chroni on prawa rzeczowe i obligacyjne do rzeczy ruchomej oraz posiadanie rozumiane jako władanie rzeczą. Uboczny przedmiot ochrony to nietykalność osobista i wolność *sensu largo*, rozumiana jako wolność zewnętrznego zachowania się⁴ oraz zdrowie i życie człowieka. Trafnie podnosi

¹ A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 151.

² A. Marek, *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 300.

³ Szerzej zob. T. Tyburcy, *Przedmiot ochrony przepisu typizującego czyn zabroniony*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2017, nr 1, 90–114.

⁴ Swoboda poruszania się zawiera się w pojęciu wolności decyzyjnej, która ma wobec niej charakter pierwotny. Trafnie podkreśla T. Hanausek (*Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966, s. 74–75), że wolność decyzji woli jako przedmiot ochrony przestępstw rozbójniczych należy rozumieć jako brak przymusu, który może być wytwarzany przez impulsy płynące z konkretnej sytuacji. Jest to wolność zewnętrznego zachowania się. Składają się na nią: wolność podejmowania decyzji woli, swoboda procesów motywacyjnych ją kształtujących oraz możliwość realizacji podjętej decyzji woli.

się w orzecznictwie, że narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. wypełnia znamiona rozboju⁵. Przepis art. 280 k.k. chroni zdrowie i życie człowieka już na etapie bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo naruszenia. Nie wypełnia znamion rozboju groźba zaboru rzeczy, jeżeli nie towarzyszą jej środki przymusu z art. 280 k.k.

Typ czynu zabronionego z art. 280 § 1 i 2 k.k. zawiera w swojej dyspozycji znamię „kradnie”. Zgodnie z art. 280 § 1 k.k., kto kradnie, używając przemocy wobec osoby lub grożąc natychmiastowym jej użyciem albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

Obecnie w doktrynie znacznie przeważa stanowisko, że rozbój jest typem kwalifikowanym kradzieży⁶, choć na gruncie k.k. z 1969 r. w zasadzie powszechnie odmawiano mu takiego charakteru. Podkreślano wtedy, że „przestępstwo rozboju nie mieści się w pojęciu kradzieży, bo choć zawiera w sobie elementy kradzieży, to nią nie jest; natomiast jest przestępstwem złożonym, znamionującym się działaniem sprawcy zarówno przeciwko mieniu, jak i przeciwko osobie”⁷.

Małgorzata Dąbrowska-Kardas i Piotr Kardas wskazują, że „rozbój stanowi kwalifikowaną postać kradzieży, gdyż do jego ustawowych znamion należą wszystkie elementy kradzieży, a odróżniają go od tejeż dodatkowe działania sprawcy wobec pokrzywdzonego lub innej osoby”⁸.

Wydaje się, że ładunek bezprawia rozboju w ujęciu abstrakcyjnym w głównej mierze wynika z tego, że przepis art. 280 k.k. chroni wolność człowieka, jego nietykalność osobistą, zdrowie, a nawet życie⁹, a więc z tego, że dobra te są narażone na indywidualne niebezpieczeństwo (zdrowie i życie) lub naruszone (wolność i nietykalność osobista). W piśmiennictwie podkreśla się, że wolność jako przedmiot ochrony art. 280 k.k. to możliwość zachowania się zgodnie z własną wolą¹⁰. Wydaje się, że przepis ten chroni także wolność od

⁵ Wyrok SA w Krakowie z dnia 19 września 1998 r., II Aka 165/98, Prok. i Pr., dodatek Orzecznictwo, 1999, nr 4, poz. 19.

⁶ T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 47; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, Warszawa 1999, s. 101; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny. Komentarz, Część szczególna*, red. A. Zoll, Kraków 2006, t. III, s. 98–102; wyrok SA w Katowicach z dnia 27 maja 1993 r., II Akr 169/93, OSA 1994, nr 2, poz. 8.

⁷ Uchwała SN z dnia 8 kwietnia 1988 r., WZP 3/88, OSNKW 1988, nr 7–8, poz. 49.

⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 98–102.

⁹ Tak też: wyrok SA w Lublinie z dnia 15 listopada 2004 r., II Aka 246/04, Prok. i Pr., dodatek Orzecznictwo, 2005, nr 7–8, poz. 19; wyrok SA w Krakowie z 19 września 1998 r., *op. cit.*

¹⁰ Zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 385; M. Surkont, *Przestępstwo zmuszania w polskim prawie karnym*, Gdańsk 1991, s. 48.

zastraszania (pogróżek). Natomiast zdrowie i życie człowieka są chronione wyłącznie w aspekcie narażenia na niebezpieczeństwo. W przypadku naruszenia tych dóbr należy stosować kumulatywną kwalifikację z odpowiednimi przepisami typizującym przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.

Materialnie rozbój przedstawia się zupełnie inaczej niż kradzież. Sprawca realizuje dwa zamiary – realizacja pierwszego umożliwia wykonanie drugiego. Środki zastosowane w celu kradzieży zmieniają jej wymiar i nadają jej inną jakość. Analiza dyspozycji art. 280 k.k. nie pozostawia złudzeń, że nie jest to proste uzupełnienie kradzieży o znamię statyczne rozpatrywane na jednej płaszczyźnie (np. znacznej wartości przedmiotu czynności wykonawczej), lecz uzupełnienie o znamię dynamiczne (środek przymusu) uwypuklające premedytację sprawcy, który jest głęboko zdeterminowany do dokonania kradzieży. Determinację tę potwierdza on zastosowaniem najbardziej drastycznych środków. Wydaje się, że wyższy stopień winy sprawcy rozboju uwarunkowany jest tym, że znamię dynamiczne (środek) objęte jest świadomością pełną (świadomość konieczności)¹¹. Użycie środka przymusu jest zabarwione dodatkowo celowością (sprawca robi to w celu kradzieży).

W przypadku rozboju występuje koincydencja czasowa kradzieży i zastosowania środka przymusu. Radykalnie zmienia to ocenę bezprawia tego czynu. Występuje pełna świadomość stosowania środka przymusu. Natomiast do kradzieży wystarczy świadomość niepełna, tj. sprawca przewiduje możliwość posiadania określonej rzeczy przez pokrzywdzonego.

Kodeks karny z 1932 r. w art. 259, typizującym rozbój, posługiwał się zarówno terminem „używania przemocy”¹², jak i „groźby natychmiastowego gwałtu na osobie”¹³. Wprowadzało to niepotrzebną konieczność wzajemnego relacjonowania terminów „przemocy” do „gwałtu”, co wiązało się z uznaniem, a często arbitralnością orzekania, gdyż w języku powszechnym terminy te były synonimami.

¹¹ Należy opowiedzieć się za normatywną teorią winy w ujęciu kompleksowym, w której stosunek psychiczny sprawcy do czynu wchodzi w zakres istoty czynu, ale jest również elementem winy. Zwolennicy czystej normatywnej teorii winy zamiast o wyższym stopniu winy mogą w tym wypadku mówić o wyższym ciężarze gatunkowym przestępstwa.

¹² Pod tym pojęciem rozumiano także przemoc bezpośrednio skierowaną wobec rzeczy. Dlatego obecny k.k., aby uniknąć niepotrzebnych niejasności, *expressis verbis* stwierdza, że chodzi o przemoc lub groźbę jej użycia wobec osoby.

¹³ Kto zabiera innej osobie cudze mienie ruchome w celu przywłaszczenia, używając przemocy albo grożąc użyciem natychmiastowego gwałtu na osobie albo doprowadzając człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, podlega karze więzienia (art. 259 k.k. z 1932 r.).

Pojęcie gwałtu na osobie w kodeksie karnym z 1969 r.

Kodeks karny z 1969 r. ograniczył zakres desygnatów rozboju. Nie posługiwał się przesłanką „używania przemocy”, ale „użycia gwałtu na osobie” oraz „groźenia użyciem natychmiastowego gwałtu na osobie”. Znamionami rozboju zgodnie z przepisem art. 210 § 1 k.k. z 1969 r. było więc „używanie gwałtu na osobie lub groźenie natychmiastowym użyciem gwałtu na osobie albo doprowadzenie człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności”. Zmiana taka uwarunkowana była wprowadzeniem do tego kodeksu tzw. kradzieży szczególnie zuchwałej¹⁴, drugiej obok włamania okoliczności kwalifikującej kradzież z art. 208 k.k. z 1969 r. Obejmowała ona dawny „rozbój” (z k.k. z 1932 r.) popełniony z użyciem przemocy o takim stopniu intensywności, że nie była jeszcze „gwałtem”¹⁵. Sąd stał się więc władny do oceny, które czyny ze względu na stopień intensywności użytej przemocy są kradzieżą szczególnie zuchwałą z art. 208 k.k., a które – rozbojem z art. 210 § 1 k.k. Jak się wydaje, zawężono zakres desygnatów przestępstwa rozboju, aby móc przekształcić go w zbrodnię bez narażenia się na zarzut zbytnej punitywności prawa karnego. Rozbój w typie podstawowym był zbrodnią zagrożoną karą od 3 do 15 lat pozbawienia wolności. Moim zdaniem, k.k. z 1997 r. trafnie nie typizuje kradzieży szczególnie zuchwałej, gdyż jest to znamię wysoce niedookreślone. Przypomina ono „wypadek większej wagi”, a owa niedookreśloność jest wykluczona w przypadku okoliczności kwalifikujących. Przepis art. 208 k.k. z 1969 r. nie spełniał, moim zdaniem, obowiązujących obecnie standardów konstytucyjnych (zasady określoności przepisów prawa).

¹⁴ „Szczególne zuchwałstwo” jako okoliczność kwalifikującą przewidywały dwa kodeksy karne państw zaborczych (art. 581 ust. 2 kodeksu karnego rosyjskiego z 1903 r., § 243 kodeksu karnego Rzeszy Niemieckiej z 1871 r.). Jak podaje W. Makowski (*Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego obowiązującego w Polsce*, Warszawa 1924, s. 416), chodziło o sytuację „kiedy działanie zawiera w sobie jak gdyby cechy gwałtu, skierowanego przeciw osobie, lub ukrytej groźby, kiedy sprawca wyrywa przedmiot kradzieży z rąk posiadacza itp.”. Jak podkreśla powołany autor, były one „wyodrębniane w osobny stan faktyczny, pośredni między kradzieżą i rozbojem”.

¹⁵ W. Gutekunst (*Kradzież szczególnie zuchwała a rozbój*, „Problemy Praworzędności” 1973, nr 7, s. 47–48) analizuje orzeczenie SN z dnia 4 maja 1971 r. (V KRN 141/71, niepubl.), w którym nie uznano groźby „bo dostaniesz w nos”, wypowiedzianej w barze, za groźbę użycia natychmiastowego gwałtu na osobie. SN uznał ją za „powiedzzonko”, którego pokrzywdzony nie odbierał w kontekście groźby doznania uszczerbku na zdrowiu. Powołany autor podkreśla jednak, że należy przyjąć kwalifikację jako rozbój, jeżeli pokrzywdzony mógł się tej groźby rzeczywiście obawiać. Jak widać na tym przykładzie, istnienie omawianej przesłanki należy uznać za niefortunne, gdyż wiązało się z niepotrzebną koniecznością wnikania w psychikę pokrzywdzonego, co często miało charakter przyjmowania fikcji.

Kryteria rozróżniania kradzieży szczególnie zuchwałej od rozboju doczekały się wielu komentarzy w piśmiennictwie i orzecznictwie. Należy więc ograniczyć się do stwierdzenia, że art. 210 § 1 k.k. z 1969 r. wymagał skierowania siły fizycznej bezpośrednio na osobę, a nie tylko bezpośrednio na rzecz. Klasycznym przykładem kradzieży szczególnie zuchwałej było wyrwanie torebki poprzez jej wyszarpięcie lub uderzenie w rękę w celu wytrącenia trzymanego przedmiotu. O zakwalifikowaniu użytej siły fizycznej jako gwałtu miał decydować całokształt okoliczności subiektywnych i obiektywnych¹⁶. W literaturze podkreślano, że do przyjęcia gwałtu wystarczało zwykłe naruszenie nietykalności osobistej, jeżeli zmierzało do przełamania oporu pokrzywdzonego, który mógł być rzeczywisty lub tylko spodziewany¹⁷. Oktawia Górniok zwracała uwagę na konieczność oceny stopnia intensywności użytej przemocy. Jej zdaniem należało kwalifikować dany czyn jako rozbój, jeżeli jej użycie obezwładniało pokrzywdzonego, pozbawiając go możliwości przeciwstawienia się zaborowi¹⁸. Stopniowo rozszerzano pojęcie kradzieży szczególnie zuchwałej, ograniczając tym samym zakres przestępstwa rozboju. Przyjmowano, że desygnatem kradzieży szczególnie zuchwałej było użycie przemocy w stopniu niepozwalającym na stwierdzenie, że jest to „gwałt na osobie”.

Witold Świda wskazywał, że przemoc w postaci zamachu na osobę, występująca przy rozboju czy kradzieży rozbójniczej, nie ma miejsca w przypadku kradzieży szczególnie zuchwałej¹⁹, a więc zamach na osobę utożsamiał on z gwałtem. Jerzy Śliwowski podkreślał, że termin „gwałt na osobie” rozumiany jako naruszenie nietykalności cielesnej został przeniesiony z kodeksu karnego rosyjskiego z 1903 r. do prawa dzielnicowego²⁰, a więc tam także nie był rozumiany jako synonim przemocy bez względu na jej intensywność. Uznawanie „gwałtu” i „przemocy” za synonimy uzasadniano natomiast pochodzeniem pojęcia *gewalt* z niemieckiej nauki prawa, gdzie oznaczało ono zarówno „przemoc”, jak i „gwałt”²¹. Rozszerzenie znamion rozboju w k.k. z 1997 r. spowodowało, że część przypadków kwalifikowanych wcześniej jako kradzież szczególnie zuchwała, wypełnia znamiona rozboju z art. 280 § 1 k.k., a część – znamiona kradzieży w typie podstawowym albo wykroczenia kradzieży.

¹⁶ O. Chybiński, *Rozbój w teorii i praktyce*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1975, s. 12.

¹⁷ W. Gutekunst, *op. cit.*, s. 28.

¹⁸ O. Górniok, *Z problematyki kradzieży szczególnie zuchwałej*, „Problemy Praworządności” 1971, nr 11, s. 19. Szerzej na ten temat: W. Gutekunst, *op. cit.*, s. 28.

¹⁹ W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 633.

²⁰ J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 450.

²¹ K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 85–86.

Z biegiem lat zaczęło przeważać stanowisko wymagające zagrożenia dla zdrowia lub życia ofiary, by czyn uznać za rozbój²². Nigdy nie uzyskało ono jednak znaczącej przewagi w doktrynie i orzecznictwie. Zdarzały się orzeczenia uznające za „gwałt na osobie” użycie nawet niewielkiej siły noszącej znamiona naruszenia nietykalności cielesnej²³. Nawet w latach 70. XX w. podnoszono, że stawianie wymogu zagrożenia dla zdrowia lub życia pokrzywdzonego nie znajduje oparcia w treści art. 210 § 1 k.k. oraz nie odpowiada rezultatom wykładni dokonanej za pomocą innych reguł. Podkreślano, że art. 210 k.k. z 1969 r. nie stanowi o skutkach użycia gwałtu i dlatego są one irrelewantne z punktu widzenia ustawowych znamion przestępstwa rozboju. Trafnie zwracano uwagę, że sprawca stosuje siłę fizyczną w stopniu koniecznym do przełamania oporu ofiary. Wskazywano, że jej skutek może stanowić jedynie naruszenie nietykalności cielesnej, a cięższy skutek jest możliwy, lecz nie stanowi warunku *sine qua non* rozboju²⁴.

Znamiona typu podstawowego rozboju (art. 280 § 1 k.k.)

Z aprobatą należy odnieść się do rezygnacji przez ustawodawcę z posługiwania się pojęciem „gwałtu na osobie”, do którego odwoływały się oba poprzednie kodeksy. Zmianą o charakterze systemowym jest także zastąpienie sformułowania „zabiera w celu przywłaszczenia mienie” terminem „kradnie”. Strona przedmiotowa rozboju składa się z dwóch typów znamion. Pierwszy z nich stanowią środki działania sprawcy, których celem jest wyłączenie możliwości podjęcia decyzji woli lub jej realizacji przez pokrzywdzonego (przymus). Tą decyzją woli jest brak zgody na zabór rzeczy. Jest to cel nieostateczny rozboju. Jego osiągnięcie ma umożliwić lub ułatwić realizację znamienia przedmiotowego drugiego typu, którym jest kradzież, czyli zabór ostatecznego²⁵

²² Zob. Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej z dnia 25 czerwca 1980 r. w sprawie odpowiedzialności karnej za przestępstwa określone w art. 208 k.k., VII KZP 48/78, OSNKW 1980, nr 8, poz. 65; wyrok SN z dnia 25 lipca 1972 r., V KRN 297/72, OSNPG 1972, nr 11, poz. 176. Podkreślano jednak (wyrok SN z dnia 16 lipca 1986 r., V KRN 270/86, OSNPG 1987, nr 3, poz. 34), że może to być użycie nawet niewielkiej siły (jedynie naruszenia nietykalności cielesnej), jeżeli z uwagi na wiek, sprawność fizyczną, w tym także ograniczoną spożyciem przez pokrzywdzonego alkoholu, wystarczy ona do doprowadzenia pokrzywdzonego do stanu nieprzytomności lub bezbronności.

²³ Wyrok SN z dnia 16 lipca 1986 r., *op. cit.*; wyrok SN z dnia 13 stycznia 1986 r., I KR 422/85, OSPiKA 1987, nr 9, poz. 175. W wyroku z dnia 17 października 1973 r. (Rw 872/73, OSNKW 1973, nr 12, poz. 173) SN wyraził pogląd zgodny z orzecznictwem utrwalonym w okresie obowiązywania k.k. z 1932 r., który akceptował tożsamość pojęć „przemoc” i „gwałt”.

²⁴ A. Baran, *Glosa do uchwały SN z dnia 18 kwietnia 1975 r.*, VI KZP 47/74, OSPiKA 1976, nr 5, s. 212–215.

²⁵ W odróżnieniu od osoby pokrzywdzonego, którą należy uznać za nieostateczny przedmiot czynności wykonawczej rozboju.

przedmiotu wykonawczego w celu przywłaszczenia. W przepisie art. 280 k.k. występują cztery alternatywne²⁶ środki działania sprawcy rozboju²⁷:

- 1) użycie przemocy wobec osoby,
- 2) groźba natychmiastowego użycia przemocy wobec osoby,
- 3) doprowadzenie osoby do stanu nieprzytomności,
- 4) doprowadzenie osoby do stanu bezbronności.

W orzecznictwie podkreśla się, że

zachowanie się sprawcy przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. polega na zaborze rzeczy w celu przywłaszczenia, dokonanym przy użyciu taksatywnie wymienionych w tym przepisie szczególnych sposobów zachowania skierowanych na osobę, służących do zawładnięcia rzeczą i polegających na użyciu przemocy wobec osoby lub użyciu groźby natychmiastowego użycia przemocy albo doprowadzenia człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Posłużenie się przez sprawcę jednym z wymienionych w art. 280 § 1 k.k. sposobów oddziaływania na osobę musi mieć miejsce przed lub co najmniej w chwili dokonywania zaboru. Dla bytu przestępstwa rozboju nie jest obojętne, w którym momencie swojego czynu sprawca dokonuje zaboru rzeczy²⁸.

Dla wypełnienia znamion przestępstwa, decyzję o zaborze mienia sprawca musi podjąć bądź jeszcze przed stosowaniem przemocy wobec ofiary i przemoc stosować celem przełamania oporu i uzyskania mienia, bądź najpóźniej w chwili stosowania tej przemocy²⁹. Nie jest konieczne, aby zabór mienia nastąpił jednocześnie ze stosowaniem środków przewidzianych w art. 280 k.k.

²⁶ Niektórzy autorzy stoją na stanowisku, że przesłanki z pkt 1 i 2 są w alternatywie zwykłej i pozostają w stosunku do przesłanki z pkt 3 w alternatywie rozłącznej (np. J. Bafia, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 556–557). Inni przedstawiciele doktryny podkreślają, że są one w alternatywie zwykłej, gdyż alternatywę rozłączną określa się podwójnym funktorem (albo, albo). Zob. P. Wiatrowski, *Typ podstawowy przestępstwa rozboju w doktrynie i orzecznictwie*, Prok. i Pr. 2010, nr 3, s. 77. Chodzi oczywiście o ocenę jednego desygnatu jako jednego środka przymusu, a nie o sytuację, w której sprawca wypełnia różne ze znamion, stosując różne ze środków przymusu (groźba nie jest użyciem przemocy, ale sprawca może grozić i używać przemocy).

²⁷ T. Hanausek (*op. cit.*, s. 92–94), pisze, że istnieją dwie grupy poglądów. Pierwsza utożsamia przemoc z przymusem fizycznym lub z fizycznym i psychicznym, a druga traktuje przemoc jako środek do wywołania przymusu lub sposób wywołania przymusu. Trafnie podkreśla on, że w relacji do zachowania „przemoc” jest sposobem, zaś w stosunku do potencjalnego wyniku jest ona środkiem. Środek jest ukierunkowany „na przyszłość”, stosuje się go „przeciw czemuś”. Natomiast sposób nie musi mieć takiego charakteru i może dotyczyć aktualnego zachowania się, które nie zmierza w stronę określonego celu (wyniku). Gdy sprawca dla osiągnięcia w przyszłości danego wyniku (w tym przypadku zaboru i przywłaszczenia) posługuje się danym typem zachowania, ten typ zachowania (sposób) staje się środkiem do uzyskania wyniku.

²⁸ Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., IV KK 489/07, Biul.PK 2008, nr 10, poz. 1.2.2; wyrok SA w Łodzi z dnia 6 czerwca 2001 r., II AKa 42/01, KZS 2002, nr 10, poz. 86.

²⁹ Wyrok SA w Katowicach dnia 17 lutego 2005 r., II AKa 16/05, KZS 2005, nr 7–8, poz. 125; wyrok SA w Rzeszowie z dnia 21 lipca 1994 r., II AKr 65/94, OSA 1995, nr 5, poz. 25.

Może nastąpić także wtedy, kiedy sprawca stosuje je przed zaborem po to, aby zabrać pokrzywdzonemu mienie lub zmusić go do jego natychmiastowego wydania³⁰.

Jeżeli mienie wydano dobrowolnie, to późniejsze – niezamierzone wcześniej – zastosowanie przemocy nie wypełnia znamion rozboju z art. 280 § 1 k.k.³¹. Omawiane środki muszą być stosowane w celu zabrania rzeczy. Jeżeli natomiast sprawca stosuje je w innym celu, a zamiar zabrania rzeczy powstaje u niego dopiero potem, to nie zachodzi rozbój, lecz kradzież³². Istota rozboju polega na tym, że sprawca stosuje omawiane środki przymusu wobec pokrzywdzonego po to, aby niezwłocznie zawładnąć jego rzeczą³³.

Relacja znaczeniowa pojęć „gwałt na osobie” i „przemoc wobec osoby”

Przyjmuje się, że art. 130 § 3 k.w. wyłącza stosowanie art. 119 i 120 k.w., jeżeli środkami przewidzianymi do osiągnięcia celów określonych w tych przepisach będą generalnie te przewidziane w art. 280 k.k. *Ratio legis* art. 130 § 3 k.k. jest więc wyłączenie kwalifikacji czynu jako wykroczenia, jeżeli sprawca zastosował środki przymusu z art. 280 k.k. *Prima facie* wydaje się jednak, że przepis art. 130 § 3 k.w. jest zbędny i omawianą niejasność można by usunąć na gruncie wykładni systemowej. Znamieniem rozboju z art. 280 k.k. jest kradzież. Została ona stypizowana w art. 278 § 1 i 290 § 1 k.k., ale także w art. 119 i 120 k.w. Moim zdaniem nie ma żadnych podstaw, aby w przypadku braku art. 130 § 3 k.w., czyny wypełniające językowo dyspozycje art. 119 i 120 k.w. dokonane przy użyciu środków rozbójniczych nie mogły być kwalifikowane z art. 280 k.k. na gruncie wykładni systemowej. Przepis art. 280 k.k. wprowadza dodatkowe znamię – użycia stypizowanych w tym przepisie środków w celu kradzieży. Kwalifikacja kradzieży z użyciem środków rozbójniczych z art. 119 k.w. nie odda pełnej zawartości kryminalnej czynu.

Karl Binding pisał (tzw. konkretna teoria przewagi K. Bindinga), że w przypadku wypełnienia znamion typu kwalifikowanego i typu uprzywilejowanego należy wybrać typ uprzywilejowany albo kwalifikowany w zależności od tego, które elementy w danym wypadku wysuwają się na pierwszy plan. Jeżeli występuje równowaga obu typów, to należy stosować typ pod-

³⁰ Zob. wyrok SN z dnia 26 kwietnia 1978 r., IV KR 110/78, KZS 1997, nr 8, poz. 66.

³¹ Wyrok SN z dnia 4 czerwca 2008 r., II KK 23/07, LEX nr 438441. Tak też: wyrok SN z dnia 20 listopada 1972 r., Rw 1161/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 40.

³² Postanowienie SN z dnia 5 października 1966 r., Rw 830/66, OSNKW 1967, nr 2, poz. 14.

³³ Zob. wyrok SN z dnia 16 kwietnia 1987 r., IV KR 109/87, OSNPG 1988, nr 4, poz. 41.

stawowy³⁴. Relacja między typem uprzywilejowanym a kwalifikowanym nie opiera się na zasadzie specjalności, która zdaje się nie działać pomiędzy przestępstwami a wykroczeniami. Dlatego powołaną teorię można zastosować *per analogiam* do omawianych przepisów. Choć czyn stypizowany w art. 119 § 1 k.w. nie stanowi typu uprzywilejowanego kradzieży, to wydaje się, że propozycję Bindinga można zastosować również na zasadzie analogii, gdyż relacja jakościowa między art. 119 § 1 k.w. a art. 280 k.k. jest taka jak między typem uprzywilejowanym a kwalifikowanym. Moim zdaniem na pierwszy plan zdecydowanie wysuwa się użycie środków rozbójniczych, ponieważ to zachowanie oddaje rzeczywistość zawartość bezprawia (społecznej szkodliwości) takiego czynu. Dlatego też, nawet w przypadku braku art. 130 § 3 k.w., należałoby stosować kwalifikację z art. 280 k.k. Niemniej przepis ten wydaje się potrzebny, gdyż zwiększa przejrzystość przepisów karnych. Wystarczy przeprowadzanie wykładni językowej i systemowej, a wykładnia funkcjonalna nie jest już konieczna.

Zagadnienie relacji między terminami „przemoc wobec osoby” z art. 280 k.k. i „gwałt na osobie” z art. 130 § 3 k.w. doczekało się wielu komentarzy w orzecnictwie i doktrynie³⁵. W języku powszechnym oba terminy są synonimami.

Na gruncie obecnego kodeksu karnego w piśmiennictwie dominuje uznawanie tożsamości znaczeniowej terminów „przemoc wobec osoby” z art. 280 k.k. i „gwałt na osobie” z art. 130 § 3 k.w.³⁶. Taki pogląd w niewielkim stopniu przeważa też w orzecnictwie³⁷. W judykaturze uzasadnia się to tym, że skoro normatywną treść terminu „gwałt na osobie” ustalono metodą

³⁴ Tak też G.K. Klass, *Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten*, Frankfurt am Main 1960, s. 147, [cyt. za:] T. Bojarski, *op. cit.*, s. 189–191. Powołany autor nie wskazał publikacji K. Bindinga.

³⁵ Pierwsze ze stanowisk zakłada, że zakresy znaczeniowe zwrotów: „przemoc wobec osoby”, użytego w art. 280 § 1 k.k., i „gwałt na osobie”, z art. 130 § 3 k.w., są tożsame. Zob. uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 10/08, OSNKW 2008, nr 7, poz. 53.

³⁶ Zob. B. Michalski, *Przestępstwa...*, s. 106; M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas, *op. cit.*, s. 106–107; A. Marek, *op. cit.*, s. 301; J. Wojciechowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz, orzecznictwo*, Warszawa 2005, s. 184–185; A.T. Olszewski, *Glosa do uchwały SN z 21 marca 2007 r.*, I KZP 39/06, PiP 2007, nr 10, s. 142; L. Mering, *Glosa do uchwały SN z 21 marca 2007 r.*, I KZP 39/06, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2008, nr 1, s. 103; J. Kasprzycki, *Czy rozbój to także przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu?*, CZPKiNP 2003, nr 2, s. 150–152; J. Wawrowski, *Przestępstwa z użyciem przemocy – przemoc, a przemoc wobec osoby*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 6, s. 123. Tak też chyba A. Zoll, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1998 r.*, I KZP 22/98, OSP 1999, nr 5, poz. 93.

³⁷ Uchwała SN z dnia 17 grudnia 2008 r., I KZP 27/08, OSNKW 2009, nr 3, poz. 20; uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*; postanowienie SN z dnia 24 września 2008 r., III KK 401/07; Biul.PK 2008, nr 12, poz. 12; wyrok SN z dnia 17 września 2008 r., II KK 350/07, Biul.PK 2008, nr 11, poz. 20.

wykładni systemowej, to może ona obowiązywać tak długo, jak długo stan prawny, w zakresie wpływającym na jej wynik, pozostaje w niezmienionej postaci (*rebus sic stantibus*). W sytuacji odmiennego ujęcia znamion rozboju w k.k. 1997 r. oraz braku w k.k. „kradzieży szczególnie zuchwałej”, taka zmiana istotnie nastąpiła i nie można bezrefleksyjnie przenosić ustalonego na gruncie k.k. z 1969 r. znaczenia terminu „gwałt”. Dlatego błędne jest powoływanie się na utrwalone w orzecznictwie znaczenie tego terminu. Trafnie podnosi się, że „żadne względy semantyczne nie uzasadniają konkluzji, że gwałt stanowi tak nasiloną formę przemocy, iż stwarza ona zagrożenie co najmniej dla zdrowia ofiary i pozbawia ją możliwości oraz woli stawienia oporu”³⁸.

Oba sformułowania traktowano powszechnie jako synonimy w judykaturze pod rządami k.k. z 1932 r. Rozumiano je, jeszcze szerzej niż obecnie (łącznie z groźbą), jako wszelką zmianę materialną, oddziałyującą na ciało lub psychikę w takim stopniu, że zmusza to pokrzywdzonego do zaniechania oporu³⁹. Powszechnym było także nierozróżnianie ich w ówczesnej doktrynie⁴⁰.

SN w uchwale z dnia 30 czerwca 2008 r. podkreślił, że ściśle synonimiczne traktowanie pojęć „gwałt” i „przemoc” jako znamion rozboju

nie zostało zdeprecjonowane w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. żadnymi dobrymi racjami i przetrwało – mimo bezkrytycznego stanowiska części doktryny – zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze prawniczej. Jeżeli zatem wynika coś z użytego w uchwale argumentu odwołującego się do zasady pierwszeństwa wykładni językowej, to raczej synonimiczność obu zwrotów, aniżeli istnienie podstawy do uznania ich za nietożsame. [...] W takiej sytuacji bez znaczenia pozostaje liczba orzeczeń i wypowiedzi zgodnych z tą ułomną wykładnią, nawet jeżeli ułatwiały one pokonanie trudności orzeczniczych wynikających z wadliwych rozwiązań legislacyjnych⁴¹.

Zwolennicy tego stanowiska zwracają uwagę na wykładnię systemową (której z kolei nie przeprowadzają w prawidłowy sposób aprobujący rozwiązania przeciwne) oraz funkcjonalną, której w ogóle nie przeprowadzają zwolennicy nieuznawania tożsamości znaczeniowej terminów „przemoc” i „gwałt”. Wskazuje się w judykaturze, że podstawową zasadą wykładni systemowej jest to, by przy respektowaniu językowej treści przepisów interpretować je w spo-

³⁸ Uchwała SN z 17 grudnia 2008 r., *op. cit.*

³⁹ Orzeczenie całej Izby Karnej SN z dnia 10 kwietnia 1922 r., 1813/1922, Zb.O. 1922, poz. 326. Za synonimy uznano je także w wyroku SN z dnia 11 września 1934 r., 2K 611/34, Zb.O 1935, poz. 17 i oraz w wyroku SN z dnia 11 grudnia 1934 r., 1K 816/33, Zb.O 1934, poz. 63.

⁴⁰ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 592–593; A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz. Prawo o wykroczeniach – wyciąg z motywów ustawodawczych*, Kraków 1934, s. 899.

⁴¹ Uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*

sób zmierzający do zachowania spójności całego systemu prawa w aspekcie pionowym i poziomym. Wykładnia ta wiąże się z założeniem niesprzeczności systemu prawa. Jeżeli kradzież z włamaniem (art. 279 k.k.), a więc czyn dokonany z zastosowaniem przemocy wobec rzeczy, stanowi zawsze przestępstwo, to uznawanie za wykroczenie kradzieży dokonanej przy użyciu „łżejszej” formy przemocy stanowiłoby naruszenie hierarchii dóbr prawnych⁴². Trafnie podkreśla SN, że

przy zakwalifikowaniu tak popełnionej kradzieży jako wykroczenia, okoliczność, że sprawca stosował przemoc wobec osoby (niebędącą gwałtem), byłaby obojętna dla materialnoprawnej charakterystyki czynu, a miałyby ewentualne znaczenie tylko przy wymiarze kary za wykroczenie. Wykładnia prowadząca do uznania, że pewne formy przemocy stosowanej przez sprawcę wobec osoby przy dokonywaniu kradzieży nie należą do istoty czynu, jeśli wartość rzeczy nie przekracza 1/4 minimalnego wynagrodzenia, naruszałaby tym samym rażąco zasadę spójności systemu prawa karnego. Nie można przecież nie dostrzegać znaczenia faktu, że bezprawne użycie przemocy fizycznej wobec osoby samo w sobie stanowi przestępstwo co najmniej naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 § 1 k.k.), a stosowanie jej w celu zmuszenia do określonego zachowania – ścigane z urzędu przestępstwo z art. 191 § 1 k.k. Jednak przy sprowadzeniu odpowiedzialności za tak dokonaną kradzież do przepisu art. 119 § 1 kw., przemoc wobec osoby, która służyła sprawcy za środek do realizacji celu, nie znalazłaby odzwierciedlenia w prawnej kwalifikacji czynu zabronionego. W rezultacie to przestępcze zachowanie nie zostałoby sprawcy przypisane⁴³.

Zdaniem SN, w związku z tym, że między znamionami wykroczenia określonego w art. 119 § 1 k.w. a znamionami przestępstw określonych w art. 217 § 1 k.k. i w art. 191 § 1 k.k. nie ma relacji krzyżowania, to nie może zatem dojść do odrębnego orzekania za przestępstwo i za wykroczenie na zasadzie art. 10 § 1 k.w. Jeżeli postępowanie w sprawie o wykroczenie wszczęto, bądź je ukończono, to prowadzenie postępowania o przestępstwo jest wykluczone z powodu zasady *ne bis in idem* (art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.).

Trafnie wskazuje SN, że wyłączenie z kategorii przestępstw czynów polegających na zaborze cudzej rzeczy przy użyciu niezagrażającej zdrowiu przemocy wobec osoby oznacza brak spójności aksjologicznej.⁴⁴ Naruszenie nietykalności i zmuszanie przemocą do określonego zachowania godzi w wolność i integralność fizyczną człowieka, a więc w dobra pozostające pod ochroną prawa karnego. Natomiast gdy dobra te zostałyby naruszone w celu kradzieży rzeczy o wartości nieprzekraczającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia, a więc byłby to czyn o większym ładunku społecznej szkodliwości, to stawałby się on

⁴² Uchwała SN z dnia 17 grudnia 2008 r., *op. cit.*

⁴³ Zob. uchwała SN z dnia 17 grudnia 2008 r., *op. cit.* Na analogiczne sprzeczności aksjologiczne zwraca uwagę uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*

⁴⁴ Uchwała SN z dnia 17 grudnia 2008 r., *op. cit.*

wykroczeniem. Taka wykładnia art. 130 § 3 k.w. oznacza zignorowanie wagi i hierarchii dóbr prawnych oraz narusza „paradygmat kryminalizacji bezprawnych zachowań naruszających wolność osobistą i nietykalność cielesną człowieka”⁴⁵. Podobnie rozumiany system prawny byłby niespójny wewnętrznie (w aspekcie poziomym). Przepis ten, chroniąc własność (lub posiadanie) rzeczy o wartości nieprzekraczającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia, wykluczałaby w omawianym tu układzie sytuacyjnym ściganie za użycie środka przymusu do dokonania jej zaboru, czyli za naruszenie dóbr prawnych wyższego rzędu. Środek użyty w celu zaboru, stanowiący o przestępności czynu, jest bardziej miarodajny niż mała wartość rzeczy ruchomej i to on obrazuje jego rzeczywisty ładunek kryminalny⁴⁶. Zdaniem SN rozbój nie był nigdy czynem „przepełowionym”, a treść art. 280 § 1 k.k. świadczy o penalizacji każdej kradzieży dokonanej z użyciem przemocy, w tym również kradzieży określonej w kodeksie karnym z 1969 r. w art. 208. Przyjmowanie odmiennego stanowiska wiązałoby się z wprowadzeniem dodatkowego, obok wartości mienia, kryterium kontrawencjonalizacji w postaci stopnia nasilenia przemocy, bez jakichkolwiek zmian w k.w., ale w związku z modyfikacją znamion czynu rozboju w k.k. z 1997 r.⁴⁷. *De lege ferenda* należy oczywiście postulować usunięcie niespójności terminologicznej, jednak nie ma ona znaczenia konstytutywnego.

Słusznie także zwraca się uwagę na kontekst historyczny uchwalenia omawianych regulacji. W uzasadnieniu do projektu k.k. z 1968 r. stwierdzono, że „wylimitowanie z określenia przestępstwa rozboju słowa «przemoc» jako środka (sposobu) dokonania tego przestępstwa (art. 259 k.k. z 1932 r.) i zastąpienie go wyrażeniem «gwałt na osobie» oznacza, iż przemoc inna niż skierowana bezpośrednio na osobę (np. wyszarpięcie z ręki torebki) będzie stanowiła element nie rozboju, lecz kradzieży szczególnie zuchwałej”⁴⁸. *Ratio legis* tej zmiany nie było zawężenie znamienia rozboju poprzez węższe rozumienie przemocy wobec osoby. Włodzimierz Gutekunst podkreślał, że za cel typizacji kradzieży szczególnie zuchwałej nie można uważać wyłącznie obejmowania czynów, które w k.k. z 1932 r. kwalifikowane były jako rozbój⁴⁹. Ma ona na celu zaostrenie represji w stosunku do sprawców kradzieży, którzy dawniej podlegali karze za kradzież z art. 257 k.k. z 1932 r., mimo że ich czyny były znamienne szczególnie zuchwałością⁵⁰. Uchwalenie k.k. z 1997 r.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*

⁴⁸ Projekt kodeksu karnego, Warszawa 1968, s. 148.

⁴⁹ W. Gutekunst, *op. cit.*, s. 29.

⁵⁰ *Ibidem*.

spowodowało, że nie ma już powodów do poszukiwania kryterium rozdzielenia odpowiedzialności karnej za kradzież popełnioną przy użyciu wobec osoby przemocy (niebędącej gwałtem) od rozboju, gdyż sensem takich zabiegów było oddzielenie typu czynu zabronionego z art. 210 od 208 k.k. z 1969 r., poprzez ograniczanie znaczenia terminu „gwałt” do czynów zagrażających życiu lub zdrowiu.

Zgodnie z innym poglądem⁵¹ przyjmuje się, że z punktu widzenia polityki kryminalnej i racjonalności karania uzasadnione jest utożsamianie znaczenia obu pojęć, ponieważ pozwoliłoby to identyczne zachowania zakwalifikować z tego samego przepisu, niezależnie od wartości mienia podlegającego zabiorowi⁵². Moim zdaniem stanowisko to błędnie nadaje bezwzględny prymat zasadzie wykładni zakazującej interpretacji różnych terminów w ten sam sposób⁵³. Zakaz używania synonimów w ustawach to jedynie postulat skierowany do ustawodawcy⁵⁴. Jego zwolennicy przeceniają także wagę zasady racjonalności ustawodawcy, która – podobnie jak zakaz używania synonimów – nie ma charakteru absolutnego. Dopuszczalne są od niej odstępstwa, w szczególności w dwóch różnych aktach prawnych⁵⁵. Aprobujący taki punkt widzenia uzasadniają go konsekwentnym postępowaniem ustawodawcy, który zarówno w okresie obowiązywania k.k. z 1932 r. (od 1967 r.), jak i k.k. z 1969 r.,

określając ówczesny zamiar traktowania wskazanych wyżej typów czynów zabronionych jako stanowiących w każdym wypadku przestępstwo – posługiwał się zawsze tymi samymi wyrażeniami ustawowymi w przepisach prawa karnego i prawa o wykroczeniach, niezależnie od tego, jakimi określeniami opisywał czynności wykonawcze tych typów⁵⁶.

Przyjęcie tej techniki ma potwierdzać rangę nadawaną zabiegom dostosowującym przepisy o wykroczeniach do zmian legislacyjnych, wiążących się z modyfikacją wyrażen określających wymienione typy przestępstw, oraz to, że „zabiegi te wynikały z dostrzeżenia różnic w normatywnym znaczeniu po-

⁵¹ Zob. D. Wysocki, *Kradzież szczególnie zuchwała w prawomocnym wyroku – przestępstwo czy wykroczenie*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 4, s. 55; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Kraków 2004, s. 458; B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Wąsek, t. III, Warszawa 2004, s. 823.

⁵² Zob. uchwała SN z dnia 27 marca 2007 r., I KZP 39/06, OSNKW 2007, nr 4, poz. 30.

⁵³ Zob. wyrok SN z dnia 3 września 2008 r., II KK 1/08, Biul.PK 2008, nr 11, poz. 5.

⁵⁴ Zob. różne rozumienie terminu „krótkie odstępy czasu” w art. 12 i 91 k.k. ze względu na kontekst, w którym występuje. Przepis art. 12 k.k. określa warunki ciągłości czynu i dlatego pojęcie „krótkich odstępów czasu” oznacza krótsze okresy niż w instytucji ciągu przestępstw (art. 91 k.k.), który jest odmianą realnego zbiegu przestępstw.

⁵⁵ Użycie termin „gwałt” w art. 166 k.k. wynika z tłumaczenia prawa międzynarodowego, zobowiązującego RP do uznania tego czynu za przestępstwo.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 3 września 2008 r., *op. cit.*

szczególnych zwrotów ustawowych, także w relacji do znaczenia, jakie nadawano im w poprzednio obowiązującym stanie”⁵⁷. Zdaniem zwolenników tego poglądu, miałyby z tego rzekomo wynikać zawężenie znaczenia językowego terminu „gwałt”. Zwracają oni także uwagę na dominację ich stanowiska pod rządami k.k. z 1969 r., a nawet jego powszechność. Ma to uzasadniać jego trafność w obowiązującym stanie prawnym, ponieważ

dokonując omawianych zmian legislacyjnych w 1997 r., racjonalny ustawodawca najwidoczniej respektował ten punkt widzenia, i to ten punkt widzenia uznaje się za decydujący dla rozróżnienia zakresu znaczeniowego zwrotów „gwałt na osobie”, zawartego w art. 130 § 3 k.w. (oraz w art. 166 k.k.) i „przemoc wobec osoby” użytego w art. 280 § 1 i art. 281 k.k. – wraz ze wszystkimi konsekwencjami w obszarze kryminalizacji określonych zachowań⁵⁸.

Gdyby ustawodawca istotnie utożsamiał znaczenie tych określeń, ich zamianę należałoby uznać po prostu za zbędną⁵⁹. Zwolennicy tego poglądu powoływali się także na projekty nowelizacji k.w.⁶⁰, które miałyby potwierdzać ich stanowisko. Nie wydaje się to trafny argument, gdyż ujednoczenie terminologii *de lege ferenda* postulował także SN w uchwale uznającej tożsamość znaczeniową omawianych pojęć⁶¹. W jednym z orzeczeń podkreślał, że

ustabilizowana linia orzecznicza Sądu Najwyższego jest również istotną wartością, gdyż tworzy jedną z podstaw zaufania obywatela do państwa i obowiązującego prawa; obywatel może bowiem zakładać, że treść obowiązującego prawa jest dokładnie taka, jaką ustaliła długoletnia praktyka sądowa. [...] Nie sposób ich natomiast uznać za dobrą rację zmiany znaczeniowej tych przepisów w drodze pragmatycznej wykładni, której wydzźwięk ma w istocie antygwarancyjny charakter⁶².

W orzeczeniu przyjmującym pierwsze ze stanowisk (tożsamość znaczeniową) ustosunkowano się do tego argumentu: „nie negując bowiem znaczenia tej wartości, nie sposób czynić z niej ograniczenia dla procesu wykładni w sytuacji, w której orzecznictwo nie jest ani jednolite, ani ustabilizowane, a wykładnia mająca podlegać takiej ochronie dokonana została w innym kontekście normatywnym i z naruszeniem reguł interpretacyjnych”⁶³. Przyjęcie braku tożsamości znaczeniowej omawianych pojęć nie spełnia także wymogów zasady określoności przepisów prawa. Wyklucza to dopracowanie pre-

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Uzasadnienie zdania odrębnego sędziego SN W. Kozielewicz do uchwały SN z 17 grudnia 2008 r., *op. cit.*

⁶¹ Uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*

⁶² Wyrok SN z dnia 3 września 2008 r., *op. cit.*

⁶³ Zob. uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*

czyjnych ustawowych kryteriów odróżnienia od siebie zachowań spełniających znamiona przestępstwa z art. 280 k.k. i wykroczenia z art. 119 k.w. Jeżeli ustawa wiąże kwalifikację z określonym stopniem przemocy, to właśnie ze względów gwarancyjnych jednoznacznie oznacza skutek (np. art. 156 i 157 k.k.). Odnosząc się do zakazu synonimizacji języka prawnego, wskazano natomiast, że nie może on stanowić bezwzględnego ograniczenia w wykładni norm prawa i nie może być respektowany bezrefleksyjnie wtedy, kiedy zaistnieją okoliczności wskazujące na konkretne przyczyny naruszenia zasad techniki legislacyjnej, co ma miejsce w tym przypadku⁶⁴.

Trafnie zauważa Piotr Wiatrowski, że

redakcja art. 130 § 3 k.w., pomijając fakt posłużenia się określeniem nieharmonizującym z zastosowanym w art. 280 § 1 k.k. (gwałt na osobie – przemoc wobec osoby), sugeruje poprzez zwrot „jeżeli sprawca używa gwałtu na osobie albo grozi jego natychmiastowym użyciem, aby utrzymać się w posiadaniu zabranego mienia...”, że chodziłoby o kradzież rozbójniczą, a nie rozbój, a użyte w dalszej części tego przepisu wyrażenie „także wtedy” nie jest w stanie zmienić takiego wrażenia, gdyż wskazuje na inny przypadek, kiedy przepisy art. 119 i 120 k.w. nie mają zastosowania⁶⁵.

Podsumowanie

Pojęcie „gwałt na osobie” w praktyce nie funkcjonuje obecnie w języku powszechnym, dlatego nie powinno również występować w języku prawnym. Relacja znaczeniowa terminów „gwałt na osobie” oraz „przemoc wobec osoby” budzi spory w piśmiennictwie i orzecznictwie. Ustawodawca, uchwalając k.k. z 1997 r. i zmieniając znamiona rozboju, zapomniał dokonać nowelizacji k.w. Nie wydaje się, aby brak analogicznej zmiany w k.w. miał charakter zamierzony. *De lege ferenda* należy postulować taką zmianę. Uzyskamy wtedy spójność terminologiczną k.k. i k.w. Nie będzie wtedy również wątpliwości, że kradzież z użyciem wobec osoby przemocy niestanowiącej gwałtu na osobie wypełnia znamiona rozboju. Bez wątpienia taki czyn cechuje się znaczną społeczną szkodliwością i kwalifikowanie go jako wykroczenie należy uznać za lukę aksjologiczną. Natomiast uznawanie tożsamości znaczeniowej obu omawianych terminów może być potraktowane jako wykładnia rozszerzająca na niekorzyść sprawcy. Ze wspomnianych powodów konieczna wydaje się nowelizacja art. 130 § 3 k.w.

⁶⁴ Uchwała SN z dnia 30 czerwca 2008 r., *op. cit.*

⁶⁵ P. Wiatrowski, *op. cit.*, s. 80.

Abstract

The issues of robbery: the relationship between the terms “violence against a person” (Art. 280 § 1 of the Penal Code) and “personal violation” (Art. 130 § 3 of the Violations Code)

According to Art. 119 § 1 of the Violations Code, an offender who steals a movable property which value does not exceed a quarter of the minimum wage is liable for a misdemeanor and not for a crime or an offence. Art. 130 § 3 of the Violations Code specifies the term “personal violation”, however “violence against a person” is a constituent element of a crime of robbery. The issue of the potential correlation between those two terms has been broadly discussed both in legal literature and jurisprudence. The wording of the Art. 130 § 3 of the Violation Code is correlated with the terminology used in the 1969 version of the Penal Code, in which “personal violation” was a constituent element of the crime of robbery.

Key words: robbery, violence against a person, personal violation, theft, a quarter of the minimum wage

Streszczenie

Z problematyki rozboju. „Przemoc wobec osoby” (art. 280 § 1 k.k.) a „gwałt na osobie” (art. 130 § 3 k.w.)

Zgodnie z art. 119 § 1 k.w. sprawca, który kradnie rzecz ruchomą o wartości nieprzekraczającej jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia, podlega odpowiedzialności za wykroczenie, a nie za przestępstwo. Natomiast zgodnie z art. 130 § 3 k.w., przepisu art. 119 k.w. (wykroczenie kradzieży) nie stosuje się, jeżeli sprawca używa gwałtu na osobie albo grozi jego natychmiastowym użyciem, aby utrzymać się w posiadaniu zabranego mienia, a gdy chodzi o zabranie innej osobie mienia w celu przywłaszczenia, także wtedy, gdy sprawca doprowadza człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Kluczową kwestią jest rozstrzygnięcie, czy osoba, która kradnie rzecz o wartości nieprzekraczającej jednej czwartej minimalnego wynagrodzenia, używając wobec osoby przemocy niestanowiącej ze względu na swą intensywność gwałtu, podlega odpowiedzialności za rozbój czy za wykroczenie kradzieży.

Słowa kluczowe: rozbój, przemoc wobec osoby, gwałt na osobie, jedna czwarta minimalnego wynagrodzenia

Agnieszka Kania

dr, Katedra Prawa Karnego i Postępowania Karnego,
Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Zielonogórski

Prawnokarny zakaz wstępu na imprezę masową

Wprowadzenie

Imprezy masowe bardzo często wzbudzają w uczestnikach skrajne emocje, które generują niekiedy zachowania stwarzające zagrożenia dla bezpieczeństwa¹. Przeciwdziałanie tym niepokojącym zdarzeniom nie mogłoby więc odbywać się w drodze samoregulacji czy działań *stricte* profilaktycznych, realizowanych przykładowo w ramach upowszechniających określone wartości kampanii społecznych. Wobec skali tego problemu konieczna okazała się stanowcza ingerencja ustawodawcy, który uznał w pewnym momencie, iż dotychczasowe unormowania prawne są w tym zakresie niewystarczające. Podejmując decyzję o rozszerzeniu katalogu środków karnych (przewidzianych w kodeksie karnym) o zakaz wstępu na imprezę masową, twórcy tego rozwiązania wyrazili pogląd, że niniejszy środek powinien służyć powstrzymaniu przed uczestnictwem w imprezach masowych tych osób, które swoim zachowaniem stworzyły zagrożenie dla bezpieczeństwa i przebiegu imprezy masowej. W uzasadnieniu wyjaśniono, iż – w obowiązującym wówczas stanie prawnym – prawnowykroczeniowe przeciwdziałanie patologicznym zachowaniom uczestników imprez masowych okazuje się niewystarczające i tym samym nie spełnia swojej podstawowej, tj. prewencyjnej funkcji. Akcentując w powyższym stwierdzeniu potrzebę wdrożenia reglamentacji prawnokarnej

¹ Słusznie wskazuje się przy tym w piśmiennictwie, iż: „problem zakłóceń porządku i odpowiedniego zabezpieczenia obiektów dotyczy nie tylko imprez piłkarskich, lecz także hokejowych, żużlowych itp. oraz koncertów, których organizatorzy borykają się z podobnymi problemami”. Zob. M. Stefański, *Przepisy karne w ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych*, „Palestra” 1998, nr 3–4, s. 36; zob. także J. Gierszewski, *Przestępstwa stadionowe jako akty przemocy motywowane nienawiścią*, [w:] *Przestępczość stadionowa. Diagnoza i przeciwdziałanie zjawisku*, red. W. Pływaczewski, B. Wiśniewski, Szczytno 2012, s. 23–25.

(w założeniu projektodawców bardziej skutecznej), w dalszej argumentacji zaznaczono również, iż zarówno spójność systemu prawnego, jak i „zamkniętość” katalogu środków karnych² przewidzianych w kodeksie przemawiała za tym, aby wprowadzenie zakazu wstępu na imprezę masową (jako środka karnego) nastąpiło bezpośrednio do przepisów kodeksu karnego³.

Pojęcie imprezy masowej

Fundamentalne znaczenie dla charakterystyki ustawowych przesłanek orzekania zakazu wstępu na imprezę masową ma samo pojęcie „imprezy masowej”, które w istocie determinuje zakres przedmiotowy orzekania niniejszego zakazu. Zgodnie z art. 3 pkt. 1 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych⁴, do tej kategorii imprez zalicza się: imprezy masowe artystyczno-rozrywkowe, masowe imprezy sportowe, w tym mecz piłki nożnej. Bliższa charakterystyka wspomnianych terminów ustawowych pozwala zaś stwierdzić, iż pod pojęciem imprezy masowej artystyczno-rozrywkowej należy rozumieć imprezy o charakterze artystycznym, rozrywkowym lub zorganizowane publicznie oglądanie przekazu telewizyjnego na ekranach lub urządzeniach umożliwiających uzyskanie obrazu o przekątnej przekraczającej 3 m, która ma się odbyć: a) na stadionie, w innym obiekcie niebędącym budynkiem lub na terenie umożliwiającym przeprowadzenie imprezy masowej, na których liczba udostępionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000, b) w hali sportowej lub w innym budynku umożliwiającym przeprowadzenie imprezy masowej, w których liczba udostępionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 500 (art. 3 pkt 2 u.b.i.m.). Z kolei pod pojęciem masowej imprezy sportowej należy rozumieć imprezę masową, która ma na celu współzawodnictwo sportowe lub popularyzowanie kultury fizycznej, organizowaną: a) na stadionie lub w innym obiekcie niebędącym budynkiem,

² Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na regulację art. 35 ust. 3a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt, tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 856 ze zm., w której przewidziano środek karny (nieznany kodeksowi karnemu) w postaci zakazu posiadania zwierząt, orzekany na okres od roku do dziesięciu lat.

³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, druk sejmowy nr 1074, s. 7, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/DA36C82C8CD734EDC-12574DA002C0991/\\$file/1074.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/DA36C82C8CD734EDC-12574DA002C0991/$file/1074.pdf) [dostęp: 20.07.2016]. Odmienny pogląd co do alokacji niniejszego środka karnego proponuje M. Melezini (*Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013, s. 294).

⁴ Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1160 (dalej: u.b.i.m.).

na którym liczba udostępnionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000, a w przypadku hali sportowej lub innego budynku umożliwiającego przeprowadzenie imprezy masowej – nie mniej niż 300, b) na terenie umożliwiającym przeprowadzenie imprezy masowej, na którym liczba udostępnionych przez organizatora miejsc dla osób wynosi nie mniej niż 1000 (art. 3 pkt 3 u.b.i.m.). Jednym z rodzajów masowej imprezy sportowej, wskazanym przez ustawodawcę, jest mecz piłki nożnej, definiowany *expressis verbis* jako masowa impreza sportowa mająca na celu współzawodnictwo w dyscyplinie piłki nożnej, organizowana na stadionie lub w innym obiekcie sportowym, na którym liczba udostępnionych przez organizatora miejsc dla osób, ustalona zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz przepisami dotyczącymi ochrony przeciwpożarowej, wynosi nie mniej niż 1000 (art. 3 pkt 4 u.b.i.m.).

Niniejszy zakres przedmiotowy pojęcia imprezy masowej ograniczają ustawowo wskazane wyłączenia⁵, w świetle których takiego statusu są pozbawione imprezy zorganizowane: 1) w teatrach, operach, operetkach, filharmoniach, kinach, muzeach, bibliotekach, domach kultury i galeriach sztuki lub w innych podobnych obiektach, 2) w szkołach i placówkach oświatowych przez zarządzających tymi szkołami i placówkami, 3) w ramach współzawodnictwa sportowego dzieci i młodzieży, 4) dla sportowców niepełnosprawnych, a także mające charakter: 5) sportu powszechnego o charakterze rekreacji ruchowej, ogólnodostępnym i nieodpłatnym, organizowane na terenie otwartym bądź 6) zamkniętych imprez organizowanych przez pracodawców dla ich pracowników⁶ – z zastrzeżeniem, iż rodzaj imprezy musi odpowiadać przeznaczeniu obiektu lub terenu, gdzie ma się ona odbyć (art. 3 pkt 1 u.b.i.m.). Jako przyczyny wyłączenia tego rodzaju imprez spod reżimu u.b.i.m. podaje się przede wszystkim ich charakter oraz miejsce, w których się one odbywają,

⁵ Niezależnie od niniejszej regulacji, należy wskazać, iż w ustawowy charakter imprez masowych nie wpisują się także: imprezy rodzinno-towarzyskie (np. wesela, przyjęcia urodzinowe czy imieninowe), religijne (np. msze święte, pielgrzymki) czy społeczne (np. zjazdy partii). Zob. C. Kąkol, *Bezpieczeństwo imprez masowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 70; M. Drózd, *Definicja imprezy masowej – teoria a praktyka*, „Edukacja Prawnicza” 2013, nr 10, s. 3. Z uwagi więc na to, iż m.in. do wydarzeń o charakterze religijnym nie stosuje się przepisów ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, wypada wspomnieć, iż organizacja Światowych Dni Młodzieży w Krakowie w 2016 r. wymagała uchwalenia specustawy, zob. ustawa z dnia 18 marca 2016 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z organizacją wizyty Jego Świątobliwości Papieża Franciszka w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Światowych Dni Młodzieży – Kraków 2016, Dz.U. z 2016 r. poz. 393.

⁶ W piśmiennictwie zastrzega się, iż przepis ten należy interpretować ściśle, nie obejmując tym samym jego zakresem np. rodzin pracowników. Zob. R. Golat, *Pracodawca organizuje imprezę masową*, „Służba Pracownicza” 2009, nr 8, s. 26.

co łącznie determinuje w istocie minimalne zagrożenia dla bezpieczeństwa osób w nich uczestniczących⁷.

Mając na uwadze zaprezentowaną powyżej normatywną definicję imprezy masowej, należałoby w tym miejscu podkreślić, iż aktualne ujęcie tego terminu uległo, w porównaniu do swoich poprzednich wersji, wyraźnemu udoskonaleniu⁸. Choć wypada zgodzić się z poglądem, iż jest ono obecnie znaczenie precyzyjniejsze, to jednak nie sposób pominąć, iż prawidłowa wykładnia komentowanego pojęcia ustawowego wymaga nadal dużej wiedzy specjalistycznej⁹ oraz zachowania daleko idącej ostrożności interpretacyjnej. Zlekceważenie tych ostatnich czynników może bowiem skutkować poważnymi konsekwencjami dla uczestników wydarzeń o *de facto* masowym charakterze¹⁰.

Swoistym dopełnieniem prawnokarnego zdefiniowania pojęcia imprezy masowej pozostaje dookreślenie jej zasięgu terytorialnego. W tym zakresie wypada odwołać się do treści art. 41b § 2 k.k., zgodnie z którym zakaz wstępu na imprezę masową obejmuje wszelkie imprezy masowe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a nadto mecze piłki nożnej rozgrywane przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Redakcja niniejszego przepisu nakazuje przyjąć, iż „rozszerzona terytorialnie” postać tego zakazu odnosi się jedynie do meczów piłki nożnej rozgrywanych przez polską kadrę narodową lub polski klub sportowy, i nie dotyczy tym samym meczów piłki nożnej, które byłyby rozgrywane przez reprezentacje innych państw bądź zagraniczne kluby, jak również innych meczów lub imprez masowych, jeżeli odbywałyby się one poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹¹.

Fakultatywne oraz obligatoryjne podstawy orzekania zakazu wstępu na imprezy masowe

Ujęcie prawnokarnego zakazu wstępu na imprezę masową (art. 41b k.k.), które od wejścia w życie było nowelizowane i uległo znacznym zmianom, obecnie charakteryzuje się niewątpliwie rozbudowaną postacią. Treść zakazu zawarto

⁷ C. Kąkol, *Bezpieczeństwo imprez...*, s. 57.

⁸ Zob. art. 3 nieobowiązującej ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, Dz.U. z 2005 r., nr 108, poz. 909 oraz z 2007 r., nr 99, poz. 663 i 665.

⁹ Zob. M. Drózdź, *Ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 29.

¹⁰ A. Babiński, *Znaczenie definicji pojęć ustawowych dla określenia zakresu stosowania ustawy na przykładzie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych*, [w:] *Przestępczość stadionowa. Etiologia, fenomenologia, przeciwdziałanie zjawisku*, red. W. Pływaczewski, J. Kudrelek, Szczytno 2010, s. 92–99.

¹¹ R.A. Stefański, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 399.

bowiem aż w dziewięciu jednostkach redakcyjnych. W świetle obowiązującej regulacji kodeksowej orzekanie zakazu wstępu na imprezę masową jest zasadniczo fakultatywne. Może ono więc nastąpić nie tylko w razie skazania za występki o charakterze chuligańskim¹², lecz także za każde przestępstwo, choć najczęściej będą to jednak czyny popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, jak również czyny skierowane przeciwko mieniu, porządkowi publicznemu czy też działalności instytucji publicznych¹³. Ostateczna decyzja w tym zakresie została jednakże pozostawiona sądowi, który każdorazowo powinien w tym zakresie przeanalizować zarówno okoliczności faktyczne danej sprawy, jak i cechy oraz właściwości sprawcy, które wspólnie uprawniałyby do wystawienia negatywnej prognozy kryminologicznej, uzasadniającej potrzebę izolowania go z dalszego udziału w imprezach masowych¹⁴. Za pośrednictwem tego środka dąży się bowiem do zapewnienia bezpieczeństwa uczestnikom tego rodzaju imprez przed nieuprawnionymi aktami przemocy, godzącymi w ich najcenniejsze dobra prawne. Należy przy tym zaznaczyć, iż warunkiem orzekania tego środka na podstawie art. 41b k.k. jest wykazanie *verba legis*, iż przestępstwo zostało popełnione w związku z imprezą masową, a udział sprawcy w takich imprezach zagraża dobrom chronionym prawem¹⁵. Obecne brzmienie pierwszej z przesłanek, odwołującej się do związku prze-

¹² Ustawa o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 11 września 2015 r., Dz.U. poz. 1707. Na temat chuligaństwa stadionowego zob. J. Sochacka, *Chuligaństwo stadionowe jako samodzielne zjawisko społeczne i przedmiot regulacji prawnych. Zarys problematyki*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 228–248; D. Mocarcka, A. Sadło-Nowak, *Zakaz wstępu na imprezy masowe jako środek reakcji na chuligaństwo stadionowe*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2011, nr 4, s. 17–20; K. Kołek, P. Mikołajczyk, *Etiologia przestępczości stadionowej i chuligaństwa futbolowego oraz analiza wybranych koncepcji ich zwalczania*, [w:] *Przestępczość stadionowa. Etiologia...*, s. 33–34; A. Wądołowska, *Zakaz wstępu na imprezę masową jako jeden ze środków zwalczania przejawów chuligaństwa*, [w:] *Przestępczość stadionowa. Diagnoza i przeciwdziałanie...*, s. 110–111.

¹³ M. Filar, *Odpowiedzialność karna za naruszenia porządku towarzyszące imprezom sportowym*, [w:] *Naruszenia porządku towarzyszące imprezom sportowym*, red. A. Szwarc, Poznań 1995, s. 106–107.

¹⁴ W. Zalewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*. t. II: *Komentarz. Art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 85. O trudnościach związanych z dokonaniem tego rodzaju ustaleń zob. m.in. P. Piotrowski, *Psychologiczne uwarunkowania zachowań zbiorowych*, [w:] *Przemoc i marginalizacja. Patologie społecznego dyskursu*, red. P. Piotrowski, Warszawa 2004, s. 153; idem, *Szalikowcy. O zachowaniach dewiacyjnych kibiców sportowych*, Toruń 2000, s. 93; P. Chlebowicz, *Chuligaństwo stadionowe. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2009, s. 69–70; idem, *Przemoc stadionowa w ocenie prawnokarnej*, Prok. i Pr. 2006, nr 1, s. 151–152.

¹⁵ Niespełnienie tych przesłanek nie wyklucza przy tym możliwości orzeczenia tego środka. W takich sytuacjach, przy spełnieniu określonych przesłanek, zakaz ten może zostać orzeczony na podstawie art. 41a k.k. Zob. M. Skorecki, A. Strzelec, *Zakaz wstępu na imprezę masową – prawnokarne i kryminologiczne aspekty nowego środka karnego w kodeksie karnym*, [w:] *Przestępczość stadionowa. Etiologia...*, s. 124.

stępstwa z imprezą masową, jest następstwem nowelizacji kodeksu karnego¹⁶, w której sprzeciwiono się zbyt szeroko zakreślonym podstawom orzekania tego środka. Zdaniem twórców tego rozwiązania, w poprzednio obowiązującym stanie prawnym sąd mógł orzec zakaz wstępu na imprezę masową, jeżeli zachowanie sprawcy wskazywało, że jego udział w imprezach masowych zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Z dawnego brzmienia art. 41b § 1 k.k. wynikało zatem, że zakaz wstępu na imprezę masową mógł zostać orzeczony za popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa, jeżeli przemawiałaby za tym potrzeba zapewnienia ochrony istotnym dobrom prawnym. Takie unormowanie oceniono jako zbyt szerokie, a tym samym nieuzasadnione z punktu widzenia kryminalnopolitycznego, jak również niepozostające w logicznej relacji z istotą tego środka karnego.

Zakaz wstępu na imprezę masową powinien – jak argumentowano – ściśle wiązać się z okolicznościami czynów popełnionych w związku z imprezą tego rodzaju. Celem zakazu jest wyeliminowanie udziału w imprezie masowej określonej kategorii sprawców – tych, którzy swoim zachowaniem naruszają porządek prawny, stając jednocześnie zagrożeniem bezpieczeństwa imprez masowych. Dlatego istotnym kryterium zasadności stosowania tego środka karnego nie powinna być ocena zachowania sprawcy przy popełnieniu jakiegokolwiek przestępstwa, ale związek popełnionego przestępstwa z imprezą masową¹⁷.

