ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW
UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

RADA NAUKOWA

Przewodniczący Rady Naukowej
Prof. dr hab. Wojciech Nowak | Rektor Uniwersytetu Jagiellońskiego

Dr Denys Azarov | Uniwersytet Narodowy „Akademia Kijowsko-Mohylańska”
Prof. Martin Bier | East California University
Prof. dr hab. Andriy Boyko | Lwowski Uniwersytet Narodowy im. Iwana Franki
Prof. Hugh J. Byrne | FOCAS Research Institute, Dublin Institute of Technology
Dr hab. Adrián Fábián | University of Pécs
Prof. dr hab. Maria Flis | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Tadeusz Gadacz | Uniwersytet Pedagogiczny w Krakowie
Dr Herbert Jacobson | Linköping Universitet
Prof. dr hab. Katarzyna Kieć-Kononowicz | Uniwersytet Jagielloński
Dr Miklós Kiss | University of Groningen
Dr Erdenhuluu Khohchahar | Kyoto University
Prof. dr hab. Andrzej Kotarba | Uniwersytet Jagielloński
Dr Oleksiy Kresin | Narodowa Akademia Nauk Ukrainy
Prof. dr hab. Marta Kudelska | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Tomasz Mach | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Andrzej Mania | Uniwersytet Jagielloński
Dr Kristin McGee | University of Groningen
Prof. dr hab. Karol Musioł | Uniwersytet Jagielloński
Prof. Biderakere E. Rangaswamy | Bapuji Institute of Engineering and Technology
Dr Melanie Schiller | University of Groningen
Prof. dr hab. Jacek Składzień | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Leszek Sosnowski | Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Bogdan Szlachta | Uniwersytet Jagielloński
Prof. Luigia di Terlizzi | Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Prof. Matthias Theodor Vogt | Institut für kulturelle Infrastruktur Sachsen

ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW
UNIWERSYTETU JAGIELLOŃSKIEGO

NAUKI SPOŁECZNE

~ NUMER 21 (2/2018) ~

TOM PRAWNICZY

KRAKÓW 2018

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
ul. Czapskich 4/14, 31-110 Kraków
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty

Redaktor naczelna:
Ewa Modzelewska

Zastępczyni redaktor naczelnej:
Iga Łomanowska

Sekretarz redakcji:
Rafał Kur

Redaktor prowadzący serii:
Krzysztof Popek

Redaktorzy tomu:
Łukasz Chyla, Dominik Horodyski, Marcin Klemenski,
Arkadiusz Nyzio, Karolina Olszowska, Krzysztof Popek,
Maria Katarzyna Popek, Khrystyna Potapenko,
Anna Rosowska, Monika Serek, Aleksander Wróbel

Publikacja finansowana ze środków Towarzystwa Doktorantów UJ
oraz Wydziału Prawa i Administracji UJ

Współpraca wydawnicza:

WYDAWNICTWO
n o w a s t r o n a

www.wydawnictwonowastrona.pl
e-mail: biuro@nowastrona.net.pl

Portal naukowy Academic Journals
academic-journals.eu

© Copyright by Towarzystwo Doktorantów UJ
All rights reserved
Wydanie I, Kraków 2018
Nakład: 60 egz.

e-ISSN 2082-9213
p-ISSN 2299-2383

Spis treści

JAN KLUZA 9

Implementacja w polskim porządku prawnym dyrektywy o europejskim nakazie dochodzenia

MICHAŁ SOPIŃSKI 23

Od pozytywizmu do postpozytywizmu: poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka na tle współczesnej teorii i filozofii prawa

ANNA PODKÓWKA 47

Międzynarodowy Trybunał Karny jako wypełnienie „luki bezkarności" w prawie międzynarodowym

ADRIAN SZYDLIK, PIOTR GAJEWSKI 61

Ochrona rodziny w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej a przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece

MONIKA MOSKA 83

Nabywanie znacznych pakietów akcji – problem zgodności polskiej regulacji z wzorcem unijnym

KAROLINA PIECH 97

Włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku za błąd w sztuce lekarskiej na tle orzecznictwa polskich sądów karnych

DAGMARA DRAGAN 123

Prawne aspekty tworzenia, utrzymywania i finansowania zapasów gazu ziemnego

DIANA SZWEJSER 137

Car-sharing – regulacje prawne i perspektywy rozwoju

PIOTR KOBYLSKI 149

Usprawnienie postępowania administracyjnego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego

WOJCIECH LEDER 161

Sumienie sędziego. Czy sędziom powinna przysługiwać możliwość powołania się na klauzulę sumienia?

ADAM KOZIEŃ 187

Autentyczność i integralność zabytków w świetle źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce

ANDRZEJ UHL 211

Nie-miejsca zbrodni.
Przestępczość w przestrzeni tranzytowej

INFORMACJE O AUTORACH 227

Contents

JAN KLUZA 9

Implementation of the Directive about the European Order for Investigation in the Polish Legal Order

MICHAŁ SOPIŃSKI 23

From Positivism to Post-positivism: Neil MacCormick's Legal Thoughts on the Contemporary Legal Theory and Philosophy of Law

ANNA PODKÓWKA 47

International Criminal Court as Fulfillment of "Illegality Gap" in International Law

ADRIAN SZYDLIK, PIOTR GAJEWSKI 61

Family Protection in the Constitution of the Republic of Poland and Crimes against Family and Care

MONIKA MOSKA 83

Acquiring Large Amounts of Shares – a Problem of Compliance the Polish Regulation with the European Standard

KAROLINA PIECH 97

Involvement in Someone Else's Scope of Responsibility as a Negative Premise for an Objective Attribution of the Effect for Failure to Treat on the Background of the Case Law of Polish Criminal Courts

DAGMARA DRAGAN 123

Legal Aspects of Creation, Maintenance and Financing Natural Gas Reserves

DIANA SZWEJSER 137

Carsharing – Legal Regulation and Development Perspectives

PIOTR KOBYLSKI 149

Improvement of Administrative Proceedings in the Light of the Amendment to the Code of Administrative Procedure

WOJCIECH LEDER 161

The Conscience of Judge. Should the Conscience Clause Apply to Judges?

ADAM KOZIEŃ 187

Authenticity and Integrity of Monuments under the Law in Force in Poland

ANDRZEJ UHL 211

Non-Place of Crime. Delinquency in Transitonal Space

ABOUT THE CONTRIBUTORS 227

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 9–21
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.01

Jan Kluza

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Postępowania Karnego
e-mail: jan.kluza@student.uj.edu.pl

data zgłoszenia: 29.12.2017
data przyjęcia do druku: 28.01.2018

Implementacja w polskim porządku prawnym dyrektywy o europejskim nakazie dochodzenia

Streszczenie

Artykuł przedstawia nowelizację kodeksu postępowania karnego dostosowującą przepisy polskiej procedury do wymogów stawianych przez dyrektywę Unii Europejskiej o europejskim nakazie dochodzeniowym. Opisane zostaną przesłanki wydania nakazu przez polskie organy ścigania oraz postępowanie przed polskimi organami wymiaru sprawiedliwości w sprawie nakazu wydanego w innych państwach UE.

Słowa kluczowe

europejski nakaz dochodzeniowy, dyrektywa, implementacja

Wstęp

18 stycznia 2018 roku uchwalona została ustawa[1] nowelizująca kodeks postępowania karnego na podstawie inicjatywy[2] ustawodawczej Rady Ministrów, stanowiąca implementację do polskiego porządku prawnego dyrektywy[3] Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego

[1] Ustawa z dnia 18 stycznia 218 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, DzU 2018, poz. 201.

[2] Druk nr 1931, Sejm VIII kadencji.

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych, DzU UE L 130/1.

(dalej: END, nakaz), której okres implementacji minął 22 maja 2017 roku. W celu wykonania tej dyrektywy ustawodawca wprowadza do działu XIII k.p.k. dwa nowe rozdziały: 62c i 62d, które regulują odpowiednio wystąpienie polskich organów do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przeprowadzenie czynności dochodzeniowych na podstawie europejskiego nakazu dochodzeniowego oraz wystąpienie państwa członkowskiego do polskich organów o dokonanie takich czynności. Dyrektywa ta stanowi jeden z ważniejszych aktów Unii Europejskiej w zakresie procesu karnego i zdecydowanie ułatwi prowadzenie postępowań transgranicznych na obszarze UE. Z tego względu zasadne jest przeanalizowanie przesłanek stosowania END w oparciu o polskie rozwiązanie przewidziane w ustawie w kontekście wymogów stawianych przez dyrektywę.

1. Okoliczności uchwalenia dyrektywy

Jak wynika z uwag wprowadzających do dyrektywy, END ma za zadanie ujednolicenie przepisów krajowych w zakresie współpracy między państwami w obszarze zwalczania przestępczości, przez co ma chronić podstawowe prawa i wolności leżące u podłoża integracji europejskiej, oraz uzupełnienie dotychczasowych regulacji unijnych w tym zakresie. Decyzja ramowa Rady z 2003 roku[4] przewidywała możliwość współpracy między krajami w celu zapobiegania niszczeniu dowodów przestępstwa, nie zawierała jednak regulacji dotyczącej przekazania zabezpieczonego materiału dowodowego z jednego kraju do drugiego. Z kolei decyzja ramowa z 2008 roku[5] znajdowała zastosowanie jedynie do znanego materiału dowodowego, przez co nie obligowała państw, do których kierowano europejski nakaz, do poszukiwania nowych dowodów[6]. Z tego powodu współpraca europejska w obszarze postępowania dowodowego na potrzeby procesu karnego nie miała charakteru pełnego. Skłoniło to Radę Europejską w 2009 roku do

[4] Decyzja ramowa Rady 2003/577/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie wykonania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych, DzU UE L 196/45.

[5] Decyzja ramowa Rady 2008/978/WSiSW z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie europejskiego nakazu dowodowego dotyczącego przedmiotów, dokumentów i danych, które mają zostać wykorzystane w postępowaniach w sprawach karnych, DzU UE L 350/76.

[6] E. Gaweł, *Europejski nakaz dowodowy*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2011, t. XXVII, s. 121; zob. też H. Kuczyńska *Wspólny obszar postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 140–141.

podjęcia inicjatywy mającej na celu zastąpienie powyższych regulacji kompleksowym rozwiązaniem transgranicznego pozyskiwania dowodów[7].

Zgodnie z uwagami wprowadzającymi nowością END w stosunku do wcześniejszych regulacji ma być wezwanie do przeprowadzenia w państwie wykonującym jednej lub więcej określonych czynności dochodzeniowych służących gromadzeniu materiału dowodowego, co obejmuje również pozyskanie materiału dowodowego, którym organ wykonujący już dysponuje. END zgodnie z założeniami ma mieć „wymiar horyzontalny i dlatego powinien dotyczyć wszystkich czynności dochodzeniowych mających na celu gromadzenie materiału dowodowego". Równocześnie jednak END powinien czynić zadość zasadom proporcjonalności, czyli mieć na uwadze to, czy dany materiał jest konieczny i adekwatny do celów postępowania, domniemania niewinności oraz *ne bis in idem.* Z tego zatem względu END pozostaje wnioskiem o przeprowadzenie określonej czynności, przy czym ważne jest, że nakaz skupia się na sposobie, w jaki będzie ona realizowana[8]. Brak przesłanki proporcjonalności w stosunku do wnioskowanej czynności dochodzeniowej skutkować ma odmową jego wydania[9].

Zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy europejski nakaz dochodzeniowy stanowi orzeczenie sądowe wydane lub zatwierdzone przez organ wymiaru sprawiedliwości jednego państwa członkowskiego w celu wezwania innego państwa do przeprowadzenia jednej lub kilku określonych czynności dochodzeniowych mających na względzie uzyskanie materiału dowodowego. END można także wydać w celu uzyskania materiału dowodowego, którym właściwe organy państwa wykonującego już dysponują. Z art. 3 dyrektywy wynika z kolei, że zakresem stosowania END objęta jest każda czynność dochodzeniowa poza utworzeniem wspólnego zespołu dochodzeniowo-śledczego oraz gromadzeniem w jego ramach materiału dowodowego, co przewiduje art. 13 Konwencji o pomocy w sprawach karnych między państwami członkowskimi Unii Europejskiej[10] oraz decyzja ramowa Rady 2002/

[7] Zob. K. Trybek, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z 3.4.2014 r. w przedmiocie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych – rewolucja w walce z transgraniczną przestępczością w Unii Europejskiej?*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury" 2015, nr 2, s. 40–54.

[8] G. Krzysztofiuk, *Europejski nakaz dochodzeniowy*, „Prokuratora i Prawo" 2015, nr 12, s. 76.

[9] A. Bojańczyk, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (projekt z dnia 1 marca 2017 r.) z dnia 5 kwietnia 2017 r.*, Naczelna Rada Adwokacka, DL-IV-401-1/17/20, s. 4.

[10] Konwencja ustanowiona przez Radę zgodnie z art. 34 Traktatu o Unii Europejskiej o pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, DzU UE C 197.

465/WSiSW, z wyjątkiem przypadków, gdy czynności te podejmowane są w celu realizacji przepisów tej konwencji lub decyzji ramowej. Art. 22 dyrektywy dopuszcza także tymczasowe przekazanie osób pozbawionych wolności w celu przeprowadzenia czynności dochodzeniowej, jeżeli czynność ta wymaga obecności danej osoby oraz pod warunkiem, że osoba ta zostanie przekazana z powrotem w terminie określonym przez państwo wykonujące. W tym jednak przypadku dyrektywa przewiduje w art. 19 dodatkowe podstawy do odmówienia wykonania END[11].

Na podstawie art. 4 dyrektywy wydanie END jest dopuszczalne w odniesieniu do postępowania karnego wszczętego przez organ wymiaru sprawiedliwości w sprawie o przestępstwo lub organ administracji publicznej w sprawie o czyn zagrożony karą, a także w sprawie o inne postępowania odnoszące się do czynów zabronionych lub naruszeń prawa, za które osoba prawna może zostać pociągnięta do odpowiedzialności lub ukarana w państwie wydającym. Dyrektywa wymaga jednak, aby wydanie END było konieczne oraz proporcjonalne do celów postępowania, przy uwzględnieniu praw przysługujących podejrzanemu lub oskarżonemu, oraz by w podobnej sprawie krajowej zarządzenie przeprowadzenia czynności dochodzeniowych wskazanych w END było dopuszczalne na tych samych warunkach.

2. Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przeprowadzenie czynności dochodzeniowych na podstawie END

Zgodnie z art. 589w § 1 k.p.k. wystąpienie z END możliwe jest w razie konieczności przeprowadzenia lub uzyskania dowodu, który znajduje się lub może zostać przeprowadzony na terytorium innego państwa członkowskiego UE. Wydanie END należy do sądu, przed którym sprawa się toczy, albo prokuratora prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Może ono nastąpić z urzędu lub na wniosek strony, obrońcy lub pełnomocnika. W przypadku prowadzenia postępowania przygotowawczego w formie dochodzenia przez Policję lub inne organy oskarżycielskie na podstawie art. 312 k.p.k. lub prowadzenia czynności w ramach postępowania sprawdzającego (art. 307 k.p.k.) END może zostać wydany także przez te organy, z zastrzeżeniem jednak, że wymaga wówczas zatwierdzenia przez prokuratora. W tym miejscu pojawia się wątpliwość, czy uprawnienie do wydania END mają podmioty uprawnione do prowadzenia dochodzeń na podstawie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 325d k.p.k. Rozporządzenie

[11] M. Kusak, *Europejski nakaz dochodzeniowy – przełom w dziedzinie europejskiego ścigania karnego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012, nr 4, s. 99–100.

Ministra Sprawiedliwości[12] upoważnia organy Inspekcji Handlowej, Państwowej Inspekcji Sanitarnej oraz prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej do prowadzenia dochodzeń w określonych sprawach. Uprawnienia oskarżycielskie przysługują także innym podmiotom, o czym wyraźnie stanowi wyjątek określony w art. 45 § 3 k.p.k.[13] Art. 589w § 2 k.p.k. upoważnia do wydawania END organy, o których mowa w art. 312 k.p.k. Pkt 2 mówi z kolei o „innych organach przewidzianych przez przepisy szczególne", pod którym to pojęciem należy rozumieć zarówno przepisy ustawy, jak i rozporządzenia. Wskazane kaskadowe odesłanie upoważniałoby zatem powyższe organy do wydawania END. Takie rozwiązanie należy również uznać za zgodne z zasadami płynącymi z dyrektywy. Art. 2 przez pojęcie „organu wydającego" rozumie bowiem zarówno sędziego, sąd, sędziego śledczego lub prokuratora właściwego w danej sprawie, jak i każdy inny organ określony przez państwo wydające i w danym przypadku wypełniający swoją funkcję organu dochodzeniowego w postępowaniu karnym, o ile jest w danej sprawie właściwy, czyli może nakazać gromadzenie materiału dowodowego zgodnie z prawem krajowym. W tym drugim przypadku dyrektywa wymaga jednak, aby nakaz został zatwierdzony przez sędziego, sąd, sędziego śledczego lub prokuratora w państwie wydającym. Pod tym względem polskie rozwiązanie odpowiada wymogom stawianym przez dyrektywę. Nie jest zatem konieczne zatwierdzenie nakazu przez sąd, wobec czego art. 1 ust 1. dyrektywy w tym zakresie nie znajduje zastosowania.

Zakres czynności, które mogą być objęte END, został określony stosunkowo szeroko. Oprócz uzyskania lub przeprowadzenia dowodu w myśl art. 589w § 1 k.p.k., § 3 tego artykułu umożliwia zabezpieczenie śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem. Postanowienie o wydaniu END zastępuje postanowienie o przeprowadzeniu dowodów, które jest wymagane w myśl polskich przepisów procedury karnej, co dotyczy także postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów (art. 589w § 4 i 5 k.p.k.). Art. 589w § 7 k.p.k. umożliwia także wydanie przez organ państwa wykonującego nakazu obejmującego czynności operacyjno-

[12] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2015 r. w sprawie organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom, t.j. DzU 2015, poz. 1725.

[13] Zob. Ustawa z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie, t.j. DzU 2017, poz. 1295; Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach, t.j. DzU 2017, poz. 788; Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, t.j. DzU 2016, poz. 487.

rozpoznawcze prowadzone na podstawie odrębnych przepisów, co wymaga zatwierdzenia przez właściwego prokuratora, chyba że ustawa zastrzega właściwość sądu, który zatwierdza nakaz wydany w państwie wykonania. Ustawa dopuszcza także możliwość wydania postanowienia o utrwaleniu i kontroli treści rozmów telefonicznych w stosunku do osób znajdujących się na terytorium państwa UE, jeżeli nie zachodzi potrzeba wydania END. Wówczas prokurator, Policja lub organ, o którym mowa w art. 312, powiadamia właściwy organ tego państwa o zamiarze przeprowadzenia takich czynności, ich przeprowadzaniu albo wykonaniu w zależności od tego, kiedy dowiedziano się, że osoba, której czynność dotyczy, przebywa na terytorium danego państwa członkowskiego.

Negatywne przesłanki wydania END statuuje art. 589x k.p.k. Zgodnie z nim nakaz nie może zostać wydany, jeżeli nie wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości albo prawo polskie nie dopuszcza przeprowadzenia lub uzyskania danego dowodu. Pierwsza z przesłanek określona została za pomocą znamion nieostrych i bardzo ocennych. Interes wymiaru sprawiedliwości w uzyskaniu dowodu będzie zatem każdorazowo oceniany przez organ wydający nakaz. Należy przy tym uwzględnić takie okoliczności, jak rozmiar grożącej kary za zarzucane sprawcy przestępstwo, stosunek kosztów uzyskania dowodu do jego znaczenia w procesie oraz konieczność jego przeprowadzenia względem już zebranego materiału dowodowego i jego przydatność dla końcowego orzeczenia. Druga z przesłanek odnosi się do funkcjonujących w procesie karnym zakazów dowodowych, które nie występują w prawie państwa wykonania nakazu. Nie jest zatem dopuszczalne wydanie END o przeprowadzenie czynności, które w Polsce byłyby sprzeczne z zakazami określonymi w art. 170 § 1, art. 178, art. 178a oraz zakazami dowodowymi z art. 179–180 k.p.k.

Wymogi formalne nakazu określa art. 589y § 1 k.p.k. END musi zawierać: dane identyfikacyjne organu wydającego i zatwierdzającego nakaz; datę i miejsce wydania; określenie żądanej czynności, dowodu, który należy uzyskać, lub okoliczności, które mają być ustalone; dane identyfikacyjne osoby, wobec której mają być przeprowadzone czynności; sygnaturę akt i rodzaj prowadzonego postępowania oraz kwalifikację prawną zarzucanego czynu i zwięzły opis stanu faktycznego. Organ wydający może zastrzec także obecność swojego przedstawiciela przy przeprowadzaniu czynności. Jeśli nakaz dotyczy zabezpieczenia dowodów, należy ponadto określić, czy ma zostać przesłany do kraju wydającego END, czy też pozostać w kraju wykonania do określonego czasu. END musi zostać przetłumaczony na język urzędowy kraju, do którego jest kierowany, albo inny język wskazany przez

ten kraj. END przekazywany jest bezpośrednio właściwemu organowi państwa wykonania, przy czym może być przekazywany również za pośrednictwem sądów okręgowych lub ministra sprawiedliwości albo prokuratora okręgowego lub prokuratora krajowego. W przypadku trudności w określeniu właściwego organu państwa wykonania sąd lub prokurator może zwrócić się do właściwych jednostek organizacyjnych Europejskiej Sieci Sądowej.

W przypadku nakazu czasowego wydania osoby pozbawionej wolności celem przeprowadzenia czynności sąd okręgowy miejsca jej wykonania zarządza umieszczenie osoby wydanej w polskim zakładzie karnym lub areszcie śledczym na czas jej pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nieprzekraczający jednak czasu pozbawienia wolności określonego w państwie wydającym (art. 589z § 1 w związku z art. 589a § 1 k.p.k.). Wobec przekazanej osoby nie wolno prowadzić czynności, zatrzymać jej ani tymczasowo aresztować z powodu przestępstwa popełnionego przed przekroczeniem polskiej granicy państwowej niewskazanego w END, nie może być także w stosunku do niej wykonana kara orzeczona za takie przestępstwo. Jeżeli jednak w ciągu 15 dni od powiadomienia o możliwości opuszczenia terytorium RP z powodu zbędności dla celów prowadzonego postępowania osoba taka nie opuści Polski, dopuszczalne będzie przedsięwzięcie wobec niej wspomnianych wyżej czynności za inne przestępstwo.

Postanowienie o wydaniu END jest co do zasady niezaskarżalne (art. 589zc § 1 k.p.k.), chyba że przepis szczególny dotyczący czynności wskazanej w END stanowi inaczej. Wniesienie zażalenia w przypadku jego dopuszczalności nie wstrzymuje wykonania nakazu. W takim przypadku o wniesieniu zażalenia, jak również o treści rozstrzygnięcia zapadłego w wyniku jego rozpoznania, należy niezwłocznie powiadomić właściwy organ państwa wykonania orzeczenia. Rozwiązanie takie czyni zadość wymogom płynącym z art. 14 dyrektywy. Według ust. 1 wymagane jest, by w odniesieniu do czynności dochodzeniowych wskazanych w END przysługiwały środki odwoławcze równoważne środkom, które przysługiwałyby w podobnej sprawie krajowej, natomiast według ust. 2 merytoryczne podstawy wydania END można kwestionować wyłącznie w drodze zarzutu w państwie wydającym, bez uszczerbku dla gwarancji dotyczących praw podstawowych w państwie wykonującym.

3. Wystąpienie państwa członkowskiego UE o przeprowadzenie czynności dochodzeniowych na podstawie END

Kwestię dotyczącą wystąpienia kraju członkowskiego UE o przeprowadzenie czynności dochodzeniowych na terytorium Polski regulują przepisy rozdziału 62d k.p.k. Zgodnie z art. 589ze § 1 k.p.k. wykonanie END wymaga wydania postanowienia przez prokuratora lub sąd rejonowy właściwy ze względu na miejsce przeprowadzenia dowodu, chyba że dopuszczenie, uzyskanie lub przeprowadzenie dowodu jest zastrzeżone do właściwości sądu lub sądu wyższego rzędu albo uzależnione od zarządzenia tego sądu, wówczas postanowienie wydaje ten sąd. O tym, jaki organ będzie właściwy w przedmiocie wydania postanowienia o wykonaniu END, zadecyduje zatem charakter czynności podlegającej wykonaniu. Przykładowo, w razie potrzeby przesłuchania pokrzywdzonego poniżej 15. roku życia w sprawach o przestępstwa z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI k.k. organem właściwym będzie sąd, który byłby właściwy w sprawie w I instancji (art. 185a § 1 w związku z art. 329 § 1 k.p.k.). Ponadto, zgodnie z art. 589ze § 3 k.p.k. wyłącznie sąd okręgowy jest właściwy do wydania postanowienia w przedmiocie wykonania END dotyczącego czasowego wydania osoby pozbawionej wolności do państwa wydania orzeczenia w celu przeprowadzenia na jego terytorium czynności dochodzeniowej. W takim przypadku konieczne jest wysłuchanie osoby objętej END. Zgodnie z art. 589zl § 1 k.p.k. organ niezwłocznie, nie później niż w ciągu tygodnia, potwierdza otrzymanie nakazu organowi wydającemu. Niezwłocznie informuje się także organ wydający o przeszkodach określonych w art. 589zl § 3 k.p.k.

Organ, do którego skierowano nakaz, zwraca go bez wykonania organowi wydającemu, informując o przyczynie zwrotu, jeżeli ten wydał END, nie mając do tego uprawnienia. Podstawy odmówienia wykonania END zostały enumeratywnie wymienione w art. 589zj § 1 k.p.k. Zgodnie z nim obligatoryjnie odmawia się wykonania END, jeżeli:

1) sąd lub prokurator nie uzyskał wymaganego zezwolenia umożliwiającego przeprowadzenie czynności z udziałem osoby wskazanej w END;
2) w stosunku do osoby ściganej zapadło w państwie członkowskim Unii Europejskiej prawomocne orzeczenie co do tych samych czynów, które zostały wskazane w END, oraz – w przypadku skazania za te same czyny – osoba ścigana odbywa karę lub ją odbyła albo kara nie może być wykonana według prawa państwa, w którym zapadł wyrok skazujący;

3) wykonanie END mogłoby narazić na niebezpieczeństwo źródło informacji wykorzystywanych w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych;
4) END dotyczy przesłuchania osób, o których mowa w art. 178 lub art. 178a, co do okoliczności określonych w tych przepisach lub przesłuchania osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy co do okoliczności objętych zakazem przesłuchania określonych w przepisach szczególnych;
5) wykonanie END naruszyłoby wolności i prawa człowieka i obywatela;
6) żądana czynność zagrażałaby bezpieczeństwu narodowemu;

END dotyczy czasowego wydania osoby pozbawionej wolności do państwa wydania orzeczenia, a wykonanie END skutkowałoby przedłużeniem okresu pozbawienia wolności tej osoby.

Obligatoryjny katalog odmowy wykonania END został określony stosunkowo szeroko, co w toku opiniowania projektu ustawy było krytykowane ze względu na przekroczenie granic określonych w dyrektywie[14]. Przesłanki odmowy wykonania END reguluje art. 11 dyrektywy, który określa je w sposób węższy, aniżeli wskazano powyżej, i nie dokonuje podziału na obligatoryjne i fakultatywne podstawy odmowy. Nie powinno to jednak wpływać negatywnie na funkcjonowanie END w Polsce, ponieważ przesłanki obligatoryjnej odmowy wykonania END dotyczą sytuacji ściśle określonych i uzasadnionych w świetle przepisów postępowania.