Analizując możliwość wypracowania kryteriów dla oceny wspomnianej relacji, stwierdzono, iż dla wykazania związku pomiędzy imprezą masową a zachowaniem sprawcy podstawowe znaczenie przypada ustaleniom faktycznym odnoszącym się do takich okoliczności jak miejsce¹⁸ i czas¹⁹ popełnienia czynu, osoba sprawcy i pokrzywdzonego, a także do kwestii uczestnictwa lub zamiaru uczestnictwa tych podmiotów w imprezie masowej²⁰. Z drugiej jednak strony w piśmiennictwie wyrażono pogląd, w którym przekonywano, iż zwią-

¹⁶ Ustawa o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 31 sierpnia 2011 r., Dz.U. nr 217, poz. 1280. Ustawowa definicja występku o charakterze chuligańskim została zawarta w art. 115 § 21 k.k.

¹⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw, a także o zapewnieniu bezpieczeństwa w związku z organizacją Turnieju Finałowego UEFA EURO 2012, druk sejmowy nr 4281, s. 14–15, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/CFB1540F5938F1E4C12578A800272E21?OpenDocument> [dostęp 20.07.2016].

¹⁸ Warto przy tym zwrócić uwagę, iż zgodnie z ustawą o bezpieczeństwie imprez masowych czasem trwania imprezy masowej jest okres od chwili udostępnienia obiektu lub terenu uczestnikom imprezy masowej do chwili opuszczenia przez nich tego obiektu lub terenu (art. 3 pkt 6 u.b.i.m.).

¹⁹ Zob. art. 3 pkt 2–3 u.b.i.m.

²⁰ M. Licznarski, *Środek karny zakazu wstępu na imprezy masowe*, Prok. i Pr. 2012, nr 5, s. 55.

zek ten nie musi mieć charakteru czasowo-przestrzennego²¹. W świetle tego ujęcia, wymagana ustawowo relacja pomiędzy popełnionym przestępstwem a imprezą masową zostałyby zachowana także wówczas, gdy przestępstwo popełniono by niejako poza imprezą masową, np. w jej przeddzień bądź po jej zakończeniu²². Jednocześnie warto w tym miejscu nadmienić, iż wykazanie analizowanego związku nie odnosi się do występkę o charakterze chuligańskim. W uzasadnieniu komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw stwierdzono bowiem:

Zmiana w art. 41b § 1 Kodeksu karnego wprowadza możliwość orzekania zakazu wstępu na imprezę masową również na sprawcę występkę o charakterze chuligańskim, gdy jego udział w imprezie masowej zagraża dobrom prawnie chronionym, nawet jeżeli popełniony przez niego czyn nie był związany z imprezą masową. [...] zmiana ta daje narzędzie do wykluczenia z udziału w masowej imprezie sportowej grup kibicowskich tworzących zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego poza stadionem²³.

Dруга przesłanka warunkująca stosowanie omawianego środka wiąże się z koniecznością ustalenia, iż potencjalny udział danego sprawcy w imprezach masowych stanowi zagrożenie dla dóbr chronionych prawem. Obowiązujące brzmienie tej przesłanki uległo także pewnej modyfikacji, w porównaniu do swojej pierwotnej postaci. W aktualnej redakcji, która obowiązuje od 1 stycznia 2012 r., zrezygnowano bowiem z dodatkowego określenia dóbr prawnych, dla których sprawca stwarzałby swoim zachowaniem zagrożenie²⁴. Wyeliminowanie przymiotnika „istotnych” spowodowało tym samym, iż orzeczenie zakazu wstępu na imprezę masową jest uzasadnione powstaniem zagrożenia dla jakichkolwiek dóbr prawnie chronionych²⁵. Treść komentowanej przesłanki będą niewątpliwie wypełniać takie zachowania sprawcy²⁶, które przykładowo mogą świadczyć o jego agresji, solidaryzowaniu się z przestępnym zachowaniem innych osób, pogardliwym stosunku wobec dóbr chronionych

²¹ D. Szeleszczuk, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014, s. 285.

²² K. Kaczmarczyk-Klak, *Zakaz wstępu na imprezę masową a Konstytucja RP*, [w:] *Prawnokarna ochrona imprez sportowych w związku z Euro 2012*, red. M. Kopeć, Lublin 2012, s. 91.

²³ Uzasadnienie komisyjnego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2857, s. 18–19, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2857> [dostęp: 20.07.2016].

²⁴ Ustawa o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw z dnia 31 sierpnia 2011 r., Dz.U. nr 217, poz. 1280.

²⁵ M. Licznerski, *op. cit.*, s. 56.

²⁶ Warto w tym miejscu wspomnieć, iż ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych przewiduje w art. 11 ust. 1, iż organizator jest uprawniony do utrwalania przebiegu imprezy masowej, a w szczególności zachowania osób w niej uczestniczących, za pomocą urządzeń rejestrujących obraz i dźwięk.

prawem czy utrudnianiu interwencji służbom porządkowym²⁷. Zachowania te, jak podkreśla się w piśmiennictwie, nie muszą wypełniać znamion typu czynu zabronionego²⁸.

Obok rozważanej powyżej fakultatywnej podstawy orzekania zakazu wstępu na imprezę masową, w ustawodawstwie przewidziano również przypadki obligatoryjnego stosowania rozważanego środka. Sytuacje te *verba legis* dotyczą „wypadków wskazanych w ustawie” oraz swoistej recydywy, w postaci ponownego skazania sprawcy za przestępstwo popełnione w związku z imprezą masową (art. 41b § 4 k.k.). Wspomniane zaś „ustawowe wypadki” zostały sprecyzowane w u.b.i.m. – zgodnie z art. 66 zakaz wstępu na imprezę masową orzekany jest wobec sprawców: przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz przestępstw, o których mowa w art. 222–224 k.k., czyli przestępstw w postaci naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego (art. 222 k.k.), czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego (art. 223 k.k.), a także wywierania wpływu na czynności urzędowe organu administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego oraz zmuszania funkcjonariusza publicznego, albo osoby do pomocy mu przybranej, do przedsięwzięcia lub zaniechania prawnej czynności służbowej (art. 224 k.k.). Warunkiem orzeczenia wspomnianego środka jest popełnienie wymienionych przestępstw w związku z masową imprezą sportową, w tym meczu piłki nożnej. Ponadto, zgodnie z powołanym art. 66 u.b.i.m. ustawodawca przewidział również obligatoryjne orzekanie analizowanego środka karnego w przypadku popełnienia przestępstw polegających na: wnoszeniu lub posiadaniu na imprezie masowej broni, w rozumieniu ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz.U. z 2012 r. poz. 576 ze zm.), wyrobów pirotechnicznych, materiałów pożarowo niebezpiecznych lub innych niebezpiecznych przedmiotów lub materiałów wybuchowych (art. 59 ust. 1 u.b.i.m.); wdarciu się w czasie trwania masowej imprezy sportowej, w tym meczu piłki nożnej, na teren, na którym rozgrywane są zawody sportowe, albo nieopuszczeniu takiego miejsca wbrew żądaniu osoby uprawnionej (art. 60 ust. 1 u.b.i.m.); wdarciu się w czasie trwania imprezy masowej na teren obiektu lub na teren, gdzie prowadzona jest impreza masowa albo nieopuszczeniu takiego miejsca wbrew żądaniu osoby upraw-

²⁷ D. Szeleszczuk, *op. cit.*, s. 285; zob. także W. Wróbel, [w:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, red. M. Melezini, Warszawa 2016, s. 645 (System Prawa Karnego, t. 6). Autor ten trafnie zauważył, iż: „przesłanka w postaci zagrożenia dla dóbr prawnych jest bardzo niejednoznaczna, może bowiem obejmować wszelkie zachowania świadczące o agresywnym charakterze sprawcy, nieumiejętności podporządkowania się regulacjom obowiązującym uczestników imprez masowych czy udział w grupach kibiców stosujących przemoc”.

²⁸ R.A. Stefański, *Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową*, Prok. i Pr. 2010, nr 1–2, s. 278.

nionej (art. 60 ust. 1a u.b.i.m.); rzucaniu w czasie trwania imprezy masowej przedmiotem, mogącym stanowić zagrożenie dla życia, zdrowia lub bezpieczeństwa osób przebywających na terenie lub w obiekcie, gdzie odbywa się impreza masowa, albo zakłócaniu w inny, równie niebezpieczny sposób przebiegu tej imprezy (art. 60 ust. 2 u.b.i.m.); naruszeniu w czasie i w miejscu trwania imprezy masowej nietykalności cielesnej członka służby porządkowej lub służby informacyjnej (art. 60 ust. 3 u.b.i.m.); dopuszczeniu się czynów określonych w 60 ust. 1–3 u.b.i.m. z użyciem elementu odzieży lub przedmiotu do zakrycia twarzy celem uniemożliwienia lub istotnego utrudnienia rozpoznania osoby sprawcy (art. 60 ust. 4 u.b.i.m.); dopuszczeniu się we współsprawstwie z inną osobą lub przy użyciu niebezpiecznego przedmiotu albo środka obezwładniającego czynnej napaści na członka służby porządkowej lub służby informacyjnej w czasie i w miejscu trwania imprezy masowej (art. 60 ust. 5 u.b.i.m.); prowokowaniu kibiców w miejscu i w czasie trwania masowej imprezy sportowej do działań zagrażających bezpieczeństwu tej imprezy (art. 61 u.b.i.m.).

Mając na względzie powyższy katalog przestępstw, warto nadmienić, iż ustawowo określone przypadki obligatoryjnego orzeczenia zakazu wstępu na imprezy masowe nie są obecnie uzależnione od kodeksowej przesłanki w postaci wykazania, że udział sprawcy w tych imprezach zagraża dobrom chronionym prawem²⁹. W ten sposób usunięto, podnoszony w doktrynie, brak koherencji pomiędzy obligatoryjną podstawą orzekania zakazu wstępu na imprezy masowe w świetle kodeksu karnego a przepisami ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, które nie przewidywały tego rodzaju warunku³⁰.

²⁹ Zob. wyrok SN z dnia 25 stycznia 2012 r., II KK 264/11, OSNKW 2012, nr 4, poz. 43, w którym stwierdzono: „Przesłanka orzekania środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezę masową, polegająca na konieczności wykazania, że zachowanie sprawcy przy popełnieniu przestępstwa wskazywało, iż jego udział w imprezach masowych zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, wynikająca z art. 41b § 1 KK w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2012 r., nie odnosiła się do przestępstw określonych w art. 59 i 60 ustawy z dnia 9 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. nr 62, poz. 504 ze zm.)”.

³⁰ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 280–281; Z. Sienkiewicz, *Z problematyki środków karnych*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 488; A. Janiślawski, B. Kwiatkowski, *Analiza krytyczna ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych*, Cz.PKiNP 2010, nr 1, s. 66–68; zob. także Postanowienie SN z dnia 5 grudnia 2012 r., III KK 113/12, Legalis nr 572230, w którym podniesiono, że: „Przepis art. 41b § 1 KK statuował fakultatywne orzekanie tego środka, a obowiązek jego orzekania ograniczał się jedynie do wypadków wskazanych w ustawie i do dnia 31 grudnia 2011 r. obwarowany był klauzulą dodatkową w postaci ustalenia, że przy popełnieniu przestępstwa zachowanie sprawcy wykazywało, iż jego udział w imprezach masowych zagraża dobrom chronionym prawem. A zatem wniosek z tego taki, że gdy ustawa przewidywała jako zasadę orzekanie tego środka, istniał także obowiązek zbadania istnienia tej dodatkowej negatywnie prognozującej przesłanki. Z woli

Należy jednak zaznaczyć, iż w ramach nieco innego kierunku interpretacji podnoszono, iż to pominięcie stanowiło w istocie celowy zabieg ustawodawcy, który *a priori* założył, iż zachowania sprawcy, o których mowa w cytowanej ustawie, stwarzają *per se* zagrożenie dla dóbr chronionych prawem³¹.

Ponadto, z powołanych przepisów ustawowych wynika, iż *de facto* bardzo szeroko zakreślono w nich granice odpowiedzialności karnej za czyny przewidziane w art. 59–61 u.b.i.m. Posłużenie się dużą liczbą znamion ocennych w tych przepisach powoduje zaś nie tylko płynność granicy pomiędzy tym, co zabronione, a tym, co zgodne z prawem³², lecz także stwarza w istocie szerokie podstawy do stosowania środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezę masową, który w tych przypadkach jest przecież orzekany obligatoryjnie³³.

Postacie zakazu wstępu na imprezę masową

Orzeczony zakaz wstępu na imprezy masowe może przybrać zróżnicowaną postać. Od decyzji sądu zależy, czy zastosowanie znajdzie tzw. zakaz prosty (*interdictio simplex*), czy też zakaz złożony, czyli połączony z dodatkowymi obowiązkami (*interdictio multiplex*)³⁴, które nie pozostaną bez wpływu na poziom jego dolegliwości³⁵. Do wspomnianych elementów, decydujących o złożoności niniejszego środka, zalicza się obowiązek przebywania skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu³⁶, z zastosowaniem sys-

ustawodawcy, nie każde więc zachowanie naruszające określoną normę prawną wiązać się musiało z obowiązkiem posłużenia się art. 41b § 1 KK, ale tylko takie, na podstawie którego ustalić można, że zagraża dobrom chronionym prawem”.

³¹ R.A. Stefański, [w:] *Kodeks karny...*, s. 399.

³² M. Gałązka, *Granice odpowiedzialności karnej w ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych*, PiP 2010, nr 5, s. 60–67.

³³ K. Eichstaedt, *Przestępstwa i wykroczenia w świetle ustawy z 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych*, [w:] *Przestępczość stadionowa. Etiologia...*, s. 104–108; C. Kąkol, *Przestępstwa z nowej ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych*, Prok. i Pr. 2010, nr 3, s. 103–120.

³⁴ R.A. Stefański, *Środek karny zakazu wstępu na imprezy masowe w świetle projektu noweli do kodeksu karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 3, s. 50; J. Znajdek, *Zakaz wstępu na imprezę masową*, [w:] *Środki karne po nowelizacji w 2015 roku*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2016, s. 167.

³⁵ SN w wyroku z dnia 14 maja 2012 r., III KK 298/11, LEX nr 1212384, trafnie zauważa, iż: „W świetle zmienionego art. 41b k.k. orzeczenie zakazu wstępu na imprezę masową już nie powoduje automatycznie dla skazanego określonego obowiązku”.

³⁶ W tym miejscu warto zaznaczyć, iż do 1 lipca 2015 r. obowiązek, o którym mowa w art. 41b § 3 k.k., mógł być wykonywany jedynie w miejscu stałego pobytu skazanego. *De lege lata* swoboda sądu jest aktualnie w tym zakresie większa, gdyż nałożony obowiązek przebywania może dotyczyć także „innego wyznaczonego miejsca”. Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 122.

temu dozoru elektronicznego³⁷. Niniejszy obowiązek może mieć charakter fakultatywny (art. 41b § 3 k.k.), jak również obligatoryjny, w sytuacji gdy sprawca został ponownie skazany za przestępstwo popełnione w związku z imprezą masową (art. 41b § 4 k.k.). Poza tym ustawodawca zastrzegł, iż w szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd może zdecydować, że po upływie okresu, na który orzeczono obowiązek określony w § 3, skazany będzie zobligowany do stawiennictwa³⁸ w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w jednostce organizacyjnej Policji lub w miejscu określonym przez właściwego, ze względu na jego miejsce zamieszkania, komendanta powiatowego, rejonowego lub miejskiego Policji (art. 41 § 5 k.k.). Jednocześnie z brzmienia postanowień kodeksowych wynika, iż łączny czas stosowania wobec skazanego powyższych obowiązków nie może przekroczyć okresu orzeczonego wobec skazanego zakazu wstępu na imprezę masową (art. 41 § 6 k.k.). W dalszych przepisach przewidziano ponadto, iż zarówno obowiązek przebywania w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego, jak i obowiązek stawiennictwa orzeczony po upływie okresu trwania obowiązku, w postaci przebywania skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego, a także alternatywny obowiązek stawiennictwa (o którym mowa w art. 41b § 7 k.k.) wymaga określenia przez sąd imprez masowych, w czasie trwania których obowiązek ten ma być wykonywany, z jednoczesnym wskazaniem zwłaszcza nazwy dyscyplin sportowych, nazwy klubów sportowych oraz zakresu terytorialnego imprez, których on dotyczy (art. 41 § 8 k.k.).

³⁷ Z uwagi zaś na możliwe trudności związane z wykonaniem komentowanego obowiązku bądź uznaniem przez sąd, iż jego orzeczenie jest oczywiście niecelowe, w jego miejsce orzeka się obowiązek stawiennictwa skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w jednostce organizacyjnej Policji lub w miejscu określonym przez właściwego, ze względu na miejsce zamieszkania skazanego, komendanta powiatowego, rejonowego lub miejskiego Policji (art. 41b § 7 k.k.).

³⁸ W kontekście owego „stawiennictwa” w doktrynie podnosi się, iż nie można go zrównywać z obowiązkiem „przebywania” np. w jednostce Policji. Odmienne interpretacja prowadziłaby do naruszenia zasady *nullum crimen, nulla poena sine lege*, gwarantowanej w przepisach kodeksowych, jak również konstytucyjnych. Zob. M. Melezini, A. Sakowicz, *Środek karny zakazu wstępu na imprezę masową w systemie prawa karnego*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 268; A. Strzelec, *Uwagi na temat środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezę masową*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2011, nr 4, s. 43–44. Na temat poszanowania wskazanych zasad prawa karnego zob. m.in. wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., II KK 167/15, KZS 2015, nr 10, poz. 14; wyrok TK z dnia 9 czerwca 2015 r., SK 47/13, OTK-A 2015, nr 6, poz. 81; wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2000 r., II KKN 335/99, KZS 2000, nr 10, poz. 22; postanowienie TK z dnia 13 czerwca 1994 r., S 1/94, OTK 1994, poz. 28.

Niniejsze obowiązki, podobnie zresztą jak sam środek karny, mają charakter terminowy. Zgodnie z postanowieniami kodeksowymi, zakres temporalny zakazu wstępu na imprezy masowe wynosi od 2 do 6 lat, natomiast czas trwania wspomnianych obowiązków jest zróżnicowany. O ile bowiem obowiązek przebywania skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego, orzeka się na okres nie krótszy niż 6 miesięcy i nie dłuższy niż 12 miesięcy, o tyle alternatywny wobec niego obowiązek stawiennictwa orzeka się już na okres od 6 miesięcy do lat 6 (art. 41 § 9 k.k.). Brak jest natomiast szczegółowych regulacji dotyczących okresu trwania obowiązku orzeczonego po upływie okresu trwania obowiązku w postaci przebywania skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu. Wobec powyższego należałoby więc przyjąć, że obowiązek ten jest ograniczony jedynie czasem trwania zakazu; oznacza to, iż może on być orzekany na czas nie dłuższy niż czas trwania zakazu, w ramach którego znalazł zastosowanie³⁹. Warto przy tym nadmienić, iż zarówno obowiązek stawiennictwa orzeczony po upływie okresu trwania obowiązku w postaci przebywania skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu, z zastosowaniem systemu dozoru elektronicznego, jak i zamienny wobec niego obowiązek w postaci stawiennictwa skazanego w czasie trwania niektórych imprez masowych objętych zakazem w jednostce organizacyjnej Policji lub w miejscu określonym przez właściwego, ze względu na miejsce zamieszkania skazanego, komendanta powiatowego, rejonowego lub miejskiego Policji mogą ulec skróceniu. Na mocy art. 84 § 3 k.k. sąd może bowiem zwolnić skazanego ze wspomnianych obowiązków po upływie połowy okresu, na który je orzeczono, przy zastrzeżeniu, iż dany obowiązek był stosowany przynajmniej przez rok, a zachowanie skazanego wskazuje, że dalsze stosowanie obowiązku nie jest niezbędne do spełnienia celów środka karnego. Podobną modyfikację przewidziano także wobec samego zakazu wstępu na imprezę masową. Zgodnie z treścią art. 84 § 1 k.k., sąd może bowiem po upływie połowy okresu, na który orzeczono ten środek karny, uznać go za wykonany, jeżeli skazany przestrzegał porządku prawnego, a środek ten był wykonywany w stosunku do niego przynajmniej przez okres roku⁴⁰.

³⁹ P. Kozłowska-Kalisz, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015, s. 145.

⁴⁰ Kwestie wykonawcze związane z zakazem wstępu na imprezę masową zostały uregulowane przez kodeks karny wykonawczy (art. 181b k.k.w., a także przepisy rozdziału VIIa k.k.w.), a ponadto Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie sposobu oraz szczegółowych

Konsekwencje nieprzestrzegania orzeczonego zakazu wstępu na imprezę masową

W ramach podjętej problematyki równie istotna pozostaje kwestia ewentualnej odpowiedzialności prawnokarnej za nieprzestrzeganie orzeczonego zakazu wstępu na imprezy masowe. Omawiając to zagadnienie, trzeba wspomnieć, iż w początkowym okresie obowiązywania kodeksowego zakazu wstępu na imprezę masową nie istniała możliwość wyegzekwowania tego środka karnego⁴¹. Stosowna zmiana w tym zakresie nastąpiła dopiero na mocy nowelizacji z dnia 31 sierpnia 2011 r., która uzupełniła treść art. 244 k.k., jak również dodała nowy, istotny dla komentowanej regulacji przepis w postaci art. 244a k.k. Brak kryminalizacji tego zachowania stanowił bowiem rzeczywistą (niezamierzoną) lukę w prawie, która wymagała stosownej interwencji ze strony ustawodawcy.

W obowiązującym stanie prawnym zarówno niestosowanie się do zakazu wstępu na imprezy masowe, jak i nierespektowanie powiązanych z tym środkiem karnym obowiązków zostało objęte reglamentacją karnoprawną. Ta swoiście podwójna kryminalizacja znajduje przy tym racjonalne uzasadnienie⁴². Środkiem karnym jest bowiem zakaz wstępu na imprezę masową, a nie obowiązek, jaki może z nim zostać powiązany. Z tego też względu trudno byłoby traktować uchybienie temu ostatniemu, przy jednoczesnym przestrzeganiu samego zakazu wstępu na imprezę masową, za równoznaczne

warunków wykonywania kar, środków karnych i środków zabezpieczających w systemie dozoru elektronicznego z dnia 26 maja 2015 r., Dz.U. z 2015 r. poz. 773, które przewiduje w § 11:

1. W przypadku wykonywania środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezę masową podmiot prowadzący centralę monitorowania niezwłocznie informuje skazanego o terminach imprez masowych, w czasie trwania których ma on obowiązek przebywać w miejscu stałego pobytu lub w innym wyznaczonym miejscu.

2. Termin imprezy masowej podmiot prowadzący centralę monitorowania określa na podstawie informacji przekazanych przez Komendanta Głównego Policji oraz Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie sposobu wykonywania obowiązku osobistego stawiennictwa w jednostce organizacyjnej Policji lub w miejscu określonym przez właściwego komendanta Policji w czasie trwania imprezy masowej z dnia 3 sierpnia 2009 r.

⁴¹ Za stosowną podstawę w tym zakresie nie można było uznać art. 22a dawnej ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych (z dnia 22 sierpnia 1997 r.), który z dniem 1 sierpnia 2009 r., czyli w dniu wejścia w życie nowej ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, utracił swoją moc.

⁴² Trafnie więc przekonuje Z. Ćwiąkalski (*Niestosowanie się do zakazu wstępu na imprezę masową (art. 244a k.k.)*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górski, P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2013, s. 67), iż: „Wprowadzenie art. 244a do kodeksu karnego usunęło istotny brak w ustawie, który egzekucję obowiązków skazanego w pewnym zakresie czynił niemożliwą”.

z popełnieniem występku z art. 244 k.k. Przyjęcie przeciwnego kierunku interpretacji wiązałoby się w istocie z naruszeniem zakazu stosowania analogii⁴³ i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy⁴⁴.

Podsumowanie

Przeprowadzone rozważania pozwoliły na sformułowanie kilku wniosków końcowych. Przede wszystkim należy zauważyć, iż środki karne, do których należy analizowany w niniejszym opracowaniu zakaz wstępu na imprezy masowe, powinny być traktowane jako wyraz racjonalnej praktyki kryminalnej, której celem jest m.in. zapobieganie przestępstwom, a nie zwiększenie dolegliwości represji karnej⁴⁵. Stworzenie przejrzystych i stabilnych podstaw ich orzekania stanowi zatem prawdziwe wyzwanie dla ustawodawcy, który musi mieć na uwadze szczególną pozycję tej formy reakcji prawnokarnej. Wobec powyższego, trzeba zaznaczyć, iż nieprecyzyjna regulacja normatywna w zakresie wspomnianych środków karnych, zostawiająca luki i tym samym otwierająca drogę do – niedopuszczalnej na płaszczyźnie prawa karnego – wykładni rozszerzającej, powoduje poważne trudności w praktyce stosowania prawa. Nie bez racji podnosi się, iż wymóg umieszczenia bezpośrednio w tekście ustawy wszystkich zasadniczych elementów regulacji prawnej powinien być przestrzegany ze szczególnym rygoryzmem zwłaszcza wówczas, gdy dane rozwiązanie dotyczy władczych form działania organów państwa wobec praw

⁴³ „Z zastosowaniem analogii mamy wszak do czynienia wtedy, gdy przy ustalonym, przyjętymi metodami wykładni, zakresie przepisu stosujemy ów przepis również do sytuacji tym zakresem nieobjętych”. Uchwała SN z dnia 27 lutego 2007 r., I KZP 36/06, OSNKW 2007, nr 3, poz. 21.

⁴⁴ Zasadnie więc oceniono już na gruncie poprzedniego stanu prawnego, iż: „Nie da się też rozciągnąć (rozszerzyć) zakazu przebywania w określonych miejscach z art. 244 KK na nierepektowanie obowiązku osobistego stawiennictwa w jednostce organizacyjnej Policji, w czasie trwania imprezy masowej (art. 65 ust. 3 u.b.i.m. i art. 41b § 2 KK) i tą drogą uznać, że doszło do karalnego naruszenia zakazu wstępu na imprezę masową. Po pierwsze, nawet uchylenie się od obowiązku stawiennictwa nie musi oznaczać przełamania zakazu wstępu na tę imprezę (skazany może w tym czasie przebywać np. w domu i oglądać transmisję z meczu). Po drugie (i ważniejsze), nie istnieje środek karny obowiązku stawiennictwa w jednostce Policji w czasie trwania imprezy masowej. Ten obowiązek łączy się jedynie z zakazem wstępu na imprezę masową. Inaczej mówiąc, orzeka się tylko i wyłącznie ten zakaz, z którym jedynie połączony jest wskazany obowiązek”. Postanowienie SN z dnia 24 lutego 2010 r., I KZP 33/09, OSNKW 2010, nr 3, poz. 25, zob. także C. Kąkol, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. I KZP 33/09*, Prok. i Pr. 2011, nr 3, s. 182–183; Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw..., s. 22–23, w którym stwierdzono, że: „[...] wspomniane obowiązki mają w stosunku do zakazu wstępu na imprezę masową charakter dopełniający i kontrolny, a tym samym w pełni racjonalne jest zagrożenie naruszenia obowiązku karą nieco mniej surową niż naruszenie samego środka karnego”.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015 r., II KK 167/15, LEX nr 1799619.

i wolności jednostki⁴⁶. Z poglądem tym koreluje zresztą powszechnie aprobowane założenie, iż fundamentalna zasada prawa karnego – *nullum crimen sine lege* – znajduje odzwierciedlenie także na płaszczyźnie stosowania środków karnych, na której jest uznawana również za jedno z podstawowych praw człowieka⁴⁷.

Odnosząc te uwagi do ustawowego brzmienia zakazu wstępu na imprezę masową, należy stwierdzić, iż omówiona regulacja – pomimo kilkukrotnych nowelizacji – nadal wzbudza pewne wątpliwości interpretacyjne. Dotyczą one nie tylko nieprecyzyjnych wyrażeń kodeksowych⁴⁸ (przykładowo związanych z: pojęciem „stawiennictwa” – art. 41b § 5 i 7 k.k., brakiem określenia okresu trwania obowiązku, o którym mowa w art. 41b § 5 k.k. – art. 41b § 9 k.k., charakterem związku, jaki musi zachodzić pomiędzy popełnionym przestępstwem a imprezą masową – 41b § 1 k.k., niedookreśleniem obowiązku przebywania „w innym wyznaczonym miejscu” – art. 41b § 3 k.k.⁴⁹ oraz miejsca stawiennictwa, w sytuacji, gdy będzie ono inne niż jednostka organizacyjna Policji – art. 41b § 7 k.k.⁵⁰, a także zrównaniem temporalnego zakresu, na który orzeka się omawiany środek za przestępstwo i za wykroczenie⁵¹), ale również i szeregu rozwiązań (nie tylko natury pojęciowej) przewidzianych w ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych⁵².

⁴⁶ Wyrok TK z dnia 25 maja 1998 r., U 19/97, OTK 1998, nr 4, poz. 47.

⁴⁷ Wyrok TK z dnia 16 marca 2011 r., K 35/08, OTK-A 2011, nr 2, poz. 11.

⁴⁸ Na jeszcze inne wątpliwości związane z wykonaniem tego środka karnego z wykorzystaniem systemu dozoru elektronicznego zwrócili uwagę K. Mamak i D. Zając (*Dozór elektroniczny w świetle nowelizacji prawa karnego*, „Internetowy Przegląd Prawniczy” 2015, nr 1, s. 140).

⁴⁹ J. Raglewski, *Środki karne*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 162.

⁵⁰ Mając na uwadze treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, Trybunał Konstytucyjny przypomniał, iż: „Uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanowienia «tylko w ustawie» jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczególności unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń”. Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3.

⁵¹ K. Kaczmarczyk-Klak, *op. cit.*, s. 100–104. Zob. także M. Warchoł, *Konstytucyjne problemy bezpieczeństwa imprez masowych*, „Przegląd Legislacyjny” 2012, nr 2, s. 35.

⁵² M. Drózd, *Potrzeba zmian ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Praktyczne problemy z jej zastosowaniem – wybrane zagadnienia*, „Ius Novum” 2014, nr 3, s. 75.

Dokonane analizy, z których wynika wyraźnie prewencyjny charakter omawianego środka karnego, pozwoliły zauważyć, iż celem jego wprowadzenia było zwiększenie poczucia bezpieczeństwa osób uczestniczących w imprezach masowych i wyeliminowanie szkodliwych przejawów antyprawnych zachowań, które nierzadko im towarzyszą⁵³. Poza tym podnosi się również, iż orzeczenie tego środka karnego powinno także sprzyjać kształtowaniu świadomości prawnej społeczeństwa, przestrzegając przed zachowaniami, które w przyszłości uniemożliwiłyby uczestnictwo w imprezach masowych⁵⁴. W kontekście tych ustaleń wypada jednakże podkreślić, iż omówiony środek karny nie stanowi *per se* skutecznego, a przy tym jedynego remedium na zjawiska patologiczne, które w różnym nasileniu współwystępują na imprezach masowych. Można bowiem zasadnie przypuszczać, iż zapewnienie bezpieczeństwa podczas tego rodzaju wydarzeń gwarantuje *de facto* dopiero łączne zaangażowanie zespołu mechanizmów⁵⁵, zarówno prawnych, jak i pozaprawnych.

Abstract

A criminal law ban on participation at mass events

This article aims at analysing the punitive measure in the form of a ban on participation at mass events in the view of the criminal law. The study refers to not only the *ratio legis* of implementing that institution but also to the statutory prerequisites determining the justifiability of adjudicating that measure. Further, the article also presents possible forms of the said ban, as well as the legal consequences related to the infringement thereof. In the end notes, the study highlights the basic interpretation difficulties related to the application of the discussed regulation. Furthermore, the article expresses the view that ensuring security during mass events requires, in fact, the application of a number of mechanisms, both of a legal and an extralegal nature.

⁵³ Warto wspomnieć, iż taki postulat wysunięto już w 2007 r., w ramach uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 1756, s. 27, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/C1CA93E0F503AF82C12572EC00267570?OpenDocument> [dostęp: 20.07.2016]), w którym stwierdzono, że: „W projekcie zaproponowano nowe kompleksowe unormowania, których zadaniem jest podniesienie efektywności zwalczania bardzo dolegliwych społecznie przejawów antyprawnych zachowań, do których dochodzi w trakcie imprez masowych lub w związku z takimi imprezami, zwłaszcza zaś z masowymi imprezami sportowymi”.

⁵⁴ Z. Sienkiewicz, *Kilka refleksji o dyrektywach wymiaru środków karnych*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna...*, s. 298–299.

⁵⁵ P. Suski, *Zgromadzenia i imprezy masowe*, Warszawa 2014, s. 317; M. Drózd, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2003 r., IV GK 8/02*, „Ius Novum” 2013, nr 2, s. 220–226; M. Zawartka, *Bezpieczeństwo sportowych imprez masowych w działaniach policji*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2011, nr 4, s. 25–32; M. Tarnawski, A. Tarnawski, *Bezpieczeństwo imprez masowych (uwagi na tle ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r.)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, nr 3–4, s. 93–94.

Key words: ban on participation at mass events, Law on Safety at Mass Events, penal measures, article 41b of the Penal Code

Streszczenie

Prawnokarny zakaz wstępu na imprezę masową

Celem niniejszego artykułu jest prawnokarna analiza środka karnego w postaci zakazu wstępu na imprezę masową. W opracowaniu tym odwołano się nie tylko do *ratio legis* wprowadzenia tej instytucji, lecz także do ustawowych przesłanek determinujących zasadność orzeczenia tego środka. W dalszej kolejności wskazano również możliwe postacie omawianego zakazu, a także konsekwencje prawne związane z jego nieprzestrzeganiem. W ramach uwag końcowych zasygnalizowano z kolei podstawowe trudności interpretacyjne, które wiążą się ze stosowaniem omawianej regulacji. Ponadto, wyrażono pogląd, iż zapewnienie bezpieczeństwa podczas imprez masowych wymaga w istocie zaangażowania szeregu mechanizmów zarówno o charakterze prawnym, jak i pozaprawnym.

Słowa kluczowe: zakaz wstępu na imprezy masowe, ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych, środki karne, art. 41b k.k.

Konrad Burdziak

dr, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Szczeciński

Czy art. 196 kodeksu karnego¹ w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej?

Wprowadzenie

Pierwsza część pracy poświęcona została analizie znamion typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.², druga – analizie wpływu art. 196 k.k. na wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej oraz postulatowi *de lege ferenda*, trzecia zaś – analizie dopuszczalności wprowadzenia do polskiego prawa karnego tzw. kontratypu sztuki, który mógłby uchronić artystów przed ewentualną odpowiedzialnością karną (m.in.) z tytułu obrazy uczuć religijnych innych osób.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 2204, ze zm.

² W pracy przeanalizowano wszystkie znamiona typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k. Niektóre spośród nich (według autora pracy najbardziej skomplikowane pod względem ich adekwatnej wykładni i najistotniejsze z perspektywy udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy art. 196 k.k. w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej) omówione zostały w głównej części tekstu, pozostałe zaś – w przypisach.

Analiza znamion typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.

Ogólne informacje na temat znamion typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.

Zgodnie z art. 196 k.k.: „Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie³ przedmiot czci religijnej⁴ lub miejsce przeznaczone do

³ Publiczność zachowania się sprawcy rozumieć należy w taki sposób, że: „zachowanie sprawcy [...] może zostać dostrzeżone przez większą lub bliżej nieoznaczoną liczbę osób, zarówno wtedy, gdy odbywa się w obecności większej grupy osób [...], jak i wtedy, gdy ich obecność może być tylko potencjalna [...]. Znamię publicznego znieważenia zostanie także spełnione, jeżeli sprawca posłużył się instrumentami umożliwiającymi mu dotarcie do większego, choć bliżej nieokreślonego kręgu osób [...], i to nawet wtedy, gdy zarejestrowanie karalnego zachowania odbyło się wcześniej i nie miało charakteru publicznego, lecz zostało potem przekazane i rozpowszechnione” (S. Hypś, *Komentarz do art. 196 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015, s. 977). Więcej na temat wątpliwości w tym zakresie zob. E. Kruczoń, *Przestępstwo obrazy uczuć religijnych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 2, s. 52–54.

⁴ W art. 196 k.k. słowo „przedmiot” nie występuje, jak się wydaje, w znaczeniu ‘rzecz postrzegana zmysłami jako odrębny element rzeczywistości; wytwór pracy ludzkiej’, lecz w znaczeniu, ‘to, na czym się skupia czyjaś uwaga, na co się kieruje czyjeś działanie’ (wszak chodzi o „przedmiot czci”) (<http://sjp.pwn.pl/doroszewski/przedmiot;5483171.html> [dostęp: 17.08.2017]). Przedmiotem czci może być zatem cokolwiek. Jedynym ograniczeniem są w tym zakresie zasady danej religii, a także – jak się wydaje (aczkolwiek jest to kwestia kontrowersyjna) – przekonania wiernych. Zasadnie wskazuje N. Kłaczyńska, że: „można [...] bronić twierdzenia, że w istocie rzeczy cześć religijna należy się tylko osobie Boga (przynajmniej w religiach monoteistycznych), a otaczanie szacunkiem określonych przedmiotów materialnych jest tylko formą wyrażania tej czci. Przedmioty te należałoby więc uznać raczej za «służące do oddawania czci religijnej» (np. naczynia i szaty liturgiczne, Pismo Święte, chrzcielnica). Częstokroć jednak takie przedmioty same są przedmiotem kultu czy to uprawionego z punktu widzenia zasad danej religii, czy to będącego jedynie spontanicznym wyrazem przekonań wiernych. Za «przedmioty czci religijnej» w rozumieniu komentowanego przepisu należy uznać tylko te przedmioty, które same w sobie są obiektem czci, którym oddawana jest cześć. Przedmioty, które jedynie służą oddawaniu czci religijnej, czyli takie, za pomocą których oddawana jest cześć, nie są objęte ochroną art. 196. Jak powiedziano, granica pomiędzy tymi dwoma kategoriami jest płynna. Z uwagi na zasadę *nullum crimen sine lege certa* nie jest przy tym wystarczające subiektywne przekonanie pokrzywdzonego, że dany przedmiot jest obiektem kultu” (N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 196 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 512). Więcej na temat wątpliwości w tym zakresie zob.: M. Budyń-Kulik, *Znieważenie uczuć religijnych – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, „Prawo w Działaniu” 2014, nr 19, s. 104–107; E. Kruczoń, *op. cit.*, s. 48–51; R. Paprzycki, *Czy bluźnierca jest przestępcą? Rozważania na temat znamienia „przedmiotu czci religijnej” przestępstwa obrazy uczuć religijnych – art. 196 k.k.*, „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 81–90; idem, *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa 2015, s. 116–119; O. Sitarz, *Artykuł 196 kk jako granica wolności wypowiedzi*, [w:] *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna. Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, red. A. Bilgorajski, Warszawa 2015, Legalis; J. Wojciechowska, *Obraza uczuć religijnych*, [w:] *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2016, s. 603–604 (System Prawa Karnego, t 10).

publicznego wykonywania obrzędów religijnych⁵⁶, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Przepis powyższy stanowi podstawę do wyinterpretowania dwóch odrębnych od siebie norm sankcjonowanych (oraz dwóch sprzężonych z nimi norm sankcjonujących), z których pierwsza zakazuje obrażania uczuć religijnych innych osób w drodze publicznego znieważania przedmiotu czci religijnej, druga zaś – obrażania uczuć religijnych innych osób w drodze publicznego znieważania miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych.

Jak widać, dla przekroczenia obu spośród wskazanych wyżej norm sankcjonowanych niezbędne jest spełnienie trzech warunków. Po pierwsze – dojść musi do obrażenia uczuć religijnych innych osób; po drugie – dojść musi do znieważenia przedmiotu czci religijnej (w przypadku pierwszej normy sankcjonowanej) lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych (w przypadku drugiej normy sankcjonowanej); po trzecie – zachowanie się sprawcy musi mieć charakter publiczny.

Niewspomnianym wyżej, a niezbędnym i wspólnym obu normom jest jednak jeszcze jeden warunek: umyślny charakter zachowania się sprawcy.

Co oczywiste, warunek powyższy nie wynika wprost z art. 196 k.k.; można go jednak wyinterpretować z art. 7 § 3 k.k. i z art. 8 k.k., które to przepisy (a przynajmniej ten drugi) mają status przepisów uzupełniających przepis art. 196 k.k.⁷

Przypomnijmy zatem, że zgodnie z art. 7 § 3 k.k.: „Występkiem jest czyn zabroniony zagrożony grzywną powyżej 30 stawek dziennych albo powyżej

⁵ „Przez miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych należy rozumieć każde miejsce, które dana wspólnota religijna uznaje za przeznaczone do tego celu, niezależnie od tego, czy przeznaczenie to zostało potwierdzone w drodze administracyjnej, czy też nie” (N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 513). Więcej na temat wątpliwości w tym zakresie zob.: M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 107–108; E. Kruczoń, *op. cit.*, s. 51–52; J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 604.

⁶ Oczywiście, kwestia katalogu elementów, które musi znieważać sprawca, by dopuścić się czynów zabronionych określonych w art. 196 k.k. (przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych), budzić może pewne wątpliwości. Wydaje się jednak, że jest to kwestia wtórna, stąd też nie będziemy jej poświęcać zbyt wiele uwagi. W przekonaniu autora niniejszej pracy katalog powyższy jest wystarczający i nie nazbyt szeroki.

⁷ Autor niniejszej pracy zgadza się z poglądem sytuującym stronę podmiotową czynu zabronionego pod groźbą kary w zakresie normowania normy sankcjonowanej. Więcej na ten temat zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, wyd. 3, Warszawa 2015, s. 146–147; idem, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 110–134; idem, *Podmiotowe znamiona czynu zabronionego w strukturze przestępstwa*, PiP 2006, nr 2, s. 56–68. Odmiennie chociażby: A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, R. XXIII, s. 88–89; idem, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 58.

5000 złotych, karą ograniczenia wolności przekraczającą miesiąc albo karą pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc” (takimi właśnie karami zagrożone są czyny zabronione określone w art. 196 k.k.⁸), zgodnie zaś z art. 8 k.k.: „Zbrodnię można popełnić tylko umyślnie; występki można popełnić także nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi”.

W kontekście występków przewidzianych w art. 196 k.k. brak jest ustawowego zastrzeżenia o możliwości popełnienia ich nieumyślnie, a zatem – w grę wchodzi – jak już wyżej anonsowano – wyłącznie umyślne zachowanie się sprawcy.

Podkreślenia wymaga wszakże, że umyślność przybrać może postać zarówno zamiaru bezpośredniego, jak i zamiaru ewentualnego, na co wskazuje wyraźnie art. 9 § 1 k.k., zgodnie z którym: „Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi”.

Postawić należy więc pytanie: która z postaci zamiaru niezbędna jest dla przekroczenia prawnokarnych norm sankcjonowanych wysłowionych zrębowo w art. 196 k.k.⁹.

Strona podmiotowa typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.

Dla udzielenia odpowiedzi na tak postawione pytanie niezbędna jest – jak się wydaje – uprzednia analiza znamion takich jak obrażanie i znieważanie; być może bowiem tkwiąca w rzeczonych sformułowaniach intencjonalność zachowania się sprawcy ograniczy nam pole rozważań wyłącznie do zamiaru bezpośredniego.

I tak, według *Słownika języka polskiego* pod red. Witolda Doroszewskiego słowo „obrażać” oznacza: „wyrazić się o kim albo zachować się względem jakiejś osoby w sposób uchybiający jej godności; ubliżyć komu, znieważać kogo”¹⁰; a słowo „znieważać” oznacza: a) ‘być sprawcą zniewagi, zachowywać się względem kogo w sposób obraźliwy; lżyć, zniesławiać kogo’; b) ‘profanować, bezcześcić, hańbić co’¹¹.

⁸ Typy czynów zabronionych pod groźbą kary określone w art. 196 k.k. nie są przy tym zagrożone ani karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata, ani karą surowszą, a tym samym nie stanowią zbrodni (zob. art. 7 § 2 k.k.).

⁹ Kwestia ta budzi poważne wątpliwości w doktrynie. Zob. więcej w: M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 108–109; E. Kruczoń, *op. cit.*, s. 55–57; Ł. Pohl, S. Czepita, *Strona podmiotowa przestępstwa obrazy uczuć religijnych i jego formalny charakter*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12, s. 73–78; R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności...*, s. 119–1213.

¹⁰ Słowniki języka polskiego, PWN, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/obrazic;5461977.html> [dostęp: 17.08.2017].

¹¹ Słowniki języka polskiego, PWN, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/zniewazac;5531128.html> [dostęp: 17.08.2017]. Wydaje się, że na gruncie art. 196 k.k. adekwatnym znaczeniem słowa

Jak widać, na podstawie przytoczonych wyżej znaczeń nie sposób zawęzić strony podmiotowej typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k. wyłącznie do zamiaru bezpośredniego. Nie sposób wyprowadzić na ich podstawie wniosku, że każde obrażanie czy znieważanie wiązać się musi – siłą konieczności – z intencjonalnością zachowania się sprawcy¹².

Jak jednak wskazuje Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku: [...] zapis ustawowy dyspozycji przepisu z art. 196 k.k. pod względem językowym, a także, jak się wydaje logicznym [...], nie pozwala na jednoznaczne rozstrzygnięcie kwestii, czy przestępstwo z art. 196 k.k. można popełnić wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, czy również w zamiarze wynikowym [...]. Z niewątpliwą pomocą w zakresie interpretacji rodzaju zamiaru tej normy prawnej przybywa wspomniana już wcześniej wykładnia systemowa¹³ – i dalej:

stwierdzić należy w sposób kategoryczny i jednoznaczny, że jedynie przyjęcie tezy o zamiarze bezpośrednim, jako jedynym niezbędnym i koniecznym do zakwalifikowania ludzkiego zachowania jako przestępstwo z art. 196 k.k., pozwala na uszanowanie wyraźnie dostrzeganej w Konstytucji zasady równowagi poszczególnych wolności osobistych człowieka, bez dawania którejkolwiek z nich wyraźnego prymatu. Jedynie bowiem założenie, że działanie ludzkie o charakterze intencjonalnym – nakierowanym na naruszenie praw osób trzecich w zakresie ich wolności i nienaruszalności ich uczuć religijnych, może podlegać ograniczeniom ustawowym o charakterze ochronnym, a wręcz penalizacji, pozwala przyjąć, że zakres chronionej sfery uczuciowości religijnej człowieka, w istotnym stopniu nie ogranicza prawa człowieka do wolnej i swobodnej wypowiedzi artystycznej, która często zarówno przez temat, a także użyte artystyczne środki wyrazu może zachodzić na obszar ludzkiej uczuciowości religijnej, a w konsekwencji, w oczach poszczególnych jednostek wchodzić z nią w mniej lub bardziej otwarty konflikt,

„znieważać” – z uwagi na kontekst, w jakim słowo to użyte zostało w rzeczonym przepisie – jest znaczenie: ‘profanować, bezcześcić, hańbić coś’. Dodajmy, że mając na względzie znaczenia oraz konteksty użycia słów „obrażać” i „znieważać”, uznać należy, że zachowania się sprawców czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k. mogą mieć wyłącznie postać działania. Działania sprawców mogą mieć przy tym w zasadzie dowolną postać; muszą być to jednak zachowania się niewłaściwe, obraźliwe, zawierające elementy pogardy czy poniżenia. Więcej na temat znamienia „znieważa” zob. R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności...*, s. 109–115.

¹² Szerzej: Ł. Pohl, S. Czepita, *op. cit.*, s. 75–77.

¹³ Uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku z dnia 4 czerwca 2009 r., sygn. II K 290/05, s. 18, <http://www.nieznalska.art.pl/uzasadnienie.html> [dostęp: 17.08.2017]. Orzeczenie powyższe wydano w sprawie Doroty Nieznalskiej, która: „We fragmencie instalacji «Pasja», którą pierwotnie można było oglądać w gdańskiej Galerii «Wyspa» na przełomie 2001 i 2002 roku, [...] umieściła na krzyżu fotografię męskich genitaliów. Towarzyszył temu film wideo przedstawiający mężczyznę w siłowni” (<http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/nieznalska-uniewinniona-za-genitalia-na-krzyzu,98165.html> [dostęp: 17.08.2017]).

który – co oczywiste – nie zawsze musi rodzić konsekwencje prawne, a w szczególności odpowiedzialność karną¹⁴ [...].

W efekcie takiej wykładni omawianej normy [wykładni dopuszczającej popełnienie czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k. również w zamiarze ewentualnym – dop. K.B.] i jej stosunku do konstytucyjnego prawa swobody wypowiedzi artystycznej pozbawiłoby szereg osób, o krytycznym bądź nowatorskim i nieszablonowym podejściu do sfery religijnej, możliwości swobodnej działalności artystycznej, a sztukę ograniczając w tym zakresie jedynie do charakteru sakralnego w rozumieniu klasycznym, blokując tym samym jakikolwiek poważniejszy jej rozwój nie tylko w sferze religijnej ale również świeckiej, odwołującej się jedynie do religijnej tematyki bądź symboliki. Taka sytuacja, jak się jednak wydaje po analizie zapisów konstytucyjnych, nie była intencją ustawodawcy, a nadto nie byłaby możliwa do przyjęcia w państwie świeckim, o demokratycznym, pluralistycznym ustroju, bezwzględnie szanującym prawa mniejszości i podstawowe prawa jednostki, jakim niewątpliwie jest Rzeczpospolita Polska¹⁵.

Odnosząc się w tym miejscu do zaprezentowanego wyżej poglądu Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe w Gdańsku, wyrazić należy zdziwienie, że przestrzeganie prawa i niedokonywanie (umyślnych; także w zamiarze ewentualnym) znieważień przedmiotów czci religijnej lub miejsc przeznaczonych do publicznego wykonywania obrzędów religijnych (i nieobrażanie w konsekwencji uczuć religijnych innych osób) mogłoby (a wręcz – musiałyby) naruszać istotę działalności artystycznej, ograniczać indywidualizm artysty czy oryginalność jego dzieł, a w konsekwencji również – hamować rozwój sztuki. Jeżeli rzeczywiście dożyliśmy czasów, w których zachowanie się artysty, by było oryginalne, musi mieć jednocześnie charakter znieważający (i to – dodajmy – umyślnie znieważający), a co za tym idzie – musi być sprzeczne z prawem, to: 1) albo brak już artystów z pomysłem na swoją działalność; 2) albo sztuka osiągnęła już poziom, w którym wszelkie oryginalne pomysły zostały wyczerpane.

Inna sprawa, że kryminalizacja zachowań przewidzianych w art. 196 k.k. (w szczególności przy założeniu, że można się ich dopuścić również w zamiarze ewentualnym) wydaje się zbyt daleko idącą ingerencją ustawodawcy w sferę wolności wyrażania poglądów i twórczości artystycznej, a to z uwagi na zbyt niski stopień społecznej szkodliwości *in abstracto* tych zachowań, nie uzasadniający – jak się wydaje – uznania ich za przestępstwa (będzie o tym jeszcze mowa niżej).

¹⁴ Uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego Gdańsk-Południe..., s. 19.

¹⁵ *Ibidem*, s. 20.

Skutkowy/bezskutkowy charakter typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.

Kwestią niezwykle skomplikowaną (a przy tym niezwykle ważną) jest również odpowiedź na pytanie, czy typy czynów zabronionych pod groźbą kary określone w art. 196 k.k. uznać należy za typy skutkowe (materialne), czy też za typy bezskutkowe (formalne), a więc – innymi słowy: czy dla dokonania czynów zabronionych określonych w art. 196 k.k. konieczne jest wystąpienie skutku, czy też nie¹⁶.

Rozważania w tym zakresie rozpocząć należy od przypomnienia, że skutkiem zachowania się człowieka jest – generalnie rzecz biorąc – dająca się oddzielić od tego zachowania i będąca jego wynikiem zmiana w świecie zewnętrznym (tzw. skutek lokucyjny) lub w świecie wewnętrznym (tzw. skutek perlokucyjny)¹⁷.

Czy wystąpienie tego rodzaju skutków konieczne jest dla bytu czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.? Oczywiście, można by uznać, że skoro czasowniki „obraża” i „znieważa” („znieważając”) po ich przekładzie na tryb dokonany przybierają formy „obraził” i „znieważył”, to dla dokonania czynów zabronionych określonych w art. 196 k.k. nie wystarczy, że sprawca obrażać będzie uczucia religijne innych osób i znieważać przedmioty czci religijnej lub miejsca przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, lecz konieczne będzie jeszcze rzeczywiste znieważenie tych przedmiotów lub miejsc oraz obrażenie w ten sposób uczuć religijnych innych osób, będące skutkiem znieważającego zachowania się.

Warto wszakże zastanowić się, czy w przepisie art. 196 k.k. wyrażona została w ogóle relacja przyczynowo-skutkowa. Wszak w przypadku, gdy takiej relacji w analizowanym przepisie nie wyrażono, trudno będzie uznać obrazę uczuć religijnych innych osób za skutkowy (materialny) typ czynu zabronionego pod groźbą kary (a w zasadzie – za skutkowe (materialne) typy czynów zabronionych pod groźbą kary).

Jak wskazuje Ryszard Sarkowicz:

jednym ze sposobów wyrażania relacji przyczynowo-skutkowej w kodeksie karnym jest użycie w redagowanym przepisie zdania złożonego, składającego się z dwóch zdań, z których jedno stanowi zdanie denotujące zachowanie się podmiotu, a drugie – zdanie denotujące skutek tego zachowania, przy czym obydwie te zdania są połączone spójnikiem „i” użytym kauzalnie. Mówiąc krótko, w kodeksie karnym często wyraża się przyczynowość za pomocą zdań o schemacie „p i caus q”¹⁸.

¹⁶ Kwestia powyższa rozstrzygana jest w polskiej doktrynie prawa karnego niejednolicie. Zob. M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 102–103; Ł. Pohl, S. Czepita, *op. cit.*, s. 78–81.

¹⁷ Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 125.

¹⁸ R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, Kraków 1989, s. 44 (Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, nr 37).

Jak wiadomo, zgodnie z art. 196 k.k.:

Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Z łatwością można wskazać na gruncie rzeczzonego przepisu sformułowanie, a nawet sformułowania, denotujące zachowania się podmiotu. Są nimi wszakże – przynajmniej na pierwszy rzut oka – sformułowanie: „Kto [...] obraża uczucia religijne innych osób” oraz sformułowanie: „znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych”. Brak jest natomiast sformułowania, które mogłoby denotować skutek zachowania się sprawcy (wszak nie jest nim z pewnością fragment „podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”), nie wspominając już o nieobecności w treści analizowanego przepisu spójnika „i”. Co za tym idzie – uznać by można, że nie wyrażono w art. 196 k.k. relacji przyczynowo-skutkowej za pośrednictwem zdania o schemacie „p i caus q”.

Dalej wskazuje Sarkowicz, że:

prawodawca często dla wyrażenia zależności przyczynowo-skutkowej w części szczególnej kodeksu karnego posługuje się czasownikiem „powoduje” (lub synonimicznymi albo bliskoznacznymi mu czasownikami), który występuje wraz z obligatoryjnie towarzyszącym mu dopełnieniem denotującym określony skutek przestępny. Dopełnienie to jest powierzchniową realizacją tego, co w strukturze głębszej wypowiedzi (przepisu) opisuje rola semantyczna nazwana przez Fillmore’a „Rezultat”¹⁹.

I w tym kontekście stwierdzić należy, że przepis art. 196 k.k. nie wyraża relacji przyczynowo-skutkowej. Zauważmy bowiem, że brak w nim słowa „powoduje” czy też słów do niego podobnych, takich jak np. „wyrządza”, „sprowadza”, „wywołuje”, „doprowadza do”, „dopuszcza się”. Co więcej, czasownikom „obrażać” i „znieważać” nie towarzyszy dopełnienie denotujące określony skutek przestępny.

Trzeci wreszcie sposób wyrażenia relacji przyczynowo-skutkowej przedstawia się następująco: „przepisy konstruujące typy przestępstw skutkowych wyróżnia występowanie w nich znamion czasownikowych wyrażanych przez czasowniki, których elementem znaczenia jest jednostka semantyczna «powodować»”²⁰.

¹⁹ *Ibidem*, s. 55.

²⁰ *Ibidem*, s. 63.

Niestety (a być może stety), i ten sposób wyrażenia relacji przyczynowo-skutkowej nie został wykorzystany na gruncie art. 196 k.k. Czasowników „obrażać” i „znieważać” nie sposób wszakże zastąpić wyrażeniami z nimi równoznacznymi, ale o strukturach bardziej rozczłonkowanych znaczeniowo, których jednym ze składników byłoby wyrażenie „powodować”. Do podobnego wniosku doszedł zresztą Sarkowicz, wskazując wprost, że: „znaczenie czasownika «znieważać» nie zawiera elementu «powodować»”²¹.

Czy można zatem, mając powyższe na względzie, stwierdzić w sposób jednoznaczny, że przepis art. 196 k.k. winien zostać zakwalifikowany do klasy przepisów statuujących typy przestępstw bezskutkowych?

Otóż wydaje się, że nie. Podkreślenia wymaga bowiem, że według Sarkowicza: jednym z podstawowych sposobów wyrażania przyczynowości w języku części szczególnej kodeksu karnego jest redagowanie przepisów przy użyciu zdań skonstruowanych wedle ogólnego schematu „p i caus q”. Zdania te są [przy tym – dop. K.B.] albo bezpośrednim odzwierciedleniem tego schematu, albo [i ten fragment jest dla nas najbardziej interesujący – dop. K.B.] dają się do niego sprowadzić, tak jak to obserwowaliśmy w przypadku zdań zawierających formę imiesłowową lub zdań zaczynających się od słów: „jeżeli następstwem czynu”²².

Tymczasem, w art. 196 k.k. mamy właśnie do czynienia ze zdaniem zawierającym formę imiesłowową („znieważając”), które z łatwością przekształcić można, dodajmy – bez jakiegokolwiek zmiany sensu przepisu, w zdanie: „Kto znieważa publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych i obraża przez to uczucia religijne innych osób, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2” – a więc w zdanie odpowiadające bez wątplenia schematowi „p i caus q”.

Sam Sarkowicz wskazuje zresztą, że:

Co prawda, w przypadku art. 198 [kodeksu karnego z 1969 r. – dop. K.B.] brzmiącego: „Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych...”, można mieć wątpliwości, czy statuuje on typ przestępstwa skutkowego, jednakże moim zdaniem, może na to wskazywać właśnie określona konstrukcja przepisu wspólna wielu innym przepisom statuującym typy przestępstw materialnych²³.

Wobec powyższego, uznać należy, że na gruncie wykładni językowej dla przekroczenia którejkolwiek z norm sankcjonowanych wysłowionych zrębo-

²¹ *Ibidem*, s. 99.

²² *Ibidem*, s. 48.

²³ *Ibidem*, s. 44–45.

wo w art. 196 k.k. niezbędne jest wystąpienie skutku w postaci „obrażenia uczuć religijnych innych”²⁴ osób”²⁵.

Podkreślenia wymaga przy tym, że konkluzja ta w żadnym razie nie burzy niewzruszalnych wartości przypisywanych prawodawcy, a w konsekwencji – znajduje ona wzmocnienie w wyniku zastosowania funkcjonalnych dyrektyw interpretacyjnych.

Innymi słowy – wykładnia funkcjonalna nie prowadzi do przełamania rezultatu uzyskanego za pomocą aplikacji językowych dyrektyw wykładniczych²⁶.

²⁴ Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, że użyte w art. 196 k.k. sformułowanie „innych osób” oznacza, że: „zachowanie sprawcy musi wywołać skutek w postaci obrazy uczuć religijnych co najmniej dwóch osób (w przepisie użyto liczby mnogiej)” (N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 509). Nie sposób w konsekwencji zgodzić się z wykładnią, w myśl której art. 196 k.k. określa „przestępstwo skutkowe (materialne), gdzie skutkiem zachowania sprawcy będzie obraza uczuć religijnych. Przez wzgląd na wykładnię celowościową przepisu nie można przyjąć, aby skutek ten dotyczył co najmniej dwóch osób. Do wyczerpania znamion wystarczające jest więc obrażenie uczuć religijnych jednej konkretnej osoby” (I. Zgoliński, *Komentarz do art. 196 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrżosek, Warszawa 2016, s. 888). Jest to bowiem przykład niedopuszczalnej na gruncie prawa karnego wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (por. E. Kruczoń, *op. cit.*, s. 42–44). Inna sprawa, czy nie należałoby przyjąć, że znamie „innych osób” oznacza minimum 5, 10 czy więcej osób. Mielibyśmy bowiem wówczas do czynienia z bardziej reprezentatywną i zobiektywizowaną opinią środowiska (wyznawców danej religii), a także z wyższym stopniem społecznej szkodliwości *in concreto* oraz – a być może przede wszystkim – *in abstracto* czynu, co mogłoby rozwiązać (a przynajmniej – zmniejszyć) wątpliwości na temat zasadności kryminalizacji zachowań określonych w art. 196 k.k. Na gruncie aktualnego stanu prawnego brak jest jednak po temu wystarczających argumentów.

²⁵ Słusznie wskazuje przy tym N. Kłaczyńska: „W literaturze spotykany jest pogląd, że obraźliwość zachowania się sprawcy oceniana należy na podstawie kryteriów obiektywnych, odwołujących się do przeciętnej wrażliwości w sprawach wiary, zaś subiektywne odczucia potencjalnych pokrzywdzonych nie są wystarczające [...]. Pogląd ten wydaje się chybiony, gdyż wystąpienie *in concreto* skutku w postaci obrazy uczuć może stwierdzić wyłącznie ta osoba, o której uczucia chodzi. Nie wydaje się, by takie ujęcie wywoływało niebezpieczeństwo zbyt szerokiej i nieuzasadnionej kryminalizacji, obejmującej zachowania generalnie społecznie akceptowalne, które jednak u konkretnych osób, z uwagi na ich wyjątkowo wysoki poziom wrażliwości, spowodowały obrażenie ich uczuć. Nie wszystkie bowiem zachowania wywołujące skutek w postaci obrazy uczuć religijnych są bezprawne z punktu widzenia art. 196, lecz tylko społecznie naganne, polegające na znieważeniu przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Samo zatem subiektywnie stwierdzenie wystąpienia skutku w postaci obrazy uczuć religijnych jest wprawdzie warunkiem *sine qua non* karalności czynu opisanego w art. 196, ale nie jest warunkiem wystarczającym, gdyż dodatkowo konieczne jest, by wywołane zostało przez znieważenie, które to znieważenie oceniane jest na podstawie kryteriów obiektywnych [...]. Wydaje się, że autorzy częstokroć niezbyt precyzyjnie traktują jednolicie o zachowaniu poniżającym czy obrażającym uczucia religijne, uznając, że powinno być ono jako całość oceniane zarówno subiektywnie, jak i obiektywnie [...], podczas gdy konieczne jest wyraźne odróżnienie przyczyny (znieważenia – ocenianego obiektywnie) od skutku (obrazy uczuć – ocenianej subiektywnie)” (N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 510). Więcej na ten temat zob. M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 103–104; E. Kruczoń, *op. cit.*, s. 44–47; O. Sitarz, *op. cit.*

²⁶ Warto dodać, że według Ł. Pohla i S. Czepity, „wymienione czasowniki [„obrażać” i „znieważać” – dop. K.B.] wchodzą [...] w skład tej grupy czasowników, o których [...] R. Sarkowicz

Przedmiot ochrony przepisu art. 196 k.k.

Rozważania na temat zawartości normatywnej art. 196 k.k., a więc na temat kształtu norm prawnych wysłowionych zrębowo w art. 196 k.k., uzupełnić należy jeszcze, jak się wydaje, analizą przedmiotu ochrony rzeczony regulacji²⁷, a więc analizą wartości społecznej, będącej podstawą stosunków społecznych²⁸, dla której ochrony regulacja ta została ustanowiona²⁹. Słusznie bowiem wskazuje Olga Sitarz, że: „przedmiot ochrony omawianego przestępstwa [przestępstwa z art. 196 k.k. – dop. K.B.] jest *de facto* uzasadnieniem ograniczenia wolności wypowiedzi [i twórczości artystycznej – dop. K.B.], stanowi zatem element niebagatelny całej analizy”³⁰.

Jak wiadomo, wyróżnić można ogólny przedmiot ochrony (porządek wszelkich stosunków społecznych chronionych przepisami prawa karnego), rodzajowy przedmiot ochrony (dobro społeczne chronione grupą przepisów prawnokarnych) oraz bezpośredni przedmiot ochrony (dobro społeczne chronione poszczególnym przepisem prawnokarnym)³¹. W kontekście rozważań nad czynem zabronionym (czynami zabronionymi) obrazy uczuć religijnych jako konkretnym typem czynu zabronionego pod groźbą kary określonym w konkretnym przepisie prawnokarnym jako szczególnie istotny jawi się ten ostatni (bezpośredni) przedmiot ochrony, stąd też właśnie jego analizie poświęcona zostanie dalsza część prowadzonych w niniejszym podrozdziale rozważań.

pisze, iż opisują one: « pewne akty mowy [...] lub opisują skutki (illokucyjne), jakie one wywołują». Transponując to spostrzeżenie na grunt analizowanych przez nas czasowników, powiemy, że wprawdzie za ich pomocą opisuje się skutki (efekty) w postaci obrażenia uczuć religijnych innych osób i znieważenia przedmiotu czci religijnej, to jednak skutki (efekty) te, jako tzw. skutki (efekty) illokucyjne, nie są skutkami w rozumieniu prawa karnego, lecz tylko stanami, które są rozpoznawane przez członków społeczeństwa jako obrażenie uczuć religijnych innych osób przez znieważenie przedmiotu czci religijnej” (Ł. Pohl, S. Czepita, *op. cit.*, s. 79–80). Pohl i Czepita są zatem, jak widać, zwolennikami formalnego charakteru typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.

²⁷ Kwestia ta budzi w doktrynie poważne wątpliwości. Zob. M. Budyn-Kulik, *op. cit.*, s. 100–102; W. Janyga, *Komentarz do art. 196 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, t. 1, Warszawa 2013, s. 592; E. Kruczoń, *op. cit.*, s. 38–41; O. Sitarz, *op. cit.*; J. Strzelecki, *Kryminalizacja obrazy uczuć religijnych – analiza krytyczna*, [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, t. 1, Toruń 2012, s. 477–489.

²⁸ Zob. W. Wolter, [w:] K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.*, cz. 1: *Część ogólna*, z. 1. *Nauka o ustawie karnej i o przestępstwie*, Kraków 1970, s. 82.