Z kolei zgodnie z art. 589zj § 2 k.p.k. fakultatywnie można odmówić wykonania END, jeżeli:

1) czyn będący podstawą wydania END, inny niż wymienione w art. 607w, nie stanowi przestępstwa według prawa polskiego, chyba że czyn nie stanowi przestępstwa z powodu braku lub odmiennego uregulowania w prawie polskim odpowiednich opłat, podatków, ceł lub zasad obrotu dewizowego;
2) czyn będący podstawą wydania END według prawa polskiego został popełniony, w całości lub w części, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub na polskim statku wodnym lub powietrznym i nie stanowi on przestępstwa według prawa polskiego, chyba że czyn nie stanowi przestępstwa z powodu braku lub odmiennego uregulowania w prawie polskim odpowiednich opłat, podatków, ceł lub zasad obrotu dewizowego;
3) wykonanie END wiązałoby się z wykorzystaniem informacji niejawnych odnoszących się do czynności operacyjno-rozpoznawczych;

[14] M. Stec, Przewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego*, RL-0303-15/17, s. 2.

4) według prawa polskiego czynność dochodzeniowa, której dotyczy END, nie może być przeprowadzona w sprawie o przestępstwo będące podstawą wydania END;
5) według prawa polskiego czynność dochodzeniowa, której dotyczy END, nie może być przeprowadzona w postępowaniu, w którym END został wydany;
6) END dotyczy czasowego wydania osoby pozbawionej wolności do państwa wydania orzeczenia albo do Rzeczypospolitej Polskiej, a osoba ta nie wyraża na to zgody;
7) END dotyczy przesłuchania przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, a oskarżony, który ma zostać przesłuchany, nie wyraża na to zgody;
8) END dotyczy przesłuchania osób, o których mowa w art. 179 lub art. 180 § 1 i 2, co do okoliczności określonych w tych przepisach.

Przepisy ustawy zawierają także pewne gwarancje dla osoby objętej nakazem, takie jak termin wydania postanowienia i termin wykonania nakazu (art. 589zg i art. 589zh k.p.k.) oraz stosowanie w zakresie nieuregulowanym przepisów prawa polskiego (art. 589zi § 1 k.p.k.). Należy jednak uczynić zadość życzeniu organu, który wydał END, aby przy dokonaniu czynności zastosowano szczególny tryb postępowania lub szczególną formę, jeżeli nie jest to sprzeczne z polskimi zasadami porządku prawnego. W przypadku jednak, gdy czynność dochodzeniowa nie jest przewidziana w polskiej regulacji procesowej lub gdyby była niedopuszczalna w podobnej sprawie krajowej, sąd lub prokurator informuje o tym właściwy sąd lub inny organ państwa wydania orzeczenia, wskazując termin do zmiany, uzupełnienia lub cofnięcia END oraz określając możliwą do przeprowadzenia zastępczą czynność dochodzeniową zgodną z celem END. Po bezskutecznym upływie terminu organ przeprowadza czynność zastępczą, a jeśli nie można jej wykonać, odmawia wykonania nakazu. Art. 589zi § 3 k.p.k. wymienia przypadki, gdy nie wykonuje się czynności zastępczych, wobec czego zgodnie z § 4 tego artykułu przeprowadzić należy czynność wskazaną w END. Uznać jednak należy, że w przypadku, gdy owa czynność jest niedozwolona według prawa polskiego, na przykład przesłuchanie osoby wskazanej w END, która jest duchownym, a przesłuchanie miałoby dotyczyć faktów objętych spowiedzią, należy odmówić wykonania nakazu. Instytucją gwarancyjną dla osoby objętej END jest także przepis art. 589 § 1 k.p.k., według którego sąd lub prokurator w razie powzięcia wątpliwości co do zasadności, celowości

END lub legalności czynności w państwie wydania orzeczenia może skonsultować się z właściwym organem wydającym i jeżeli wymaga tego interes sprawiedliwości, może wystąpić z wnioskiem o cofnięcie nakazu.

Art. 589zo § 1 k.p.k. dopuszcza na wniosek państwa wydającego END obecność przedstawiciela organu wydającego przy przeprowadzanych czynnościach, jeżeli nie jest to sprzeczne z zasadami porządku prawnego Polski i nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego. Przykładowo, udział takiej osoby będzie niedopuszczalny w czynnościach, w których ustawa wyłącza obecność osób trzecich lub gdy z czynnością związana jest prawnie chroniona tajemnica państwowa o klauzuli „tajne" lub „ściśle tajne". W czynnościach, w których uczestniczy przedstawiciel państwa wydającego nakaz, po uprzedniej zgodzie sądu lub prokuratora przeprowadzającego czynność, dopuszczalne jest zadawanie przezeń pytań lub w inny sposób branie udziału w postępowaniu. Tym samym nie jest dopuszczalny udział w czynności przedstawicieli procesowych stron postępowania toczącego się w kraju nadania. Dyrektywa w tym zakresie nie przewiduje takiego wymogu, jednak stanowi to w pewien sposób ograniczenie zasady rzetelnego procesu[15].

Zakończenie

Nowelizacja kodeksu postępowania karnego w sposób właściwy dokonuje implementacji unijnej dyrektywy o europejskim nakazie dochodzeniowym i nie zawiera sprzecznych z nią regulacji. Wprowadzoną na mocy tej noweli i odpowiedniej dyrektywy instytucję należy ocenić pozytywnie, ponieważ usprawni ona i ujednolici prowadzenie postępowań w sprawach o przestępstwa transgraniczne, co jest szczególnie ważne w rozwijającym się społeczeństwie. Zasadnicze znaczenie w stosowaniu END będą mieć zasady proporcjonalności oraz wzajemnego uznawania. Pierwsza z nich powinna ograniczać stosowanie END do sytuacji, w której zdobycie materiału dowodowego w drodze nakazu jest rzeczywiście uzasadnione, potrzebne oraz niezbędne dla prowadzonego postępowania, co ma na celu przeciwdziałanie jego nadużywaniu. Z kolei wzajemność uznawania wynika z potrzeby zapewnienia skuteczności i efektywności wykonywania END. W tym też względzie przewidziane w art. 589zj § 1 i 2 k.p.k. podstawy odmówienia wykonania END zostały określone dostatecznie wąsko, zgodnie z wymogami płynącymi z przepisów o postępowaniu dowodowym w postępowaniu karnym.

[15] A. Bojańczyk, op. cit., s. 14.

IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE ABOUT THE EUROPEAN ORDER FOR INVESTIGATION IN THE POLISH LEGAL ORDER

ABSTRACT

The article presents a review of the amendment to the Code of Criminal Procedure adapting the provisions to the Polish procedure the requirements set by the European Union directive about the European Investigation Order. There are presented the reasons for issuing the order by the Polish law enforcement authorities and the proceedings before the Polish judicial authorities regarding the order issued in other EU countries.

KEYWORDS

European Investigation Order, directive, implementation

BIBLIOGRAFIA

1. Bojańczyk A., *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (projekt z dnia 1 marca 2017 r.) z dnia 5 kwietnia 2017 r.*, Naczelna Rada Adwokacka, DL-IV-401-1/17/20.
2. Decyzja ramowa Rady 2003/577/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie wykonania w Unii Europejskiej postanowień o zabezpieczeniu mienia i środków dowodowych, DzU UE L 196/45.
3. Decyzja ramowa Rady 2008/978/WSiSW z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie europejskiego nakazu dowodowego dotyczącego przedmiotów, dokumentów i danych, które mają zostać wykorzystane w postępowaniach w sprawach karnych, DzU UE L 350/76.
4. Druk nr 1931, Sejm VII kadencji.
5. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych, DzU UE L 130/1.
6. Gaweł E., *Europejski nakaz dowodowy*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2011, t. XXVII.
7. Konwencja ustanowiona przez Radę zgodnie z art. 34 Traktatu o Unii Europejskiej o pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, DzU UE C 197.
8. Krzysztofiuk G., *Europejski nakaz dochodzeniowy*, „Prokuratora i Prawo" 2015, nr 12.
9. Kuczyńska H., *Wspólny obszar postępowania karnego w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
10. Kusak M., *Europejski nakaz dochodzeniowy – przełom w dziedzinie europejskiego ścigania karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012, nr 4.
11. Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2015 r. w sprawie organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom, t.j. DzU 2015 poz. 1725.
12. Stec M., Przewodniczący Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego*, RL-0303-15/17.

13. Trybek K., *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z 3.4.2014 r. w przedmiocie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych – rewolucja w walce z transgraniczną przestępczością w Unii Europejskiej?*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury" 2015, nr 2.
14. Ustawa z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie, t.j. DzU 2017, poz. 1295
15. Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o lasach, t.j. DzU 2017, poz. 788.
16. Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi, t.j. DzU 2016, poz. 487.
17. Ustawa z dnia 18 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, DzU 2018, poz. 201.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 23–45
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.02

Michał Sopiński

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Filozofii Prawa i Nauki o Państwie
e-mail: m.sopinski@wpia.uw.edu.pl

data zgłoszenia: 4.01.2018
data przyjęcia do druku: 21.03.2018

Od pozytywizmu do postpozytywizmu: poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka na tle współczesnej teorii i filozofii prawa

Streszczenie

Tematem artykułu jest kwestia przynależności późnych poglądów teoretycznoprawnych Neila MacCormicka do nurtu postpozytywistycznego we współczesnej teorii i filozofii prawa. Poglądy MacCormicka kształtowały się stopniowo, a ogromny wpływ na ich ostateczne brzmienie miało z jednej strony dziedzictwo anglosaskiego pozytywizmu prawniczego, z drugiej zaś jego własna biografia naukowa, ponieważ był on zarówno obserwatorem, jak i aktywnym uczestnikiem znaczących przemian, jakie dokonały się w teorii i filozofii prawa w drugiej połowie XX wieku. W artykule przedstawiono główne założenia instytucjonalnej teorii prawa, która stanowi podstawowy wkład Neila MacCormicka w rozwój współczesnej teorii i filozofii prawa. Jego przejście od poglądów pozytywistycznych w stronę postpozytywizmu wydaje się modelowym przykładem szerszego procesu, jakim są przemiany we współczesnej teorii i filozofii prawa. Co jednak szczególnie istotne, intelektualna spójność dorobku naukowego MacCormicka świadczy o tym, iż przeprowadzony przezeń zwrot w stronę postpozytywizmu ma charakter ewolucyjny, a nie rewolucyjny.

Słowa kluczowe

instytucjonalna teoria prawa, pozytywizm prawniczy, postpozytywizm prawniczy, Neil MacCormick, Herbert Hart

Wprowadzenie

W książce *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory* Agustín José Menéndez oraz John Erik Fossum słusznie zauważają, że tym, co czyni poglądy teoretycznoprawne Neila MacCormicka tak inspirującymi i atrakcyjnymi dla kolejnych pokoleń badaczy, jest jego intelektualna uczciwość, a w szczególności umiejętność autorefleksji oraz zdolność do zakwestionowania niektórych elementów swojej koncepcji poprzez poważne rozważanie alternatywnych rozwiązań[1]. O ogromnym dystansie MacCormicka do własnych prac, a także o jego otwartości na poglądy innych autorów świadczy krótki *passus* z eseju *MacCormick on MacCormick*, w którym szkocki filozof prawa przedstawia samego siebie jako zwolennika metody twórczej współpracy, nie zaś metody krytyczno-dialektycznej (w przeciwieństwie do Ronalda Dworkina), a następnie podkreśla, jak istotne jest dla niego uważne czytanie tekstów autorów, z których poglądami się nie zgadza, ponieważ skłania go to często do zmiany bądź przeformułowania własnego stanowiska pod wpływem cudzych argumentów[2].

W tym samym eseju MacCormick zastanawia się nad miejscem, jakie przyznaje mu się na mapie współczesnej teorii i filozofii prawa. Szkocki filozof zauważa, że zdaniem niektórych współczesnych badaczy udało mu się skutecznie przejść od pozytywizmu prawniczego do pozycji prawnonaturalnych, jednakże sam nie zgadza się z tym stwierdzeniem i określa samego siebie jako postpozytywistę[3]. Podobną deklarację o przynależności do nurtu postpozytywistycznego składa także w swojej książce *Institutions of*

[1] "But it is proper to add that what renders both MacCormick's theory and Neil himself especially inspiring and attractive is his intellectual honesty; in particular, his capacity to put his own work to question by considering very seriously alternative views, and on such a basis, of engaging in a reflexive reconsideration of his theory". A. J. Menéndez, J. E. Fossum, *Introduction*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008, s. 1–2.

[2] "[…] when I review a book for example, I always tend to start by trying to see it from the author's point of view. It takes me a long time to discover if I agree with a book, because if you try to understand it, you should read it sympathetically, with willing suspension of disbelief. If you read with sympathy and interest a thing […], you will be willing from time to time to acknowledge a change, a shift of position because you have felt that some other argument you had not thought about, was a strong one, and you needed to acknowledge and adapt or adopt". N. MacCormick, *MacCormick on MacCormick*, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 11–12.

[3] Ibidem, s. 19.

Law, stwierdzając, że chociaż nie jest zwolennikiem prawa naturalnego, to nie jest już pozytywistą, lecz post-pozytywistą[4]. MacCormick uważa bowiem, że nie ma prawa nazywać siebie prawnonaturalistą ze względu na pozytywistyczne dziedzictwo Herberta Harta i Hansa Kelsena, które ukształtowało go jako filozofa prawa[5].

Niestety najważniejsze prace MacCormicka nie doczekały się tłumaczenia na język polski, a jedną z niewielu polskich pozycji poświęconych jego poglądom jest praca Marka Smolaka pt. *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*[6]. Dzieło to zostało napisane przed opublikowaniem przez MacCormicka jego ostatecznych poglądów na interesujące autora zagadnienia filozoficzne, toteż koncentruje się ono wyłącznie na wybranych problemach instytucjonalnej teorii prawa. Autor nie prezentuje szczegółowo biografii szkockiego filozofa prawa ani też nie formułuje ogólnych wniosków dotyczących jego spuścizny naukowej.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie kształtowania się poglądów Neila MacCormicka na temat teorii i filozofii prawa ze szczególnym uwzględnieniem dziedzictwa anglosaskiego pozytywizmu prawniczego. Wydaje się, że intelektualne poszukiwania szkockiego filozofa prawa mogą stanowić swoisty papierek lakmusowy dla szerszego procesu, jakim są przemiany we współczesnej teorii i filozofii prawa[7]. Z uwagi na bardzo szeroki zakres zainteresowań badawczych MacCormicka należało jednak dokonać pewnej selekcji materiału, dlatego też w artykule szczególny nacisk położono na instytucjonalną teorię prawa, której oryginalne założenia stanowią jedno z największych osiągnięć MacCormicka na gruncie filozofii prawa, natomiast kwestie dotyczące ewolucji jego teorii rozumowania prawniczego (problem odchodzenia od poglądów Herberta Harta i zbliżania się do stanowiska Ronalda Dworkina) oraz badań (opartych na dorobku szkockiego Oświecenia) nad europejskim konstytucjonalizmem w dobie pluralizmu prawnego zostały jedynie zasygnalizowane. Trzeba też podkreślić, iż rozwój

[4] Idem, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007, s. 24.

[5] Idem, *MacCormick...*, op. cit., s. 20.

[6] M. Smolak, *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.

[7] Szerzej o odchodzeniu od różnych form pozytywizmu prawniczego w polskiej literaturze zob. m.in. L. Morawski, *Pozytywizm „twardy", pozytywizm „miękki", pozytywizm martwy*, „Ius et Lex" 2003, t. 2, nr 1, s. 319–345; idem, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003; K. Dybowski, *Fikcyjność pozytywistycznego paradygmatu*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005, s. 161–170.

zainteresowań MacCormicka ściśle wiąże się z jego biografią. Rozważania dotyczące krystalizowania się oryginalnych koncepcji szkockiego filozofa prawa nie mogą zostać przeprowadzone w oderwaniu od pewnych faktów z jego życia, albowiem to właśnie one miały szczególny wpływ na rozwój jego poglądów teoretycznoprawnych.

1. Rys biograficzny Neila MacCormicka

Donald Neil MacCormick przyszedł na świat 27 maja 1941 roku w Glasgow jako syn szkockich nacjonalistów: Johna MacCormicka oraz Margaret Miller i to właśnie szkockie pochodzenie zaważyło na jego późniejszej formacji ideowej[8]. Postać jego ojca – Johna MacCormicka (1904–1961) – zapisała się w historii szkockich starań o niepodległość chwalebnie, choć nie bez kontrowersji[9]. Nie może więc dziwić fakt, że Neil MacCormick od młodości był żywotnie zainteresowany szkocką historią, polityką, literaturą oraz filozofią, chociaż podstawą jego wykształcenia prawniczego stał się przede wszystkim angielski system prawa *common law*. Od 1963 roku uczył się w Balliol College w Oxfordzie, gdzie studiował jurysprudencję (BA 1965, MA 1969)[10]. Wkrótce po ukończeniu studiów opuścił Oxford i przyjął stanowisko dydaktyczne w Queen's College Dundee (będącym wówczas częścią Uniwersytetu Saint Andrews), zamierzając wykorzystać je jako podstawę do praktyki prawniczej w Edynburgu[11]. W 1967 roku powrócił do Oxfordu, z którym był następnie związany – tak intelektualnie, jak i zawodowo – aż do przejścia na emeryturę. Większość swojej naukowej kariery spędził jednak na Uniwer-

[8] Szczegółowej biografii intelektualnej Neila MacCormicka poświęcony jest projekt internetowy „Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics" stworzony przez Maksymiliana Del Mara w ramach *Leverhulme Research Fellowship* na Queen Mary University of London. Zob. M. Del Mar, *Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1941-59/index.html [dostęp: 20.11.2017].

[9] John MacCormick był członkiem założycielem Partii Narodowej Szkocji w 1928 oraz w 1934 roku. Przez wiele lat pełnił również funkcję rektora Uniwersytetu w Glasgow. Jako prawnik w 1952 roku zasłynął sprawą MacCormick przeciwko Lord Advocate, kwestionując prawo Królowej Elżbiety do posługiwania się w Szkocji tytułem Elżbieta II. Pomimo przegranej MacCormickowi udało się jednak zakwestionować obowiązujący wcześniej pogląd, wedle którego Parlament Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z siedzibą w Pałacu Westminsterskim może uchylić lub zmienić podstawowe warunki Aktu Unii z 1800 roku. Zob. W. Twining, *Donald Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, Oxford 2012, s. 461–462.

[10] N. MacCormick, *1968 and all that*, [w:] *Balliol College Annual Record 2009*, Oxford 2009, s. 13.

[11] M. Del Mar, op. cit.

sytecie w Edynburgu, gdzie uzyskał tytuł doktora prawa, a począwszy od 1978 roku pracował jako profesor[12]. Pełnił tam między innymi funkcję dziekana Wydziału Prawa w latach 1973–1976 i 1985–1988 oraz dziekana Wydziału Nauk Społecznych w latach 1993–1997, a pod koniec lat dziewięćdziesiątych był zastępcą rektora do spraw międzynarodowych[13].

Na marginesie kariery akademickiej Neila MacCormicka należy także odnotować jego zaangażowanie w politykę. Pięciokrotnie kandydował z ramienia SNP (Scottish National Party) w wyborach do Izby Gmin, pełnił także funkcję – jako członek SNP – posła Parlamentu Europejskiego w latach 1999–2005[14]. Swoimi koncepcjami wpisał się na stałe do panteonu współczesnej filozofii prawa. Spośród wielu przyznanych mu wyróżnień, w tym kilku tytułów *honoris causa*, należy wymienić chociażby wybór na członka Akademii Brytyjskiej (British Academy) w 1986 roku czy też otrzymanie przezeń w 2004 roku Złotego Medalu za wybitne osiągnięcia od Królewskiego Towarzystwa Edynburskiego (Royal Society of Edinburgh's Gold Medal for Outstanding Achievement)[15]. Szkocki filozof prawa zmarł w Edynburgu 5 kwietnia 2009 roku po długiej chorobie[16].

2. Ewolucja poglądów teoretycznoprawnych Neila MacCormicka

Jak już zostało podkreślone we wstępie, poglądy Neila MacCormicka na temat teorii i filozofii prawa ewoluowały, a podstawowe założenia jego myśli były stopniowo uzupełniane, ażeby najpełniej wybrzmieć dopiero w ostatnim okresie twórczym. Na jego poglądy wpływało wiele czynników oraz pozornie sprzecznych tradycji filozoficznych. Widać to chociażby w przytaczanych przez Williama Twininga wspomnieniach MacCormicka, w których to szkocki filozof prawa wyróżnia trzy podstawowe etapy, składające się na wybraną przez niego ścieżkę naukową:

> Powiedziałbym, że lata 1965–1981 stanowiły dla mnie okres, w którym intelektualnie najmocniej byłem związany z pracami Herberta Harta. Tak, byłem [wówczas] jego zwolennikiem, choć zwolennikiem dość niezależnym, ponieważ na część moich poglądów wpływ miały inne tropy filozoficzne. Lata 1981–1995 były z kolei dla mnie

[12] L. Green, *Obituaries: Sir Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Balliol College...*, op. cit., s. 44.

[13] W. Twining, op. cit., s. 449.

[14] M. Smolak, *Prawo...*, op. cit., s. 9.

[15] W. Twining, op. cit., s. 449–450.

[16] L. Green, op. cit., s. 43–44.

> okresem rewizji poglądów co do pewnych problemów filozofii prawa oraz stopniowego dystansowania się od Harta, a już zwłaszcza późnego Harta. Począwszy od 1995 roku rozpocząłem opracowywanie dzieła stanowiącego sumę moich dojrzałych poglądów, za punkt wyjścia przyjmując postpozytywistyczny instytucjonalizm rozwinięty [następnie przeze mnie] w książce *Institutions of Law*, zaś ostatecznie wyrażony w mojej pracy dotyczącej rozumu praktycznego w moralności i prawie [*Practical Reason in Law and Morality*][17].

Fragment ten stanowi klucz do zrozumienia ewolucji poglądów MacCormicka, gdyż wskazuje możliwą klasyfikację etapów jego twórczości, którą w polskim piśmiennictwie wykorzystuje chociażby Andrzej Grabowski[18].

W pierwszym ze wspomnianych okresów MacCormick pozostawał pod wpływem Herberta Harta, który w 1952 roku otrzymał tytuł profesora nauk prawnych i rozpoczął pracę w University College na Oxfordzie, gdzie wykładał aż do 1973 roku[19]. Sam Oxford stanowił wówczas siedzibę szkoły języka potocznego, zaś wydanie przez Harta *The Concept of Law* (1961) stało się punktem wyjścia do prowadzenia analitycznych oraz językowych rozważań nad teorią prawa[20]. Początkowo MacCormick był słuchaczem jego wykładów[21]. Następnie przez lata współpracował z Hartem naukowo, mimo że nigdy nie powstała między nimi ścisła relacja osobista[22]. Przebywając w Oxfordzie, Neil MacCormick miał również możliwość kontaktu z Johnem Finnisem oraz Josephem Razem, zaś po tym, jak Hart zrezygnował w 1968 roku z katedry filozofii prawa, nawiązał także współpracę z jego następcą i krytykiem – Ronaldem Dworkinem[23]. Obracając się wówczas w kręgach wyrafinowanego pozytywizmu, MacCormick wielokrotnie bronił poglądów Harta, czym zasłużył sobie na miano jednego z jego najlepszych uczniów i kontynuatorów. Sam zresztą przedstawiał się wówczas jako zwolennik stworzonej przez niego teorii prawa, pozostając tym samym w sporze z Dwor-

[17] Tłumaczenie własne z języka angielskiego fragmentu nieopublikowanych wspomnień Neila MacCormicka. Zob. W. Twining, op. cit., s. 453.

[18] Zob. T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 425–426.

[19] M. T. Kramer, *Herbert Lionel Adolphus Hart*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, [online] https://www.britannica.com/biography/H-L-A-Hart [dostęp: 20.11.2017].

[20] M. Del Mar, op. cit.

[21] W. Twining, op. cit., s. 453.

[22] MacCormick wspomina ten okres następująco: "It was also, needless to say, an enormously busy time. We had a lot of teaching to do with stacks of undergraduate tutorials, and there were hugely exciting seminars and discussions going on at the BCL classes in jurisprudence and in Herbert Hart's and Ronald Dworkin's rooms at University". N. MacCormick, *1968...*, op. cit., s. 14.

[23] W. Twining, op. cit., s. 453.

kinem[24]. W książce *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) MacCormick stworzył ogólną teorię rozumowania prawniczego, która – jak twierdził – zgodna była z założeniami wyrafinowanej wersji pozytywizmu prawniczego[25]. Niektórzy krytycy postrzegali tę pracę jako dzieło uzupełniające dorobek Harta tak dalece, że autor *Pojęcia prawa* mógłby je właściwie przedstawić sam, gdyby tylko położył w swojej teorii większy nacisk na rolę rozumowań prawniczych[26]. Zwieńczenie pierwszego okresu w intelektualnej biografii Neila MacCormicka stanowiła publikacja książki *H. L. A. Hart* (1981)[27].

Kolejny etap w formowaniu się przekonań Neil MacCormicka to lata 1981–1995. W tym okresie dokonał on stopniowej rewizji swoich poglądów na filozofię prawa, dystansując się tym samym od Harta, a przede wszystkim od koncepcji pochodzących z jego późnego okresu. Już na przełomie lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych MacCormick – współpracując z Robertem Summersem i Zenonem Bańkowskim – zaangażował się w badania porównawcze nad rozumowaniami prawniczymi oraz pochylił się nad kwestią interpretacji prawa. Stanowiło to dla niego nowe doświadczenie, proces intelektualny, który nazwał „stałym odchodzeniem od Harta"[28]. W zapatrywaniach MacCormicka dotyczących filozofii prawa pojawiły się wówczas dwie znaczące zmiany. Najpierw poświęcił on wiele czasu na studia nad przedstawicielami szkockiego Oświecenia, między innymi Davidem Hume'em oraz Adamem Smithem[29]. Następnie, w dużej mierze dzięki Światowemu Kongresowi Filozofii Społecznej i Prawnej (World Congress of Social and Legal Philosophy), nawiązał kontakt z wiodącymi prawnikami z Europy kontynentalnej. Nie wyrzekając się intelektualnych korzeni szkockiego Oświecenia, nadał im wymiar europejski, ściśle współpracując między innymi z Ota Weinbergerem (Graz), Robertem Alexym (Niemcy), Aulisem Aarnio (Helsinki) i Aleksandrem Peczenikiem (Lund)[30]. Spotkawszy się z Chaimem Perelmanem (Bruksela) – pionierem „nowej retoryki" oraz prekursorem nowoczesnej teorii argumentacji – MacCormick był na tyle zaintrygowany zaproponowaną przez niego wizją wykorzystania logiki nieformalnej w badaniach nad prawem, że przetłumaczył część jego prac na język angielski[31].

---

[24] M. Del Mar, op. cit.

[25] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978.

[26] W. Twining, op. cit., s. 454.

[27] N. MacCormick, *H.L.A. Hart*, London 1981.

[28] W. Twining, op. cit., s. 455.

[29] Zob. m.in. N. MacCormick, *Adam Smith on Law*, "Valparaiso University Law Review" 1981, No. 15 (2), s. 243–263.

[30] W. Twining, op. cit., s. 455.

[31] Ibidem.

W 1982 roku MacCormick opublikował zbiór esejów *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, w którym zaproponował racjonalistyczną, liberalną ideologię demokratyczną, stanowiącą wyjście pośrednie pomiędzy ujęciem indywidualistycznym a marksistowskim kolektywizmem[32]. Niemniej jednak zasadniczy punkt wyjścia w teorii prawa rozwijanej przez MacCormicka stanowiło podejście instytucjonalne, zasygnalizowane po raz pierwszy w wykładzie inauguracyjnym z 1973 roku, a następnie stopniowo dopracowywane w kolejnych dziełach, między innymi w napisanej razem z Ota Weinbergerem książce pt. *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (1986)[33]. Systematyczne publikowanie prac teoretycznoprawnych, w których MacCormick wyrażał swoje poglądy na temat natury prawa, rozumowań prawniczych oraz szkockiego nacjonalizmu, spowodowało, że zaczął się on cieszyć międzynarodowym uznaniem. Prowadzenie badań naukowych nie było jednak jego jedyną aktywnością. Na marginesie trzeba bowiem stwierdzić, iż MacCormick był w latach 1981–1997 mocno zaangażowany w bieżącą administrację akademicką oraz w działania polityczne na rzecz niepodległości Szkocji[34].

W 1997 roku MacCormick zrezygnował z obciążenia administracyjnego, ażeby skoncentrować się wyłącznie na filozofii prawa. W decyzji tej przyświecał mu zamiar ponownego rozważenia swojego stanowiska co do głównych problemów teorii prawa, polityki oraz moralności. W tym celu sformułował niezwykle ambitny projekt stworzenia sumy swoich poglądów: *Law, State and Practical Reason*, która w czterech tomach miałaby zawrzeć całość jego systemu[35]. Pierwszy tom: *Questioning Sovereignty* MacCormick wydał w 1999 roku[36]. Dwa kolejne tomy: *Rhetoric and the Rule of Law* (2005) oraz *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (2007) zostały przez niego ukończone przed przejściem na emeryturę[37]. Ostatni, dopełniający tetralogię tom: *Practical Reason in Law and Morality* (2008) – wydano zaś niedługo przed przedwczesną śmiercią Neila MacCormicka[38].

[32] N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford 1982.

[33] N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.

[34] Zob. m.in. M. Del Mar, op. cit.

[35] Na to, że projekt ten stanowił sumę poglądów MacCormicka, wskazuje chociażby L. Green: "Neil's summa was four volumes of legal philosophy, collectively entitled Law, State and Practical Reason, finished just before his death". L. Green, op. cit., s. 44.

[36] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999.

[37] Idem, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005; idem, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007.

[38] Idem, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford 2008.

3. Dziedzictwo anglosaskiego pozytywizmu prawniczego

Poglądy MacCormicka zrodziły się na gruncie anglosaskiego pozytywizmu prawniczego, czerpiąc jednocześnie inspirację z dorobku angielskiej jurysprudencji analitycznej oraz pewnych elementów normatywizmu Hansa Kelsena. Z faktem tym wiąże się szereg konsekwencji, wśród których najważniejszą jest niemożność czytania MacCormicka w oddzieleniu od stojącej za nim tradycji filozoficzno-prawnej. Żadna bowiem analiza nie może być zawieszona w intelektualnej próżni. Dlatego też niezbędne jest przedstawienie w tym miejscu podstawowych założeń anglosaskiego pozytywizmu prawniczego na dwóch podstawowych etapach jego rozwoju (zaczynając od klasycznego pozytywizmu w ujęciu Johna Austina, a kończąc na wyrafinowanym pozytywizmie Herberta Harta)[39].

Fundamenty anglosaskiego pozytywizmu prawniczego zostały zbudowane przez Johna Austina, który był przedstawicielem XIX-wiecznego nurtu nazywanego jurysprudencją analityczną. W 1832 roku opublikował on pracę *The Province of Jurisprudence Determined*, w której wyłożył podstawy swojej koncepcji prawa. W ujęciu Johna Austina istota „rzeczywistego prawa" zawierała się w rozkazach – regułach nakładających na ludzi pewne określone obowiązki – których spełnienie narzucane jest przez suwerena pod groźbą sankcji. W dużym uproszczeniu podaną przez Austina definicję sprowadza się do sloganu: „prawo jest to rozkaz poparty groźbą"[40]. W *The Province of Jurisprudence Determined* angielski filozof pisał, iż „prawo, w dosłownym i właściwym sensie, może być określone jako reguła zachowania ustanowiona dla jakiejś myślącej istoty przez inną myślącą istotę, mającą nad tą pierwszą władzę"[41]. Teoria prawa zawdzięcza Austinowi także słynne sformułowanie – przyjmowanej już przez Jeremy'ego Benthama – tezy

[39] Oczywiście należy pamiętać, iż wyodrębnienie etapów anglosaskiego pozytywizmu prawniczego ma charakter umowny, zwłaszcza w odniesieniu do koncepcji wyrafinowanego pozytywizmu Herberta Harta, która właściwie od początku podlegała licznym uzupełnieniom (m.in. autorstwa Josepha Raza) oraz krytykom (m.in. autorstwa Ronalda Dworkina czy Lona Fullera). Nie jest jednak moim zamiarem szczegółowe przedstawienie poszczególnych przeobrażeń pozytywizmu prawniczego, a jedynie zarysowanie filozoficznego tła dla poglądów teoretycznoprawnych Neila MacCormicka. Na temat chronologii przemian w obrębie pozytywizmu prawniczego istnieje liczna literatura przedmiotu, także wspominane przeze mnie wcześniej pozycje polskojęzyczne. Zob. L. Morawski, *Pozytywizm*..., op. cit., s. 319–345; T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, op. cit., passim; K. Dybowski, op. cit., s. 161–170.

[40] J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 116.

[41] Fragment ten podaję w tłumaczeniu M. Piechowiaka. Zob. M. Piechowiak, *Pozytywizm prawniczy*, [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, Lublin 2007, s. 421.

o rozdziale prawa i moralności (*Separation Thesis*)[42]. Stwierdzenie, że prawo może mieć dowolną treść, zdeterminowało więc dalszy rozwój pozytywizmu prawniczego, mając wpływ między innymi na Hansa Kelsena (pozytywizm kontynentalny) oraz Herberta Harta (pozytywizm anglosaski), których teorie były całkowicie neutralne moralnie[43]. Dlatego też koncepcja pozytywizmu prawniczego autorstwa Johna Austina – pomimo wielu charakterystycznych dla niej uproszczeń – bardzo długo odgrywała znaczącą rolę w anglosaskiej kulturze prawnej. Odpowiedzialność za zmianę tego paradygmatu przypisuje się dziełu *The Concept of Law* (1961) autorstwa Herberta Harta[44]. Stanowiło ono intelektualny przełom: książka stała się swoistą biblią współczesnej filozofii prawa, zaś sam Hart prekursorem zupełnie nowego ujęcia pozytywizmu prawniczego[45]. Jak zauważa Adam Dyrda, „rozważania na niemal każdy istotny temat teoretycznoprawny rozpoczynają się, przynajmniej w kręgu przedstawicieli angloamerykańskiej jurysprudencji, od powołania odpowiednich poglądów Harta"[46].

Wizja prawa zaproponowana przez Harta stanowiła spójne połączenie klasycznego pozytywizmu prawniczego ze współczesną mu filozofią języka, określaną mianem oksfordzkiej szkoły języka potocznego[47]. Koncepcja ta wyjaśniała pojęcie prawa przy użyciu metod analizy lingwistycznej, pokazując, jak funkcjonuje ono w ludzkim schemacie pojęciowym, a jednocześnie nie definiując go w tradycyjnym rozumieniu tego słowa, czyli nie sprowa-

---

[42] "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another". J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined,* London 1954, s. 184

[43] A. Grabowski, *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2011, nr 312, s. 150–151.

[44] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961; idem, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.

[45] Świadczyć o tym mogą chociażby słowa Dworkina, który krytykując koncepcję Harta, docenia jednak jej szczególną wartość: „Zdecydowałem się skupić na jego [Harta] wersji nie tylko ze względu na jej jasność i elegancję, lecz przede wszystkim dlatego, że zarówno tutaj, jak prawie wszędzie na terenie filozofii prawa każda konstruktywna myśl musi w punkcie wyjścia rozważyć jego poglądy". R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 47.

[46] A. Dyrda, *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013, s. 23–24.

[47] Wedle Mileny Koryckiej-Zirk: „Hart jako przedstawiciel oksfordzkiej filozofii języka potocznego zakładał, że analizy języka powinny mieć charakter deskryptywny, tzn. koncentrować się na opisie wyrażonej w języku potocznym aktualnej struktury myślenia. […] Deskrypcjoniści wykazują wręcz, że nieostrość wyrażeń języka naturalnego może być uznana za zaletę, nie wadę, gdyż umożliwia funkcjonowanie wyrażeń w rozmaitych kontekstach językowych i pozajęzykowych". M. Korycka-Zirk, *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2010, t. VI, s. 88.

dzając do prostszych pojęć, albowiem z samej swej natury są one nieostre. Fenomen nieostrości tekstów prawnych, wynikający ze sformułowania ich w języku naturalnym, Hart określał mianem otwartej struktury (*open texture*) prawa. Równocześnie dalsze rozważania angielskiego filozofa, dotyczące możliwych sposobów funkcjonowania pojęcia prawa w języku potocznym, prowadziły go do uznania, że prawo to – bazujący na instytucjach je tworzących i stosujących – system, na który składają się reguły normatywne oraz społeczne. W takim ujęciu podstawowym problemem teoretycznym stało się pojęcie „praktykowanych reguł społecznych"[48]. Herbert Hart wyróżniał wśród nich zwyczaje (*customs*) oraz konwencje (*conventions*)[49]. Poza przepisami prawnymi istnieją bowiem takie dyrektywy ludzkiego zachowania, których przestrzegania również się od niego wymaga, a także przewiduje się negatywne konsekwencje w razie odstępstwa od nich. Do takich dyrektyw należą chociażby zasady etykiety, przepisy gier sportowych czy też reguły językowe[50]. Niektóre z nich mogą mieć charakter zobowiązujący do określonego zachowania, inne zaś mogą przewidywać szczególne wymogi formalne, których celem będzie przyznanie pewnym działaniom skutków prawnych.

Skoro prawo realizuje się poprzez różne rodzaje reguł, to niezbędne okazało się przeprowadzone przez Harta wyodrębnienie reguł pierwotnych (*primary rules*) od wtórnych (*secondary rules*)[51]. Pozwalało ono bowiem odróżnić reguły pierwszego stopnia (*first-order rules*), które odnoszą się do ludzkich zachowań społecznych, od reguł drugiego stopnia (*second-order rules*), dotyczących działań instytucji tworzących bądź stosujących prawo. Cały system prawa można było zatem określić jako związek reguł pierwotnych i wtórnych[52]. Poprzez reguły pierwotne na ludzi nakładane są określone prawa i obowiązki, zobowiązują się oni bowiem – niezależnie od własnej woli – wykonywać pewne czynności, zaś od innych się powstrzymywać[53]. Z kolei reguły wtórne służą do określenia sposobu, w jaki należy wprowadzać, zmieniać, usuwać bądź interpretować reguły pierwotne[54]. Dotyczą one więc reguł pierwotnych w tym sensie, że to na nich właśnie operują. Gdyby reguł wtórnych nie było, to zarówno zastosowanie, jak i wykładnia reguł pierwotnych nie byłyby możliwe. To dzięki regułom wtórnym moż-

[48] H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 85.
[49] A. Dyrda, op. cit., s. 24–25.
[50] H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 21–22.
[51] A. Dyrda, op. cit., s. 25.
[52] J. Stelmach, B. Brożek, op. cit., s. 117.
[53] H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 116.
[54] Ibidem, s. 135–137.

na bowiem usunąć najpoważniejsze wady charakterystyczne dla reguł pierwotnych, czyli ich niepewność, statyczność oraz nieskuteczność[55].

Na problem niepewności reguł pierwotnych odpowiada reguła uznania (*rule of recognition*)[56]. Jest ona kluczowa dla zaproponowanej przez Harta koncepcji wyrafinowanego pozytywizmu prawniczego. Stanowi regułę społeczną wykorzystywaną przez podmioty instytucjonalne w procesie stosowania prawa, albowiem dostarcza kryteria, dzięki którym można uznać wszystkie inne reguły za obowiązujące w danym systemie prawa. Tym samym reguły uznania decydują zarówno o możliwości, jak i przyczynie zastosowania określonej reguły pierwotnej. Znajdując się u podstaw systemu prawa, nie wymaga ona wedle Harta dalszego uzasadnienia. Nie można również powiedzieć, że obowiązuje ona w ścisłym tego słowa znaczeniu, a jedynie, że stanowi wyraz aktualnej praktyki społecznej. Oznacza to więc, iż ustalenie ostatecznej reguły uznania ma charakter empiryczny, albowiem polega na sprawdzeniu tego, jaką regułę stosują praktycznie sędziowie, urzędnicy oraz zwykli obywatele[57]. Istnienie reguł prawnych nie wynika – zdaniem Harta – z zakresu treściowego czy też wartości moralnej, lecz jest zdeterminowane przez ich źródło – test pochodzenia (*test of pedigree*)[58]. Tym samym kwestia istnienia reguł prawnych stanowi wedle Harta egzemplifikację tezy o rozdziale prawa i moralności, co wyraża się w stwierdzeniu, że obowiązywanie pewnych reguł prawnych w określonym porządku prawnym wynika z ich instytucjonalnego rozpoznania w drodze kryteriów zawartych w regule uznania (rozumianej jako fakt społeczny)[59].

Przyjęcie reguły uznania, odgrywającej kluczową rolę w koncepcji wyrafinowanego pozytywizmu Herberta Harta, pozwoliło zatem zmienić perspektywę postrzegania systemu prawa, widzianego już nie przez pryzmat instytucji tworzących prawo, lecz w oparciu o instytucje stosujące prawo[60]. Wcześniej – w pozytywizmie opartym na dziedzictwie Johna Austina – nie brano pod uwagę tego, że przyjęcie pewnych określonych reguł – tak przez urzędników, jak i obywateli – determinuje rację podejmowanych przez nich czynności. Redukowano tym samym fenomen prawa do widocznego z zewnątrz nawyku, szukając uzasadnienia dla takiej postawy w podkreślaniu wymogu naukowości i empiryczności w naukach społecznych. Dla Harta takie nastawienie było nie do zaakceptowania. Uważał on bowiem, że za-

[55] J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 36.
[56] M. Korycka-Zirk, op. cit., s. 85.
[57] H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 142.
[58] A. Dyrda, op. cit., s. 28–29.
[59] M. Korycka-Zirk, op. cit., s. 85.
[60] A. Dyrda, op. cit., s. 26.

miast postawy zewnętrznego obserwatora należy przyjąć wewnętrzny punkt widzenia (*internal point of view*), czyli postawę akceptacji wobec istniejących reguł bez względu na to, czy posiadają one moralne uzasadnienie[61]. Zdaniem Harta już sam fakt zaakceptowania przed podmiot pewnej reguły sprawia, iż nie jest ona wymuszonym siłą nakazem suwerena. Wedle Adama Dyrdy:

> [...] wewnętrzny punkt widzenia oznacza zarazem akceptację i używanie reguł jako wskazówek (*accepting and using a rule as a guide*) i odznacza się dobrowolną kooperacją w celu podtrzymania istnienia tych reguł. Równie ważna jest także inna cecha tej wewnętrznej postawy, a mianowicie to, że w najbardziej podstawowy sposób włącza się ona w rozumowania praktyczne (*practical reasoning*), dając, eliminując i oceniając rozmaite racje do działania[62].

To ostatnie stwierdzenie wiąże się więc z kwestią podmiotów, które muszą przyjąć wewnętrzny punkt widzenia, ażeby system prawa mógł funkcjonować. Zdaniem Harta na pewno muszą to zrobić podmioty stosujące prawo, albowiem to one posiadają *imperium* do wydawania określonych decyzji, mających moc obowiązującą nawet wtedy, gdy podmioty, do których są one kierowane, odbierają je za błędne. Doprowadziło to Harta do konstatacji, iż prawo nie wynika jedynie z reguł społecznych, lecz może na nie wpływać i kształtować ich treść poprzez powołane do tego instytucje, mające na celu zabezpieczenie spójności całego systemu.

W swoich pracach teoretycznoprawnych Neil MacCormick wielokrotnie opiera się na pozytywistycznych ustaleniach Herberta Harta (co do wewnętrznego punktu widzenia oraz rozróżnienia pomiędzy regułami pierwotnymi i wtórnymi) oraz Hansa Kelsena (między innymi co do hipotetycznego istnienia *Grundnorm* ustalającej ważność całego porządku prawnego)[63]. Szkocki filozof prawa jest świadomy dziedzictwa pozytywizmu prawniczego i wyraźnie odróżnia sferę bytu od sfery powinności (zgadzając z niektórymi twierdzeniami zawartymi w *Czystej teorii prawa* Kelsena)[64]. Równocześnie jednak MacCormick odrzuca zbyt oczywistą dychotomię pomiędzy pozytywizmem prawniczym oraz doktryną prawa naturalnego. W dziele *Institutions of Law* szkocki filozof odnosi się także do pojęć zaczerpniętych z doktryny prawa naturalnego, a w szczególności skupia się na analizie pojęcia dobra wspólnego dokonanej przez Johna Finnisa w tradycji

[61] H. L. A. Hart, *Pojęcie...*, op. cit., s. 3–4.

[62] A. Dyrda, op. cit., s. 32–33.

[63] A. J. Menéndez, *Is European Union law a pluralist legal order?*, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 282–283.

[64] A. J. Menéndez, J. E. Fossum, op. cit., s. 2.

arystotelesowsko-tomistycznej[65]. Wedle MacCormicka prawo powinno być sprawiedliwe oraz służyć dobru wspólnemu, albowiem są to ogólne warunki wymagane dla pomyślnego wspólnego życia. Racjonalna teoria prawa powinna wedle tego zakładać, że istnienie jakiejkolwiek instytucjonalnej normy jako prawa musi być pewnym minimalnym zaspokojeniem podstawowych wymagań sprawiedliwości.

4. Postpozytywistyczny charakter instytucjonalnej teorii prawa Neila MacCormicka

O przejściu MacCormicka z pozycji pozytywistycznych na pozycje postpozytywistyczne świadczy instytucjonalna teoria prawa, której zasadnicze zręby przedstawił w *Institutional Theory of Law* (wraz z Ota Weinbergerem), a następnie dopracował w *Institutions of Law*[66]. Instytucjonalna teoria prawa opiera się na stwierdzeniu, że prawo jest zinstytucjonalizowanym porządkiem normatywnym[67]. Równocześnie wpisuje się ona w szerszy nurt filozofii prawa (rozwijany już od początku XX wieku, chociażby przez Maurice'a Hauriou)[68]. Kierunek ten można określić mianem instytucjonalnego podejścia do prawa, czyli systemu pojmowanego zarówno jako zbiór instytucji, jak również norm[69].

Instytucjonalna teoria prawa dotyczy natury prawa. Jednym z jej celów jest zmniejszenie podziału między filozofią analityczną oraz empiryczną[70]. Należy przy tym zauważyć, że już Herbert Hart stworzył koncepcję prawa jako faktu społecznego (*social fact*), lecz nie rozwinął tego zagadnienia w takim stopniu, jak zrobili to przedstawiciele instytucjonalizmu. Wedle Roberta Summersa uniwersalność prawa stanowi pewien fakt dlatego, że nie może ono istnieć bez działania tworzących go instytucji[71]. Prawo nabie-

[65] N. MacCormick, *Institutions...*, op. cit., s. 116.

[66] "According to [the] conception of legal positivism, the present version of institutional theory is non-positivist, or, if you wish, 'post-positivist'". Ibidem, s. 278–279. Zobacz także: A. Grabowski, op. cit., s. 157.

[67] "Law is institutional normative order" (N. MacCormick, *Institutions...*, op. cit., s. 1). "Law as institutional normative order thus come to be a complex and systematic whole" (ibidem, s. 304).

[68] M. Wojciechowski, *Instytucjonalna teoria prawa*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 135.

[69] M. J. Golecki, *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011, s. 107.

[70] M. Wojciechowski, op. cit., s. 136.

[71] R. Summers, *Form and Function in a Legal System: A General Study*, Cambridge 2006, s. 3–5.

ra zatem cech zjawiska społecznego, a nie tylko językowo-normatywnego. Zresztą wedle MacCormicka badania analityczne, moralne i empiryczne – jako wzajemnie ze sobą powiązane – należy uznawać łącznie za niezbędne do zrozumienia prawa. Równocześnie jednak przedstawiciele instytucjonalnej teorii prawa starają się nie odpowiadać na pytanie o to, czym jest prawo, a jedynie podkreślają jego celowościowy charakter[72].

Punktem wyjścia w pozytywizmie instytucjonalnym MacCormicka jest – zapożyczone z teorii aktów mowy Elisabeth Anscombe oraz Johna Searle'a – rozróżnienie pomiędzy faktami surowymi (*brute facts*) oraz instytucjonalnymi (*institutional facts*)[73]. Należy zauważyć, iż fakty surowe nie są niczym innym, jak czystymi czynnościami faktycznymi, gdyż istnieją w świecie zupełnie niezależnym od ludzkiej myśli lub hierarchii wartości, a także nie przypisuje się im żadnego znaczenia konwencjonalnego[74]. Poza nimi istnieją jednak również fakty instytucjonalne, których nie można zredukować do statusu faktów surowych[75]. Ich istnienie zakłada bowiem pewną myśl nadającą im znaczenie konwencjonalne na mocy norm ludzkich, na przykład poprzez prawo[76]. A zatem zdolność do identyfikacji faktów instytucjonalnych prowadzi do stopniowego odkrywania znaczenia prawa oraz rzeczywistości społecznej (*social reality*)[77]. Rozróżnienie pomiędzy faktami surowymi oraz instytucjonalnymi stanowi przy tym rozwinięcie poglądów Johna Austina – filozofa z Oksfordu i przyjaciela Herberta Harta – który twierdził, iż język jest performatywny, to znaczy, że nie tylko odzwierciedla rzeczywistość, ale też kształtuje i wytwarza jej nowe oblicza[78].

Przytoczone wcześniej stwierdzenie MacCormicka, iż prawo stanowi przejaw instytucjonalnego porządku normatywnego (*institutional-normative order*), wymaga wyjaśnienia trzech składających się na nie elementów – pojęcia normatywności, porządku oraz instytucji[79]. Aby to zrobić, MacCormick używa przykładu ustawiania się w kolejce (*queuing*)[80]. W niektórych

---

[72] M. J. Golecki, op. cit., s. 108.

[73] G. E. M. Anscombe, *On Brute Facts*, "Analysis" 1958, No. 18, s. 69–72; J. R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1969, passim.

[74] N. MacCormick, *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, "Law and Philosophy" 1998, Vol. 17, No. 3, s. 301–302.

[75] M. Smolak, op. cit., s. 24.

[76] N. MacCormick, O. Weinberger, op. cit., s. 11.

[77] Ibidem, s. 12.

[78] M. La Torre, *Changes and Continuities in MacCormick's Concept of Law*, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 32.

[79] N. MacCormick, *Rhetoric...*, Oxford 2005, s. 2.

[80] Jak twierdzi L. Ch. Blichner: "As indicated, in order to clarify what he means by normative order, McCormick uses the practice of queuing as an example". L. Ch. Blichner,

kulturach ustawianie się kolejki stanowi dobrze rozumianą praktykę, nawet jeśli ludzie tworzący tę kolejkę są sobie zupełnie obcy. Polega to na tym, że w pewnych kontekstach życia społecznego, na przykład czekając na autobus albo przy kasie w supermarkecie, ludzie ustawiają się jeden za drugim w uporządkowany sposób, aby w spokoju zaczekać na swoją kolej.

Dla MacCormicka zwyczaj tworzenia kolejki może jednak stanowić instytucję podlegającą określonym normom[81]. Istnienie tego zwyczaju zależy od dość wysokiego stopnia zrozumienia przez ludzi jego podstawowego celu (wejścia do autobusu, obsługi przy kasie) oraz przestrzegania narzuconych przezeń reguł (stawanie na końcu kolejki). Jak zauważa MacCormick, istnieją też normy pozwalające człowiekowi nie stać w kolejce, na przykład w sytuacjach awaryjnych albo z uwagi na jego cechy (kobiety w ciąży, osoby starsze, niepełnosprawni). Występujące w społeczeństwie normy oraz wyjątki od nich mogą być zarówno niejawne, jak i formalnie uporządkowane i zarządzane przez władzę[82]. Przykładem byłyby tu chociażby maszyny wydające bilety z numerkiem. Podsumowując, wedle MacCormicka ustawianie się w kolejce to zinstytucjonalizowana praktyka społeczna.

Równocześnie należy zwrócić uwagę na to, czym jest dla MacCormicka porządek normatywny (*normative order*). W dziele *Rhetoric and the Rule of Law* wprowadza on pojęcia porządku prawnego (*legal order*) oraz systemu prawnego (*legal system*)[83]. Porządek prawny stanowi dla szkockiego filozofa właściwą egzemplifikację porządku normatywnego, ponieważ istnieje wtedy, gdy życie społeczne jest szczegółowo uregulowane, a tym samym przebiega na podstawie pewnych wytycznych, które można by nazwać przepisami prawa. Kolejnym warunkiem jego istnienia jest przewidywal-

Juridification from Below The Dynamics of McCormick's Institutional Theory of Law, [w:] *The Post-Sovereign...*, op. cit., s. 35.

[81] Wedle MacCormicka: "The queue belongs to a form of normative order that exists because there is an overlapping, largely shared, common understanding of the right way to behave". N. MacCormick, *Norms...*, op. cit., s. 308–309.

[82] "Queuing as normative order is without any institutional guidance except from the norms of queuing past on from one individual to the next and that is activated whenever a particular individual encounter another individual in a situation that, according to the norms, calls for queuing up. Roughly speaking this normative order becomes institutionalized when someone else than the queuing individuals impose some form of order on the queue, that be in the form of a manager of the queue, the putting up of a fence or a machine giving out numbers. This institutional normative order can develop into a fairly complex set of rules and the need for interpretation of these rules". L. Ch. Blichner, op. cit, s. 44.

[83] N. MacCormick, *Rhetoric...*, op. cit, s. 2–3.

ność działań podejmowanych przez władze publiczne. Poczucie bezpieczeństwa poszczególnych członków społeczeństwa wynika wówczas z tego, iż istnieje pomiędzy nimi powszechna zgoda co do norm, które uznane są za obowiązujące. Z kolei o systemie prawnym wedle MacCormicka można mówić wyłącznie wtedy, gdy istnieje porządek prawny[84]. Stanowi on bowiem zmaterializowane odbicie obowiązującego porządku prawnego.

Ponadto, w ujęciu MacCormicka pewne normy mogą istnieć jako fakty instytucjonalne niezależnie od wymiaru, w jakim ludzie się z nimi zgadzają. Może bowiem istnieć różnica między naszymi oczekiwaniami dotyczącymi ustawiania się w kolejce a rzeczywistymi zachowaniami innych. Rodzi to wówczas potrzebę interwencji organów publicznych, mających władzę nad tymi, którzy nie postępują zgodnie z ustalonym porządkiem normatywnym. Aby mogło się to wydarzyć, potrzebne są jednak takie zależności pomiędzy różnymi normami, dzięki którym system normatywny stawałby się spójny[85]. Wedle MacCormicka w zinstytucjonalizowanym porządku normatywnym istnieje problem identyfikacji (*problem of identity*), odnoszący się do wyboru przez podmiot stosujący prawo – celem wydania określonej decyzji – takich norm, które byłyby właściwe do oceny konkretnej sytuacji, oraz problem zmiany (*problem of change*), dotyczący aktualności prawa w środowisku społecznym, które znajduje się w ciągłym ruchu[86].