²⁹ Zawarte w niniejszym podrozdziale rozważania oparte są częściowo na rozprawie doktorskiej autora. Zob. K. Burdziak, *Prowokacja (analiza prawnokarna)*, niepublikowana rozprawa doktorska, Uniwersytet Szczeciński, 2015, s. 49–54.

³⁰ O. Sitarz, *op. cit.*

³¹ Zob. Ł. Pohl, *op. cit.*, s. 148–149.

Ustalając bezpośredni przedmiot ochrony, określamy tak naprawdę, czym najprawdopodobniej kierował się (lub mógł kierować się) ustawodawca przy wprowadzaniu danego przepisu do ustawy karnej. Zdaniem Lecha Gardockiego powody kryminalizacji podzielić można na dwie grupy, tj. na powody racjonalne (związane z celem, którego osiągnięcie kryminalizacja ma umożliwić; wśród rzeczonych powodów Gardocki wymienia: 1) chęć ochrony dobra prawnego; 2) chęć utwierdzenia postaw moralnych; 3) chęć rozładowania napięć społecznych; 4) kryminalizację symboliczną; 5) kryminalizację uproszczoną; 6) kryminalizację doktrynalną; 7) kryminalizację dyscyplinującą i in.); oraz na powody irracjonalne (różnego rodzaju powody emocjonalne, przy których kryminalizujący nie stara się o osiągnięcie określonych celów, lecz powołuje się na intuicyjnie wyczuwaną karygodność danego zachowania się)³².

Podkreślenia wymaga jednak, że ustawodawca nie ma w rzeczywistości wolnej ręki w ustanawianiu przepisów prawnokarnych określających typy czynów zabronionych pod groźbą kary. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP³³ ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane w demokratycznym państwie tylko dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób³⁴.

Co za tym idzie – jeżeli przepis art. 196 k.k. miałby być zgodny z Konstytucją RP, to musiałby chronić przynajmniej jedno z następujących dóbr: 1) bezpieczeństwo państwa; 2) porządek publiczny; 3) środowisko; 4) zdrowie; 5) moralność publiczną; albo 6) wolności i prawa innych osób.

Które wszakże z wymienionych wyżej dóbr mógłby (faktycznie) chronić analizowany przepis? Otóż wydaje się, że skoro przepis ten zakazuje takiego tylko znieważenia publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, które wywołuje skutek w postaci obrażenia uczuć religijnych innych osób, to chroni on (przede wszystkim) wzmiankowane uczucia religijne, a w zasadzie – prawo do nienaruszania tych uczuć przez osoby trzecie³⁵.

³² Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 53–89.

³³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483, ze zm.

³⁴ Z drugiej jednak strony słusznie wskazuje K. Wojtyczek: „Bardzo ogólny i nieprecyzyjny sposób określenia tych przesłanek [z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – dop. K.B.] nie krępuje [...] w istotny sposób swobody działania ustawodawcy i pozwala w praktyce na objęcie ochroną prawnokarną wszystkich niemal wartości konstytucyjnych” (K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, CzPKiNP 1999, nr 2, s. 41).

³⁵ Podobnie: S. Hyps, *op. cit.*, s. 976; N. Kłaczyńska, *op. cit.*, s. 509; R. Krajewski, *Ochrona wolności sumienia i wyznania w świetle Kodeksu karnego z 1997 r.*, PS 2008, nr 3, s. 76; W. Wróbel, *Komentarz do art. 196 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. 2, Warszawa 2013, s. 657. Podkreślenia wymaga jednak, że nawet gdyby uznać,

Czy jednak tego rodzaju przedmiot ochrony w sposób wystarczający uzasadnia istnienie zakazów przewidzianych w art. 196 k.k.? Otóż stwierdzić należy, że nie; i jest to pogląd samego ustawodawcy. Zauważmy bowiem, że rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów art. 194 k.k., art. 195 k.k. i art. 196 k.k. jest (i wynika to wprost z tytułu rozdziału XXIV kodeksu karnego) wolność sumienia i wyznania, o której mowa w art. 53 Konstytucji RP, zgodnie z którym:

1. Każdemu zapewnia się wolność sumienia i religii. 2. Wolność religii obejmuje wolność wyznawania lub przyjmowania religii według własnego wyboru oraz uzewnętrzniania indywidualnie lub z innymi, publicznie lub prywatnie, swojej religii przez uprawianie kultu, modlitwę, uczestniczenie w obrzędach, praktykowanie i nauczanie. Wolność religii obejmuje także posiadanie świątyń i innych miejsc kultu w zależności od potrzeb ludzi wierzących oraz prawo osób do korzystania z pomocy religijnej tam, gdzie się znajdują. 3. Rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniami. Przepis art. 48 ust. 1 stosuje się odpowiednio. 4. Religia kościoła lub innego związku wyznaniowego o uregulowanej sytuacji prawnej może być przedmiotem nauczania w szkole, przy czym nie może być naruszona wolność sumienia i religii innych osób. 5. Wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy jest to konieczne do ochrony bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, zdrowia, moralności lub wolności i praw innych osób. 6. Nikt nie może być zmuszany do uczestniczenia ani do nieuczestniczenia w praktykach religijnych. 7. Nikt nie może być obowiązany przez organy władzy publicznej do ujawnienia swojego światopoglądu, przekonań religijnych lub wyznania.

Bezpośrednim przedmiotem ochrony przepisu art. 196 k.k. winny być zatem (według ustawodawcy) albo wolność sumienia i wyznania (w ogólności), albo jakieś inne, konkretne dobra, mieszczące się jednak w zakresie szeroko pojmowanej wolności sumienia i wyznania, których to naruszenie (narażenie na niebezpieczeństwo naruszenia) spowodowałoby jednocześnie naruszenie (narażenie na niebezpieczeństwo naruszenia) rodzajowego przedmiotu ochrony przepisów z rozdziału XXIV kodeksu karnego³⁶.

że czyny zabronione określone w art. 196 k.k. to bezskutkowe typy czynów zabronionych pod groźbą kary, to i tak za przedmiot ochrony wzmiankowanego przepisu (art. 196 k.k.) należałoby uznać uczucia religijne innych osób. Analizowany przepis zakazywałby wówczas bowiem takiego tylko znieważenia publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, które stanowiłoby jednocześnie obrażenie uczuć religijnych innych osób.

³⁶ Dobrem takim nie jest prawo do nienaruszania uczuć religijnych przez osoby trzecie. Nie każde bowiem naruszenie (narażenie na niebezpieczeństwo naruszenia) uczuć religijnych innych osób wiązać się musi – siłą konieczności – z naruszeniem (narażeniem na niebezpieczeństwo naruszenia) ich wolności sumienia i wyznania (będzie o tym jeszcze mowa później). W powszechnie cytowanym przez karnistów (zob. chociażby: S. Hypś, *op. cit.*, s. 976) orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego (orzeczeniu – dodajmy – które stanowi podstawę do twierdze-

Wówczas tylko, jak się wydaje, znieważenie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczzonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych i związane z nim obrażenie uczuć religijnych innych osób byłoby (według ustawodawcy) zachowaniem się zasługującym na jego kryminalizację³⁷.

nia, że uczucia religijne są częścią składową wolności sumienia i wyznania) stwierdza się co prawda: „Uczucia religijne, ze względu na ich charakter, podlegają szczególnej ochronie prawa. Bezpośrednio powiązane są bowiem z wolnością sumienia i wyznania, stanowiącą wartość konstytucyjną. Potwierdzają to także akty międzynarodowe (np. Deklaracja o eliminacji wszelkich form nietolerancji i dyskryminacji z powodu religii lub przekonań uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 21 listopada 1981 r.). Dlatego też działania naruszające uczucie religijne mogą być przedmiotem zakazu ustawowego także wówczas, gdyby były podejmowane za pomocą środków służących realizacji wolności słowa” (orzeczenie TK z dnia 7 czerwca 1994 r., sygn. K 17/93, LEX nr 25099 [dostęp: 17.08.2017]). Podkreślenia wymaga jednak, że orzeczenie powyższe można odczytywać również w taki sposób, że uczucia religijne powiązane są rzeczywiście z wolnością sumienia i wyznania, ale nie stanowią jej części składowej (pozostają z nią tylko w bezpośrednim związku), a więc w sposób, który pozostaje w zgodzie z zapatrywaniami autora niniejszej pracy. Odmiennie: wyrok TK z dnia 6 października 2015 r., sygn. SK 54/13, LEX nr 1809388 [dostęp: 17.08.2017]. Por. również: wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2004 r., sygn. I CK 484/03, LEX nr 132396 [dostęp: 17.08.2017], zgodnie z którym: „Naruszenie wolności religii może przybrać różne formy, a próba ich wyliczenia byłaby bezcelową kazuistyką, pozbawioną większego znaczenia praktycznego. Mając na względzie art. 53 ust. 2 Konstytucji, można jedynie przykładowo podać, że naruszenie wolności religii może polegać na uniemożliwieniu lub utrudnieniu uprawiania kultu, modlitwy, przeszkadzanie w uroczystościach religijnych, uniemożliwienie odprawiania bądź uczestnictwa w obrzędach religijnych itp. Wolność religii jako dobro osobiste przejawia się także w innych dziedzinach. Chodzi o ochronę związanych z wolnością religii pojęć, wyobrażeń i przekonań jednostki przed bezprawnym ich naruszeniem. Typowym przykładem bezprawnego zachowania się są przejawy wszelkiej dyskryminacji ze względu na przekonania religijne. Chroniąc wolność religii, chroni się zatem sferę pojęć, wyobrażeń i przekonań religijnych danej osoby, a w tym obszarze autonomicznych wartości jednostki mieszczą się także jej uczucia religijne. Można je określić jako stan psychiczny, którego istotę stanowi ustosunkowanie się wewnętrzne do przeszłych, obecnych i przyszłych zdarzeń, bezpośrednio lub pośrednio związanych z religią jako formą świadomości społecznej, obejmującej wierzenia dotyczące sensu i celu istnienia człowieka, ludzkości i świata. Trafnie zatem Sąd Apelacyjny wskazał, że da się wyróżnić uczucia religijne jako dobro osobiste, których ochronę zapewnia art. 24 k.c. Należy też zauważyć, że obraza uczuć religijnych stanowi przestępstwo z art. 196 k.k.”.

³⁷ Zauważmy, że podstawowym argumentem mającym uzasadniać zabieg kryminalizacji jest społeczna szkodliwość *in abstracto*. Zgodnie z art. 115 § 2 k.k.: „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia”. Oczywiście, chodzi tu o społeczną szkodliwość *in concreto*, ale wydaje się, że te same elementy uwzględniać należy przy ustalaniu społecznej szkodliwości *in abstracto*. Jak wskazuje A. Wąsek: „prawo karne jest i powinno być *ultima ratio* polityki kryminalnej. Powinno się unikać «przekryminalizowania» życia społecznego, choćby już z tego względu, że w takim przypadku efektywność jego funkcjonowania spadnie do takiego poziomu, iż przestanie ono faktycznie pełnić funkcję ochronną. Prawo karne, akcentując szczególną wagę pewnych wartości społecznych (funkcja symboliczna), nie może i nie jest w stanie iść tak daleko, iżby zapewniło im wszechstronną i szczelną ochronę. Prawo karne musi się ograniczać do kryminalizowania takich zamachów na wartości społecz-

Tymczasem: 1) nie każde znieważenie publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych wiązać się musi – siłą konieczności – z naruszeniem uczuć religijnych

nie cenne, które są szczególnie społecznie szkodliwe i karygodne ze względu np. na podmiot czynu, okoliczności i sposób jego popełnienia, osobę pokrzywdzonego, ujemne skutki czynu lub możliwość ich wystąpienia” (A. Wąsek, *Przestępstwa przeciwko przekonaniom religijnym de lege lata i de lege ferenda*, PiP 1995, nr 7, s. 30). Analizując z tej perspektywy społeczną szkodliwość *in abstracto* zachowań przewidzianych w art. 196 k.k. (przy założeniu, że przedmiotem ochrony rzezonego przepisu jest wyłącznie prawo do nienaruszania uczuć religijnych przez osoby trzecie, niepowiązane w żaden sposób z wolnością sumienia i wyznania), należałoby stwierdzić, że rzeczywiście nie są one wystarczająco szkodliwe, by mogły zostać zaliczone do grupy czynów zabronionych pod groźbą kary, o których mowa w art. 1 § 1 k.k. Wszak: 1) rozmiar wyrządzonej w ich przypadku szkody nie jest (a przynajmniej – nie zawsze musi być) znaczny (wystarczy naruszenie, choćby w stopniu subminimalnym, uczuć religijnych minimum dwóch osób; przynajmniej według znacznej części doktryny); 2) zamiar sprawcy może mieć również postać zamiaru ewentualnego (przynajmniej według znacznej części doktryny); 3) motywacja sprawcy nie jest w ogóle brana pod uwagę; 4) zachowanie się sprawcy (w postaci znieważenia publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych) nie jest zachowaniem się (a przynajmniej – nie zawsze musi być zachowaniem się) o wysokim stopniu społecznej szkodliwości. Oczywiście, sytuację mogłaby i powinna ratować odpowiednio wysoka ranga dobra chronionego przez przepis art. 196 k.k. Problem jednak w tym, że dobro w postaci prawa do nienaruszania uczuć religijnych przez osoby trzecie jawi się w tym zakresie jako nazbyt abstrakcyjne i niewystarczająco istotne. Sytuacja byłaby natomiast całkowicie inna, gdyby zachowanie się sprawcy naruszało (narażało na niebezpieczeństwo naruszenia) jednocześnie wolność sumienia i wyznania, a więc wartość konstytucyjną, która zasługuje na odpowiednią, w tym również prawno Karną, ochronę.

Słusznie wskazuje O. Sitarz, że: „kara kryminalna jest reakcją najbardziej dolegliwą; ponadto status osoby skazanej za przestępstwo umyślne pociąga za sobą wiele negatywnych konsekwencji tak prawnych, jak i społecznych. Tego rodzaju następstwa skazania wydają się całkowicie nieproporcjonalną reakcją na naruszenie czyichś uczuć religijnych” (O. Sitarz, *op. cit.*). Podobnego zdania jest również R. Paprzycki: „Choć sfera ta godna jest ochrony, to jej naruszenie nie wydaje się być tak społecznie niebezpieczne, zwłaszcza w naszym kręgu kulturowym, żeby konieczne było angażowanie do tego prawa karnego, stanowiącego *ultima ratio* polityki kryminalnej. Ochrona cywilnoprawna i administracyjnoprawna zapewne spełniłaby tę rolę skuteczniej, bo umożliwiałyby ograniczanie szkodliwych zjawisk, jednak bez stosowania najbardziej drastycznych środków” (R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności...*, s. 122). Zob. też pogląd J. Strzeleckiego: „Instytucją, której zastosowanie mogłaby rozważyć osoba, której uczucia religijne zostały obrażone, jest przewidziana w art. 23 i 24 k.c. cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych przed ich bezprawnym naruszeniem. Biorąc pod uwagę głęboko osobisty charakter przeżyć związanych ze sferą religii, wydaje się, że właśnie ten środek ochrony będzie odpowiedni do zwalczania zachowań obrażających uczucia religijne. Ze względu na roszczenia, które art. 24 § 1 k.c. przyznaje osobie, której dobra osobiste zostały naruszone, można nawet stwierdzić, że przepisy prawa cywilnego w odpowiedniejszy sposób niż przepis karny pozwalająby zapewnić satysfakcjonującą pokrzywdzonego reakcję na naruszenie. Zadośćuczynienie pieniężne lub obowiązek zapłaty odpowiedniej kwoty na cel społeczny, a w szczególności nałożenie na osobę dopuszczającą się naruszenia obowiązku złożenia oświadczenia o odpowiedniej treści i formie, wydają się lepiej czynić zadość krzywdzie wynikłej z obrażenia uczuć religijnych niż kara kryminalna” (J. Strzelecki, *op. cit.*, s. 484–485). Wskazany autor sugeruje także rozważenie stosowania odpowiednich przepisów Kodeksu wykroczeń (zob. *ibidem*, s. 487–488).

innych osób; 2) każde znieważenie publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych wiązać się musi – siłą konieczności – z narażeniem na niebezpieczeństwo naruszenia uczuć religijnych innych osób; 3) nie każde znieważenie publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych wiązać się musi – siłą konieczności – z naruszeniem wolności sumienia i wyznania innych osób; 4) nie każde znieważenie publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych wiązać się musi – siłą konieczności – z narażeniem na niebezpieczeństwo naruszenia wolności sumienia i wyznania innych osób; 5) nie każde naruszenie uczuć religijnych innych osób wiązać się musi – siłą konieczności – z naruszeniem ich wolności sumienia i wyznania; 6) nie każde naruszenie uczuć religijnych innych osób wiązać się musi – siłą konieczności – z narażeniem na niebezpieczeństwo naruszenia ich wolności sumienia i wyznania.

Znakomitą egzemplifikacją powyższych okoliczności (tj. okoliczności, że nie każde znieważenie publicznie przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych i nie każde obrażenie uczuć religijnych innych osób wiązać się musi – siłą konieczności – z naruszeniem/narażeniem na niebezpieczeństwo ich wolności sumienia i wyznania) jest przy tym sprawa jednego z polskich artystów, który:

W 2007 roku [...] podczas koncertu w Gdyni w klubie „Ucho” podarł Biblię i rozrzucił jej karty wśród publiczności, mówiąc m.in.: „Żryjcie to g...o!”.. Nazwał też Biblię „kłamliwą księgą”, a Kościół katolicki – „największą zbrodniczą sektą”. Kartki spalili później fani zespołu³⁸.

Artysta został, rzecz jasna, niewinny. Podkreślenia wymaga jednak, że (co najmniej) kilka osób, które zapoznały się z nagraniem z koncertu, uznało, że ich uczucia religijne zostały obrażone. Czy jednak zachowanie muzyka w jakimkolwiek stopniu naruszyło (bądź naraziło na niebezpieczeństwo naruszenia) ich wolność sumienia i wyznania? Oczywiście – nie³⁹.

³⁸ *Podarł Biblię podczas koncertu. Adam „Nergal” Darski niewinny*, PolskieRadio.pl, <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/858190,Podarl-Biblie-podczas-koncertu-Adam-Nergal-Darski-niewinny> [dostęp: 17.08.2017].

³⁹ Trudno wskazać jakiegokolwiek argumenty, które mogłyby przemawiać za wystąpieniem tego rodzaju naruszenia (narażenia na niebezpieczeństwo naruszenia).

Wpływ art. 196 k.k. na wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej oraz postulaty de lege ferenda

Prawo do nienaruszania uczuć religijnych przez osoby trzecie oraz wolność sumienia i wyznania, należą – bez wątpienia – do wartości zasługujących na ochronę prawną (w kontekście wolności sumienia i wyznania wynika to wprost z Konstytucji RP i stan ten utrzyma się co najmniej tak długo, jak długo ustawa zasadnicza obowiązywać będzie w obecnym kształcie).

Wątpliwości pojawić się mogą dopiero w momencie rozstrzygania, czy ochrona wskazanych wyżej wartości winna mieć charakter prawnokarny (zob. rozdział XXIV kodeksu karnego), czy też wyłącznie cywilny.

Przedmiotem analiz niniejszej pracy uczyniono zaledwie jeden z przepisów zawartych obecnie w rozdziale XXIV kodeksu karnego (art. 196 k.k.), zgodnie z którym – przypomnijmy – „Kto obraża uczucia religijne innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”, i wydaje się, że zachowania przewidziane w tym przepisie nie zasługują na kryminalizację, a w konsekwencji – że mamy tu do czynienia ze zbyt daleko idącą ingerencją ustawodawcy w wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej.

Podkreślenia wymaga bowiem, że polegające na publicznym znieważaniu przedmiotów czci religijnej lub miejsc przeznaczonych do publicznego wykonywania obrzędów religijnych i wiążące się z obrażaniem uczuć religijnych innych osób zachowania się, przewidziane w art. 196 k.k., nie charakteryzują się odpowiednio wysokim stopniem społecznej szkodliwości *in abstracto* pozwalającym na przyznanie im charakteru czynów zabronionych pod groźbą kary, o których mowa w art. 1 § 1 k.k. W szczególności z uwagi na fakt, że bezpośrednim przedmiotem ochrony przepisu art. 196 k.k. są uczucia religijne innych osób, a precyzyjniej – prawo do nienaruszania tych uczuć przez osoby trzecie; tymczasem – dobro to jawi się – także według ustawodawcy (*sic!*) – jako wysoce abstrakcyjne i niewystarczająco istotne dla jego prawnokarnej ochrony (zwłaszcza w takim kształcie, jak ten obecnie obowiązujący)⁴⁰.

⁴⁰ Więcej argumentów przemawiających za dekryminalizacją przestępstwa obrazy uczuć religijnych innych osób zob. w: W. Mojski, *Prawnokarne ograniczenia wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym. Analiza wybranych przepisów*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2009, nr 12, s. 191–192; R. Paprzycki, *Prawna ochrona wolności...*, s. 122–123; O. Sitarz, *op. cit.* Argumenty przemawiające za kryminalizacją przestępstwa obrazy uczuć religijnych innych osób zob. natomiast w: M. Derlatka, *Zasadność kryminalizacji obrazy uczuć religijnych*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 10, s. 41–46; M. Skwarzyński, *Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w sprawie sygn. akt SK 54/13 w przedmiocie przestępstwa obrazy uczuć religijnych w świetle*

Gdyby jednak uznać, że prawnokarne ochrona powyższego dobra jest ochroną niezbędną, przepis art. 196 k.k. należałoby sformułować w taki sposób, by: 1) sprawca czynów zabronionych określonych w art. 196 k.k. działać musiał w zamiarze bezpośrednim, tzn. by musiał chcieć znieważenia przedmiotu czci religijnej lub miejsca przeznaczonego do publicznego wykonywania obrzędów religijnych oraz obrażenia w ten sposób uczuć religijnych innych osób; 2) dla bytu czynów zabronionych określonych w art. 196 k.k. niezbędne było wystąpienie skutku w postaci obrażenia uczuć religijnych innych osób; 3) dla bytu czynów zabronionych określonych w art. 196 k.k. niezbędne było obrażenie uczuć religijnych większej liczby osób.

Wszak tylko taka formuła art. 196 k.k. zapewniłaby należyte (a przynajmniej – silniejsze) uzasadnienie kryminalizacji zachowań przewidzianych w tym przepisie.

Można by więc zaproponować – mając powyższe na względzie – zmianę art. 196 k.k. poprzez nadanie mu np. następującego brzmienia: „Kto w celu obrażenia uczuć religijnych wielu osób znieważa publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych i cel swój osiąga, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

*Kontratyp sztuki*⁴¹

Kwestią często poruszaną w kontekście czynów zabronionych popełnianych przez artystów (w szczególności – w kontekście popełnianych przez artystów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k.) jest możliwość utworzenia szczególnego kontratypu pozaustawowego, który unie możliwiałby przyjęcie bezprawności podejmowanych przez nich zachowań, mieszczących się w granicach ich działalności artystycznej, a więc również w granicach przeprowadzanych przez nich prowokacji artystycznych.

Istnienia tego rodzaju kontratypu nie wyklucza Sąd Najwyższy – wprost wskazując, że: „Dzieła artystyczne, a także dzieła naukowe mogą jednocześnie zwierać treści pornograficzne, zaś brak karalności produkcji, prezentacji i rozpowszechniania takich dzieł, wynika, jak się wydaje, z istnienia pozaustawowego kontratypu sztuki i nauki”⁴² – ani też polska doktryna prawa

standardów strasburskich, „Przegląd Prawa Wyznaniowego” 2016, t. 8, s. 124–127; A. Wąsek, *op. cit.*, s. 36–41. (wraz z ciekawymi postulatami *de lege ferenda*).

⁴¹ Zawarte w niniejszym podrozdziale rozważania oparte są częściowo na rozprawie doktorskiej autora. Zob. K. Burdziak, *Prowokacja...*, s. 300–313.

⁴² Wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. IV KK 173/10, LEX nr 667510 [dostęp: 17.08.2017].

karnego⁴³. Warto wszakże zastanowić się, czy utworzenie takiego kontratyphu rzeczywiście byłoby możliwe.

Rozważania w tym zakresie rozpocząć należy od przypomnienia, iż brak jest w doktrynie zgody co do samej dopuszczalności tworzenia tzw. kontratyphów pozaustawowych (nieskodyfikowanych). Zdaniem części autorów kontratyphu takie są w pełni dopuszczalne. Wszak nie można z góry wykluczyć, że ustawodawca przeoczy pewną okoliczność, która będzie odpowiadała pojęciu kontratyphu. Zdaniem innych autorów – tego rodzaju postępowanie stanowiłoby przejaw – niedopuszczalnego z perspektywy Konstytucji RP – wkraczania władzy sądowniczej w zakres władzy ustawodawczej, a nadto – w sposób nieuzasadniony ograniczałoby prawa osoby pokrzywdzonej zachowaniem sprawcy, w tym w szczególności jej prawo do obrony koniecznej⁴⁴.

Nie sposób, rzecz jasna, rozstrzygnąć w tym miejscu zasadności któregośkolwiek z przedstawionych stanowisk⁴⁵. Na gruncie niniejszej pracy przyjęte zostanie jednak stanowisko tych przedstawicieli doktryny, którzy dopuszczają możliwość tworzenia kontratyphów pozaustawowych. Warto bowiem sprawdzić, czy w przypadku przyjęcia tego rodzaju stanowiska utworzenie pozaustawowego kontratyphu sztuki jawiłoby się jako możliwe, czy też nie.

Kontratyphu pozaustawowe, jak wynika z samej ich nazwy, to okoliczności uniemożliwiające przyjęcie bezprawności ludzkiego zachowania się nieuregulowane – jak dotychczas – przez ustawodawcę. Ustalanie ich brzmienia,

⁴³ Odwołania do kontratyphu sztuki spotkamy nawet w komentarzach do Kodeksu karnego. Zob. chociażby: M. Filar, *Komentarz do art. 202 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 1022; J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 202 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2013, s. 550; M. Rodzyńkiewicz, *Komentarz do art. 202 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. 2, LEX nr 23191, teza 13 [dostęp: 17.08.2017]; J. Warylewski, *Komentarz do art. 202 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2015, s. 1271.

⁴⁴ Zob. E. Pohl, *op. cit.*, s. 239–240. Zob. także: J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratyphu pozaustawowe*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 21–38; T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyph sztuki?*, „Palestra” 2015, nr 1–2, s. 24; H. Rajzman, *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G, Ius” 1966, R. XIII, s. 47; W. Wolter, *O kontratyphach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1969, nr 10, s. 505–506; W. Wróbel, *Głos w dyskusji*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność...*, s. 95; S. Zabłocki, *Głos w dyskusji*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność...*, s. 90–92; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu...*, s. 124–129; idem, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci prof. Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 425–434; idem, *W sprawie kontratyphów*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 113.

⁴⁵ Autorowi niniejszej pracy najbliższe jest stanowisko przeciwników tworzenia kontratyphów pozaustawowych. Argumentem rozstrzygającym winien być tutaj przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w myśl którego wszelkie ograniczenia wolności i praw człowieka winny mieć zawsze charakter ustawowy.

jak słusznie wskazuje Jarosław Warylewski: „to zadanie zarówno teorii, jak i praktyki prawa karnego, lecz nierzadko, postępując wytyczoną przez doktrynę i judykaturę drogą, zajdzie konieczność wsłuchania się w głos specjalistów z zakresu socjologii, pedagogiki itp.”⁴⁶. Doktryna i judykatura nie mają jednak wolnej ręki w zakresie tworzenia kontratypów pozaustawowych. Każdy kontratyp pozaustawowy winien odpowiadać następującym wymogom: 1) sytuacja objęta zakresem kontratypu musi być sytuacją typową, powtarzalną; 2) kontratyp nie może prowadzić do wyłączenia bezprawności wszystkich zachowań wypełniających znamiona danego typu czynu zabronionego; 3) kontratyp musi wystąpić w sytuacji kolizji dóbr prawnych; 4) kontratyp musi dać się ująć w ramy abstrakcyjnie sformułowanego zespołu znamion; 5) musi istnieć wystarczająco ważny powód dla usprawiedliwienia sytuacji objętej kontratypem⁴⁷.

Mając powyższe na względzie, należy zastanowić się, czy ewentualny „kontratyp sztuki” byłby w stanie wszystkie te warunki spełnić.

Za szczególnie trudne (a wręcz – za niemożliwe) uznać należy spełnienie warunku nr 5. Trudno wszakże znaleźć wystarczająco istotny powód, który miałyby usprawiedliwiać działalność artystyczną stanowiącą jednocześnie realizację znamion czynu zabronionego pod groźbą kary. Oczywiście, można powołać się w tym miejscu na odpowiednie wolności i prawa człowieka i obywatela przewidziane w Konstytucji RP, konkretnie zaś na: 1) wolność wyrażania poglądów, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP; oraz na 2) wolność twórczości artystycznej, o której mowa w art. 73 Konstytucji RP⁴⁸. Podkreślenia wymaga wszakże, że wolności te nie mają charakteru absolutnego⁴⁹. Można je ograniczać, o ile – rzecz jasna – spełnione zostaną

⁴⁶ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 252.

⁴⁷ Zob. *ibidem*.

⁴⁸ Z uwagi na istnienie wskazanych przepisów J. Majewski traktuje kontratyp sztuki jako kontratyp ustawowy, a nie pozaustawowy (zob. J. Majewski, *Czy kontratyp sztuki istnieje?*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014, s. 132). Prowadzi to do wniosku, że dla pozostałych wolności i praw człowieka również można by przyjąć istnienie kontratypów ustawowych. „Przyjęcie takiego rozwiązania wydaje się [...] niemożliwe, prowadziłoby bowiem do paraliżu systemu prawnego. Trudno byłoby rozstrzygnąć, któremu kontratypowi dać pierwszeństwo, co powodowałoby konieczność ustanawiania kolejnego poziomu preferencji dóbr (metapreferencja)” (M.M. Bieczynski, *Kontratyp sztuki – ujęcie prawnoporównawcze*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty...*, s. 201).

⁴⁹ Zob. też: art. 19 i 27 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (dalej: Deklaracja), <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html> [dostęp: 17.08.2017]; art. 13 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Uz. UE 2007/C 303/01; art. 10 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: Konwencja), Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm.; art. 19 ust. 1 i 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: Pakt), Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 167; art. 15 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Dz.U. z 1977 r., nr 38, poz. 169.

warunki przewidziane w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (zasada proporcjonalności), zgodnie z którym:

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 praw⁵⁰.

Pojawić się może zresztą wątpliwość, czy wskazane wyżej wolności (same w sobie) są na tyle istotne, by mogły stanowić wystarczające uzasadnienie dla poświęcenia dla nich innych wolności i praw, takich na przykład jak prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji RP) czy wolność sumienia i religii (art. 53 Konstytucji RP)⁵¹. Tym bardziej że przecież niektóre z tych wolności i praw (choćby wskazane wyżej prawo do prywatności oraz wolność sumienia i religii), w myśl art. 233 ust. 1 Konstytucji RP chronione są przez tak zwane prawa niederogowalne, tzn. takie, których nie można ograniczyć nawet w stanie wojennym i stanie wyjątkowym⁵².

Może się zdarzyć, rzecz jasna, że wolność wyrażania poglądów oraz wolność działalności artystycznej będą na tyle istotne, że w przypadku poświęcenia innej wolności czy prawa jednostki bądź grupy ostateczny bilans zysków i strat okaże się być dodatni. Zaznaczyć jednak należy, że warunek ten nie zawsze zostanie spełniony; co więcej – nawet wówczas poświęcenie danej

⁵⁰ Zob. też: art. 29 ust. 2 Deklaracji; art. 10 ust. 2 Konwencji; art. 19 ust. 3 Paktu.

⁵¹ Zdaniem P. Czarnka: „Analiza [art. 73 Konstytucji RP w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – dop. K.B.] [...], dokonywana przez pryzmat aksjologii naszej ustawy zasadniczej, każe postawić następującą tezę: nikt nie może naruszać wolności i praw innych osób, w tym również wolności religijnej, używając przy tym argumentu, że jego wypowiedź lub utwór jest dziełem sztuki. Teza przeciwna musiałaby prowadzić do wniosku, że wolność twórczości artystycznej korzysta ze szczególnej (znacznie mocniejszej od innych wolności i praw) ochrony konstytucyjnej i ma pierwszeństwo w przypadku kolizji z innymi prawami oraz wolnościami. Teza taka nie znajduje uzasadnienia na gruncie naszej ustawy zasadniczej” (P. Czarnek, *Konstytucyjne granice wolności twórczości artystycznej w kontekście prawa do ochrony uczuć religijnych*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty...*, s. 81). Zdaniem zaś M. Skwarzyńskiego: „W kontekście prawa człowieka do wolności słowa i ekspresji, powstaje naturalna kolizja z prawem człowieka do wolności sumienia i wyznania oraz prawem człowieka do prywatności i życia rodzinnego. Porównanie treści tych praw/wolności człowieka i ich klauzul limitacyjnych pozwala na wniosek, że wolność słowa jest z tych trzech praw najbardziej ograniczoną. To na korzystanie z tej wolności nałożono najsurowszą klauzulę limitacyjną. W przypadku wolności sumienia i prawa do prywatności klauzula limitacyjna nie ma charakteru kwalifikowanego, a ma «standardową» treść. Szersza klauzula limitacyjna przy wolności słowa oznacza, że w razie kolizji z innymi prawami człowieka, mniej ograniczonymi, ta wolność winna ulegać ograniczeniom” (M. Skwarzyński, *Bluźnierstwo w świetle standardów ochrony praw człowieka*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty...*, s. 101).

⁵² Zob. J. Piskorski, *Kontratyp sztuki?*, [w:] *Wokół problematyki prawnej zabytków i dzieł sztuki*, red. W. Szafrąński, Poznań 2007, s. 167.

wolności czy prawa niekoniecznie zasługiwać będzie na aprobatę. Zauważmy bowiem, że stanem pożądanym przez społeczeństwo (stanem społecznie opłacalnym) jest tylko taki stan, w którym zapewnione jest spokojne współistnienie wszystkich istotnych dla tego społeczeństwa dóbr. A skoro tak, to dla poświęcenia jednego z tych dóbr musi istnieć coś więcej niż tylko sam dodatni bilans zysków i strat. W kontekście zaś działalności artystycznej trudno znaleźć jakikolwiek argument usprawiedliwiający zachowanie się twórcy stanowiące jednocześnie realizację znamion czynu zabronionego pod groźbą kary. Argument – dodajmy – który nie dość, że rzeczywiście mógłby stanowić podstawę do zalegalizowania jego działania, to jeszcze byłby powszechnie akceptowany w społeczeństwie.

Oczywiście, dla usprawiedliwienia działalności artystycznej powołać się można na fakt, iż stanowi ona poważny wkład w zaspokajanie istotnych potrzeb społecznych „w zakresie kształtowania estetyki, rozwoju duchowego i intelektualnego. Odbiór jej jest też traktowany jako forma wypoczynku, relaksu”⁵³. Okoliczności te w żadnym wypadku nie są jednak na tyle istotne, by mogły stanowić podstawę dla kontraktu pozaustawowego.

Dlaczego zresztą artyści mieliby zostać wyposażeni w szersze uprawnienia niż pozostali obywatele? Oczywiście, osoby wykonujące dyskutowany zawód są niezwykle istotne dla społeczeństwa. Sam fakt wykonywania zawodu artysty nie może jednak uzasadniać ponadstandardowego zezwolenia na naruszanie przepisów prawno-karnych. Rozwiązanie takie nie dość, że byłoby sprzeczne z Konstytucją (wszak zgodnie z art. 31 ust. 1 Konstytucji RP wszyscy są wobec prawa równi, wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne), to jeszcze mogłoby doprowadzić do szeregu nieprawidłowości, w szczególności do nadużywania prowokacji artystycznej (połączonej z przekraczaniem prawno-karnych norm sankcjonowanych), której stosowanie winno być przecież zastrzeżone tylko do przypadków wyjątkowych (o ile w ogóle powinno być dopuszczalne). Ryzyko nieprawidłowości i nadużyć jest tym bardziej prawdopodobne, że artystą może być (a przynajmniej mienić się nim) przecież każdy, bez względu na wykształcenie, poziom rozwoju moralnego i intelektualnego⁵⁴.

W kontekście ewentualnego pozaustawowego kontraktu sztuki pojawić się może nadto wątpliwość, czy sytuacje, które miałyby zostać objęte jego zakresem, można by uznać za typowe, powtarzalne, a nadto, czy kontrakt ten dałoby się ująć w ramy abstrakcyjnie sformułowanego zespołu znamion. Za-

⁵³ R. Kubiak, J. Nalewajko, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000, nr 9–10, s. 24. Zob. też: P. Łada, *Sztuka a prawo karne. Swoboda wypowiedzi artystycznej*, <http://sztuka-prawo.blogspot.com/p/artykuy.html> [dostęp: 17.08.2017].

⁵⁴ Zob. J. Piskorski, *Dekryminalizacja działalności artystycznej*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 252; idem, *Kontrakt...*, s. 168.

uważmy bowiem, że przypadki przekraczania prawnokarnych norm sankcjonowanych w ramach działalności artystycznej mają raczej charakter incydentalny, choć niekiedy – rzecz jasna – z uwagi na takie, a nie inne okoliczności, częstotliwość występowania tego rodzaju sytuacji może gwałtownie wzrastać. Co więcej, charakteryzują się one niejednorodnością, przede wszystkim z uwagi na niejednorodność działań podejmowanych przez artystów oraz okoliczności, w jakich te działania są podejmowane, a to może utrudniać ujęcie ich w ramy abstrakcyjnie sformułowanego zespołu znamion. Oczywiście pojawiło się kilka propozycji, które miałyby świadczyć o możliwości zrealizowania wskazanych wyżej warunków (tzn. warunków nr 1 i 4)⁵⁵. Niemniej jednak, propozycje te nie zasługują – jak się wydaje (z przytoczonych już wcześniej powodów) – na ostateczną aprobatę ze strony doktryny prawa karnego.

Podsumowanie

Zachowania przewidziane w przepisie art. 196 k.k. nie zasługują na kryminalizację, a w konsekwencji – mamy na gruncie rzeczonoego przepisu do czynienia ze zbyt daleko idącą ingerencją ustawodawcy w wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej. Podkreślenia wymaga bowiem, że polegające na publicznym znieważaniu przedmiotów czci religijnej lub miejsc przeznaczonych do publicznego wykonywania obrzędów religijnych i wiążące się z obrażaniem uczuć religijnych innych osób zachowania się, przewidziane w art. 196 k.k., nie charakteryzują się odpowiednio wysokim stopniem społecznej szkodliwości *in abstracto* pozwalającym na przyznanie im charakteru czynów zabronionych pod groźbą kary, o których mowa w art. 1 § 1 k.k. W szczególności z uwagi na fakt, że bezpośrednim przedmiotem ochrony przepisu art. 196 k.k. są uczucia religijne innych osób, a precyzyjniej – prawo do nienaruszania tych uczuć przez osoby trzecie; tymczasem – dobro to jawi się – także według ustawodawcy – jako wysoce abstrakcyjne i niewystarczająco istotne dla jego prawnokarnej ochrony.

Niemożliwe jest utworzenie pozaustawowego kontratypu sztuki. Każdy kontratyp pozaustawowy winien odpowiadać wszakże następującym wymogom: 1) sytuacja objęta zakresem kontratypu musi być sytuacją typową,

⁵⁵ Zob. R. Kubiak, J. Nalewajko, *op. cit.*, s. 36–41; J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego...*, s. 378–379; idem, *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 99; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] *Prawnokarne aspekty...*, s. 248; idem, *Możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej artysty za bluźnierstwo*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty...*, s. 155–158; T. Gardocka, *op. cit.*, s. 25–30.

powtarzalną; 2) kontratyp nie może prowadzić do wyłączenia bezprawności wszystkich zachowań wypełniających znamiona danego typu czynu zabronionego; 3) kontratyp musi wystąpić w sytuacji kolizji dóbr prawnych; 4) kontratyp musi dać się ująć w ramy abstrakcyjnie sformułowanego zespołu znamion; 5) musi istnieć wystarczająco ważny powód dla usprawiedliwienia sytuacji objętej kontratypem⁵⁶. Tymczasem ewentualny kontratyp sztuki nie byłby w stanie wszystkich tych warunków spełnić. Za szczególnie trudne (a wręcz – za niemożliwe) uznać należy spełnienie warunku nr 5. Trudno bowiem znaleźć wystarczająco istotny powód, który miałby usprawiedliwiać działalność artystyczną stanowiącą jednocześnie realizację znamion czynu zabronionego pod groźbą kary.

Abstract

Does article 196 of Criminal Code excessively limit the freedom of speech and artistic freedom?

This work will try to provide an adequate answer to a question if the art. 196 of Criminal Code excessively limit the freedom of speech and artistic freedom. And so, first part of the work focuses on the analysis of types of criminal offenses defined in art. 196 of Criminal Code, second – analysis of the influence of art. 196 of Criminal Code on freedom of speech, artistic freedom and *de lege ferenda* stipulations, and the third – analysis of the possibility of introducing so called “justification of art” into Polish penal law, that would protect artists from possible criminal responsibility (i.a.) regarding offending another person’s religious feelings.

Key words: offence of religious feelings, freedom of speech, article 196 of Criminal Code

Streszczenie

Czy art. 196 kodeksu karnego w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej?

W pracy podjęto próbę udzielenia adekwatnej odpowiedzi na pytanie, czy art. 196 k.k. w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej. Pierwsza część tekstu poświęcona została analizie znamion typów czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 196 k.k., druga – analizie wpływu art. 196 k.k. na wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej oraz postulatowi *de lege ferenda*, trzecia zaś – analizie dopuszczalności wprowadzenia do polskiego prawa karnego tzw. kontratypu sztuki, który mógłby uchronić artystów przed ewentualną odpowiedzialnością karną (m.in.) z tytułu obrazy uczuć religijnych innych osób.

Słowa kluczowe: obraza uczuć religijnych, wolność wyrażania poglądów, art. 196 k.k.

⁵⁶ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 252.

Marcin Jurewicz

dr, Wydział Inżynierii Zarządzania, Politechnika Białostocka

Oznakowanie nanoproductów w Unii Europejskiej – uwarunkowania prawne

Wprowadzenie

Oznakowanie nanoproductów służy przekazaniu konsumentom informacji o występowaniu nanomateriałów w tych produktach, aby decyzja o ich nabyciu była świadoma i nieprzypadkowa. Obowiązek wskazania w wykazie składników wszystkich składników w postaci nanomateriałów oraz umieszczenia po ich nazwie w nawiasie wyrazu „nano” ustanowiono względem produktów kosmetycznych, środków spożywczych i produktów biobójczych. W komunikacie Komisji Europejskiej „Drugi przegląd regulacyjny poświęcony nanomateriałom”¹ akcentuje się, iż podobne przepisy można wprowadzić – oprócz wymienionych produktów, istotnych z punktu widzenia konsumentów – dla innych systemów regulacyjnych, w których istnieje już wymóg podawania informacji o składnikach na etykietach, co da konsumentom możliwość dokonywania świadomego wyboru. Problemem badawczym jest – poza potrzebą uwzględnienia w przepisach oznakowania również innych produktów przeznaczonych dla konsumentów zawierających nanomateriały – określenie sposobu przekazywania konsumentom przystępnych informacji na temat specyficznych właściwości nanomateriałów, a w szczególności – korzyści z ich innowacyjnych zastosowań.

Nanotechnologia oznacza znajomość i kontrolę materii oraz procesów w nanoskali, zwykle, ale nie zawsze, o wielkościach poniżej 100 nanometrów (nm) w jednym wymiarze lub w większej liczbie wymiarów, gdzie mogą wystąpić zjawiska zależne od rozmiaru umożliwiające opracowanie nowych

¹ COM(2012) 572 z 03.10.2012 r., http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/pdf/policy/communication-from-the-commission-second-regulatory-review-on-nanomaterials_pl.pdf [dostęp: 26.09.2017].

zastosowań². Nanocząstki wykazują następujące właściwości: bardzo małe rozmiary, relatywnie niską masę, duży stosunek powierzchni względem objętości, efekt kwantowy (zmiana właściwości fizycznych, chemicznych i biologicznych), zmienioną reaktywność, podwyższone zdolności adsorpcyjne i absorpcyjne, większą odporność mechaniczną i niższą temperaturę topnienia (w porównaniu do odpowiedników o konwencjonalnych rozmiarach) oraz tendencję do szybkiej aglomeracji. Ryzyko dla zdrowia ludzkiego związane ze stosowaniem nanotechnologii jest poznane w bardzo małym stopniu³.

Głównymi obszarami zastosowania nanotechnologii są:

- zaawansowane materiały (budowlane, termoizolacje, aerozele, materiały dla przemysłu motoryzacyjnego i celów militarnych);
- energetyka (wytwarzanie energii ze źródeł odnawialnych – baterie słoneczne, ogniwa paliwowe oraz magazynowanie i oszczędność energii);
- elektronika (półprzewodniki, pamięci masowe, systemy nanoelektromechaniczne);
- technologie IT (systemy zapisu, przetwarzania i transmisji danych, wielofunkcyjne urządzenia telekomunikacyjne, komputery kwantowe);
- optyka i optoelektronika (lasery, wyświetlacze, diody laserowe, sprzęt optyczny z powłokami funkcjonalnymi);
- farmacja (leki stabilizowane nanocząstkami, materiały opatrunkowe, nanokapsułki);
- diagnostyka i sprzęt medyczny (urządzenia lab-on-chip – systemy zintegrowanych mini laboratoriów, systemy dozowania leków, obrazowanie o wysokiej rozdzielczości, diagnostyka, protezy i implanty);
- kosmetyki (filtry UV, kremy, środki higieny osobistej);
- opakowania (podwyższające przydatność do spożycia, biodegradowalne), recykling opakowań;
- produkcja żywności (czujniki monitorujące przydatność do spożycia, żywność, która uaktywnia się w organizmie i uwalnia substancje odżywcze dopiero po dotarciu do określonych komórek, dodatki do żywności);
- artykuły tekstylne i sportowe (funkcjonalne materiały tekstylne, sprzęt i sportowe materiały eksploatacyjne);

² Komunikat Komisji Europejskiej „Nanonauka i nanotechnologia: Plan działań dla Europy na lata 2005–2009. Drugie sprawozdanie z realizacji za lata 2007–2009”, COM(2009) 607 z 29.10.2009 r, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d74cea7a-7f9f-4b95-bd72-e368766c0073/language-pl> [dostęp: 26.09.2017].

³ S. Bujak-Pietrek, *Nanocząstki i nanomateriały – charakterystyka, możliwości zastosowania oraz potencjalne zagrożenia dla zdrowia*, I Konferencja „Zdrowie i bezpieczne miejsce pracy – znane i nowe zagrożenia”, Łódź, 24.10.2013, s. 18.

- ograniczanie emisji zanieczyszczeń (usuwanie i neutralizacja zanieczyszczeń, wykrywanie skażeń, ekologiczna produkcja i energia, przetwarzanie odpadów);
- uzdatnianie wody (membrany do filtracji wody, technologie odsalania)⁴.

Oznakowanie nanoproductów – ujęcie prawne

Według art. 19 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 1223/2009/WE dotyczącego productów kosmetycznych⁵ wszystkie składniki zastosowane w postaci nanomaterialów w productach kosmetycznych są wyraźnie wskazane w wykazie składników; wyraz „nano” podaje się w nawiasie po nazwie składnika. Zgodnie z art. 18 ust. 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 1169/2011/UE w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności⁶ wszelkie składniki obecne w postaci wytworzonych nanomaterialów w środku spożywczym są wyraźnie wskazane w wykazie składników; po nazwie tych składników umieszcza się w nawiasie wyraz „nano”. Na podstawie art. 69 ust. 2 lit. b rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 528/2012/UE w sprawie udostępniania na rynku i stosowania productów biobójczych⁷ na etykiecie productu biobójczego muszą być umieszczone informacje odnośnie do nanomaterialów zawartych w produkcie, jeśli występują, oraz o jakimkolwiek szczególnym związanym z tym ryzykiem, a po każdym odniesieniu do nanomaterialów – słowo „nano” podane w nawiasie; art. 58 ust. 3 lit. d stanowi, iż etykieta wyrobu poddanego działaniu productów biobójczych powinna zawierać nazwę wszystkich nanomaterialów wchodzących w skład productów biobójczych, a po nich słowo „nano” podane w nawiasie.

Niektóre zainteresowane strony sugerują oznaczanie innych rodzajów productów, np. productów gospodarstwa domowego, wyrobów włókienniczych czy productów konsumenckich w ogóle⁸. „Problem polega na tym, że systematyczne znakowanie składników będących nanomaterialami ma niewielkie

⁴ R. Wawrzyński, W. Karsznia, *Zastosowania nanotechnologii*, [w:] *Nanonauki i nanotechnologie. Stan i perspektywy rozwoju*, red. A. Mazurkiewicz, Radom 2007, s. 262, 279 i 285.

⁵ Dz. Urz. UE L 342 z 22.12.2009 r., s. 59, z późn. zm., <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:342:0059:0209:pl:PDF> [dostęp: 26.09.2017].

⁶ Dz.U. L 304 z 22.11.2011 r., s. 18, z późn. zm., http://bij_wnoz.sggw.pl/1169.pdf [dostęp: 26.09.2017].

⁷ Dz. Urz. UE L 167 z 27.06.2012 r., s. 1, z późn. zm., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A32012R0528> [dostęp: 26.09.2017].

⁸ K. Aschberger *et al.*, *Considerations on information needs for nanomaterials in consumer products*, JRC Science and Policy Report, Luxembourg 2014, s. 51, http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC88931/reqno_jrc88931_considerations_information_needs_nm_consumer_products_online.pdf [dostęp: 26.09.2017].

zastosowanie praktyczne [...], chyba że samej etykietce «nano» towarzyszą informacje sugerujące, iż taki produkt może zachowywać się inaczej niż konwencjonalne produkty”⁹. Wskazuje się również, że np. w sektorze żywnościowym przemysł sprzeciwia się wprowadzeniu obowiązku oznakowania, a środki egzekwowania jak dotąd nie istnieją¹⁰.

Podstaw wiedzy na temat specyficznych właściwości nanomateriałów, w szczególności zaś korzyści z ich innowacyjnych zastosowań, powinny dostarczać konsumentom akcje informacyjne instytucji i organów UE oraz krajowych, w tym źródła internetowe, a także publicznie dostępny rejestr produktów zawierających nanomateriały. Należałoby wdrożyć obowiązek oznakowania również innych niż kosmetyki, żywność i biocydy przeznaczonych dla konsumentów produktów zawierających nanomateriały, zaś podwalinę tego obowiązku powinna stanowić definicja nanomateriału, oparta – zgodnie z zaleceniem Komisji Europejskiej 2011/696/UE dotyczącym definicji nanomateriału¹¹ – na parametrze wielkości cząstek i dostosowana do zróżnicowanych realiów w poszczególnych sektorach, w których jest wykorzystywana nanotechnologia. Należyte egzekwowanie przez władze wymogu oznakowania nanoproduktów w ramach nadzoru jest uzależnione od poprawy stanu wiedzy naukowej odnośnie do badania i wykrywania nanomateriałów.

Wartość dodana oznakowania pozostaje niejasna, ponieważ jest mało prawdopodobne, aby przeciętny konsument był poinformowany o potencjalnym ryzyku wiążącym się z konkretnymi nanomateriałami, które – jak dotąd

⁹ E. Stokes, *Nanotechnology and the Products of Inherited Regulation*, „Journal of Law and Society” 2012, nr 1 (39), s. 109.

¹⁰ D. Azoulay, *Regulating nanomaterials – EU shifting the burden*, lipiec–sierpień 2016, <https://chemicalwatch.com/48773/regulating-nanomaterials-eu-shifting-the-burden> [dostęp: 26.09.2017].

¹¹ Zalecenie 2011/696/UE (Dz. Urz. UE L 275 z 20.10.2011 r., s. 38, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:275:0038:0040:PL:PDF> [dostęp: 26.09.2017]) w pkt 2 rozstrzyga, iż: „Nanomateriał oznacza naturalny, powstały przypadkowo lub wytworzony materiał zawierający cząstki w stanie swobodnym lub w formie agregatu bądź aglomeratu, w którym co najmniej 50% lub więcej cząstek w liczbowym rozkładzie wielkości cząstek ma jeden lub więcej wymiarów w zakresie 1 nm – 100 nm. W określonych przypadkach, uzasadnionych względami ochrony środowiska, zdrowia, bezpieczeństwa lub konkurencyjności, zamiast wartości progowej liczbowego rozkładu wielkości cząstek wynoszącej 50% można przyjąć wartość z zakresu 1–50%”. W charakterze wyjątku od pkt 2 „za nanomateriały należy uznać fulereny, płatki grafenowe oraz jednościenne nanorurki węglowe o co najmniej jednym wymiarze poniżej 1 nm” (pkt 3). Pojęcie „cząstka” oznacza „drobinę materii o określonych granicach fizycznych” (pkt 4 lit. a); termin „aglomerat” wyraża „zbiór słabo powiązanych cząstek lub agregatów, w którym ostateczna wielkość powierzchni zewnętrznej jest zbliżona do sumy powierzchni poszczególnych składników” (pkt 4 lit. b); pojęcie „agregat” oznacza „cząstkę zawierającą silnie powiązane lub stopione cząstki” (pkt 4 lit. c). Według motywu 8 zalecenia 2011/696/UE wielkość cząstek ma powszechne zastosowanie do definiowania nanomateriałów i jest najlepszym kryterium do tego celu.

– musi być określone indywidualnie dla każdego przypadku. Jest więc bardziej prawdopodobne, że oznakowanie, jeśli zostanie zauważone przez konsumentów w pierwszej kolejności, będzie miało wpływ wyłącznie odstraszący¹². Samo dodanie słowa „nano” nie jest wystarczające, gdyż może prowadzić do powstawania uprzedzeń. Wskazuje się natomiast, że po określeniu „nano” należy umieszczać dokładny rozmiar odpowiedniej cząstki, ponieważ właściwości niebezpieczne są w większości przypadków związane z substancjami o szczególnych rozmiarach. Ponadto, konsument powinien mieć łatwy dostęp do informacji o specyficznych właściwościach związanych z nietypowymi rozmiarami cząstek¹³. Bez skoordynowanych działań angażujących lub bez dostarczenia dodatkowych informacji, sama etykieta „nano” nie ułatwia konsumentom świadomego rozróżnienia produktów nano od produktów konwencjonalnych na podstawie związanego z nimi ryzyka, niepewności oraz wszelkich innych skutków społecznych lub etycznych¹⁴. Oprócz etykiety umieszczonej bezpośrednio na produkcie, informacje dotyczące nanomateriałów stosowanych w produktach lub o produktach zawierających nanomateriały mogą być zebrane w postaci rejestru produktów¹⁵. Oznakowanie dostarcza konsumentowi informacji w chwili zakupu, podczas gdy rejestr produktów może zapewnić lepszy przegląd ogólnego stosowania nanomateriałów oraz potencjalnego narażenia ludzi i środowiska. Dzięki takiemu rejestrowi, dostępnemu publicznie, wszyscy obywatele mogliby uzyskać niezbędną wiedzę o danym produkcie przed podjęciem decyzji o jego zakupie w sklepie stacjonarnym lub wysyłkowym. Zgłaszanie informacji do rejestru produktów umożliwiłoby też skuteczną interwencję właściwych organów w przypadku zidentyfikowania zagrożenia dla ogółu społeczeństwa, pracowników lub środowiska¹⁶. Komisja Europejska, zamiast rejestru nanoproductów, powierzyła Europejskiej Agencji Chemikaliów (ECHA) rozwój Obserwatorium Nanomateriałów, które ma na celu dostarczanie informacji o nanomateriałach, ich zastosowaniach i bezpieczeństwie przedsiębiorstwom, pracownikom, konsumentom i władzom¹⁷.

¹² S.K. Mielke, *Regulating in thin air: Nanotechnology regulation in the European Union*, „RE-CIEL” 2013, nr 2 (22), s. 152–153.

¹³ J. Schenten, *Nanomaterials and European Novel Food law: The uncertain path to reasonable regulation*, „Environmental Law Network International” 2011, nr 1, s. 13.

¹⁴ E. Stokes, *op. cit.*, s. 111.

¹⁵ V. Amenta *et al.*, *Regulatory aspects of nanotechnology in the agrifood/food sector in EU and non-EU countries*, „Regulatory Toxicology and Pharmacology” 2015, nr 1 (73), s. 468–469.

¹⁶ K. Aschberger *et al.*, *op. cit.*, s. 5, 33.

¹⁷ European Commission, *Delegation Agreement – the European Union Observatory for Nanomaterials and the European Union Chemical Legislation Finder*, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20432> [dostęp: 26.09.2017]; zob. EUON, *European Union Observatory for Nanomaterials*, <https://euon.echa.europa.eu/home> [dostęp: 26.09.2017].

Spotyka się również sugestie, że nanomateriały należy oznakowywać wyłącznie w przypadku, gdy zmieniają one charakterystykę produktu, oraz opinie, według których etykieta „nano” powinna w ramach listy składników zawierać dodatkowe informacje, stwierdzające, że obecność nanoskładników jest zgodna z wymogami prawnymi. Innym problemem jest interpretacja nanoetykiety jako ostrzeżenia, nawet w przypadku gdy obecność nanoskładników nie wiąże się z podwyższonym poziomem ryzyka¹⁸. W odniesieniu do oznakowania produktów, przemysł powinien zająć stanowisko proaktywne, polegające na informowaniu, angażowaniu i zasięganiu opinii konsumentów od samego początku procesu, budując w ten sposób społeczne zaufanie i akceptację. Wymagane jest staranne zasięganie i uwzględnianie opinii zainteresowanych stron¹⁹.

Dobrowolne deklaracje nano (*nanoclaim*) służą w szczególności wyróżnieniu nanoproduktów na tle produktów konwencjonalnych. Z uwagi na ograniczoną wiedzę konsumentów na temat nietypowych właściwości nanomateriałów dobrowolne deklaracje nano mogą wzbudzać zarówno pozytywne nastawienie do nanoproduktów, jak i oddziaływać zniechęcająco.

Produkty opatrzone dobrowolnymi deklaracjami nano zostały wprowadzone na rynek kilka lat temu. *Nanoclaim* jest stwierdzeniem, że dany produkt zawiera nanomateriały lub został wyprodukowany z wykorzystaniem nanotechnologii (dokładne znaczenie nie jest ściśle określone), bez konieczności przedstawienia dowodu na takie oświadczenie. Wydaje się, że określenie „NANO” – podobnie jak inne określenia, np. „NANOtec” lub „z nanocząstkami” – jest niekiedy wprowadzane przez producentów na etykiecie produktu lub na stronie internetowej produktu głównie ze względów marketingowych²⁰. Brak klarownych informacji na temat faktycznego wykorzystania nanomateriałów w produktach przeznaczonych dla konsumentów oraz użycia terminu „nano” celem reklamowania produktów, które nie zawierają nanomateriałów, uniemożliwiają konsumentom, którzy mają wątpliwości dotyczące wykorzystania nanotechnologii, stosowny wybór produktów²¹. W przypadku gdy oświadczenia producentów o obecności szczególnych właściwości związanych ze stosowaniem nanotechnologii okażą się nieuzasadnione, mają zastosowanie przepisy prawa UE odnoszące się do reklamy wprowadzającej w błąd²²

¹⁸ E. Stokes, *op. cit.*, s. 109.

¹⁹ B. van der Meulen *et al.*, *Governing Nano Foods: Principles-Based Responsive Regulation*, London 2014, s. 75.

²⁰ K. Aschberger *et al.*, *op. cit.*, s. 30.

²¹ L. Brazell, *Nanotechnology law: Best practices*, Alphen aan den Rijn 2012, s. 71.

²² Komunikat Komisji Europejskiej „Aspekty regulacyjne nanomateriałów”, COM(2008) 366 z 17.06.2008 r., [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2008\)0366_/com_com\(2008\)0366_pl.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2008)0366_/com_com(2008)0366_pl.pdf) [dostęp: 26.09.2017].

– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej²³; ponadto, przepisy prawne regulujące treść reklam w punkcie sprzedaży są objęte dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE dotyczącą nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym²⁴. W porównaniu do oznakowania składników, dobrowolne deklaracje nano są „mniej neutralne”, ponieważ mogą służyć celom reklamowym lub prowadzić do dyskryminacji produktu. Warto zauważyć, że projekt graficzny takiego znaku może znacząco wpłynąć na jego postrzeganie (pozytywne lub negatywne). Podkreśla się więc, że wobec nieznanego konkretnie ryzyka wiążącego się z nanomateriałami, obowiązkowe ogólne oznaczenie „NANO” przyniosłoby niewielkie korzyści, a mogłoby prowadzić do nieporozumień²⁵.

Podsumowanie

Obowiązek umieszczania w wykazie składników wszystkich nanomateriałów oraz słowa „nano” w nawiasie po nazwie tych składników wprowadzono w odniesieniu do kosmetyków, żywności i biocydów, czyli produktów szczególnie ważnych z perspektywy ochrony zdrowia ludzkiego. Wskazane byłoby ustanowienie obowiązku oznakowania także innych przeznaczonych dla konsumentów produktów mających w składzie nanomateriały – wraz z zapewnieniem konsumentom łatwego dostępu do informacji dotyczących nietypowych właściwości nanomateriałów, a zwłaszcza ich pożytecznych, nowatorskich zastosowań. Źródłami dostarczającymi te dane powinny być działania informacyjne instytucji i organów zarówno unijnych, jak i krajowych, w tym źródła internetowe oraz rejestry produktów zawierających nanomateriały.

Abstract

The labelling of nano-products: legal conditions

The purpose of this article is to characterize and comment on the legal determinants of the labelling of products containing nanomaterials. The labelling of nano-products is intended to provide consumers with information on the presence of nanomaterials in these products so that their decision to purchase nano-products is deliberate, nonarbi-

²³ Dz.U. L 376 z 27.12.2006 r., s. 21., https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2006.376.01.0021.01.POL&toc=OJ:L:2006:376:TOC [dostęp: 26.09.2017].

²⁴ Dz.U. L 149 z 11.06.2005 r., s. 22, ze zm. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32005L0029> [dostęp: 26.09.2017]; L. Brazell, *op. cit.*, s. 72.

²⁵ K. Aschberger *et al.*, *op. cit.*, s. 31.

trary. The obligation to indicate all ingredients in the form of nanomaterials in the list of ingredients and the insertion of the word “nano” in brackets after the names of these ingredients was introduced for cosmetic products, foodstuffs and biocidal products. It would be desirable to establish a labelling obligation also for other consumer products containing nanomaterials, and the basis for this obligation should be the definition of nanomaterial, based on a particle size parameter (according to Commission Recommendation 2011/696/EU on the definition of nanomaterial) and adapted to the different realities of individual sectors in which nanotechnology is used. Consumers' knowledge base of the specific properties of nanomaterials, especially the benefits of their innovative uses, should be the information actions of EU and national institutions and bodies, including online sources and a publicly accessible register of nanomaterials.

Key words: nanotechnology, nano-products, labelling, the European Union

Streszczenie **Oznakowanie nanoproduktów – uwarunkowania prawne**

Celem artykułu jest charakterystyka i skomentowanie uwarunkowań prawnych oznakowania produktów zawierających nanomateriały. Oznakowanie nanoproduktów służy przekazaniu konsumentom informacji o występowaniu nanomateriałów w tych produktach, aby decyzja o ich nabyciu była świadoma i nieprzypadkowa. Obowiązek wskazania wszystkich składników w postaci nanomateriałów w wykazie składników oraz umieszczenia wyrazu „nano” w nawiasie po nazwach tych składników wprowadzono w odniesieniu do produktów kosmetycznych, środków spożywczych i produktów biobójczych. Wskazane byłoby ustanowienie obowiązku oznakowania również dla innych przeznaczonych dla konsumentów produktów zawierających nanomateriały, zaś podstawę tego obowiązku powinna stanowić definicja nanomateriału, oparta na parametrze wielkości cząstek (według zalecenia Komisji Europejskiej 2011/696/UE dotyczącego definicji nanomateriału) i dostosowana do zróżnicowanych realiów w poszczególnych sektorach, w których jest wykorzystywana nanotechnologia. Podwalinę wiedzy konsumentów na temat specyficznych właściwości nanomateriałów, zwłaszcza zaś korzyści z ich innowacyjnych zastosowań, powinny stanowić akcje informacyjne instytucji i organów unijnych oraz krajowych, w tym źródła internetowe, a także publicznie dostępny rejestr produktów zawierających nanomateriały.

Słowa kluczowe: nanotechnologia, nanoprodukty, oznakowanie, Unia Europejska

Jakub Biernat

dr, Katedra Prawa Cywilnego, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków
Międzynarodowych, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia. Wybrane zagadnienia konstrukcyjne¹

Wprowadzenie

Ustawą z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw (dalej: u.w.s.n.)² w polskim porządku normatywnym wprowadzone zostały zmiany istotnie ograniczające szeroko pojęty obrót nieruchomościami rolnymi. Zmiany te dotyczą między innymi szeregu instytucji prawnych uregulowanych w kodeksie cywilnym (zob. art. 3 u.w.s.n.). W tym zakresie w szczególności ustawodawca zdecydował się na modyfikację instytucji nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia³. W świetle § 3 dodanego do art. 172 k.c. nabyć przez zasiedzenie nieruchomość rolną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (dalej: u.k.u.r.)⁴ może jedynie rolnik indywidualny w rozumieniu przepisów tej ostatniej ustawy, jeżeli powierzchnia nabywanej nieruchomości rolnej wraz z nieruchomościami rolnymi stanowiącymi jego własność nie przekroczy 300

¹ Niniejsze opracowanie stanowi uaktualnioną wersję referatu pod tym samym tytułem ogłoszonego w ramach sekcji „Jakość polskiego systemu prawnego” podczas XVI Konferencji Naukowej „Państwo, gospodarka, społeczeństwo”, która odbyła się w Krakowie 6–7 czerwca 2016 r.

² Ustawa z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz.U. z 2016 r., poz. 585.

³ Na temat zmian wprowadzonych u.w.s.n. w odniesieniu do instytucji zasiedzenia w nowym reżimie ograniczeń nabycia własności nieruchomości rolnej – zagadnienia węzłowe i uwagi *de lege ferenda*, „Rejent” 2016, nr 5, s. 80–92; J. Pisuliński, *O niektórych osobliwościach obrotu nieruchomościami rolnymi*, „Rejent” 2016, nr 5, s. 23–49 (zwłaszcza s. 37–47).

⁴ Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r., poz. 1405 z późn. zm.

ha użytków rolnych⁵. Takie uregulowanie oznacza, że ustawodawca nie zdecydował się na modyfikację ogólnych przesłanek nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia, którymi pozostają samoistne i nieprzerwane posiadanie oraz upływ czasu (zob. art. 172 § 1 i 2 k.c.), a wprowadził jedynie wymóg istnienia dodatkowej kwalifikacji podmiotowej po stronie nabywcy. Nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia zostało również objęte, w określonym wymiarze, uregulowaniami zawartymi w u.k.u.r., znowelizowanej przez u.w.s.n.

Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, że celem wprowadzenia wskazanego uregulowania było zapobieżenie obchodzeniu przepisów normujących obrót nieruchomościami rolnymi realizujących konstytucyjną zasadę oparcia ustroju rolnego na gospodarstwach rodzinnych, a co za tym idzie – zapewnienie, by nieruchomości rolne pozostawały w dyspozycji (w szczególności były własnością) osób faktycznie prowadzących gospodarstwa rolne.

Zarówno wprowadzenie, jak i kształt uregulowania normującego nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia budzą poważne zastrzeżenia, między innymi na poziomie konstrukcyjnym. W dalszej części niniejszego opracowania przedstawione zostaną niektóre spośród nich.

⁵ Na temat pojęcia nieruchomości rolnej w rozumieniu u.k.u.r. por.: J. Bieluk, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 2, nb. 1–26; K. Maj, *Zmiany w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego obowiązujące od dnia 30 kwietnia 2016 r.*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 2, s. 57–68; idem, *O potrzebie zmian w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2017, nr 2, s. 23–28; Z. Truszkiewicz, *Nieruchomość rolna i gospodarstwo rolne w rozumieniu U.K.U.R.*, „Krakowski Przegląd Notarialny” 2016, nr 2, s. 139–172 i powołane tam literatura i orzecznictwo. W tym miejscu wypada wskazać, że z uwagi na różnice w pojęciu nieruchomości rolnej na tle art. 46¹ k.c. i art. 2 pkt 1 u.k.u.r. możliwe jest zaistnienie sytuacji, w której dana nieruchomość będzie nieruchomością rolną jedynie w rozumieniu art. 46¹ k.c., nie zaś w rozumieniu art. 2 pkt 1 u.k.u.r. Do nabywania w drodze zasiedzenia takich nieruchomości rolnych art. 172 § 3 k.c. i określone przepisy u.k.u.r. nie mają zastosowania; nabywanie w drodze zasiedzenia takich nieruchomości rolnych następuje zatem na zasadach ogólnych. Należy także podkreślić, że zakresem normowania art. 172 § 3 k.c. objęte jest również nabywanie w drodze zasiedzenia udziałów w prawie własności nieruchomości rolnych, praw użytkownika wieczystego nieruchomości rolnych oraz udziałów w prawie użytkownika wieczystego nieruchomości rolnych. Uzasadnienie dla formułowania powyższej tezy stanowi okoliczność, że wskazanych praw dotyczy stosowana wprost (udział w prawie własności) lub *per analogiam* (prawo użytkownika wieczystego, udział w prawie użytkownika wieczystego) regulacja objęta art. 172 k.c. (por. E. Gniewek, [w:] *Prawo rzeczowe*, red. E. Gniewek, wyd. 3, Warszawa 2013, s. 633, 635 (*System prawa prywatnego*, t. 3); J. Górecki, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Własność i inne prawa rzeczowe. Ustawa o księgach wieczystych i hipotece (art. 2–22, 65–111¹)*. *Ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów*, red. K. Osajda, Warszawa 2017 (*Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 2), komentarz do art. 233, nt 83–85 i powołane tam literatura i orzecznictwo), nie zaś odesłanie z art. 2c u.k.u.r., którego zakres ogranicza się do przepisów u.k.u.r., nie zaś innych uregulowań, w tym uregulowań zawartych w kodeksie cywilnym.

Ograniczenie w nabywaniu nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia a zapewnienie korzystania z nieruchomości rolnych przez osoby prowadzące działalność wytwórczą w rolnictwie

Jak już wskazano, wprowadzenie ograniczenia w dopuszczalności nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia ma, zdaniem ustawodawcy, gwarantować, że właścicielami nieruchomości rolnych będą osoby faktycznie prowadzące w oparciu o nie działalność wytwórczą w rolnictwie⁶. W istocie jednak wprowadzone uregulowanie nie jest zdolne do kompleksowej i konsekwentnej realizacji wskazanego celu. Należy zwrócić uwagę, że wprowadzenie ograniczenia w dopuszczalności nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia powoduje, że podmiot spełniający ogólne przesłanki nabycia nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia, którymi są samoistne i nieprzerwane posiadanie oraz upływ czasu (zob. art. 172 § 1 i 2 k.c.), a zatem podmiot faktycznie korzystający z nieruchomości rolnej przez określony, długi czas jak właściciel (a więc, jak można zakładać, niejednokrotnie prowadzący w oparciu o nieruchomość działalność wytwórczą w rolnictwie), a niemający kwalifikacji podmiotowej, o której mowa w art. 172 § 3 k.c. (a więc niebędący rolnikiem indywidualnym w rozumieniu przepisów u.k.u.r., będącym właścicielem nieruchomości rolnych o określonej powierzchni), nie nabędzie nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia. A skoro tak, to właścicielem nieruchomości rolnej pozostanie dotychczasowy właściciel, który z nieruchomości, wobec braku po jego stronie samoistnego posiadania, nie korzysta, w szczególności zaś, nie prowadzi w oparciu o nią działalności wytwórczej w rolnictwie. Innymi słowy oznacza to, że przez wprowadzenie podmiotowego ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia – w istocie w wielu przypadkach ustawodawca preferuje jako właściciela nieruchomości rolnej podmiot, który z niej w ogóle nie korzysta, a nie podmiot, który w oparciu o nią prowadzi działalność wytwórczą w rolnictwie⁷.

⁶ W uzasadnieniu do projektu ustawy, jak zaznaczono wyżej, wyraźnie wskazano, że celem wprowadzenia omawianego uregulowania było zapobieżenie obchodzeniu przepisów normujących obrót nieruchomościami rolnymi. Należy wyraźnie podkreślić, że odwoływanie się do obejścia prawa w przypadku instytucji zasiedzenia nie jest uzasadnione. Obejście prawa polega na podjęciu dozwolonych w świetle prawa działań (w szczególności dokonywaniu czynności prawnych) dla osiągnięcia niedozwolonych w świetle prawa celów – por. np. Z. Radwański, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 231–233 (System Prawa Prywatnego, t. 2). W przypadku nabycia w drodze zasiedzenia, które polega na związaniu określonego skutku prawnego z istnieniem przez odpowiednio długi czas pewnego stanu rzeczy, nie może być w ogóle mowy o podejmowaniu jakichkolwiek ukierunkowanych działań, w szczególności działań prowadzących do osiągnięcia niedozwolonych w świetle prawa celów.

⁷ Por. także J. Bieluk, *op. cit.*, komentarz do art. 4, nb. 23; A. Bieranowski, *op. cit.*, s. 82.

Kwalifikacja podmiotowa konieczna do nabycia nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia

Zgodnie z art. 172 § 3 k.c. nieruchomość rolną w rozumieniu przepisów u.k.u.r. może nabyć w drodze zasiedzenia jedynie rolnik indywidualny w rozumieniu przepisów tejże ustawy, jeżeli powierzchnia nabywanej nieruchomości rolnej wraz z nieruchomościami rolnymi stanowiącymi jego własność nie przekroczy 300 ha użytków rolnych. Tak kategoryczne ujęcie powołanego przepisu może uzasadniać postawienie tezy, że niedopuszczalne jest nabycie nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia przez jakikolwiek inny podmiot⁸. W szczególności zaś, może uzasadniać postawienie tezy, że niedopuszczalne jest nabycie nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia przez podmioty, którym na nabycie nieruchomości rolnych pozwalają normy prawne zawarte w u.k.u.r. (zob. art. 2a ust. 3 pkt 1 lit. b–d u.k.u.r., które to uregulowania mogą mieć zastosowanie do nabycia w drodze zasiedzenia)⁹ lub decyzja Dyrektora Generalnego Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa wydana na podstawie art. 2a ust. 4 u.k.u.r. Nie można wykluczyć formułowania zapatrywania, że wskazane przepisy wprowadzają wyłącznie wyjątki od zasady, że nieruchomość rolną może nabyć jedynie rolnik indywidualny, wyrażonej w art. 2a ust. 1 u.k.u.r., nie zaś od odrębnej regulacji wynikającej z art. 172 § 3 k.c. Nie sposób nie zwrócić uwagi, że w razie odmiennej wykładni po-

⁸ Należy jednakże przyjąć, że jeżeli w chwili upływu terminu zasiedzenia zasiadający nieruchomość rolnik indywidualny pozostaje w ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej, w ramach którego nabycie w drodze zasiedzenia następuje do majątku objętego wspólnością majątkową małżeńską, właścicielami nieruchomości rolnej stają się oboje małżonkowie na zasadach wspólności majątkowej małżeńskiej. To samo dotyczy sytuacji, w której przesłanki zasiedzenia realizują się w stosunku do obojga małżonków, z których co najmniej jedno pozostaje rolnikiem indywidualnym spełniającym kryteria z art. 172 § 3 k.c., jak również sytuacji, w której przesłanki zasiedzenia realizują się w stosunku do małżonka niebędącego rolnikiem indywidualnym pozostającego w odpowiednim ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej z rolnikiem indywidualnym spełniającym kryteria z art. 172 § 3 k.c. O trafności wskazanego zapatrywania przesądza okoliczność, że ograniczenie w nabywaniu nieruchomości rolnych wprowadzone na mocy art. 172 § 3 k.c. nie może prowadzić do wyłączenia zastosowania unormowań regulujących stosunki majątkowe małżeńskie (por. art. 31 § 1 zdanie 1 k.r.o. oraz art. 31 § 1 zdanie 1 k.r.o. w związku z art. 48 k.r.o.). Dodatkowego argumentu przemawiającego za zasadnością przedstawionego zapatrywania dostarcza uregulowanie wynikające z art. 2a ust. 1 zdanie 2 u.k.u.r., w myśl którego, jeżeli nabywana nieruchomość rolna albo jej część ma wejść w skład wspólności majątkowej małżeńskiej, wystarczające jest, gdy rolnikiem indywidualnym jest jeden z małżonków. Takie same zasady należy odnieść do możliwej, acz zapewne niewystępującej często w praktyce sytuacji, w której nabywana w drodze zasiedzenia nieruchomość rolna ma wejść w skład majątku objętego wspólnością łączną wspólników spółki cywilnej, spośród których co najmniej jeden jest rolnikiem indywidualnym spełniającym kryteria z art. 172 § 3 k.c.; por. w tym duchu K. Maj, *Zmiany w ustawie...*, s. 75–76.

⁹ W szczególności zatem z kręgu tego wyłączony jest również Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa działający na rzecz Skarbu Państwa.

wołanych przepisów, a zatem przy przyjęciu, że art. 2a ust. 3 pkt 1 lit. b–d u.k.u.r. oraz art. 2a ust. 4 u.k.u.r. mają zastosowanie w odniesieniu do nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia, art. 172 § 3 k.c. w istocie pozbawiony byłby znaczenia normatywnego.

Przedstawione uregulowanie należy uznać z jednej strony za niespójne w stosunku do innych uregulowań normujących nabywanie nieruchomości rolnych, z drugiej zaś – za ograniczające w sposób nieproporcjonalny i niezasadny krąg podmiotów uprawnionych do nabycia nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia.

Obowiązki nabywcy nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia

Wprowadzone w u.w.s.n. uregulowanie dotyczące nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia nie wyczerpuje się we wskazanym wyżej ograniczeniu o charakterze podmiotowym. Nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia jest także objęte określonymi unormowaniami u.k.u.r. W tym zakresie w szczególności należy zwrócić uwagę na następujące normy prawne kształtujące w istotny sposób sytuację prawną podmiotu, który nabył nieruchomość w drodze zasiedzenia.

Przede wszystkim, nabywcy nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia dotyczy wynikający z art. 2b ust. 1 u.k.u.r. obowiązek prowadzenia gospodarstwa rolnego, w skład którego weszła nabyta nieruchomość rolna, przez okres co najmniej 10 lat od dnia nabycia przez niego tej nieruchomości¹⁰, oraz wynikający z art. 2b ust. 2 u.k.u.r. zakaz zbywania i oddawania w posiadanie tej nieruchomości innym podmiotom we wskazanym wyżej okresie. Zgodnie z art. 9 ust. 3 u.k.u.r. sankcją za zaprzestanie prowadzenia gospodarstwa rolnego we wskazanym okresie może być wydanie przez sąd, na wniosek Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa, orzeczenia o nabyciu własności nieruchomości rolnej przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa działający na rzecz Skarbu Państwa, zaś zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 2 u.k.u.r. zbycie lub oddanie w posiadanie nieruchomości rolnej wbrew zakazowi z art. 2b ust. 2 u.k.u.r. jest nieważne¹¹.

¹⁰ Por. A. Bieranowski, *op. cit.*, s. 88–89; J. Pisuliński, *op. cit.*, s. 37–38.

¹¹ Na marginesie należy zwrócić uwagę, że zgodnie ze zdecydowanie dominującym w nauce prawa i orzecznictwie zapatrywaniem przeniesienie posiadania stanowi czynność faktyczną, a nie prawną (por. m.in. B. Lackoroński, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Własność i inne prawa rzeczowe. Ustawa o księgach wieczystych i hipotece (art. 2–22, 65–111¹)*. Ustawa o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, red. K. Osajda, Warszawa 2017 (Komentarze Prawa Prywatnego, t. 2), komentarz do art. 336, nt 42–44 i powołane tam literatura i orzecznictwo), a skoro tak, to nie może być dotknięte sankcją nieważności; por. także K. Maj, *O potrzebie zmian...*, s. 38.

Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 4 lit. a u.k.u.r. Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa ma prawo, co do zasady, złożyć oświadczenie o nabyciu nieruchomości rolnej nabytej uprzednio w drodze zasiedzenia za zapłatą równowartości pieniężnej odpowiadającej jej wartości rynkowej, zaś na nabywcy nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia spoczywa obowiązek zawiadomienia Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa o nabyciu nieruchomości rolnej (art. 4 ust. 5 pkt 1 lit. c u.k.u.r.).

Możliwość wypełnienia wskazanych obowiązków przez nabywcę nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia, a w konsekwencji zasadność ich wprowadzenia, budzi poważne wątpliwości. Nabycie w drodze zasiedzenia, w tym nabycie w drodze zasiedzenia nieruchomości rolnej, następuje z mocy prawa po upływie określonego czasu, przy spełnieniu odpowiednich przesłanek. Oznacza to, że nabywca nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia może w szczególności czy to nie być świadomy zaistnienia faktu nabycia nieruchomości, czy to nie być w stanie określić chwili, w której nastąpiło jej nabycie. Jeśli tak, to nie będzie w stanie wypełnić obowiązków nałożonych na niego mocą powołanych wyżej uregulowań¹².

Wejście w życie ustawy o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw i zagadnienia intertemporalne

Artykuł 16 u.w.s.n. stanowi, że wchodzi ona w życie z dniem 30 kwietnia 2016 r. Jednakże, zgodnie z art. 14 u.w.s.n., art. 172 § 3 k.c. nie stosuje się, jeżeli zasiedzenie skończyłoby się przed upływem 3 lat od dnia wejścia w życie ustawy, a zatem jeżeli zasiedzenie nastąpi do dnia 30 kwietnia 2019 roku włącznie¹³. Przedstawione uregulowanie budzi poważne wątpliwości w szczególności na dwóch poziomach.

Po pierwsze, można postawić pytanie o zasadność odsunięcia wejścia w życie przepisu nowelizującego zasady nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia. Wydaje się, że dłuższe *vacatio legis* ma sens w takich przypadkach, w których zachodzi potrzeba stworzenia określonym pod-

¹² W nauce prawa wyrażono zapatrywanie, że w świetle przedstawionych wątpliwości i w celu zapewnienia należytego stosowania powołanych norm prawnych, powyższe skutki prawne należy wiązać nie z następującym z mocy prawa nabyciem nieruchomości w drodze zasiedzenia, ale z uprawomocnieniem się postanowienia o stwierdzeniu nabycia nieruchomości w drodze zasiedzenia – tak J. Bieluk, *op. cit.*, komentarz do art. 3a, nb. 4, komentarz do art. 4, nb. 56.

¹³ Za niefortunne należy uznać użycie przez ustawodawcę – również w dotychczasowych uregulowaniach (zob. art. 173 k.c.) – zwrotu „skończyłoby się”. Zasiedzenie nie zaczyna się ani nie kończy; przy spełnieniu określonych przesłanek następuje nabycie w drodze zasiedzenia.

miotom możliwości realnego przygotowania się do nowej rzeczywistości normatywnej, w szczególności przez podjęcie w tym okresie określonych działań. Sytuacja taka nie zachodzi, co do zasady, w przypadku nabywania nieruchomości w drodze zasiedzenia; nie sposób wskazać, jakie działania miałyby podjąć w okresie *vacatio legis* podmiot zasiadający nieruchomość rolną, by przygotować się do wejścia w życie znowelizowanego przepisu, abstrahując już od faktu, że niejednokrotnie nie wie, że termin zasiedzenia biegnie¹⁴.

Po drugie, w świetle wykładni językowej art. 14 u.w.s.n., który wyraźnie odsuwa w czasie wejście w życie jedynie art. 172 § 3 k.c., oraz biorąc pod uwagę wyjątkowy charakter uregulowania z art. 14 u.w.s.n. w stosunku do uregulowania zawartego w art. 16 u.w.s.n., należy przyjąć, że w okresie do dnia 30 kwietnia 2019 r. włącznie nie stosuje się jedynie wprowadzonego przez u.w.s.n., a wynikającego z art. 172 § 3 k.c., ograniczenia podmiotowego w nabywaniu nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia. W konsekwencji należy postawić tezę, że już od dnia 30 kwietnia 2016 r. znajdują zastosowanie wprowadzone przez u.w.s.n. uregulowania dotyczące nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia zawarte w u.k.u.r. W szczególności zaś znajdują zastosowanie powołane wyżej uregulowania przyznające Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa prawo do złożenia oświadczenia o nabyciu nieruchomości rolnej za zapłatą równowartości pieniężnej oraz nakładające na nabywcę obowiązek prowadzenia gospodarstwa rolnego i zakazujące zbywania nieruchomości rolnej i oddawania jej w posiadanie. Unormowanie takie należy uznać nie tylko za niespójne i niekonsekwentne, ale także mogące niejednokrotnie wywoływać absurdalne skutki¹⁵.

¹⁴ W szczególności nie sposób uznać za trafne twierdzenia, że dzięki odsunięciu w czasie wejścia w życie ustawy podmiot, w stosunku do którego biegnie termin zasiedzenia, ma szansę uzyskać wymaganą na gruncie art. 172 § 3 k.c. kwalifikację podmiotową umożliwiającą mu nabycie nieruchomości rolnej. Wypada zwrócić uwagę, że nawet gdyby wskazany przepis wszedł w życie 30 kwietnia 2016 r., późniejsze uzyskanie przez podmiot, w stosunku do którego biegnie termin zasiedzenia, wymaganej na gruncie art. 172 § 3 k.c. kwalifikacji podmiotowej umożliwiającej mu nabycie nieruchomości rolnej, prowadziłyby do nabycia nieruchomości. W tym wymiarze zatem odsunięcie w czasie wejścia w życie art. 172 § 3 k.c. niczego nie zmienia.

¹⁵ W szczególności, wobec odsunięcia wejścia w życie art. 172 § 3 k.c., w okresie do dnia 30 kwietnia 2019 r., nieruchomość rolną w drodze zasiedzenia może nabyć jakikolwiek podmiot, w tym podmiot nieprowadzący działalności wytwórczej w rolnictwie, zaś w myśl art. 2b ust. 1 u.k.u.r. stosowanego od dnia 30 kwietnia 2016 r., nabywca nieruchomości rolnej w drodze zasiedzenia jest obowiązany prowadzić gospodarstwo rolne przez określony czas.

Podsumowanie

Przedstawione wyżej uwagi prowadzą do wniosku, że wprowadzone na mocy u.w.s.n. uregulowanie modyfikujące nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia zasługuje na zdecydowanie negatywną ocenę. Przesądza o tym w szczególności brak możliwości efektywnej i kompleksowej realizacji celu przypisywanego przez ustawodawcę przedstawionemu uregulowaniu oraz brak precyzji i konsekwencji w sposobie regulacji omawianej instytucji, a przede wszystkim stanowiące istotę problemu wadliwe założenie polegające na próbie wtłoczenia instytucji nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia w siatkę pojęć i instrumentów prawnych odnoszących się i charakterystycznych dla nabywania nieruchomości rolnych w drodze dokonywania czynności prawnych. W konsekwencji, pomimo relatywnie krótkiego okresu obowiązywania znowelizowanych przepisów, zasadne jest postulowanie podjęcia przez ustawodawcę działań legislacyjnych mających na celu nowelizację k.c. i u.k.u.r. polegającą na przywróceniu dotychczas obowiązującego uregulowania normującego nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia, w ramach którego nabywanie nieruchomości rolnych w rozumieniu u.k.u.r. następowałoby na zasadach ogólnych, a zatem bez ograniczenia o charakterze podmiotowym, bez nakładania na nabywcę jakichkolwiek obowiązków wynikających z u.k.u.r. oraz z wyłączeniem możliwości złożenia przez Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa oświadczenia o nabyciu nieruchomości rolnej za zapłatą równowartości pieniężnej odpowiadającej jej wartości rynkowej¹⁶.

Abstract

Positive prescription of agricultural property: selected interpretative issues

The Act of 14 April 2016 on Withholding the Sale of Properties in the State Treasury Resources of Agricultural Properties and on Amending Certain Statutes has introduced changes into the Polish legal system which significantly restrict trade in agricultural properties. These changes concern, *inter alia*, positive prescription of broadly understood agricultural properties. In accordance with the amended law, agricultural properties referred to in the provisions of the Act of 11 April 2003 on the Development of the Agricultural System may be acquired through positive prescription only by individual farmers in the meaning of this Act; furthermore, certain obligations have been imposed on the parties acquiring agricultural properties through positive prescription relating to their use of the properties they acquire, with far-reaching sanctions imposed

¹⁶ Por. m.in. J. Bieluk, *op. cit.*, komentarz do art. 4, nb. 24; A. Bieranowski, *op. cit.*, s. 92.

thereupon. The law which has been introduced raises serious concerns, *inter alia*, at the level of its interpretation, including, in particular, in the context of the aims intended to be attained by the legislator by significantly and comprehensively restricting trade in agricultural properties.

Key words: positive prescription, agricultural property, acquisition

Streszczenie **Nabywanie nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia.** **Wybrane zagadnienia konstrukcyjne**

Ustawą z dnia 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa oraz o zmianie niektórych ustaw w polskim porządku normatywnym wprowadzone zostały zmiany istotnie ograniczające szeroko pojęty obrót nieruchomościami rolnymi. Zmiany te dotyczą między innymi nabywania nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia. Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami nieruchomości rolne, o których mowa w przepisach Ustawy z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, mogą być nabywane w drodze zasiedzenia jedynie przez rolników indywidualnych w rozumieniu tej ustawy; nadto, na nabywców nieruchomości rolnych w drodze zasiedzenia zostały nałożone pewne obowiązki związane z korzystaniem z nabytych nieruchomości, obwarowane daleko idącymi sankcjami. Wprowadzone uregulowania budzą poważne wątpliwości między innymi na poziomie konstrukcyjnym, w tym w szczególności w kontekście celów, które zamierzał osiągnąć ustawodawca istotnie i kompleksowo ograniczając obrót nieruchomościami rolnymi.

Słowa kluczowe: zasiedzenie, nieruchomość rolna, nabycie

Beata Więzowska-Czepiel

dr, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Podmioty uprawnione do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – przeгляд instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część I)

Wprowadzenie

W dniu 21 maja 2013 r. przyjęta została dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE¹. W uzasadnieniu jej przyjęcia motyw 5 preambuły dyrektywy wskazuje m.in. na brak wystarczająco rozwiniętych w całej Unii² alternatywnych metod rozstrzygania sporów (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) między konsumentami a przedsiębiorcami, które zapewniałyby proste, szybkie i tanie pozasądowe dochodzenie roszczeń, brak świadomości konsumentów i przedsiębiorców co do istnienia alternatywnych mechanizmów dochodzenia roszczeń oraz zróżnicowaną jakość postępowań ADR w państwach członkowskich. Celem dyrektywy było przewycięzenie wskazanych barier, a Państwa członkowskie, na mocy art. 5 dyrektywy, zobowiązane zostały do ułatwienia konsumentom dostępu do postępowań ADR i zapewnienia im możliwości poddania sporów objętych dyrektywą i dotyczących przedsiębiorcy mającego

¹ Dz.Urz. UE L 165 z dnia 18 czerwca 2013 r., s. 63.

² Mimo zaleceń Komisji 98/257/WE z dnia 30 marca 1998 r. w sprawie zasad, jakie stosuje się do organów odpowiedzialnych za pozasądowe rozstrzygnięcie sporów konsumenckich (Dz.Urz. UE L 115 z dnia 17 kwietnia 1998) oraz zaleceń Komisji 2001/310/WE z dnia 4 kwietnia 2001 r. w sprawie zasad mających zastosowanie do organów pozasądowych uczestniczących w polubownym rozstrzygnięciu sporów konsumenckich (Dz.Urz. UE L 109 z dnia 19 kwietnia 2001 r.).

siedzibę na ich terytoriach pod rozstrzygnięcie podmiotu ADR, który spełnia wymogi jakościowe określone w dyrektywie³. Wdrożenie dyrektywy 2013/11 do prawa polskiego zostało dokonane ustawą z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (dalej: u.p.r.s.k.)⁴. Pod-

³ Uzupełnieniem dyrektywy 2013/11 jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 524/2013 z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie internetowego systemu rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (rozporządzenie w sprawie ODR w sporach konsumenckich), Dz.Urz. UE L 165 z dnia 18 czerwca 2013 r., s. 1. Zob. w przedmiocie dyrektywy 2013/11: A. Kubiak-Cyruł, *Alternatywne metody rozstrzygania sporów konsumenckich w projektach prawa UE*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 1 (12), s. 167–177; A. Banaszewska, *Nowe unijne regulacje w zakresie ADR w sporach konsumenckich*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2014, nr 4, s. 87–94; J. Mucha, *Alternatywne metody rozwiązywania sporów konsumenckich w prawie unijnym – nowe rozwiązania prawne (dyrektywa 2013/11/UE w sprawie ADR oraz rozporządzenie nr 524/2013 w sprawie ODR)*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2014, nr 4, s. 79–89; M. Rządkowski, *ADR w sprawach konsumenckich w świetle implementacji dyrektywy 2013/11/UE*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2016, nr 3, s. 59–73. Szerzej odnośnie do rozporządzenia 524/2013 zob.: A. Zienkiewicz, *Nowe technologie informatyczne na tle pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich w prawie Unii Europejskiej*, „Edukacja Prawnicza” 2014, nr 11, s. 14–17; Ł. Goździaszek, *Internetowy system pozasądowego rozstrzygania sporów konsumenckich w Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2017.

⁴ Dz.U. z 2016 r. poz. 1823. Zakres stosowania ustawy określa art. 4 ust. 1 u.p.r.s.k., zgodnie z którym ma ona zastosowanie do rozwiązywania sporów konsumenckich między konsumentem mającym miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innego niż RP państwa członkowskiego UE a przedsiębiorcą mającym siedzibę na terytorium RP. W zakresie podmiotowym ustawa dotyczy sporów konsumenckich, tj. sporów między konsumentem a przedsiębiorcą wynikających z zawartej z konsumentem umowy (art. 2 pkt 3 u.p.r.s.k.). Odnośnie do pojęć „konsument” i „przedsiębiorca”, art. 2 pkt 1 i 2 u.p.r.s.k. odsyłają do definicji zawartych w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r. poz. 380 i 585), tj. do art. 22¹ i 43¹ k.c. Wyłączenia z zakresu ustawy, przewidziane w art. 5 u.p.r.s.k., obejmują: postępowania, w których spory są rozstrzygane przez osoby zatrudnione lub wynagradzane wyłącznie przez przedsiębiorcę, z którym spór jest toczony; postępowania reklamacyjne, rozpatrywanie skarg konsumentów przez przedsiębiorcę, a także bezpośrednie negocjacje między konsumentem a przedsiębiorcą; działania podejmowane przez sąd w celu rozstrzygnięcia sporu w toku postępowania sądowego; pozasądowe rozwiązywanie sporów między przedsiębiorcami; oraz spory: dotyczące usług niemających charakteru gospodarczego, świadczonych w interesie ogólnym, wynikające z umów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. z 2015 r., poz. 827 z późn. zm.), wynikające z umów, których przedmiotem są usługi edukacyjne lub usługi w zakresie kształcenia ustawicznego świadczone przez publiczne szkoły lub placówki oraz publiczne szkoły wyższe. W myśl art. 3 u.p.r.s.k. postępowaniem w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich jest postępowanie mające na celu rozwiązywanie sporu konsumenckiego, prowadzone zgodnie z zasadami określonymi w ustawie i polegające na:

- 1) umożliwieniu zbliżenia stanowisk stron w celu rozwiązania sporu przez jego strony;
- 2) przedstawieniu stronom propozycji rozwiązania sporu;
- 3) rozstrzygnięciu sporu i narzuceniu stronom jego rozwiązania. Zob. też W. Broński, *Postępowanie w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich w świetle ustawy z dnia 23 września 2016 roku*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2017, nr 4, s. 7–17; K. Mania, *Implementacja europejskiego pakietu legislacyjnego w sprawie ADR i ODR w sporach konsumenckich do polskiego porządku prawnego*, „Rocznik Administracji Publicznej” 2016, nr 2, s. 313–330.

jęta przez ustawodawcę interwencja legislacyjna objęła trzy obszary: materialny, proceduralny oraz instytucjonalny, wiążący się z implementacją art. 5 dyrektywy i zakładający stworzenie w Polsce systemu ADR zapewniającego pełny zasięg horyzontalny, wolnego od luk⁵. Przyjęty w Polsce wariant implementacji oparty został na podejściu mieszanym, bazującym częściowo na już istniejących w Polsce rozwiązaniach, zakładającym równoległe istnienie publicznych i niepublicznych podmiotów ADR. Model ten obejmuje: podmioty ADR utworzone przez przedsiębiorców z danej branży (funkcjonujące obecnie lub nowo powstałe), publiczne podmioty ADR o charakterze sektorowym usytuowane „przy” lub „w strukturze” organów publicznych oraz podmiot o charakterze horyzontalnym – Inspekcję Handlową, którego zakres działania obejmuje spory, dla których nie został utworzony właściwy ADR sektorowy. Wymienione podmioty, aby uzyskać status podmiotu uprawnionego do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, muszą zostać wpisane do rejestru podmiotów uprawnionych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)⁶, przekazywanego następnie Komisji Europejskiej, zgodnie z art. 20 ust. 2 zd. 3 dyrektywy⁷. Wpis do rejestru następuje na wniosek podmiotu uprawnionego⁸, z tym że publiczne podmioty ADR, wymienione w art. 68 ust. 1 u.p.r.s.k., tj: Koordynator do spraw negocjacji przy Prezesie Urzędu Regulacji Energetyki, Inspekcja Handlowa, Rzecznik Praw Pasażera Kolei przy Prezesie Urzędu Transportu Kolejowego, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego oraz Rzecznik Finansowy, stają się podmiotami uprawnionymi *ex lege* i z mocy ustawy – zgodnie z art. 68 ust. 1 u.p.r.s.k. zostały zobowiązane, w terminie miesiąca od dnia wejścia w życie ustawy, przekazać Prezesowi UOKiK dane objęte rejestrem⁹.

Niniejszy artykuł zawiera przegląd instytucji wpisanych do Rejestru UOKiK (według kolejności wpisu), wraz z opisem prowadzonych przez nie

⁵ Zob. projekt założeń do ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/241375/241416/241417/dokument155368.pdf>, s. 4 i 5. [dostęp: 31.12.2017].

⁶ Art. 7 ust. 1 u.p.r.s.k.

⁷ Komisja Europejska publikuje wykaz podmiotów prowadzących postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich zgłoszonych jej przez państwa członkowskie na platformie ODR (*Online Dispute Resolution*), <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=PL> [dostęp: 31.12.2017].

⁸ Art. 21 ust. 1 u.p.r.s.k.

⁹ Prezes UOKiK dokonuje wpisu do rejestru publicznych podmiotów wymienionych w art. 68 ust. 1 u.p.r.s.k. z urzędu, niezwłocznie po otrzymaniu danych, a brak wpisu do rejestru nie stanowi przeszkody do wszczęcia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich (art. 68 ust. 2 i 3 u.p.r.s.k.).

postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, w stanie na dzień 1 marca 2018 r.¹⁰. Do rejestru podmiotów uprawnionych zostało dotąd wpisanych dziewięć podmiotów, w tym wszystkie wskazane w art. 68 ust. 1 u.p.r.s.k. podmioty publicznoprawne oraz trzy podmioty niepubliczne: Bankowy Arbitraż Konsumentcki przy Związku Banków Polskich i Izba Gospodarki Elektronicznej (będące organizacją przedsiębiorców) oraz Stowarzyszenie Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie” (będące organizacją konsumentów). Opracowanie zostało podzielone na dwie części.

Związek Banków Polskich – Bankowy Arbitraż Konsumentcki

Związek Banków Polskich (ZBP) jest samorządową organizacją zrzeszająca banki, powołaną do życia w styczniu 1991 r.¹¹. Do zadań statutowych Związku należy m.in. podejmowanie działań na rzecz tworzenia i rozwoju instytucji obsługujących sektor bankowy, zwłaszcza w zakresie postępowania pojednawczego i sądownictwa polubownego oraz arbitrażu bankowego na rzecz klientów banków (konsumentów)¹². W tym celu w 1992 r. przy ZBP utworzony został Sąd Polubowny rozstrzygający spory między bankami a ich klientami w drodze arbitrażu¹³, a w 2002 r. rozpoczął działalność Bankowy Arbitraż Konsumentcki (BAK)¹⁴. W dniu 17 lutego 2017 r. Związek Banków Polskich – Bankowy Arbitraż Konsumentcki został wpisany do rejestru UOKIK jako podmiot uprawniony do prowadzenia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich i funkcjonuje jako niepubliczny

¹⁰ Rejestr dostępny jest na stronie: https://www.uokik.gov.pl/pozasadowe_rozwiazywanie_sporow_konsumentckich.php [dostęp: 31.03.2018].

¹¹ ZBP działa na podstawie ustawy o izbach gospodarczych z 30 maja 1989 r., tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r, poz. 1218.

¹² Art. 3 pkt 3 lit. f) i g) Statutu ZBP, stanowiącego załącznik do uchwały nr 3 XXI Walnego Zgromadzenia Związku Banków Polskich z dnia 22 kwietnia 2010 r., https://zbp.pl/public/repozytorium/Menu_gorne/O_ZBP/Dzialalnosc/statut.pdf [dostęp: 31.12.2017].

¹³ Szerzej zob. K. Kil, *Rola polubownego rozwiązywania sporów w polityce ochrony konsumenta usług bankowych w Polsce w perspektywie pokryzysowej*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Oeconomica” 2013, nr 284, s. 63–79.

¹⁴ Podstawą działania Bankowego Arbitrażu Konsumentckiego stały się uchwały XII Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 9 maja 2001 r.: uchwała nr 5 w sprawie ochrony konsumenta usług bankowych, uchwała nr 6 w sprawie poddania się przez banki-członków ZBP rozstrzygnięciom Arbitra Bankowego i wykonywania jego orzeczeń i uchwała nr 7 w sprawie przyjęcia Regulaminu Bankowego Arbitrażu Konsumentckiego. Zob. też odnośnie do BAK: E. Rutkowska-Tomaszewska, *Ochrona interesów konsumenta a polubowne sposoby rozstrzygnięcia sporów na rynku usług bankowych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2009, nr 2, s. 139–153; E. Pięguła, *Bankowy Arbitraż Konsumentcki jako instytucja ochrony konsumenta na rynku usług bankowych*, „Finanse i Prawo Finansowe” 2016, nr 2, s. 37–50.

podmiot ADR w oparciu o przepisy u.p.r.s.k. oraz Regulamin Bankowego Arbitrażu Konsumentckiego (dalej: Regulamin BAK)¹⁵.

Organem rozstrzygającym spory w ramach BAK jest Arbitr Bankowy i Zastępca Arbitra Bankowego¹⁶. Podmioty te powoływane są na 4-letnią kadencję przez Radę ZBP spośród osób spełniających łącznie następujące warunki: będących obywatelami polskimi i stale zamieszkujących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; zajmujących przez 7 lat stanowisko sędziego lub wykonujących zawód adwokata lub radcy prawnego; wyróżniających się wysokim autorytetem moralnym; korzystających z pełni praw publicznych¹⁷.

Wbrew nazwie, postępowanie przed Arbitrem Bankowym nie stanowi postępowania arbitrażowego w rozumieniu przepisów części V Kodeksu postępowania cywilnego¹⁸. Podobnie jak w przypadku postępowania arbitrażowego, celem postępowania przed Arbitrem Bankowym jest wydanie wyroku rozstrzygającego spór, jednakże takie orzeczenie jest wiążące tylko dla banku. Zgodnie z § 23 Regulaminu BAK orzeczenia Arbitra są ostateczne dla banku, który jest zobowiązany wykonać je nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania wypisu orzeczenia. Nie są one natomiast ostateczne dla konsumenta, który – jeżeli wynik arbitrażu nie będzie go satysfakcjonował – może w celu dochodzenia roszczenia skierować sprawę na drogę postępowania sądowego (§ 24 ust. 1 i 2 Regulaminu BAK).

Zakres właściwości Arbitra Bankowego określają § 1 oraz § 2 Regulaminu BAK. Stosownie do § 1 ust. 1 oraz § 2 ust. 1 przedmiotem postępowania przed Arbitrem Bankowym są spory pomiędzy konsumentami – klientami banków¹⁹ a bankami – członkami ZBP powstałe po dniu 1 lipca 2001 r., w zakresie roszczeń pieniężnych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez bank czynności bankowych lub innych czynności na rzecz konsumenta. Przedmiotem postępowania przed Arbitrem Bankowym mogą być również spory pomiędzy konsumentami a bankami niebędącymi członkami ZBP, które złożyły oświadczenie, że poddają się rozstrzygnięciom Arbitra Bankowego i wykonaniu jego orzeczeń (§ 2 ust. 2 Regulaminu BAK).

¹⁵ Regulamin Bankowego Arbitrażu Konsumentckiego stanowi załącznik nr 1 do uchwały nr 11/2017 XXX Walnego Zgromadzenia ZBP z dnia 20 kwietnia 2017 r.

¹⁶ Funkcję Arbitra Bankowego od początku istnienia BAK pełni Katarzyna Marczyńska. Funkcję Zastępcy Arbitra Bankowego (powołanego po raz pierwszy 1 stycznia 2015 r. ze względu na zwiększoną liczbę skarg wpływających do BAK) pełni Jolanta Potocka.

¹⁷ § 4 i § 5 Regulaminu BAK. Zob. też art. 27 Statutu ZBP. Przy Arbitrze Bankowym działa Biuro Arbitra Bankowego (§ 6 Regulaminu).

¹⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 z późn. zm.

¹⁹ Osobami, które zawarły z bankiem umowę w celach niezwiązanych z prowadzoną działalnością gospodarczą (§ 1 ust. 2 Regulaminu).

Zgodnie z § 2 ust. 1 Regulaminu BAK właściwość postępowania przed Arbitrem Bankowym wyznacza ponadto wartość przedmiotu sporu, która nie może być wyższa niż 12 000 zł, a w przypadku sporów dotyczących kredytów hipotecznych nie może przekraczać 20 000 zł²⁰. Przedmiotem postępowania przed Arbitrem Bankowym nie mogą być sprawy związane ze świadczeniami Skarbu Państwa, w szczególności dotyczące książeczek mieszkaniowych i kredytów z dopłatami ze środków budżetowych²¹.

Wszczęcie postępowania przed Arbitrem Bankowym następuje wyłącznie na wniosek konsumenta²². Złożenie wniosku musi być poprzedzone złożeniem przez konsumenta skargi w banku – wszczęcie postępowania przez Arbitra możliwe jest dopiero po otrzymaniu negatywnej odpowiedzi banku lub jej braku. Wniosek o wszczęcie postępowania powinien być sporządzony w języku polskim²³ w formie pisemnej albo elektronicznej²⁴ oraz zawierać: dokładne oznaczenie konsumenta poprzez wskazanie jego imienia i nazwiska oraz adresu miejsca zamieszkania, ewentualnie adresu do korespondencji; oznaczenie banku poprzez wskazanie jego nazwy, oddziału i adresu jego siedziby; dokładne określenie żądania, jego związku uzasadnienie i ewentualne wskazanie środków dowodowych w postaci dokumentów, które powinny być załączone do wniosku; podanie wartości przedmiotu sporu oraz podpis konsumenta²⁵. Do wniosku należy załączyć dokument potwierdzający zakończenie postępowania reklamacyjnego w banku lub oświadczenie konsumenta, że w terminie 30 dni nie uzyskał z banku odpowiedzi na swoją skargę²⁶. Wniosek może być złożony osobiście lub przez przedstawiciela, bezpośrednio w Biurze Arbitra lub przesłany pocztą na adres Arbitra²⁷. Wraz z wniesieniem wniosku konsument uiszcza opłatę w kwocie 50 zł przekazem na rachunek Arbitra Bankowego. W przypadku, gdy wartość przedmiotu sporu jest niższa niż 50 zł, opłata związana z wniesieniem wniosku wynosi 20 zł²⁸.

Po uiszczeniu przez konsumenta opłaty Arbitr Bankowy podejmuje decyzję o skierowaniu sprawy do rozpoznania albo o odmowie rozpatrzenia

²⁰ Do wartości przedmiotu sporu nie wlicza się odsetek i kosztów żądanych obok kwoty głównej. W przypadku dochodzenia łącznie kilku kwot, sumuje się ich wartość (§ 2 ust. 4 i 5 Regulaminu).

²¹ § 3 ust. 1 Regulaminu BAK.

²² § 8 ust. 1 Regulaminu BAK.

²³ § 8 ust. 3 Regulaminu BAK. W języku polskim prowadzone jest również postępowanie arbitrażowe.

²⁴ § 8 ust. 2 Regulaminu BAK.

²⁵ § 9 ust. 1 Regulaminu BAK.

²⁶ § 9 ust. 1 Regulaminu BAK.

²⁷ § 10 ust. 1 Regulaminu BAK.

²⁸ § 10 ust. 2 i 3 Regulaminu BAK.

sporu. Zgodnie § 12 ust. 2 Regulaminu BAK Arbitr odmawia rozpatrzenia sporu jeżeli: jego przedmiot wykracza poza kategorie sporów objęte właściwością Arbitra Bankowego; konsument nie dołączył do wniosku dokumentu potwierdzającego zakończenie postępowania reklamacyjnego w banku lub oświadczenia, iż w terminie 30 dni konsument nie uzyskał z banku odpowiedzi na swoją skargę; spór jest błahy lub wniosek o wszczęcie postępowania przed Arbitrem Bankowym spowoduje uciążliwości dla drugiej strony; sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami jest w toku albo została już rozpatrzona przez Arbitra Bankowego, inny właściwy podmiot albo sąd; wartość przedmiotu sporu jest wyższa niż kwota określona w § 2 ust. 1; rozpatrzenie sporu spowodowałoby poważne zakłócenie działania Arbitra Bankowego.

Po skierowaniu sprawy do rozpoznania Biuro Arbitra przesyła do banku odpis wniosku wraz z załącznikami, a bank jest zobowiązany do udzielenia odpowiedzi na wniosek w terminie 14 dni²⁹. W odpowiedzi znajdować się powinno oświadczenie banku, czy żądanie uznaje w całości lub części, czy wnosi o jego oddalenie – oraz szczegółowe uzasadnienie wraz z przywołaniem przepisów prawa, umów, regulaminów i dołączeniem dowodów w postaci dokumentów³⁰. Arbitr powinien w każdym stadium postępowania nakłaniać konsumenta i bank do polubownego rozwiązania sporu poprzez zawarcie ugody³¹. W przypadku braku możliwości zawarcia ugody, Arbitr Bankowy rozpatruje spór na posiedzeniu niejawnym lub w szczególnych przypadkach – gdy wymaga tego charakter sprawy – po przeprowadzeniu rozprawy³². Orzeczenie Arbitra powinno zawierać: datę wydania orzeczenia, wymienienie stron, oznaczenie przedmiotu sprawy, rozstrzygnięcie Arbitra Bankowego, rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania oraz uzasadnienie orzeczenia. Bank przegrywający sprawę zobowiązany jest zwrócić konsumentowi kwotę wniesionej przez niego opłaty, a ponadto – do poniesienia kosztów postępowania przed Arbitrem Bankowym³³.

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) jest podmiotem wpisanym do rejestru UOKiK pod numerem 2. Organ ten został ustanowiony

²⁹ § 13 ust. 1 Regulaminu BAK.

³⁰ § 14 Regulaminu BAK. Brak odpowiedzi banku nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu sprawy (§ 13 ust. 4 Regulaminu BAK).

³¹ § 16 ust. 1 Regulaminu BAK.

³² § 17 i 18 Regulaminu BAK.

³³ Zob. § 21 i 22 Regulaminu BAK.

na mocy ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji³⁴. Prezes UKE jako centralny organ administracji publicznej³⁵ jest organem regulacyjnym w dziedzinie rynku usług telekomunikacyjnych i pocztowych³⁶. Zakres zadań Prezesa UKE określają m.in. ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (dalej: pr. tel.) oraz ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe³⁷ (dalej: pr. poczt.). W zakresie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich wymienione ustawy wprowadziły przepisy dające Prezesowi UKE kompetencje do rozwiązywania sporów między konsumentem a przedsiębiorcą telekomunikacyjnym lub pocztowym w drodze postępowania mediacyjnego³⁸ (art. 109 pr. tel. oraz art. 95 pr. poczt.³⁹) lub w drodze postępowania przed Sądem Polubownym⁴⁰ (art. 110 pr. tel. oraz art. 96 pr. poczt.⁴¹). Na mocy ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich (art. 52 i 56) postępowania mediacyjne prowadzone przez Prezesa UKE zostały wpisane w model publicznego systemu pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, a w ustawach Prawo telekomunikacyjne i Prawo pocztowe wprowadzono niezbędne zmiany terminologiczne – przede wszystkim termin „postępowanie mediacyjne” zastąpiono terminem „pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich”⁴².

³⁴ Dz.U. z 2005 r., nr 267, poz. 2258 z późn. zm. Prezes UKE przejął kompetencje Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty.

³⁵ Art. 190 ust. 3 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1907 z późn. zm. Zgodnie z art. 190 ust. 4 pr. tel. Prezesa UKE powołuje i odwołuje Sejm za zgodą Senatu na wniosek Prezesa Rady Ministrów. Kadencja Prezesa UKE trwa 5 lat. Obecnie obowiązki Prezesa UKE pełni Marcin Cichy.

³⁶ Art. 190 ust. 1 pr. tel.

³⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1481 z późn. zm.

³⁸ Zob. A.M. Arkuszewska, *Mediacja z operatorem pocztowym i dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2012, nr 1, s. 5–18; K. Pajkiert, *Uwagi na temat stosowania działań mediacyjnych przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2012, nr 2 s. 49–51; K. Mularczyk, A. Majewski, *Sądownictwo polubowne i pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich w sektorze telekomunikacyjnym*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2018, nr 1, s. 15–24.

³⁹ Wcześniej art. 62a ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe, Dz.U. z 2003 r., nr 130, poz. 1188 z późn. zm. (uchylonej przez ustawę z dnia 23 listopada 2012 r.), dodany nowelizacją na mocy ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. z 2004 r., nr 171, poz. 1800.

⁴⁰ Zob. szerzej: E. Galewska, *Sądownictwo polubowne w sporach konsumenckich w sektorze telekomunikacyjnym*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2016, nr 1, s. 5–17; K. Mularczyk, A. Majewski, *op. cit.*

⁴¹ Wcześniej art. 62b ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe, dodany nowelizacją na mocy ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne.

⁴² Uzasadnienie do projektu ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, s. 31 i 34, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=630> [dostęp: 31.12.2017].

Przedmiotem postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich przed Prezesem UKE jest rozwiązywanie sporów cywilnoprawnych między konsumentem⁴³ a dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych⁴⁴ (art. 109 ust. 1 pr. tel.) oraz sporów cywilnoprawnych między nadawcą⁴⁵ albo adresatem⁴⁶ a operatorem pocztowym⁴⁷ (art. 95 ust. 1 pr. poczt.).

W ramach pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich przed Prezesem UKE stosuje się regulacje ustawy o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, ustawę Prawo telekomunikacyjne, ustawę Prawo pocztowe, rozporządzenie Ministra Cyfryzacji z dnia 4 stycznia 2017 r. w sprawie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich z zakresu usług telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej⁴⁸ (dalej: rozporządzenie Ministra Cyfryzacji) oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 17 stycznia 2017 r. w sprawie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich z zakresu usług pocztowych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej⁴⁹ (dalej: rozporządzenie Ministra Infrastruktury i Budownictwa), a ponadto Regulamin pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej⁵⁰.

Prowadzone przez Prezesa UKE postępowania w sprawie pozasądowego

⁴³ Pr. tel. definiuje konsumenta jako osobę fizyczną wnioskującą o świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub korzystającą z takich usług dla celów niezwiązanych bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub wykonywaniem zawodu (art. 2 pkt 18).

⁴⁴ Zgodnie z definicją sformułowaną w art. 2 pkt 27 pr. tel. dostawcą usług jest przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych. Przez publicznie dostępną usługę telekomunikacyjną należy rozumieć usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników (art. 2 pkt 31).

⁴⁵ Zgodnie z art. 3 pkt 10 pr. poczt. nadawcą jest podmiot, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej.

⁴⁶ Według art. 3 pkt 2 pr. poczt. przez adresata należy rozumieć podmiot wskazany przez nadawcę jako odbiorca przesyłki pocztowej lub kwoty pieniężnej określonej w przekazie pocztowym.

⁴⁷ Stosownie do art. 3 pkt 12 pr. poczt. operatorem pocztowym jest przedsiębiorca uprawniony do wykonywania działalności pocztowej, na podstawie wpisu do rejestru operatorów pocztowych.

⁴⁸ Dz.U. z 2017 r., poz. 49. Rozporządzenie stanowi realizację upoważnienia ustawowego zawartego w art. 109 ust. 12 pr. tel. w brzmieniu nadanym u.p.r.s.k.

⁴⁹ Dz.U. z 2017 r., poz. 139. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 95 ust. 12 pr. poczt.

⁵⁰ Regulamin pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, https://cik.uke.gov.pl/gfx/cik/userfiles/w-biernacka/regulamin_adr.pdf [dostęp: 31.12.2017].

rozwiązywania sporów na rynku telekomunikacyjnym i pocztowym mają charakter niewiążący. Zgodnie z art. 109 ust. 5 pr. tel. i art. 95 ust. 5 pr. poczt. mogą one przybrać postać określoną w art. 3 pkt. 2 u.p.r.s.k., tj. polegającą na przedstawieniu stronom propozycji rozwiązania sporu.

Postępowanie w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, o których mowa w art. 109 pr. tel. i w art. 95 pr. poczt., prowadzone jest na wniosek konsumenta (adresata albo nadawcy) lub z urzędu, jeżeli wymaga tego ochrona interesów konsumenta⁵¹. Nie wiąże się ono dla konsumenta z żadnymi opłatami. Wniosek konsumenta powinien zawierać co najmniej oznaczenie stron, dokładnie określone żądanie, wskazanie, że dotyczy ono przedstawienia stronom propozycji rozwiązania sporu, oraz podpis konsumenta⁵². Do wniosku, zgodnie z art. 109 ust. 6 pr. tel. i art. 95 ust. 6 pr. poczt. dołącza się uzasadnienie żądania strony oraz kopie posiadanych przez wnioskodawcę dokumentów potwierdzających informacje zawarte we wniosku. Wniosek (w języku polskim) może być złożony do Prezesa UKE zarówno w postaci papierowej – na adres Urzędu Komunikacji Elektronicznej albo zamiejscowej jednostki organizacyjnej UKE właściwej miejscowo ze względu na miejsce zamieszkania wnioskodawcy, a w przypadku usług pocztowych również ze względu na adres siedziby wnioskodawcy – jak i w postaci elektronicznej za pośrednictwem elektronicznej platformy usług administracji publicznej (ePUAP) albo zamieszczonego na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Prezesa UKE formularza kontaktowego do składania wniosków⁵³.

Prezes UKE odmawia rozpatrzenia sporu w przypadku, gdy jego przedmiot wykracza poza kategorie sporów objętych właściwością Prezesa UKE (art. 109 ust. 7 pr. tel. i art. 95 ust. 7 pr. poczt.). Ponadto, zgodnie z art. 109 ust. 8 pr. tel. i art. 95 ust. 8 pr. poczt., Prezes UKE może odmówić rozpatrzenia sporu, gdy: wnioskodawca przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich nie podjął próby kontaktu z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych/operatorem pocztowym w celu bezpośredniego rozwiązania sporu; konsument w sporze z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych nie wyczerpał drogi postępowania reklamacyjnego/wnioskodawca w sporze z operatorem pocztowym nie wyczerpał drogi postępowania reklamacyjnego w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania usługi powszechnej; spór jest błahy lub wniosek o wszczęcie postępowania ADR spowoduje uciążliwości dla drugiej strony; sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami

⁵¹ Art. 109 ust. 4 pr. tel. oraz art. 95 ust. 4 pr. poczt.

⁵² Art. 109 ust. 5 pr. tel. oraz art. 95 ust. 5 pr. poczt. w zw. z art. 33 ust. 2 u.p.r.s.k.

⁵³ § 2 rozporządzenia Ministra Cyfryzacji oraz § 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

jest w toku albo została już rozpatrzona przez Prezesa UKE, sąd polubowny, inny właściwy podmiot albo sąd; wartość przedmiotu sporu jest niższa od 20 zł w przypadku usługi telekomunikacyjnej⁵⁴ i 10 zł w przypadku usługi pocztowej⁵⁵; wnioskodawca złożył wniosek w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich po upływie roku od dnia podjęcia próby kontaktu z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych/operatorem pocztowym w celu bezpośredniego rozwiązania sporu; rozpatrzenie sporu spowodowałoby poważne zakłócenie działania Prezesa UKE.

Jeśli wniosek jest prawidłowo sporządzony, Prezes UKE (lub upoważniony przez niego pracownik⁵⁶) przekazuje wniosek operatorowi pocztowemu/dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, wyznaczając mu 14-dniowy termin na ustosunkowanie się do wniosku⁵⁷. W toku postępowania Prezes UKE zapoznaje dostawcę publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych lub operatora świadczącego usługi pocztowe z roszczeniem konsumenta, przedstawia stronom sporu przepisy prawa mające zastosowanie w sprawie oraz ewentualne propozycje polubownego zakończenia sporu⁵⁸. W tym ostatnim przypadku wyznacza stronom 14-dniowy termin na wyrażenie zgody na przedstawioną propozycję lub na zastosowanie się do niej⁵⁹. Po wyrażeniu/niewyrażeniu zgody przez strony na przedstawioną propozycję rozwiązania sporu lub w przypadku braku odpowiedzi stron, Prezes UKE kończy postępowanie ADR, przysyłając stronom protokół o jego wynikach. Dzień sporządzenia protokołu z postępowania ADR jest datą zakończenia postępowania⁶⁰.

Rzecznik Finansowy

Rzecznik Finansowy został powołany na mocy ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym z dnia 5 sierpnia 2015 r. (dalej: u.r.r.)⁶¹. Jest organem administracji publicznej, dzia-

⁵⁴ Zob. § 8 rozporządzenia Ministra Cyfryzacji.

⁵⁵ Zob. § 8 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

⁵⁶ Zgodnie z art. 109 ust. 10 pr. tel. i art. 95 ust. 10 pr. poczt. Prezes UKE pisemnie upoważnia pracownika Urzędu Komunikacji Elektronicznej do prowadzenia postępowań w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich. Upoważniony pracownik UKE jest osobą prowadzącą postępowanie w rozumieniu u.p.r.s.k.

⁵⁷ § 4 rozporządzenia Ministra Cyfryzacji i § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

⁵⁸ Art. 109 ust. 9 pr. tel. i art. 95 ust. 9 pr. poczt.

⁵⁹ § 7 rozporządzenia Ministra Cyfryzacji i § 7 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa.

⁶⁰ Rozdział V: *Postępowanie na Wniosek*, pkt 13 Regulaminu pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

⁶¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 2270, 2486. Wprowadzenie instytucji Rzecznika Finansowego wiązało się z likwidacją instytucji Rzecznika Ubezpieczonych (powołanego ustawą

łającym na rzecz ochrony klientów podmiotów rynku finansowego⁶². Do jego zadań, zgodnie z art. 17 ust. 1 u.r.r., należy podejmowanie działań w zakresie ochrony klientów podmiotów rynku finansowego, których interesy reprezentuje. Art. 17 ust. 2 u.r.r. przewiduje prowadzenie przy Rzeczniku Finansowym pozasądowych postępowań w sprawie rozwiązywania sporów między klientami podmiotów rynku finansowego a tymi podmiotami, funkcjonującymi od 1 stycznia 2016 r.⁶³. Ustawą o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich instytucja Rzecznika Finansowego została włączona do nowego systemu ADR, jako jeden z jej obligatoryjnych elementów, a przepisy regulujące jego działalność zostały dostosowane do nowych wymagań wynikających z dyrektywy ADR. W wyniku nowelizacji u.r.r. dokonanej przez u.p.r.s.k. Rzecznik Finansowy został umocowany jako podmiot uprawniony do prowadzenia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich w odniesieniu do sporów konsumenckich z udziałem klientów instytucji finansowych (art. 35–43 u.r.r.).

Postępowanie przed Rzecznikiem regulują: u.r.r., u.p.r.s.k. oraz rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 15 lutego 2017 r. w sprawie pozasądowego postępowania przed Rzecznikiem Finansowym (dalej: rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów)⁶⁴.

z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych, Dz.U. z 2003 r., nr 124, poz. 1153 z późn. zm.). Przy Rzeczniku Ubezpieczonych działał Sąd Polubowny, rozwiązujący spory w postępowaniu arbitrażowym (o charakterze wiążącym) oraz w trybie postępowania mediacyjnego. Jego kompetencją objęte były spory z zakładami ubezpieczeń, powszechnymi towarzystwami emerytalnymi, Ubezpieczeniowym Funduszem Gwarancyjnym oraz Polskim Biurem Ubezpieczycieli Komunikacyjnych. Szerzej: E. Kiziewicz, *Sąd Polubowny przy Rzeczniku Ubezpieczonych*, „Monitor Ubezpieczeniowy”, wydanie specjalne, listopad 2010, s. 55–58, https://rf.gov.pl/files/2968__5134__Jubileuszowy_Monitor_Ubezpieczeniowy.pdf [dostęp: 31.12.2017].

⁶² Rzecznik Finansowy powoływany jest na 4-letnią kadencję przez Prezesa Rady Ministrów, na wniosek ministra właściwego do spraw instytucji finansowych (art. 11, art. 12 ust. 1 u.r.r.). Rzecznikiem może zostać osoba posiadająca wykształcenie wyższe i wyróżniająca się wiedzą w zakresie funkcjonowania rynku finansowego i regulacji prawnych tworzących jego otoczenie oraz posiadająca co najmniej 7-letnie doświadczenie zawodowe w tym obszarze (zob. art. 13 u.r.r.). Obecnie funkcję Rzecznika sprawuje Aleksandra Wiktorow. Siedziba rzecznika znajduje się w Warszawie (art. 16 ust. 2 u.r.r.). Koszty działalności Rzecznika i jego administracji ponoszą podmioty rynku finansowego (zob. art. 20 u.r.r.).

⁶³ Zob. A. Dąbrowska, *Ochrona klienta usług ubezpieczeniowych – nowa ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej oraz ustawa o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego i o Rzeczniku Finansowym – wybrane zagadnienia*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe” 2015, nr 2, s. 64–78; J. Kalak, *Pozasądowe postępowanie w sprawie rozwiązywania sporów między klientem a podmiotem rynku finansowego*, „ADR. Arbitraż i Mediacja” 2016, nr 2, s. 17–38.

⁶⁴ Dz.U. z 2017 r., poz. 313. Rozporządzenie stanowi wykonanie przewidzianego w art. 43 u.r.r. upoważnienia ministra właściwego do spraw instytucji finansowych do określenia szczegółowego trybu postępowania w sprawie rozwiązywania sporów między klientem a podmiotem rynku finansowego, prowadzonego przed Rzecznikiem Finansowym.

Do właściwości Rzecznika Finansowego, zgodnie z art. 35 u.r.r., należy rozwiązywanie sporów pomiędzy klientem⁶⁵ a podmiotem rynku finansowego⁶⁶. Inaczej niż w przypadku pozostałych postępowań mających na celu pozasądowe rozwiązywanie sporów konsumenckich przez podmioty zgłoszone do rejestru UOKiK, w których udział stron w postępowaniu jest fakultatywny, udział instytucji finansowej w postępowaniu przeprowadzanym przez Rzecznika Finansowego jest obowiązkowy⁶⁷.

Nowelizacja dokonana przez u.p.r.s.k. rozszerzyła zakres sposobów polubownego rozwiązywania sporów przez Rzecznika. W stanie prawnym poprzedzającym zmiany dokonane u.p.r.s.k. Rzecznik Finansowy w prowadzonym

⁶⁵ Art. 2 pkt 1 u.r.r. definiuje klienta podmiotu rynku finansowego jako: będącego osobą fizyczną ubezpieczającego, ubezpieczonego, uposażonego lub uprawnionego z umowy ubezpieczenia; osobę fizyczną dochodzącą roszczeń od Ubezpieczeniowego Funduszu Gwarancyjnego lub Polskiego Biura Ubezpieczycieli Komunikacyjnych; członka funduszu emerytalnego lub osobę uprawnioną w rozumieniu ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz.U. z 2017 r., poz. 870 i 1321), uczestnika pracowniczego programu emerytalnego lub osobę uprawnioną w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1449), oszczędzającego lub osobę uprawnioną w rozumieniu ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o indywidualnych kontaktach emerytalnych oraz indywidualnych kontaktach zabezpieczenia emerytalnego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1776), osobę otrzymującą emeryturę kapitałową; będącego osobą fizyczną klienta banku, członka spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, klienta instytucji płatniczej, klienta biura usług płatniczych, klienta instytucji pieniądza elektronicznego, klienta oddziału zagranicznej instytucji pieniądza elektronicznego, klienta instytucji kredytowej, klienta instytucji finansowej, uczestnika funduszu inwestycyjnego, inwestora alternatywnej spółki inwestycyjnej, klienta firmy inwestycyjnej, klienta instytucji pożyczkowej, klienta pośrednika kredytu hipotecznego oraz klienta pośrednika kredytowego; będącego osobą fizyczną klienta brokera ubezpieczeniowego albo będącego osobą fizyczną klienta agenta ubezpieczeniowego lub agenta oferującego ubezpieczenia uzupełniające, w rozumieniu ustawy z dnia 15 grudnia 2017 r. o dystrybucji ubezpieczeń (Dz.U. z 2017 r., poz. 2486), wykonujących czynności agencyjne na rzecz więcej niż jednego zakładu ubezpieczeń w zakresie tego samego działu ubezpieczeń, zgodnie z załącznikiem do ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2017 r., poz. 1170, 1089, 1926, 2102 i 2486) w zakresie niezwiązanym z udzielaną ochroną ubezpieczeniową.

⁶⁶ Pojęcie podmiotu finansowego należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 3 u.r.r., który wymienia: instytucję płatniczą, biuro usług płatniczych, instytucję pieniądza elektronicznego i oddział zagranicznej instytucji pieniądza elektronicznego; bank krajowy, bank zagraniczny, oddział banku zagranicznego, oddział instytucji kredytowej i instytucję finansową; towarzystwo funduszy inwestycyjnych i fundusz inwestycyjny oraz zarządzający ASI i alternatywną spółkę inwestycyjną; spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową; firmę inwestycyjną; krajowy zakład ubezpieczeń, zagraniczny zakład ubezpieczeń, główny oddział i oddział; fundusz emerytalny i towarzystwo emerytalne; instytucję pożyczkową; Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny i Polskie Biuro Ubezpieczycieli Komunikacyjnych; pośrednika kredytu hipotecznego; pośrednika kredytowego; brokera ubezpieczeniowego, a także agenta ubezpieczeniowego i agenta oferującego ubezpieczenia uzupełniające wykonujących czynności agencyjne na rzecz więcej niż jednego zakładu ubezpieczeń w zakresie tego samego działu ubezpieczeń, w zakresie niezwiązanym z udzielaną ochroną ubezpieczeniową.

⁶⁷ Art. 37 u.r.r.

postępowaniu uprawniony był jedynie do przedstawienia stronom propozycji rozwiązania sporu. Obecnie prowadzone przez Rzecznika Finansowego postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów mogą przybrać formy przewidziane w art. 3 pkt 1 i 2 u.p.r.s.k., tj. umożliwienia zbliżenia stanowisk stron w celu rozwiązania sporu przez jego strony lub przedstawienia stronom propozycji rozwiązania sporu⁶⁸. Rzecznik Finansowy nie ma natomiast uprawnienia do rozstrzygnięcia sporu i narzucenia stronom jego rozwiązania⁶⁹.

Legitymację do wystąpienia z wnioskiem o wszczęcie postępowania ma wyłącznie klient podmiotu rynku finansowego⁷⁰. Warunkiem rozpoczęcia postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumencjonalnych jest wyczerpanie drogi postępowania reklamacyjnego w instytucji finansowej. Konieczne elementy wniosku o wszczęcie postępowania określa art. 36 ust. 2 u.r.r., a uszczegółowia § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów. Zgodnie z wymienionymi przepisami wniosek powinien zawierać: oznaczenie klienta podmiotu rynku finansowego, obejmujące jego imię i nazwisko, adres zamieszkania i adres do korespondencji, jeżeli jest inny niż adres zamieszkania, a także numer telefonu lub adres poczty elektronicznej, o ile klient je posiada; oznaczenie podmiotu rynku finansowego, obejmujące jego nazwę albo firmę i adres siedziby; dokładne określenie żądania klienta, w tym wskazanie wartości roszczenia pieniężnego lub pożądanego zachowania podmiotu rynku finansowego; określenie oczekiwania co do sposobu zakończenia sporu; opis stanu faktycznego sprawy; określenie rodzaju postępowania, przez wskazanie, że wnioskodawca wnosi o umożliwienie zbliżenia stanowisk stron w celu rozwiązania sporu przez jego strony lub o przedstawienie stronom propozycji rozwiązania sporu; podpis klienta lub jego pełnomocnika. Do wniosku o wszczęcie postępowania, stosownie do § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów, dołącza się: posiadane dokumenty na poparcie opisanego stanu faktycznego albo informację o braku takich dokumentów; dokument potwierdzający zakończenie postępowania reklamacyjnego lub wskazanie okoliczności, które uniemożliwiają jego dołączenie; dowód uiszczenia opłaty lub wniosek o zwolnienie z obowiązku jej uiszczenia oraz pełnomocnictwo, jeżeli wniosek składa pełnomocnik. Wniosek o przeprowadzenie postępowania można złożyć w formie pisemnej (przesyłką pocztową na adres Biura Rzecznika) lub za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, w postaci i na adres wskazany na stronie internetowej Rzecznika⁷¹. Wraz z wnioskiem konieczne jest uiszczenie opłaty w wysokości 50 zł na rach-

⁶⁸ Art. 36 ust. 2 u.r.r.