Podstawowe założenie instytucjonalnej teorii prawa stanowi, że prawo jest zbiorem norm oraz faktów instytucjonalnych, które swoje znaczenie zawdzięczają treści określonych reguł konstytutywnych[87]. Tym, co – zdaniem Mariusza Jerzego Galeckiego – różni instytucjonalną teorię prawa od badań Johna Searle'a, jest uznanie, iż „instytucje prawne nie istnieją jedynie w oparciu o nadające sens pewnym działaniom reguły konstytutywne. Istotną rolę dla wyznaczenia tego sensu w kontekście instytucji prawnych pełnią reguły normatywne, wskazujące sposób powinnego działania"[88]. W takim ujęciu – jak zauważa Marek Smolak – instytucja jest „pewnym sposobem

[84] Wedle MacCormicka: "A legal system belongs to the real social world, as distinct from a pure world of ideas, to the extent that a corresponding legal order exists however imperfectly". Ibidem, s. 3.

[85] M. Smolak, op. cit, s. 83–87.

[86] "The problem of identity concerns the possibility of settling at any moment in time whether any particular norm or normative proposition is relevant and binding for institutional adjudicators" (…) „The problem of change arises from the felt need of humans to adjust their expectations to a changing natural, technological, and social environment". N. MacCormick, *Rhetoric...*, op. cit, s. 4–5.

[87] N. MacCormick, O. Weinberger, op. cit, s. 21–27.

[88] M. J. Golecki, op. cit, s. 108.

uformowania działań ludzkich, sposobem określonym przez założenie istnienia zespołów, reguł czy też norm, albowiem tylko przy takim założeniu zespół działań ludzi, składających się na przykład na sporządzenie testamentu, jest przejawem instytucji spadkobrania”[89].

W instytucjonalnej teorii prawa wyróżnia się więc szereg reguł, które decydują o istnieniu oraz działaniu danej instytucji[90]. Poszczególne ich typy to: reguła instytutywna (*institutive rule*), reguła konwencjonalna (*consequential rule*) oraz reguła terminatywna (*terminative rule*)[91]. Pierwsza z reguł powołuje instytucję za pomocą przypisania określonym faktom konwencjonalnego znaczenia, a tym samym odróżnienia ich od faktów surowych. Druga zaś stanowi o normatywnych następstwach działania tejże instytucji poprzez przypisanie skutków prawnych tym zdarzeniom, które mają znaczenie w odniesieniu do innych instytucji. Trzecia reguła nakreśla natomiast ramy czasowe działań instytucjonalnych, albowiem wiadome jest, iż instytucje prawne rozciągają się w czasie (mają swój początek i koniec). Tym samym – jak zauważa Galecki – pojęcie instytucji prawnej można

> […] rozumieć jako odnoszące się do pojęć prawnych regulowanych przez zbiór reguł instytutywnych, konsekwencjonalnych i terminatywnych w tym sensie, że można o danej instytucji stwierdzić, iż istnieje ona w określonym czasie, od momentu wystąpienia zdarzenia lub działania, z którym reguła instytutywna łączy skutek w postaci powstania instytucji, do wystąpienia zdarzenia lub działania, które w związku z treścią reguły terminatywnej kończy jej istnienie[92].

Podsumowując najważniejsze założenia instytucjonalnej teorii prawa, należy podkreślić, iż prawo wedle MacCormicka wyznacza pewne ramy działania członków społeczeństwa uporządkowanego poprzez normy. Ludzie – zachowując się w określony sposób (na przykład stając w kolejce) – oczekują rewanżu ze strony innych jednostek, czyli takiego samego zachowania, albowiem tylko ono pozwala urzeczywistnić istnienie porządku prawnego[93]. Tym samym prawo podlega ciągłej interpretacji. Ludzie dostosowują je do takich problemów praktycznych, z jakimi akurat się borykają. Dlate-

[89] M. Smolak, op. cit, s. 24.

[90] Wedle MacCormicka i Weinbergera: “The existence of the institution as such is relative to a given legal system, and depends upon whether or not the system contains an appropriate set of institutive, consequential and terminative rules. If it does, then the occurrence of given events or the performance of given acts has by virtue of the rules the effect of bringing into being the existence of the institution”. N. MacCormick, O. Weinberger, op. cit, s. 66.

[91] M. Smolak, op. cit, s. 67–68.

[92] M. J. Golecki, op. cit, s. 109.

[93] N. MacCormick, *Rhetoric...*, op. cit, s. 6.

go też MacCormick stwierdza, że nie powinno się tworzyć kontrastu pomiędzy podejściem instytucjonalnym oraz interpretacyjnym, bowiem już sama idea porządku instytucjonalnego (*idea of institutional order*) zależy od tego, jak ludzie działają oraz interpretują działania innych[94]. W związku z tym faktem pojawia się jednak pytanie o słuszność dokonywanych interpretacji, a także o poszczególne kryteria dotyczące wartościowania argumentów (między innymi w procesie stosowania prawa). Wyczerpująca odpowiedź na to pytanie została sformułowana przez MacCormicka w ramach teorii rozumowania prawniczego, która dopełnia podstawowe założenia pozytywizmu instytucjonalnego – ta problematyka wykracza jednak poza przyjęte ramy niniejszego artykułu.

Przeprowadzony w *Institutions of Law* zwrot ku refleksyjnemu nastawieniu wobec prawa – a tym samym w stronę moralności – jest niezwykle istotny z punktu widzenia przynależności poglądów MacCormicka do postpozytywizmu[95]. Wedle Augustína José Menéndeza poglądy te stanowią kontynuację projektu Herberta Harta w tym sensie, że pokazują, iż kwestia przymusu stanowi wyłącznie jedną z prawnych technik społecznej integracji, wyraźnie przedstawiając przy tym sferę, w której przymus nie może sam w sobie ufundować systemu prawa ani zapewnić mu niezbędnej stabilności[96]. Jednakże równocześnie przekraczają one zamierzenia Harta, gdyż prowadzą do uznania, że prawo powinno być rozumiane oraz ujmowane teoretycznie także z perspektywy jego adresatów (obywateli), a nie tylko aktorów instytucjonalnych[97].

Podsumowanie

Neil MacCormick krótko podsumowuje swoje poglądy teoretyczne na temat filozofii prawa w cytowanym już wcześniej eseju *MacCormick on MacCormick* i podkreśla, że to właśnie *Institutions of Law* stanowi centrum tego, co próbował osiągnąć na owym polu, a przynajmniej podwaliny wszystkich jego pozostałych osiągnięć[98]. Twierdzi, iż konstruując zręby instytucjonal-

[94] Ibidem.

[95] K. M. Cern, *Praktyczna władza sądzenia w ujęciu Neila MacCormicka*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica" 2017, nr 78, s. 37.

[96] A. J. Menéndez, *From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a MacCormickian Constitutional Theory of European Integration*, [w:] *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Dordrecht 2011, s. 216.

[97] Ibidem, s. 214.

[98] N. MacCormick, *MacCormick...*, op. cit., s. 12.

nej teorii prawa, próbował zmierzyć się z problemami ontologicznymi oraz epistemologicznymi związanymi z pojęciem prawa, zaś odpowiedź, jaką udało mu się uzyskać, była raczej trywialna i zawierała się w stwierdzeniu, że prawo to instytucjonalny porządek normatywny[99]. Zdaniem szkockiego filozofa prawa instytucjonalny porządek normatywny jest potwierdzeniem tego, że ludzie są w stanie kierować swoim postępowaniem za pomocą pewnych norm, a także, że normy stanowią nieodłączną częścią bycia człowiekiem. Ten ontologiczny punkt wyjścia ma zatem zasadnicze znaczenie dla ustanowienia jakiegokolwiek porządku prawnego. Ludzie są z natury użytkownikami norm, a zatem są zdolni odróżniać to, co zrobić można, od tego, czego robić się nie powinno[100]. Wedle MacCormicka porządek prawny jest więc zinstytucjonalizowaną kontynuacją porządku normatywnego lub wielu normatywnych porządków, które są obecne w każdym społeczeństwie, a tym samym opiera się on na fundamencie zwyczajowym[101].

Wstępnie ukształtowana pod wpływem anglosaskiego pozytywizmu prawniczego (spuścizna Herberta Harta), a następnie konfrontowana z poglądami autorów wywodzących się spoza kręgu pozytywistycznego (między innymi Ronalda Dworkina, Johna Finnisa, Roberta Alexego, Chaima Perelmana) oraz cały czas na bieżąco uzupełniana przez Neila MacCormicka, instytucjonalna teoria prawa w swym ostatecznym brzmieniu stanowi modelowy przykład drogi, jaką przebyła teoria i filozofia prawa w drugiej połowie XX wieku. Wiodła ona od pozytywizmu prawniczego i jego miękkich, inkluzywnych, wyrafinowanych wersji do odrodzenia doktryny prawa natury oraz rozwoju nurtu, który należy nazywać postpozytywizmem. Zdaniem Tomasza Pietrzykowskiego współczesny postpozytywizm należy bowiem rozumieć jako spojrzenie na prawo, które opiera się na kilku podstawowych tezach: pierwsza z nich dotyczy odróżnienia wewnętrznego (perspektywa uczestnika) od zewnętrznego (perspektywa obserwatora) oraz hermeneutycznego punktu widzenia; drugą stanowi teza o konwencjonalności porządku prawnego (prawo jest tym, co za prawo w danym porządku jest uznawane); trzecia zaś postuluje uwzględnienie standardów moralnych jako prawnie obowiązujących[102]. W podobny sposób ujmuje to Andrzej Grabowski, opisując sześć tez programowych, na których opiera się współ-

[99] "Institutions of Law tries to tackle the question, is there really law, and what sort of thing is it? The answer, you know, rather trivially, is that law is institutional normative order". Ibidem, s. 12.

[100] N. MacCormick, *Institutions...*, op. cit., s. 245.

[101] Ibidem, s. 304.

[102] T. Pietrzykowski, *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny" 2009, nr 6, s. 5–11.

czesny postpozytywizm (teza ontologiczna, teza epistemologiczno-aksjologiczna, teza metodologiczna, teza przedmiotowa, teza o integracji, teza o odpowiedzialności)[103].

Reasumując, należy jednoznacznie stwierdzić, że instytucjonalna teoria prawa Neila MacCormicka (w swym ostatecznym brzmieniu) wpisuje się w nakreślony powyżej zarys elementów postpozytywistycznej teorii prawa. Równocześnie trzeba też powiedzieć, iż postać MacCormicka (zarówno ze względu na prezentowane przez niego poglądy teoretycznoprawne, jak też wydarzenia z jego biografii naukowej) stanowi znakomity przykład na to, że współczesny postpozytywizm prawniczy nie powinien być odbierany jako zerwanie z dorobkiem pozytywizmu prawniczego, lecz jako jego stopniowa i twórcza kontynuacja – ewolucja zamiast rewolucji.

From Positivism to Post-positivism: Neil MacCormick's Legal Thoughts on the Contemporary Legal Theory and Philosophy of Law

Abstract

The subject of this article is Neil's MacCormick late legal views and their adherence to the post-positivist approach in the theory and philosophy of law. MacCormick's views were shaped gradually. The impact on their final version was, on the one hand, the legacy of Anglo-Saxon legal positivism, and on the other, his own scientific biography, because he was both an observer and active participant in the significant changes that were made in theory and philosophy of law in the second half of the twentieth century. This article presents the main assumptions of institutional theory of law, which is Neil MacCormick's fundamental contribution to the development of contemporary law theories and philosophy of law. MacCormick's transition from the positivist to post-positivist ideas seems to be a model example of a broader process which are the transformations in the contemporary theory and philosophy of law. However, what is particularly important is the intellectual coherence of MacCormick's entire academic achievement, which shows that the Scottish philosopher's turn to post-positivism is evolutionary rather than revolutionary.

Keywords

institutional theory of law, legal positivism, post-positivism, Neil MacCormick, Herbert Hart

[103] A. Grabowski, op. cit., s. 159–161.

BIBLIOGRAFIA

1. Anscombe G. E. M., *On Brute Facts*, "Analysis" 1958, No. 18.
2. Searle J. R., *Speech Acts*, Cambridge 1969.
3. Blichner L. Ch., *Juridification from Below The Dynamics of McCormick's Institutional Theory of Law*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
4. Cern K. M., *Praktyczna władza sądzenia w ujęciu Neila MacCormicka*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica" 2017, nr 78.
5. Del Mar M., *Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1941-59/index.html [dostęp: 20.11.2017].
6. Del Mar M., *Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1965-72/index.html [dostęp: 20.11.2017].
7. Del Mar M., *Neil MacCormick: Law, Philosophy and Politics*, [online] http://www.law.qmul.ac.uk/maccormick/1989-98/index.html [dostęp: 20.11.2017].
8. Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.
9. Dybowski K., *Fikcyjność pozytywistycznego paradygmatu*, [w:] *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, red. L. Morawski, Toruń 2005.
10. Dyrda A., *Konwencja u podstaw prawa. Kontrowersje pozytywizmu prawniczego*, Warszawa 2013.
11. Gizbert-Studnicki T., Dyrda A., Grabowski A., *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016.
12. Golecki M. J., *Między pewnością a efektywnością. Marginalizm instytucjonalny wobec prawotwórczego stosowania prawa*, Warszawa 2011.
13. Grabowski A., *W stronę postpozytywizmu prawniczego. Szkic z metodologii prawoznawstwa*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2011, nr 312.
14. Green L., *Obituaries: Sir Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Balliol College Annual Record 2009*, Oxford 2009.
15. Hart H. L. A., *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998.
16. Hart H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford 1961.
17. Korycka-Zirk M., *Reguły prawne jako istota pojęcia prawa w ujęciu H.L.A. Harta*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2010, t. VI.
18. Kramer M. T, *Herbert Lionel Adolphus Hart*, [w:] *Encyclopedia Britannica*, [online] https://www.britannica.com/biography/H-L-A-Hart [dostęp: 20.11.2017].
19. La Torre M., *Changes and Continuities in MacCormick's Concept of Law*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
20. MacCormick N., *1968 and all that*, [w:] *Balliol College Annual Record 2009*, Oxford 2009.
21. MacCormick N., *Adam Smith on Law*, "Valparaiso University Law Review" 1981, No. 15 (2).
22. MacCormick N., *H.L.A. Hart*, London 1981.
23. MacCormick N., *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford 2007.
24. MacCormick N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005.
25. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1994.
26. MacCormick N., *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford 1982.

27. MacCormick N., *MacCormick on MacCormick*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
28. MacCormick N., *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, "Law and Philosophy" 1998, Vol. 17, No. 3.
29. MacCormick N., Weinberger O., *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986.
30. MacCormick N., *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford 2008.
31. MacCormick N., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999.
32. MacCormick N., *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford 2005.
33. Menéndez A. J., Fossum J. E., *Introduction*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
34. Menéndez A. J., *Is European Union Law a Pluralist Legal Order?*, [w:] *The Post-Sovereign Constellation, Law and Democracy in Neil D. MacCormick's Legal and Political Theory*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Oslo 2008.
35. Menéndez A. J., *From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a MacCormickian Constitutional Theory of European Integration*, [w:] *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Philosophy. The Post-Sovereign Constellation*, eds. A. J. Menéndez, J. E. Fossum, Dordrecht 2011.
36. Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2003.
37. Morawski L., *Pozytywizm „twardy", pozytywizm „miękki", pozytywizm martwy*, „Ius et Lex" 2003, t. 2, nr 1.
38. Piechowiak M., *Pozytywizm prawniczy*, [w:] *Powszechna encyklopedia filozofii*, Lublin 2007.
39. Pietrzykowski T., *Czym jest postpozytywizm prawniczy?*, „Radca Prawny" 2009, nr 6.
40. Smolak M., *Prawo, fakt, instytucja. Koncepcje teoretycznoprawne Prawniczego Pozytywizmu Instytucjonalnego*, Poznań 1998.
41. Stelmach J., Brożek B., *Metody prawnicze*, Kraków 2004.
42. Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999.
43. Summers R., *Form and Function in a Legal System: A General Study*, Cambridge 2006.
44. Twining W., *Donald Neil MacCormick (1941–2009)*, [w:] *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, Oxford 2012.
45. Wojciechowski M., *Instytucjonalna teoria prawa*, [w:] *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 47–60
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.03

Anna Podkówka

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
Wydział Prawa i Administracji
Katedra Kryminologii
e-mail: anna.podkowka@doctoral.uj.edu.pl

data zgłoszenia: 5.01.2018
data przyjęcia do druku: 2.03.2018

Międzynarodowy Trybunał Karny jako wypełnienie „luki bezkarności" w prawie międzynarodowym

Streszczenie

W artykule przedstawiono historię i ewolucję idei międzynarodowej odpowiedzialności karnej oraz wybranych trybunałów międzynarodowych. Następnie kompleksowo omówiono problematykę zakresu przedmiotowego, podmiotowego, terytorialnego i właściwości temporalnej Międzynarodowego Trybunału Karnego. Porównano *ratione materiae*, *personae*, *temporis* i *loci* na przykładzie Międzynarodowego Trybunału dla byłej Jugosławii i dla Rwandy. Przedstawiono Międzynarodowy Trybunał Karny jako stały i bezstronny organ sądowy sprawujący jurysdykcję wobec osób fizycznych, a nie państw. Podkreślono, iż nie podlega on żadnym ograniczeniom czasowym ani terytorialnym oraz stanowi organ o uniwersalnej jurysdykcji, który zapewnia jednakowe traktowanie porównywalnych przypadków. Tym samym autorka uznała Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości za organ sądowniczy, który wypełnił dotychczasową „lukę bezkarności" w międzynarodowym prawie karnym.

Słowa kluczowe

Międzynarodowy Trybunał Karny, idea międzynarodowej odpowiedzialności karnej

Wstęp

Międzynarodowy Trybunał Karny (International Criminal Court) to pierwszy w historii ludzkości stały, międzynarodowy organ sądowniczy zdolny do pociągnięcia do indywidualnej odpowiedzialności karnej osób fizycz-

nych, będących sprawcami najpoważniejszych przestępstw przeciwko międzynarodowej społeczności. Tradycyjnie podstawę odpowiedzialności karnej osób fizycznych stanowiło tylko i wyłącznie prawo krajowe, jednakże we współczesnej nauce i praktyce międzynarodowej dopuszcza się, a wręcz postuluje, aby jednostki odpowiedzialne za ciężkie naruszenie prawa międzynarodowego podlegały tzw. jurysdykcji uniwersalnej[1]. Wobec powyższego właściwe do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej będzie nie tylko państwo, na którego terytorium zostało popełnione przestępstwo (jurysdykcja terytorialna), czy też państwo, którego obywatelem jest sprawca czynu (jurysdykcja personalna), lecz zgodnie z zasadą jurysdykcji uniwersalnej również sądy krajowe państw trzecich oraz międzynarodowe trybunały. Zasada międzynarodowej odpowiedzialności karnej przewiduje karanie sprawców zbrodni międzynarodowych bez względu na ich obywatelstwo lub miejsce popełnienia przestępstwa.

Geneza międzynarodowej odpowiedzialności karnej

Idea międzynarodowej odpowiedzialności karnej i powołania stałego międzynarodowego trybunału karnego pojawiła się w okresie I wojny światowej[2]. Jednakże to doświadczenia II wojny światowej sprawiły, że ukonstytuowały się pierwsze międzynarodowe trybunały karne, a społeczność międzynarodowa zaaprobowała odpowiedzialność z tytułu naruszenia prawa międzynarodowego i zasadę jurysdykcji uniwersalnej[3]. Zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości popełnione podczas II wojny światowej zostały osądzone przez Międzynarodowy Trybunał Wojskowy. Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej zawarte w sierpniu 1945 roku w Londynie przez Stany Zjednoczone, Związek Radziecki, Wielką Brytanię i Francję oraz Karta Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (Trybunału Norymberskiego) umożliwiały osądzenie zbrodniarzy wojennych, chociażby ich przestępstwa nie były związane z terytorium danego państwa oraz niezależnie od tego, czy byli oskarżeni indywidualnie, czy grupowo[4]. Prawo norymberskie, choć niedoskonałe, bowiem powszechnie

[1] A. Łazowski, A. Zawidzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2008, s. 242.

[2] J. Izydorczyk, P. Wilański, *International Criminal Court*, Kraków 2004, s. 16.

[3] H. Bussmann, *Międzynarodowy Trybunał Karny – perspektywa europejska*, [w:] E. Zielińska, *Międzynarodowy Trybunał Karny USA i UE: dwa równe podejścia*, Warszawa 2004, s. 113.

[4] A. Łazowski, A. Zawidzka, op. cit., s. 243.

zarzuca się mu niezgodność z zasadami *lex retro non agit* oraz *nullum crimen sine lege*, niewątpliwie stanowiło realizację, po raz pierwszy w historii, zasady międzynarodowej odpowiedzialności karnej.

Kolejno wskazać należy Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii oraz Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy. Oba organy sądownicze powstały jako odpowiedź na rażące naruszenia praw człowieka, prawa humanitarnego oraz prawa międzynarodowego, których społeczność międzynarodowa nie mogła zignorować. Rada Bezpieczeństwa ONZ na mocy rezolucji nr 827 utworzyła 25 maja 1993 roku Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii z siedzibą w Hadze[5], a 8 listopada 1994 roku na mocy rezolucji nr 955 Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy z siedzibą w Aruszy w Zjednoczonej Republice Tanzanii[6]. Jurysdykcja obu sądów ograniczona jest do określonego regionu, a także przestępstw popełnionych w danym czasie[7]. W przypadku MTK dla byłej Jugosławii będzie to osądzenie osób podejrzanych o pogwałcenie międzynarodowego prawa humanitarnego w związku z wydarzeniami na terenach byłej Jugosławii mającymi miejsce od 1 stycznia 1991 roku. W szczególności karane są poważne pogwałcenia Konwencji Genewskich z 1949 roku, naruszenia praw i zwyczajów wojny, ludobójstwo oraz zbrodnie przeciwko ludzkości. W przypadku MTK dla Rwandy będzie to osądzanie osób odpowiedzialnych za ludobójstwo i inne poważne naruszenia prawa międzynarodowego na terytorium Rwandy oraz państw ościennych w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 1994 roku[8].

Niewątpliwą wadą wyżej opisanych trybunałów *ad hoc*, jak również sądów specjalnych utworzonych przez ONZ między innymi w Timorze Wschodnim, Kambodży czy Sierra Leone, jest wąski zakres jurysdykcji zarówno terytorialnej, jak i materialnej. Ponadto ich skuteczność w stosunku do kosztów nie jest zadawalająca. MTK dla byłej Jugosławii i Rwandy oparty był w przeważającej mierze na tradycji prawa precedensowego, co implikowało znaczne koszty[9]. Problemem trybunałów doraźnych jest również niemożność osądzenia sprawców najcięższych zbrodni i ich inspiratorów[10]. W tym miej-

[5] [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mntrybunaly_mtkj.php [dostęp: 11.11.2016].

[6] [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mntrybunaly_mtkj.php [dostęp: 11.11.2016].

[7] H. Bussmann, op. cit., s. 114.

[8] [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mntrybunaly_mtkj.php [dostęp: 11.11.2016].

[9] H. Bussmann, op. cit., s. 111.

[10] A. Łazowski, A. Zawidzka, op. cit., s. 248.

scu warto przytoczyć przykład Jugosławii, gdzie w postępowaniu przed MTK w stosunku do wysokich funkcjonariuszy państwowych nie obowiązywał immunitet, niemniej jednak niechęć lub niemożność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej powodowała uniknięcie kary przez część sprawców. Doskonale obrazuje to kazus Slobodana Miloševića, któremu postawiono 66 zarzutów, lecz pomimo trwającego 4 lata procesu nie udało się wykazać jego winy w żadnym z postawionych zarzutów[11]. Kolejną wadą Trybunałów dla byłej Jugosławii i Rwandy było silne związanie z Radą Bezpieczeństwa i podleganie jej wpływom, również tym politycznym[12].

Powstanie Międzynarodowego Trybunału Karnego

W dniach od 15 czerwca do 17 lipca 1998 roku w Rzymie odbyła się Międzynarodowa Konferencja Narodów Zjednoczonych w sprawie utworzenia nowego, stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego, który działałby zgodnie z prawem norymberskim oraz respektował zasadę *nullum crimen sine lege*[13]. Społeczność międzynarodowa od czasów II wojny światowej dostrzegała potrzebę utworzenia trybunału w celu ścigania i karania osób winnych takich zbrodni, jak ludobójstwo, zbrodnie wojenne, akty okrucieństwa, eksterminacje, Holokaust. Problemem nie było ustanowienie aktów prawnych, które definiują zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciw ludzkości i ludobójstwo oraz zakazują ich dokonywania, lecz od lat szwankujący mechanizm ścigania zbrodniarzy wojennych. Lukę bezkarności, zdaniem autorki, udało się wypełnić poprzez utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Podstawą funkcjonowania MTK jest Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie 17 lipca 1998 roku[14] (dalej: Statut Rzymski). Wszedł on w życie z dniem 1 lipca 2002 roku, tj. 60 dni po złożeniu ostatnich dokumentów niezbędnych do osiągnięcia wymaganych 60 dokumentów ratyfikacyjnych, przyjęć, zatwierdzeń bądź przystąpień[15]. Szczegółowe zasady postępowanie przed MTK zawierają Reguły Procesowe i Do-

[11] K. P. Prakash, *International Criminal Court*, "Economic and Political Weekly" 5.10.2002, s. 4113.

[12] A. Łazowski, A. Zawidzka, op. cit., s. 251.

[13] *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych. Perspektywa polska*, red. B. Kuźniak, Warszawa 2015, s. 69.

[14] Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie 17 lipca 1998 roku, DzU z 2003 r., nr 78, poz. 708.

[15] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit., s. 21.

wodowe[16] przyjęte we wrześniu 2002 roku, zaś wskazówki dla trybunału co do interpretacji i stosowania przepisów prawa materialnego zawierają Elementy Definicji Zbrodni[17].

Zakres jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego

Międzynarodowy Trybunał Karny, w przeciwieństwie do MTK dla byłej Jugosławii i MTK dla Rwandy, nie jest organem pomocniczym ONZ, lecz niezależną instytucją powołaną na mocy umowy międzynarodowej. MTK posiada osobowość prawną m.in. *ius contrahendi* i zdolność do czynności prawnych w zakresie niezbędnym do wykonywania swych funkcji. Międzynarodowy Trybunał Karny to stały i bezstronny organ sądowy sprawujący jurysdykcję wobec osób fizycznych. W stosunku do państw wymiar sprawiedliwości sprawuje główny organ sądowy ONZ, tj. ustanowiony już w 1945 roku Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. Należy jednak pamiętać, że *ratione personae* MTS obejmuje wyłącznie państwa, bowiem trybunał ten został powołany do rozstrzygania sporów między państwami. Brak mechanizmu wymierzania sprawiedliwości osobom fizycznym powodował, że wiele zbrodni ludobójstwa i naruszeń praw człowieka uchodziło sprawcom bezkarnie. W celu zapewnienia powszechnej sprawiedliwości i położenia kresu bezkarności niezbędne było powołanie międzynarodowego trybunału, który zakresem swej jurysdykcji obejmie jednostki. Doniosłość zasady międzynarodowej odpowiedzialności karnej jednostki podkreślał już Trybunał Norymberski, który jednoznacznie stwierdził, że zbrodnie przeciwko międzynarodowemu prawu popełniają ludzie, a nie abstrakcyjne jednostki, i tylko karanie osób winnych tych zbrodni daje możliwość egzekwowania postanowień prawa[18]. Międzynarodowy Trybunał Karny zakresem jurysdykcji personalnej obejmuje wyłącznie osoby fizyczne, które w chwili popełnienia zarzucanej zbrodni ukończyły 18 lat[19]. Zgodnie z art. 25 Statutu Rzymskiego odpowiedzialności przed MTK nie ponoszą państwa i osoby prawne. Należy podkreślić, iż odpowiedzialność przed MTK osób fizycznych nie jest ograni-

[16] Rules of Procedure and Evidence, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, New York, 3–10 September 2002, ICC-ASP/1/3, Part II.A.