⁶⁹ Zob. art. 3 pkt 3 u.p.r.s.k.

⁷⁰ Art. 36 ust. 1 u.r.r.

⁷¹ § 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów.

nek Rzecznika⁷². W szczególnie uzasadnionych przypadkach Rzecznik może zwolnić klienta z obowiązku jej uiszczenia⁷³.

Art. 36 ust. 4 u.r.r. wskazuje przypadki, w których Rzecznik odmawia rozpatrzenia sporu. Ma to miejsce wówczas, gdy: jego przedmiot wykracza poza kategorie sporów objęte właściwością Rzecznika; klient nie wyczerpał drogi postępowania reklamacyjnego, o którym mowa w rozdziale 2 u.r.r.; wniosek o wszczęcie postępowania spowoduje uciążliwości dla podmiotu rynku finansowego; sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami jest w toku albo została już rozpatrzona przez Rzecznika w postępowaniu, sąd polubowny, inny właściwy podmiot albo sąd; rozpatrzenie sporu spowodowałoby poważne zakłócenie działania Rzecznika; klient nie uiścił opłaty, o której mowa w art. 38 ust. 1 u.r.r., i nie został z niej zwolniony. Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów nakłada na Rzecznika Finansowego obowiązek poinformowania stron o przyczynie odmowy rozpatrzenia sporu, wraz z wskazaniem podstawy prawnej i okoliczności to uzasadniających, w terminie nie dłuższym niż 3 tygodnie od dnia wpływu wniosku spełniającego wymogi określone w § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia⁷⁴. W przypadku odmowy rozpoznania sporu, Rzecznik dokonuje zwrotu opłaty na wniosek klienta, w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego wniosku⁷⁵.

Po wpłynięciu wniosku Rzecznik dokonuje wstępnego badania jego treści. Zgodnie z art. 33 ust. 3 u.p.r.s.k. datą wszczęcia postępowania jest data doręczenia wniosku do Rzecznika Finansowego. Jeżeli wniosek nie spełnia wymagań określonych w § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów, Rzecznik wzywa wnioskodawcę, pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania, do jego uzupełnienia w terminie 14 dni od dnia doręczenia wezwania⁷⁶. Podobnie dzieje się wówczas, gdy klient nie określił trybu działania Rzecznika w związku z wniesionym pismem.

W toku postępowania Rzecznik zapoznaje podmiot rynku finansowego z roszczeniem klienta, przedstawia stronom postępowania przepisy prawa mające zastosowanie w sprawie oraz podejmuje działania mające na celu umożliwienie zbliżenia stanowisk stron w celu rozwiązania sporu przez jego

⁷² Art. 38 ust. 1 u.r.r.

⁷³ Art. 38 ust. 2 u.r.r. Składając wniosek o zwolnienie z obowiązku uiszczenia opłaty, klient powinien wskazać okoliczności uprawdopodobniające zasadność tego zwolnienia. Rzecznik może wezwać klienta do złożenia dodatkowych wyjaśnień i przedstawienia dokumentów pozwalających na uznanie wniosku za zasadny. Rzecznik informuje klienta o zwolnieniu z obowiązku uiszczenia opłaty albo o braku takiego zwolnienia, wyznaczając termin na uiszczenie opłaty (§ 8 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów).

⁷⁴ § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów.

⁷⁵ § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów.

⁷⁶ § 7 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów.

strony lub przedstawia stronom propozycję rozwiązania sporu⁷⁷ (art. 39 u.r.r.). W przypadku braku polubownego zakończenia postępowania, Rzecznik sporządza opinię, w której należy zawrzeć w szczególności ocenę prawną stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu⁷⁸. Opinia nie jest wiążąca, może jednak zostać wykorzystana przez klienta w ewentualnym dalszym postępowaniu na drodze sądowej. Opinię Rzecznik przygotowuje w oparciu o dokumenty lub wyjaśnienia przedstawione przez strony postępowania oraz inne materiały zgromadzone w toku rozpatrywania sprawy, nie uwzględnia się jednak w niej propozycji rozwiązania sporu przedstawionych przez strony w trakcie postępowania, które objęte są poufnością⁷⁹.

Z przebiegu postępowania sporządza się protokół, w którym należy zawrzeć informacje dotyczące miejsca i czasu jego przeprowadzenia, imię, nazwisko (nazwę) i adresy stron, przedmiot sporu oraz informację o sposobie zakończenia sporu⁸⁰.

Stowarzyszenie Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie”

Stowarzyszenie Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie” jest samorządnym zrzeszeniem konsumentów działającym na podstawie ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach⁸¹. W lipcu 2015 r. Stowarzyszenie, jako pierwszy podmiot w branży lotniczej, rozpoczęło prowadzenie pozasądowych postępowań w sprawie rozwiązywania sporów między pasażerami a liniami lotniczymi. W dniu 4 kwietnia 2017 r. Stowarzyszenie „Przyjazne Latanie” zostało wpisane do prowadzonego przez UOKiK rejestru podmiotów zajmujących się pozasądowym rozwiązywaniem sporów konsumenckich.

Jako podmiot uprawniony do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich, Stowarzyszenie działa na podstawie u.p.r.s.k. Ponadto funkcjonuje w oparciu o Regulamin pozasądowego rozwiązywania sporów „Przyjaznego Latania” (dalej: Regulamin PL), przyjęty decyzją Zarządu Stowarzyszenia w drodze uchwały⁸².

⁷⁷ W tym ostatnim przypadku Rzecznik wyznacza stronom termin na wyrażenie zgody na przedstawioną im propozycję rozwiązania sporu, nie krótszy niż 7 dni (§ 12 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów).

⁷⁸ Art. 40 u.r.r.

⁷⁹ § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów. Strony mogą wyrazić zgodę na uwzględnienie w opinii Rzecznika swoich propozycji.

⁸⁰ Art. 41 ust. 1 u.r.r. Protokół, zgodnie z art. 41 ust. 2 u.r.r., stanowi dokument urzędowy w rozumieniu art. 244 k.p.c. W przypadku sporządzenia opinii, załącza się ją do protokołu (art. 41 ust. 3 u.r.r.).

⁸¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 210.

⁸² Regulamin pozasądowego rozwiązywania sporów Przyjaznego Latania, <http://przyjaznelatanie.pl/wp-content/uploads/2017/04/REGULAMIN-POZAS%C4%84DOWEGO-ROZW>

Stosownie do § 1 ust. 2 Regulaminu PL właściwością Stowarzyszenia jako podmiotu uprawnionego do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich objęte są krajowe i transgraniczne spory dotyczące zobowiązań umownych, w szczególności wynikające z umów przewozu, pomiędzy przedsiębiorcą lotniczym świadczącym usługi transportu lotniczego (linią lotniczą) a konsumentem⁸³, których wartość przedmiotu sporu nie przekracza 6000 zł⁸⁴. Regulamin PL przewiduje dwie formy postępowania: poprzez umożliwienie zbliżenia stanowisk stron w celu rozwiązania sporu przez jego strony i/lub przedstawienie stronom propozycji rozwiązania sporu⁸⁵. Udział w postępowaniu w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów jest dla stron bezpłatny⁸⁶.

Postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporu prowadzi jednoosobowo osoba uprawniona⁸⁷ – może nią być osoba, która korzysta z pełni praw publicznych i posiada umiejętności, doświadczenie i kompetencje wymagane do pełnienia tej funkcji, w szczególności legitymująca się ogólną znajomością prawa, problematyki praw pasażerów lotniczych oraz wiedzą i doświadczeniem w dziedzinie pozasądowego lub sądowego rozwiązywania sporów konsumenckich⁸⁸. Osoba uprawniona jest wyznaczana na 2-letnią kadencję decyzją Zarządu Stowarzyszenia w drodze uchwały na wniosek Prezesa Zarządu Stowarzyszenia⁸⁹.

Postępowanie jest wszczynane jedynie na wniosek konsumenta⁹⁰. Wniosek o wszczęcie postępowania musi być poprzedzony próbą bezpośredniego rozwiązania sporu z linią lotniczą i powinien zawierać: określenie rodzaju postępowania; imię i nazwisko konsumenta, adres jego miejsca zamieszkania (ewentualnie także adres do korespondencji i numer telefonu), adres e-mail; dane linii lotniczej, z którą konsument toczy spór; żądanie konsumenta wraz z uzasadnieniem oraz ewentualnie dokumentację związaną z żądaniem; podpis konsumenta⁹¹. Wniosek należy przekazać w postaci elektronicznej przez

I%C4%84ZYWANIA-SPOR%C3%93W-PRZYJAZNEGO-LATANIA-2017.pdf [dostęp: 21.12.2017].

⁸³ Dla celów Regulaminu przyjmuje się, że pojęcie konsumenta należy rozumieć zgodnie z ustawą Kodeks cywilny (§ 1 ust. 4 Regulaminu PL).

⁸⁴ Zgodnie z § 1 ust. 3 Regulaminu wartość przedmiotu sporu jest równa wartości roszczenia głównego przedstawionego przez konsumenta.

⁸⁵ § 2 ust. 1 Regulaminu PL. Przedstawione rozwiązanie nie jest wiążące dla stron.

⁸⁶ § 4 ust. 6 Regulaminu PL.

⁸⁷ § 2 ust. 1 Regulaminu PL.

⁸⁸ § 2 ust. 3 Regulaminu PL.

⁸⁹ § 2 ust. 4 Regulaminu PL.

⁹⁰ § 4 ust. 1 Regulaminu PL.

⁹¹ § 4 ust. 4 Regulaminu PL.

Internet lub poprzez przesłanie wypełnionego formularza wniosku zgłoszeniowego na adres Stowarzyszenia. Konsument może złożyć wniosek w języku polskim lub angielskim⁹².

Po otrzymaniu wniosku od konsumenta osoba uprawniona ma 3 tygodnie na podjęcie decyzji o odmowie rozpatrzenia wniosku lub o przeprowadzeniu postępowania⁹³. Przesłanki, na podstawie których osoba uprawniona może odmówić rozpatrywania sporu, na podstawie art. 34 u.p.r.s.k. oraz § 5 ust. 2 Regulaminu PL, obejmują sytuacje, w których: jego przedmiot wykracza poza kategorie sporów objęte właściwością Stowarzyszenia Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie”; konsument przed złożeniem wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich nie podjął próby kontaktu z drugą stroną i bezpośredniego rozwiązania sporu; spór jest błahy lub wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich spowoduje uciążliwości dla drugiej strony; sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami jest w toku albo została już rozpatrzona przez podmiot uprawniony, inny właściwy podmiot albo sąd; wartość przedmiotu sporu jest wyższa od progu finansowego ustalonego w § 1 pkt 2 Regulaminu, tj. 6000 zł; rozpatrzenie sporu spowodowałoby poważne zakłócenie działania podmiotu ADR. W przypadku odmowy rozpatrzenia sporu, osoba uprawniona jest obowiązana do poinformowania stron o przyczynie odmowy rozpatrzenia sporu w terminie 3 tygodni od dnia doręczenia wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich⁹⁴.

Postępowanie w sprawie pozasądowego rozwiązywania sporów prowadzone jest internetowo (*on-line*), za pomocą poczty elektronicznej (e-mail), w języku polskim lub angielskim⁹⁵. W przypadku podjęcia decyzji o przeprowadzeniu postępowania, osoba uprawniona przesyła wniosek konsumenta do linii lotniczej z prośbą o udzielenie odpowiedzi oraz o przedstawienie ewentualnej argumentacji, dowodów, dokumentów i faktów w terminie 14 dni⁹⁶. Jeżeli linia lotnicza w odpowiedzi na wniosek oświadczy, że uznaje żądanie

⁹² § 4 ust. 1 Regulaminu PL.

⁹³ § 5 ust. 1 Regulaminu PL.

⁹⁴ § 5 ust. 3 Regulaminu PL.

⁹⁵ § 4 ust. 1 Regulaminu PL.

⁹⁶ § 6 ust. 1 Regulaminu PL. Jeżeli w ocenie osoby uprawnionej linia lotnicza nie przedstawiła wystarczającej argumentacji oraz wystarczających dowodów, dokumentów i faktów potwierdzających stanowisko wyrażone w odpowiedzi na wniosek – w szczególności w sytuacji, w której linia lotnicza odmawia przyjęcia odpowiedzialności, powołując się na siłę wyższą – osoba uprawniona może zwrócić się do linii lotniczej o przedstawienie dodatkowych informacji w wyznaczonym przez osobę uprawnioną w terminie wynoszącym co najmniej 14 dni (§ 6 ust. 2 Regulaminu PL).

konsumenta we wniosku w całości, konsument jest informowany o tym na trwałym nośniku, a następnie osoba uprawniona kończy postępowanie⁹⁷. Natomiast gdy linia lotnicza uwzględni wniosek jedynie w części bądź nie uwzględni wniosku, albo nie udzieli odpowiedzi na wniosek w terminie, osoba uprawniona, w terminie 14 dni od dnia otrzymania odpowiedzi od linii lotniczej na wniosek lub w przypadku braku odpowiedzi od dnia upłynięcia terminu do jej udzielenia, może przedstawić propozycję rozwiązania sporu⁹⁸. Konsument i linia lotnicza mają 14 dni na ustosunkowanie się do zaproponowanego rozwiązania⁹⁹. Postępowanie w sprawie pozasądowego rozwiązania sporu kończy się jego rozwiązaniem w przypadku zaakceptowania propozycji osoby uprawnionej przez konsumenta i linię lotniczą¹⁰⁰. Ponadto postępowanie kończy się w przypadku braku akceptacji rozwiązania przez konsumenta lub linię lotniczą bądź braku ustosunkowania się we wskazanym terminie do przedstawionego rozwiązania przez jedną ze stron¹⁰¹ oraz w razie odmowy udziału linii lotniczej w postępowaniu bądź wycofania się konsumenta lub linii lotniczej z postępowania¹⁰².

Abstract
ADR-accredited entities in Poland:
a review of institutions listed in the UOKiK register (part 1)

The article presents a review of the ADR-accredited entities in Poland (and procedures they offer), listed with accordance with Art 20 (2) of the Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes, by the competent authority, The President of the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK). There are currently nine ADR entities in the register maintained by President of the UOKiK, six public and three private ones. The public entities with sectoral competence are: President of the Office of Electronic Communications, Financial Ombudsman, Rail Passenger Ombudsman under the President of the Office of Rail Transport, Arbitration Court at the Polish Financial Supervision Authority, Negotiations Coordinator with the President of the Energy Regulatory Office. Trade Inspection, a public entity with horizontal dimension, covers disputes for which a relevant sectoral ADR has not been established. The private entities, as at 1 March 2018, are: Polish Bank Association – Banking Ombudsman

⁹⁷ § 6 ust. 3 Regulaminu PL.

⁹⁸ § 6 ust. 4 Regulaminu. W przypadku wysoce zawyżonych sporów termin przedstawienia propozycji może być wydłużony, o czym strony powinny być poinformowane.

⁹⁹ § 6 ust. 6 Regulaminu PL.

¹⁰⁰ § 6 ust. 7 Regulaminu PL.

¹⁰¹ § 6 ust. 8 Regulaminu PL.

¹⁰² § 7 ust. 1, 2 i 3 Regulaminu PL.

Scheme, Chamber of Digital Economy and “Friendly Flying” Air Passenger Watchdog. The article is divided into two parts, listing accredited entities according to the chronological order of their registration.

Key words: alternative dispute resolution (ADR), consumer disputes, Directive 2013/11/EU, Out-of-Court Settlement of Consumer Disputes Act, accredited entities

Streszczenie

Podmioty uprawnione do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – przegląd instytucji wpisanych do rejestru UOKiK (część I)

W artykule przedstawiono przegląd podmiotów uprawnionych do pozasądowego rozwiązywania sporów konsumenckich – wraz z opisem prowadzonych przez nie postępowań – wpisanych do rejestru podmiotów uprawnionych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK), przekazywanego Komisji Europejskiej, zgodnie z art. 20 ust. 2 zd. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich. Obecnie (stan na 1 marca 2018 r.) do rejestru zostało wpisanych dziewięć podmiotów, w tym sześć podmiotów publicznych – tj. podmioty o charakterze sektorowym: Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Rzecznik Finansowy, Rzecznik Praw Pasażera Kolei przy Prezesie Urzędu Transportu Kolejowego, Sąd Polubowny przy Komisji Nadzoru Finansowego, Koordynator do spraw negocjacji przy Prezesie Urzędu Regulacji Energetyki oraz podmiot o charakterze horyzontalnym – Inspekcja Handlowa, którego zakres działania obejmuje spory, dla których nie został utworzony właściwy sektorowy podmiot ADR, i trzy podmioty niepubliczne: Bankowy Arbitraż Konsumencki przy Związku Banków Polskich i Izba Gospodarki Elektronicznej (będące organizacją przedsiębiorców) oraz Stowarzyszenie Praw Pasażerów „Przyjazne Latanie” (będące organizacją konsumentów). Opracowanie zostało podzielone na dwie części, a podmioty uprawnione uszeregowane wedle kolejności wpisu.

Słowa kluczowe: alternatywne metody rozwiązywania sporów, spory konsumenckie, dyrektywa 2013/11/EU, ustawa o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, podmioty uprawnione

Aleksandra Grześkowiak

adwokat, członek Wielkopolskiej Izby Adwokackiej w Poznaniu

Niedozwolone oddziaływanie na wolę testatora. Groźba a nieważność testamentu. Analiza porównawcza Kodeksu cywilnego, Bürgerliches Gesetzbuch oraz Code civil des Français¹

Wprowadzenie

Po śmierci testatora, gdy nie można już uzyskać od niego informacji i wyjaśnień co do jego rzeczywistych intencji, jego wola i zamiary poddawane są ocenie przez osoby trzecie. W przypadku testamentu, jako czynności prawnej jednostronnej, zbędne jest branie pod uwagę sytuacji i korzyści osób innych niż testator². Forma ostatniej woli podlega dalej idącym rygorom niż czynności prawne między osobami żyjącymi³.

Zmarły nie ma możliwości uchylecia się od skutków prawnych czynności, więc ustawodawca musiał sformułować odrębne konsekwencje wad oświadczenia woli w prawie spadkowym. Jako jedyne racjonalne rozwiązanie jawi się sądowa możliwość stwierdzenia nieważności testamentu. Z tego względu

¹ Składam serdeczne podziękowania mojemu opiekunowi naukowemu profesorowi doktorowi habilitowanemu Wojciechowi Dajczakowi za cenne uwagi i wskazówki udzielane podczas pisania niniejszej pracy oraz profesorowi doktorowi Christianowi Baldusowi za możliwość korzystania z zasobów biblioteki Uniwersytetu w Heidelbergu.

Źródła finansowania: projekt badawczy realizowany w ramach *Institutenpartnerschaft* przez Instytut Historii Prawa Uniwersytetu w Heidelbergu (prof. dr Ch. Baldus) i Katedrę Prawa Rzymskiego i Historii Prawa Sądowego Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (prof. dr hab. W. Dajczak). Środki na te badania zostały uzyskane w ramach konkursu przeprowadzonego przez Fundację im. Alexandra von Humboldta w Bonn.

² B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wady oświadczenia woli przy sporządzeniu testamentu*, [w:] *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątotowskiego*, red. B. Kordasiewicz, E. Łętowska, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 201.

³ B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, t. 5: *Erbrecht*, Berlin 1899, s. 538.

wady oświadczenia woli z części ogólnej (w przypadku prawa francuskiego – z części dotyczącej zobowiązań) nie powinny być traktowane tożsamo z wadami oświadczenia woli ujawnionymi po śmierci spadkodawcy, gdyż mają inny charakter. W odniesieniu do jednostronnych czynności prawnych nie występuje potrzeba wyważenia interesów stron. Chroniony jest jedynie interes spadkodawcy, prawidłowość powzięcia przez niego decyzji i wyrażenia woli⁴. W związku z tym, biorąc za podstawę historię powstania kodeksów cywilnych Polski, Niemiec i Francji oraz orzecznictwo sądowe, postawić należy pytanie o to, jaka jest specyfika⁵ groźby kierowanej do testatora, a także jaka jest funkcjonalność⁶ tejże wady oświadczenia woli w odniesieniu do innych środków ochrony przed niedozwolonym oddziaływaniem.

Bezprawność groźby, czyli o groźbie w znaczeniu obiektywnym oraz subiektywnym

Istotnym założeniem wynikającym z części ogólnej – zarówno w prawie niemieckim, jak i polskim – jest bezprawność groźby⁷. Bezprawność ma charakter obiektywny, a w konsekwencji nie musi jej towarzyszyć wina w znaczeniu subiektywnym, a zwłaszcza – świadomość naruszenia reguł postępowania lub wola wyrządzenia zła⁸.

W polskim prawie spadkowym w przypadku nieważności testamentu brak jest przesłanki bezprawności groźby⁹. Skoro mowa jest o jakiegokolwiek groźbie, która budzi w testatorze strach, to w kontekście nieważności testamentu brak wzmianki o groźbie poważnej i bezprawnej oznacza, iż każde zagrożenie złem, które miało rzeczywisty wpływ na decyzję testatora, stanowi groźbę prawnie istotną. Innymi słowy, groźba ta ma charakter subiektywny¹⁰.

⁴ E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do Kodeksu cywilnego*, ks. 4: *Spadki*, Warszawa 2011, s. 104–105.

⁵ Poprzez specyfikę rozumiem odrębność ujęcia groźby kierowanej do testatora w prawie spadkowym od rozwiązań przyjętych na gruncie części ogólnej i prawa zobowiązań.

⁶ Termin „funkcjonalność” odnosi do funkcjonowania groźby (jako wady oświadczenia woli testatora) w orzecznictwie na tle innych rozwiązań prawnych chroniących przed niedozwolonym wpływem na wolę spadkodawcy.

⁷ W prawie polskim wymóg bezprawności w części ogólnej wynika z art. 87 k.c.: „kto złożył oświadczenie woli pod wpływem bezprawnej groźby [...]”, zaś w prawie niemieckim – z § 123 Abs. 1 BGB: *Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten*.

⁸ Z. Radwański, *Wady oświadczenia woli. Groźba*, [w:] *Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 422 (System Prawa Prywatnego, t. 2); por. J. Staudinger, *BGB Kommentar – § 123 BGB*, Berlin 2012, s. 683.

⁹ Art. 945 § 1 pkt 3 k.c. stanowi, iż testament jest nieważny, jeżeli został sporządzony pod wpływem groźby. W tym przypadku mowa jest jedynie o groźbie, nie zaś o groźbie bezprawnej.

¹⁰ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 427.

Inaczej jest w prawie spadkowym niemieckim, gdzie w przypadku nieważności testamentu nadal występuje przesłanka bezprawności groźby¹¹. Konsekwencje pozostawienia kryterium bezprawności groźby w niemieckim prawie spadkowym¹², a co za tym idzie – jej „zobiektywizowanie”, widoczne jest w orzecznictwie, o czym mowa będzie w dalszej części pracy.

W prawie francuskim przyjmowane jest kryterium przymusu psychicznego czy też przemocy psychicznej (*violenca, violence morale*)¹³, pełniące funkcję analogiczną do groźby¹⁴. Brak jest w przepisach obiektywnego kryterium bezprawności (*illégalité*), zarówno w części dotyczącej testamentów¹⁵, jak i zobowiązań¹⁶.

Groźba w polskim prawie spadkowym

W prawie polskim¹⁷ groźba jako wada oświadczenia woli została uregulowana w części ogólnej Kodeksu cywilnego z 1964 r. – w art. 87, który stanowi, iż kto złożył oświadczenie woli pod wpływem bezprawnej groźby drugiej strony lub osoby trzeciej, ten może uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia, jeżeli z okoliczności wynika, że mógł się obawiać, iż jemu samemu lub innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo osobiste lub majątkowe.

Groźba jest też osobno uregulowana w części dotyczącej spadków, w art. 945 § 1 k.c., który określa, że testament jest nieważny, jeżeli został sporządzony: 1) w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie

¹¹ § 2078 BGB: (1) *Eine letztwillige Verfügung kann angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde.*

(2) Das Gleiche gilt, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrierte Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist.

(3) *Die Vorschrift des § 122 findet keine Anwendung* [podkr. A.G.].

¹² Odnośnie do bezprawności groźby w niemieckim prawie spadkowym zob. J. Staudinger, *BGB Kommentar*, Berlin 2013, s. 185.

¹³ F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris 2014, s. 279–280.

¹⁴ Z. Radwański, *op. cit.*, s. 419–420.

¹⁵ Art. 901 Code civil: *Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence* [podkr. A.G.].

¹⁶ Art. 1140 Code civil: *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* [podkr. A.G.].

¹⁷ Co do przyczyn przyjęcia terminu „groźba” i jej podstaw w prawie spadkowym niezwykle przydatne mogłyby się okazać materiały przygotowawcze do obowiązującego polskiego Kodeksu cywilnego. Niestety nie zostały one opublikowane, w konsekwencji ustalenie motywów ustawodawczych jest trudne.

decyzji i wyrażenie woli; 2) pod wpływem błędu uzasadniającego przypuszczenie, że gdyby spadkodawca nie działał pod wpływem błędu, nie sporządziłby testamentu tej treści; 3) pod wpływem groźby.

Ustawodawca określa, iż testament jest nieważny, jeżeli został sporządzony pod wpływem groźby. Powstaje pytanie, czy bezprawna groźba określona w części ogólnej w art. 87 k.c. może być rozumiana w sposób tożsamy jak groźba sprecyzowana w art. 945 § 1 pkt 3 k.c.¹⁸.

W polskiej doktrynie przyjmuje się, iż prawodawca jest racjonalny¹⁹, a w konsekwencji powtórzenia nie są dokonywane, gdy zagadnienie rozumiane jest w sposób jednolity. Skoro zaś zadecydowano o odrębnym uregulowaniu groźby w zakresie unieważnienia testamentu, a nie zastosowano definicji wynikającej z części ogólnej, to rozumienie powinno być odmienne²⁰.

Groźba w ujęciu historycznym

Aż do 1964 r. w Polsce brak było jednolitej kodyfikacji prawa cywilnego. Obowiązywały jedynie regulacje fragmentaryczne – dotyczące danej części prawa cywilnego. Kwestie groźby zostały unormowane chociażby w: Kodeksie zobowiązań z 1933 r.²¹, obejmującym kwestie zobowiązań między osobami żyjącymi; w Dekrecie – Prawo spadkowe z 1946 r., który dotyczył szeroko rozumianego spadkobrania; czy też Dekrecie – Przepisy ogólne prawa cywilnego z 1946 i 1950 r., dotyczącym tak zwanej części ogólnej, a więc zagadnień wspólnych dla prawa cywilnego²².

W Dekrecie – Prawo spadkowe z 1946 r. groźba podlegała swoistej regulacji, gdzie rozumienie tegoż terminu było szersze²³ od określonego w Kodeksie

¹⁸ Obecnie w doktrynie zasadniczo jednolicie przyjmuje się, iż groźba określona w art. 945 § 1 pkt 3 k.c. powinna być rozumiana odrębnie (szerzej) od groźby określonej w art. 87 k.c. W ten sposób np.: K. Osajda, *Testament. Przepisy ogólne*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3: *Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2013, s. 301–302; M. Pazdan, *Testament. Przepisy ogólne*, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2: *Komentarz: art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 1026; E. Skowrońska-Bocian, *op. cit.*, s. 108; T. Sokołowski, *Testament. Przepisy ogólne*, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2: *Komentarz: art. 450–1088*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1548.

¹⁹ S. Wronkowska, *Problemy racjonalnego tworzenia prawa*, Poznań 1982, s. 5, 149.

²⁰ Por. A. Malinowski, *Polski język prawny. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2006, s. 200–201.

²¹ Art. 41 Kodeksu zobowiązań z 1933 r. stanowi o groźbie jako wadzie oświadczenia woli. Opisywana sytuacja dotyczy zobowiązań pomiędzy osobami żyjącymi, nie zaś skutków prawnych groźby w przypadku śmierci spadkodawcy.

²² Art. 75 ustawy Przepisy ogólne prawa cywilnego z 1950 r. stanowi, iż „kto złożył oświadczenie woli pod wpływem bezprawnej groźby drugiej strony lub osoby trzeciej, uchylić się może od skutków prawnych swego oświadczenia, jeżeli z okoliczności wynika, że mógł się obawiać, iż jemu samemu lub innej osobie grozi poważne niebezpieczeństwo osobiste lub majątkowe”. Art. 76 wyznacza w tym zakresie odpowiedni termin – uprawnienie wygasa z upływem roku od czasu ustania obawy.

²³ F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie. Prawo spadkowe*, t. V, Kraków 1948, s. 60–61.

zobowiązań i Przepisach ogólnych prawa cywilnego. Artykuł 77 § 1 pkt 4 Dekretu – Prawo spadkowe stanowił, że nieważny jest testament, który został sporządzony pod wpływem groźby.

Wskazać należy, iż zgodnie z Dekretem – Przepisy ogólne prawa cywilnego (art. 75) groźba musiała być bezprawna. Natomiast aby unieważnić testament na gruncie Dekretu – Prawo spadkowe, wystarczyła nawet groźba, która nie miała charakteru bezprawnego. Twierdzono, iż „groźba jest bezprawna nie tylko wówczas, gdy groźący nie ma prawa wykonywać tego, czym grozi, lecz także wówczas, gdy wprawdzie ma prawo to uczynić, ale nie w celu spowodowania danego oświadczenia woli”²⁴. Ponadto

groźba polegała na rozmyślnym wywieraniu przymusu w kierunku sporządzenia testamentu przez celowe wywoływanie u testatora obawy przed złem, którym się grozi. Nie wystarczy, zatem, jeśli jakaś osoba swym zachowaniem, podjętym nie w celu skłonienia spadkodawcy do sporządzenia testamentu, wywoła, może nawet bez swojego zamiaru, obawę u spadkodawcy, który potem pod wpływem tej obawy sporządza testament. [...] Chodzi tylko o to, by spadkodawca sporządził testament pod wpływem groźby, tzn. by groźba miała poważny (przy tym niekoniecznie wyłączny) wpływ na decyzję spadkodawcy co do sporządzenia testamentu²⁵.

Według ówczesnej doktryny testament był nieważny, jeżeli ktoś groził wszczęciem egzekucji, a spadkodawca pod wpływem tej groźby, aby egzekucji uniknąć, sporządził testament na rzecz groźącego. Sytuacja była tożsama, gdy ktoś groził wszczęciem postępowania karnego i spadkodawca – dla złagodzenia stosunków – sporządził testament, mając nadzieję uniknąć hańbiącego procesu karnego²⁶. Groźba mogła pochodzić od kogokolwiek. Miała na celu wzbudzenie w spadkodawcy obawy przed jakimś złem. Bez znaczenia był fakt, czy groźba dotyczyła dobra materialnego, czy niematerialnego, jak również to, przeciwko komu groźba była skierowana, byleby spadkodawca sporządził testament pod wpływem groźby.

Prawo spadkowe nie stawiało wymogu, ażeby groźba była tego rodzaju, iż spadkodawca mógł się obawiać, iż jemu samemu lub osobie mu bliskiej grozi niebezpieczeństwo (inaczej niż w czynnościach prawnych *inter vivos*). Nieważność zachodziła, gdy pod wpływem groźby testator sporządził

²⁴ W. Chojnowski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1951, s. 111–113.

²⁵ J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 295.

²⁶ Na marginesie niniejszych rozważań wskazać należy, iż nieważny był również testament, którego treść lub cel sprzeciwiała się porządkowi publicznemu, ustawie lub dobrem obyczajom (art. 77 § 2 dekretu Prawo spadkowe z 1946 r.). Chodzi np. o sytuację, gdy ustanowienie spadkobiercy miało być zachętą lub wynagrodzeniem za popełnienie przestępstwa.

testament²⁷. Groźbę mogła stanowić odmowa przyjęcia spadkodawcy z pomocą czy też wydania mu pożywienia²⁸.

Powyższe ustalenia o charakterze historycznym prowadzą do wniosku, iż groźba określona w części dotyczącej spadków, w porównaniu do groźby określonej w części ogólnej, była rozumiana przez doktrynę w sposób odmienny – szerszy. W związku z tym rozumienie groźby w prawie spadkowym różniło się od rozumienia terminu wynikającego z części ogólnej. Jakakolwiek groźba, która wpłynęła na wolę testatora, nawet jeśli nie była bezprawna, mogła stać się podstawą unieważnienia testamentu (inaczej niż w czynnościach prawnych *inter vivos*). Innymi słowy, przedmiotowa konstrukcja groźby oddala się od ogólnego rozumienia groźby. Jak widać będzie w przedstawionych poniżej orzeczeniach, badany jest przede wszystkim strach testatora, z uwzględnieniem jego całościowej sytuacji osobistej, kwestią wtórną jest rzeczywistość groźby. Groźba nie musi być realna dla każdego, przeciętnego człowieka, lecz dla danego spadkodawcy, będącego w ściśle określonym położeniu. Testator może być w pełni sił – wtedy jego strach będzie mniejszy niż w sytuacji, gdy testator jest chory i zależny od innych osób.

*Orzecznictwo dotyczące groźby w kontekście nieważności testamentu*²⁹

Przykłady szerokiego rozumienia groźby w prawie polskim obrazuje także orzecznictwo³⁰. W orzeczeniu Sądu Najwyższego z 1926 r. (nr 38/1926)³¹,

²⁷ Jeżeli testament został sporządzony pod wpływem groźby spadkobiercy, to jest nieważny, a spadkobierca jest niegodny dziedziczenia zarówno z testamentu, jak i z ustawy na podstawie art. 7 zd. 2 dekretu – Prawo spadkowe z 1946 r. Mówimy o nieważności bezwzględnej testamentu. Każdy zainteresowany może się na nią powoływać i to bez ograniczenia czasowego.

²⁸ W. Chojnowski, *op. cit.*

²⁹ Statystyczny wymiar orzeczeń, które są podstawą analizy: w Polsce Sąd Najwyższy wydał (od 1922 r. do dziś) 23 orzeczenia dotyczące szeroko pojętego niedozwolonego oddziaływania na wolę spadkodawcy (orzeczenia dotyczące groźby w kontekście nieważności testamentu rozpatrywane są przede wszystkim przez sądy niższych instancji), zob. System Informatyki Prawnej LEX, art. 945 § 1 pkt 3 k.c., orzeczenia sądów. W systemie zarejestrowano 16 orzeczeń z lat 1976–2016, w tym 4 orzeczenia Sądu Najwyższego, 1 orzeczenie sądu apelacyjnego, 8 orzeczeń sądów okręgowych, 3 orzeczenia sądów rejonowych [dostęp: 23.06.2017].

Wskazać należy, iż groźba jako przesłanka nieważności testamentu (art. 945 § 1 pkt 3 k.c.) rozpatrywana jest w polskim orzecznictwie sądowym rzadko. Sprawy, które zostały rozpoznane przez Sąd Najwyższy, to pojedyncze przypadki. Niedozwolone oddziaływania na wolę spadkodawcy możliwe są do zaobserwowania na gruncie orzecznictwa dotyczącego braku świadomości i swobody przy sporządzaniu testamentu (art. 945 § 1 pkt 1 k.c.).

³⁰ Dokonano wyboru ważniejszych, z perspektywy autorki niniejszego tekstu, orzeczeń odnoszących się do niedozwolonego oddziaływania na wolę testatora, przy spostrzeżeniu, iż od około stu lat linia orzecznicza w omawianym zakresie jest względnie stabilna, a termin „groźba”, jako obawa testatora, rozumiany jest szeroko.

³¹ A. Słomiński, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Pierwszej Cywilnej z lat trzynastu (1917–1929 włącznie)*, Łódź 1931, s. 115.

a więc zapadłym w oparciu o przepisy Kodeksu Napoleona, stwierdzono, iż Sąd Apelacyjny nie usprawiedliwił twierdzenia, iżby człowiek chory, niemający pełnej świadomości czynów, nie ulegał wpływom innych osób; usprawiedliwienie to w danym przypadku było konieczne, gdyż zwykle doświadczenie życiowe prowadzi do wniosku wręcz przeciwnego, notoryczną jest bowiem rzeczą, iż wpływom moralnym bez użycia przemocy ulega łatwiej ten, kto nie ma pełnej świadomości, niż człowiek będący w pełni władz umysłowych; nadto pewną wskazówkę w tym kierunku daje także przepis art. 909 Kodeksu Napoleona, który wymienione tam zakazy opiera na domniemaniu niepożądanych wpływów, które mogą być wywierane na chorego przez niektóre osoby.

W przedmiotowej sprawie Sąd Najwyższy wskazał, iż sądy niższej instancji przy badaniu jakiegokolwiek oddziaływania na wolę spadkodawcy powinny brać pod uwagę położenie, w jakim znalazł się konkretny spadkodawca. Sąd podkreślił, iż osoba chora ma mniejsze możliwości obrony przed wpływami osób trzecich niż osoba zdrowa. Z uwagi na większą podatność na sugestie, osoby starsze i chore nie mogą być traktowane w sposób identyczny z osobami w pełni sił oraz zdrowymi. Takie rozumienie terminu „wpływy moralnych” nie ogranicza się jedynie do badania, czy istniało niedozwolone oddziaływanie. Z uwagi na grupę osób, których dotyczy, powstaje pytanie, czy spadkodawcy mogli się tym wpływom przeciwstawić. Skłania to do refleksji nad szerokością rozumienia terminu groźby w tym wyroku. Chociaż Sąd używał terminu „wpływy moralne”, to jednak można potraktować to sformułowanie jako pierwowzór groźby określonej w prawie spadkowym. Sąd bierze pod uwagę szerszy zakres sytuacji w przypadku groźby w prawie spadkowym, niż groźby określonej w części zobowiązań.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1959 r., o sygn. I CR 485/58³², wydanego w oparciu o przepisy Dekretu – Prawo spadkowe z 1946 r., niezbędna jest subiektywna ocena wpływu groźby na spadkodawcę:

osoba ograniczona umyślowo może być mniej odporna na naciski idące od osób jej bliskich, dlatego nie jest wykluczone, że takiej groźby, której nie przeraziłby się człowiek całkowicie normalny, mógł ulec człowiek o zmniejszonej odporności psychicznej. Może to mieć istotne znaczenie dla sprawy, albowiem z istoty groźby, która polega na wywołaniu stanu obawy u osoby, do której groźba jest skierowana, wynika, że obojętną jest rzeczą, czy określona groźba mogłaby wywołać taki stan u osoby przeciętnie rozsądnej, czy też jedynie w przeświadczeniu danej jednostki ze względu na jej szczególne właściwości psychiczne.

³² OSPiKA 1960, z. 5, poz. 118.

Przenosząc treść powyższego orzeczenia na grunt przedmiotowych rozważań, stwierdzić należy, iż każdy przypadek groźby należy traktować indywidualnie. Obawa osoby chorej jest, co do zasady, inna niż osoby zdrowej. Ta pierwsza musi polegać na osobach trzecich. Nie tylko osoby ograniczone umysłowo, ale także osoby starsze, schorowane, potrzebujące pomocy mogą być w mniej odporne na zagrożenia, a bardziej podatne na sugestie, niż osoby w pełni sił.

W orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1976 r., o sygn. III CRN 287/76³³, stan faktyczny przedstawiał się następująco: w toku postępowania wnioskodawczyni złożyła testament własnoręczny spadkodawcy, w którym powołał ją do spadku, jako jego „jedyną spadkobierczynię”. Z uwagi na poradę udzieloną testatorowi co do treści testamentu, powstała wątpliwość, czy zainteresowana oddziaływała na wolę spadkodawcy. Sąd Rejonowy przyjął, że na gruncie art. 945 § 1 pkt 1 k.c. (z uwagi na brak swobody testatora³⁴) testament jest nieważny, więc następuje dziedziczenie ustawowe. Wspominając o zasadzie osobistego działania przy sporządzaniu testamentu, sąd w istocie odwołał się do art. 944 § 2 k.c. Przepis ten nie wyłącza korzystania z porady innej osoby przy sporządzaniu testamentu, byleby tylko porada nie wprowadzała spadkodawcy w błąd lub nie zawierała groźby. Sąd Rejonowy nie ustalił, żeby wnioskodawczyni wprowadziła spadkodawcę w błąd lub groziła mu. W zakresie nieważności testamentu, na podstawie art. 945 § 1 pkt 1 k.c. może ona nastąpić dopiero w razie powołania się na tę nieważność przez osobę, która ma w tym interes prawny. Spadkobierczyni nie powołała się na tę nieważność i jako spadkobierca testamentowy nie miała interesu w takim powoływaniu się. Sąd z urzędu przyjął, iż testament jest nieważny na podstawie art. 945 § 1 pkt 1 k.c. Sąd Najwyższy uznał, iż przesłuchanie wnioskodawczyni, która twierdziła, iż „mąż mówił jej, że ona zostanie jedyną spadkobierczynią”, i że oboje „nie mieli pojęcia, w jaki sposób napisać testament”, o redagowanie testamentu dowiadawali się, a potem napisali go wspólnie – nie uzasadniało twierdzenia sądu niższej instancji, iż treść testamentu została złożona wspólnie przez spadkodawcę i wnioskodawczynię, a w konsekwencji również wniosku tego sądu, że rozrządzenie ostatniej woli nie jest wyrazem samodzielnej decyzji spadkodawcy. Jednocześnie podniesiono, iż testator może korzystać z porady innej osoby przy sporządzaniu testamentu, byleby tylko porada nie wprowadzała spadkodawcy w błąd lub nie zawierała groźby.

³³ System Informacji Prawnej LEX [dostęp: 23.06.2017].

³⁴ Art. 945 § 1 pkt 1 k.c. dotyczy braku świadomości lub swobody przy sporządzaniu testamentu. Co do zasady brak świadomości związany jest z chorobami testatora, które uniemożliwiają podjęcie świadomej decyzji, zaś brak swobody przy sporządzaniu testamentu dotyczy oddziaływań osób trzecich, które uniemożliwiają podjęcie decyzji w sposób nieskrepowany.

W zakresie rozpatrywanie pojęcia groźby – czy bardziej obawy testatora – w prawie spadkowym nie można pominąć zagadnienia wpływów innych osób. Wpływy można podzielić na dwie kategorie: dozwolone oraz niedozwolone. To sądy, badając konkretną sprawę, decydują o tym, czy dany wpływ ma charakter dozwolony, czy też nie. W tym orzeczeniu uznano, iż porada co do treści testamentu jest wpływem dozwolonym osób trzecich. Ta linia orzecznicza utrzymuje się także obecnie³⁵. Można jednak wyobrazić sobie sytuację, iż wpływ ten miałby charakter niedozwolony – gdyby zostałyby udowodnione, iż spadkobierczyni dyktowała spadkodawcy testament, a on nie mógł jej się sprzeciwić z uwagi na stan zdrowia i konieczność sprawowania nad nim opieki. W tym przypadku groźba w prawie spadkowym ma swój precyzyjny cel, odrębny od celu ustanowionego w części ogólnej, gdyż obejmuje jedynie ochronę woli spadkodawcy, nie zważając przy tym na interes innych osób.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2004 r., sygn. III CK 523/02³⁶, ustalono, iż w świetle opinii biegłych psychiatry i psychologa istniały podstawy do ustalenia, że testator podjął decyzję co do sporządzenia testamentu zgodnie z własną wolą, chociaż „nie była ona wolna od sugestii osób drugich”. Sugestia osób trzecich nie wyłącza swobody powzięcia decyzji. W przeciwnym wypadku niemal każde oświadczenie woli byłoby dotknięte wadą wskazaną w art. 945 § 1 pkt 1 k.c., rzadko bowiem człowiek działa zupełnie swobodnie.

Sąd stwierdził, iż człowiek ze swojej natury jest podatny na sugestie. Sugestie jednak, tak jak i wyżej określone porady, mogą mieć charakter dozwolony i niedozwolony. Istnieje cienka granica między sugestiami dozwolonymi i niedozwolonymi. Problem nie zachodzi, gdy sugestie będą kierowane do osoby w pełni sił, która swobodnie będzie mogła przemyśleć daną propozycję. Inaczej będzie w sytuacji, gdy sugestie zbliżają się do presji, a testator, z uwagi na możliwe konsekwencje swojego wyboru w danym stanie faktycznym, jest w rzeczywistości pozbawiony jakiejkolwiek swobody.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2005 r., sygn. III CK 670/04³⁷, stwierdzono, iż sporządzając testament, spadkodawca pozostawał pod dominującym wpływem swojej matki Krystyny J., liczył się z jej zdaniem, obawiał się sprzeciwić jej woli i w żaden sposób nie podważał podejmowanych przez nią decyzji. Wchodzące w skład spadku gospodarstwo rolne otrzymał od rodziców przed sporządzeniem testamentu. Krystyna J. groziła synowi, że pozbawi go wszystkiego, co wcześniej mu przekazała. Z tej przy-

³⁵ Zob. np. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 10 grudnia 1999 r., II CKN 627/98.

³⁶ System Informacji Prawnej LEX [dostęp: 23.06.2017].

³⁷ *Ibidem* [dostęp 23.06.2017].

czynny spadkodawca sporządził testament wbrew swojej woli. Nie mógł jednak pogodzić się z dokonaniem rozrządzeniem na wypadek śmierci, uważał, że skrzywdził dzieci i nie chciał, aby o sporządzeniu testamentu dowiedziała się żona. Z drugiej zaś strony nie chciał wprowadzać do testamentu żadnych zmian, aby nie denerwować matki; zamierzał zmienić testament dopiero po jej śmierci. Sąd stwierdził w tym przypadku brak podstaw do uznania, że dominacja matki spadkodawcy przybrała formę presji zaburzającej swobodę testowania.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z „dominującym wpływem” innej osoby na wolę testatora. W przypadku obawy przed autorytetem, spadkodawca znajduje się w trudnej sytuacji – z jednej strony nie chce narazić się swojemu autorytetowi, z drugiej zaś – chciałby w pełni swobodnie, bez ograniczeń narzucanych przez inną osobę, wyrazić swoją wolę. Co do zasady przyjmuje się, iż strach przed autorytetem nie jest groźbą. Jednakże wpływy innych osób, na gruncie prawa spadkowego, w danej sytuacji mogą być na tyle silne, iż sąd rozpoznający sprawę zadecyduje o nieważności testamentu.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 2011 r., sygn. I CSK 115/11³⁸, wskazano, iż nieważny jest testament sporządzony przez spadkodawcę, który z powodu wieku i chorób osłabiających jego aktywność i siłę woli nie jest w stanie przeciwstawić się naciskom i sugestiom osób trzecich, pod których opieką pozostaje (art. 945 § 1 pkt 1 k.c.).

Powyższe, aktualne stanowisko Sądu Najwyższego wyraża szerokie rozumienie niedozwolonych oddziaływań na wolę spadkodawcy. Część ogólna nie pozwala na rozumienie groźby w taki sposób, w jaki rozumiana jest ona na gruncie prawa spadkowego. Zastosowanie ogólnego rozumienia groźby dotyczy pewnego wzoru, jakim jest człowiek przeciętny – zdrowy, w pełni sił. Inaczej jest w prawie spadkowym, gdzie wzorem jest dany testator, który może chorować, być podatny na sugestie z uwagi na wiek. Różnice te są na tyle poważne, iż konstrukcja groźby z części ogólnej jest niewystarczająca na potrzeby prawa spadkowego, gdyż nie pozwala na dostrzeżenie sytuacji typowych dla prawa spadkowego, takich jak konieczność korzystania przez testatora z pomocy innych osób w życiu codziennym czy interesowność opiekuna. Wskazać należy, iż szerokie rozumienie groźby, opierające się na badaniu strachu czy też obawy testatora w prawie spadkowym, jest utarte zarówno w polskiej teorii, jak i praktyce sądowej.

Szerokie rozumienie groźby ma na celu ochronę woli spadkodawcy przed niedozwolonymi wpływami innych osób. Prowadzi jednak pośrednio do ochrony interesów spadkobierców ustawowych. To właśnie oni, z uwagi na

³⁸ System Informacji Prawnej LEX [dostęp 23.06.2017].

zakłócenia woli spadkodawcy, mogą żądać przywrócenia ustawowego porządku dziedziczenia. Po śmierci testatora nie można bowiem określić, jaka była jego rzeczywista wola, a więc stwierdzenie wady oświadczenia woli musi prowadzić jedynie do ustaleń negatywnych³⁹.

Groźba w niemieckim prawie spadkowym

Rozumienie groźby w części ogólnej zawiera § 123 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), który stanowi, iż oświadczenie woli może zaskarżyć ten, kogo do złożenia oświadczenia nakłoniono podstępny wprowadzeniem w błąd lub bezprawną groźbą. Jeżeli wprowadziła w błąd osoba trzecia, można zaskarżyć oświadczenie, które należało złożyć wobec innej osoby, jedynie wówczas, gdy ta ostatnia o wprowadzeniu w błąd wiedziała lub wiedzieć musiała. O ile inna osoba niż ta, wobec której należało złożyć oświadczenie, nabyła w związku z nim bezpośrednio prawo, można oświadczenie to zaskarżyć wobec niej, jeśli o wprowadzeniu w błąd wiedziała lub wiedzieć musiała. Artykuł ten nie uległ zmianie od 1896 r.⁴⁰. Doprecyzowaniu rozumienia groźby na gruncie prawa spadkowego służy § 2078 BGB, który stanowi, iż rozrządzenie ostatniej woli można zaskarżyć, o ile spadkodawca był w błędzie co do treści swego oświadczenia albo oświadczenia tej treści w ogóle złożyć nie chciał, a przyjęć należy, że znając stan rzeczy, takiego oświadczenia by nie złożył. To samo obowiązuje, o ile rozrządzenie spadkodawcy zostało spowodowane błędnym przypuszczeniem lub oczekiwaniem, iż pewna okoliczność zajdzie albo nie zajdzie, lub bezprawną groźbą. Ten artykuł również nie uległ zmianie od dnia uchwalenia niemieckiego kodeksu cywilnego⁴¹.

Zdaniem Jana Petera Schmidta

usamodzielnienie się § 2078 BGB w stosunku do bezprawnej groźby z części ogólnej nie poszło za daleko. Przy bezprawnej groźbie będzie wymagany, analogicznie do § 123 BGB, końcowy związek między groźbą a ostatnią wolą. Zaskarżenie z powodu groźby nie jest zatem możliwe, gdy wpłynęło tylko pośrednio na rozrządzenie testamentowe, nie było jednak zamierzonym skutkiem przez groźącego⁴².

Sebastian Martens w tym zakresie podkreśla, iż rozległa ochrona woli spadkodawcy dałaby się lepiej zrealizować, gdyby zamiast groźby rozważa-

³⁹ S. Wójcik, *Testament*, [w:] *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2013, s. 310.

⁴⁰ J. Staudinger, *BGB-Synopse 1896–2000*, Berlin 2000, s. 66–67.

⁴¹ *Ibidem*, s. 1568–1569.

⁴² J.P. Schmidt, *Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils im Erbrecht*, [w:] *Der Allgemeine Teil des Privatrechts*, red. Ch. Baldus, W. Dajczak, Frankfurt am Main 2013, s. 491. [Wszystkie tłumaczenia zawarte w artykule: A. Grześkowiak].

ny był strach⁴³. Aby uzyskać odpowiedź na pytanie dotyczące użyteczności pojęcia groźby z części ogólnej w przypadku badania ważności testamentu zapoznać należy się z pracami przygotowawczymi BGB oraz orzecznictwem, które pozwolą na weryfikację poglądów J.P. Schmidta i S. Martensa.

Prace legislacyjne nad § 123 i § 2078 abs. 2 BGB

W pierwszym projekcie BGB rozważano w części ogólnej użycie terminu „bezprawnego wzbudzenia uzasadnionego strachu” (*widerrechtlich durch Erregung einer begründeten Furcht*). Bernhard Windscheid zaproponował „groźbę” (*Drohung*). Większość uczonych zadecydowała o wyborze brzmienia: „bezprawną groźbą”⁴⁴.

W drugim projekcie BGB ostatecznie pozostawiono słowo „groźba”, omawiane zagadnienie znalazło się w § 98 BGB⁴⁵. W protokołach drugiego projektu BGB wskazano, że groźba powinna być tego rodzaju, że stoi na równi z nieodpartą przemocą wynikającą z Kodeksu karnego (*Das Gleiche gilt für den Fall der Drohung, es sei denn, dass die Drohung eine solche war, welche nach den Vorschriften des Strafgesetzbuch unwiderstehlicher Gewalt gleichsteht*)⁴⁶. W rewizji drugiego projektu pojawił się pomysł, aby zaskarżenie nie było dopuszczalne, jeśli uchybia dobrej wierze (*soweit nicht die Anfechtung wider Treu und Glauben verstossen würde*)⁴⁷, jednakże w późniejszych pracach zagadnienie to pominięto. W trzecim projekcie BGB pozostawiono słowo „groźba”, omawiane zagadnienie znalazło się w § 119 BGB⁴⁸.

W toku prac legislacyjnych § 2078 BGB podlegał wielu zmianom. Początkowo wszystkie wady oświadczenia woli odnoszące się do prawa spadkowego uregulowane były w osobnych paragrafach⁴⁹. Ustawodawca niemiecki dostrzegł, iż wady oświadczenia woli w przypadku testamentu powinny być traktowane inaczej niż w przypadku wad oświadczenia woli pojawiających się w czynnościach prawnych między osobami żyjącymi. Podsumowanie §§ 1779–1781 BGB brzmiało:

Akt ostatniej woli może zostać zaskarżony, jeśli spadkodawca był w błędzie co do jego treści albo danego postanowienia w ogóle nie chciał zamieścić. To samo obo-

⁴³ S. Martens, *Durch Dritte verursachte Willensmängel*, Tübingen 2007, s. 211.

⁴⁴ H. Jakobs, W. Schubert, *Die Beratung des BGB. Allgemeiner Teil: 1–240*, Berlin 1985, s. 600–601.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 641.

⁴⁶ A. Achilles, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB*, Bd. I: *Allgemeiner Theil*, Berlin 1897, s. 118–119.

⁴⁷ Idem, *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB*. Bd. VI, Berlin 1899, s. 128–129.

⁴⁸ H. Jakobs, W. Schubert, *op. cit.*, s. 644.

⁴⁹ W I Komisji były to §§ 1779–1781 BGB.

wiązuje, gdy testament został sporządzony pod wpływem groźby lub błędu. Niewłaściwa nazwa spadkobiercy lub przedmiotu przysporzenia nie wpływa na ważność ostatniej woli⁵⁰.

Twórcy kodeksu rozważali rezygnację z określenia „bezprawna” groźba. Jako uzasadnienie podano, iż nie wystąpiły przypadki, gdy ktoś – będąc do tego uprawnionym – zmusza innego za pomocą groźby do sporządzenia aktu ostatniej woli. Słowa „bezprawna” w tym miejscu powoduje niebezpieczeństwo zaciemnienia pojęcia bezprawności znajdującego się w części ogólnej BGB. Większość odmówiła jednak usunięcia tego określenia. Zdecydowano ostatecznie pozostawić słowo „bezprawna” w artykule stanowiącym o groźbie w części ogólnej – tym bardziej słuszne według ustawodawców było pozostawienie go w artykule stanowiącym o groźbie przy sporządzaniu ostatniej woli⁵¹.

Ustalenie pojęcia groźby na gruncie części ogólnej BGB spowodowało, iż w prawie spadkowym użyto tego samego terminu⁵². Sprawdzić należy, czy – a jeśli tak, to w jaki sposób – groźba określona w części ogólnej wpływa na rozumienie pojęcia w orzecznictwie niemieckim w kontekście nieważności testamentu.

Orzecznictwo⁵³

Orzeczenie Bayerisches Oberstes Landesgericht in Zivilsachen (1960, sygn. 490)⁵⁴. Na podstawie § 2078 ust. 2 BGB powództwo zostało oparte na twierdzeniu, iż spadkodawca został nakłoniony do odwołania testamentu przez bezprawną groźbę. Sąd wskazał, iż aby można było mówić o groźbie wpływającej na ważność testamentu, muszą wystąpić następujące przesłanki:

- 1) groźba musi mieć na celu nakłonienie zagrożonego do dokonania aktu ostatniej woli,
- 2) nadto poprzez groźbę należy rozumieć zapowiedź przyszłego zła,
- 3) groźący twierdzi, iż może na takie zło wpłynąć, a w konsekwencji może ono nastąpić albo nie nastąpić, a zagrożony musi przewidywać możliwość nastąpienia takiego skutku,

⁵⁰ B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. 5: *Erbrecht*, Berlin 1899, s. 538.

⁵¹ *Ibidem*, s. 542.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Analizie poddano 22 orzeczenia sądów wyższych instancji w Niemczech (w tym BGH), od 1902 r. do dziś, dotyczące szeroko pojętego niedozwolonego oddziaływania na wolę spadkodawcy. Większość orzeczeń została wyszukana za pomocą systemu informacji prawnej Juris – Das Rechtsportal. Orzeczenia do § 2078 BGB i § 123 BGB. W orzecznictwie niemieckim nieważność testamentu na podstawie groźby rozważana jest rzadko – jedynie w pojedynczych wyrokach sądów wyższej instancji. Bogate orzecznictwo występuje w kontekście *Irrtum*.

⁵⁴ Juris – Das Rechtsportal, <https://www.juris.de> [dostęp: 23.06.2017].

- 4) groźba musi być niezgodna z prawem. Oznacza to, że sposób grożenia albo jego cel musi być bezprawny. (Groźba zgodnego z porządkiem prawnym działania, jednakże prowadząca do dezaprobowanego przez ustawę celu, obejmuje również groźbę określoną w § 123 BGB).

Sąd wskazał, iż należało nadto zbadać, czy groźący miał uzasadniony interes w osiągnięciu rezultatu, do którego zmierzał (w odwołaniu przez spadkodawcę testamentu) i czy groźba była uzasadniona i budząca obawę z perspektywy przeciętnego człowieka. Ostatecznie, według sądu, aby mówić o groźbie, potrzebne jest ustalenie, iż groźący zdaje sobie sprawę albo powinien zdawać sobie sprawę, iż jego groźby są niezgodne z dobrymi obyczajami. Biorąc pod uwagę wszystkie wymienione wyżej przesłanki, sąd uznał, iż postępowanie w niniejszej sprawie nie wykazało, że syn groził swojemu ojcu (spadkodawcy), gdyż nie było związku przyczynowego między zachowaniem syna a cofnięciem testamentu.

Przywołane wyżej orzeczenie odzwierciedla rozumienie groźby przy zakwestionowaniu ważności testamentu. Jest to rozumienie wąskie, zbieżne z tym, które wynika z części ogólnej BGB. W orzeczeniu wskazano wprost, iż groźba musi budzić obawę z perspektywy przeciętnego człowieka. Inaczej jest w prawie polskim, gdy każdorazowo wzorcem jest dany testator, podlegający wpływom w mniejszym lub większym stopniu. W wyroku uwydatniona została także kwestia dowodowa. Wskazano, iż postępowanie nie wykazało, aby syn groził swojemu ojcu w związku z testamentem. Kwestia ta jest niezwykle delikatna, gdyż skoro ostateczne rozwiązanie jest korzystne dla syna, to nie ma on interesu w dokonywaniu ustaleń przeciwnych. Jednocześnie ma on największą wiedzę co do przebiegu zdarzeń. Inne osoby uprawdopodobniły, iż syn groził ojcu w związku z aktem ostatniej woli, lecz nie mogą tego udowodnić, gdyż spadkodawca nie żyje, a syn nie będzie podejmował działań na swoją niekorzyść. Takie ujęcie groźby powoduje, iż znajdzie ona zastosowanie jedynie w niewielu przypadkach.

W orzeczeniu Bayerisches Oberstes Landesgericht in Zivilsachen z dnia 3 października 1989 r., sygn. 1AZ 23/89⁵⁵, stwierdzono, iż brak jest przesłanek do zakwestionowania testamentu z dnia 10 sierpnia 1986 r. Pomiędzy dziećmi spadkodawczyni miało dojść do silnych sporów na tle tego, czy przed sporządzeniem testamentu miał miejsce incydent, podczas którego syn groził spadkodawczyni. Wielu świadków wskazywało, iż groźby miały miejsce: bardzo zdenerwowany syn rzucał w ogrodzie spadkodawczyni krzesłami w altanę ogrodową i groził testatorce, że utopi ją w studni. Okazało się jednak, że różnice w wersjach świadków są znaczne. Sąd wskazał, iż pozostaje kwestią

⁵⁵ *Ibidem.*

otwartą, czy tego rodzaju zdarzenie należy oceniać jako groźbę. Jednakże kluczowy dla sprawy był fakt, iż nie udowodniono, że to zdarzenie znacząco, albo co najmniej z dużym prawdopodobieństwem, wpłynęło na ostatnią wolę zmarłej. Sam wiek wymagającej opieki spadkodawczyni nie mógł uzasadniać takiego twierdzenia. Sąd stwierdził, że testament został sporządzony kilka dni po zdarzeniu. W związku z tym nie da ustalić się jednoznacznie, czy spadkodawczyni znalazła się w sytuacji bez wyjścia i była zależna od woli syna. Nie ma również dowodów przemawiających za tym, iż w dniu sporządzenia testamentu syn przebywał w domu spadkodawczyni. Nie można też wykluczyć, iż testatorka, po przemyśleniu całej sytuacji, odwołałaby testament, który nie odpowiadałby jej rzeczywistej woli. Nadto przeprowadzone postępowanie, w tym wypowiedź lekarza rodzinnego, nie wskazują na to, iż testatorka w czasie sporządzania testamentu miałaby być niezdolna do testowania. Testament został uznany za ważny.

Przedmiotowe orzeczenie również opiera się na rozumieniu groźby przedstawionym w części ogólnej BGB. Sąd wskazuje, iż nie wiadomo, w jakim stopniu zdarzenie wpłynęło na proces decyzyjny spadkodawczyni. Nie badano, czy z uwagi na wiek spadkodawczyni mogła być w większym stopniu podatna na wpływy syna, czy groźby wywołały u niej strach, który spowodował sporządzenie testamentu tak, aby uspokoić awanturnika. Oparto się jedynie na stwierdzeniu, iż spadkodawczyni mogła odwołać testament, jednak nie wiadomo, czy żyła w strachu przed synem. Nadto nie podlegało ustaleniu na przykład to, czy była osobą uległą, a syn miał na nią dominujący wpływ. Orzeczenie odzwierciedla spojrzenie na testatora jako na przeciętnego, silnego emocjonalnie człowieka. Nie jest rozważana kwestia problemów, jakie niesie za sobą starość.

Z orzecznictwa⁵⁶ wynika także, iż należy odróżnić groźbę od pewnych obiektywnych trudności. Nie będzie groźbą sytuacja, gdy spadkodawca – uciekinier z dawnej Niemieckiej Republiki Demokratycznej, nie mógł z przyczyn obiektywnych dysponować tamtejszym majątkiem nieruchomości. Sąd wskazał, iż obowiązujące w tamtejszym czasie przepisy w dużym stopniu wpłynęły na wolę spadkodawcy, gdyż majątek uciekiniera z NRD został wywłaszczony. Nie ma wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie spadkodawca miał świadomość swojej trudnej sytuacji. Jednakże nie można uznać, iż sytuacja polityczna była szeroko rozumianą „bezprawną groźbą”, która oddziaływała na wolę spadkodawcy⁵⁷. Za groźbę w stosunku do danego testatora nie może być uznana sytuacja polityczna. Wąskie, klasyczne rozumienie groźby,

⁵⁶ OLG Köln DtZ 1993, 215, Juris – Das Rechtsportal [dostęp: 23.06.2017].

⁵⁷ J. Staudinger, *Kommentar zum BGB*, Buch 5: *Erbrecht 2064–2196*, Berlin 2013, s. 185–186.

odnoszące się do części ogólnej, nie pozwala na uwzględnienie rzeczywistej sytuacji strachu, w jakiej znalazła się dana osoba. Badanie sytuacji przeciętnego człowieka nie jest w tym przypadku adekwatne, gdyż sytuacja tej konkretnej osoby daleka jest od typowości. W wielu przypadkach, w związku z bardzo precyzyjnym ujęciem groźby, możliwe jest rozpatrywanie sytuacji na gruncie innych niemieckich rozwiązań prawnych, chociażby § 138 BGB, dotyczącego dobrych obyczajów, czy też Heimgesetz. W niniejszym przypadku wąskie rozumienie pojęcia uniemożliwia rzeczywistą ochronę woli spadkodawcy, gdyż groźba przy sporządzeniu testamentu, tak jak w części ogólnej, uwzględnia jedynie sytuacje standardowe.

Ponadto, zgodnie z orzecznictwem⁵⁸, stwierdzenie osoby trzeciej (w tym przypadku księdza), iż testator „nie pójdzie do nieba”, jeśli nie sporządzi testamentu danej treści, nie może stanowić groźby, gdyż nie dotyczy przyszłego zła, które jest zależne od woli osoby grożącej. W przedmiotowej sprawie nie udowodniono, iż na treść testamentu wpłynęła bezprawna groźba księdza. Spadkodawca w treści swojego testamentu wskazał, iż sporządził ostatnią wolę z uwagi na wymuszenie księdza, które polegało na stwierdzeniu, iż w innym wypadku testator „nie pójdzie do nieba”. Mimo potwierdzenia przez świadków, iż taka wypowiedź rzeczywiście miała miejsce, sąd uznał, iż nie spełnia ona przesłanek groźby, w tym zła realnego, na który wpłynąć może osoba trzecia.

Niniejszy przykład obrazuje, iż badane są jedynie przesłanki wynikające z przepisów ogólnych BGB, nie jest zaś rozważana rzeczywista obawa, którą w danych okolicznościach mogła mieć konkretna osoba. Przede wszystkim zachowany jest wymóg bezprawności groźby. Gdyby w prawie spadkowym rozważano jakąkolwiek groźbę, a nadto osobowość, charakter i inne indywidualizujące cechy danego spadkodawcy, omawiana regulacja mogłaby znaleźć zastosowanie w większej liczbie przypadków.