[17] Elements of Crimes, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, New York, 3–10 September 2002, ICC-ASP/1/3, Part II.B.

[18] [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mtk_cele.php, [dostęp: 11.11.2016].

[19] E. Karska, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, [w:] J. Kolasa, *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, t. 1: *Zagadnienia instytucjonalne*, Wrocław 2009, s. 174.

czona przez immunitety i inne przywileje związane z pełnieniem danej funkcji państwowej. Ponadto od odpowiedzialności nie zwalnia fakt popełnienia zbrodni przez podwładnego ani popełnienie zbrodni na rozkaz.

Materialny zakres jurysdykcji MTK obejmuje zbrodnię ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i zbrodnię agresji[20]. Trzy pierwsze zdefiniowane są kolejno w art. 6 (ludobójstwo), art. 7 (zbrodnie przeciwko ludzkości) i art. 8 (zbrodnie wojenne) Statutu Rzymskiego. W toku negocjacji nad Statutem Rzymskim nie udało się uzgodnić stanowiska państw w kwestii definicji agresji oraz terroryzmu. Do dnia dzisiejszego poza zakresem *ratione materiae* MTK pozostaje zbrodnia terroryzmu, choć społeczność międzynarodowa dostrzega jej doniosłość. Impas definicyjny uniemożliwił jej włączenie do art. 5 Statutu Rzymskiego[21]. 11 czerwca 2010 roku podczas konferencji przeglądowej państw stron udało się przyjąć definicję agresji. Zbrodnią agresji jest planowanie, przygotowywanie, wszczęcie lub przeprowadzenie przez osobę zajmującą stanowisko pozwalające efektywnie sprawować kontrolę lub kierować działaniami politycznymi lub militarnymi państwa aktu agresji, który swoim charakterem, wagą i skalą stanowi oczywiste naruszenie Karty Narodów Zjednoczonych[22]. Odnośnie do zbrodni ludobójstwa podkreślenia wymaga zamiar zniszczenia w całości lub części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej. Zbrodnia przeciw ludzkości może być dokonana poprzez szereg czynności wymienionych w art. 7 Statutu Rzymskiego, popełnionych w ramach rozległego i systematycznego oraz świadomego aktu skierowanego przeciwko ludności cywilnej. Zbrodnie wojenne to w szczególności czyny popełnione w ramach realizacji planu lub polityki lub popełnione na szeroką skalę[23].

MTK władny jest rozstrzygać zbrodnie popełnione po wejściu w życie Statutu Rzymskiego, a więc właściwość temporalną (*ratione temporis*) dla każdego z państw stron wyznacza moment wejścia w życie Statutu Rzymskiego, czyli 2 lipca 2002 roku[24]. Od tego momentu MTK może prowadzić postępowanie i pociągnąć do odpowiedzialności karnej sprawcę zbrodni popełnionych na terytorium państw stron Statutu Rzymskiego lub gdy państwo niebędące stroną uzna jurysdykcję MTK w odniesieniu do danej zbrodni (*ratione loci*)[25].

---

[20] N. Boister, *Treaty crimes, International Criminal Court?*, "New Criminal Law Review" 2009, Vol. 12, No. 3, p. 341.

[21] Ibidem, s. 355.

[22] The crime of aggression, Resolution RC/Res.6 (2010), 11.6.2010, załącznik nr 1.

[23] H. Bussmann, op. cit., s. 115.

[24] E. Karska, op. cit., s. 170.

[25] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit. s. 61.

Należy również podkreślić, iż zgodnie z art. 1 Statutu Rzymskiego MTK ma charakter komplementarny w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Pierwszeństwo w pociągnięciu do odpowiedzialności karnej osoby, która dopuściła się najpoważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej, ma sąd krajowy, a zatem MTK nie zastępuje krajowych systemów sprawiedliwości, lecz stanowi ich uzupełnienie[26]. Takie ukształtowanie jurysdykcji MTK w pełni hołduje zasadzie poszanowania jurysdykcji wewnętrznej państwa[27]. Międzynarodowy Trybunał Karny zgodnie z zasadą komplementarności działa tylko wtedy, gdy sąd krajowy nie chce lub nie może rzetelnie zbadać sprawy i osądzić sprawcy przestępstw[28]. Zazwyczaj dotyczy to dwóch przypadków: gdy rząd nie wykazuje politycznej woli osądzenia własnych obywateli i wysokich rangą urzędników państwowych lub w przypadku rozpadu krajowego system sądownictwa. Zasada komplementarności mobilizuje państwa do ścigania zbrodni popełnionych na ich terytorium lub przez ich obywateli, bowiem w przypadku popełnienia zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennej i zbrodni agresji, gdy postępowania karnego nie przeprowadzi sąd krajowy, zajmie się tym Międzynarodowy Trybunał Karny. Jednocześnie Statut Rzymski nie nakłada na państwa obowiązku ścigania zbrodni przeciwko ludzkości. Co więcej, gdy postępowanie przed MTK zostanie wszczęte w wyniku (1) przedstawienia przez państwo sytuacji wskazującej na popełnienie zbrodni, (2) sytuację taką wskaże prokuratorowi Rada Bezpieczeństwa ONZ, (3) prokurator dokona wszczęcia postępowania przygotowawczego w trybie art. 15 Statutu Rzymskiego, oskarżonemu oraz państwu przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu[29].

MTK jest sądem stałym z uniwersalną jurysdykcją w stosunku do najpoważniejszych zbrodni[30]. Sąd stały sprzyja pewności prawa i pozwala na uniknięcie dużej ilości politycznych, administracyjnych i finansowych wysiłków, które trzeba włożyć w powoływanie trybunałów doraźnych. Trybunały *ad hoc* podlegają ograniczeniom czasowym i terytorialnym. W tym miejscu warto przypomnieć kazus MTK dla Rwandy, którego jurysdykcja ograniczona była do terytorium Rwandy i państw ościennych. Ponadto trybunał posiadał mandat, który obejmował tylko osądzanie wydarzeń z 1994

[26] *Sądy i trybunały...*, op. cit., s. 70.

[27] K. Grzybowski, *Trybunały międzynarodowe a prawo wewnętrzne*, Warszawa 2012, s. 53.

[28] H. Bussmann, op. cit., s. 115.

[29] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit., s. 63–68.

[30] H. Bussmann, op. cit., s. 115–116.

roku. MTK dla Rwandy nie może więc ścigać zbrodni popełnionych w późniejszym okresie. Międzynarodowy Trybunał Karny jest zaś organem stałym i nie podlega żadnym ograniczeniom czasowym ani terytorialnym. Stały trybunał o uniwersalnej jurysdykcji zapewnia jednakowe traktowanie porównywalnych przypadków, bowiem MTK orzeka zawsze w oparciu o te same zasady i przepisy. Jest bardziej skuteczny i wydajny niż dotychczasowe trybunały doraźne, ponieważ może szybko podejmować decyzje i przyczynić się do ograniczenia stopnia nasilenia lub czasu trwania konfliktów. Międzynarodowy Trybunał Karny jako podmiot niezależny[31] może podejmować działania dotyczące zbrodni podległych jego jurysdykcji bez specjalnego upoważnienia ze strony Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych[32].

Podstawę orzekania (*ratione iuris*) MTK określono w art. 21 Statutu Rzymskiego. W pierwszej kolejności stosuje on Statut Rzymski, Elementy Definicji Zbrodni oraz Reguły Procesowe i Dowodowe. W drugiej kolejności – odpowiednie traktaty oraz zasady i reguły prawa międzynarodowego, łącznie z uznanymi zasadami międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. W przypadku braku powyższych źródeł MTK orzeka w oparciu o ogólne zasady wyinterpretowane z praw krajowych różnych systemów prawnych świata. Już sam akt przekazania sprawy Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu wskazuje na wolę stron, by sprawa była rozstrzygana na podstawie norm prawa narodów, a nie prawa wewnętrznego[33]. Naturalną konsekwencją powyższego jest określenie autonomicznych podstaw orzekania MTK opartych na prawie międzynarodowym. Prawo krajowe stanowi podstawę orzekania dopiero w trzeciej kolejności, a ponadto nawet wtedy nie może być niezgodne z prawem międzynarodowym oraz normami i standardami uznanymi przez społeczność międzynarodową[34].

Organy i tryb postępowania przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Organy Międzynarodowego Trybunału Karnego zostały wskazane w art. 34 Statutu Rzymskiego. Prezydium MTK to organ składający się z trzech sędziów – Prezesa oraz Pierwszego i Drugiego Wiceprezesa, którzy wybierani są przez sędziów bezwzględną ilością głosów na okres trzech lat. Zadaniem

[31] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit., s. 23.

[32] [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mtk_innetrybunaly.php [dostęp: 11.11.2016].

[33] K. Grzybowski, op. cit., s. 55–56.

[34] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit., s. 27.

Prezydium jest reprezentacja MTK w stosunkach zewnętrznych, a także nadzór nad bieżącą administracją[35]. Drugim organem MTK są Wydziały – Przygotowawczy, Orzekający i Odwoławczy. W wydziałach orzeka łącznie 18 sędziów wybranych przez państwa strony Statutu Rzymskiego spośród obywateli. Reprezentują oni najważniejsze systemy prawne zarówno *common law*, jak i *civil law*[36]. Sędziowie MTK cechują się wysokim poziomem moralnym, bezstronnością i uczciwością, a także powinni spełniać warunki wymagane w ich krajach do zajmowania najwyższych stanowisk sędziowskich. W grudniu 2014 roku jednym z sędziów MTK został prof. Piotr Hofmański, kierownik Katedry Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego i sędzia Izby Karnej Sądu Najwyższego. Kolejnym organem MTK jest Urząd Prokuratora, na czele którego stoi Prokurator wybierany przez Zgromadzenie państw stron Statutu Rzymskiego na 9-letnią kadencję. Co do zasady Urząd Prokuratora jest niezależny[37], a sam Prokurator posiada pełnię władzy w zakresie kierowania nim i administrowania. Zadaniem Prokuratora jest przyjmowanie i badanie zawiadomień oraz innych informacji o zbrodniach podlegających orzecznictwu MTK. Prokurator jest również organem prowadzącym postępowanie przygotowawcze. Organem Międzynarodowego Trybunału Karnego jest również Sekretariat, na czele którego stoi Sekretarz. Sekretariat zapewnia niezbędne funkcje pomocnicze związane z bieżącą obsługą administracyjną i pozaorzeczniczą MTK (tłumaczenia, technologie informatyczne, bezpieczeństwo)[38].

Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym składa się z fazy przygotowawczej, oskarżenia, wezwania oskarżonego do stawiennictwa, zatwierdzenia zarzutów, rozprawy i wydania wyroku[39]. Fakultatywnie MTK może wydać nakaz aresztowania i przeprowadzić postępowanie odwoławcze. Postępowanie przed MTK może zainicjować państwo strona Statutu Rzymskiego poprzez przedstawienie Prokuratorowi sytuacji wskazujących na popełnienie zbrodni objętych jurysdykcją trybunału lub decyzję o wszczęciu postępowania przygotowawczego w odniesieniu do takiej zbrodni może *proprio motu* podjąć Prokurator. Kolejno przystępuje on do badania sprawy i sprawdza wiarygodność otrzymanych informacji. W tym celu Prokurator przesłuchuje podejrzanych, świadków, pokrzywdzonych, gromadzi informacje i dowody oraz współpracuje z państwami stronami i organizacjami międzynarodowymi. Informuje również państwa strony Statutu

[35] *Sądy i trybunały...*, op. cit., s. 72.
[36] H. Bussmann, op. cit., s. 115–116.
[37] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit., s. 42.
[38] H. Bussmann, op. cit., s. 115–116.
[39] E. Karska, op. cit., s. 179–181.

Rzymskiego o podjętych działaniach w celu wykluczenia prowadzenia podwójnego postępowania w tej samej sprawie. Na wstępnym etapie postępowania MTK z urzędu bada, czy wniesiona sprawa podlega jego jurysdykcji. Należy podkreślić, że w postępowaniu przygotowawczym większość czynności wykonuje gospodarz tego postępowania – prokurator, część natomiast została zastrzeżona dla Izby Przygotowawczej: między innymi jest ona władna wydać nakaz aresztowania, a także decyduje o zatwierdzeniu bądź odmowie zatwierdzenia zarzutów[40]. Po przeprowadzeniu zgodnie z art. 60 Statutu Rzymskiego wstępnego postępowania i zatwierdzeniu zarzutów oskarżenia Prezydium powołuje Izbę Orzekającą. Rozprawa odbywa się co do zasady w siedzibie Międzynarodowego Trybunału Karnego i jest jawna. Rozpoczyna się ona od odczytania oskarżonemu zarzutów i upewnienia się, czy oskarżony rozumie ich treść[41], zaś rozpoznanie sprawy co do istoty obejmuje orzeczenie w kwestii winy i kary za przypisaną zbrodnię. Oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie udowodniona przed MTK zgodnie z prawem, które ma być zastosowane w danej sprawie. Co istotne, zgodnie z art. 66 ust. 3 Statutu Rzymskiego Trybunał musi być przekonany o winie oskarżonego ponad wszelką uzasadnioną wątpliwość. Szczegółowy katalog praw i gwarancji procesowych zawarty jest w art. 67 Statutu Rzymskiego, zaś ogólnym zasadom prawa karnego poświęcona została część III Statutu. Postępowanie przed MTK zostało ukształtowane w sposób zapewniający niezbędne gwarancje realizacji zasad domniemania niewinności i prawa do obrony. Etap postępowania przed Izbą Orzekającą kończy wydanie wyroku uniewinniającego lub skazującego. Zgodnie z art. 76 Statutu Rzymskiego Izba Orzekająca wymierza stosowną karę, biorąc pod uwagę przeprowadzone dowody i oświadczenia złożone w czasie rozprawy, które mają znaczenie dla wymiaru kary. Statut MTK nie przewiduje kary śmierci. Katalog kar ogranicza się do kary dożywotniego pozbawienia wolności oraz kary pozbawienia wolności na czas oznaczony (maksymalnie 30 lat). Dodatkowo obok kary pozbawienia wolności MTK może orzec grzywnę lub przepadek korzyści, majątku i aktywów pochodzących bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa[42]. Od orzeczenia uniewinniającego lub skazującego, a także orzeczenia o karze skazany oraz Prokurator mogą wnieść odwołanie. Kontrolę odwoławczą nad pozostałymi izbami sprawuje Izba Odwoławcza. Zgodnie z art. 81 Statutu Rzymskiego można wymienić następujące przyczyny odwoławcze: obrazę przepisów postępowania, błąd w ustaleniach faktycznych, obrazę przepisów prawa i jakąkol-

[40] *Sądy i trybunały...*, op., cit., s. 73.
[41] E. Karska, op. cit., s. 182.
[42] *Sądy i trybunały...*, op. cit., s. 73.

wiek inną okoliczność naruszającą rzetelność i wiarygodność postępowania oraz orzeczenia. Ostatnia z ww. podstaw odwołania obowiązuje tylko wówczas, gdy skazany lub Prokurator w imieniu skazanego zaskarża orzeczenie Izby Orzekającej.

Postępowanie w sprawie wykonania kar różni się w zależności od tego, czy mamy do czynienia z karą pozbawienia wolności, czy grzywną bądź przepadkiem. Zgodnie z art. 103 Statutu Rzymskiego kara pozbawienia wolności jest wykonywana w państwie wyznaczonym przez Trybunał z listy państw, które zadeklarowały wolę przyjęcia osób skazanych. Jednakże państwo wyznaczone w konkretnej sprawie może odmówić wykonania decyzji[43]. Jeżeli jednak podejmie się wykonania kary pozbawienia wolności, w żadnym wypadku nie może jej zmienić, bowiem wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności wiąże państwo stronę. Wykonywanie orzeczeń grzywny i przepadku odbywa się zaś zgodnie z procedurą przewidzianą w prawie wewnętrznym. Nie wolno jednak naruszyć nabytych w dobrej wierze praw osób trzecich.

Wyżej zaprezentowany teoretyczny model postępowania karnego został zastosowany zaledwie 24 razy, gdyż tyle spraw rozpatrywał Międzynarodowy Trybunał Karny od dnia swojego powołania[44]. W ciągu 16 lat funkcjonowania MTK wydano dwa wyroki skazujące. Pierwszy, z dnia 14 marca 2012 roku, dotyczył Thomasa Lubanga Dylo, który został uznany za winnego zbrodni wojennej polegającej na wcieleniu lub werbowaniu dzieci poniżej piętnastego roku życia do sił zbrojnych i używaniu ich w działaniach zbrojnych. Drugi wyrok skazujący zapadł 7 marca 2014 roku i dotyczył Germaina Katangi, który został uznany za winnego zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych. W tym miejscu należy odnotować słabe strony Międzynarodowego Trybunału Karnego, tj. małą skuteczność w ściganiu przestępstw i wysokie koszty jego funkcjonowania. Postępowania przed MTK bywają długotrwałe, na przykład proces Lubanga trwał 6 lat. W praktyce funkcjonowania Międzynarodowego Trybunału Karnego zdarzają się również błędy. Organy MTK wdrażają dopiero przepisy w życie, uczą się współpracy z lokalnymi władzami i organami wymiaru sprawiedliwości, przy czym zdarzają się niedopatrzenia. Tytułem przykładu można podać matactwa, w tym nakłanianie świadków do fałszywych zeznań i fabrykowanie dowodów, jakich dopuścili się *intermediares*, czyli osoby pomagające prokuratorowi na etapie postępowania dowodowego w Demokratycznej Republice Konga[45].

---

[43] J. Izydorczyk, P. Wiliński, op. cit., s. 110.

[44] [online] https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx [dostęp: 1.03.2018].

[45] R. Tarnogórski, *Pierwszy wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych" 2012, nr 45 (910), s. 2.

Zakończenie

Podsumowując, należy stwierdzić, iż poprzez powołanie niezależnego, stałego i bezstronnego Międzynarodowego Trybunału Karnego społeczność międzynarodowa potwierdziła obowiązek ścigania i karania największych zbrodniarzy niezależnie od ich pozycji[46]. Szeroki zakres jurysdykcji terytorialnej i temporalnej, a także dość szeroki i ciągle dyskutowany zakres *ratione materiae* sprzyja uniknięciu wad trybunałów *ad hoc*. Trybunał jako organ stały zdolny jest do podejmowania szybszych (niż trybunały *ad hoc*) decyzji i tym samym wpływania na przebieg ewentualnych konfliktów. Sąd stały sprzyja pewności prawa i pozwala na uniknięcie dużej ilości politycznych, administracyjnych i finansowych wysiłków, które trzeba włożyć w powoływanie trybunałów doraźnych. MTK orzeka zawsze w oparciu o te same zasady i przepisy, tym samym zapewnia uniwersalną jurysdykcję i jednakowe traktowanie porównywalnych przypadków. Wszystkie wyżej omówione przymioty MTK sprawiają, iż stanowi on wypełnienie „luki bezkarności" w prawie międzynarodowym. Zdaniem autorki powstanie MTK ma doniosłe znaczenie dla rozwoju międzynarodowego prawa karnego, prawa humanitarnego, a przede wszystkim zasady międzynarodowej odpowiedzialności karnej, lecz w praktyce jego funkcjonowania zdarzają się błędy. Ocena teoretyczna i funkcjonalna, w szczególności przeprowadzona z perspektywy trybunałów *ad hoc*, prowadzi do wniosku, iż MTK stanowi wypełnienie „luki bezkarności" w prawie międzynarodowym, natomiast praktyka funkcjonowania MTK potwierdza, iż nie udało się uniknąć wszystkich mankamentów, a często podnoszony względem MTK zarzut małej skuteczności w ściganiu przestępstw i wysokich kosztów funkcjonowania wydaje się trafny.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AS FULFILLMENT OF "ILLEGALITY GAP" IN INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

The article addresses the issue of international tribunal known as ICC. The purpose of that paper is to present International Criminal Court as a centre of efforts to create a law system which can minimalize violations of human rights and an universal tribunal which can bring to justice citizens not only countries. The author focus on proper legal foundation as well as efficient functioning of ICC. Firstly the author describes history and legal foundations. Then there is the issue of jurisdiction (*ratione materiae*,

[46] *Sądy i trybunały...*, op. cit., s. 73.

personae, *temporis and loci*). Finally, the author discusses admissibility of cases. The author states ICC as an independent, permanent, universal and effective international institution which investigate and bring to justice individuals who committed the most serious crimes to the international community.

KEYWORDS

International Criminal Court, international criminal justice

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA

1. Boister N., *Treaty Crimes, International Criminal Court?*, "New Criminal Law Review" 2009, Vol. 12, No. 3.
2. Bussmann H., *Międzynarodowy Trybunał Karny – perspektywa europejska*, [w:] E. Zielińska, *Międzynarodowy Trybunał Karny USA i UE: dwa równe podejścia*, Warszawa 2004.
3. Grzybowski K., *Trybunały międzynarodowe a prawo wewnętrzne*, Warszawa 2012.
4. Izydorczyk J., Wilański P., *International Criminal Court*, Kraków 2004.
5. Karska E., *Międzynarodowy Trybunał Karny*, [w:] J. Kolasa, *Współczesne sądownictwo międzynarodowe*, t. 1: *Zagadnienia instytucjonalne*, Wrocław 2009.
6. Łazowski A., Zawidzka A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2008.
7. Prakash K. P., *International Criminal Court*, "Economic and Political Weekly" 5.10.2002.
8. *Sądy i trybunały oraz pozasądowe sposoby załatwiania sporów międzynarodowych. Perspektywa polska*, red. B. Kuźniak, Warszawa 2015.
9. Tarnogórski R., *Pierwszy wyrok Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Biuletyn Polskiego Instytutu Spraw Międzynarodowych" 2012, nr 45 (910).

ŹRÓDŁA INTERNETOWE

1. [online] https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx [dostęp: 1.03.2018].
2. [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mntrybunaly_mtkj.php [dostęp: 11.11.2016].
3. [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mntrybunaly_mtkr.php [dostęp: 11.11.2016].
4. [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mntrybunaly_mtkr.php [dostęp: 11.11.2016].
5. [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mtk_cele.php [dostęp: 11.11. 2016].
6. [online] http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/mtk_innetrybunaly.php [dostęp: 11.11.2016].

AKTY PRAWNE

1. Elements of Crimes, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, New York, 3–10 September 2002, ICC-ASP/1/3, Part II.B.

2. Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie 17 lipca 1998 roku, DzU z 2003 r., nr 78, poz. 708.
3. Rules of Procedure and Evidence, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, New York, 3–10 September 2002, ICC-ASP/1/3, Part II.A.
4. The crime of aggression, Resolution RC/Res.6 (2010), 11.6.2010, załącznik nr 1.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 61–81
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.04

Adrian Szydlik

Uniwersytet Gdański
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: adrianszydlikk@gmail.com

Piotr Gajewski

Uniwersytet Gdański
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: pmbgajewski@gmail.com

data zgłoszenia: 22.12.2017
data przyjęcia do druku: 18.06.2018

Ochrona rodziny w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej a przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece

Streszczenie

Rodzina jako podstawowa grupa społeczna podlega pewnej autonomii, mimo to w niektórych przypadkach ustawodawca wprowadza odpowiednie przepisy związane z ochroną tej instytucji. Przypadki te wynikają z Konstytucji RP, a zwłaszcza z Kodeksu karnego, który przewiduje zagrożenia karne w razie popełnienia określonych przestępstw. Szczególne uregulowania przewidziane są także dla przesłuchiwania małoletnich, co stanowi realizację zasady ochrony praw dziecka.

Słowa kluczowe

ochrona, rodzina, Konstytucja RP, przestępstwa, opieka, prawa dziecka, bigamia, znęcanie się, niealimentacja, kazirodztwo, adopcja, przesłuchiwanie małoletnich

Wstęp

Tworzenie regulacji wpływających na funkcjonowanie rodziny jest rzeczą trudną, ponieważ rodzina jako podstawowa grupa społeczna powinna podlegać pewnej samodzielności. Ustawodawca nie powinien wchodzić w autonomię, której podlega rodzina, ponieważ prawo powinno być *ultima ratio*

w regulowaniu stosunków wewnątrz danej rodziny – interwencja organów państwowych albo sądu powinna następować tylko wówczas, gdy dochodzi do takich sytuacji, których krewni nie są w stanie rozwiązać. W doktrynie wyróżnia się pogląd, że zgodnie z zasadą pomocniczości zawartą w Preambule Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej państwo nie powinno przejmować takich zadań, z którymi mogłaby sobie poradzić rodzina, natomiast powinno pomagać obywatelom w sytuacjach patologicznych, z którymi nie mogą sobie dać rady[1].

Polski ustrojodawca w art. 48 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Konstytucji RP) zagwarantował rodzicom prawo do swobodnego wychowywania dzieci, zgodnie ze swoimi przekonaniami, ale uwzględniając przy wychowaniu stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania. Przepis ten ma na celu zagwarantowanie autonomii w rodzinach, a także ma za zadanie chronić przed próbą wpływania państwa na wychowanie dzieci, co charakteryzuje państwa totalitarne.

W niniejszej pracy autorzy zamierzają po pierwsze wykazać, że polski ustawodawca zagwarantował przewidzianą przez ustrojodawcę ochronę wartości wymienionych w art. 18 Konstytucji RP poprzez zawarcie w Kodeksie karnym rozdziału XXVI, dotyczącego przestępstw przeciwko rodzinie i opiece, a po drugie, że polski ustawodawca poprzez wprowadzenie przestępstw objętych rozdziałem XXVI nie naruszył autonomii rodziny, a nadto wprowadził penalizację takich sytuacji, w których nie jest możliwe rozwiązanie rodzinnych problemów bez pomocy aparatu władzy państwowej.

Celem niniejszej pracy będzie również wykazanie, że polski ustawodawca poprzez rozdział XXVI Kodeksu karnego oraz unormowania dotyczące przesłuchiwania małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami objętymi rozdziałem XXVI Kodeksu karnego zrealizował obowiązek ochrony praw dziecka, spoczywający na nim na podstawie art. 72 Konstytucji RP.

Konstytucyjna ochrona rodziny oraz praw dziecka

Art. 18 Konstytucji RP zapewnia opiekę i ochronę Rzeczypospolitej Polskiej dla małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, rodziny, rodzicielstwa i macierzyństwa. W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, iż art. 18 Konstytucji RP pełni dwojaką funkcję – zarówno elementu aksjologii konstytucyjnej, jak i elementu celu i zadań władzy publicznej[2]. Należy uznać, że wartości

[1] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 152, Nb. 8, pkt 8.

[2] T. Smyczyński, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 11, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 49, Nb. 54.

chronione przez art. 18 Konstytucji RP zawierają się w przedmiocie ochrony, który stanowi rozdział XXVI Kodeksu karnego. Ponadto, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego art. 18 Konstytucji RP ma charakter programowy[3], a władza ustawodawcza ma za zadanie zapewnić na drodze prawodawstwa zwykłego wypełnienie terminu „ochrona"[4]. W piśmiennictwie podkreśla się, że określenie „ochrona" stanowi także obowiązek nałożony na państwo, aby w sferze stanowienia i stosowania prawa nie doprowadzało ono do „zagrożenia małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa ze strony obcych podmiotów w sferze moralnej, społecznej, gospodarczej, obyczajowej czy religijnej"[5]. Podnosi się przy tym, że powodem zawarcia w tym przepisie – obok rodzicielstwa – macierzyństwa jest ochrona macierzyństwa kobiety w trakcie oczekiwania na narodzenie się dziecka[6].

Art. 72 ust. 1 Konstytucji RP nakłada obowiązek zapewnienia przez Rzeczpospolitą Polską praw dziecka. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzeczeniu sformułował definicję „praw dziecka" na gruncie polskiej Konstytucji i przyjął, że za prawa dziecka w odniesieniu do nakazu ochrony jego dobra, będącego nadrzędną zasadą polskiego prawa rodzinnego, której są podporządkowane wszystkie regulacje dotyczące tegoż prawa, należy uważać „nakaz zapewnienia ochrony interesów małoletniego, który w praktyce sam może jej dochodzić w bardzo ograniczonym zakresie"[7]. W doktrynie podkreśla się również, że przy realizacji dobra dziecka władze publiczne muszą zapewnić dzieciom niezbędną pomoc i opiekę[8]. Art. 72 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP ma charakter zarówno gwarancyjny, jak i zobowiązujący – jego zadaniem jest nałożenie obowiązku na organy władzy publicznej, aby zapewniły warunki prawne do ochrony praw dziecka. Wprowadzone obwarowania rzeczywiście powinny doprowadzić do ochrony praw dzieci i nie mogą doprowadzać do ich ograniczenia lub pogorszenia. Co więcej, z art. 72 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP wynika obowiązek natychmiastowego podjęcia działań przez władze publiczne w przypadku jakichkolwiek zagrożeń dla dziecka[9].

---

[3] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2010 r., SK 10/08, OTK-A 2010/9/99.

[4] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2000 r., U 6/98, OTK 2000/4/108.

[5] L. Garlicki, *Komentarz do art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] idem, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 5, pkt. 8.

[6] T. Smyczyński, [w:] *System prawa prywatnego...*, op. cit., s. 50, Nb. 55.

[7] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK-A 2003/4/32.

[8] L. Garlicki, *Komentarz do art. 72 konstytucji*, [w:] idem, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, op. cit., s. 3.

[9] M. Dąbrowski, [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016, s. 221–222.

Należy zastanowić się nad tym, czy przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece spełniają wymóg proporcjonalności ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności. Przestępstwa rozdziału XXVI Kodeksu karnego mogłyby stanowić naruszenie prawa rodziców do wychowywania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami. Przykładowo, rodzice mogliby uważać, że ich małoletnie dziecko, mimo niewystarczającego wieku, jest odpowiednio dojrzałe do spożywania napojów alkoholowych. Jest to oczywiście błędne rozumowanie – przepis art. 208 k.k. ma na celu ochronę zdrowia publicznego młodzieży, gdyż spożywanie alkoholu szkodzi komórkom nerwowym rozwijającym się w młodym wieku. Innym przykładem, kiedy dochodzi do ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności, jest naruszenie art. 18 Konstytucji RP poprzez przestępstwo bigamii, które zakłóca prawo do swobodnego wyboru małżonka. Według między innymi Bogusława Banaszaka małżeństwo powinno opierać się przede wszystkim na zasadzie dobrowolności[10]. Przestępstwo bigamii jest proporcjonalnym ograniczeniem praw człowieka, ponieważ chroni ono stabilność stosunków rodzinnych i małżeńskich. Pozostawanie w podwójnym związku małżeńskim powoduje trudności na gruncie prawa cywilnego – ustawodawca zdecydował się na zapobieżenie powstawaniu problematycznych sytuacji poprzez wprowadzenie przestępstwa bigamii do Kodeksu karnego w celu odstraszającym.

Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece

Jak wspomniano, rodzina, opieka i młodzież są dobrami chronionymi nie tylko w Konstytucji RP, ale także na gruncie rozdziału XXVI Kodeksu karnego[11] (zwanego dalej k.k.). W treści regulacji zawartych we wskazanym rozdziale k.k. widoczna jest funkcja subsydiarności prawa karnego i uznania go za *ultima ratio*, czyli środek, który powinien być stosowany tylko w ostateczności[12]. Należy zgodzić się przez to ze stanowiskiem Mariana Cieślaka, zdaniem którego ograniczenia oraz dolegliwości regulowane w prawie karnym nie mogą przekraczać skali niezbędnej do realizacji celów prawa karnego. Cieślak uważał, że dolegliwości oraz ograniczenia wolności człowieka stanowią zło, które może być usprawiedliwione tylko wtedy, gdy jest to niezbędne z punktu widzenia celu danego działania – uniknięcia większego zła albo osiągnięcia korzyści, które przyniosą większą korzyść niż wartość ujemna użytego środka[13]. W przypadku przestępstw przeciwko rodzinie i opiece

[10] B. Banaszak, op. cit., s. 148, Nb. 2, pkt 2.
[11] Ustawa Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 roku (DzU nr 88, poz 553 ze zm.).
[12] J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015, s. 102.
[13] M. Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. III, Kraków 2011, s. 107.

prawo karne stosuje sankcje, aby uchronić członków rodziny przed szkodliwymi działaniami krewnych, mających zły wpływ zarówno na ich zdrowie psychiczne, jak i fizyczne. Ustawodawca za pomocą prawa karnego dąży również do wyeliminowania zjawisk patologicznych w rodzinach. Do przestępstw uregulowanych rozdziałem XXVI k.k. dochodzi tylko w sytuacjach, w których członkowie rodziny samodzielnie nie są w stanie porozumieć się, a także, gdy pomiędzy krewnymi nie ma już jakichkolwiek więzi uczuciowych albo są one bardzo ograniczone. W sytuacjach takich prawo karne jest jedynym, ostatecznym rozwiązaniem, mogącym przywrócić stan równowagi w rodzinie.

Polski ustawodawca przewidział w tym rozdziale siedem podstawowych typów przestępstw. Są to: bigamia (art. 206 k.k.), znęcanie się (art. 207 k.k.), rozpijanie małoletniego (art. 208 k.k.), niealimentacja (art. 209 k.k.), porzucenie, uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego lub osoby nieporadnej (art. 210 i 211 k.k.) oraz organizowanie adopcji wbrew przepisom ustawy (art. 211a k.k.). W literaturze zauważa się również, że niektóre przestępstwa przeciwko rodzinie znalazły się poza zakresem tego rozdziału. Są to między innymi kazirodztwo (art. 201 k.k.) czy też obcowanie płciowe z małoletnim (art. 200 k.k.[14]). Poza tym wiele przestępstw z polskiego Kodeksu karnego może zostać popełnionych także na szkodę małoletniego, jak na przykład zabójstwo z art. 148 k.k. czy dyskryminacja z art. 119 k.k.

Bigamia

Pierwsze z przestępstw objętych rozdziałem XXVI, czyli bigamia, polega na powtórnym zawarciu małżeństwa pomimo pozostawania w poprzednim związku małżeńskim. Artykuł 206 k.k. ma na celu ochronę zawartego już związku małżeńskiego oraz monogamii jako podstawy rodziny[15]. W literaturze prawniczej autorzy podnoszą także, że przedmiotem ochrony jest sam autorytet aktu prawnego zawarcia małżeństwa. Bigamia według większości autorów to przestępstwo materialne (choć występowały także poglądy, na przykład Jerzego Śliwowskiego, że jest to przestępstwo formalne[16]), a także indywidualne właściwe, ponieważ może je popełnić tylko osoba, która pozostaje w prawnie istniejącym związku, tj. żonata lub zamężna[17]. Jak wskazano wyżej, akt bigamii zachodzi w sytuacji podwójnego małżeństwa. Zgod-

[14] T. Dukiet-Nagórska, *Prawo karne. Część ogólna, szczegółowa i wojskowa*, Warszawa 2016, s. 425.

[15] T. Bojarski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 713.

[16] Zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975.

[17] K. Banasik, *Bigamia w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2010, nr 9, s. 62.

nie z art. 1 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[18] do zawarcia małżeństwa dochodzi, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że wstępują w związek małżeński. Zgodnie z § 2 możliwe jest także zawarcie małżeństwa, gdy mężczyzna i kobieta zawierający związek małżeński podlegający prawu wewnętrznemu Kościoła albo innego związku wyznaniowego w obecności duchownego oświadczą wolę jednoczesnego zawarcia małżeństwa podlegającego prawu polskiemu i kierownik urzędu stanu cywilnego następnie sporządzi akt małżeństwa. Jeśli mężczyzna i kobieta są polskimi obywatelami i przebywają za granicą, mogą także zawrzeć małżeństwo przed polskim konsulem lub przed osobą wyznaczoną do wykonywania funkcji konsula.

Przestępstwo to może być popełnione przez działanie, które zachodzi w momencie składania oświadczenia woli przez osobę/osoby, które pozostają już w jednym związku małżeńskim[19]. Bigamia nie jest przestępstwem trwałym, ale o skutkach trwałych[20], bowiem w tego typu przestępstwach skutki utrzymują się przez długi czas bądź są nawet nieodwracalne. Co więcej, bigamia jest przestępstwem umyślnym, może być popełniona z zamiarem bezpośrednim lub też ewentualnym[21]. Jeśli druga z osób ma świadomość, że zawiera związek małżeński z osobą, która nie jest stanu wolnego, wówczas może odpowiadać według jednej z form zjawiskowych przestępstwa: podżegania lub pomocnictwa. Dwużeństwa mogą dopuścić się osoby, które pozostają w separacji, natomiast jego znamion nie wypełniają osoby żyjące w konkubinacie[22].

W doktrynie wielokrotnie podaje się w wątpliwość sens karalności przestępstwa bigamii, między innymi w pracach Jarosława Warylewskiego[23]. Wprowadzanie karnoprawnych sankcji związanych z powtórnym zawarciem małżeństwa nie odstrasza od zawierania kolejnych małżeństw. Przede wszystkim przestępstwo to niesie z sobą skutki głównie na płaszczyźnie prawa cywilnego. Sankcje w prawe cywilnym są bardziej represyjne, a pozostawanie w kilku związkach małżeńskich niesie problemy związane głównie z ustaleniem majątku małżonków czy też dziedziczeniem. Prawo karne nie musi zatem ingerować w kwestię bigamii, zgodnie z zasadą jego subsydiarności.

---

[18] Ustawa Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 roku (DzU nr 9, poz. 59 ze zm.).

[19] A. Wąsek, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz do art. 117–121*, Warszawa 2006, s. 1025.

[20] A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980, s. 110.

[21] D. Charko, *Bigamia w polskim prawie karnym*, „Studia Ełckie" 2012, nr 14, s. 490.

[22] M. Mozgawa, *Bigamia*, Warszawa 2011, s. 92.

[23] Zob. J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012.

Przestępstwo znęcania się

Przestępstwo znęcania się zostało uregulowane w artykule 207 k.k. W tym przypadku rodzina chroniona jest przed zamachami skierowanymi na życie, zdrowie, nietykalność cielesną, wolność oraz cześć[24]. Gdy czyn ten skierowany jest przeciwko osobie nieporadnej ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, może się go dopuścić każdy. Natomiast gdy pokrzywdzonym jest osoba najbliższa lub pozostająca ze sprawcą w stosunku zależności, jest to przestępstwo indywidualne.

Do znamion przedmiotowych tego przestępstwa należy fizyczne lub psychiczne znęcanie się nad osobami wyżej wymienionymi. Wymagane jest działanie lub zaniechanie polegające na zadawaniu bólu fizycznego lub dotkliwych cierpień moralnych, powtarzających się lub jednorazowych, lecz intensywnych i rozciągniętych w czasie[25]. Poparcie tak określonych znamion znęcania się ukształtowało się także w innych orzeczeniach[26]. Zgodnie z poglądami zawartymi w wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie: „Wyjątkowo za znęcanie można również uznać postępowanie ograniczone do jednego zdarzenia zwartego czasowo i miejscowo, lecz odznaczające się intensywnością w zadawaniu dolegliwości fizycznych lub psychicznych"[27]. Z różnymi z kolei stanowiskami w orzecznictwie spotykamy się przy rozważaniu, czy przestępstwo to można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim (jak twierdzi Sąd Apelacyjny w Gdańsku[28]), czy także w zamiarze ewentualnym (jak przyjął Sąd Najwyższy[29]).

Charakterystycznym elementem znęcania się jest przewaga sprawcy nad pokrzywdzonym, której nie może się on przeciwstawić. Działanie sprawcy pozostaje jednak znęcaniem niezależnie od faktu, czy druga osoba sprzeciwia się mu i próbuje się bronić[30]. Nie jest zatem możliwe wzajemne znęca-

[24] M. Bojarski, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2012, s. 551.

[25] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 roku, sygn. akt VI KZP 13/75, OSNKW 1976/7–8/86.

[26] Zob. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 marca 2012 roku, sygn. akt II AKa 388/11, LEX nr 1129381.

[27] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 grudnia 2014 roku, sygn. akt II AKa 221/14, LEX nr 1630572.

[28] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 sierpnia 2014 roku, sygn. akt II AKa 236/14, LEX nr 1668567.

[29] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2017 roku, sygn. akt III KK 157/17, LEX nr 2329441.

[30] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 3 marca 2016 roku, sygn. akt II AKa 1/16, LEX nr 2025618.

nie się dwóch osób nad sobą w tym samym czasie, na przykład małżonków. Bez wątpienia znęcanie się to działanie zawinione. Może być ono powtarzające się, dokonywane z premedytacją i z góry powziętym zamiarem[31].

Należy ono także do przestępstw wieloczynowych, czyli takich, których czas popełnienia wyznacza ostatni moment działania sprawcy[32]. Jako przykład na ukazanie wielości zachowań, które mogą wypełniać znamiona znęcania się, można wskazać postanowienie Sądu Najwyższego z 2 sierpnia 2017 roku[33]. Zgodnie z nim: „Sprowadzanie do wspólnego domu obcych kobiet, pozostających tam w godzinach nocnych, można uznać za przejaw znęcania się nad żoną i córkami". Niektórzy autorzy, jak na przykład Andrzej Marek, uznają, że znęcania się można się dopuścić również przez zaniechanie, na przykład dręczenie głodem czy nieopalanie zimnego mieszkania[34]. Przestępstwo znęcania się może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z innymi przestępstwami, na przykład z art. 197 k.k.[35] (czyli zgwałceniem).

W przypadku przestępstwa znęcania się polski ustawodawca nie naruszył w żadnym stopniu autonomii rodziny, gdyż w tej kwestii instytucje takie jak rodzina mogą nie być w stanie poradzić sobie z naruszeniami, a co za tym idzie niezbędna może okazać się interwencja ze strony organów państwa. Znęcanie się jest więc dobrym przykładem na zilustrowanie przypadku, w którym choć dochodzi do naruszenia samodzielności rodziny, to jednak działanie aparatu państwowego w reakcji na taki czyn nie narusza zasady proporcjonalności na gruncie prawa karnego.

Rozpijanie małoletniego jako przestępstwo powszechne

Kolejnym z przestępstw jest rozpijanie małoletniego. Dopuścić się go może osoba, która dostarcza małoletniemu napój alkoholowy, ułatwia jego spożycie lub nakłania go do spożycia takiego napoju. Artykuł 208 k.k. chroni zatem małoletniego przed wywołaniem u niego nawyku picia alkoholu, co mogłoby w sposób negatywny wpłynąć na jego fizyczny i psychiczny rozwój[36].

[31] D. Słomińska-Butowski, *Ratio mediacji a przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece w postępowaniu przygotowawczym*, „Kwartalnik ADR" 2012, nr 2 (18), s. 136.

[32] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2013 roku, sygn. akt II AKa 119/13, LEX nr 1353821.

[33] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2017 roku, sygn. akt II KK 133/17, LEX nr 2342157.

[34] A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 471.

[35] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 roku, sygn. akt III KK 81/16, LEX nr 2141230.

[36] M. Bojarski, op. cit., s. 551.

Rozpijania małoletniego może się dopuścić każdy, zatem ma ono charakter powszechny. Dostarczanie napoju alkoholowego polega najczęściej na jego sprzedaży bądź też częstowaniu alkoholem. Ułatwianie spożycia to zakup alkoholu lub zapewnienie warunków do jego spożycia. Nakłanianie to wywoływanie u małoletniego chęci spożycia napoju zawierającego alkohol, rozbudzenie u pokrzywdzonego skłonności do spożywania alkoholu lub umocnienie w nim tej skłonności, nie zaś inne powody, jak na przykład ułatwienie zbliżenia seksualnego[37].

Co do zasady rozpijanie małoletniego jest czynnością złożoną i zakłada wielość zachowań sprawcy, bowiem jednorazowe zachowanie, na przykład w postaci namawiania małoletnich do spożycia piwa, nie prowadzi do ich rozpijania[38]. Zgodnie jednak z postanowieniem Sądu Najwyższego z 10 marca 2017 roku[39]: „Wykładnia znamienia «rozpija», użytego w treści art. 208 k.k., sprowadzająca się do stwierdzenia, że do jego wyczerpania nie jest konieczne działanie przez dłuższy okres, a wystarczy działanie jednorazowe, ale mające intensywny przebieg, jest trafna". Wystarczająca może być zatem jednorazowa czynność, o ile szczególne okoliczności wskażą, że u małoletniego rozwinie się nawyk picia alkoholu, na przykład pojedyncze podanie wódki małoletniemu uzależnionemu od alkoholu.

Przestępstwo rozpijania małoletniego może pozostawać w zbiegu z przestępstwem określonym w art. 43 ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[40], czyli sprzedażą alkoholu w wypadkach, kiedy jest to zabronione, na przykład osobie małoletniej. Przestępstwo rozpijania małoletniego to przestępstwo formalne (bezskutkowe), które można popełnić umyślnie, w zamiarze bezpośrednim bądź też ewentualnym[41]. W literaturze przedmiotu występują także poglądy, zgodnie z którymi dostarczanie i ułatwianie mogą być objęte zamiarem bezpośrednim albo ewentualnym, natomiast nakłanianie (z uwagi na zbieżność treściową z podżeganiem) – jedynie z zamiarem bezpośrednim[42]. Kryminalizacja rozpijania

[37] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23 lipca 2015 roku, sygn. akt II AKa 236/15, KSAG 2015/4/276–281.

[38] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 czerwca 2013 roku, sygn. akt II AKa 162/13, LEX nr 1342241.

[39] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2017 roku, sygn. akt V KK 13/17, LEX nr 2269114.

[40] Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z dnia 26 października 1982 roku (DzU nr. 35, poz. 230 ze zm.).

[41] W. Kotowski, B. Kurzępa, *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 531.

[42] A. Marek, op. cit., s. 474.

małoletniego także nie prowadzi do naruszenia autonomii rodziny, ze względu na brak możliwości prawidłowej oceny skutków swoich zachowań przez osobę małoletnią. W tym przypadku, ze względu na zdrowie, życie i szczególną ochronę młodych osób, wymagane jest odpowiednie usankcjonowanie przez ustawodawcę czynu polegającego na ich rozpijaniu.

Niealimentacja

Następnym z przestępstw zawartych w rozdziale XXVI k.k. jest niealimentacja. Art. 209 k.k. ustanowiony został w celu ochrony nie tylko najbliższej rodziny, ale także każdego uprawnionego do świadczeń alimentacyjnych. Niealimentacja to przestępstwo trwałe[43], materialne[44] oraz indywidualne właściwe[45], ponieważ jego sprawcą może być tylko osoba, która jest zobowiązana do wykonania świadczenia alimentacyjnego[46]. Jest także przestępstwem umyślnym. W doktrynie dominuje pogląd, że może być ono popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim[47].

Czynność sprawcza polega na uchylaniu się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem lub innym organem albo inną umową, jeśli łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Białymstoku[48]: „Uchylaniem się od płacenia alimentów w rozumieniu art. 209 k.k. jest tylko taka sytuacja, gdy sprawca, mając ku temu realne i faktyczne możliwości, alimentów nie płaci i czyni to celowo". Łączna wysokość zaległości w tym przypadku musi wynosić równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące. Przed nowelą z 23 marca 2017 roku[49] przepis ten wymagał, aby niealimentacja nosiła znamię „uporczywości". Okres niealimentacji obejmujący na przykład dwa

[43] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2015 roku, sygn. akt III KK 414/14.

[44] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2012 roku, sygn. akt II KK 179/12.

[45] S. Hypś, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2014, s. 831.

[46] T. Dukiet-Nagórska, op. cit., s. 427.

[47] S. Hypś, op. cit., s. 835.

[48] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 kwietnia 2015 roku, sygn. akt II AKa 62/15, LEX nr 1730142.

[49] Ustawa z dnia 23 marca 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (DzU poz 768).

miesiące nie spełniał zatem tego ustawowego znamienia. W kwestii rozumienia pojęcia „uporczywości" występował spór w doktrynie, bowiem część jej przedstawicieli twierdziła, że o uporczywości decyduje tylko czynnik obiektywny, czyli powtarzalność zachowania sprawcy[50]. Natomiast Sąd Najwyższy na przykład w wyroku z 3 lipca 2017 roku[51] opowiedział się za obiektywno-subiektywną wykładnią, w której znamię to ma wyrażać psychicznie nastawienie sprawcy oraz jego złą wolę. Wobec niniejszych kłopotów w wykładni zdecydowano się na usunięcie znamienia „uporczywości" ze wskazanego przepisu.

Pod pojęciem uchylania się należy natomiast rozumieć złą wolę sprawcy, który pomimo posiadanych funduszy nie łoży na utrzymanie osoby uprawnionej. W ramach tego pojęcia mieści się także negatywny stosunek psychiczny osoby zobowiązanej do nałożonego na nią obowiązku[52]. „Dla realizacji występku niezbędne jest m.in. niebudzące wątpliwości wykazanie, iż w wyniku zaniechania […] pokrzywdzony narażony został na niemożność zaspokojenia podstawowych, a nie wszystkich, potrzeb życiowych"[53]. Jednakże teza ta nie ma do końca aktualnego charakteru, gdyż po wskazanej wyżej noweli z 2017 roku w typie podstawowym przestępstwa zostało usunięte znamię „narażania na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych", a zostało ono zawarte w § 1a art. 209 k.k., czyli w typie kwalifikowanym przestępstwa niealimentacji. Samo uchylanie się od pielęgnacji i opieki nie wyczerpuje znamienia uchylania się od łożenia na utrzymanie z § 1a art. 209 k.k.[54] Do podstawowych potrzeb życiowych można zaliczyć wyżywienie, odzież, mieszkanie, koszty leczenia czy zdobycie wykształcenia[55]. Powyższy stan związany z „uchylaniem się" musi ponadto utrzymywać się przez dłuższy czas. Obligatoryjne jest zatem wystąpienie łączne dwóch przesłanek: stwierdzenie uchylenia się od wykonania obowiązku alimentacyjnego określonego co do wysokości orzeczeniem sądowym, ugodą zawartą przed sądem lub innym organem albo inną umową oraz

[50] Zob. O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1971, s. 216.

[51] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2007 roku, sygn. akt III KK 144/07, LEX nr 307769.

[52] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1996 roku, sygn. akt II KRN 204/96, LEX nr 26252.

[53] Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 stycznia 2005 roku, II AKo 1/05, LEX nr 147197.

[54] Tak jeszcze na gruncie uprzednio obowiązującego brzmienia art. 209 k.k., Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 maja 2012 roku, sygn. akt II KK 106/12, OSNKW 2012/10/107.

[55] K. Majchrzak, *Przestępstwo uporczywej niealimentacji*, „Prawo Kanoniczne" 2016, t. 59, nr 3, s. 149.

łączna wysokość powstałych wskutek tego zaległości musi stanowić równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych albo opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe musi wynosić co najmniej 3 miesiące.

Ściganie tego przestępstwa aktualnie następuje na wniosek pokrzywdzonego lub odpowiedniego organu. Słusznym rozwiązaniem wydaje się także wprowadzenie do polskiego porządku prawnego karalności z urzędu przestępstwa niealimentacji, co przewidują przypadki określone w § 3 art. 209 k.k. Wprowadzenie tego typu rozwiązań ma przede wszystkim funkcję odstraszającą, co prowadzi do zwiększenia się ilości osób, które spełniają obowiązek alimentacyjny ze względu na zagrożenie karne. Jedynie na marginesie warto w tym miejscu wspomnieć o szeroko idących konsekwencjach w zakresie prawa cywilnego, które powiązane są z brakiem zapłaty alimentów. Obie te dziedziny prawa – prawo karne i prawo cywilne – w tym zakresie mają charakter uzupełniający.

Porzucenie i uprowadzenie małoletnich lub osób nieporadnych, organizowanie adopcji wbrew przepisom ustawy

Artykuł 210 k.k. dotyczy porzucenia małoletniego lub osoby nieporadnej. Konsekwencją tego przestępstwa jest naruszenie opieki nad małoletnim poniżej lat 15 albo osobą nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Osoby te są chronione przez powyższy przepis ze względu na brak zdolności kierowania własnym zachowaniem, brak możliwości zatroszczenia się o siebie oraz ze względu na to, że nie są w pełni dojrzałe zarówno psychicznie, jak i fizycznie[56]. Omawiane przestępstwo ma charakter indywidualny, ponieważ sprawcą może być tylko ten, na kim ciąży obowiązek opieki.

Ustawodawca nie definiuje pojęcia porzucenia. Jednakże w doktrynie znamię porzucenia określa się jako pozostawienie pokrzywdzonego na pastwę losu, czyli w obliczu sytuacji, wobec której nie jest on w stanie sobie poradzić[57]. Według Lecha Gardockiego „porzucenie to nieuzasadniona sytuacja oddalenia się od osoby wymagającej troszczenia się o nią, bez zapewnienia jej opieki ze strony innych osób lub instytucji”[58]. Zgodnie zaś z orzeczeniem Sądu Najwyższego: „Do istoty «porzucenia» należy więc pozostawienie osoby, nad którą miała być roztoczona opieka, własnemu losowi, przy czym chodzi tu nie tylko o zaniechanie sprawowania opieki nad osobą małoletnią lub nieporadną, lecz także o uniemożliwienie takiej osobie udzie-

[56] J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 425.
[57] M. Bojarski, op. cit., s. 553.
[58] L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 279.

lenia natychmiastowego wsparcia"[59]. Określony obowiązek opieki może wynikać z ustawy (jak na przykład obowiązki rodzica według Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego), z wyroku sądowego (na przykład wyroku rozwodowego), z umowy czy też z konkretnego stanu faktycznego[60]. Niektórzy autorzy, jak na przykład Ryszard A. Stefański, dodają dodatkowo do tych źródeł dobrowolne zobowiązanie do wykonywania opieki czy zasady współżycia społecznego[61]. Często przywoływanym przykładem w literaturze związanym z wypełnieniem znamion tego przestępstwa jest porzucenie własnego dziecka na przykład w lesie, gdzie nie może ono uzyskać wsparcia ze strony osób trzecich, czy też opuszczenie przez opiekuna/nianię domu w sytuacji, gdy został im powierzony obowiązek opieki nad danym dzieckiem. Oznacza to, że karalne jest zostawienie dziecka w miejscu, w którym pomoc od innych osób jest żadna lub też znikoma, na przykład w nieuczęszczanym parku czy na polnej drodze. Koniecznie jest zatem wystąpienie dwóch elementów: opuszczenia osoby oraz uniemożliwienia innym jej wsparcia (pomocy)[62]. Nie będzie więc przestępstwem porzucenia pozostawienie dziecka w szpitalu bądź też w „oknie życia"[63].

Do wypełnienia znamion porzucenia wystarczy sama czynność, nie jest wymagany określony skutek czy krzywda, zatem ma ono charakter formalny[64]. Wyjątkiem jest jednak § 2 art. 210 k.k., który przewiduje typ kwalifikowany przestępstwa porzucenia i do spełnienia jego znamion wymagany jest skutek w postaci śmierci osoby wskazanej w § 1. Przestępstwa tego można dokonać w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym. Sprawca natomiast musi zdawać sobie sprawę ze spoczywającego na nim obowiązku opieki oraz być świadomy tego, że określonym zachowaniem pozbawia osobę troski lub godzi się na taką ewentualność[65]. Co więcej, jak orzekł Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie: ,,Oddanie dziecka pod opiekę publiczną, mające związek z koniecznością wykonania prawomocnej decyzji o wydaleniu, nie będzie wyczerpywać znamion czynu zabronionego z art. 210 § 1 k.k"[66].