Inne rozwiązania prawne mające na celu ochronę rzeczywistej woli testatora

Orzecznictwo ilustruje, iż groźba w części ogólnej i groźba w prawie spadkowym rozumiane są w prawie niemieckim, co do zasady, analogicznie. Taki stan rzeczy bywa jednak krytykowany⁵⁹. Powoduje on, iż zakres przypadków, w których omawiana regulacja będzie mogła znaleźć zastosowanie, jest niewielki. W konsekwencji doktryna niemiecka stworzyła rozwiązania, które chronią spadkodawcę przed szeroko pojętymi wpływami na jego wolę. Testa-

⁵⁸ KG Berlin, 7.09.1999, 1 W 4291/98, Juris – Das Rechtsportal [dostęp: 23.06.2017].

⁵⁹ Por. S. Martens, *op. cit.*, s. 211.

ment może być nieważny z powodu braku zdolności do sporządzenia testamentu⁶⁰ (§ 2229 pkt 4 BGB w związku z § 104 BGB), a także z uwagi na jego sprzeczność z dobrymi obyczajami (§ 138 pkt 1 BGB)⁶¹.

Co do pierwszej sytuacji, w wyroku niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (Bundesgerichtshof)⁶² wskazane zostało, iż niezdolne do testowania są te osoby, które nie mogą sformułować klarownych, jasnych argumentów, dlaczego ich ostatnia wola brzmieć ma w dany sposób (§ 2229 pkt 4 BGB w związku z § 104 BGB). Ich osąd jest zaburzony przez wpływ choroby i w związku z tym nie mogą z odpowiednim rozeznaniem odróżnić wpływów zainteresowanych osób trzecich od swoich własnych decyzji. Wskazać należy, iż zdolność do testowania jest badana zawsze w pierwszej kolejności. Jeśli spadkodawca mógł sporządzić ważny testament, wtedy dopiero powstaje pytanie, czy wola testatora nie została zaburzona poprzez wadę oświadczenia woli. Zauważyć należy, iż w przypadku sporządzenia testamentu jest to skomplikowane o tyle, iż w dużej mierze choroby testatora, które mogą mieć wpływ na zdolność do testowania, występują łącznie z nadmiernymi wpływami osób trzecich na wolę spadkodawcy.

Co do drugiej sytuacji, klauzula generalna dobrych obyczajów (§ 138 pkt 1 BGB) obejmuje różnorodne przypadki. Tytułem przykładu: sprzeczne z dobrymi obyczajami jest wykorzystanie w stosunku do testatora dominującej pozycji wynikającej ze stosunku zaufania. Tak też nieważny będzie testament w części, w której dokonano przysporzenia na rzecz lekarza pod jego dominującym wpływem czy sugestią. Jednakże gdy testator posłucha zwykłych prośb, niemających charakteru niedozwolonego oddziaływania, takie rozrządzenie będzie ważne, gdy nie było wynikiem konieczności, zależności czy też nadmiernej słabości testatora. Poprzez klauzulę dobrych obyczajów prawo niemieckie zwalczać może różne typy niedozwolonego oddziaływania na wolę spadkodawcy, powodując jednak efekt negatywny – nieważności testamentu, z uwagi na niemożność poznania rzeczywistej woli zmarłego⁶³.

Nadto wskazać należy, iż ustawa Heimgesetz z 1974 r. zakazywała przyjmowania przysporzeń majątkowych przez pracowników domów opieki od osób będących pod ich pieczę. Jeśli jednak pensjonariusz zdecydował się na

⁶⁰ Por. Ch. Baldus, § 104 BGB, [w:] *NomosKommentar. BGB. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2016, s. 16–17.

⁶¹ Na temat wyzysku w prawie niemieckim w kontekście nieekwiwalentności świadczeń zob. J. Andrzejewski, *Laesio enormis i wyzysk. Tradycja prawna a przeciwdziałanie nieekwiwalentności świadczeń w prawie prywatnym Austrii, Niemiec oraz Polski*, niepubl. praca doktorska, UAM, 2015, s. 91–99.

⁶² BGH FamRZ 1958 127/128, Juris – Das Rechtsportal [dostęp 23.06.2017].

⁶³ J. Wierciński, *Brak świadomości albo swobody przy sporządzaniu testamentu*, Warszawa 2013, s. 236–237.

takie rozrządzenia, to były one nieważne. Obecnie w Niemczech nie ma jednolitej ustawy dotyczącej domów spokojnej starości. Regulację taką mogą wprowadzić poszczególne landy, a zakres ochrony spadkodawcy będzie zależał od poszczególnych uregulowań ustawowych. Obowiązujące ustawy odnoszące się do domów spokojnej starości dotyczą sytuacji najbardziej typowych i chronią schorowanych spadkodawców przed niedozwolonym oddziaływaniem opiekunów.

Groźba (przemoc psychiczna) we francuskim prawie spadkowym

W obecnym brzmieniu przepisy francuskiego Code civil (CC) z zakresu zobowiązań, które znajdują zastosowanie, to artykuły 1140–1143 CC⁶⁴. Artykuł 1140 CC⁶⁵ definiuje przemoc (*violence*): przemoc występuje, gdy strona wywiera na kontrahencie presję powodującą w nim obawę rzeczywistego niebezpieczeństwa, co do jego osoby, majątku albo bliskich.

W zakresie prawa spadkowego zastosowanie znajdzie art. 901 CC⁶⁶, który uległ zmianie w 2006 r. Jego obecne brzmienie jest następujące: aby uczynić szczodroblivość (dyspozycje pod tytułem darmym – *libéralité*), trzeba być zdrowym na umyśle. Szczodroblivość jest nieważna z uwagi na błąd, podstęp czy przemoc.

Prace przygotowawcze nad francuskim kodeksem cywilnym w zakresie prawa spadkowego⁶⁷

W prawie francuskim zasadą jest, iż wszystkie osoby mogą nieodpłatnie dysponować i nabywać przez umowę darowizny albo testament, chyba że ustawa stanowi, że z jakichś powodów są do tego niezdolni. Wola tego, który dysponuje, powinna być pewna, wolna od jakichkolwiek wątpliwości. Wola nie może istnieć, jeśli człowiek nie jest zdrowy na umyśle⁶⁸. Stwierdzono również, iż ten, kto dysponuje swoim majątkiem, osiągnął już dany wiek, ma swoją wiedzę, którą się kieruje. Wola prowadząca do szczodroblivości musi być także wolna od jakiegokolwiek przymusu ze strony innych osób. „Zawład-

⁶⁴ W brzmieniu ustalonym Ordonnance n°2016-131, 10.02.2016, art. 2.

⁶⁵ „Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable”.

⁶⁶ „Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence”.

⁶⁷ P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 12, Paris 1836, s. 518–522, 579–581, 583–584.

⁶⁸ Dla twórców francuskiego kodeksu cywilnego wystarczające było określenie powyższych reguł oraz pozostawienie sędziom dużej swobody w ich zastosowaniu.

nięcie” wolą ma miejsce na przykład wtedy, gdy opiekun stosuje w stosunku do podopiecznego wielorakie nadużycia, które uniemożliwiają mu swobodne dysponowanie dobrami. Dlatego zakazano podopiecznemu testowania na rzecz opiekuna. Inaczej jest jednak w przypadku ojca i matki czy też innych wstępnych. Domniemywa się, iż kierują się oni dobrem dziecka, a nie przymusem czy autorytetem. Twierdzono, iż duży wpływ na wolę dysponującego mają także osoby, które się nim opiekowały przed śmiercią: lekarze i aptekarze. Co do zasady, te osoby nie mogą otrzymać przysporzeń od podopiecznego⁶⁹. Z uwagi na te motywy osoby, które mogą zawładnąć wolą testatora, są niezdolne do otrzymywania przysporzeń majątkowych, nawet jeśli świadczenie będzie ukryte pod formą umowy odpłatnej czy też uczynione w stosunku do osoby podstawionej. Wskazać należy, iż powyższe rozwiązanie było wynikiem doświadczenia francuskiej jurysprudenencji. Ustawa milczy na temat wady oświadczenia woli wynikającej z namowy czy wyłudzenia (*suggestion et captation*), gniewu czy niczym nieusprawiedliwionej złości spadkodawcy. Formułowano pogląd, iż ci, którzy z podobnych przyczyn podejmowali się postępowań o stwierdzenie nieważności testamentu, prawie nigdy nie znajdowali wystarczających dowodów, aby podważyć akt ostatniej woli. Z punktu widzenia interesu ogólnego, zdaniem ustawodawców, „byłoby lepiej, żeby źródło tych rujnujących i skandalicznych procesów zostało zamknięte (wysuszone)”⁷⁰. Zaobserwowano, iż wtedy jednak oszustwa mogłyby pozostać bezkarne. Aby uznać testament za nieważny, okoliczności danego przypadku powinny być tego typu, że wola dysponującego nie może być uznana za wolną albo też została całkowicie zdominowana przez nieusprawiedliwioną złość. Zbadanie tej kwestii pozostawiono sądom, które muszą zadbać o to, aby chciwi ludzie nie zawłaszczali majątku osób umierających, uderzając tym samym w interes rodziny⁷¹.

Projektodawcy CC chcieli podkreślić fakt, iż aby dokonać przysporzenia poprzez testament lub darowiznę trzeba być zdrowym na umyśle. Wskazywali, iż trzeba zachować pełnię władz umysłowych, by dokonywać jakichkolwiek aktów prawnych. Dlatego teoretycznie zastosowanie mogłaby znaleźć reguła ogólna zawarta w art. 893–900 CC. Uznali jednak, że artykuł powielający wymóg zdrowego rozsądku przy testowaniu jest niezbędny. Uzasadnieniem takiego rozwiązania było stwierdzenie, iż często człowiek dokonuje rozrządzeń testamentowych dopiero u kresu swych dni. Wskazywano na prawdopodo-

⁶⁹ Świadcstwo wdzięczności jest jednak dopuszczalne z uwagi na bogactwo dysponującego oraz świadczone usługi, a także w przypadku pokrewieństwa, które wyłącza domniemanie nadmiernego wpływu na wolę spadkodawcy.

⁷⁰ P.A. Fenet, *op. cit.*, s. 521.

⁷¹ *Ibidem*, s. 518, 519–522.

bieństwo choroby czy też pułapek ze strony tych, którzy go otaczają. Jednostka może nie być pozbawiona prawa do dysponowania przez ustawę, przy czym jej akt jedynie pozornie wyraża swobodę. Mogła ona znaleźć się w takich okolicznościach, które wpływały na jej inteligencję albo wolę w taki sposób, iż jej umysł nie był w całości wolny. Na przykład, jeśli chciwy człowiek skorzystał ze sposobności i otrzymał przysporzenie od osoby chorej, pozbawionej władzy umysłu, to czy może czerpać owoce ze swych złych poczynań⁷²?

Założeniem projektodawców CC była szeroka ochrona swobodnej woli spadkodawcy. Przede wszystkim opierano się na przesłance zdrowego rozsądku, z której z czasem wyinterpretowane zostały inne wady oświadczenia woli, w tym brak wolnej woli z uwagi na groźbę. Wprowadzono także rozmaite zakazy ustawowe mające na celu ochronę testatora z uwagi na jego wiek czy słabość. Ponadto rozważano charakterystyczne dla francuskiego prawa spadkowego wady oświadczenia woli – *captation* czy *suggestion*⁷³.

Jak rozumiana jest przemoc psychiczna we francuskim orzecznictwie⁷⁴

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu w Dijon⁷⁵ przemoc jest przyczyną nieważności testamentu, gdy jest scharakteryzowana w sposób wystarczający. Przemoc ma miejsce, gdy testament został sporządzony pod wpływem strachu, jaki zapisobierca wzbudził w testatorze, i prześladowań, których testator był obiektem.

Powyższy wyrok określa, iż w przypadku prawa spadkowego nie muszą być wypełnione wszystkie typowe, klasyczne przesłanki przemocy psychicznej, lecz wystarczający jest opis, który odzwierciedla obawę danego testatora. Jest to uzasadnione jednostronnym charakterem czynności, gdyż nie ma konieczności ochrony woli osób innych niż spadkodawca.

Zgodnie z orzecznictwem sądów francuskich przemoc może być zarówno fizyczna, jak i psychiczna. Przedmiotowa wada oświadczenia woli przybiera-

⁷² *Ibidem*, s. 579–581, 583–584.

⁷³ Stwierdzono jednak, że umieszczenie tychże wad oświadczenia woli w kodeksie będzie niecelowe, z uwagi na skandalizujący charakter procesów, a nadto nadmierne trudności dowodowe.

⁷⁴ Analizie poddano 53 orzeczenia sądów we Francji –, co do zasady Cour de Cassation, od 1860 r. do dziś, dotyczące szeroko pojętego niedozwolonego oddziaływania na wolę spadkodawcy. Większość orzeczeń została wyszukana w *Recueil Dalloz* oraz systemie informacji prawnej Juris Classeur. Orzeczenia do art. 901 Code civil.

W prawie francuskim występują pojedyncze orzeczenia Cour de Cassation, które odnoszą się do nieważności testamentu na podstawie groźby; istnieje bogate orzecznictwo w zakresie niedozwolonego oddziaływania na wolę spadkodawcy w postaci podstępu.

⁷⁵ Sąd w Dijon, 17.07.1872 [S.73.2.10]; J.-B. Sirey, *Recueil general des lois et des arrest en matiere civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris 1873, s. 10.

jąca formę presji na starszego i schorowanego człowieka, rzadko spotykana w prawie zobowiązań, występuje na gruncie prawa spadkowego. W przypadku szczodrobliwości przybiera formę nadmiernego wpływu wywieranego na dysponującego, często osoby słabszej i uległej⁷⁶. Nadużycia psychiczne związane są z oczernianiem spadkobierców, a dodatkowo uczucie strachu dysponującego popycha go do dokonywania nieodpłatnych przysporzeń na rzecz „dręczyciela”.

Wyżej wymienione przypadki nie mają charakteru typowych gróźb, które pojawiają się na gruncie prawa zobowiązań. Przedmiotowe orzeczenia uwzględniają indywidualizm każdego spadkodawcy, odczuwany przez niego strach i jego reakcję na wywieraną presję.

W jednym z orzeczeń francuski sąd⁷⁷ orzekł, iż zapisy, które uczyniła właścicielka domu na rzecz służącej, są nieważne, z uwagi na przemoc i podstęp. Testatorka była schorowana, słaba z uwagi na wiek i pozostawała pod dominującym wpływem służącej. Grożono jej, że zostanie pozostawiona sama w potrzebie, a opieka nie będzie świadczona. W tym samym czasie spadkobiercy ustawowi byli oczerniani. Dowód zaistnienia groźby i obawy był dla sądu wystarczający, gdyż darczyńca podczas rozmowy z notariuszem stwierdził, że musi dokonać darowizny. Ustalono, iż wywierana presja dotyczyła serii zachowań, które spowodowały, iż dysponująca musiała dokonać aktu szczodrobliwości na rzecz opiekunki.

W przedmiotowej sprawie przemoc i podstęp charakteryzowane są poprzez przyzmat danej osoby i jej odczuć. Sytuacja, w której znalazła się testatorka, uniemożliwiała jej jakąkolwiek obronę przed wpływem wywieranym przez osoby trzecie.

Cour de Cassation uznał także, że testament chorego, sparaliżowanego i starego spadkodawcy jest nieważny, gdyż został sporządzony pod wpływem obawy, że jeśli nie dokona rozrządzenia na rzecz opiekuna, to zostanie porzucony. Podobnie podstawą stwierdzenia nieważności testamentu może stać się presja pielęgniarki wywierana na starym i poważnie chorym testatorze, żyjącym w strachu przed porzuceniem. Sąd w swym orzeczeniu uznał testament sporządzony na korzyść pielęgniarki spadkodawcy za nieważny z powodu oszukańczych manewrów (*manoeuvres dolosives*) dokonywanych przez opiekunkę. Wskazano, iż testator zachował jasność umysłu, ale z uwagi na wiek i poważną chorobę stał się podatny na wywierany przez pielęgniarkę wpływ. Dla spadkodawcy opiekunka była niezbędna, więc w obawie,

⁷⁶ Por. req. 15.07.1878 [DP 1879.I.22, S.1879.I.593]; J.-B. Sirey, *Recueil general des lois et des arrest en matiere civile, criminelle, administrative et de droit public*, Paris 1879, s. 593.

⁷⁷ Req. 19 juin 1877 [D.78.1.160]; R. Demogue, *Code civil annoté*, t. 2, Paris 1936, s. 494–495.

że zostanie przez nią porzucony, w testamencie uczynił ją swoim jedynym spadkobiercą⁷⁸.

Przedmiotowe orzeczenie określa granice przemocy psychicznej niezbędnej do stwierdzenia nieważności testamentu. Sąd wziął pod uwagę sytuację, w której znalazł się spadkodawca. Zmarły nie mógł odmówić sporządzenia testamentu na rzecz opiekunki, gdyż inaczej zostałby pozbawiony jej opieki, która była dla niego niezbędna. Przemoc psychiczna prowadząca do podważenia dyspozycji testamentowych może mieć mniejsze nasilenie niż groźby prowadzące do zawarcia umowy między żyjącymi. Spadkodawca nie mógł wyrazić swojej woli z uwagi na trudne położenie – wiek i chorobę, które doprowadziły do sporządzenia testamentu niezgodnego z jego rzeczywistą wolą.

Podsumowując, stwierdzić należy, iż groźba w prawie spadkowym odrywa się od rozumienia tego pojęcia w prawie zobowiązań. Z uwagi na często występującą u człowieka starszego słabość i nadmierną skłonność do ulegania sugestiom, zastosowanie terminu groźby na gruncie prawa spadkowego jest szersze. Dzięki temu uwzględnia przymusowe położenie spadkodawcy i pozwala rozważyć każdy przypadek z osobna pod kątem obawy i jej wpływu na dokonanie przysporzenia.

Konsekwencje braku części ogólnej dla rozumienia pojęcia groźby (przemocy psychicznej) w prawie spadkowym

Z uwagi na brak części ogólnej w Kodeksie Napoleona doktryna, odnosząc się do wad oświadczenia woli w prawie spadkowym, stosuje odpowiednio przepisy prawa zobowiązań, uwzględniając swoiste elementy dyspozycji na wypadek śmierci, takie jak na przykład łatwość w przejmowaniu woli innych osób z uwagi na wiek⁷⁹. Dlatego uznać można, iż uogólnienie odnajduje swój trzon w przepisach prawa zobowiązań. Wady oświadczenia woli są rozumiane zgodnie z treścią artykułu 1130 CC⁸⁰ i następnych, które odnoszą się do stosunków odpłatnych między osobami żyjącymi, przy czym w sytuacji nieodpłatnych przysporzeń na wypadek śmierci wady oświadczenia woli są rozumiane szerzej⁸¹.

Chociaż brak jest definicji groźby na gruncie prawa spadkowego, to twórcze rozumienie terminu znajduje wyraz w orzecznictwie. Nadto, mimo postulatów twórców CC, wady oświadczenia woli związane z niedozwolonym

⁷⁸ Cour de Cassation, nr 462, 7.07.1965; „Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles” 1965, t. II, s. 346.

⁷⁹ B. Beignier, *Liberalites et successions*, Paris 2010, s. 44–45.

⁸⁰ W brzmieniu ustalonym Ordonnance n° 2016-131, 10.02.2016, art. 2.

⁸¹ P. Malaurie, *Les successions. Les liberalites*, Paris 2008, s. 153.

oddziaływaniem osób trzecich na wolę testatora – *captation* i *suggestion* – mające korzenie w dawnym prawie francuskim, wciąż są żywo dyskutowane we francuskim orzecznictwie.

Inne rozwiązania prawa francuskiego chroniące spadkodawcę przed niedozwolonym wpływem

Innym rodzajem niedozwolonego oddziaływania na wolę spadkodawcy w prawie francuskim jest podstęp⁸². Opiera się na manewrach osoby trzeciej, które wywołują w dysponującym nieusprawiedliwioną złość w stosunku do jego spadkobierców ustawowych i silne uczucie w stosunku do osoby stosującej podstęp. W dawnym prawie francuskim wykształciły się wady oświadczenia woli: wyłudzenie (*captation*) i namowa (*suggestion*), które odnosiły się przede wszystkim do aktów pod tytułem darmym albo czynności nieodpłatnych. Dotyczyły one sytuacji, gdy szczodrobliwłość darczyńcy nie wynikała z jego własnej inicjatywy, lecz była spowodowana sztuczkami osoby trzeciej, która działała wyłącznie na swoją korzyść⁸³. Przedmiotowe wady oświadczenia woli nie znajdują swojego odzwierciedlenia w CC – zostały objęte pojęciem podstępu, jednakże są nadal żywo powoływane są w orzecznictwie sądów francuskich⁸⁴.

Aby można było mówić o podstępie, muszą występować podstępne działania, sztuczki, kłamliwe insynuacje, takie jak: przechwycenie korespondencji, odseparowanie od przyjaciół, odsyłanie domowników, oszczerstwa wobec rodziny. Czasami nawet zamknięcie dysponującego w pokoju było uważane za niedozwolone oddziaływanie na wolę spadkodawcy. W orzeczeniu sądu w Tuluzie⁸⁵ stan faktyczny przedstawiał się następująco: mąż zamknął swoją żonę w pokoju na pięć ostatnich dni jej życia, w związku z tym uniemożliwił przybycie notariuszy. W konsekwencji schorowana, starsza kobieta nie mogła sporządzić testamentu. W wielu orzeczeniach stwierdzono, iż jednokrotne zdarzenie nie może jeszcze decydować o istnieniu podstępu. Należy badać raczej zespół zdarzeń o charakterze oszukańczym. Nie ma jednak wątpliwości, iż sądy powinny brać pod uwagę większy lub mniejszy stopień wrażliwości danego spadkodawcy, co ma szczególne znaczenie w przypadku wpływu osób trzecich⁸⁶.

⁸² Jest to wada oświadczenia woli najczęściej podnoszona na gruncie prawa spadkowego, jest też najbardziej „pojemna”.

⁸³ P. Malaurie, *op. cit.*, s. 154–155.

⁸⁴ Por. np. Cour de Cassation, Izba I, 12 nov. 1957.

⁸⁵ Sąd w Tuluzie, 16.05.1865 [DP 1865.II.202]; „Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles” 1965, t. II, s. 202.

⁸⁶ P. Malaurie, *op. cit.*, s. 155.

Rozwinięciem konstrukcji wyłudzenia i namowy są przepisy art. 909 CC, które określają zakazy testowania na rzecz określonych osób: lekarzy, pielęgniarzy czy też duchownych, którzy z uwagi na swój status podejrzewani mogą być o nadmierny wpływ na często starszego i schorowanego człowieka⁸⁷. Przepisy te zostały wprowadzone, aby chronić osoby umierające przed niedozwolonymi wpływami osób sprawujących nad nimi opiekę.

Podsumowanie

W polskim Kodeksie cywilnym groźba w kontekście nieważności testamentu jest rozumiana szerzej, niż wynika to z części ogólnej – brana jest pod uwagę sytuacja konkretnego testatora. W BGB groźba badana w aspekcie ważności aktu ostatniej woli rozumiana jest w sposób podobny do rozumienia wynikającego z części ogólnej – brana jest pod uwagę sytuacja przeciętnego człowieka, jednakże rzeczywistą ochronę przed wpływami osób trzecich zapewniają inne rozwiązania prawne. W prawie francuskim przemoc psychiczna mająca wpływ na ważność rozrządzeń rozumiana jest szerzej, niż wynika to z części dotyczącej zobowiązań – brana jest pod uwagę sytuacja konkretnego testatora, nadto ochrona przed wpływami osób trzecich jest też zapewniana przez inne konstrukcje prawne.

Należy zadać pytanie o specyfikę groźby kierowanej do testatora, a także o funkcjonalność tejże wady oświadczenia woli w odniesieniu do innych środków ochrony przed niedozwolonym oddziaływaniem.

W prawie polskim groźba wynikająca z części ogólnej jest rozumiana w sposób odmienny niż w prawie spadkowym. Inaczej mówiąc, sąd nie może w prosty sposób sprawdzić przesłanek z części ogólnej, aby mówić o groźbie w prawie spadkowym. Groźba w prawie spadkowym wykazuje swoistość poprzez konieczność badania każdorazowo sytuacji danego testatora. Spadkodawca może chorować, przez co może być bardziej narażony na presję wywieraną przez osobę trzecią. Sąd powinien zbadać nie tylko, na co chorował spadkodawca, w jakim jest wieku oraz jaki był jego charakter, ale także konsekwencje tychże okoliczności dla stwierdzenia, czy dana groźba mogła wzbudzić w nim uzasadnioną obawę, czy był podatny na czyjeś wpływy i sugestie. W prawie polskim co do zasady nie występują inne rozwiązania chroniące testatora przed wpływami osób trzecich, poza koncepcją braku świadomości i swobody przy sporządzaniu testamentu. Dotyczy ona jednak w większym zakresie wewnętrznych uwarunkowań testatora, które uniemożliwiają podjęcie woli w sposób nieskrępowany⁸⁸.

⁸⁷ J. Wierciński, *op. cit.*, s. 233.

⁸⁸ Więcej na ten temat: J. Wierciński, *op. cit.*

Tabela 1. Rozwiązania przyjęte w kodeksach cywilnych Polski, Niemiec i Francji

	Kodeks cywilny	Bürgerliches Gesetzbuch	Code civil des Français
Część ogólna	Istnieje	Istnieje	Nie istnieje
Orzecznictwo	Szersze rozumienie groźby w stosunku do części ogólnej	Wąskie rozumienie groźby, zbieżne z częścią ogólną	Szersze rozumienie groźby w stosunku do prawa zobowiązań
Przepisy	Art. 87 k.c. (część ogólna) Art. 945 k.c. (prawo spadkowe)	§ 123 BGB (<i>Allgemeiner Teil</i>) § 2078-2 BGB (<i>Erbrecht</i>)	901 CC (<i>succession</i>) 1140 CC (<i>violence</i>)
Inne rozwiązania prawne chroniące spadkodawcę przed nadmiernymi wpływami	Brak świadomości i swobody przy sporządzaniu testamentu	§ 138 BGB (<i>Guten Sitten</i> – dobre obyczaje) § 2078 abs. 2 alt. 1 BGB (<i>Motivirrtum</i> – błąd co do motywu) § 2229 abs. 4 BGB (<i>Testierunfähigkeit</i> – zdolność do testowania) Heimgesetz (regulacje prawne odnoszące się do domów starości)	909 CC – zakaz dotyczący przysporzeń na rzecz lekarzy, duchownych <i>Dol</i> – podstęp <i>Captation</i> – wyłudzenie <i>Suggestion</i> – namowa

Źródło: opracowanie własne.

W prawie niemieckim⁸⁹ groźba jest rozumiana w sposób klasyczny (zgodny z częścią ogólną), a w konsekwencji znajduje zastosowanie jedynie do niewielkiej grupy przypadków, ściśle wypełniających przesłanki z części ogólnej. Mimo formalnego podobieństwa przepisów niemieckich oraz polskich w omawianym zakresie praktyka sądowa jest odmienna. Jednakże w prawie niemieckim ochrona woli spadkodawcy przed wpływami osób trzecich jest osiągnięta poprzez inne rozwiązania prawne. W pierwszej kolejności bada się, czy choroba nie wpłynęła na zdolność testatora do testowania (§ 2229 abs. 4 BGB). W zakresie ważności testamentu rozważany jest często *Motivirrtum*⁹⁰. Nadto Heimgesetz, właściwa dla danego landu, obejmuje przypadki najczęściej omawiane na gruncie prawa spadkowego – wymuszania przez

⁸⁹ Por. J.P. Schmidt, *op. cit.*, s. 491.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 490.

opiekunów przysporzeń od swoich starszych i schorowanych podopiecznych. W przypadkach wątpliwych, uderzających w moralność, możliwa do zastosowania jest klauzula dobrych obyczajów (§ 138 BGB).

W prawie francuskim, mimo braku części ogólnej, pewne uogólnienie w zakresie przemocy psychicznej (groźby) odnaleźć można w przepisach odnoszących się do prawa zobowiązań. Rozumienie pojęcia groźby w kontekście ważności testamentu jest jednak szersze niż na gruncie prawa zobowiązań. Sąd bada obawy konkretnego testatora, nie zważając na przeciętne odczucie strachu. Nadto w prawie francuskim, wbrew woli ustawodawców, orzecznictwo odnosi się wciąż do wad oświadczenia woli wynikających z antycznego prawa – *captation* i *suggestion*, które w zamysle miały zostać objęte pojęciem podstępstwa. Nadto art. 909 CC, co do zasady, wyłącza możliwość otrzymania przysporzeń przez pewne osoby, które z uwagi na swój status mogą wywierać presję na testatora.

Sprawy dotyczące groźby kierowanej do testatora nie występują często w praktyce sądowej. Wynika to przede wszystkim z trudności dowodowych. Jednakże z uwagi na fakt, iż groźby są tylko jednym ze sposobów niedozwolonych oddziaływań na testatora, w praktyce państw pojawiają się rozwiązania alternatywne, chroniące wolę spadkodawcy przed bezprawnym wpływem.

Abstract

Undue influence on the will of testator. Threats and invalidity of the testament in Polish Civil Code, German BGB and French Code civil

The subject of this article is the understanding of undue influence, more precisely threats on the will of testator, in Polish Civil Code, German BGB and French Code civil. The aim of the paper is to examine how the term of undue influence on the will of testator is understood in legislative works and court cases. There are just a few cases about a threat on the will of testator in each country. Therefore, it turned out that it is necessary to show others solutions about protecting his will.

Key words: threat, undue influence, succession law, testator

Streszczenie

Niedozwolone oddziaływanie na wolę testatora. Groźba a nieważność testamentu. Analiza porównawcza Kodeksu cywilnego, Bürgerliches Gesetzbuch oraz Code civil des Français

Celem artykułu jest przedstawienie, jak szeroko rozumiane jest niedozwolone oddziaływanie, a precyzyjniej – groźby kierowane do testatora, w polskim Kodeksie cywilnym, niemieckim BGB oraz francuskim Code civil. Badaniem zostały objęte prace

kodyfikacyjne oraz orzecznictwo. Stwierdzić należy, iż wyroków dotyczących groźby w stosunku do testatora nie jest wiele, dlatego niezbędne okazało się wskazanie także innych, bardziej funkcjonalnych rozwiązań prawnych chroniących wolę testatora przed niedozwolonym oddziaływaniem.

Słowa kluczowe: groźba, niedozwolone oddziaływanie, prawo spadkowe, testator

Izabela Ciszek-Łudzik

doktorantka, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie; radca prawny

Dochodzenie roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem od świadka koronnego

Wprowadzenie

Problem świadka koronnego w Polsce pojawił się wraz ze zmianami politycznymi i gospodarczymi po 1989 r. Oprócz pozytywnego wymiaru społeczno-gospodarczego, przyniosły one też skutki negatywne. W tym okresie odnotowano niezwykle gwałtowny wzrost przestępczości, w tym przede wszystkim przestępczości zorganizowanej. Niewątpliwie był to czas chaosu i niestabilności spowodowany trudnym okresem transformacji ustrojowej państwa polskiego. Organy ścigania nie dysponowały ani doświadczeniem, ani odpowiednimi rozwiązaniami prawnymi, które pozwoliłyby na skuteczną walkę z tymi zjawiskami. Postanowiono wprowadzić nowy, nieznany na gruncie polskim instrument służący do zwalczania tego rodzaju przestępczości¹. Po wieloletnich dyskusjach w Sejmie w dniu 25 czerwca 1997 r. uchwalono ustawę o świadku koronnym² (dalej: u.ś.k.), która po raz pierwszy wprowadziła rozwiązanie polegające na przyznaniu nagrody w postaci niepodlegania karze za popełnione przestępstwa w zamian za pomoc w ujawnieniu okoliczności przestępstw. Instytucje świadka koronnego uważano za najistotniejszy środek prawny w walce z przestępczością zorganizowaną.

Zakres zastosowania instytucji świadka koronnego

Świadkiem koronnym, zgodnie z art. 2 u.ś.k jest podejrzany, który został dopuszczony do składania zeznań w charakterze świadka. Zgodnie z art. 71

¹ Por. Z. Gostyński, „Świadek koronny” – „istota nieznaną?”, „Palestra” 1996, nr 1–2, s. 22–38

² Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym, tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1197.

§ 1 k.p.k.³ za podejrzanego uważa się osobę, wobec której wydane zostało postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo bez wydania takiego postanowienia postawiono jej zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego. Zarzut postawiony podejrzanemu musi obejmować przestępstwa określone w art. 1 u.ś.k. Przepisy u.ś.k. stosuje się w sprawach o każde przestępstwo lub przestępstwo skarbowe popełnione w zorganizowanej grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, jak również w sprawach o przestępstwa wyliczone enumeratywnie w art. 1 ust. 2 u.ś.k., bez konieczności popełnienia ich w zorganizowanej grupie czy związku⁴.

Instytucja świadka koronnego w polskim systemie prawa opiera się na konwersji ról procesowych. Konwersja roli polega na przejściu z jednej kategorii uczestników do drugiej, ale w obrębie tego samego procesu karnego, zmierzającego do rozstrzygnięcia odpowiedzialności karnej za stwierdzony czyn zabroniony⁵. Sprawca przestępstwa – w ramach tego samego postępowania – z podejrzanego staje się świadkiem⁶. Instytucja świadka koronnego może zostać zastosowana wyłącznie na etapie postępowania przygotowawczego, ponieważ status podejrzanego można uzyskać wyłącznie na tym etapie. Nie ma możliwości konwersji oskarżonego w świadka koronnego, czyli po wniesieniu aktu oskarżenia⁷.

Aby otrzymać status świadka koronnego, podejrzany musi spełnić szereg pozytywnych przesłanek. Dopiero ich łączne spełnienie uprawnia prokuratora do wystąpienia z wnioskiem o nadanie podejrzanemu statusu świadka koronnego.

Po pierwsze, podejrzany do chwili wniesienia aktu oskarżenia do sądu w swoich wyjaśnieniach przekazuje organowi prowadzącemu postępowanie informacje, które mogą przyczynić się do ujawnienia okoliczności przestępstwa, wykrycia pozostałych sprawców, ujawnienia dalszych przestępstw lub zapobieżenia im (art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. a u.ś.k.). Wystarczy, aby podejrzany spełnił jedną z czterech powyższych przesłanek. Przekazanie informacji

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1904.

⁴ Por. C. Sońta, *Zorganizowana grupa i związek przestępny w polskim prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa – zarys problematyki (część II)*, WPP 1997, nr 2, s. 26–28.

⁵ M. Gabriel-Węglowski, *Ustawa o świadku koronnym. Komentarz. Zarys instytucji w Europie*, Warszawa 2011, s. 66; E. Kowalewska, *Wybrane problemy instytucji świadka koronnego ze szczególnym uwzględnieniem regulacji niemieckich*, „Przegląd Policyjny” 1997, nr 3, s. 31.

⁶ P. Korbal, *Świadek koronny – instrument zwalczania przestępczości zorganizowanej. Kilka refleksji z praktyki*, [w:] *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny, terroryzm – w ujęciu praktycznym*, red. E.W. Pływaczewski, Kraków 2005, s. 337.

⁷ M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*, s. 74.

ma nastąpić podczas składania wyjaśnień przez podejrzanego i wyłącznie do momentu wniesienia aktu oskarżenia do sądu, a więc w postępowaniu przygotowawczym. Przekazanie informacji należy rozumieć jako przekazanie wiedzy o znanych sprawcy faktach, przy czym wiedza ta nie może być znana w całości lub choćby tylko częściowo organom ścigania⁸. Podejrzanym nie musi przykazywać wszystkich informacji, które są mu znane. Ważne jest, aby dotyczyły przede wszystkim okoliczności przestępstwa, określonego w art. 1 u.ś.k. Jeżeli podejrzanym ujawnia okoliczności innego przestępstwa, to wobec tych postępowań karnych będzie występował jako „zwykły świadek”⁹. Oczywiście ujawniona wiedza musi być przydatna w tym sensie, iż bez tych informacji nie można byłoby w ogóle ujawnić okoliczności przestępstwa, wykryć pozostałych sprawców, ujawnić dalszych przestępstw lub zapobiec im¹⁰. Kolejnym obligatoryjnym warunkiem nadania statusu świadka koronnego jest ujawnienie przez podejrzanego swojego majątku oraz majątku innych sprawców przestępstw wymienionych w art. 1 u.ś.k. Przepis nie pozostawia wątpliwości, że kandydat na świadka koronnego powinien podać informację o wszystkich składnikach swego majątku oraz pozostałych sprawców. Zatajenie przez świadka koronnego majątku posiadanego przed nadaniem tego statusu, stanowi podstawę do uchylenia statusu świadka koronnego¹¹.

Na podejrzanym spoczywa jeszcze jeden warunek obligatoryjny, polegający na zobowiązaniu się do złożenia przed sądem wyczerpujących zeznań dotyczących osób uczestniczących w przestępstwie lub przestępstwie skarbowym oraz pozostałych okoliczności popełnienia przestępstwa z art. 1 u.ś.k. (art. 3 ust. 1 pkt 2 u.ś.k.). Takie zeznania muszą obejmować nie tylko okoliczności przestępstwa popełnionego przez sprawcę ubiegającego się o status świadka koronnego. Ustawa w art. 3 ust. 2 wprowadza dodatkowy, fakultatywny warunek otrzymania statusu świadka koronnego w postaci zobowiązania się podejrzanego do zwrotu korzyści majątkowej odniesionej z przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz naprawienia szkody nimi wyrządzonej.

Podejrzanym, któremu przyznano status świadka koronnego, nie podlega karze za przestępstwa lub przestępstwa skarbowe określone w art. 1 u.ś.k., w których uczestniczył i które jako świadek koronny ujawnił trybie określonym w ustawie. Immunitet bezkarności obejmuje wyłącznie przestępstwa

⁸ E. Kowalewska-Borys, *Świadek koronny w ujęciu dogmatycznym*, Kraków 2004, s. 197;

⁹ T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 1 ustawy o świadku koronnym*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, LEX/el., poz. 4.

¹⁰ E. Kowalewska-Borys, *op. cit.*, s. 198.

¹¹ M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*, s. 85–87.

wymienione w art. 1 ustawy¹². W razie ewentualnego ujawnienia przez świadka koronnego innych przestępstw niż określone w art. 1 ustawy, świadek koronny ponosić będzie odpowiedzialność karną na zasadach ogólnych¹³.

Roszczenia cywilne pokrzywdzonego wobec świadka koronnego

Ustawodawca, decydując się na zwalczanie przestępczości zorganizowanej za pomocą instytucji świadka koronnego oraz przyznając mu immunitet niepodlegania karze za popełnione przestępstwa, zapomniał o zabezpieczeniu interesu pokrzywdzonego w zakresie możliwości dochodzenia przez niego roszczeń cywilnych, wynikających z popełnionego przestępstwa. Pokrzywdzony przestępstwem ma znacznie utrudnione możliwości dochodzenia roszczeń cywilnych wynikających bezpośrednio z przestępstwa, zarówno w postępowaniu karnym, jak i cywilnym. W literaturze podnosi się, iż niedoskonałość tego uregulowania prowadzi do pozbawienia pokrzywdzonego podstawowego konstytucyjnego prawa do sądu¹⁴.

Jeszcze podczas prac nad przygotowaniem ustawy o świadku koronnym Stanisław Waltoś zwracał uwagę, że immunitet świadka koronnego nigdy nie rozciąga się na sferę prawa cywilnego¹⁵. Podkreślał również, iż należy uregulować kwestię dochodzenia roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem, ponieważ w obecnym kształcie rozwiązanie to jest nie do zaakceptowania. Pomimo przeszło 20 lat obowiązywania ustawy o świadku koronnym nie wprowadzono rozwiązania, które ułatwiłoby pokrzywdzonemu skuteczne dochodzenie jego roszczeń cywilnych wynikających z popełnionego przez świadka koronnego przestępstwa.

Istotne znaczenie, również dla interesów pokrzywdzonego, miała nowelizacja wprowadzona ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy

¹² E.W. Pływaczewski, *Świadek koronny jako instrument zwalczania przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8, s. 102.

¹³ Uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 r., I KZP 44/99, OSNKW 2000/1-2/2.

¹⁴ Por. L.K. Paprzycki, *Instytucja świadka koronnego i świadka incognito w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 23–29; B. Nita, *Ustawa o świadku koronnym w świetle postanowień konstytucyjnych*, „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 14–20; eadem, *Konstytucyjne granice zwalczania przestępczości zorganizowanej (rozważania na tle instytucji świadka koronnego)*, PS 2003, nr 5, s. 87–105; J. Brylak, *Świadek koronny a zasady procesu karnego*, „Palestra” 2008, nr 11–12, s. 123–127; L.K. Paprzycki, *Zeznania świadka anonimowego i świadka koronnego w rzetelnym procesie karnym*, [w:] *Przestępczość zorganizowana. Świadek koronny...*, s. 483–485; J. Paśkiewicz, *Wybrane zagadnienia instytucji świadka koronnego w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, CzPKiNP 2004, z. 1, s. 132–143; M. Adamczyk, *Zasada równości stron a świadek koronny*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 852–862.

¹⁵ S. Waltoś, *Świadek koronny – obrzeża odpowiedzialności karnej*, PiP 1993, z. 2, s. 25.

– Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2015 r. i znacznie zmodyfikowała dotychczasowy model procesu karnego.

Pokrzywdzony przed datą 1 lipca 2015 r. mógł wystąpić przeciwko oskarżonemu z powództwem cywilnym bezpośrednio w procesie karnym. W ramach tzw. powództwa adhezyjnego pokrzywdzony mógł dochodzić roszczeń majątkowych wynikających bezpośrednio z popełnionego przestępstwa w ramach postępowania karnego, bez konieczności zwracania się w tej sprawie do sądu cywilnego¹⁶. Takie rozwiązanie, jak wskazuje się w literaturze, miało przede wszystkim na celu przyspieszenie i ułatwienie pokrzywdzonemu dochodzenia roszczeń¹⁷.

Wydane przez sąd postanowienie nadające podejrzanemu status świadka koronnego pociąga ze sobą konsekwencje procesowe dla pokrzywdzonego. Następstwem wydania postanowienia o dopuszczeniu dowodu z zeznań świadka koronnego jest wyłączenie sprawy podejrzanego do osobnego postępowania, a następnie jego zawieszenie. Zgodnie z art. 9 u.ś.k. w terminie 14 dni od uprawomocnienia się orzeczenia kończącego postępowanie, w którym występował świadek koronny, prokurator wydaje obligatoryjnie postanowienie o umorzeniu postępowania. Od tego momentu świadkowi koronnemu gwarantuje się immunitet bezkarności za przestępstwa określone w art. 1 u.ś.k., w których popełnieniu uczestniczył i które jako świadek koronny ujawnił¹⁸. Przyznanie takiego immunitetu wiąże się z pozbawieniem pokrzywdzonego możliwości dochodzenia przeciwko świadkowi koronnemu roszczeń majątkowych wynikających bezpośrednio z popełnionego przestępstwa¹⁹.

Istotną zmianę, również dla interesów pokrzywdzonego przyniosła ustawa z dnia 22 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych²⁰, która wprowadziła szereg zmian w ustawie o świadku koronnym. Ustawodawca w art. 3 ust. 1 pkt 1 u.ś.k. rozszerzył katalog przesłanek warunkujących uzyskanie przez podejrzanego statusu świadka koronnego, nakładając na niego obowiązek ujawnienia w toku składanych wyjaśnień swojego majątku oraz znanego mu majątku pozosta-

¹⁶ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. 6, Warszawa 2002, s. 31.

¹⁷ Z. Gostyński, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Z. Gostyński, t. 1, Warszawa 1998, s. 306–307.

¹⁸ Por. J. Zarębski, *Kilka uwag o art. 9 ust. 1 ustawy o świadku koronnym*, PS 2006, nr 2, s. 118.

¹⁹ B. Nita, *Instytucja świadka koronnego a dochodzenie roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem*, CzPKiNP 2002, z. 2, s. 188.

²⁰ Ustawa z dnia 22 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. z 2006 r., nr 149, poz. 1078.

łych sprawców przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o których mowa w art. 1 u.ś.k.²¹.

Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, analizowana regulacja wychodzi naprzeciw zgłaszanemu powszechnie przez praktykę i doktrynę postulatowi, aby pozbawiać sprawców owoców ekonomicznych ich przestępczej działalności, a ponadto stwarza lepsze warunki do podejmowania przez organy procesowe decyzji uzależniającej nadanie statusu świadka koronnego od zwrotu korzyści majątkowych odniesionych z przestępstwa oraz od naprawienia wyrządzonej szkody. Art. 3 ust. 2 u.ś.k. ma na celu identyfikację członków grupy przestępczej i w rezultacie ułatwienie pokrzywdzonym dochodzenia roszczeń cywilnych²². Nowelizacja art. 3 ust. 1 u.ś.k. ma charakter gwarancyjny wobec osób pokrzywdzonych przestępstwem oraz ma na celu zabezpieczenie ich interesów²³.

Jak zaznaczono w uzasadnieniu projektu, pozostawiono fakultatywny warunek określony w art. 3 ust. 2 u.ś.k., gdyż w przeciwnym razie, w przypadku nieposiadania przez świadka koronnego majątku, zobowiązanie stanie się niewykonalne, albo jego skutki ponosiłby Skarb Państwa, czyli każdy podatnik. Jednak podkreślono, że należy uzależnić dopuszczenie dowodu z zeznań świadka od zobowiązania do naprawienia szkody lub zwrotu korzyści majątkowej zawsze kiedy to możliwe²⁴.

Przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. b u.ś.k. nie pozostawia wątpliwości, że kandydat na świadka koronnego powinien podać informację o wszystkich składnikach majątku swojego oraz pozostałych sprawców. Ponieważ ani kodeks karny, ani kodeks postępowania karnego nie wprowadzają legalnej definicji majątku, zatem należy pod tym pojęciem rozumieć mienie, zdefiniowane w art. 44 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny²⁵ jako „własność i inne prawa majątkowe”²⁶.

Skutki naruszenia przepisu art. 3 u.ś.k. prowadzą do podjęcia zawieszono-go postępowania, jeżeli świadek koronny nie wykonał zobowiązania, o którym mowa w art. 3 ust. 2 (art. 10 u.ś.k.), a także do wznowienia postępowania

²¹ J. Kościerzyński, *Świadek koronny w świetle nowych regulacji*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 66–67.

²² Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 22 lipca 2006 r. o zmianie ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Druk Sejmowy V kadencji nr 651 – ustawa po rozpatrzeniu stanowiska Senatu i przyjęciu poprawek Senatu, <http://ww2.senat.pl/k6/dok/sejm/015/651.pdf> [dostęp: 22.01.2018].

²³ J. Kościerzyński, *op. cit.*, s. 67.

²⁴ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 22 lipca 2006 r.,..., s. 5.

²⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r. nr 16 poz. 93.

²⁶ M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*, s. 85–87.

nia, jeżeli w ciągu 5 lat od uprawomocnienia się postanowienia o umorzeniu postępowania na podstawie art. 9 u.ś.k. zostaną ujawnione okoliczności świadczące o tym, że świadek koronny świadomie nie wykonał obowiązku, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. b lub ust. 2 (art. 11 u.ś.k.)²⁷.

Całość regulacji art. 3 ust. 1 pkt 1 u.ś.k. uzupełnia art. 3. ust. 2 u.ś.k., zgodnie z którym „Można uzależnić dopuszczenie dowodu z zeznań świadka koronnego także od zobowiązania się podejrzanego do zwrotu korzyści majątkowych odniesionych z przestępstwa oraz naprawienie szkody nimi wyrządzonej”. Takie uzależnienie dopuszczenia dowodu z zeznań świadka koronnego powinno następować zawsze po powzięciu informacji w ramach obowiązku ujawnienia stanu majątkowego świadka koronnego i pozostałych członków grupy przestępczej.

Uzależnienie nadania statusu świadka koronnego od naprawienia szkody ma jedynie charakter fakultatywny i nie stanowi zabezpieczenia praw pokrzywdzonego²⁸. Jak wskazuje Bolesław Kurzępa, nieobligatoryjny charakter przesłanki określonej w art. 3 ust. 2 u.ś.k. może wynikać z tego, że zazwyczaj świadkami koronnymi są osoby nisko stojące w hierarchii grupy lub związku przestępczego. Osiągają one niewielkie korzyści z popełnionego przestępstwa. Zatem gdyby postawiono warunek zwrotu korzyści majątkowej oraz naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, znacznie ograniczyłoby to krąg osób mogących go spełnić. Wówczas, jak wskazuje Kurzępa, pod znakiem zapytania stanęłaby skuteczność instytucji świadka koronnego, polegająca na rozbijaniu grup przestępczych²⁹.

Jeżeli jednak sąd uzależni uzyskanie statusu świadka koronnego od zwrotu korzyści majątkowej albo naprawienia szkody, a świadek koronny tego zobowiązania nie dopełni, to zgodnie z art. 10 ust. 4 u.ś.k. prokurator może podjąć zawieszono postępowanie. Niewywiązanie się z zadeklarowanego obowiązku zwrotu korzyści majątkowych odniesionych z przestępstwa oraz naprawienia szkody nim wyrządzonej będzie miało miejsce wówczas, gdy świadek koronny nie dotrzyma określonego przez sąd terminu lub wykona zobowiązanie w sposób inny niż wyznaczony przez sąd³⁰.

Przewidziana w art. 10 ust. 3 u.ś.k. możliwość podjęcia zawieszono postępowania pełni podwójną funkcję. Po pierwsze, groźba podjęcia zawieszono postępowania, a w następstwie tego możliwość skazania za popełnione

²⁷ A. Ważny, *Komentarz do art. 3 ustawy o świadku koronnym*, [w:] *Ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Lex/el, poz. 3.

²⁸ B. Nita, *Konstytucyjne granice...*, s. 106.

²⁹ B. Kurzępa, *Świadek koronny w polskim procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9, s. 37.

³⁰ E. Kowalewska-Borys, *op. cit.*, s. 234.

przestępstwo, ma motywować sprawcę (świadka koronnego) do wywiązania się z zobowiązań³¹. Po drugie, w następstwie podjęcia zawieszono postępowania pokrzywdzony może dochodzić od świadka koronnego naprawienia wyrządzonej szkody w postępowaniu karnym.

Wydaje się, że przesłanka uzależniająca możliwość nadania podejrzanemu statusu świadka koronnego od naprawienia wyrządzonej pokrzywdzonemu szkody powinna być obligatoryjna, jeżeli podejrzany odniósł korzyść lub spowodował szkodę, sprawca nie może bowiem odnosić korzyści materialnych z popełnionego przestępstwa³². Zawsze, kiedy to możliwe, należy uzależnić dopuszczenie dowodu z zeznań świadka koronnego od zobowiązania go do zwrotu korzyści majątkowych pochodzących z przestępstwa oraz naprawienia szkody³³. Jest to najłatwiejsza droga do zaspokojenia praw pokrzywdzonego, zwłaszcza że dochodzenie od świadka koronnego roszczeń cywilnych jest w zasadzie niemożliwe.

Pewnym rozwiązaniem dla pokrzywdzonego, przed wejściem nowelizacji z dnia 1 lipca 2015 r., było dochodzenie roszczeń cywilnych w procesie karnym od innych współoskarżonych, którzy popełnili przestępstwo wspólnie ze świadkiem koronnym. W przypadku skazania oskarżonych oraz braku wystąpienia negatywnych przesłanek z art. 65 § 3 k.p.k. i art. 415 § 3 k.p.k., sąd był zobowiązany, zgodnie z art. 415 § 1 k.p.k. do uwzględnienia albo oddalenia powództwa cywilnego³⁴. W razie pozytywnego rozstrzygnięcia w przedmiocie powództwa cywilnego, oskarżeni odpowiadali solidarnie, na podstawie przepisu art. 441 § 1 k.c. Natomiast oskarżonym zobowiązanym do naprawienia szkody przysługiwało roszczenie regresowe w stosunku do świadka koronnego³⁵.

Nawet jeżeli postępowanie karne przeciwko pozostałym współoskarżonym nie doprowadziło do skazania sprawców, nie oznacza to, że pokrzywdzony nie będzie w stanie wykazać swoich roszczeń na drodze cywilnej. Sąd cywilny, zgodnie z art 11 k.p.c., wiąże prawomocne skazujące wyroki karne, natomiast nie wiążą sądu cywilnego wyroki karne niewinniające. Powyższe związane jest z tym, że pojęcie winy jest rozumiane odmiennie w prawie karnym i w prawie cywilnym. Nie wiążą sądu cywilnego w postępowaniu

³¹ B. Nita, *Institucja świadka koronnego...*, s. 189.

³² T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 2 ustawy o świadku koronnym*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd.3, Lex/el, poz. 3.

³³ J.K. Paprzycki, *Institucja świadka koronnego...*, s. 29; J. Kościerzyński, *op. cit.*, s. 66–67; Z. Rau, *Institucja świadka koronnego w świetle wyników przeprowadzonych badań*, [w:] *Przebiegłość zorganizowana. Świadek koronny...*, s. 574–577.

³⁴ M. Adamczyk, *Świadek koronny. Analiza prawnokryminalistyczna*, Warszawa 2011, s. 131.

³⁵ B. Nita, *Institucja świadka koronnego...*, s. 190.

cywilnym wyroki karne umarzające postępowanie karne. Sąd cywilny samodzielnie bada, czy uniewinniony oskarżony dopuścił się czynu, który powoduje jego odpowiedzialność za szkodę. Brak winy w postępowaniu karnym nie oznacza braku możliwości naruszenia prawa cywilnego i odpowiedzialności na gruncie prawa cywilnego³⁶. Niemniej jednak wyrok uniewinniający, jako dokument urzędowy, może stanowić w postępowaniu cywilnym dowód, którego znaczenie sąd rozpoznający sprawę oceni według swobodnej oceny dowodów³⁷.

Od 1 lipca 2015 r. niedopuszczalne jest w procesie karnym wytoczenie powództwa cywilnego (tzw. powództwa adhezyjnego). Usunięty z k.p.k. został cały rozdział dotyczący dochodzenia roszczeń cywilnych, tj. artykuły od 62 do 70 k.p.k. Na podstawie tych przepisów pokrzywdzony w procesie karnym mógł do momentu rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej wytoczyć przeciw oskarżonemu powództwo cywilne w celu zaspokojenia roszczeń majątkowych powstałych w wyniku przestępstwa. Po nowelizacji, roszczenia majątkowe wynikające bezpośrednio z przestępstwa są rozstrzygane jedynie w postępowaniu cywilnym.

Pomimo iż ustawodawca zrezygnował z postępowania adhezyjnego, nadal sąd może orzec obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na podstawie art. 46 k.k.

Od dnia 1 lipca 2015 r. obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę został zaliczony do środków kompensacyjnych, a nie – jak poprzednio – do środków karnych. Jak wskazuje się w literaturze, art. 46 k.k. ma na celu rozwiązanie konfliktu pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym i realizację kompensacyjnej funkcji prawa karnego³⁸. Celem zmiany charakteru prawnego omawianego środka ma być ułatwienie uzyskania przez pokrzywdzonego pełnego zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych wynikających z popełnionego przestępstwa. Pojęcie szkody i krzywdy należy tu definiować zgodnie z cywilistycznym ich rozumieniem, tj. szkodę majątkową oraz szkodę (krzywdę) niemajątkową³⁹.

Warto zaznaczyć, że jeżeli wina sprawcy została udowodniona, sąd nie może odmówić orzeczenia tego środka. W przypadku trudności określenia rozmiaru szkody, sąd musi przeprowadzić postępowanie dowodowe w celu ustalenia

³⁶ T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Warszawa 2006, s. 102–103.

³⁷ Wyrok SN z dnia 11 grudnia 1967 r., II PR 155/67, LEX nr 6258; wyrok SN z dnia 18 września 1969 r., II CR 308/69, OSNCP 1970, nr 7–8, poz. 130.

³⁸ M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex/el 2017, poz. 1.

³⁹ T. Wiśniewski, [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego*, ks. 3: *Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bie-niek, s. 82.

wysokości szkody wyrządzonej przestępstwem, ewentualnie zasądzić obowiązek naprawienia szkody w tej części, która została udowodniona. Pokrzywdzony może dochodzić niezaspokojonej części roszczenia na drodze cywilnej⁴⁰. W przypadku wyrządzenia szkody przez współsprawców przestępstwa zastosowanie mieć będzie art. 441 § 1 k.c., w świetle którego jeżeli kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, ich odpowiedzialność jest solidarna⁴¹. Orzeczenie obowiązku określonego w art. 46 k.k. może nastąpić solidarnie bądź w częściach równych lub stosownie do udziału każdego ze współsprawców w wyrządzonej szkodzie (*pro rata parte*)⁴².

Dochodzenie roszczeń majątkowych w postępowaniu cywilnym bezpośrednio od świadka koronnego teoretycznie jest możliwe, aczkolwiek w praktyce – znacznie utrudnione, a wręcz niewykonalne, ze względu na program ochrony świadków, który objęty jest tajemnicą państwową.

Świadek koronny, jako jeden z najważniejszych osobowych źródeł dowodowych, jest szczególnie narażony na niebezpieczeństwo. W swoim dotychczasowym środowisku jest uważany za denuncjanta, natomiast dla społeczeństwa jest wciąż przestępcą, który uniknął odpowiedzialności karnej. Znajduje się w permanentnym stanie zagrożenia – zarówno ze strony byłych współpracowników, którzy mogą chcieć się na nim zemścić, jak i ze strony domagającego się sprawiedliwości społeczeństwa. Dlatego też bardzo ważny jest tzw. program ochrony świadków koronnych⁴³. Nie ma on charakteru obligatoryjnego – jego zastosowanie zależy od decyzji odpowiedniego organu procesowego i zgody świadka koronnego.

Ustawa o świadku koronnym przewiduje jedną i niezbędną materialną przesłankę wdrożenia programu ochrony, którą jest występowanie zagrożenia życia lub zdrowia świadka koronnego lub osoby dla niego najbliższej. Rodzaje ochrony świadka koronnego zostały określone w art. 14 u.s.k. Uzupełnieniem tej regulacji jest wydane na podstawie art. 22 u.s.k. rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie udzielania ochrony i pomocy świadkom koronnym i innym uprawnionym osobom z dnia 18 października 2006 r.⁴⁴.

W uzasadnionych przypadkach osobie chronionej można wydać dokumenty z fikcyjną tożsamością⁴⁵, tj. dokumenty umożliwiające używanie in-

⁴⁰ M. Mozgawa, *op. cit.*, poz. 6.

⁴¹ Uchwała SN z dnia 13 grudnia 2000 r., I KZP 40/00, OSNKW 2001/1-2/2.

⁴² Postanowienie SN z 26 lipca 2016 r., II KK 196/16, OSNKW 2016/11/72.

⁴³ Różne koncepcje ochrony świadka koronnego w postępowaniu karnym prezentuje: E. Gruba, *Programy ochrony świadka*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 2, s. 83–102.

⁴⁴ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 października 2006 r. w sprawie udzielania ochrony i pomocy świadkom koronnym i innym uprawnionym osobom, Dz.U. z 2006 r., nr 201, poz. 1480 z późn. zm.).

⁴⁵ M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*, s. 34.

nych niż własne danych osobowych. Takie dokumenty wydaje się w przypadku szczególnego zagrożenia życia lub zdrowia osoby chronionej, a również wtedy, gdy inne formy ochrony lub pomocy są niewystarczające do zapewnienia bezpieczeństwa, albo gdy pomoc lub ochrona ma charakter długotrwały.

Ustawa nie precyzuje rodzajów dokumentów, które mogą być wydawane osobom chronionym. Mogą to być zarówno dokumenty urzędowe (dowody osobiste, paszporty, odpisy z aktów stanu cywilnego, różnego rodzaju zaświadczenia i świadectwa), jak i prywatne (umowy, pokwitowania). Z kwestią dokumentów wiąże się również kwestia rodzaju danych, w które można wyposażyc osoby chronione. Pojęcie danych osobowych nie musi być rozumiane zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 6 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych⁴⁶. Należy zatem przyjąć, że danymi osobowymi jest każda informacja dotycząca osoby fizycznej, pozwalająca na określenie tożsamości określonej osoby⁴⁷.

Regulację dotyczącą wydania dokumentów umożliwiających posługiwanie się innymi danymi osobowymi niż własne uzupełnia art. 18a u.ś.k., który upoważnia funkcjonariuszów Policji do wprowadzenia fikcyjnych danych do każdego systemu ewidencyjnego prowadzonego w zakresie realizacji zadań publicznych.

W razie podjęcia próby dochodzenia roszczeń przez pokrzywdzonego w procesie cywilnym, powstaje problem przy oznaczeniu osoby świadka koronnego jako pozwanego. Zgodnie z art. 14 ust. 4 oraz art. 23 u.ś.k. niedopuszczalne są czynności zmierzające do ujawnienia danych osobowych świadka koronnego, które stanowią tajemnicę państwową⁴⁸. Zakazane są wszelkie czynności dowodowe, które zmierzałyby do ujawnienia okoliczności udzielenia ochrony osobistej lub pomocy świadkowi koronnemu, wydania dokumentów umożliwiających używanie innych niż własne danych osobowych, przeprowadzenia zabiegu chirurgicznego usuwającego charakterystyczne elementy wyglądu lub operacji plastycznej, a także do ustalenia jego nowej tożsamości, ujawnienia nowych danych osobowych i miejsca pobytu⁴⁹.

Powyższego problemu nie rozwiązuje możliwość ustanowienia pełnomocnika dla świadka koronnego. W myśl przepisu art. 20 u.ś.k. ustanowienie

⁴⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 922.

⁴⁷ Z. Wrona, *Ochrona świadka koronnego a administracyjnoprawna sytuacja osoby*, [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 430.

⁴⁸ E. Kowalewska-Borys, *op. cit.*, s. 213–214.

⁴⁹ E.W. Pływaczewski, *Świadek koronny jako instrument zwalczania przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 7–8, s. 105; A. Baj, *Zakazy dowodowe dotyczące świadka koronnego*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 1, s. 114.

pełnomocnika dla osoby objętej ochroną uwarunkowane jest spełnieniem dwóch warunków: Komendant Główny Policji stwierdzi taką potrzebę i świadek koronny wyrazi na to zgodę. Uzależnienie ustanowienia pełnomocnika od zgody świadka koronnego osłabia możliwość dochodzenia roszczeń cywilnych na drodze postępowania cywilnego⁵⁰.

Dla pokrzywdzonego pewnym rozwiązaniem może być możliwość ustanowienia kuratora dla osoby nieznaney z miejsca pobytu. Zgodnie z art. 143 i 144 k.p.c., ustanowienie kuratora daje możliwość prowadzenia dalszego postępowania przeciwko osobie nieznaney z miejsca zamieszkania. Aby ustanowić takiego kuratora, osoba wnioskująca musi uprawdopodobnić, że miejsce pobytu strony nie jest znane. Z ustanowieniem kuratora wiąże się kolejny problem – w postaci egzekucji świadczenia, które zostało zasądzone na rzecz pokrzywdzonego w postępowaniu cywilnym toczącym się z udziałem kuratora. W stosunku do dłużnika (świadka koronnego), którego miejsce pobytu nie jest znane, sąd może ustanowić kuratora (art. 802 k.p.c.). Istnieje więc możliwość prowadzenia egzekucji z udziałem kuratora, jednakże skuteczne jej przeprowadzenie jest praktycznie niemożliwe. Mienie, z którego należałoby prowadzić egzekucję, należy do osoby, której nowe dane osobowe objęte są tajemnicą państwową, a wszelkie czynności zmierzające do ujawnienia nowych danych osobowych świadka koronnego, zgodnie z art. 23 u.ś.k., są niedopuszczalne⁵¹.

Celem instytucji świadka koronnego jest walka z najgroźniejszą przestępczością o charakterze zorganizowanym – zjawiskiem szybko rozwijającym się, bardzo niebezpiecznym i trudnym do zwalczenia. Obecnie pokrzywdzony w zasadzie nie ma szansy na dochodzenie swoich roszczeń cywilnych bezpośrednio od świadka koronnego. Wydaje się, iż bardziej realne jest dochodzenie przez pokrzywdzonego roszczeń od innych współsprawców przestępstwa.

W mojej ocenie art. 3 ust. 2 u.ś.k. powinien pozostać warunkiem fakultatywnym. W przeciwnej sytuacji wielu kandydatów na świadków koronnych nie sprostałoby realizacji tego warunku, a to uniemożliwiłoby nadanie im tego statusu. Tym samym prokurator nie dysponowałby zeznaniami świadka koronnego, które mogłyby doprowadzić do rozbicia grupy przestępczej, co leży w interesie zarówno państwa, jak i społeczeństwa.

Niemniej jednak w mojej ocenie prokurator powinien zawsze uzależniać nadanie statusu świadka koronnego od zwrotu korzyści majątkowej odniesionej z przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz naprawienia wyrządzonej szkody, jeżeli kandydat na świadka koronnego w trybie art. 3 ust. 1

⁵⁰ B. Nita, *Instytucja świadka koronnego...*, s. 191.

⁵¹ *Ibidem*, s. 192.

pkt. 1 lit. b u.ś.k. ujawnił swój majątek, a z oświadczenia tego wynika, iż jest w stanie pokryć wyrządzoną szkodę.

Wydaje się, że powyższa sytuacja będzie należała do rzadkości, dlatego też to państwo powinno pomóc pokrzywdzonym w dochodzeniu ich praw.

W literaturze zaproponowano ciekawe i słuszne rozwiązanie w postaci możliwości skierowania przez pokrzywdzonego zastępczego powództwa przeciwko Skarbowi Państwa, reprezentowanemu przez odpowiednie *statio fisci*. Skarbowi Państwa natomiast przysługiwałoby roszczenie regresowe w stosunku do świadka koronnego⁵². Zastrzeżenia do tej koncepcji są takie, że Skarb Państwa mógłby mieć problemy z wyegzekwowaniem roszczenia od świadka koronnego, a w konsekwencji koszty te ponosiliby wszyscy podatnicy. Niemniej jednak, biorąc pod uwagę, iż przestępczość zorganizowana stanowi zagrożenie nie tylko dla państwa, ale również dla społeczeństwa, to rozwiązanie jest korzystne dla każdego obywatela. Ponadto, tzw. program ochrony świadków i tak generuje bardzo wysokie koszty, dlatego też państwo może przeznaczyć pewną sumę dla osób pokrzywdzonych przestępstwem. Niejednokrotnie koszty związane z ochroną świadka koronnego mogą być większe od osiągniętych korzyści przez wymiar sprawiedliwości⁵³.

Zastanowić należałoby się też nad takim rozwiązaniem, aby sąd w postępowaniu karnym, w przypadku skazania oskarżonych, zasądzał od nich obligatoryjnie świadczenie pieniężne w określonej kwocie na działający od kilku lat Fundusz Pomocy Osobom Pokrzywdzonym Przemocą i Pomocy Postpenitencjarnej – Fundusz Sprawiedliwości⁵⁴. Dysponentem Funduszu jest Minister Sprawiedliwości, który ogłasza programy na realizację jego zadań. Fundusz zakłada pomoc osobom pokrzywdzonym, świadkom oraz osobom im najbliższym, a także osobom pozbawionym wolności, zwalnianym z zakładów karnych i aresztów śledczych oraz osobom im najbliższym.

Świadczenie pieniężne sąd orzekałoby obligatoryjnie w wypadku skazania za przestępstwa popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, a także w sprawach o przestępstwa określone w art. 1 ust. 2 u.ś.k. Świadczenie pieniężne miałoby w tym wypadku charakter represyjny, a rozwiązanie to dawałoby pokrzywdzonym kolejną szansę na naprawienie wyrządzonej w wyniku popełnionego przestępstwa szkody.

⁵² *Ibidem*, s 194.

⁵³ S. Owczarski, *Świadek koronny – uwagi krytyczne*, PS 1993, nr 11–12, s. 105.

⁵⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 września 2017 r. w sprawie Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej – Funduszu Sprawiedliwości, Dz.U. z 2017 r., poz. 1760 ze zm.

Podsumowanie

Świadek koronny jest jedną z najbardziej kontrowersyjnych instytucji w prawie karnym. Przyznanie przestępcy immunitetu niepodlegania karze zawsze będzie budzić obawy i opory moralne. Szczególną uwagę należy zwrócić na zagadnienie roszczeń cywilnych.

Powyżej przedstawione rozważania doprowadzają do wniosku, że pokrzywdzony przestępstwem jest pozbawiony możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń cywilnych bezpośrednio od świadka koronnego, wynikających bezpośrednio z przestępstwa, zarówno w postępowaniu karnym, jak i cywilnym.

Jak się wydaje najłatwiejszym rozwiązaniem byłoby znowelizowanie ustawy o świadku koronnym w zakresie art. 3 ust. 2 w ten sposób, aby uzależnić uzyskanie statusu świadka koronnego od obowiązkowego zwrotu korzyści majątkowej i naprawienia wyrządzonej szkody.

To jednak nie byłoby korzystnym rozwiązaniem, bowiem najczęściej kandydaci na świadka koronnego nie zajmują w hierarchii grupy wysokich pozycji, zatem ich korzyści z popełnionego przestępstwa również nie są wysokie. W takiej sytuacji niewielu kandydatów na świadka koronnego miałoby realną szansę na pokrycie wyrządzonej szkody. Warto mieć na uwadze to, że zeznania świadka koronnego mogą okazać się jedyną możliwością zdobycia dowodów w sprawie – bardzo często w początkowym etapie postępowań zeznania te są jedynymi, którymi dysponują organy ścigania, i to dzięki nim możliwe jest podjęcie dalszych działań operacyjnych.

Wydaje się, iż pokrzywdzony ma większe możliwości dochodzenia swoich roszczeń cywilnych od innych współsprawców przestępstwa. W przypadku skazania w postępowaniu karnym sąd może na wniosek pokrzywdzonego lub innej uprawnionej osoby nałożyć obowiązek naprawienia szkody. Pokrzywdzony może również dochodzić swoich roszczeń od innych współsprawców przestępstwa w postępowaniu cywilnym. Oskarżonym zobowiązanym do naprawienia szkody przysługuje wówczas roszczenie regresowe w stosunku do świadka koronnego.

Abstract

Pursuit of civil claims by a victim of crime from the state's evidence

The aim of the article is to discuss the issue of the state's evidence institution, in particular to present civil law issues related to pursuit of civil claims by a crime victim.

In connection with the rapid development of crime that can be observed in recent years, a solution that would effectively combat this phenomenon needed to be found. By the Act of June 25, 1997, the State's Evidence Act was passed; the Act introduced

a solution granting a prize in the form of not being liable to punishment for committed crimes in exchange for help in disclosing the circumstances of the offenses the state's evidence has been aware of. The legislator, granting the state's evidence immunity against punishment, forgot to secure the victim's interest in the pursuit of civil claims resulting from the committed crime. A victim is basically deprived of the real possibility of pursuing civil claims from the state's evidence.

The obligation set in art. 3 par. 1 item 1 point b of the State's Evidence Act introduced by the Act of July 22, 2006 shall be regarded as a positive solution that equalizes the chances of the weakened party, that is the victim. This regulation conditions granting of the immunity of the state's evidence upon obligatory disclosure by the state's evidence of their property and the property of other offenders referred to in art. 1 of the State's Evidence Act.

The article presents the position of a victim and their real chances of recovering the damage caused by the criminal group. A victim may pursue their civil claims directly from the state's evidence, which is virtually impossible, due to the protection of personal data that is the state secret. A victim may also pursue their civil claims from other accomplices of the offense who, in the event of adjudicating the obligation to repair the damage caused, have a recourse claim against the state's evidence.

Key words: state's evidence institution, organized crime, criminal liability, civil liability, civil claims, victim

Streszczenie

Dochodzenie roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem od świadka koronnego

Celem artykułu jest przybliżenie problematyki instytucji świadka koronnego, a w szczególności przedstawienie zagadnień cywilnoprawnych związanych z dochodzeniem roszczeń cywilnych przez pokrzywdzonego przestępstwem.

W związku z gwałtownym rozwojem przestępczości, który można zaobserwować w ciągu ostatnich lat, należało znaleźć rozwiązanie, które umożliwiłoby skuteczną walkę z tym zjawiskiem. Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym wprowadziła rozwiązanie polegające na przyznaniu nagrody w postaci niepodlegania karze za popełnione przestępstwa w zamian za pomoc w ujawnieniu okoliczności przestępstw, o których sprawca posiadał wiedzę. Ustawodawca, przyznając świadkowi koronnemu immunitet niepodlegania karze, zapomniał o zabezpieczeniu interesu pokrzywdzonego w zakresie dochodzenia przez niego roszczeń cywilnych wynikających z popełnionego przestępstwa. Pokrzywdzony w zasadzie pozbawiony jest realnej możliwości dochodzenia roszczeń cywilnych od świadka koronnego.

Za pozytywne rozwiązanie, które wyrównuje szanse pokrzywdzonego, należy uznać obowiązek określony w art. 3 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy o świadku koronnym, wprowadzony ustawą z dnia 22 lipca 2006 r. Przepis ten warunkuje przyznanie sprawcy statusu świadka koronnego od obligatoryjnego ujawnienia przez niego jego majątku oraz zna-

nego mu majątku pozostałych sprawców przestępstw, o których mowa w art. 1 ustawy o świadku koronnym.

Artykuł przedstawia pozycję pokrzywdzonego oraz jego realne szanse na odzyskanie wyrządzonej przez grupę przestępczą szkody. Dochodzenie roszczeń cywilnych bezpośrednio od świadka koronnego jest w zasadzie niemożliwe z uwagi na ochronę jego danych osobowych, które stanowią tajemnicą państwową. Pokrzywdzony może również dochodzić swoich roszczeń cywilnych od innych współsprawców przestępstwa, którym w przypadku zasądzenia obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody przysługuje roszczenie regresowe w stosunku do świadka koronnego.

Słowa kluczowe: instytucja świadka koronnego, przestępczość zorganizowana, odpowiedzialność karna, odpowiedzialność cywilna, roszczenia cywilne, pokrzywdzony

Maciej Schmidt

doktorant, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Niestabilność prawa podatkowego jako czynnik ograniczający zaufanie podatników do systemu prawa

Wprowadzenie

W relacjach obywatela z państwem, a w szczególności podatnika z organami Krajowej Administracji Skarbowej¹ (dawniej z organami podatkowymi i organami kontroli skarbowej), ogromne znaczenie ma jakość systemu prawa. Relacja ta z natury rzeczy jest relacją nierównorzędną, relacją podporządkowania. To właśnie system prawa może stać się mechanizmem chroniącym jednostkę. Zasada legalizmu wyrażona w art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.² zapewnia działanie państwa polskiego jako demokratycznego państwa prawnego. Wraz z zasadą praworządności wyrażoną w art. 7 (organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa) oraz z pozostałymi artykułami Konstytucji zasada ta stanowi fundament, na którym wspiera się polski system prawa. Dla dziedziny prawa podatkowego szczególnym elementem tego fundamentu są art. 84 i 217. Pierwszy z nich nakłada na każdego obywatela obowiązek ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, a drugi – jednoznacznie stanowi, że nakładanie podatków następuje w drodze ustawy. Szersze rozumienie wartości stabilności prawa, wykraczające poza dominujący w prawoznawstwie schemat, pozwala na ukierunkowanie dyskursu prawnego, przede wszystkim dyskursu legislacyjnego, na problem uzasadnienia podejmowanych działań prawnych – niezbędnego elementu kształtowania funkcjonalnego prawa i budowania

¹ Dalej: organy KAS.

² Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 (dalej: Konstytucja).

autorytetu prawa³. Z kolei stabilność prawa przekłada się na zaufanie podatników do systemu podatkowego. Podatnik w organach państwa chce widzieć instytucje, którym może powierzyć swoje sprawy – aby tak rzeczywiście było, niezbędne jest stanowienie prawa wysokiej jakości i możliwie jednoznacznego (niewymagającego skomplikowanej wykładni).

System podatkowy w Polsce jest postrzegany jako skomplikowany i niestabilny. Efektem tego jest coraz powszechniejsze korzystanie z art. 78 Konstytucji. Wraz z art. 220 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁴, gwarantującym stronie (podatnikowi) prawo do odwołania się od decyzji organu podatkowego pierwszej instancji do organu podatkowego wyższego stopnia, artykuł ten ustanawia powszechne prawo stron postępowania do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. W wyniku tego do Izby Administracji Skarbowej wpływa duża liczba odwołań od decyzji organów pierwszej instancji (urzędów skarbowych i urzędów celno-skarbowych, dawniej urzędów kontroli skarbowej). Decyzje wydawane przez Izby Administracji Skarbowej stają się natomiast przedmiotem zaskarżeń do Wojewódzkich Sądów Administracyjnych (WSA). W tym miejscu zaznaczyć należy, że od dnia 1 marca 2017 r. kontakt podatników z organami państwa odbywa się za pośrednictwem zreformowanej administracji skarbowej, która to powstała w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej⁵. Wprowadzenie takiej reformy jest przejawem działań zmierzających do stabilizacji prawa (o których szerzej w dalszej części opracowania), chociaż w tym przypadku nie dotyczy to prawa materialnego, lecz prawa formalnego. Zmiany te ogólnie należy ocenić jako idące w dobrą stronę, jednak część rozwiązań w oczywisty sposób pogarsza sytuację podatnika. Przykładem może tu być treść art. 83 ust. 4 i 5 ustawy o KAS. Reguluje on odwołanie od decyzji wydanej przez naczelnika urzędu celno-skarbowego po wcześniejszym sporządzeniu wyniku kontroli celno-skarbowej i przeprowadzeniu postępowania podatkowego (ust. 4) oraz od decyzji wydanej dla spółki osobowej, która została rozwiązana w trakcie trwania kontroli celno-skarbowej lub w trakcie postępowania podatkowego (ust. 5). W tych przypadkach odwołanie przysługuje do naczelnika urzędu celno-skarbowego, który wydał decyzję. Brak możliwości odwołania do organu wyższej instancji budzi wątpliwości w zakresie naruszenia prawa podatnika do postępowania „realnie” dwuinstancyjnego – chociaż paradoksalnie może to skrócić czas potrzebny podatnikowi na doprowadzenie do rozstrzygnięcia spornej sprawy

³ *Stabilność prawa w kontekście wartości, instytucji i funkcjonowania systemu prawnego*, red. T. Biernat, Kraków 2016, s. 11.

⁴ Dz.U. z 1997 r., nr 137, poz. 926 ze zm. (dalej: Ordynacja podatkowa).

⁵ Dz.U. z 2016 r., poz. 1947 (dalej: ustawa o KAS).

przez WSA. Przy tworzeniu ustawy o KAS nie uniknięto błędów, które są efektem niedbalstwa lub zbyt szybkiego procesu legislacyjnego. Wspomniany już art. 83 w ust. 6 odwołuje się do art. 221 Ordynacji podatkowej, choć w oczywisty sposób powinien się odwoływać do art. 221a. Procesowi zmian towarzyszy wzrost liczby wniosków o wydanie interpretacji prawa podatkowego, z których wiele (tych niekorzystnych dla podatników) jest następnie zaskarżanych do WSA.

Interpretacje Ministra Finansów dotyczące przepisów prawa podatkowego

Instytucja interpretacji prawa podatkowego, uregulowana w rozdziale 1a działu drugiego Ordynacji podatkowej, jest jednym z elementów pomocy w przyjętym w Polsce systemie samoobliczania podatku, znacząco ułatwiającym bezbłędną realizację obowiązków nałożonych na podatników. Już przed wejściem w życie Ordynacji podatkowej istniały regulacje art. 9 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego⁶, dotyczące informacji prawnej. Niemniej jednak zakres ochrony, jaki przysługiwał stronie (podatnikowi), nie był porównywalny do tego wynikającego z zastosowania się do wydanej interpretacji podatkowej. Instytucja interpretacji podatkowej znana była już w okresie międzywojennym, chociaż nie istniał wtedy system samoobliczania.

Interpretacje ogólne

Ustawowym obowiązkiem Ministra Finansów jest dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy skarbowe. Realizuje on ten cel w szczególności poprzez interpretacje tych przepisów z urzędu lub na wniosek – wydając tak zwane interpretacje ogólne (art. 14a Ordynacji podatkowej), uwzględniając orzeczenia sądów, Trybunału Konstytucyjnego oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). W przeciwieństwie do interpretacji indywidualnej, nie zawsze wiadomo, co należy traktować jako interpretację ogólną. Minister Finansów i inni pracownicy ministerstwa finansów wydają na co dzień wiele pism i wyjaśnień dotyczących spraw podatkowych. Niemniej jednak tylko Minister Finansów może wydać interpretację ogólną, gdyż Ordynacja podatkowa nie przewiduje możliwości delegacji tego uprawnienia.

Nie jest natomiast konieczne, aby wyraźnie powoływać art. 14a jako podstawę wydania interpretacji. Każda interpretacja, która jest interpretacją przepisów prawa

⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r., poz. 23.

podatkowego, dotyczy skutków podatkowych abstrakcyjnie i ogólnie określonych stanów faktycznych oraz która została wydana przez Ministra Finansów jest interpretacją ogólną, o której mowa w art. 14a OrdPod. Pewność prawa wymaga jednak, aby Minister Finansów wskazywał wyraźnie, że działa na podstawie art. 14a OrdPod⁷.

Zastosowanie się podatnika do interpretacji ogólnej pozwala mu w sposób w pełni bezpieczny wypełnić swoje obowiązki podatkowe. W przypadku gdy podatnik zastosował się do interpretacji, która okazała się następnie nieprawidłowa, ciągle podlega on ochronie. Zakres tej ochrony zależy od tego, kiedy miały miejsce skutki podatkowe zdarzeń faktycznych, których dotyczy zmieniana interpretacja. Jeżeli skutki te miały miejsce przed jej publikacją, ochrona polega na braku obowiązku naliczania odsetek za zwłokę oraz braku odpowiedzialności karnej skarbowej. Jeżeli po jej publikacji – to zastosowanie się do niej zwalnia z obowiązku zapłaty podatku.

Interpretacje indywidualne

Ten rodzaj interpretacji regulowany jest przez przepisy art. 14b–14h (bez 14da) Ordynacji podatkowej. Każdy podatnik może złożyć wniosek do ministra właściwego do spraw finansów publicznych o wydanie w jego indywidualnej sprawie interpretacji przepisów prawa podatkowego. Wiele wątpliwości budzi zakres pojęcia „przepisów prawa podatkowego”. Organy skarbowe rozumieją go zawężająco – wg nich przedmiotem interpretacji mogą być tylko przepisy ustaw podatkowych. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 21 listopada 2007 r.⁸. Stwierdził on, że wszelkie przepisy prawa mające wpływ na wymiar zobowiązań podatkowych (w opisywanej sprawie przepisy ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych) mogą być przedmiotem interpretacji. Wyrok ten pokazuje także, że zasadne jest pytanie o zakres analizowanej stabilności. Otóż czy myślimy wąsko, tylko o stabilności systemu prawa podatkowego, czy też szeroko – o stabilności całego systemu podatkowego. Bo przecież na system podatkowy składa się nie tylko zbiór ustaw podatkowych, ale także inne regulacje (jak np. wspomniana wyżej ustawa o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych) i zasady podatkowe. Zasady te nie tworzą zamkniętego katalogu i zalicza się do nich różne postulaty, zależnie od reprezentowanych poglądów i oczekiwań wobec systemu podatkowego, które kształtują się pod

⁷ *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, red. H. Dzwonkowski, Warszawa 2014, Legalis online.

⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 21 listopada 2007 r., sygn. III SA/Wa 1737/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/10309365C8> [dostęp: 24.05.2016].

wpływem bieżących prądów politycznych i ekonomicznych w danym państwie⁹. Sytuacja opisana we wniosku może dotyczyć stanu faktycznego lub zdarzeń przyszłych. Składający wniosek zobowiązany jest do szczegółowego przedstawienia stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego oraz podania własnego stanowiska w sprawie. Nie mogą być przedmiotem interpretacji indywidualnej przepisy dotyczące właściwości oraz uprawnień i obowiązków organów skarbowych. Jeżeli stan faktyczny zaprezentowany we wniosku odpowiada stanowi będącemu przedmiotem interpretacji ogólnej, wydaje się postanowienie stwierdzające, że do stanu opisanego we wniosku ma zastosowanie interpretacja ogólna, wraz z podaniem jej oznaczenia i miejsca publikacji. Interpretacja nie może być wydana w zakresie elementów stanu faktycznego, które są przedmiotem toczącego się postępowania podatkowego, kontroli podatkowej lub postępowania kontrolnego lub jeśli co do istoty kwestia została rozstrzygnięta w decyzji lub postanowieniu organu skarbowego. W wydanej interpretacji przedstawia się wyczerpujący opis stanu faktycznego zawarty we wniosku o wydanie interpretacji wraz z oceną stanowiska wnioskodawcy. W przypadku pozytywnej oceny można odstąpić od uzasadnienia prawnego. W przypadku gdy ocena stanowiska wnioskodawcy jest negatywna, podaje się prawidłowe stanowisko wraz z uzasadnieniem prawnym.

1 stycznia 2016 r. w rozdziale 1a dodano artykuły 14r i 14s¹⁰. Pierwszy z nich umożliwia składanie wniosku wspólnego w sytuacji, gdy w zaistniałym stanie faktycznym lub zdarzeniu przyszłym mają uczestniczyć co najmniej dwa podmioty. Uczestniczący wskazują we wspólnym wniosku jeden podmiot, który jest stroną postępowania i któremu doręcza się interpretację indywidualną. Pozostałym uczestnikom doręcza się odpisy interpretacji. Opłata za wniosek ustalana jest jako iloczyn kwoty opłaty podstawowej i liczby uczestników. Dodanie tego artykułu likwiduje uciążliwość składania podobnych wniosków równocześnie przez wielu uczestników jednej transakcji, a dla transakcji o dużych wartościach (np. *cash pooling*) zmniejszy poziom ryzyka podatkowego stron transakcji, polegającego na niebezpieczeństwie wydania rozbieżnych interpretacji dla poszczególnych wnioskodawców dla tego samego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego. Art. 14s umożliwia wystąpienie z wnioskiem o interpretację indywidualną zamawiającemu (w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹¹), w sytuacji gdy ma to wpływ na sposób obliczenia ceny. W pewnym zakresie uprawnienie to dotyczy także podmiotu realizującego zamówienie. Przepis ten

⁹ L. Eteł, *System podatkowy (zarys wykładu)*, Siedlce 2002, s. 41.

¹⁰ Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2015 r., poz. 1649.

¹¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.

umożliwia udzielającym zamówień uniknąć błędów w określaniu w zamówieniach cen, w szczególności ceny brutto, na którą istotny wpływ ma stawka podatku VAT. Z tym samym dniem

zmienił się również zakres, w jakim Minister Finansów upoważnia do działań związanych z interpretacjami indywidualnymi. Do tej pory Minister Finansów mógł upoważnić podległe mu organy podatkowe tylko do wydawania interpretacji indywidualnych w jego imieniu. Natomiast – jak wynika z dodanego art. 14b § 6a Ordynacji podatkowej – od 1 stycznia 2016 r. Minister Finansów może obecnie upoważnić dyrektora Biura Krajowej Informacji Podatkowej, aby w jego imieniu dokonywał także innych czynności szczegółowo wymienionych w tym artykule¹².

1 lipca 2016 r. wszedł w życie paragraf 2a, dodany do art. 13 Ordynacji podatkowej. Poszerza on listę organów podatkowych o Dyrektora Biura Krajowej Informacji Podatkowej (KIP). W jego kompetencji będą czynności związane z wydawaniem interpretacji indywidualnych. Kompetencje związane z interpretacjami ogólnymi nadal przysługiwać będą Ministrowi Finansów. Jest to kolejna próba ujednoczenia wydawanych interpretacji. Jak wskazano w „Dzienniku Gazecie Prawnej”,

nową strukturą będzie zarządzał dyrektor KIP funkcjonujący w ramach centrali w Bielsku-Białej. Aby ujednoczyć interpretacje, konkretne ośrodki KIP zajmą się poszczególnymi obszarami podatkowymi. Specjalizacja będzie jednak następowała stopniowo. Celem zmian jest doprowadzenie do sytuacji, w której interpretacje w sprawach VAT będą wydawać biura KIP w Lesznie i Płocku, w sprawie PIT – biura w Toruniu i Piotrkowie Trybunalskim, a w sprawie pozostałych podatków, w tym CIT i akcyzy – ośrodek w Bielsku-Białej¹³.

Do zadań dyrektora należy także prowadzenie działalności informacyjnej i edukacyjnej w zakresie przepisów prawa podatkowego. Po wejściu w życie ustawy o KAS, Krajowa Informacja Podatkowa znajduje swą kontynuację w postaci wyodrębnienia w ramach Krajowej Administracji Skarbowej jednostki organizacyjnej Krajowej Informacji Skarbowej. To jej dyrektor wydaje indywidualne interpretacje podatkowe. Jeśli założony cel – czyli wewnętrzna specjalizacja w wydawaniu interpretacji dotyczących konkretnych podatków bez względu na miejsce siedziby podatnika – zostanie zrealizowany, można oczekiwać ujednoczenia stanowisk prezentowanych w poszczególnych interpretacjach. A co za tym idzie – stabilizacji stosowania prawa podatkowego.

¹² T. Krywan, *Zmiany w przepisach dotyczących interpretacji indywidualnych od 1 stycznia 2016 r.*, Wolters Kluwer ABC, <http://sip.lex.pl/#/publikacja/469937265> [dostęp: 12.05.2016].

¹³ A. Pokojska, *Reforma Krajowej Informacji Podatkowej: interpretacje muszą być jednolite*, 13.05.2015, „Dziennik Gazeta Prawna”, <http://podatki.gazetaprawna.pl/artykuly/87087-2,reforma-krajowej-informacji-podatkowej-interpretacje-musza-byc-jednolite.html> [dostęp: 30.04.2016].

Niestety efekty działań stabilizacyjnych są pomniejszane poprzez wprowadzanie w przepisach innych zmian, mających efekt zgoła odwrotny. Przykładem może być nowelizacja przepisów dotyczących wydawania indywidualnych interpretacji podatkowych dokonana ustawą z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw¹⁴. W art. 14b po paragrafie 5a dodano między innymi paragraf 5b, mówiący o tym, iż nie wydaje się interpretacji indywidualnej w zakresie stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego dla których zachodzi przypuszczenie, że mogą być przedmiotem decyzji wydanej na podstawie przepisów o czynnościach dokonanych przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej (art. 119a Ordynacji podatkowej) lub przepisów o nadużyciu prawa (art. 5 ust. 5 ustawy o VAT). Takie ograniczenie dostępu podatników do instytucji interpretacji podatkowej z pewnością nie wpłynie dobrze na poziom zaufania podatników do organów KAS. Potencjalnie każda próba potwierdzenia prawidłowości dozwolonego planowania podatkowego może być uznana za agresywną optymalizację podatkową, co z kolei może stać się podstawą do odmowy wydania interpretacji.

Równoległe z dniem 15 lipca 2016 r. w Ordynacji podatkowej dodano artykuły od 119w do 119zf, wprowadzające nową instytucję: opinię zabezpieczającą. Celem jej wydania jest określenie, czy do planowanych, rozpoczętych lub dokonanych przez podatnika czynności nie będą miały zastosowania przepisy o klauzuli przeciwko unikaniu opodatkowania (art. 119a do 119f Ordynacji podatkowej). Sama idea opinii zabezpieczającej wydaje się krokiem w dobrą stronę, zmniejszającym ryzyko podatkowe wnioskującego. Analiza szczegółowych rozwiązań może jednak wzbudzić wątpliwości. Głównie chodzi o zakres informacji, jakie powinien zawierać wniosek o wydanie opinii zabezpieczającej, czas jej wydania oraz wielkość opłaty, jaką należy uiścić od wniosku. Art. 119x § 1 zawiera listę aż siedmiu rodzajów danych, które muszą znaleźć się we wniosku. Część z nich, jak np. wskazanie celów, którym czynność ma służyć, czy też wskazanie ekonomicznego lub gospodarczego uzasadnienia czynności, może budzić zastrzeżenia co do ich swobodnej, subiektywnej oceny przez Szefa Krajowej Administracji Skarbowej. Także okres sześciu miesięcy potrzebny na rozpatrzenie wniosku powoduje, że zwłaszcza dla czynności rozpoczętych lub planowanych instytucja ta może stracić na realnym znaczeniu. Nie ułatwia korzystania z tych przepisów opłata za wydanie opinii w kwocie 20 000 zł. Dla sporej grupy podatników może to być bariera nie do pokonania.

¹⁴ Dz.U. z 2016 r., poz. 846.

Uchwały i wyroki NSA w poszerzonym składzie

Interpretacje indywidualne oraz decyzje administracyjne wydawane przez organy skarbowe w drugiej instancji są często przedmiotem skarg do WSA. Praktyka pokazuje, że rozstrzygnięcia sądów są często niejednolite lub wręcz się wykluczają. Minister Finansów podejmuje działania zmierzające do ujednolicenia interpretacji przepisów prawa podatkowego. Obowiązek ten wynika z art. 14a Ordynacji podatkowej. Natomiast Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) na podstawie art. 15 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁵ podejmuje uchwały mające na celu wyjaśnienie przepisów prawnych, których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych. NSA wydaje też wyroki, a wyroki wydawane przez Izbę Finansową, w szczególności w poszerzonym składzie, mają ogromną moc oddziaływania na organy państwa stosujące prawo podatkowe na co dzień. Niemniej jednak w doktrynie można spotkać się z opiniami, że instytucja uchwał NSA wyjaśniających przepisy prawne stanowi odstępstwo od konstytucyjnej zasady niezawisłości sędziów i niezależności sądów (sędziowie podlegają tylko Konstytucji i ustawom)¹⁶.

Problem sprzecznych interpretacji i różnych wyroków – przykład

Sprawa dotyczyła zastosowania odpowiedniej stawki podatku od towarów i usług zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług¹⁷ w przypadku sprzedaży ziemi rolnej. A konkretnie: na podstawie jakich kryteriów określać, czy ziemia przeznaczona jest pod zabudowę, czy nie – i czy może w związku z tym korzystać ze zwolnienia od podatku. Dopiero wyrok NSA, jaki zapadł w Izbie Finansowej w poszerzonym składzie siedmiu sędziów w dniu 17 stycznia 2011 r.¹⁸, ostatecznie rozstrzygnął tę kwestię. W wyroku tym sąd oddalił skargę kasacyjną Ministra Finansów, którą złożył on od wyroku WSA w Łodzi z dnia 4 lutego 2009 r.¹⁹. WSA w Łodzi uznał skargę Gminy W. na indywidualną interpretację Ministra Finansów z dnia 8 lipca 2008 r. Przedmiotem interpretacji było pytanie o możliwość skorzysta-

¹⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 270 ze zm.

¹⁶ Por. J. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz do art. 269*, LexisNexis 2011, LEX online; T. Woś, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz do art. 269*, LexisNexis 2012, LEX online.

¹⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054 ze zm. (dalej: ustawa o VAT).

¹⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 stycznia 2011 r., sygn. I FPS 9/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2E02B7C572> [dostęp: 30.04.2016].

¹⁹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 4 lutego 2009 r., sygn. I SA/Łd 1423/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F060FC2D9D> [dostęp: 30.04.2016].

nia ze zwolnienia z podatku VAT przy sprzedaży przez gminę gruntu rolnego. Gmina przedstawiła stanowisko, że skoro dla obszaru, na którym położona jest działka, nie ma miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego oraz dla przedmiotowej działki gruntu nie zostały wydane warunki zabudowy, a w gminnej ewidencji gruntów jest ona oznaczona jako grunt rolny, to oznacza to, że można skorzystać ze zwolnienia określonego w art. 43 ust. 1 pkt 9 ustawy o VAT. Minister Finansów w wydanej interpretacji indywidualnej nie zgodził się z tym stanowiskiem. Wywodził, że ustawa o VAT posługuje się kryterium przeznaczenia terenu, a nie jego klasyfikacją. Uznał, że ewidencja gruntów „jest jedynie urzędowym zbiorem informacji faktycznych” i nie może decydować o przeznaczeniu terenu, decydować o tym mogą tylko zapisy planu zagospodarowania przestrzennego, decyzji o warunkach zabudowy lub studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy. Gmina wniosła skargę do WSA na wyżej wymienioną interpretację. W odpowiedzi na skargę Minister Finansów, przytaczając argumenty podniesione w interpretacji, wniósł o jej oddalenie. Wątpliwości Gminy podzielił WSA w Łodzi. W szczególności wskazał, że postanowienia studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy mają charakter nienormatywny, są bowiem kierowane do organów gminy i bezpośrednio nie kształtują sytuacji prawnej podmiotów spoza systemu administracji publicznej. W wyniku wniesienia skargi kasacyjnej przez Ministra Finansów postanowieniem z dnia 13 grudnia 2010 r. NSA w składzie siedmiu sędziów przejął sprawę do prowadzenia. Przedstawiając szereg argumentów, ostatecznie sąd dokonał wykładni prokonstytucyjnej i skargę kasacyjną oddalił. Stwierdził między innymi, że art. 217 Konstytucji stanowi, iż nakładanie podatków, innych danin publicznych, określanie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy. A zatem rezygnacja ustawodawcy z definicji pojęcia terenu budowlanego przeznaczonego pod zabudowę nie może być wypełniana przy pomocy wykładni rozszerzającej przez powoływanie się na studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy, które nie jest źródłem prawa.

Zmiana prawa

Kolejną metodą przywracania stabilności prawa jest – paradoksalnie – jego zmiana. Sytuacja taka miała miejsce np. w przypadku opodatkowania podatkiem dochodowym akcjonariusza spółki komandytowo-akcyjnej (SKA). W interpretacjach i orzeczeniach pojawiały się cztery różne sposoby opodatkowania zysków osiągniętych przez akcjonariuszy SKA:

- 1) przyjęcie, że dochody te stanowią dochód z pozarolniczej działalności gospodarczej opodatkowany na zasadach ogólnych (tj. w momencie uzyskania przychodu należnego z obowiązkiem wpłacania comiesięcznych zaliczek na podatek dochodowy)²⁰;
- 2) przyjęcie, że dochody te stanowią dochód z innych źródeł zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych²¹, opodatkowany w momencie faktycznego uzyskania (wyплаты środków pieniężnych) na zasadach ogólnych (stawką podatku 18% i 32%)²²;
- 2) przyjęcie, że dochody te należy rozliczać podobnie jak dywidendy wypłacane przez osoby prawne (opodatkowanie dochodu w momencie otrzymania wypłaty z zysku poprzez pobranie ryczałtowego 19-procentowego podatku)²³;
- 4) przyjęcie, że dochody te należy rozliczać jako dochody z pozarolniczej działalności gospodarczej, jednak opodatkowane dopiero w momencie ich faktycznego uzyskania (otrzymania wypłaty z zysku). W momencie uzyskania wypłaty podatnik zobowiązany jest obliczyć i wpłacić zaliczkę na podatek²⁴.

Mając na uwadze panujące rozbieżności, Minister Finansów wydał w dniu 11 maja 2012 r. interpretację ogólną prawa podatkowego nr DD5/033/1/12/KSM/DD-125²⁵. W interpretacji tej odniósł się do pojęcia przychodu z działalności gospodarczej zdefiniowanej odpowiednio w art. 12 ust. 3 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych²⁶ i w art. 14. ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych jako do przychodu należnego, choćby jeszcze nie został faktycznie otrzymany. Niemniej jednak przepisy tych ustaw nie definiują pojęcia „przychodu należnego”. Stwarza to konieczność odwołania się do wykładni językowej, a także odniesienia się do przepisów prawa cywilnego, a w szczególności do ustawy z dnia 15 września

²⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. I SA/GI 715/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1553C18393> [dostęp: 30.04.2016].

²¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 361 ze zm. (dalej: ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych).

²² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. I SA/Kr 219/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1FFD19144E> [dostęp: 30.04.2016].

²³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. I SA/Kr 1181/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B832CB0DF4> [dostęp: 24.05.2016].

²⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 22 lipca 2009 r., sygn. I SA/Wr 1064/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B3B6A820BE> [dostęp: 30.04.2016].

²⁵ Dz.Urz. Ministra Finansów z 2012 r., poz. 24.

²⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 851 ze zm. (dalej: ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych).

2000 r. – Kodeks spółek handlowych²⁷. Z przepisów tych wynika, że akcjonariusze mają prawo do udziału w zysku (wynikającego ze zbadanego przez biegłego rewidenta i zatwierdzonego sprawozdania finansowego) lub jego części, jeżeli został on przez walne zgromadzenie akcjonariuszy przeznaczony do wypłaty. Od tak uzyskanego przychodu z działalności gospodarczej należy odprowadzić zaliczkę na podatek w miesiącu jego uzyskania.

Ostatnim krokiem były zmiany zasad opodatkowania SKA oraz wspólników tych spółek od 1 stycznia 2014 r., wprowadzone ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy o podatku tonażowym²⁸. Główną zmianą jest nadanie polskiej spółce komandytowo-akcyjnej statusu podatnika podatku dochodowego od osób prawnych. Z treści znowelizowanego art. 1 ust. 3 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych wynika, że przepisy tej ustawy mają również zastosowanie do spółek komandytowo-akcyjnych mających siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z chwilą wejścia w życie przepisów polskie spółki SKA – podobnie jak inne spółki będące podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych (tj. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna) – zobowiązane są do określania wysokości uzyskiwanych dochodów i strat zgodnie z przepisami ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych, do zapłaty zaliczek na ten podatek i do corocznego rozliczenia należnego podatku dochodowego. Ponadto jako płatnik zobowiązane są – w przypadku przeznaczenia uzyskanego zysku do podziału pomiędzy wspólników – do potrącania podatku należnego od dochodów uzyskiwanych przez tych wspólników z udziału w ich zyskach. Zgodnie z nowelizacją ustawy odsetki wypłacane od udziału kapitałowego wspólników SKA nie są uznawane za koszty uzyskania przychodów tej spółki (dodany w art. 16 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych nowy pkt 13b), a jednocześnie podlegają one zakwalifikowaniu do dochodów tych wspólników „z tytułu udziału w zyskach osób prawnych” (nowy pkt 9 dodany w art. 10 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych). W związku z tym, również w przypadku wypłaty przez spółkę takich odsetek, na spółce ciąży obowiązek płatnika podatku dochodowego. Konsekwencją nadania SKA podmiotowości na gruncie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych jest zasadniczo wprowadzenie dwóch poziomów opodatkowania dochodu wypracowanego przez tę spółkę, podobnie, jak ma to miejsce w przypadku spółek kapitałowych. Uzyskiwane przez wspólników (akcjonariuszy) SKA dochody z tytułu udziału w tej

²⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 1030 ze zm.

²⁸ Dz.U. z 2013 r., poz. 1387.

spółce podlegają podatkowej kwalifikacji jako uzyskane przez nich „dochody z udziału w zyskach osób prawnych” i jako takie będą opodatkowane według stawki 19% uzyskanego przychodu, albo – po spełnieniu przez akcjonariusza SKA warunków wskazanych w art. 22 ust. 4 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych – zwolnione z opodatkowania podatkiem dochodowym. Ten krok – zmiana ustawy – ostatecznie doprecyzowuje sposób opodatkowania akcjonariuszy SKA, co wzmacnia stabilność prawa podatkowego.

Niemniej jednak przy podejmowaniu działań tego typu ustawodawca musi pamiętać, że nie tylko więc postulat pewności prawa narusza prawodawca, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła być go przewidzieć – [a] zwłaszcza gdy przy podejmowaniu swego rozstrzygnięcia prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, inaczej zadecydowałaby o swoich sprawach²⁹.

Podsumowanie

Polski podatnik zmuszony jest funkcjonować w środowisku skomplikowanych i często zmieniających się przepisów. Stan taki musi zostać zmieniony, w przeciwnym razie niepewność co do wysokości obciążenia może u podatnika wywołać reakcje polegające na ukrywaniu dochodu i uchylaniu się od podatku³⁰. W tej chwili trudno doszukać się symptomów szybkiej i radykalnej poprawy sytuacji. Tym bardziej podkreślić należy wagę uregulowań dotyczących wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego. Zarówno interpretacje ogólne, jak i indywidualne w znakomity sposób zwiększają bezpieczeństwo prawne podatników, a co za tym idzie – ich zaufanie do systemu prawa. Obecne regulacje i związana z nimi ochrona (przy zastosowaniu się do wydanej interpretacji) przed zapłatą podatku (lub przynajmniej przed zapłatą odsetek za zwłokę) i przed odpowiedzialnością karną skarbową to skuteczne narzędzie zmniejszania niepewności, którym mogą posługiwać się na co dzień firmy borykające się z niejednoznacznością prawa podatkowego. Niemniej jednak przepisy te ciągle wymagają reformy. Dobrym krokiem w tym kierunku są zmiany, które weszły w życie 1 lipca 2016 r., wprowadzone ustawą z dnia 10 lipca 2015 r. o administracji podatkowej³¹, a także zmiany Ordynacji podatkowej, które weszły w życie z tym samym dniem, a następnie wprowadzone 1 marca 2017 r. ustawą o KAS. Jak słusznie zauważono w uzasadnieniu do projektu ustawy o administracji podatkowej,

²⁹ S. Wronkowska, *Zmiany w systemie prawnym*, PiP 1991, z. 8, s. 3–14.

³⁰ A. Gomułowicz, *Zasady podatkowe wczoraj i dziś*, Warszawa 2001, s. 18

³¹ Dz.U. z 2015 r., poz. 1269.

spójny system informacji podatkowej dla całej administracji podatkowej może powstać, tylko gdy będzie ona funkcjonować jako scentralizowana, niezależna instytucja, skutecznie i efektywnie zarządzająca swoimi zasobami. Krajowa Informacja Podatkowa jako podstawowe centrum kompetencyjne administracji podatkowej w zakresie udzielania informacji podatkowej powinna mieć strukturę organizacyjną przystosowaną do pełnienia funkcji głównego źródła wiedzy na temat stosowania przepisów prawa podatkowego³².

Te modyfikacje struktury organizacyjnej stworzą podstawy do jednolitego interpretowania przepisów przez wszystkie organy skarbowe w całym kraju. Efekt powinien być wzmocniony poprzez wprowadzenie specjalizacji komórek Krajowej Informacji Skarbowej – jako spadkobierczyni Krajowej Informacji Podatkowej – w zakresie poszczególnych podatków.

Uzupełnieniem „mechanizmu” zwiększania zaufania podatników do systemu prawa jest orzecznictwo sądów administracyjnych i możliwość zaskarżenia interpretacji podatkowych. Zauważyć jednak można, iż sposób orzekania przez sądy nie jest jednolity. Należy dążyć do ujednoczenia tego orzecznictwa poprzez częstsze stosowanie uchwał i wyroków NSA podejmowanych w rozszerzonym lub pełnym składzie, nawet kosztem „ograniczenia” niezawisłości sędziów i niezależności sądów.

Jednak główna odpowiedzialność ciągle spoczywa na władzy ustawodawczej. Jak mówi dr Irena Ożóg, była wiceminister finansów,

przez 25 lat nie dorobiliśmy się komfortu stabilizacji prawa podatkowego. Zmienia się ono bez przerwy, co przekłada się na praktykę jego stosowania. Urzędnicy są pracownikami administracji państwowej, którzy muszą to prawo stosować, bez względu na to, co sami o nim myślą³³.

Tylko radykalna zmiana prawa podatkowego (z uwzględnieniem słusznych postulatów doktryny i przedsiębiorców) doprowadziłaby do istotnego obniżenia liczby wniosków o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego, a w ślad za tym – do obniżenia liczby spraw rozpoznawanych przez sądy administracyjne. A to realnie utrwaliłoby w obywatelach zaufanie do państwa i systemu prawa.

³² Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 10 lipca 2015 r. o administracji podatkowej, druk sejmowy nr 3320, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3320> [dostęp: 10.05.2016].

³³ I. Ożóg, *Administracja podatkowa: potrzebne dobre prawo, nie ogólne klauzule*, 23.05.2016, „Rzeczpospolita”, <http://www.rp.pl/Administracja/305239961-Administracja-podatkowa-potrzebne-dobre-prawo-nie-ogolne-klauzule.html> [dostęp: 25.05.2016].

Abstract
Instability of tax law
as a factor limiting taxpayers' trust in legal system

In the Polish reality, changes in the law are common, and in the case of tax law, this phenomenon is almost widespread. This situation means that entrepreneurs and other taxpayers are not able to apply these regulations in a correct manner in practice. Changes to the law carried out in the form of frequent amendments to the existing provisions make reading and understanding of the content of law and regulations difficult. A random way of introducing changes results in a decrease in the quality of the law, and sometimes even its internal contradiction. This situation results in issuing tax law ruling by tax authorities, which in similar circumstances have diametrically different interpretations. This causes an increase in the number of claims in administrative courts. The article presents the above-mentioned factors as the reason for the limited confidence of taxpayers both in the legal system and tax authorities. The changes that took place in the recent period were analysed. These changes should lead to greater stability of regulations and consequently growing confidence.

Key words: tax ruling, instability of law, tax ordinance, taxpayer, tax law

Streszczenie
Niestabilność prawa podatkowego
jako czynnik ograniczający zaufanie podatników do systemu prawa

W polskiej rzeczywistości zmiany przepisów prawa występują często, a w przypadku przepisów prawa podatkowego zjawisko to jest już niemal nagminne. Sytuacja ta sprawia, że przedsiębiorcy i pozostali podatnicy nie potrafią tych regulacji stosować w praktyce w sposób poprawny. Zmiany prawa przeprowadzane w formie częstych nowelizacji istniejących przepisów powodują, że czytanie i rozumienie treści ustaw i rozporządzeń staje się trudne. Wrywkowy sposób wprowadzania zmian powoduje spadek jakości prawa, a czasami nawet jego wewnętrzną sprzeczność. Sytuacja ta skutkuje wydawaniem przez organy skarbowe interpretacji prawa podatkowego, które w podobnych stanach faktycznych podają ich diametralnie różną interpretację. To z kolei powoduje wzrost liczby skarg wpływających do sądów administracyjnych. W artykule przedstawiono wyżej wymienione czynniki jako przyczynę ograniczonego zaufania podatników zarówno do systemu prawa, jak i organów skarbowych. Przeanalizowano zmiany, jakie miały miejsce w ostatnim okresie, które powinny doprowadzić do większej stabilności przepisów, a co za tym idzie – do wzrostu zaufania do nich.

Słowa kluczowe: interpretacje podatkowe, niestabilność przepisów, ordynacja podatkowa, podatnik, prawo podatkowe

GLOS Y

GLOSSES

Michał Surdyk

aplikant adwokacki w Izbie Adwokackiej w Warszawie

Możliwość uznania konsorcjum przetargowego za porozumienie ograniczające konkurencję. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., VI ACa 651/15

Wprowadzenie

Konsorcjum przetargowe jest instytucją umożliwiającą wspólne ubieganie się przez niezależnych od siebie przedsiębiorców o udzielenie zamówienia publicznego. Tworzenie konsorcjów przetargowych jest obecnie¹ wprost dozwolone przez art. 23 prawa zamówień publicznych² (dalej: p.z.p.). Umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, choć może przypominać umowę spółki cywilnej³. Konsorcjum nie posiada własnej struktury organizacyjnej ani majątku wyodrębnionego z majątków jego uczestników⁴.

W komentowanym wyroku, Sąd Apelacyjny w Warszawie (dalej: SA) rozważał, czy zawarcie konsorcjum przetargowego, mimo że dozwolone przez p.z.p., może naruszać art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.i.k.)⁵, zakazujący zawierania tzw. zmów przetargowych.

¹ Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia została wprowadzona do polskiego porządku prawnego w 2001 r. w wyniku nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych będącej poprzedniczką p.z.p. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy nowelizacyjnej, zmiana ta była odpowiedzią na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, w którym sąd ten stwierdził, że w istniejącym wówczas stanie prawnym o udzielenie zamówienia publicznego nie mogli starać się wspólnie dwaj przedsiębiorcy przez złożenie jednej oferty.

² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 października 2012 r., I ACa 460/12.

⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 r., IX CA 50/07.

⁵ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tekst jedn.: Dz.U. z 2015 r., poz. 184 z późn. zm.

Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Głosowany wyrok zapadł w wyniku apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: SOKiK) z dnia 19 lutego 2015 r., XVII AmA 73/13, w którym sąd ten rozpoznawał odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2012 r., RLU 38/2012.

W swojej decyzji Prezes UOKiK ustalił, że w kwietniu 2008 r. Zarząd Mienia Komunalnego w Białymstoku ogłosił przetarg na odbiór i transport odpadów komunalnych wraz z ich segregacją z nieruchomości zarządzanych przez tę instytucję. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia tego przetargu szczegółowo określała, jakie przesłanki muszą spełnić wykonawcy biorący udział w przetargu. Do przetargu przystąpiło czterech przedsiębiorców, w tym konsorcjum złożone z dwóch przedsiębiorców posiadających łącznie udziały w rynku odbioru i transportu odpadów komunalnych w Białymstoku wynoszące około 2/3.

Prezes UOKiK stwierdził, że dwaj przedsiębiorcy, którzy utworzyli konsorcjum przetargowe (dalej: Ukarani Przedsiębiorcy) zawarli antykonkurencyjne porozumienie w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

W ocenie Prezesa UOKiK, zawiązując konsorcjum, Ukarani Przedsiębiorcy działali w celu wyłączenia konkurencji między sobą, co z kolei miało zagwarantować utrzymanie posiadanych przez nich udziałów rynkowych. Zamiast ryzykować, że nie otrzymają zamówienia, ponieważ korzystniejszą ofertę złoży konkurent, Ukarani Przedsiębiorcy postanowili ubiegać się o udzielenie zamówienia łącznie, tym samym eliminując konkurencję między sobą. Dzięki temu Ukarani Przedsiębiorcy musieli konkurować w przetargu tylko z mniejszymi, a więc mniej groźnymi uczestnikami rynku.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W swoim wyroku SOKiK uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK. SOKiK wskazał trzy powody, dla których działania Ukaranych Przedsiębiorców nie naruszyły art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Po pierwsze, zachowanie Ukaranych Przedsiębiorców było legalne, ponieważ art. 23 p.z.p. wprost wskazuje, że przedsiębiorcy mają prawo wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie, art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. zakazuje uzgadniana przez przedsiębiorców „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”. Ponieważ Ukarani Przedsiębiorcy przystąpili do przetargu wspólnie,

złożyli jedną ofertę, zatem nie mogli uzgodnić warunków składanych ofert (w liczbie mnogiej). SOKiK stwierdził, że zawiązanie konsorcjum nigdy nie może być zatem zawarciem zmywy przetargowej.

Po trzecie, działania Ukaranych Przedsiębiorców nie były zakazane, ponieważ Ukarani Przedsiębiorcy nie byli w stanie samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden z przedsiębiorców nie posiadał bowiem liczby pojemników na odpady wymaganej przez Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia. Oznacza to, że Ukarani Przedsiębiorcy nie posiadali potencjału technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia. Mogli zatem zawrzeć konsorcjum przetargowe w celu uzupełnienia tego potencjału.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie

Swoim wyrokiem SA zmienił wyrok SOKiK, oddalając odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK. SA stwierdził, że konsorcjum przetargowe może być zmywą przetargową zakazaną na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7. W swojej argumentacji SA odniósł się do stanowiska SOKiK.

Po pierwsze, SA wskazał, że brak zakazu zawierania umów konsorcjum, czy też wyraźne dozwoleń ich zawierania w p.z.p. nie oznacza, że nie mogą one podlegać ocenie z perspektywy u.o.k.i.k. Zawiązanie konsorcjum może jednocześnie pozostawać w zgodzie z p.z.p. i w sprzeczności z u.o.k.i.k.

Pod drugie, SA stwierdził, że zawarcie zmywy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. może nastąpić nawet wtedy, gdy przedsiębiorcy składają w przetargu jedną ofertę. SA wskazuje, że jeśli zmywy przetargowe mają być zakazane na gruncie prawa konkurencji, muszą być zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Przesłanką zastosowania tego przepisu nie jest jednak liczba ofert złożonych w ramach przetargu. SA zaznaczył, że w przypadku akceptacji wykładni SOKiK, zastosowanie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. uzależnione byłoby od liczby ofert składanych przez przedsiębiorców, którzy zawarli porozumienie. Zatem w sytuacji złożenia jednej wspólnej oferty, u.o.k.i.k. nie miałaby w ogóle zastosowania, co z kolei eliminowałoby możliwość ingerencji Prezesa UOKiK w takie zachowania rynkowe. W związku z tym, chcąc uniknąć kar, które mogą być nałożone przez Prezesa UOKiK, przedsiębiorcy mogliby każdorazowo wyłączać swoje działania spod działania u.o.k.i.k., zawierając konsorcja przetargowe. SA uznał taki pogląd za sprzeczny z „celami i istotą” u.o.k.i.k. Skoro celem u.o.k.i.k. jest ochrona przedsiębiorców i konsumentów przed nieuczciwymi działaniami innych przedsiębiorców, interes publiczny jest chroniony wyłącznie wtedy, gdy zawieranie konsorcjów przetargowych może być uznane za zakazane przez u.o.k.i.k.

Po trzecie, SA stwierdził, że Ukarani Przedsiębiorcy byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, o którego udzielenie się ubiegali. Ma to istotne znaczenie, ponieważ zawarcie konsorcjum przetargowego nie jest ekonomicznie uzasadnione, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie samodzielnie ubiegać się o jego udzielenie i je realizować. Konsorcjum jest zgodne z prawem konkurencji, jeśli jego uczestnicy bez zawarcia konsorcjum w ogóle nie wzięliby udziału w przetargu. Oceniając, czy Ukarani Przedsiębiorcy byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, SA bada:

- 1) Udział rynkowy uczestników konsorcjum. Zdaniem SA im większy udział rynkowy uczestników konsorcjum, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że musieli oni zawiązać konsorcjum w celu realizacji zamówienia.
- 2) Oferty innych przedsiębiorców. SA zwrócił uwagę, że oferty w przetargu złożyli dwaj inni przedsiębiorcy, posiadający znacznie mniejsze potencjały ekonomiczne niż Ukarani Przedsiębiorcy, co sugeruje, że Ukarani Przedsiębiorcy tym bardziej byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie.
- 3) Możliwość uzupełnienia brakującego potencjału technicznego, np. możliwość dzierżawy czy też zakupienia nowych środków technicznych (pojemników na odpady).
- 4) Stopień skomplikowania technicznego zamówienia i doświadczenie przedsiębiorców w realizacji podobnych zamówień. SA podkreślił, że zamówienie miało charakter standardowego zamówienia na rynku, na którym działali Ukarani Przedsiębiorcy. Co więcej, w przeszłości samodzielnie realizowali oni z powodzeniem podobne zamówienia.
- 5) Czy współpraca przedsiębiorców umożliwia im osiągnięcie jakichś oszczędności, które mogą wpłynąć na zaoferowanie obniżonej ceny albo wyższej jakości usług. SA stwierdził, że w tym wypadku tak nie było.

To wszystko wskazuje, zdaniem SA, że Ukarani Przedsiębiorcy byli w stanie samodzielnie zrealizować zamówienie, a zatem – że zawarte przez nich konsorcjum narusza zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień.

Analiza problemu i ocena stanowiska Sądu Apelacyjnego w Warszawie

W komentowanym wyroku SA wyraźnie zarysowane są trzy zagadnienia prawne. O ile stanowisko SA w kwestii pierwszej, dotyczącej relacji p.z.p. i u.o.k.i.k., oraz kwestii trzeciej, dotyczącej testu obiektywnego uzasadnienia, należy uznać za zasadniczo słuszne, o tyle nie sposób przyznać SA racji w kwestii drugiej, dotyczącej kwalifikacji konsorcjum przetargowego jako zmowy przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

W kwestii pierwszej, dotyczącej możliwości dokonywania oceny konsorcjów przetargowych w świetle prawa konkurencji, należy zgodzić się z SA, iż fakt, że p.z.p. pozwala na tworzenie konsorcjów przetargowych, nie oznacza, że ustawodawca wyłączył możliwość dokonywania ich oceny pod kątem zgodności z normami wynikającymi z u.o.k.i.k. Normy prawne przyzwalają na zawieranie niezliczonych rodzajów umów, w tym umów nienazwanych. Przyjęcie, że umowy, których zawieranie jest wprost dozwolone przez prawo, nie mogą być oceniane w świetle art. 6 u.o.k.i.k., kłóciłoby się z brzmieniem art. 4 pkt 5 u.o.k.i.k., który wyraźnie wskazuje, że porozumienie może zostać zawarte w formie umowy między przedsiębiorcami. Pogląd ten potwierdza dotychczasowy dorobek doktryny⁶. Celem art. 23 p.z.p. jest umożliwienie przedsiębiorcom wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co nie przesądza jednak, że każdorazowo cel i skutek takiego działania będzie zgodny z prawem. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że jakakolwiek norma prawa, która wprost przyzwala na jakieś zachowanie, wyłącza możliwość oceny tego zachowania z perspektywy prawa konkurencji.

Kwestia druga dotyczy możliwości zakwalifikowania konsorcjum przetargowego jako zмовы przetargowej w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Stanowisko SA w tej kwestii, opisane powyżej, sprowadza się do następujących dwóch stwierdzeń:

- 1) Porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum są zakazane przez prawo konkurencji, ponieważ – aby możliwa była realizacja celów u.o.k.i.k. – muszą być zakazane przez prawo konkurencji.
- 2) Jeżeli porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum mają być zakazane na gruncie prawa konkurencji, muszą być zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Na wstępie należy sprzeciwić się twierdzeniu, że porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum są zakazane, ponieważ muszą być zakazane przez prawo konkurencji. W tym miejscu należy rozważyć charakter prawny kar pieniężnych nakładanych przez Prezesa UOKiK. Z perspektywy proceduralnej nie budzi wątpliwości, że postępowanie przed Prezesem UOKiK jest postępowaniem administracyjnym, choć istotnie zmo-

⁶ M. Salitra, *Jeżeli nie możesz ich pokonać, dołącz do nich zgodnie z prawem – konsorcjum przetargowe w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2015, nr 8, s. 56–58.; A. Zawłocka-Turno, *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 4, s. 44–56.

dyfikowanym względem procedury ogólnej przepisami szczególnymi znajdującymi się w u.o.k.i.k.⁷. Równocześnie sankcje przewidziane przez u.o.k.i.k. nie mają charakteru karnoprawnego w rozumieniu kodeksu karnego.

Należy jednak zauważyć, że orzecznictwo sądów i trybunałów międzynarodowych wypracowało odrębną, szeroką definicję prawa karnego w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC)⁸. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) wskazuje w swoim orzecznictwie, że norma ma charakter karny, jeżeli jej celem jest prewencja indywidualna i generalna połączona z represją wobec sprawcy⁹, a także jeżeli norma ta stosowana jest wobec szerokiego kręgu podmiotów¹⁰. Na karny charakter normy wskazuje także surowość przewidzianej przez nią kary¹¹. Dla oceny, czy norma prawa materialnego ma charakter karny nie ma znaczenia, zdaniem ETPC, tryb postępowania w sprawie jej naruszenia¹². Bez wątplenia normy prawa ochrony konkurencji spełniają wszystkie powyższe wymogi. Także Sąd Unii Europejskiej, odwołując się do orzecznictwa ETPC¹³, stwierdził, że

mając na uwadze naturę naruszeń oraz naturę i surowość nakładanych kar, zasada domniemania niewinności [czyli jedna z zasad prawa karnego – dop. M.S.] ma zastosowanie także do postępowań w sprawach naruszeń prawa ochrony konkurencji przez przedsiębiorców, których rezultatem może być nałożenie kar pieniężnych¹⁴.

Normy prawa konkurencji mają zatem *quasi*-karny charakter – w tym znaczeniu, że są normami administracyjnoprawnymi w rozumieniu polskiego prawa krajowego, a równocześnie normami karnoprawnymi w rozumieniu EKPC.

Quasi-karny charakter norm prawa ochrony konkurencji oznacza nie tylko konieczność domniemania niewinności przedsiębiorcy w postępowaniu antymonopolowym, stosowania w nim dostatecznie wysokiego ciężaru dowodu i rozstrzygania wątpliwości faktycznych na korzyść przedsiębiorcy¹⁵, ale także konieczność stosowania zasady *nulla poena sine lege*.

⁷ D. Sylwestrzak, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2012, s. 10.

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

⁹ Wyrok ETPC z dnia 24 lutego 1994 r., w sprawie A/284, Bendenoun p. Francji.

¹⁰ Wyrok ETPC z dnia 22 maja 1990 r., w sprawie A/177, Weber p. Szwajcarii.

¹¹ Wyrok ETPC z dnia 4 marca 1978 r., skarga nr 7341/76, Eggs p. Szwajcarii.

¹² Wyrok ETPC z dnia 23 września 1998 r., w sprawie RJD 1998-II, Malige p. Francji.

¹³ W szczególności do wyroku ETPC z dnia 25 sierpnia 1987 r., skarga nr 9912/82, Lutz p. Niemcom.

¹⁴ Wyrok Sądu Unii Europejskiej z dnia 17 grudnia 1995 r. w sprawie C-185/95, Baustahlgebe webe GmbH p. Komisji Europejskiej.

¹⁵ Ch. Harding, J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010, s. 240.

W świetle powyższego nie można twierdzić, że dane działanie przedsiębiorcy jest zakazane, ponieważ powinno być zakazane dla realizacji celów ustawy. Jeżeli ustawodawca chce, żeby dane działanie przedsiębiorcy było zakazane przez u.o.k.i.k., powinien jasno to wyartykułować. Należy w tym miejscu zgodzić się z poglądem wyrażonym w wyroku SOKiK zmienionym komentowanym orzeczeniem, że art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.i.k. nie należy interpretować rozszerzająco. Jeżeli przepis mówi o uzgodnieniu „warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”, trudno przyjąć, że zakazuje uzgadniania warunków złożenia jednej oferty. Zresztą podobne wątpliwości dotyczące brzmienia tego przepisu były już podnoszone w doktrynie. Przykładowo, Małgorzata Sieradzka wyraża pogląd, w myśl którego przesłanki wskazane w art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.i.k. spełni wyłącznie porozumienie zawarte przed przystąpieniem oferentów do przetargu¹⁶. Miałoby tak być ze względu na użycie przez ustawodawcę w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. sformułowania „uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu”, mającego wskazywać, że zakresem pojęciowym umowy przetargowej nie są objęte umowy zawarte po tym, gdy przedsiębiorcy ci przystąpili już do przetargu. Podobnie Agata Jurkowska-Gomułka podaje w wątpliwość, czy wobec faktu, że omawiany przepis odnosi się jedynie do „uzgadniania warunków składanych ofert”, możliwe jest objęcie jego zakresem porozumień polegających na określeniu, którzy przedsiębiorcy złożą ofertę w przetargu, a którzy się od tego powstrzymają, czy też uzgodnieniu warunków udziału w przetargu¹⁷.

Nie można także zgodzić się z drugim stwierdzeniem SA, że jeżeli umowy przetargowe mają być zakazane na gruncie prawa konkurencji, muszą być zakazane przez art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Art. 6 u.o.k.i.k. składa się z dwóch części. Pierwsza, art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k., określa ogólne przesłanki, jakie muszą być spełnione, żeby dane porozumienie mogło zostać uznane za zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Następnie art. 6 ust. 1 pkt 1–7 u.o.k.i.k. zawiera otwarty¹⁸ katalog przykładowych¹⁹ porozumień ograniczających konkurencję. Oznacza to, że art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k. stanowi samoistną podstawę umożliwiającą stwierdzenie, że dane porozumienie jest zakazane. Mogą zatem istnieć inne,

¹⁶ M. Sieradzka, *Zmowy przetargowe w świetle zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Warszawa 2015, s. 34.

¹⁷ A. Jurkowska-Gomułka, *Komentarz do art. 6, [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, red. T. Skoczny, Warszawa 2014, s. 299.

¹⁸ Poprzedzenie katalogu antykonkurencyjnych porozumień sformulowaniem „w szczególności” jednoznacznie wskazuje, że nie jest on katalogiem zamkniętym.

¹⁹ Wyrok SOKiK z dnia 25 października 2004 r., XVII AmA 66/04.

nienazwane praktyki ograniczające konkurencję. Orzecznictwo i doktryna przyjmują, że takimi praktykami nienazwanymi są na przykład porozumienia, których celem lub skutkiem jest antykonkurencyjna wymiana informacji między przedsiębiorcami²⁰. Oznacza to, że porozumienia ograniczające konkurencję oparte na konstrukcji konsorcjum mogą być zakazane na gruncie prawa konkurencji na podstawie art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k. bądź art. 6 ust 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k., nawet jeśli nie są zakazane na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Jednocześnie rodzi się pytanie, czy takie rozróżnienie ma jakiegokolwiek znaczenie, tj. czy stwierdzenie, że porozumienie oparte na konstrukcji konsorcjum narusza art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k. bądź art. 6 ust 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k., ale nie narusza art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., rodzi prawne konsekwencje. Na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Nie wszystkie porozumienia ograniczające konkurencję są przez prawo konkurencji traktowane na równi. Po pierwsze, choć wszystkie rodzaje porozumień są zakazane, niektóre z nich korzystają z szerszego zakresu wyłączeń niż inne. Jeżeli porozumienie zostanie zakwalifikowane jako porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 lub art. 6 ust. 1 pkt 1–3 u.o.k.i.k., nie może ono skorzystać z wyłączenia *de minimis* na podstawie art. 7 ust. 1 i 2 u.o.k.i.k., co wprost wynika z art. 7 ust. 3 u.o.k.i.k. Brak możliwości zastosowania wyłączenia *de minimis* do tych porozumień świadczy o tym, że ustawodawca traktuje je jako szczególnie niebezpieczne²¹. Kwalifikacja prawna zмовы przetargowej może mieć zatem fundamentalne znaczenie dla stwierdzenia jej bezprawności.

Co więcej, poza karami nakładanymi na przedsiębiorcę, Prezes UOKiK może nałożyć na osobę zarządzającą przedsiębiorcą karę pieniężną w wysokości do 2 000 000 zł za umyślne dopuszczenie do naruszenia zakazu zawierania niektórych porozumień antykonkurencyjnych (art. 106a ust. 1 u.o.k.i.k.). Co jednak istotne, wśród katalogu tych porozumień nie ma porozumień, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Oznacza to, że możliwość nałożenia kary na osobę zarządzającą w związku z zawartą zmovą przetargową istnieje tylko wtedy, gdy zmovы takiej nie można zakwalifikować na podstawie przywołanego wyżej przepisu i gdy jednocześnie wypełnia ona przesłan-

²⁰ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 maja 1998 r. w sprawie C-7/95, John Deere p. Komisji; Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 17 lutego 1992 r. w sprawie 92/157/EEC, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*; S. Józwiak, *Wymiana informacji między konkurentami jako praktyka ograniczająca konkurencję – kierunki rozwoju analizy prawno-ekonomicznej*, Warszawa 2011, s. 14.

²¹ Wyrok SOKiK z dnia 10 stycznia 2013 r., XVII AmA 140/10; wyrok SOKiK z dnia 29 maja 2012 r., XVII AmA 179/11.

ki jakiegokolwiek z innych, nazwanych porozumień antykonkurencyjnych, na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k.

Zatem to, jak zostanie zakwalifikowane dane antykonkurencyjne porozumienie, może mieć istotne znaczenie dla ustalenia bezprawności czynu oraz możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności osoby zarządzającej.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt komentowanego orzeczenia, wydaje się, że SA powinien był przyjąć, że Ukarani Przedsiębiorcy naruszyli art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k., a nie art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Kwestia trzecia dotyczy testu ekonomicznego uzasadnienia. Zastosowanie przez SA tego testu, powszechnie stosowanego w prawie konkurencji do analizy innych zagadnień, należy przyjąć z aprobatą. Test ekonomicznego uzasadnienia umożliwia bowiem rozróżnienie prokonkurencyjnych od antykonkurencyjnych konsorcjów. Jeżeli przedsiębiorcy nie mają możliwości samodzielnej realizacji zamówienia, konsorcjum nie będzie ograniczało konkurencji, ponieważ bez istnienia konsorcjum przedsiębiorcy w ogóle nie mogliby złożyć swojej oferty w przetargu. W tym przypadku współdziałanie przedsiębiorców nie będzie ograniczało konkurencji, lecz będzie dla niej korzystne. Będzie tak, ponieważ złożenie w przetargu oferty przez przedsiębiorców, którzy bez możliwości zawarcia konsorcjum oferty tej by nie złożyli, zwiększy presję konkurencyjną na innych przedsiębiorców. Jeżeli natomiast przedsiębiorcy mają możliwość samodzielnego udziału w przetargu, należy zgodzić się z SA, że wspólne złożenie oferty będzie ograniczało konkurencję. W tej sytuacji, zamiast konkurować ze sobą, przedsiębiorcy zdolni do takiej konkurencji łączą siły, co oznacza, że konkurencja na rynku została ograniczona.

Z aprobatą należy także przyjąć wskazanie przez SA, jakie kryteria mogą być pomocne przy badaniu, czy przedsiębiorcy są w stanie samodzielnie wziąć udział w przetargu. Kryteria zastosowane przez SA wydają się adekwatne, a ich wskazanie powinno przyczynić się do zwiększenia pewności prawa i jednolitości orzecznictwa.