---

[59] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2001 roku, sygn. akt V KKN 94/99, LEX nr 49445.

[60] M. Andrzejewski, *Prawna ochrona rodziny*, Warszawa 1999, s. 125.

[61] R. A. Stefański, *Prawo karne – część szczegółowa*, Warszawa 2009, s. 290.

[62] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 lipca 2014 roku, sygn. akt I ACa 206/14, LEX nr 1506654.

[63] A. Kilińska-Pękacz, *Przestępstwo porzucenia dziecka*, „Prokuratura i Prawo" 2016, nr 4, s. 26.

[64] R. Góral, *Praktyczny komentarz. Kodeks karny*, Warszawa 2007, s. 352.

[65] V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w prawie karnym*, Toruń 1999, s. 127.

[66] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 września 2007 roku, sygn. akt II OSK 1706/06.

Małoletnich poniżej lat 15 oraz osób nieporadnych ze względu na ich stan psychiczny lub fizyczny dotyczy także kolejny artykuł k.k. W art. 211 k.k., który dotyczy przestępstwa uprowadzenia małoletniego lub osoby nieporadnej, chroni się przede wszystkim prawidłowe sprawowanie opieki i nadzoru nad tymi osobami[67], a sprawcą przestępstwa może być każdy, ma ono zatem charakter powszechny. Do znamion tego przestępstwa należy przede wszystkim uprowadzenie lub zatrzymanie wyżej wymienionych osób wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru. Pod definicją uprowadzenia kryje się zabranie określonej osoby w inne miejsce wbrew woli osoby powołanej do opieki, a zatrzymanie wiąże się z nakłonieniem lub zmuszeniem podopiecznego do przebywania w określonym miejscu[68].

Jest to przestępstwo skutkowe i może zostać popełnione tylko umyślnie. Uprowadzenie lub zatrzymanie to występek umyślny, który może zostać popełniony w zamiarze bezpośrednim oraz ewentualnym[69]. Sprawcą tego przestępstwa często bywa rodzic, któremu odebrano, ograniczono albo zawieszono władzę rodzicielską nad dzieckiem. Ponadto, kolejny raz ze względu na ochronę małoletnich nie podlega dyskusji to, iż wymagana jest tutaj interwencja aparatu władzy państwowej i wprowadzenie odpowiednich sankcji karnych przez polskiego ustawodawcę.

Ostatnim z przestępstw przewidzianym w tym rozdziale Kodeksu karnego jest organizowanie adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy (art. 211a k.k.). Musi ono zostać popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Ustawa karna przewiduje w tym zakresie karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat.

Unormowania dotyczące specjalnego trybu przesłuchiwania małoletnich pokrzywdzonych oraz świadków jako realizacja zasady ochrony praw dziecka

Kolejnym przykładem ochrony praw dziecka oraz ochrony stosunków rodzinnych jest specjalny reżim przesłuchiwania małoletnich pokrzywdzonych i świadków poniżej lat piętnastu, który jest przewidziany przepisami

[67] A. Ratajczak, op. cit., s. 223.

[68] K. Buczkowski, *Uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Analiza orzeczeń sądowych w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne" 2014, nr 19, s. 141.

[69] O. Górniok, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 695.

ustawy Kodeks postępowania karnego[70] (dalej: k.p.k.). Artykuł 185a i 185b k.p.k. statuuje przesłanki dopuszczalności przesłuchania małoletnich oraz reguluje postępowanie przy przesłuchiwaniu małoletnich objętych zakresem tychże przepisów. Zarówno małoletniego świadka, jak i małoletniego pokrzywdzonego przesłuchuje się w obecności biegłego psychologa. Powyższe ma na celu zagwarantowanie fachowej opieki nad przesłuchiwanym, aby zapewnić mu jak najdogodniejsze warunki do zeznania o przestępstwie, którego był ofiarą lub świadkiem. Przy zeznawaniu może dochodzić do przypominania sobie traumatycznych przeżyć, stąd też konieczna jest opieka psychologa, który zapewni wsparcie psychiczne oraz fachową pomoc dziecku. Celem obecności biegłego psychologa podczas przesłuchiwania małoletniego jest również stwierdzenie wiarygodności składanych przez niego zeznań. W piśmiennictwie postuluje się, aby sposób i charakter przesłuchiwania małoletniego poniżej lat 15 był uzależniony od stopnia rozwoju psychofizycznego przesłuchiwanego oraz ustalonych warunków rodzinnych i osobistych[71]. Ponadto, praktyka sądowa wskazuje na to, że dogodniejsze dla dziecka jest, aby przesłuchiwał je sędzia tej samej płci[72].

Artykuł 185a k.p.k. reguluje postępowanie przy przesłuchiwaniu małoletniego pokrzywdzonego przestępstwami popełnionymi z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub przeciwko wolności, przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece. Możliwe jest tylko jednorazowe przesłuchanie takiego małoletniego i tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W przypadku, gdy sąd ustali, że zeznania świadka nie będą istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, należy odstąpić od przesłuchania w ogóle[73].

Wyjątkami od sytuacji, gdy małoletniego można przesłuchać tylko raz, są: wyjście na jaw istotnych okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, albo żądanie ponownego przesłuchania przez oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Wyjątki te mogą zajść zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego[74]. Nie jest możliwe, aby sąd odmówił ponow-

[70] Ustawa Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 roku (DzU nr 89, poz. 555).

[71] J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 151.

[72] Ibidem, s. 154.

[73] M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2017, s. 709–710, pkt 3.

[74] W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 236, pkt 2.

nego przesłuchania, gdy na jaw wyjdą istotne okoliczności, tłumacząc to tym, że małoletni pokrzywdzony będzie znowu narażony psychicznie poprzez zmuszanie go do opowiadania o traumatycznych przeżyciach[75]. Jednakże, w razie rzeczywistej niemożności złożenia przez pokrzywdzonego dodatkowych zeznań z powodu jego blokady psychicznej, nie można uwzględnić wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego – należy uznać, że blokada psychiczna zachodząca podczas pierwszego przesłuchania jest wystarczającą przesłanką, która powoduje niemożność ponownego przesłuchania. W razie żądania ponownego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego z powodu braku obrońcy podczas pierwszego przesłuchania ważne jest, aby ponowne przesłuchanie nie doprowadziło do pogorszenia stanu psychicznego małoletniego[76]. Samo złożenie wniosku o powtórne przesłuchanie nie oznacza konieczności jego zarządzenia, gdyż taki wniosek podlega dyrektywom oceny z art. 170 k.p.k., co wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego[77]. Sąd Najwyższy orzekł także, że wniosek o ponowne przesłuchanie małoletniego może być zgłoszony co do nowych okoliczności przez wszystkie strony, a co do oskarżonego – tylko przez oskarżonego lub jego obrońcę[78].

Fakt bycia przesłuchiwanym jest niewątpliwie bardzo trudnym przeżyciem dla małoletniego. Dlatego też ustawodawca zdecydował się na zakreślenie zamkniętego katalogu osób, które mogą być obecne przy przesłuchiwaniu małoletniego. Są to: prokurator, obrońca, pełnomocnik pokrzywdzonego, a także osoba wskazana przez pokrzywdzonego albo jego przedstawiciel ustawowy, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi małoletniego. Należy pozytywnie uznać ograniczenie obecności osoby wskazanej przez pokrzywdzonego albo jego przedstawiciela ustawowego do takiej osoby, która nie ogranicza swobody wypowiedzi małoletniego, ponieważ mogłoby dochodzić do sytuacji, gdy podczas przesłuchania mógłby być obecny na sali sam oskarżony albo osoba, która wprawdzie nie popełniła przestępstwa na szkodę małoletniego, ale była świadkiem popełniania takiego przestępstwa i nie pomagała małoletniemu albo nawet pomagała oskarżonemu. Korzystnie należy także ocenić unormowanie, które nakazuje sądowi wyznaczyć oskarżonemu obrońcę z urzędu, jeżeli oskarżony powiadomiony o przesłuchiwaniu małoletniego nie ma obrońcy z wyboru. Za *ratio legis* tego przepi-

[75] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008/4/27.

[76] T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 654–655, pkt. 6–7.

[77] K. T. Boratyńska, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, s. 503, Nb. 1, pkt 1.

[78] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2011 r., III KK 278/10, OSNKW 2011/8/69.

su należy uznać ochronę zdrowia psychicznego małoletniego, aby nie musiał kolejny raz opowiadać traumatycznych i krępujących okoliczności popełnienia wobec niego przestępstwa. Obrońca z urzędu jest wyznaczany przez sąd tylko do tej konkretnej czynności[79].

Art. 185a § 4 k.p.k. reguluje, że jest możliwe przesłuchanie małoletniego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, według norm postępowania przewidzianych w art. 185a § 1–3, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny. W doktrynie postuluje się, że potrzebna jest opinia biegłego psychologa, która ustali wpływ przesłuchania na stan psychiczny pokrzywdzonego[80].

Art. 185b k.p.k. reguluje postępowanie przy przesłuchiwaniu małoletniego świadka, który był świadkiem przestępstwa popełnionego z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, albo przeciwko rodzinie i opiece. Art. 185b § 1 nakazuje przesłuchiwanie na warunkach z art. 185a § 1–3, jeżeli zeznania świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Ponadto, art. 185b § 2 k.p.k. nakazuje przesłuchiwanie świadka, który w chwili przesłuchania skończył lat 15, przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, ale tylko jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Co więcej, art. 185b § 3 wyłącza stosowanie takich regulacji w wypadkach, gdy świadek współdziałał w popełnieniu czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie karne, lub czyn świadka pozostaje w związku z czynem, o który toczy się postępowanie karne.

Podsumowanie

Ustawodawca zawarł w rozdziale XXVI Kodeksu karnego szeroki katalog przestępstw, których przedmiotem ochrony jest rodzina lub opieka. Należy zastanowić się jednak nad sensem penalizacji niektórych z nich. Wątpliwości budzić może karalność przestępstwa bigamii. Zawarcie kolejnego małżeństwa niesie poważne skutki na płaszczyźnie prawa cywilnego. Wprowadzanie karnoprawnych sankcji dotyczących powtórnego zawarcia małżeństwa niewystarczająco odstrasza od zawierania takich związków. Sankcje

[79] T. Grzegorczyk, op. cit., s. 655.
[80] K. T. Boratyńska, op. cit., s. 506.

cywilnoprawne są znacznie dotkliwsze i zdecydowanie bardziej wpływają na sprawcę bigamii niż sankcje karnoprawne. Bycie w kilku związkach małżeńskich niesie z sobą poważne problemy dotyczące między innymi ustalenia wspólnego majątku małżonków albo poprawnego przeprowadzenia dziedziczenia. Prawo karne powinno być *ultima ratio*, czyli wykorzystywane w ostateczności. Należy uznać przez to, że cywilnoprawne reperkusje zawarcia ponownego związku małżeńskiego wystarczająco odstraszają od bycia w kilku związkach małżeńskich, a sankcjonowanie takich zjawisk na gruncie prawa karnego jest niecelowe.

De lege ferenda powinno się także rozważyć sens dokonywania przesłuchań małoletnich w obecności prokuratora i obrońcy. Obecność dodatkowych osób podczas przesłuchania wzmaga w małoletnim stres oraz poczucie traumatyczności sytuacji. Warte rozważenia byłoby, aby zarówno prokurator, jak i obrońca przesyłali do sądu listę pytań, które chcieliby zadać małoletniemu. Sędzia dokonujący przesłuchania zadawałby je w imieniu odpowiednio prokuratora lub obrońcy, a po dokonaniu przesłuchania otrzymywaliby oni protokół zawierający odpowiedzi na ich pytania. Bez wątpienia odpowiadanie na obciążające psychicznie pytania jest łatwiejsze, jeżeli odpowiada się na nie przed mniejszą liczbą osób.

FAMILY PROTECTION IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND AND CRIMES AGAINST FAMILY AND CARE

ABSTRACT

Family as a basic social group is a subject of a certain autonomy, but in some cases legislator introduces relevant provisions related to protection of this institution. They result from the Constitution of the RP and the Penal Code, that involves criminal threat if some crimes were committed. Special rules are provided for the interrogation of minors as the implementation of the principle of children's rights protection.

KEYWORDS

protection, family, Constitution of the RP, crimes, care, children's rights, bigamy, bullying, no feeding, incest, adoption, interrogation of minors

BIBLIOGRAFIA

1. Andrzejewski M., *Prawna ochrona rodziny*, Warszawa 1999.
2. Banasik K., *Bigamia w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2010, nr 9.
3. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
4. Bojarski M., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2012.
5. Bojarski T., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2011.

6. Buczkowski K., *Uprowadzenie lub zatrzymanie małoletniego wbrew woli osoby powołanej do opieki. Analiza orzeczeń sądowych w sprawach o przestępstwo z art. 211 k.k.*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne" 2014, nr 19.
7. Charko D., *Bigamia w polskim prawie karnym*, „Studia Ełckie" 2012, nr 14.
8. Cieślak M., *Dzieła wybrane*, t. III, Kraków 2011.
9. Dukiet-Nagórska T., *Prawo karne. Część ogólna, szczegółowa i wojskowa*, Warszawa 2016.
10. Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2011.
11. Garlicki L., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003.
12. Góral R., *Praktyczny komentarz. Kodeks karny*, Warszawa 2007.
13. Górniok O., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006.
14. Grzegorczyk T., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1: *Artykuły 1–467*, Warszawa 2014.
15. Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014.
16. Hypś S., *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2014.
17. Kilińska-Pękacz A., *Przestępstwo porzucenia dziecka*, „Prokuratura i Prawo" 2016, nr 4.
18. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016.
19. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2017.
20. Konarska-Wrzosek V., *Ochrona dziecka w prawie karnym*, Toruń 1999.
21. Kotowski W., Kurzępa B., *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007.
22. Księżopolska-Breś A., *Uwagi na temat przestępstwa z art. 211a k.k.*, „Prokuratura i Prawo" 2011, nr 3 (47).
23. Majchrzak K., *Przestępstwo uporczywej niealimentacji*, „Prawo Kanoniczne" 2016, t. 59, nr 3.
24. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
25. Mierzwińska-Lorencka J., *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystywaniem seksualnym*, Warszawa 2012.
26. Mozgawa M., *Bigamia*, Warszawa 2011.
27. Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 stycznia 2005 roku, II AKo 1/05, LEX nr 147197.
28. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2017 roku, sygn. akt V KK 13/17, LEX nr 2269114.
29. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 kwietnia 1996 roku, sygn. akt II KRN 204/96, LEX nr 26252.
30. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2017 roku, sygn. akt II KK 133/17, LEX nr 2342157.
31. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2017 roku, sygn. akt III KK 157/17, LEX nr 2329441.
32. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 roku, sygn. akt III KK 81/16, LEX nr 2141230.
33. R. Góral, *Praktyczny komentarz. Kodeks karny*, Warszawa 2007.
34. Ratajczyk A., *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980.
35. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 maja 2012 roku, sygn. akt II KK 106/12, OSNKW 2012/10/107.
36. Słomińska-Butowski D., *Ratio mediacji a przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece w postępowaniu przygotowawczym*, „Kwartalnik ADR" 2012, nr 2 (18).

37. Stefański R. A., *Prawo karne – część szczegółowa*, Warszawa 2009.
38. *System prawa prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014.
39. Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1975.
40. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 roku, sygn. akt VI KZP 13/75, OSNKW 1976/7–8/86.
41. Ustawa Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 roku (DzU nr 88, poz 553 ze zm.).
42. Ustawa Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 roku (DzU nr 88, poz. 553 ze zm.).
43. Ustawa Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 roku (DzU nr 89, poz. 555).
44. Ustawa Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 roku (DzU nr 9, poz. 59 ze zm.).
45. Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi z dnia 26 października 1982 roku (DzU nr 35, poz. 230 ze zm.).
46. Ustawa z dnia 23 marca 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (DzU poz. 768).
47. Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2015.
48. Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012.
49. Wąsek A., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz do art. 117–121*, Warszawa 2006.
50. *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016.
51. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 września 2007 roku, sygn. akt II OSK 1706/06.
52. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 11 lipca 2014 roku, sygn. akt I ACa 206/14, LEX nr 1506654.
53. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 kwietnia 2015 roku, sygn. akt II AKa 62/15, LEX nr 1730142.
54. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 23 lipca 2015 roku, sygn. akt II AKa 236/15, KSAG 2015/4/276–281.
55. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 27 sierpnia 2014 roku, sygn. akt II AKa 236/14, LEX nr 1668567.
56. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19 czerwca 2013 roku, sygn. akt II AKa 162/13, LEX nr 1342241.
57. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 grudnia 2014 roku, sygn. akt II AKa 221/14, LEX nr 1630572.
58. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 lipca 2013 roku, sygn. akt II AKa 119/13, LEX nr 1353821.
59. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 3 marca 2016 roku, sygn. akt II AKa 1/16, LEX nr 2025618.
60. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 marca 2012 roku, sygn. akt II AKa 388/11, LEX nr 1129381.
61. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008/4/27.
62. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2012 roku, sygn. akt II KK 179/12.
63. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2011 r., III KK 278/10, OSNKW 2011/8/69.

64. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2007 roku, sygn. akt III KK 144/07, LEX nr 307769.
65. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 czerwca 2001 roku, sygn. akt V KKN 94/99, LEX nr 49445.
66. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2015 roku, sygn. akt III KK 414/14.
67. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, OTK-A 2003/4/32.
68. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2010 r., SK 10/08, OTK-A 2010/9/99.
69. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 maja 2000 r., U 6/98, OTK 2000/4/108.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 83–95
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.05

Monika Moska

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: monikamoska@o2.pl

data zgłoszenia: 30.12.2017
data przyjęcia do druku: 14.07.2018

Nabywanie znacznych pakietów akcji – problem zgodności polskiej regulacji z wzorcem unijnym

Streszczenie

Niniejszy artykuł porusza problem zgodności polskiej ustawy o ofercie publicznej z Dyrektywą 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 roku w sprawie ofert przejęcia (tzw. dyrektywa o przejęciach). W pierwszej części artykułu wyjaśniono cele dyrektywy oraz przedstawiono ekonomiczne tło regulacji, związane z tzw. premią za kontrolę. Następnie przytoczono polskie unormowania regulujące instytucję obowiązkowego wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji spółki publicznej. Ponadto wskazano podstawowe różnice między prawem polskim i unijnym, ze szczególnym uwzględnieniem faktu, że w polskim porządku prawnym – w przeciwieństwie do brzmienia dyrektywy – obowiązek ogłoszenia wezwania nie dotyczy wszystkich pozostałych akcji, lecz jedynie takiej ich liczby, która pozwoli osiągnąć 66% ogółu głosów. Przytoczone rozważania pozwoliły na sformułowanie wniosku, że implementacja dyrektywy w prawie polskim jest wadliwa. W artykule poruszone zostało także zagadnienie możliwości zastosowania w danym przypadku wykładni prounijnej oraz kwestia odpowiedzialności państwa za wadliwą implementację dyrektywy.

Słowa kluczowe

przejęcie kontroli nad spółką, wezwania majoryzacyjne, wadliwa implementacja dyrektywy

Istotnym elementem wpływającym na możliwość oddziaływania przez akcjonariusza na spółkę publiczną jest układ sił i struktura akcjonariatu. Prawo głosu, jako prawo korporacyjne wynikające z akcji, pozwala wywierać wpływ na funkcjonowanie spółki publicznej. Z tego względu tak doniosłą rolę odgrywają unormowania dotyczące nabywania i zbywania akcji oraz zapewniania informacji o akcjonariacie i jego zmianach. Na tym tle na szczególną uwagę zasługuje publicznoprawna regulacja sposobu nabywania znacznych pakietów akcji, która z założenia stanowi próbę stworzenia ochrony dla akcjonariuszy mniejszościowych.

1. Unijne regulacje dotyczące ofert przejęcia

Problematyka nabywania znacznych pakietów akcji na szczeblu unijnym została uregulowana w dyrektywie o przejęciach, nazywanej także trzynastą dyrektywą europejskiego prawa spółek[1]. Harmonizuje ona prawa wewnętrzne państw członkowskich w zakresie ofert przejęcia spółek publicznych. Zgodnie z motywami 1–3 preambuły dyrektywy o przejęciach do jej podstawowych celów należy stworzenie efektywnego rynku kontroli poprzez skoordynowanie niektórych środków zabezpieczających stosowanych w państwach członkowskich oraz ochrona interesów posiadaczy papierów wartościowych spółek podlegających przejęciu[2]. Zapewnienie jednolitych standardów we wszystkich krajach członkowskich Unii ma przyczyniać się do wzrostu konkurencyjności w Europie. Zakres normowania omawianej dyrektywy został wyznaczony w treści art. 1 ust. 1. Zgodnie z jego brzmieniem przepisy dyrektywy znajdują zastosowanie do ofert przejęcia spółek podlegających prawom państw członkowskich, których papiery wartościowe dopuszczone zostały do obrotu na rynku regulowanym. Stosownie do wyłączenia zawartego w ust. 2 dyrektywa nie ma natomiast zastosowania do sytuacji przejęć dotyczących papierów wartościowych wyemitowanych przez banki centralne państw członkowskich (o ile banki te mają formę spółek akcyjnych) oraz przez fundusze inwestycyjne.

Dyrektywa o przejęciach opiera się na trzech filarach, stanowiących o jej najistotniejszych rozwiązaniach. Po pierwsze, wprowadza ona w art. 9 tzw. zasadę neutralności władz spółki, zgodnie z którą na zarządzie przejmowanej spółki ciąży obowiązek uzyskania zgody walnego zgromadzenia przed

[1] Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz. Urz. UE L 142 z 30.04.2004, s. 12 i n. ze zm.).

[2] Por. K. Oplustil, M. Bobrzyński, *Europejskie przejęcie spółek publicznych. Trzynasta Dyrektywa UE z zakresu prawa spółek i jej implikacje dla prawa polskiego*, „Studia Prawnicze" 2004, nr 1, s. 47 i n.

podjęciem środków obrony przed wrogim przejęciem. Wskazana zasada ma zapobiegać próbom udaremnienia przejęcia spółki – mogącego pozytywnie oddziaływać na interesy akcjonariuszy – podejmowanym przez jej dotychczasowe władze, dla których przejęcie wiąże się zazwyczaj z zagrożeniem utraty stanowisk[3]. Po drugie, dyrektywa kreuje tzw. zasadę przełamania, dotyczącą znoszenia ograniczeń (art. 11 dyrektywy o przejęciach). Jej istota polega na przyznaniu pełnej możliwości kształtowania sytuacji spółki oferentowi posiadającemu w następstwie oferty przynajmniej 75% kapitału zakładowego dającego prawo głosu. Zgodnie z brzmieniem ust. 4 żadne ograniczenia co do przenoszenia praw z papierów wartościowych lub wykonywania prawa głosu, czy też jakiekolwiek inne nadzwyczajne uprawnienia akcjonariuszy, nie mają zastosowania na pierwszym walnym zgromadzeniu odbywającym się po zamknięciu oferty. Obowiązuje na nim zasada „jedna akcja, jeden głos". Rozwiązanie to opiera się na założeniu, że podmiot ponoszący nieproporcjonalnie większe ryzyko gospodarcze od pozostałych akcjonariuszy nie powinien być w żaden sposób ograniczany przy początkowym kreowaniu sytuacji przejętej spółki[4].

Kluczowe dla niniejszych rozważań jest trzecie rozwiązanie, wprowadzające względem podmiotu przejmującego kontrolę nad spółką publiczną obowiązek ogłoszenia oferty na nabycie wszystkich pozostałych akcji (art. 5 dyrektywy o przejęciach). Tak zwana instytucja oferty obowiązkowej umożliwia zatem akcjonariuszom mniejszościowym „wyjście" ze zmajoryzowanej spółki poprzez zbycie po godziwej cenie podmiotowi kontrolującemu wszystkich posiadanych przez nich akcji oraz podjęcie nowej decyzji inwestycyjnej odnośnie do odzyskanego w ten sposób kapitału[5]. Tym samym wskazana instytucja najpełniej oddaje jeden z głównych celów dyrektywy, polegający na zapewnieniu ochrony akcjonariuszom mniejszościowym. Przy czym samo określenie procentu ogółu głosów, którego przekroczenie oznaczałoby przejęcie kontroli nad spółką, dyrektywa pozostawia decyzji państw członkowskich do uregulowania w ich ustawodawstwach wewnętrznych. Warto jednak zaznaczyć, że w większości państw europejskich próg ten utrzymany jest na poziomie ok. 30% (tak jest na przykład w Niemczech[6] czy w Belgii[7]).

---

[3] Zob. M. Mataczyński, [w:] *Prawo rynku kapitałowego*, red. T. Sójka, Warszawa 2015, s. 60 i n.

[4] Ibidem.

[5] K. Oplustil, *Harmonizacja przepisów o wezwaniach w publicznym obrocie papierami wartościowymi z prawem europejskim. Uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Legislacyjny" 2005, nr 3–4, s. 45.

[6] Ch. von Bülow, [w:] *Kölner Kommentar zum WpÜG*, Hrsg. Ch. von Bülow, Köln 2010, s. 906 i n.

2. Ekonomiczne uzasadnienie oferty obowiązkowej

Podstawową rolą oferty obowiązkowej jest umożliwienie akcjonariuszom mniejszościowym „wyjścia" ze spółki po cenie, po jakiej nowy akcjonariusz nabywał nad spółką kontrolę[8]. Wynika to z przeświadczenia, że kontrola nad spółką publiczną jest pewną wartością majątkową, odrębną od wartości akcji rozumianej jako udział w kapitale zakładowym. Wskazana nadwyżka nosi miano premii akwizycyjnej lub premii za kontrolę. Innymi słowy, cena, jaką płaci podmiot przejmujący kontrolę za nabywane akcje, stanowi sumę aktualnej wartości akcji rozumianych jako ułamek kapitału zakładowego oraz wartości premii akwizycyjnej[9]. Przyjmuje się ponadto, że w chwili przejęcia kontroli nad spółką realna wartość pozostałych akcji spada, ponieważ dochodzi wówczas do skonsumowania premii za kontrolę[10]. Zarysowane zjawisko ekonomiczne stanowiło bez wątpienia jedną z podstaw uchwalenia art. 5 ust. 2 dyrektywy o przejęciach, regulującego zagadnienie „ceny godziwej".

W praktyce wartość premii za kontrolę bywa bardzo zróżnicowana. Co do zasady można ją utożsamiać z oczekiwaną wartością dodaną dla inwestora, wynikającą z efektywniejszego wykorzystania przez niego potencjału przejmowanej spółki[11]. Badania przeprowadzone w Polsce na podstawie 56 publicznych wezwań na nabycie akcji ogłoszonych w latach 2006–2013 wykazały, że średni poziom proponowanej akcjonariuszom premii miesięcznej wynosił około 20%[12]. Dokonując analizy branży, w których premia akwizycyjna była najwyższa, należy wskazać na sprzedaż produktów konsumenckich, przemysł oraz finanse. Z kolei najniższe premie za kontrolę odnotowano w przypadku spółek technologicznych oraz mediów[13].

[7] Art. 5 Loi relative aux offres publiques d'acquisition, 1.04.2007, "Moniteur belge" 26.04. 2007.

[8] Por. M. Mataczyński, [w:] *Prawo rynku kapitałowego*..., op. cit., s. 346.

[9] Zob. A. Opalski, *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010, s. 487.

[10] Ibidem.

[11] Por. M. Lewandowski, *Fuzje i przejęcia*, Warszawa 2008, s. 131.

[12] Zob. J. Bem, G. Bącal, *Premia za kontrolę oferowana w publicznych wezwaniach do sprzedaży akcji w latach 2006–2013 dla spółek notowanych na GPW w Warszawie*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia" 2014, nr 67, s. 267–278.