Podsumowanie

Zawiązanie konsorcjum przetargowego może podlegać analizie z perspektywy prawa konkurencji, a przydatny w tej analizie będzie test ekonomicznego uzasadnienia udziału przedsiębiorcy w konsorcjum. Jednocześnie konsorcja przetargowe, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji, powinny być kwalifikowane jako naruszające art. 6 ust. 1 *in principio* u.o.k.i.k lub, ewentualnie, art. 6 ust 1 pkt 1–6 u.o.k.i.k, nie zaś art. 6 ust 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

Sławomir Zwolak

dr, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II; prawnik, Stalowa Wola

Legalizacja to prawo, a nie obowiązek inwestora. Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 sierpnia 2016 r., II OSK 2947/14¹

Stan faktyczny

Glosowany wyrok został wydany w następującym stanie faktycznym. Na terenie własnej nieruchomości inwestorzy wybudowali wiatę o konstrukcji stalowej, krytą blachą, o wymiarach 3,10 m x 9,0 m i wysokości 2,7 m. Przed wykonaniem wiaty inwestorzy nie dokonali żadnej czynności urzędowej, w tym nie uzyskali stosownego pozwolenia na budowę.

Powiatowy inspektor nadzoru budowlanego (dalej: PINB) wszczął postępowanie w sprawie samowolnie wykonanej przez inwestorów wiaty. Organ ustalił, że w świetle przepisów obowiązujących w dacie jej wykonania, tj. zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane² (dalej: pr.bud.), w ówczesnym brzemieniu, pozwolenia na budowę nie wymagała budowa wolno stojących parterowych budynków gospodarczych, wiat i altan oraz przydomowych oranżerii (ogrodów zimowych) o powierzchni zabudowy do 25 m², przy łącznej liczbie tych obiektów na działce nieprzekraczającej dwóch na każde 500 m² powierzchni działki. Budowa każdej innej wiaty, zgodnie z art. 28 ust. 1 pr.bud., wymaga uzyskania pozwolenia na budowę. Ponieważ inwestorzy wybudowali bez pozwolenia wiatę o powierzchni 27,9 m², to dopuścili się samowoli budowlanej, o której mowa w art. 48 pr.bud. W konsekwencji, w toku postępowania PINB postanowieniem nałożył na inwestorów obowiązek przedłożenia: ostatecznej decyzji o warunkach zabudowy, czterech egzemplarzy projektu budowlanego

¹ LEX nr 2142412.

² Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, Dz.U. z 2017 r., poz. 1332 ze zm.

oraz oświadczenia o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Dokumenty te należało przedstawić w terminie 60 dni od daty doręczenia inwestorom postanowienia PINB. Inwestorzy uzyskali decyzję o warunkach zabudowy, która stała się ostateczna, a następnie przedłożyli ją do PINB po upływie terminu wyznaczonego przez organ. Inwestorzy nie przedłożyli jednak pozostałej dokumentacji, w tym w szczególności nie przedstawili projektu budowlanego. W rezultacie, PINB wydał decyzję nakazującą inwestorom rozbiórkę wiaty.

Odwołanie do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego

Od decyzji PINB inwestorzy złożyli odwołanie do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego (dalej: WINB). Ten utrzymał w całości w mocy decyzję PINB. Organ odwoławczy stwierdził, że inwestorzy pomimo uzyskania i przedstawienia decyzji o warunkach zabudowy – nie uczynili żadnych dalszych kroków w celu zalegalizowania wiaty, co czyniło koniecznym wydanie decyzji o nakazie rozbiórki.

Skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu

Na decyzję WINB inwestorzy złożyli skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu (dalej: WSA). Ten jednak oddalił skargę. Sąd podzielił stanowisko, że budowa wiaty, w świetle przepisów obowiązujących w dacie jej wykonania, wymagała pozwolenia na budowę, którego to pozwolenia inwestorzy nie uzyskali. Sąd wskazał, że PINB wyznaczył inwestorom odpowiedni, 60-dniowy termin na przedstawienie dokumentacji umożliwiającej legalizację inwestycji. Jak zaznaczył WSA, ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie sztywnego, ustawowego terminu, do upływu którego inwestor byłby obowiązany uzupełnić brakującą dokumentację. Zdaniem WSA, z przepisów wynika, że ustalenie tego terminu pozostawiono uznaniu organu, który powinien określać go w sposób odpowiadający realiom rozpoznawanej sprawy. Termin ten musi być wystarczająco długi, by umożliwić stronie skuteczne zrealizowanie nałożonych na nią obowiązków. Skarżący przedłożyli jedynie, i to po upływie terminu wyznaczonego przez organ, stosowną decyzję o warunkach zabudowy, natomiast pozostałej dokumentacji do dnia wydania decyzji organu I instancji nie dostarczyli. Zdaniem WSA okoliczności te potwierdzają, że decyzje organów były prawidłowe.

Skarga kasacyjna

Od wyroku WSA inwestorzy złożyli skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA), który ją oddalił. Wskazał, że inwestorzy mieli dużo czasu na wywiązanie się z obowiązków nałożonych na nich przez PINB. Jednak z obowiązków tych wywiązali się jedynie częściowo, a i to z przekroczeniem wyznaczonego pierwotnie terminu. Inwestorzy nie wykazali też, aby podjęli jakiegokolwiek starania w celu sporządzenia projektu budowlanego dla inwestycji, nie zwracali się również do organu o przedłużenie terminu do przedstawienia tego projektu. Wobec powyższego organ I instancji był obowiązany do wydania decyzji nakazującej rozbiórkę tego obiektu budowlanego na podstawie art. 48 ust. 3 w zw. z art. 48 ust. 1 pr.bud. Zdaniem NSA, sąd I instancji prawidłowo uznał, że decyzje organów nadzoru budowlanego obu instancji są zgodne z prawem.

Samowola budowlana

Z samowolą budowlaną mamy do czynienia wówczas, gdy obiekt budowlany lub jego część jest w budowie, albo został wybudowany bez wymaganego pozwolenia na budowę, zgłoszenia albo pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ³. Najczęściej samowola budowlana ujawnia się w dwóch przypadkach: po pierwsze, gdy zostanie naruszone prawo z powodu nieznanomości obowiązujących przepisów prawa budowlanego po stronie sprawcy samowoli, po drugie zaś, gdy celowo zostaną zrealizowane roboty budowlane w warunkach samowoli, tzn. dojdzie do świadomego złamania prawa przez sprawcę samowoli budowlanej⁴. Najpoważniejszą konsekwencją prawną stwierdzenia samowoli budowlanej może być nakazanie w drodze decyzji, przez właściwy organ nadzoru budowlanego, rozbiórki obiektu budowlanego będącego w budowie bądź wybudowanego z naruszeniem przepisów⁵. Brzmienie art. 48 pr.bud. jest wynikiem zmiany dokonanej ustawą z 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw⁶. Celem wprowadzonej zmiany brzmienia art. 48 pr.bud. było umożliwienie odstąpienia od obowiązku orzekania nakazu bezwarunkowej rozbiórki obiektu budowlanego, samowolnie wybudowanego, który swoim istnieniem nie na-

³ S. Serafin, *Zagadnienia techniczne w prawie budowlanym*, Warszawa 2005, s. 184.

⁴ M. Cherka, W. Grecki, *Samowola budowlana w polskim prawie budowlanym*, Warszawa 2013, s. 12.

⁵ J. Świostek, *Samowola budowlana i procedura jej legalizacji*, „Nieruchomości” 2009, nr 4, s. 24; także wyrok NSA z dnia 7 czerwca 2001 r., IV SA 952/99, LEX nr 54192.

⁶ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz.U. z 2003 r., nr 80, poz. 718.

rusza przepisów⁷. Przepis ten spowodował powrót, co do zasady, do rozwiązań powszechnie funkcjonujących w krajach Unii Europejskiej, a także tych, które przewidziane były w polskiej ustawie – Prawo budowlane z 1974 r.⁸

Należy zauważyć, że ustawodawca traktuje samowolę budowlaną jako zjawisko negatywne, wymagające działań represyjno-restytucyjnych, ale w stosunku do dotychczasowych rozwiązań łagodzi represyjność przepisów, dopuszczających możliwość legalizacji obiektu wzniesionego bądź wznoszonego wprawdzie bez pozwolenia na budowę (zgłoszenia), ale w zgodzie z przepisami i regułami sztuki budowlanej. Przywołana wyżej zmiana przepisów art. 48 pr.bud. ma istotne znaczenie dla inwestorów, gdyż daje tym z nich, którzy popełniając samowolę budowlaną, budują w zgodzie z prawem i sztuką budowlaną, możliwość legalizacji wzniesionych (wznoszonych) obiektów budowlanych⁹.

Istotą normy art. 48 pr.bud. jest wyeliminowanie stanu naruszenia prawa i doprowadzenie do stanu zgodnego z przepisami. Każde inne działanie miałyby charakter legalizacji działań pozaprawnych, co nie może być intencją ustawodawcy¹⁰. Przeciwdziałanie samowoli budowlanej należy do organów nadzoru budowlanego, które podejmują działania o charakterze policyjnym. Działania organów nadzoru budowlanego odnoszą się do konkretnego zachowania podmiotów prawa budowlanego dotyczących faktycznych działań lub zaniechań i ich rezultatów, które mają odzwierciedlenie w poprawności wykonania robót budowlanych¹¹. Legalizacja samowoli budowlanej dotyczy inwestora, gdy wybudowanie obiektu budowlanego nastąpiło bez wymaganego pozwolenia na budowę albo bez wymaganego zgłoszenia dotyczącego budowy, o której mowa w art. 29 ust 1 pkt 1a, 2b i 19a pr.bud., albo gdy wybudowanie obiektu budowlanego nastąpiło pomimo wniesienia sprzeciwu do tego zgłoszenia.

⁷ Zob. M. Siembida, *Zestawienie tez – samowola budowlana (art. 48 Prawa budowlanego)*, „Monitor Prawniczy” 2000, nr 5, s. 324.

⁸ W okresie obowiązywania ustawy z dnia 24 października 1974 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 1974 r., nr 38, poz. 229), prowadzenie budowy obiektów budowlanych lub ich części niezgodne z przepisami w okresie ich budowy traktowano jako przejaw samowoli budowlanej. Zgodnie z art. 37 ust. 1 teże ustawy, organ administracji państwowej miał obowiązek wydać nakaz przymusowej rozbiórki. Wprawdzie przepis ten zawierał wysoce surową sankcję, tym niemniej o rozbiórce obiektu orzekano dopiero wówczas, gdy obiekt znajdował się na terenie, który zgodnie z przepisami o planowaniu przestrzennym nie był przeznaczony pod zabudowę albo przeznaczony był pod zabudowę innego rodzaju.

⁹ Z. Niewiadomski, *Samowola budowlana pod rządami dotychczasowych przepisów*, [w:] *Prawna regulacja procesu inwestycyjno-budowlanego. Uwarunkowania, bariery, perspektywy*, red. Z. Niewiadomski, Warszawa 2009, s. 219–220.

¹⁰ R. Dziwiński, *Glosa do wyroku NSA z 17.04.2000 r.*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2001, nr 7–8, s. 369.

¹¹ K. Zamyślewska-Gorzach, *Wolność budowlana i jej prawne ograniczenia*, „Samorząd Terytorialny” 2005, nr 10, s. 60.

Legalizacja samowoli budowlanej

Przypadek samowoli budowlanej należy do najpoważniejszych naruszeń przepisów prawa budowlanego. Za naruszenie obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę ustawodawca przewidział bardzo surową sankcję w postaci obowiązku rozbiórki obiektu budowlanego. Jednak nawet w przypadku samowoli budowlanej przepisy przyznają inwestorowi możliwość uniknięcia rozbiórki. Jest to możliwe w ramach tzw. postępowania legalizacyjnego określonego w art. 48 i 49 pr.bud. Procedurę legalizacyjną otwiera wydanie postanowienia w przedmiocie wstrzymania prowadzenia robót budowlanych (gdy obiekt nie został jeszcze wybudowany) i nałożenia na inwestora określonych obowiązków, w szczególności dostarczenia do organu określonej dokumentacji. Przedłożenie stosownej dokumentacji pozwala organowi m.in. na ocenę zgodności inwestycji z przepisami prawa. Organ administracji publicznej, określając obowiązek przedstawienia dokumentów, jednocześnie wyznacza termin do załatwienia sprawy dokumentów. Nieprzedstawienie wymaganej dokumentacji w wyznaczonym terminie skutkuje wydaniem przez organ nakazu rozbiórki nielegalnej inwestycji. W rozpatrywanym orzeczeniu NSA, inwestorzy nie przedstawili wszystkich wymaganych dokumentów w określonym terminie. Ponadto nie wskazywali na żadne okoliczności uniemożliwiające im przedstawienie wszystkich dokumentów wymaganych do legalizacji tego obiektu budowlanego. Kluczową kwestią w niniejszym wyroku NSA zdaje się termin. W nauce prawa terminem nazywa się zastrzeżenie dodatkowe czynności, przez które jej skutek zostaje ograniczony w czasie¹². Czas wyznaczony na przedłożenie wymaganych dokumentów jest czasem oczekiwania, w którym organ prowadzący postępowanie nie może wydać żadnych rozstrzygnięć. Dopiero spełnienie przez inwestora określonych wymagań powoduje, że właściwy organ jest zobowiązany do wydania decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych, jeśli budowa obiektu nie została zakończona. Natomiast jeśli obiekt został ukończony, właściwy organ wydaje decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego.

W analizowanym przypadku inwestorzy nie podjęli jakiegokolwiek starań w celu kompletnego złożenia wymaganych dokumentów, ponadto nie zwracali się również do organu o przedłużenie terminu ich przedstawienia. Dlatego uchybienie terminu wywołało skutek wygaśnięcia prawa do legalizacji obiektu budowlanego. Warto w tym miejscu zauważyć, że organ, który wyznaczył termin na dostarczenie wymaganych dokumentów, może co do zasady zmienić termin dostarczenia dokumentów potrzebnych do legaliza-

¹² A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1967, s. 269.

cji. W orzecznictwie sądownoadministracyjnym wielokrotnie wskazywano, że termin z art. 48 ust. 3 pr.bud. ma charakter procesowy, a nie materialny, co w konsekwencji powoduje, iż może być z ważnych powodów skracany lub przedłużany przez organy administracji w zależności od potrzeb, na wniosek strony¹³. Wyznaczenie go na nowo może mieć jednak miejsce wówczas, gdy nie upłynął on bezskutecznie wobec zaniechania przez stronę podjęcia próby wywiązania się z nałożonych na nią obowiązków. Jednocześnie wyznaczając ten termin, organ winien wziąć pod uwagę przedmiot postępowania, okoliczność, że inwestor może mieć obowiązek przedłożenia decyzji innego organu, jak i obszerność oraz stopień skomplikowania dokumentacji obejmującej samowolę budowlaną. Wobec braku przedstawienia wymaganych dokumentów, jak również starań o legalne przedłużenie terminu do ich przedłożenia, organ administracji publicznej, działając na podstawie i w granicach prawa, zobowiązany był do wydania decyzji nakazującej rozbiórkę obiektu. W świetle art. 6 k.p.a. działanie na podstawie prawa oznacza obowiązek stosowania w sprawach indywidualnych przepisów prawa materialnego oraz przepisów postępowania, prawidłowego ustalenia obowiązującego stanu prawnego sprawy i poprawnej wykładni przepisów przy rozstrzyganiu o obowiązkach lub uprawnieniach¹⁴.

W świetle wyroku NSA należy zauważyć, że rozpoczynając procedurę legalizacyjną samowoli budowlanej, właściwy organ jest zobowiązany do zbadania, czy zrealizowana bądź realizowana budowa obiektu budowlanego lub jego części jest zgodna z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹⁵, a w szczególności – z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo ustaleniami decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (w przypadku braku obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego) oraz czy nie narusza przepisów, w tym techniczno-budowlanych, w zakresie umożliwiającym doprowadzenie obiektu lub jego części do stanu zgodnego z prawem. Właściwy organ, chcąc stwierdzić możliwość zalegalizowania obiektu budowlanego będącego w budowie lub wybudowanego bez prawnie przewidzianych wymogów, jest obowiązany wydać postanowienie wstrzymujące prowadzone roboty wraz z określeniem wymagań dotyczących niezbędnych zabezpieczeń budowy. Organ ten powinien jednocześnie postanowieniem tym nałożyć na inwestora obowiązek przedstawienia w wyznaczonym przez siebie terminie

¹³ Wyrok NSA z dnia 30 stycznia 2013 r., II OSK 1829/11, LEX nr 1596023.

¹⁴ B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2006, s. 35.

¹⁵ Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 1073 ze zm.

dokumentów¹⁶. W szczególności inwestor musi przedstawić zaświadczenie wójta, burmistrza albo prezydenta miasta o zgodności budowy z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (w przypadku braku obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego); cztery egzemplarze projektu budowlanego wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami wymaganymi przepisami szczególnymi oraz aktualne zaświadczenie wydane przez izbę samorządu zawodowego potwierdzające przynależność do właściwej izby samorządu zawodowego; oświadczenie o posiadanym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane; oraz inne wymagane dokumenty. Niespełnienie obowiązków nałożonych postanowieniem pociąga za sobą wydanie nakazu przymusowej rozbiorki. Natomiast przedstawienie przez inwestora w wyznaczonym terminie dokumentów określonych w postanowieniu o wstrzymaniu robót budowlanych traktuje się jako wniosek o zatwierdzenie projektu budowlanego i pozwolenie na wznowienie robót budowlanych – jeżeli budowa nie została zakończona. Przed wydaniem w powyższej sprawie decyzji, właściwy organ jest zobligowany do zbadania zgodności projektu zagospodarowania działki lub terenu z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, a w szczególności z ustaleniami obowiązującego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego; kompletności projektu budowlanego i wymaganych opinii, uzgodnień, pozwoleń i sprawdzeń. Sprawdza też, czy projekt budowlany został wykonany przez osobę posiadającą wymagane uprawnienia budowlane, oraz w drodze postanowienia ustala wysokość opłaty legalizacyjnej (na które przysługuje zażalenie¹⁷. W tym kontekście przysługujące inwestorowi w toku procedury legalizacyjnej środki zaskarżenia mają na celu wyeliminowanie ewentualnych nieprawidłowości tkwiących w postępowaniu czy też w samym postanowieniu¹⁸.

Jeżeli właściwy organ stwierdzi naruszenia przepisów prawa, wówczas nakłada postanowieniem obowiązek usunięcia wskazanych nieprawidłowości, w określonym terminie, a po jego bezskutecznym upływie wyda decyzję o rozbiorce obiektu budowlanego, jak również w przypadku nieuiszczenia w terminie opłaty legalizacyjnej, z zastrzeżeniem złożenia wniosku dotyczącego jej umorzenia lub rozłożenia na raty, co spowoduje zawieszenie postępowania

¹⁶ E. Radziszewski, *Prawo budowlane. Przepisy i komentarz*, Warszawa 2005, s. 140.

¹⁷ *Ibidem*, s. 242. Wydanie postanowienia o opłacie legalizacyjnej nie jest odrębną sprawą administracyjną, lecz aktem administracyjnym, wydanym w granicach sprawy o nakazie rozbiorki obiektu budowlanego. Wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2008 r., II OSK 1633/07, LEX nr 516052.

¹⁸ P. Tymoszek, *Samowola budowlana*, „Jurysta” 2006, nr 10, s. 24.

administracyjnego. Zatem opłata, obok materialnych przesłanek legalizowania samowoli, staje się *sui generis* warunkiem skutecznego zalegalizowania¹⁹. Natomiast w razie spełnienia przez inwestora określonych wymagań, właściwy organ jest zobowiązany wydać decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na wznowienie robót budowlanych, jeśli budowa obiektu nie została zakończona. W sytuacji gdy obiekt został ukończony, właściwy organ wydaje tylko decyzję o zatwierdzeniu projektu budowlanego²⁰.

Prawo budowlane przyjmuje w art. 90 pr.bud. odpowiedzialność karną osoby dopuszczającej się samowoli budowlanej. Bowiern działanie w warunkach określonych w art. 48 pr.bud. jest występkiem objętym ściganiem z urzędu, zagrożonym grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do dwóch lat²¹.

W wydanych przez organ decyzjach dotyczących zatwierdzenia projektu budowlanego i pozwolenia na wznowienie robót budowlanych lub tylko zatwierdzenia projektu budowlanego, gdy obiekt został już ukończony, organ dodatkowo nakłada obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie²². Należy podkreślić, że w przypadku legalizacji samowoli budowlanej właściwy organ zawsze będzie musiał nałożyć obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie zalegalizowanego obiektu, bez względu na to, do której kategorii zalicza się dany obiekt²³. Dodać należy, że legalizacja samowoli budowlanej zarówno na podstawie art. 48 i 49 pr.bud., jak i art. 50 i 51 pr.bud. jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem inwestora. W każdym z wymienionych trybów rezygnacja z podjęcia trybu legalizacyjnego prowadzi do wydania decyzji o rozbiórce obiektu budowlanego lub jego części²⁴.

Rozbiórka obiektu budowlanego lub jego części jest nakazywana przez właściwy organ w sytuacji, gdy obiekt budowlany lub jego część został wybudowany bez wymaganego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu przez właściwy organ, a także wówczas, gdy budowa obiektu, realizowanego bez pozwolenia na budowę albo zgłoszenia bądź pomimo wniesienia sprzeciwu jeszcze trwa²⁵. Pogwałcenie przepisów prawa budow-

¹⁹ Z. Czarnik, *Konstytucyjność legalizacji samowoli budowlanej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2008, nr 3, s. 78.

²⁰ R. Dziwiński, P. Ziemiński, *Prawo budowlane*, Warszawa 2006, s. 220.

²¹ Z. Czarnik, *op. cit.*, s. 78; zdaniem Czarnika zbieg odpowiedzialności administracyjnej i karnej może prowadzić do naruszenia zasady państwa prawa wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP.

²² A. Gliniecki, [w:] *Prawo budowlane. Komentarz*, red. A. Gliniecki, Warszawa 2012, s. 462.

²³ R. Godlewski, [w:] *Prawo budowlane z umowami w działalności inwestycyjnej. Komentarz*, red. H. Kisilowska, Warszawa 2010, s. 244.

²⁴ Wyrok NSA z dnia 11 maja 2017 r., II OSK 2282/15, LEX nr 2293350.

²⁵ T.B. Babel, *Nadzór budowlany. Kompetencje organów administracji. Wzory, akty prawne*, Warszawa 2001, s. 107.

lanego może doprowadzić z dużym prawdopodobieństwem do popełnienia błędów w procesie budowlanym, które mogą decydować o niedotrzymaniu wymagań bezpieczeństwa, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane²⁶. Nakaz rozbiórki takich obiektów może być orzeczony dopiero wówczas, gdy okaże się, że nie ma prawnych możliwości ich legalizacji. Oczywiście legalizacja samowoli budowlanej nie jest obowiązkiem, a jedynie uprawnieniem²⁷. Skorzystanie z możliwości legalizacji jest bowiem jedynie swego rodzaju przywilejem – sposobem sanowania samowoli budowlanej. Nie korzystając z tego przywileju, inwestor musi liczyć się z tym, że właściwy organ zobligowany będzie wydać decyzję nakazującą rozbiórkę²⁸. Wydanie nakazu rozbiórki musi poprzedzić ciąg czynności dowodowych potwierdzających potrzebę sięgnięcia po ten instrument prawny. Przeważnie to właściwy organ będzie podejmował działania z urzędu, choć można sobie wyobrazić, że postępowanie w sprawie nakazu rozbiórki zostanie wszczęte z inicjatywy osoby trzeciej. O ile więc osoba trzecia będzie domagała się wydania nakazu rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części, właściwy organ jest obowiązany każdorazowo ustalić, czy wykazuje ona interes prawny w rozumieniu art. 28 k.p.a., a tym, samym – czy jest legitymowana jako strona. W toku ustaleń dokonanych w wyniku działań inspekcyjno-kontrolnych, właściwy organ powinien ze szczególną dbałością dokumentować czynności pozwalające na ocenę stanu faktycznego²⁹. Skutkiem wydania ostatecznej decyzji o nakazie rozbiórki jest skonkretyzowanie publicznoprawnego obowiązku wynikającego z mocy abstrakcyjnej normy rekonstruowanej na podstawie art. 48 pr.bud.³⁰. Nakaz rozbiórki może mieć różny zakres przedmiotowy – może dotyczyć całości lub części obiektu. Zakres nakazywanej rozbiórki musi jednak zostać określony w sposób adekwatny do stwierdzonego zakresu samowoli budowlanej, a także celu regulacji w postaci doprowadzenia obiektu do stanu zgodnego z prawem. Nie można bowiem orzec o nakazie rozbiórki całego obiektu, jeśli tylko pewna jego część została wybudowana bez wymaganego pozwolenia na budowę. Zakres nakazu rozbiórki nie może zatem przekraczać zakresu faktycznej samowoli budowlanej. Ponadto należy uznać, że jeśli dająca się wyodrębnić z całości

²⁶ J. Baryłka, *Nakazy rozbiórki jako forma inżynierii bezpieczeństwa obiektów budowlanych – w praktyce działania organów nadzoru budowlanego*, [w:] *Problemy techniczno-prawne utrzymania obiektów budowlanych*, Warszawa 2013, s. 188.

²⁷ Z. Niewiadomski, *op. cit.*, s. 220.

²⁸ M. Wincenciak, *Upływ czasu jako okoliczność uchylająca obowiązek legalizacji tzw. samowoli budowlanej*, [w:] *Proces inwestycji budowlanych, Zagadnienia prawne*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015, s. 159.

²⁹ T.B. Babel, *Nadzór budowlany...*, s. 109; zob. także wyrok NSA z dnia 8 listopada 2011 r., II OSK 1416/10, LEX nr 1083609.

³⁰ Idem, *Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 8, s. 382.

część samowolnie wzniesionego obiektu może zostać zalegalizowana, to organ powinien w takim zakresie przeprowadzić procedurę legalizacyjną, zaś nakaz rozbiórki wydać tylko w zakresie części obiektu niemożliwej do zalegalizowania³¹. Orzeczoną nakazem rozbiórka obiektu wykonywana jest dobrowolnie lub w drodze zastosowania postępowania egzekucyjnego, lub w trybie wykonania zastępczego na koszt zobowiązanego. Rozbiórka obiektu oznacza jego usunięcie z miejsca, w którym został wzniesiony. Nakaz rozbiórki nie musi przy tym oznaczać obowiązku dzielenia obiektu na mniejsze części i usuwania ich z nieruchomości gruntowej. Usunięcie obiektu z gruntu może nastąpić także bez naruszenia jego całości, z tym że taki obiekt musi zostać po prostu usunięty³².

Nakaz rozbiórki obiektu budowlanego, jako obowiązek nałożony na właściciela lub zarządcę obiektu w drodze decyzji przez właściwy organ za działania niezgodne z prawem, jest bez wątpienia najdalej idącą sankcją administracyjną wynikającą z prawa budowlanego. Jej zastosowanie rodzi nieodwracalne bądź trudne do odwrócenia skutki prawne. Dlatego właściwy organ nie może wydawać nakazu rozbiórki w sytuacji, kiedy stan faktyczny danej sprawy jest nie do końca jasny³³. Nie trudno się temu dziwić, skoro nakaz zawiera dość istotne ograniczenie prawa własności zagwarantowanego przez Konstytucję RP i inne akty prawne³⁴.

Podsumowanie

Głosowany wyrok NSA należy uznać za słuszny. Pomimo upływu wyznaczonego przez PINB terminu na przedłożenie wymaganej dokumentacji, kompletna dokumentacja nie została przedstawiona. To zaś w świetle przepisów prawa zmusza organ nadzoru budowlanego do wydania decyzji nakazującej rozbiórkę obiektu budowlanego. Organ nadzoru budowlanego nie może bowiem przymusić inwestora do zalegalizowania samowolnie wybudowanego obiektu budowlanego, m.in. poprzez przedłożenie stosownych dokumentów. To inwestor, mając na uwadze czynniki finansowe, może podjąć decyzje dotyczącą legalizacji obiektu budowlanego lub jego rozbiórki. Z przedstawionej analizy jednoznacznie wynika, że legalizacja samowolnie wybudowanego obiektu budowlanego stanowi uprawnienie, a nie obowiązek inwestora. Może

³¹ M. Rypina, [w:] *Prawo budowlane. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Plucińska-Filipowicz, Warszawa 2014, s. 410.

³² *Ibidem*, s. 411.

³³ S. Serafin, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 370; wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 maja 2004 r., IV SA 4780/02, LEX nr 148929.

³⁴ B. Kurzępa, *Prawo budowlane. Komentarz do ustawy i orzecznictwo*, Toruń 2008, s. 381.

on bowiem skorzystać z tego uprawnienia poprzez spełnienie określonych wymogów oraz zapłatę tzw. opłaty legalizacyjnej. W niektórych przypadkach legalizacja inwestycji może się jednak wiązać z bardzo wysokimi kosztami, np. sporządzenia dokumentacji i opłaty legalizacyjnej. Ta sytuacja może spowodować, że doprowadzenie do zalegalizowania obiektu budowlanego nie będzie jednak dla inwestora rozwiązaniem opłacalnym.

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Robert Borkowski

prof. nadzw. dr hab., Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
prezes Polskiego Towarzystwa Bezpieczeństwa Narodowego

**John A. Liebert, William J. Birnes, *Psychiatric
Criminology: A Roadmap for Rapid Assessment*
[CRC Press, Boca Raton–London–New York 2016, 405 s.]**

Niezbýt często zdarza się, by sam spis treści wzbudzał gorące emocje u chłodno przecież myślącego czytelnika literatury naukowej. W przypadku *Psychiatric Criminology* tak mogłoby być: szeroki wachlarz zawartości książki – prezentowanych przestępstw, dewiacji, zaburzeń i patologii – zapowiada bowiem prawdziwe bogactwo wrażeń poznawczych. Czy jednak równie gorące emocje i satysfakcja towarzyszyć będą czytelnikowi po zakończeniu lektury? Na to pytanie nie można niestety udzielić jednoznacznie pozytywnej odpowiedzi.

Dwóch amerykańskich autorów – J.A. Liebert jest psychiatrą, a W.J. Birnes – prawnikiem i kryminologiem – przedstawiło swoją wiedzę praktyczną oraz efekty własnych badań naukowych, na które poświęcili wiele lat aktywności zawodowej w obszarze zwalczania i przeciwdziałania przestępczości. Dociekania autorów poparte są analizą własnych doświadczeń z praktyki lekarskiej i policyjnej oraz wnioskami z licznych debat, toczonych zarówno w gremiach akademickich, jak i w gronie specjalistów zwalczających przestępczość i patologie społeczne.

Samo pojęcie „kryminologia psychiatryczna” (*psychiatric criminology, criminologie psychiatrique*)¹, pojawiło się w kręgu nauki frankofońskiej, na gruncie kryminologii francuskiej oraz kanadyjskiej – i jak widać powoli zyskuje sobie coraz szerszą akceptację w środowiskach badaczy przestępczości różnych krajów. Wydaje się, że *signum temporis* ostatniej dekady jest w świecie Zachodu lawinowy wzrost zainteresowania zjawiskiem psychopatii i obecności w społeczeństwach psychopatów, ich zdolności do awansu i zajmowania eksponowanych stanowisk kierowniczych, a także ich szcze-

¹ T. Alberne, *Criminologie et psychiatrie*, Paris 1997.

gólnych predyspozycji do popełniania przestępstw, skoro stawiają się ponad prawem i społeczeństwem.

Współcześnie coraz większego znaczenia w państwach rozwiniętych nabierają zatem wyniki dociekań i ekspertyz z zakresu psychologii i psychiatrii sądowej (*forensic psychology and psychiatry*)², a więc psychologicznych i psychiatrycznych aspektów zachowań przestępczych, patologii społecznych, agresji, odpowiedzialności prawnej etc.³. W pracy służb policyjnych następuje rozwój metod psychologii śledczej (*investigative psychology*), psychologii negocjacji policyjnych i kryzysowych⁴ oraz profilowania kryminalnego (*criminal profiling*), zarówno psychologicznego, jak i geograficznego, o czym pisaliśmy kilkakrotnie na łamach „Bezpieczeństwa. Teorii i Praktyki”⁵.

Wszystko to przesądza, jak widać, o pojawianiu się propozycji nowych kategorii pojęciowych na oznaczenie specjalistycznych lub interdyscyplinarnych obszarów kryminologii, choć niektóre z nich są w istocie mocno dyskusyjne. Dotychczas bowiem w Europie mówi się raczej o psychiatrii kryminalnej, a nie kryminologii psychiatrycznej. Przez tę pierwszą rozumieć należy dział psychiatrii zajmujący się badaniem i ustalaniem zjawisk psychiatrycznych (psychopatologicznych) dla celów stosowania prawa karnego⁶.

Stosunkowo obszerna, albowiem 400-stronicowa praca amerykańskich autorów podzielona została na 17 zwięzłych rozdziałów poświęconych kolejno między innymi epidemiologii przemocy, zarysowi historii psychiatrii, prawnym uregulowaniom statusu chorych psychicznie w Stanach Zjednoczonych oraz interpretacji statystyk przestępczości w USA. Możemy na przykład dowiedzieć się, że 9 mln obywateli USA to alkoholicy, 0,7 proc. Amerykanów cierpi na rozmaite psychozy oraz że 10 proc. społeczeństwa dozna w swym życiu syndromu stresu pourazowego (PTSD). 10 proc. Amerykanek doświadcza przemocy ze strony partnera, a przeszło 200 tys. kobiet pada rocznie

² Por. najnowszą publikację na ten temat: *Forensic Psychiatry. Fundamentals and Clinical Practice*, red. B. Puri, I.H. Treasaden, Boca Raton–London–New York 2018; a także Y. Thyrode, T. Albernhe, *Psychiatrie légale – sociale, hospitalière, expertale*, Paris 1998.

³ Por. np. *The Psychology of Criminal and Antisocial Behavior*, red. W. Petherick, G. Sinnamon, Amsterdam–London–New York 2017.

⁴ Por. D. Piotrowicz, *Negocjacje kryzysowe i policyjne. Wybrane zagadnienia psychologiczne i kryminologiczne*, Warszawa 2010; R. Poklek, M. Chojnacka, *Negocjacje policyjne i więzienne*, Warszawa 2017.

⁵ Zob. R. Borkowski, *Radykalizacja jako kategoria analityczna w profilowaniu terrorystów* „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2014, nr 4, s. 73–81; idem, *Scotia J. Hicks, Bruce D. Sales, „Profilowanie kryminalne”, przeł. Anna Sawicka-Chrapkiewicz, red. nauk. wydania polskiego Bogdan Lach [Wydawnictwo Naukowe PWN SA, Warszawa 2015, 284 s.] [recenzja]*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2015, nr 2, s. 91–94.

⁶ Zob. D. Hajdukiewicz, *Zagadnienia psychiatrii sądowej*, cz. 1: *Podstawy prawne i medyczne*, Warszawa 2016, s. 26; por. także B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2004.

ofiarą gwałcicieli. Poważnym problemem jest w USA rosnąca liczba osób zaginionych, co autorzy określają wręcz mianem kryzysu. Oto bowiem w ciągu minionego ćwierćwiecza nastąpił 600-procentowy wzrost i obecnie, według Krajowego Centrum Informacji Kryminalnej (Central Information Commission, CIC) każdego dnia odnotowuje się zaginięcie 2300 osób. Lektura tego rozdziału niewątpliwie nie nastraja optymistycznie do myśli o emigracji za ocean. Interesujące mogą być opisy tworzonych w różnych jednostkach policji procedur zachowania się funkcjonariuszy wobec osób chorych psychicznie, rozpoznawania zagrożeń i przewidywania ataku na funkcjonariusza, odpowiednich zachowań obronnych, rozpoznawania zapachów substancji psychoaktywnych etc. W sumie polski czytelnik styka się ze sporą dawką wiedzy dla niego dość egzotycznej.

W kolejnym rozdziale autorzy poruszają kwestię bezpieczeństwa szkół i uczelni. Przytaczają najgłośniejsze przypadki ataków zabójców masowych, jak również zdawkowo opisują wybrane programy prewencyjne. Rozważają zagrożenia zbrojną przemocą ze strony zaburzonych psychicznie amerykańskich weteranów, wobec których skompromitowany federalny system pomocy (Department of Veteran Affairs) jest bezradny i niewydolny. Wystarczy przypomnieć, że w latach 70. XX w. weterani wojny wietnamskiej stanowili 20 proc. sprawców porwań samolotów, dziś weterani z pól bitewnych tzw. wojny z terroryzmem stanowią zbliżony odsetek sprawców masakr i strzelanin. Poważnym problemem społecznym, któremu autorzy poświęcają jeden z rozdziałów, jest również w USA znaczna liczba bezdomnych sięgających po przemoc. Książka zawiera także analizę nowych trendów w kryminologii psychiatrycznej, psychologii i psychiatrii śledczej i sądowej oraz znaczenia psychiatrii dla bezpieczeństwa obywateli. Bez wątpienia najciekawszy rozdział książki to ten opisujący przypadki zagadkowych katastrof lotniczych, których przyczynami były samobójstwa pilotów. Wreszcie, końcowe partie książki poświęcone zostały terroryzmowi, psychice terrorystów i – jak to określają autorzy – kultowi samobójstwa.

W związku z likwidacją publicznego systemu lecznictwa psychiatrycznego w Stanach Zjednoczonych poważnie chorzy psychicznie są obecni w społeczeństwie. Polityka prezydenta Reagana realizowana w imię ochrony wolności i indywidualizmu, poprzez likwidację wielu placówek lecznictwa zamkniętego spełniła *de facto* część postulatów ruchu antypsychiatrii. Teoretycy tego ruchu, który towarzyszył fali kontestacji i kontrkultury lat 60. XX w., podważali podstawowe założenia i praktyki zachodniej psychiatrii, głosząc, że pacjenci placówek psychiatrycznych nie są osobami chorymi, lecz jednostkami, które nie przyjmują wartości i norm społecznych obowiązujących w zachodnim

społeczeństwie. Zwolennicy antypsychiatrii głosili, że pojęcie choroby psychicznej jest narzędziem represji społecznych stosowanych wobec nonkonformistycznych jednostek, w związku z czym szpitale psychiatryczne należy w wolnym społeczeństwie zlikwidować⁷. Artystycznym wyrazem tego rodzaju przekonań była kontrkulturowa powieść Kena Keseya *Lot nad kukulczym gniazdem* i jej równie głośna ekranizacja⁸.

W USA powstało na przykład Stowarzyszenie na rzecz Abolicji Przymusowego Leczenia Psychiatrycznego (American Association for the Abolition of Involuntary Mental Hospitalization, AAAIMH), głoszące postulat likwidacji placówek zamkniętych. W Europie z kolei, niemiecki Socjalistyczny Kolektyw Pacjentów rekrutujący się ze środowiska zwolenników doktora psychiatrii Wolfganga Hubera z Uniwersytetu w Heidelbergu sięgnął nawet po terrorystyczne metody krzewienia swoich oryginalnych poglądów. W Polsce wyrazicielem poglądów negacjonistycznych nurtu antypsychiatrii jest współcześnie między innymi znany autor prac kryminologicznych Jarosław Stukan⁹. Tymczasem efektem tak zwanej deinstytucjonalizacji leczenia psychiatrycznego, czyli zastosowania *reaganomics* w odniesieniu do służby zdrowia, stało się między innymi pojawienie się chorych psychicznie bezdomnych na ulicach wielkich miast USA. Część z nich okazała się wręcz niebezpieczna dla otoczenia.

Z konieczności zatem rozpoznawanie zaburzeń psychicznych i reagowanie na zachowania osób chorych leży w Stanach Zjednoczonych po stronie funkcjonariuszy bezpieczeństwa publicznego, urzędników szkolnych, osób udzielających pierwszej pomocy w sytuacjach kryzysowych i pracowników socjalnych. Wiedza i doświadczenie takich funkcjonariuszy i pracowników w rozpoznawaniu objawów zaburzeń i chorób psychicznych są, jak się domyślamy, niewielkie. Książka ma zatem spełnić funkcję poradnika z zakresu rozpoznania psychiatrycznego komponentu zagadnień kryminologicznych oraz metodyki radzenia sobie z tego rodzaju wyzwaniami w pracy zawodowej, których w społeczeństwie amerykańskim nie brakuje. Według autorów ich praca jest przystępna i przydatna (jak – zgodnie z popularnym w Ameryce i bezgranicznie nadużywanym określeniem – mapa drogowa) w zakresie szybkiej oceny psychologicznych aspektów sytuacji oraz kondycji mentalnej sprawców, podejrzaných, świadków etc.

⁷ Por. Np. T. Szasz, *The Myth of Mental Illness*, New York 1961; D. Cooper, *Psychiatry and Anti-psychiatry*, London–New York 1967.

⁸ Zob. K. Kesey, *One Flew Over the Cuckoo's Nest*, New York 1962 oraz film pod tym samym tytułem w reż. M. Formana, USA 1975.

⁹ Por. J. Stukan, *Toksyczna psychologia i psychiatria: depresja a samobójstwo*, Zdzeszowice 2010.

Lekturę pracy J.A. Lieberta i W.J. Birnesa można polecić – jako w istocie ciekawostkę – zarówno kryminologom, jak i psychologom oraz psychiatrom, biegłym sądowym, śledczym, prokuratorom oraz przede wszystkim wykładowcom akademickim zajmującym się tą problematyką. Z ogromnym sceptycyzmem wszakże należy ocenić jej przydatność – ze względu na różnice kulturowe i mentalne pomiędzy społeczeństwem amerykańskim a społeczeństwami europejskimi oraz fundamentalne różnice pomiędzy anglosaską a łacińską kulturą prawną.

W *Psychiatric Criminology* razić może powierzchowność sądów i analiz, wiele problemów zostało potraktowanych skrótowo i pobieżnie, autorzy nie podejmują trudu głębszej refleksji nad genezą i dynamiką rozwoju różnych rodzajów patologii i przestępczości. Pisząc o masowych zabójstwach i masakrach szkolnych, jako pierwsze przytaczają zdarzenia z lat 60. ubiegłego wieku – nie sięgają głębiej w przeszłość¹⁰. Książka może rzecz jasna inspirować do podejmowania dalszych studiów nad rozwojem amerykańskiej kryminologii, nad współczesnym społeczeństwem amerykańskim i obrazem przestępczości w Stanach Zjednoczonych oraz systemem jej zwalczania. Lektura ta może jednak utwierdzić czytelnika w przekonaniu o niebywałych i wręcz narastających różnicach kulturowych między Nowym Światem a Starym Kontynentem: w zakresie ładu prawnego i społecznego, poziomu bezpieczeństwa obywateli i jego zagrożeń, różnic mentalnych etc. Biorąc powyższe pod uwagę, trudno ją zatem uznać za przydatną dla specjalistów-praktyków w krajach europejskich.

¹⁰ Zob. R. Borkowski, *Zagrożenie placówek szkolnych i uczelni atakami zabójców masowych (definicje, etiologia, prewencja)*, „Bezpieczeństwo. Teoria i Praktyka” 2017, nr 2, s. 45–57.

Łukasz Mirocha

dr, adwokat

**Beata Polanowska-Sygulska, *John Gray i krytyka liberalnego legalizmu*
[Księgarnia Akademicka, Kraków 2017, 539 s.]**

W życiu prawnika zdarzają się sprawy, w toku których jest przekonany co do słuszności reprezentowanego stanowiska bardziej niż sam klient. Nie chodzi tu o przekonanie spod znaku *hired guns ethics*, lecz o autentyczną wiarę pełnomocnika odnośnie do bronionych racji, w sytuacji gdy reprezentowana strona sprawia wrażenie niezainteresowanej wynikiem postępowania bądź traktuje postępowanie jak grę słowną, w której każda nieścisłość może zostać wyjaśniona jakąś efektowną, lecz – ku utrapieniu pełnomocnika – nieprzystającą do reszty argumentacji sztuczką retoryczną. Lektura monografii Beaty Polanowskiej-Sygulskiej może przywołać na myśl właśnie taką relację pełnomocnik–klient. Pytanie, czy autorka rzeczywiście pozostaje w takim stopniu urzeczona dorobkiem Johna Graya, a ten zaś jest aż tak krnąbrnym klientem by analogia ta okazała się trafna.

Dotychczasowa twórczość Polanowskiej-Sygulskiej i jej osobista znajomość z brytyjskim filozofem wręcz predestynowały ją do napisania książki poświęconej jego myśli. Trudno wyobrazić sobie osobę bardziej kompetentną w tej złożonej, wielowątkowej, wewnętrznie sprzecznej i dynamicznie rozwijającej się materii. Już na wstępie zaznaczyć trzeba, że żadne nadzieje związane z opracowaniem nie zostały zawiedzione – recenzowanej pracy można przypisać cechy będące odwrotnością najgorszych zmor twórczości Graya. Książka jest spójna i przystępnie napisana, w systematyczny sposób wyklada pełne intelektualnych zwrotów przesłanie filozofa.

Szukając odpowiedzi na postawione wcześniej pytanie, wskazać warto, że autorka dzieli się z czytelnikiem fragmentami prowadzonych z Grayem wymian myśli, z których niejednokrotnie wynika, że jest ona bardziej zatroskana o dotarcie do sedna jego koncepcji niż on sam. Jeśli można wysunąć

jakieś zarzuty wobec recenzowanego dzieła, wynikają one raczej z właściwości twórczości Graya niż z uchybień autorki. Przyjmując to zastrzeżenie, z perspektywy prawnika szczególnie warto przyrzeć się zasadniczej części pracy – rozdziałowi III pt. „Pluralizm wartości i *modus vivendi*” oraz IV pt. „Wokół liberalnego legalizmu”. Wcześniejsze rozdziały służą naświetleniu intelektualnej drogi Graya do momentu sformułowania jego najdonioślejszego i – zdaniem autorki – najtrwalszego wkładu w uprawianą dziedzinę. Części znajdujące się po rozdziale IV przedstawiają z kolei nieco bardziej oddalone od kwestii prawnych poglądy Brytyjczyka w zakresie historiozofii czy fundamentalnych kwestii filozoficznych takich jak prawda, wolność, ludzka kondycja. Podkreślić trzeba, że właśnie na tle tych ostatnich rozważań Graya autorka najlepiej prezentuje swój krytyczny arsenał, co pozwala wreszcie zakwestionować trafność przywołanej na wstępie analogii.

Wróćmy jednak do problemu pluralizmu wartości, opartej na nim krytyki „nowego liberalizmu” (przez który Gray rozumie dokonania m.in. Johna Rawlsa czy Ronalda Dworkina¹) i konstrukcyjnego potencjału myśli Brytyjczyka. Dostrzeżenie pluralizmu wartości jako zjawiska obejmującego nie tylko sprzeczności wewnątrz samych wartości, różnice indywidualne, ale też te między całościowymi formami życia (a więc kolektywne) oraz zakładającego niewspółmierność, tj. niemożność odnalezienia uniwersalnego klucza do rozstrzygnięcia napięć między tymi wartościami, jest w recenzowanej książce traktowane jak banał². Wydaje mi się, że wniosek ten jest trafny i z pewnością może okazać się pożyteczną nauką dla zbyt głęboko ufających normom prawnym pozytywistów, próbujących wszystko sprowadzić do języka pieniądza utylitarystów, czy uniwersalistów pragnących cały świat zmieścić w jednym (najczęściej okcydentalnym) schemacie. Pod znakiem zapytania stają jednak wyprowadzone z pluralizmu konsekwencje na poziomie praktyki prawnej.

Gray – moim zdaniem – niesłusznie przypisuje opartemu na uprawnieniach modelowi prawa doprowadzenie do sytuacji, w której zawsze tylko jedna ze stron konfliktu wygrywa go w całości, przegrywający zaś „traci wszystko”. (Sprzeczne z wnioskami wypływającymi z pluralizmu wartości założenie o wyłącznie jednym słusznym rozstrzygnięciu każdej ze spraw pochodzi od Dworkina – paradoksalnie – autora rozróżnienia zasad (często pokrywających się z uprawnieniami) i zwykłych reguł prawnych opartego na kryteriach: „albo/albo”, czyli absolutnym, cechującym reguły i „mniej lub bardziej” cechującym zasady³). Być może zbieżne z Grayowskim wrażenie można byłaby

¹ B. Polanowska-Sygułska, *John Gray i krytyka liberalnego legalizmu*, Kraków 2017, s. 222.

² *Ibidem*, s. 102.

³ Por. J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 49–59.

odnieść po lekturze amerykańskiego *Bill of Rights*, którego redakcja nie przewiduje klauzul limitacyjnych. Prawa gwarantowane poprawkami do Konstytucji Stanów Zjednoczonych sprawiają wrażenie absolutnych. Stanowisko to pomija jednak zupełnie, niezakończony stale w amerykańskiej jurysprudence spór między *balancers* i *absolutists*, jest także oderwane od rzeczywistej praktyki prawnej Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Przykładem może być orzecznictwo tego organu dotyczące wolności religijnej oparte na *Sherbert-test* (prawdą jest jednak, że od sprawy *Employment Division v. Smith* przypomina ono bardziej obraz kreślony ręką Graya) czy wyroki odnoszące się do konfliktu przekonań z prawami mniejszości seksualnych (np. *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* czy *Boy Scouts of America v. Dale*). Sąd Najwyższy umiejętnie niuansuje swoje stanowiska i dostosowuje je do aktualnego kontekstu społecznego⁴, co zdaje się zbieżne z antyuniwersalistycznymi zaleceniami pluralisty. Falsyfikacją tezy o absolutnym wymiarze uprawnień jest chociażby treść *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* (dalej: EKPC), której zapisy wprost przewidują klauzule limitacyjne, odwołując się np. do przesłanki ochrony moralności czy porządku publicznego. W systemie EKPC tezę o jedynym trafnym rozwiązaniu każdej sprawy podważa chociażby stosowana przez strasburski Trybunał doktryna marginesu uznania. To ta metoda wykładni otworzyła drogę do wyroku Wielkiej Izby Trybunału w stanowiącej oś recenzowanej monografii sprawie Lautsi p. Włochom. Stanowi ona przykład dostrzeżenia i uwzględnienia pluralizmu wartości, również na poziomie kolektywnym, w orzecznictwie organu rozstrzygającego spory na kanwie sformułowanych indywidualistycznie uprawnień.

Pozostając przy wątku roli EKPC w recenzowanej książce, warto zastanowić się, czy dostrzeżony przez autorkę „skokowy wzrost liczby spraw” dotyczących prawa do wychowania dzieci w zgodzie z własnymi przekonaniami, zauważalny od lat 90. XX w.⁵ nie wynikał z uwarunkowań proceduralnych. Mogło to być wynikiem zwiększenia dostępu do skargi indywidualnej i rozpoczęcia pracy strasburskiego Trybunału w permanencji, nie zaś zmiany sposobu postrzegania uprawnień dokonanego pod wpływem „promieniowania amerykańskiego paradygmatu prawniczego”? Nie bez znaczenia było prawdopodobnie znaczące zwiększenie liczby państw-stron EKPC, a co za tym

⁴ Na temat roli Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako „podmiotu, który konstruuje, ale zarazem kontroluje ewolucję świadomości społecznej”, por. A. Barut, *Sąd jako inkarnacja Ludu. Dekonstrukcja idei ludowego konstytucjonalizmu*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2017, nr 2, s. 20–21. Na gruncie EKPC podobną rolę odgrywa wykładnia ewolucyjna, traktująca Konwencję jako *living instrument*.

⁵ B. Polanowska-Sygulska, *op. cit.*, s. 256.

idzie – liczby potencjalnych skarżących. Niemniej jednak ten wątek – kwestia rzeczywistego wpływu modelu uprawnieniowego na postawy społeczne zasługiwałyby na rozwinięcie. Intuicja odnośnie do konfliktogennego oddziaływania uprawnień jest bowiem bardzo interesująca.

Odpierając bezwzględną krytykę Graya skierowaną w uprawnienia, podnieść można, że ostatecznie każdy spór sądowy – nawet w czasach gdy model uprawnieniowy nie odgrywał wiodącej roli – kończył się czyjaś wygrana i czyjaś porażką. Zaletą uprawnień jest to, że w przeciwieństwie do proponowanej przez Graya alternatywy – powrotu do polityki – gwarantują one każdej ze stron nieprzekraczalne minimum ochrony, zachowanie istoty konkretnego uprawnienia, nawet gdy strona ta przegrywa konkretny spór.

W miejscu opartych na uprawnieniach, proceduralnych projektów „nowego liberalizmu” Gray stawia ideał *modus vivendi*, czyli dynamicznego, elastycznego tworzenia kompromisowych rozwiązań politycznych. Ideałem Brytyjczyka jest tolerancja, a nie autonomia, będąca podstawą projektów postkantowskich. Gray na poparcie swojej wizji przywołuje przykłady tolerancyjnych urzędów Imperium Romanum i otomańskiej Turcji (system milletów). Filozof zdaje się jednak zapominać, że konstrukcja tych ustrojów była daleka od kompromisu – tolerancja religijna (bo tylko na tym aspekcie skupiają się podane ilustracje) była pragmatycznym rozwiązaniem narzuconym przez władzę, a nie wypracowanym przez różne grupy. Pod znakiem zapytania stoi, co – po rezygnacji z uprawnień – miałyby skłaniać władzę lub nawet grupy o sprzecznych interesach do wypracowywania rzeczowego kompromisu. Gray próbuje odpowiedzieć na to pytanie, odwołując się do podstawowych ludzkich interesów – woli przeżycia, co zbliża jego projekt do doktryny Hobbesa. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu – co punktuje autorka recenzowanej monografii – że uczeń Stevena Lukesa ma problem z oderwaniem się od lokalnej, zachodniej, o ile nie wyłącznie brytyjskiej, perspektywy. Założenia o obecności podłoża społecznego podatnego i wykazującego wolę pracy nad kompromisem tkwią milcząco w pomysłach Graya, a to – mimo jego deklaracji – nie pozwala postawić Grayowskich idei zbyt daleko od krytykowanych weń koncepcji Rawlsa⁶.

Jeśli potraktować myśl intelektualnego spadkobiercy Isaiaha Berlina z pokorą – jako wezwanie do porzucenia mrzonek o uniwersalnych receptach na rozwiązanie konfliktów wartości trawiących ponowoczesne społeczeństwa – to z pewnością zasługuje ona na wyeksponowanie i docenienie. Recenzowana

⁶ Por. Ł. Mirocha, *Uleczyć liberalizm. O modus vivendi Johna Graya*, „Prawo i Więź” 2014, nr 1, s. 71.

praca wywiązuje się z tego zadania, ale stanowi nie tylko doskonałe podsumowanie dotychczasowej drogi Graya. Dzięki wykorzystaniu niepublikowanych wcześniej bądź nieznanym polskiemu czytelnikowi materiałów, może okazać się źródłem inspiracji dla rodzimych prawników i filozofów, może pomóc w otwarciu oczu na tak „banalne” obserwacje, jak ta o nieprzekraczalnym pluralizmie wartości.

Paweł Marek

doktorant, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

**Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej
„Rola i znaczenie biegłego
w polskim systemie prawnym”,
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie,
14 marca 2018 r.**

14 marca 2018 r. na terenie Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie z inicjatywy Wydziału Prawa i Administracji UWM oraz tamtejszego Koła Naukowego Postępowania Karnego „Accusatio” została zorganizowana Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Rola i znaczenie biegłego w polskim systemie prawnym”. Celem konferencji było omówienie działalności i roli biegłego sądowego w postępowaniu karnym, cywilnym oraz administracyjnym, a także rozważania na temat jego wpływu na wynik sprawy. Waga wydarzenia przyciągnęła znaczną liczbę uczestników, w wyniku czego utworzono sesję plenarną ekspercką (w której uczestniczyli teoretycy i praktycy oraz ci, którzy praktykę zawodową łączą z pracą na uczelni¹) i aż dziesięć paneli, w których brali udział studenci oraz doktoranci – w trzech punktach UWM: Centrum Konferencyjnym, Bibliotece Uniwersyteckiej oraz Centrum Humanistycznym.

Konferencję uroczyście otworzył wiceprezes i członek Rady Naukowej Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego dr hab. Jarosław Moszczyński, prof. UWM. Po przywitaniu gości życzył wszystkim owocnych rozważań i dyskusji w poszczególnych panelach. Podkreślił również znaczenie samego wydarzenia.

Sesję ekspercką zainaugurował prof. Jarosław Moszczyński referatem *Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne. Dylematy opiniowania w ramach ekspertyz*

¹ Autor sprawozdania uczestniczył w sesji plenarnej oraz w panelu, podczas którego wygłosił referat, a następnie wziął udział w wybranych – przedstawionych tu – sesjach.

kryminalistycznych. Autor przedstawił i omówił działalność Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego, a następnie skupił się na ekspertyzie daktyloskopijnej, badaniu pisma ręcznego oraz profilowaniu DNA. Referent omawiał kolejno istotę poszczególnych badań, a także możliwe zagrożenia towarzyszące opiniowaniu przez biegłego oraz standaryzacji². W związku z referatem pojawiło się pytanie mecenas Hoa Dessoulavy-Śliwińskiej na temat materiału porównawczego oraz opinii kategoriycznych w badaniach pisma ręcznego. W odpowiedzi referent zaznaczył, że tekst porównawczy powinien być odpowiednio długi i napisany tym samym narzędziem pisarskim co tekst opiniowany, pozostaje natomiast problem powtórzenia emocji towarzyszących pisaniu tekstu do kogoś (inaczej piszemy, spiesząc się, inaczej, gdy piszemy do kogoś bliskiego lub do urzędu). Z kolei sama opinia może być zbliżona do opinii kategoriycznej, ponieważ każdą opinię można podważyć.

Podczas VII panelu, któremu przewodniczyła mgr Ewa Dymek (UWM), pierwszy referat wygłosił Mateusz Tomczak (UWM), który pracę *Ocena opinii biegłego jako środek skutecznej reklamy* zaczął od stwierdzenia, że „najlepsza reklama to taka, o której nikt nie wie”, a następnie omówił sprawę odszkodowania od firmy Marlboro dla wdowy, której mąż palił papierosy tej marki, w wyniku czego zmarł na raka płuc. Firma przedstawiła dwie skrajne opinie: że palenie papierosów faktycznie szkodzi oraz że nie mają one wpływu na zdrowie – oczywiście nagłośniono tę drugą, dzięki czemu sprzedaż wzrosła. Jako następna Izabela Staniak (UWM) w referacie *Organizacje zrzeszające biegłych w polskim systemie prawnym* przedstawiła rozporządzenia i ustawy, w których omawia się kwestię biegłego, a także raport Najwyższej Izby Kontroli. Kolejno wskazała najważniejsze polskie stowarzyszenie zrzeszające biegłych, po czym zaprezentowała ich statut, struktury oraz cele. W dalszej kolejności głos zabrał mgr Paweł Marek (KAAF) z referatem *Instytucje zrzeszające biegłych i ich statut a jakość opinii*, poddającym analizie zagadnienie wiadomości specjalnych, kategorie podmiotów, statut biegłego w prawie polskim, problem jakości opinii (brak aktualnych i potwierdzonych certyfikatów lub akredytacji) oraz kwestie wynagrodzeń biegłego. Wystąpienie Dominiki Zalewskiej (UWM) z odczytem *Dopuszczenia dowodu z opinii biegłego z urzędu w procesie cywilnym* zawierało omówienie wyroków Sądu Najwyższego, porównanie postępowania procesowego i nieprocesowego, a także zasady kontradyktoryjności i dyspozytyjności wraz z warunkami takiej opinii. Następnie głos zabrała Paulina Piędziak (UWM). Jej referat *Kryterium oceny dowodu z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym* zawierał analizę orzecznictwa Sądu

² Standaryzacji w znaczeniu: wprowadzenie jednolitych norm podczas przeprowadzania badań.

Najwyższego i sądów powszechnych, a także wartości opinii w postępowaniu cywilnym, która to opinia powinna zakończyć się uzasadnieniem biegłego. Autorka omówiła również przypadki opinii niepełnych oraz problem nieatestowanego sprzętu i nowatorskich metod badawczych. Jako ostatnia wystąpiła Aneta Szczepańska (UWM), przedstawiając referat *Wadliwość opinii biegłego*. Zdefiniowała instytucję biegłego i jego rolę, jak również sytuacje, w których opinia jest nierzetelna lub opóźniona, załączając listę najważniejszych zasad jej sporządzania. Na zakończenie przeprowadzono dyskusję dotyczącą problemu biegłych prywatnych, wynagrodzenia za sporządzane opinie oraz sytuacji, kiedy opinia jest przeprowadzana za pomocą nowych, dotąd niepotwierdzonych metod badawczych.

Podczas VIII panelu, któremu przewodniczyła mgr Anna Kołakowska (UWM), Weronika Baran (UMK) w odczycie *Standardy przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w charakterze świadka z udziałem biegłego psychiatry* zamieściła ocenę przesłuchania nieletniego, wyjątki dopuszczające więcej niż jedno przesłuchanie oraz rolę w tej czynności biegłego psychiatry. Podkreśliła wagę stopnia rozwoju i wieku dziecka, konieczność wzięcia pod uwagę jego potrzeb oraz pory dnia. Jako następna Aneta Langer (UŚ) przedstawiła pracę *Ocena wiarygodności zeznań małoletniej ofiary przestępstwa na tle seksualnym przez biegłego w postępowaniu karnym*, zawierającą przekaz, zgodnie z którym młodsze dzieci często nie wiedzą o byciu wykorzystywanym seksualnie, starsze natomiast mogą takie wydarzenia ze swojej świadomości wypierać. Ważnymi czynnikami wpływającymi na ocenę wiarygodności zeznań dziecka są również: stres pourazowy, możliwa depresja, okres, w którym dziecko było wykorzystywane, oraz rodzaj relacji między dzieckiem a jego matką. Wykład zawierał także informacje na temat sposobu, w jaki biegły powinien zadawać małoletniej ofierze pytania. Po Anecie Langer głos zabrała mgr Ewelina Lewandowska (UWM) z odczytem *Rola biegłego psychologa w opiniowaniu seksuologiczno-sądowym*. W pierwszej kolejności przedstawiła kryteria kompetencji biegłego seksuologa oraz psychologa (jednocześnie porównując obu biegłych), a także ich prawa. Wypowiedziała się również na temat opinii katagorycznych (według prelegentki w takich przypadkach są one błędne), roli wywiadu środowiskowego oraz testów seksualności. Ponadto wyraziła opinię, że prawnicy (zwłaszcza sędziowie) nie rozumieją tychże opinii i poprzestają na lekturze wniosków końcowych. Jako następna wystąpiła mgr Dominika Boniecka (UWM) z referatem *Udział biegłego w procesie poszlakowym*, w którym omówiła wagę postępowania dowodowego, rekonstrukcji wydarzeń oraz znaczenie dowodu (źródło dowodu, fakt główny, fakty uboczne) i poszlak. Przedstawiła również stosowne wyroki Sądu Najwyższego, podając przykłady

postępowań poszlakowych: śmierć Ewy Tylman i sprawę Krystiana Bali, autora książki *Amok*. Ostatni referat, *Zasięganie opinii biegłych w postępowaniu karnym wykonawczym. Zbędna instytucja czy pomocne narzędzie*, został wygłoszony przez mgr Katarzynę Ziębę (UWr). W swej pracy autorka opisała sytuacje, w których biegli psychologzy i psychiatrzy mogą wydawać opinię w postępowaniu karnym wykonawczym, porównała także liczbę psychologów, psychiatrów oraz seksuologów w kilku okręgach sądów okręgowych (tych ostatnich było najmniej), a następnie omówiła zagadnienia związane z kodeksem karnym wykonawczym, podkreślając niewystarczającą literaturę przedmiotu.

Dziesiątemu panelowi przewodniczył mgr Piotr Aszkiełowicz (UWM), a pierwszy referat, *Przesłanki przyznania wynagrodzenia biegłemu w postępowaniu cywilnym – wybrane zagadnienia z praktyki sądowej*, wygłosił mgr Grzegorz Michalski (UWM). Omówił rangę dowodów biegłego, kwestię wykorzystywania jego opinii oraz wynagrodzenia (rozdzielił przy tym biegłych pracujących pojedynczo oraz w jednostkach naukowych czy specjalistycznych), a także możliwości jego podwyższenia. Następnie Grzegorz Surma (UJ) przeprowadził wykład pt. *Ekspertyza z zakresu historii prawa jako środek dowodowy w postępowaniu cywilnym*. Na początku zadał pytanie, czy taka opinia jest w ogóle możliwa – pojawia się tu problem daty otwierającej historię prawa; według autora taką datą powinien być rok 1918, ponieważ od tego czasu obserwujemy pewną ciągłość w prawie polskim; na koniec autor podał przykłady takich opinii. Jako kolejny głos zabrał Hubert Skierkowski (UWM) z odczytem *Zawód biegłego rewidenta w Polsce w dwudziestolecu międzywojennym*, w którym przedstawił stan prawny buchalterów-rzeczoznawców oraz rewidentów w Polsce, zaczynając od 1884 r., kiedy to w Warszawie zostało założone Towarzystwo Wzajemnej Pomocy Pracowników Handlowych i Przemysłowych Miasta Warszawy. Gabriela Perech (UWM) wystąpiła z referatem *Etyka zawodowa biegłego rewidenta w polskim systemie prawnym*, gdzie omówiła współczesną rolę biegłego rewidenta: kim jest i czym się zajmuje. Referentka przedstawiła również kodeks etyki zawodowej biegłych rewidentów. Kolejny elaborat, *Procesowe narzędzia kwestionowania opinii biegłego*, wygłosiła Arletta Sokół (UWM). Omówiła zakres działań biegłego, procedurę jego powoływania (skupiając się na prawie cywilnym) oraz kwestię uzupełniania opinii i konieczności powołania innego biegłego, w zakończeniu analizując status opinii prywatnych. Jako ostatni swój referat wygłosił przewodniczący konferencji, czyli mgr Piotr Aszkiełowicz (UWM). W odczycie *Opinie biegłego z zakresu ochrony przyrody* przedstawił on przebieg powoływania opinii w postępowaniu administracyjnym oraz stosowny przykład: w 2010 r. sąsiad

zatarował sąsiadowi rów melioracyjny workami, dodatkowo kładąc tam gałęzie, po czym winę zrzucił na bobry. Odpowiednie organy administracyjne powołały biegłego, który miał orzec, czy faktycznie zrobiły to zwierzęta. Biegły nie tylko potwierdził obecność bobrów, lecz na podstawie odnalezionego rzekomo zapachu dowodził, że były one z Augustowa (!). Na tym referacie skończył się zarówno panel X, jak i cała konferencja.

Konferencja przyniosła wymierny efekt w postaci pogłębionej dyskusji dotyczącej statusu biegłych sądowych w prawie polskim. Uczestnicy mieli możliwość wymiany poglądów oraz skonfrontowania swojej wiedzy oraz umiejętności z pozostałymi studentami i doktorantami, a tym samym poszerzenia swojego doświadczenia.