[13] Ibidem.

3. Wezwania majoryzacyjne w polskim porządku prawnym

Do polskiego porządku prawnego instytucję oferty publicznej implementuje ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn. DzU z 2009 r., nr 185, poz. 1439 ze zm.). W Polsce podstawowym modelem wezwań są tzw. wezwania uprzednie, wiążące się z zamiarem przekroczenia wskazanego w ustawie progu ogólnej liczby głosów. W literaturze podkreśla się, że obowiązek ogłoszenia wezwania nie dotyczy zamiaru w sensie psychologicznym, lecz powstaje dopiero w momencie „urzeczywistnienia" zamiaru nabycia akcji w sensie prawnym[14]. Przechodząc do szczegółów rozwiązania, należy zauważyć, że w świetle art. 73 ust. 1 u.o.p. przekroczenie 33% ogólnej liczby głosów w spółce publicznej może nastąpić wyłącznie w wyniku ogłoszenia wezwania do zapisywania się na sprzedaż lub zamianę akcji tej spółki w liczbie zapewniającej osiągnięcie 66% ogólnej liczby głosów. Natomiast według art. 74 u.o.p. przekroczenie 66% ogólnej liczby głosów może nastąpić wyłącznie w wyniku ogłoszenia wezwania na nabycie wszystkich pozostałych akcji tej spółki.

Nasuwa się zatem pytanie, które z tych dwóch zaprezentowanych rodzajów wezwań odpowiada instytucji oferty obowiązkowej, o której stanowi art. 5 dyrektywy o przejęciach. Jest to jednocześnie pytanie o wskazanie progu, którego przekroczenie polski ustawodawca uznaje za równoznaczne z przejęciem kontroli nad spółką. Odpowiedzi na te pytania nie udziela niestety *expressis verbis* ani ustawa, ani też uzasadnienie do niej[15]. Problem ten był już sygnalizowany w doktrynie. Zdaniem Krzysztofa Oplustila przeciwko uznaniu art. 73 za prawidłową implementację art. 5 dyrektywy przemawia fakt, że przekroczenie progu 33% nie aktualizuje obowiązku wezwania na nabycie wszystkich pozostałych akcji, lecz jedynie takiej ich liczby, która pozwoli wzywającemu osiągnąć 66% ogólnej liczby głosów[16]. Dochodzi wówczas do sytuacji bardzo niekorzystnej dla akcjonariuszy mniejszościowych. Wartość ich akcji ulega obniżeniu z uwagi na skonsumowanie premii za kontrolę, co czyni je nieatrakcyjnymi dla potencjalnych inwestorów zewnętrznych. Akcjonariusze mniejszościowi zostają zatem uwięzieni w zmajoryzo-

[14] Por. M. Romanowski, *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 753; G. Domański, L. Stępniak, *W kwestii „zgłoszenia zamiaru" nabycia znacznego pakietu akcji*, „Prawo Papierów Wartościowych" 2000, nr 1, s. 9–11.

[15] W uzasadnieniu projektu ustawy nie odniesiono się do tej kwestii – po uzasadnieniu do art. 71 następuje od razu uzasadnienie art. 75 u.o.p. Por. projekt ustawy z uzasadnieniem dostępny na stronie internetowej: [online] http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3970/$file/3970.pdf [dostęp: 13.12.2017].

[16] K. Oplustil, op. cit., s. 52 i n.

wanej spółce, bez perspektyw na zmianę zainwestowanego kapitału, a jednocześnie bez możliwości wpływania na sytuację i funkcjonowanie przejętej spółki. W związku z powyższym regulacja ta jest sprzeczna z celem dyrektywy o przejęciach i nie może zostać uznana za jej prawidłową implementację. Jedynie nałożenie na akcjonariusza przejmującego kontrolę nad spółką obowiązku zaoferowania kupna akcji od wszystkich pozostałych akcjonariuszy po godziwej cenie prowadziłoby do równomiernego rozłożenia premii akwizycyjnej i nie uprzywilejowałoby bezzasadnie tych akcjonariuszy, którzy zbyli swoje akcje odpowiednio wcześniej[17]. Oceny tej nie zmienia podnoszony niekiedy w piśmiennictwie argument, że wprowadzenie obowiązku ogłoszenia wezwania na nabycie wszystkich pozostałych akcji mogłoby doprowadzić do płynnego usunięcia (w trybie dobrowolnym) akcji z obrotu na rynku regulowanym[18]. Jest to argument o charakterze wyłącznie pragmatycznym i nie znajduje uzasadnienia w brzmieniu przepisów krajowych czy unijnych.

Z kolei przeciwko uznaniu art. 74 u.o.p. za odpowiednik przepisu art. 5 dyrektywy przemawia fakt, że trudno uznać przekroczenie progu aż 66% ogólnej liczby głosów za równoznaczne z przejęciem kontroli nad spółką[19]. Należy bowiem zauważyć, że w spółkach publicznych mamy zwykle do czynienia z rozproszonym akcjonariatem, co powoduje, że wykonywanie kontroli możliwe jest przy posiadaniu papierów wartościowych dających dużo mniejszy procent ogólnej liczby głosów. Również w literaturze zagranicznej podkreśla się, że próg przejęcia kontroli nie powinien być zasadniczo ustanawiany na poziomie wyższym niż 50% ogółu głosów[20]. W świetle przedstawionych argumentów stwierdzić należy, że żaden z przywołanych przepisów nie stanowi prawidłowej implementacji dyrektywy o przejęciach[21].

4. Wykładnia prounijna

W związku z powyższą konkluzją może nasunąć się pytanie, czy zarysowanej kolizji między normami należącymi do krajowego porządku prawnego oraz normami prawa unijnego nie dałoby się wyeliminować poprzez zasto-

[17] Zob. M. Mataczyński, *Cywilnoprawne skutki naruszenia obowiązków nabywców znacznych pakietów akcji spółek publicznych*, Warszawa 2011, s. 24.

[18] A. Chłopecki, M. Dyl, *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2017, s. 268.

[19] Por. K. Oplustil, op. cit., s. 53.

[20] S. Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 2004, s. 436.

[21] Por. zwłaszcza G. Domański, M. Goszczyk, *Nabycie akcji spółki publicznej – obowiązek ogłoszenia wezwań*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2007, nr 4, s. 7; M. Mataczyński, [w:] *Prawo rynku kapitałowego...*, op. cit., s. 347 i n; K. Oplustil, op. cit., s. 53.

sowanie wykładni polskiej ustawy w zgodzie z dyrektywą. Otóż wykładnia prounijna w swej istocie polega na wyborze spośród wielu możliwych rezultatów takiego rozwiązania, które najpełniej odpowiada aksjologii prawa wspólnotowego[22]. Jak trafnie podkreśla Maciej Mataczyński, stosując prawo krajowe, powinno się – tak dalece, jak to możliwe – interpretować je w świetle celu dyrektywy, ale w żadnym wypadku nie wolno naruszać zakazu wykładni *contra legem*[23]. Oznacza to, że stosowanie wykładni przyjaznej prawu unijnemu nie może prowadzić do przełamania jednoznacznie brzmiących rezultatów wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej.

Wydaje się zatem, że nie sposób rozwiązać w tym konkretnym przypadku problemu niezgodności polskiej ustawy z dyrektywą o przejęciach za pomocą zastosowania odpowiednich reguł interpretacyjnych, gdyż nie da się przyjąć, jakoby przepis art. 73 u.o.p. nakazywał, w związku z przekroczeniem progu 33% ogólnej liczby głosów, ogłoszenie wezwania na nabycie wszystkich pozostałych akcji przejmowanej spółki publicznej.

5. Odpowiedzialność państwa za niepoprawną implementację dyrektywy

5.1. Odpowiedzialność na podstawie art. 417^1 § 1 k.c.

Wadliwa implementacja dyrektywy może obecnie stanowić przesłankę odpowiedzialności cywilnoprawnej Skarbu Państwa na gruncie art. 417^1 § 1 k.c. Zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za naruszenie prawa unijnego została wywiedziona przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, wskazującego na obowiązek lojalnej współpracy. Brak możliwości uzyskania przez jednostki odszkodowania w przypadku spowodowania uszczerbku dla ich uprawnień prowadziłby do podważenia pełnej skuteczności norm prawa unijnego. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej konkretyzuje również przesłanki tej odpowiedzialności[24]. Po pierwsze, rezultat

[22] Zob. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 104.

[23] Por. M. Mataczyński, [w:] *Prawo rynku kapitałowego...*, op. cit., s. 349; J. Napierała, *Uwagi na temat wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami europejskiego prawa spółek*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego" 2008, nr 3, s. 204 i n.

[24] Wyrok TSUE z 19 listopada 1991 r. w sprawie *Andrea Francovich v. Republika Włoska*, C-6/90, pkt 40.

zamierzony w dyrektywie powinien obejmować bezwarunkowe przyznanie jednostkom określonych uprawnień[25]. Zgodnie z drugą przesłanką powinna istnieć możliwość określenia treści tych uprawnień na podstawie przepisów dyrektywy. Trzeci warunek dotyczy zaś istnienia związku przyczynowego między naruszeniem zobowiązania ciążącego na państwie a poniesioną przez poszkodowanego szkodą.

Jednocześnie Trybunał Sprawiedliwości UE wskazuje, że naprawienie przez państwo szkody powinno odbywać się w ramach prawa zobowiązań danego państwa członkowskiego[26], dlatego konieczne staje się odwołanie do zasad odpowiedzialności określonych w art. 417^1 § 1 k.c. Swoistość tej regulacji polega na tym, że roszczenie o naprawienie szkody uzależnione zostało od uprzedniego stwierdzenia niezgodności danego aktu z aktem wyższego rzędu we właściwym postępowaniu, czyli od uzyskania tzw. prejudykatu[27]. Trzeba jednak zauważyć, że polski Trybunał Konstytucyjny nie posiada kompetencji do orzekania o zgodności ustaw z aktami normatywnymi prawa Unii Europejskiej. Z tej przyczyny w piśmiennictwie pozostaje kwestią sporną, czy konieczne jest uzyskiwanie przedsądu także w przypadku dochodzenia kompensacji szkody wyrządzonej naruszeniem aktu normatywnego prawa unijnego. Za koniecznością uzyskania prejudykatu opowiada się między innymi Marek Safjan[28], wskazując na wykładnię językową przepisu oraz na argumenty systemowe. Bardziej trafny wydaje się jednak pogląd, zgodnie z którym przesłanka uzyskania przedsądu nie dotyczy roszczenia odszkodowawczego w przypadkach niezgodności polskich aktów normatywnych z prawem Unii Europejskiej[29]. Za taką interpretacją przemawia przyjęta w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE zasada zapewnienia pełnej efektywności prawa unijnego, a także trudności we wskazaniu ewentualnej kognicji sądu – Trybunał Konstytucyjny nie posiada bowiem kompetencji do badania aktów prawa unijnego, zaś Trybunał Sprawiedliwości UE nie jest właściwy do kontroli legalności i interpretacji aktów prawa krajowego. Stanowisko to można również poprzeć formalnym argumentem, że art. 417^1 § 1 k.c. nie wy-

[25] Por. R. Stefanicki, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa wobec jednostki z tytułu niewypełniania prawa wspólnotowego*, „Państwo i Prawo" 2004, nr 7, s. 41.

[26] Wyrok TSUE z 19 listopada 1991 r. w sprawie *Andrea Francovich v. Republika Włoska*, C-6/90, pkt 42.

[27] Zob. A. Olejniczak, Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 229.

[28] Por. M. Safjan, *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu bezprawia normatywnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2005, nr 1, s. 13.

[29] Por. E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 388–390; A. Olejniczak, Z. Radwański, *Zobowiązania*..., op. cit., s. 230–231; Wyrok SN z dnia 19 czerwca 2013 r., I CSK 392/12, LEX nr 1365589.

mienia prawa wspólnotowego, które stanowi odrębny od kategorii umów międzynarodowych system norm prawnych. W konsekwencji należy stwierdzić, że to sądy powszechne, orzekające o odszkodowaniu, samodzielnie stwierdzają niezgodność polskiego aktu normatywnego z aktem prawa UE, a w razie wątpliwości zwracają się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem prawnym – ale jedynie w zakresie dotyczącym obowiązywania prawa unijnego i jego wykładni[30].

Odnosząc powyższe rozważania do problemu wadliwej implementacji art. 5 dyrektywy o przejęciach do polskiego porządku prawnego, należy stwierdzić, że wskazany przepis jak najbardziej jest nakierowany na przyznanie akcjonariuszom mniejszościowym uprawnienia do żądania wykupu posiadanych przez nich akcji w razie przejęcia kontroli nad spółką publiczną. Większe trudności mogą dotyczyć kwestii dowodowych, związanych z wykazaniem powstania szkody oraz istnienia adekwatnego związku przyczynowego. Biorąc wszakże pod uwagę, że szkoda majątkowa obejmuje nie tylko stratę, lecz także utracone korzyści (czyli sytuację, w której majątek poszkodowanego nie wzrósł tak, jak by to się stało, gdyby nie nastąpiło zdarzenie szkodzące), nie należy *a limine* wykluczać w tym przypadku możliwości przyznania akcjonariuszom mniejszościowym odszkodowania na podstawie przepisu art. 417^1 § 1 k.c.

5.2. Odpowiedzialność na podstawie art. 258 – 260 TfUE

Państwo członkowskie, które nie implementowało dyrektywy lub implementowało ją nieprawidłowo, może także zostać skontrolowane w trybie przewidzianym w art. 258–260 TfUE[31]. Przywołane regulacje przyznają Komisji Europejskiej oraz innym państwom członkowskim kompetencję do złożenia skargi do Trybunału Sprawiedliwości na państwo naruszające zobowiązania wynikające z prawa unijnego. Należy podkreślić, że kompetencji takich nie posiada jednostka, która może co najwyżej złożyć w tej sprawie skargę do Komisji Europejskiej. Wniesienie skargi indywidualnej jest bezpłatne i nie wymaga pośrednictwa pełnomocnika, a jednostka może ją wnieść przesyłką pocztową lub drogą elektroniczną[32]. Komisja Europejska może

[30] Por. A. Olejniczak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, LEX 2014.

[31] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012, s. 47).

[32] *Jak złożyć skargę do Komisji Europejskiej*, [online] http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/make_a_complaint_pl.htm [dostęp: 14.05.2017].

jednak skargę indywidualną odrzucić i nie wszczynać kontroli działania państwa członkowskiego.

W wyniku wniesienia skargi przez Komisję Europejską lub państwo członkowskie Trybunał Sprawiedliwości może wydać wyrok, w którym stwierdzi istnienie uchybienia zobowiązaniom prawa unijnego. Takie rozstrzygnięcie ma jednak wyłącznie deklaratoryjny charakter. Co więcej, Trybunał nie może w wyroku zobowiązać państwa członkowskiego do określonego działania[33] ani też uznać krajowego aktu prawnego wydanego z naruszeniem prawa Unii za nieważny. Jednocześnie zasada efektywności prawa wspólnotowego wymaga, aby organy krajowe podjęły wszelkie środki w celu zapewnienia stosowania prawa unijnego[34]. Wyrok Trybunału powinien zatem skutkować automatycznym zakazem stosowania kwestionowanych przepisów prawa wewnętrznego zarówno przez krajowe władze sądownicze, jak i organy administracyjne[35].

Należy zauważyć, że wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE stwierdzający istnienie uchybienia zobowiązaniom prawa unijnego pozbawiony jest sankcji finansowych. Dopiero w sytuacji wniesienia na podstawie przepisu art. 260 ust. 2 TfUE powtórnej skargi, dotyczącej tym razem braku wykonania orzeczenia Trybunału, możliwe jest nałożenie na dane państwo członkowskie ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej. Do tej pory ani Komisja Europejska, ani inne państwo członkowskie nie wniosło jednak skargi dotyczącej naruszenia przez Polskę zobowiązania unijnego polegającego na wadliwej implementacji przepisu art. 5 dyrektywy o przejęciach.

...

Porównanie brzmienia art. 5 dyrektywy o przejęciach z polskimi przepisami ustawy o ofercie publicznej regulującymi instytucję wezwań majoryzacyjnych prowadzi do wniosku, że nie stanowią one prawidłowej implementacji dyrektywy. Wskazanej rozbieżności nie da się usunąć nawet poprzez zastosowanie wykładni przyjaznej prawu unijnemu. Największe wątpliwości budzi art. 73 u.o.p., pozwalający przejąć *de facto* kontrolę nad spółką publiczną bez obowiązku ogłoszenia wezwania na nabycie wszystkich akcji

[33] Wyrok TSUE z 14 kwietnia 2005 r. w sprawie *Komisja v. Republika Federalna Niemiec*, C-104/02, pkt 49.

[34] Por. N. Półtorak, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III: *Art. 223–358*, red. D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel, LEX 2012.

[35] Wyrok TSUE z 19 stycznia 1993 r. w sprawie *Komisja v. Republika Włoska*, C-101/91, pkt 24.

pozostałych akcjonariuszy. Trafność poczynionych w artykule rozważań może potwierdzić przygotowany przez Komisję Nadzoru Finansowego projekt nowelizacji ustawy o ofercie publicznej z dnia 9 września 2014 roku, w którym Komisja zaproponowała, aby przekroczenie progu $33^1/_3$% ogólnej liczby głosów wiązało się z obowiązkiem ogłoszenia wezwania na nabycie wszystkich pozostałych akcji spółki[36]. Niestety projekt nie spotkał się z aprobatą Sejmu. Należy jednak mieć nadzieję, że zasygnalizowana nieprawidłowość zostanie w przyszłości usunięta.

ACQUIRING LARGE AMOUNTS OF SHARES – A PROBLEM OF COMPLIANCE THE POLISH REGULATION WITH THE EUROPEAN STANDARD

ABSTRACT

The present article concerns a problem, whether Polish capital market law is consistent with the Directive 2004/25/EC of the European Parlament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids ("Takeover Directive"). Firstly, author explained the main aims of the Directive and the economic background of this regulation, which is connected with the control premium. Then there were presented Polish rules which are binding upon invitations to subscribe for the sale or exchange of shares of public companies. Moreover, author pointed out the main differences between Polish law and the Directive's rules with the particular emphasis on the fact that contrary to the order of the Directive, in Polish law taking control over the company doesn't trigger mandatory offer addressed to all shareholders to acquire or exchange all their securities, but only such number of shares that allows to achieve 66% of voting rights. Presented reflections allowed to formulate the conclusion that the implementation of the Directive is faulty. Herein author discussed the issue of interpretation the national law in the light of the wording and the purpose of the Directive and the problem of the State's responsibility for faulty implementation.

KEYWORDS

taking control over the company, obligatory invitations, faulty implementation of the Directive

BIBLIOGRAFIA

1. [online] http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/228343/228388/228389/dokument128949.pdf [dostęp: 14.12.2017].
2. [online] http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3970/$file/3970.pdf [dostęp: 13.12.2017].

[36] Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych z dnia 9 września 2014 r., [online] http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/228343/228388/228389/dokument128949.pdf [dostęp: 14.12.2017].

3. Bagińska E., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006.
4. Bem J., Bącal G., *Premia za kontrolę oferowana w publicznych wezwaniach do sprzedaży akcji w latach 2006–2013 dla spółek notowanych na GPW w Warszawie*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia" 2014, nr 67.
5. von Bülow Ch., [w:] *Kölner Kommentar zum WpÜG*, Hrsg. Ch. von Bülow, Köln 2010.
6. Chłopecki A., Dyl M., *Prawo rynku kapitałowego*, Warszawa 2017.
7. Domański G., Goszczyk M., *Nabycie akcji spółki publicznej – obowiązek ogłoszenia wezwań*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2007, nr 4.
8. Domański G., Stępniak L., *W kwestii „zgłoszenia zamiaru" nabycia znacznego pakietu akcji*, „Prawo Papierów Wartościowych" 2000, nr 1.
9. Dyrektywa 2004/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie ofert przejęcia (Dz. Urz. UE L 142 z 30.04.2004, s. 12 i n. ze zm.).
10. Grundmann S., *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg 2004.
11. *Jak złożyć skargę do Komisji Europejskiej*, [online] http://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/make_a_complaint_pl.htm [dostęp: 14.12.2017].
12. *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Kidyba, LEX 2014.
13. Lewandowski M., *Fuzje i przejęcia*, Warszawa 2008.
14. Loi relative aux offres publiques d'acquisition, 1.04.2007, "Moniteur belge" 26.04. 2007.
15. Mataczyński M., *Cywilnoprawne skutki naruszenia obowiązków nabywców znacznych pakietów akcji spółek publicznych*, Warszawa 2011.
16. Napierała J., *Uwagi na temat wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami europejskiego prawa spółek*, „Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego" 2008, nr 3.
17. Olejniczak A., Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014.
18. Opalski A., *Europejskie prawo spółek*, Warszawa 2010.
19. Oplustil K., Bobrzyński M., *Europejskie przejęcie spółek publicznych. Trzynasta Dyrektywa UE z zakresu prawa spółek i jej implikacje dla prawa polskiego*, „Studia Prawnicze" 2004, nr 1.
20. Oplustil K., *Harmonizacja przepisów o wezwaniach w publicznym obrocie papierami wartościowymi z prawem europejskim. Uwagi de lege ferenda*, „Przegląd Legislacyjny" 2005, nr 3–4.
21. *Prawo rynku kapitałowego*, red. T. Sójka, Warszawa 2015.
22. Romanowski M., *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi. Komentarz*, Warszawa 2003.
23. Safjan M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu bezprawia normatywnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2005, nr 1.
24. Stefanicki R., *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa wobec jednostki z tytułu niewypełniania prawa wspólnotowego*, „Państwo i Prawo" 2004, nr 7.
25. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012).
26. *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III: *Art. 223–358*, red. D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel, LEX 2012.
27. Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005.
28. Wyrok SN z dnia 19 czerwca 2013 r., I CSK 392/12, LEX nr 1365589.

29. Wyrok TSUE z 14 kwietnia 2005 r. w sprawie *Komisja v. Republika Federalna Niemiec*, C-104/02.
30. Wyrok TSUE z 19 listopada 1991 r. w sprawie *Andrea Francovich v. Republika Włoska*, C-6/90.
31. Wyrok TSUE z 19 stycznia 1993 r. w sprawie *Komisja v. Republika Włoska*, C-101/91.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 97–121
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.06

Karolina Piech

Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Katedra Prawa Karnego Materialnego
e-mail: karolina.piech@uwr.edu.pl

data zgłoszenia: 8.01.2018
data przyjęcia do druku: 16.07.2018

Włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku za błąd w sztuce lekarskiej na tle orzecznictwa polskich sądów karnych

Streszczenie

Artykuł dotyczy negatywnej przesłanki obiektywnego przypisania odpowiedzialności karnej, jaką jest włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności – obrazuje więc szereg sytuacji, w których dochodzi do kolizji odpowiedzialności co najmniej dwóch osób za jeden skutek przestępny. Celem pracy jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, kiedy osobie rozpoczynającej łańcuch kauzalny można przypisać odpowiedzialność karną za przestępstwo materialne, jeżeli – w przypadku odpowiedzialności karnej za tzw. błąd medyczny – kolejni sprawcy sukcesywnie przystępują do działania lub zaniechania czynności. Po pierwsze, w artykule następuje odniesienie do problematyki krzyżowania się aktywności wielu podmiotów w rzeczywistości społecznej. Kolejnym zagadnieniem jest wyodrębnienie sfery ryzyka związanego z zachowaniem osoby rozpoczynającej łańcuch kauzalny oraz osoby trzeciej, która włączyła się do przebiegu przyczynowego. Następnie poruszona zostaje kwestia tzw. kryterium przynależności skutku do prawnokarnego zakresu ochrony oraz – w konsekwencji – problem kolizji odpowiedzialności za skutek w przypadku sekwencyjnego wystąpienia niezależnych od siebie zachowań co najmniej dwóch osób. W artykule ma miejsce również omówienie problematyki charakteru niebezpieczeństwa (statycznego lub dynamicznego) w odniesieniu do możliwości przypisania odpowiedzialności osobie rozpoczynającej łańcuch przyczynowy oraz osobie trzeciej. W ostatniej części artykułu dokonano „przeniesienia" powyższych ustaleń na płaszczyznę problematyki odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo skutkowe, którego istotą

jest błąd medyczny. Autorka przedstawia szereg sytuacji faktycznych, jakie miały miejsce w orzecznictwie polskich sądów karnych, oraz stara się rozstrzygnąć, kiedy możliwe będzie wyłączenie odpowiedzialności karnej osoby, która swoim działaniem lub zaniechaniem jako pierwsza sprowadziła niebezpieczeństwo wystąpienia prawnokarnie relewantnego skutku.

SŁOWA KLUCZOWE

odpowiedzialność karna lekarza, obiektywne przypisanie skutku, reguły ostrożności, włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności, kumulacja zachowań przestępnych

Wstęp

Wyobraźmy sobie sytuację, w której do placówki medycznej przywieziony zostaje mężczyzna, który uległ wypadkowi. Trafia on pod opiekę lekarza, który – po wykonaniu niezbędnych badań – stwierdza, iż pacjentowi, poza drobnymi stłuczeniami, nie dolega nic poważnego. Lekarz zaleca jednak krótką obserwację, po czym kończy dyżur i opuszcza placówkę, tymczasem pacjent zostaje oddany pod opiekę kolejnego specjalisty. Ów kolejny lekarz, ufając diagnozie swojego kolegi, nie wykonuje żadnych badań, mimo iż taką konieczność przewidują procedury medyczne. Stan pacjenta gwałtownie się pogarsza, po czym – na skutek wewnętrznego krwotoku i zapalenia otrzewnej – następuje zgon.

Przedstawiony wyżej hipotetyczny stan faktyczny, mimo że dość prosty do wyobrażenia przez przeciętnego śmiertelnika, budzi szereg wątpliwości i problemów na płaszczyźnie przypisania odpowiedzialności karnej za zaistniały skutek śmiertelny. Mamy tu bowiem do czynienia z sytuacją, w której czynności medyczne obarczone błędem diagnostycznym i skutkujące zgonem pacjenta podejmowane są przez więcej niż jednego lekarza. Ponadto, nie są one wykonywane w tym samym czasie, a do przebiegu związku przyczynowo-skutkowego między błędem medycznym a zgonem pacjenta, rozpoczętego przez jednego z lekarzy, włącza się kolejny podmiot. W związku z tym nawet nieposiadająca wykształcenia prawniczego osoba zada sobie pytanie, kogo należy pociągnąć do odpowiedzialności karnej za przestępny skutek. Czy w przedstawionym powyżej hipotetycznym kazusie zbieg zachowań dwóch lekarzy skutkowałby pociągnięciem każdego z nich do odpowiedzialności karnej? Czy też może odpowiedzialność któregoś z nich uległaby na gruncie prezentowanego stanu faktycznego wyłączeniu? Jeśli tak, to którego z lekarzy zwolnilibyśmy z tej odpowiedzialności i dlaczego?

Udzielenie odpowiedzi na postawione powyżej pytania z pewnością nie jest łatwym zadaniem. Rozważając zagadnienie kolizji odpowiedzialności karnej dwóch lub więcej potencjalnych sprawców za jeden skutek przestępny, wypracowano w doktrynie prawa karnego materialnego wiele różnorakich koncepcji. Zagadnienie to jest jednak na tyle istotne, iż warto „przyjrzeć" mu się ponownie i podjąć próbę udzielenia odpowiedzi na przynajmniej kilka nurtujących pytań. Celem niniejszego artykułu będzie zatem wnikliwa analiza problematyki negatywnej przesłanki obiektywnego przypisania skutku w prawie karnym w postaci tzw. włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności. Ta negatywna przesłanka dotyczy bowiem dość problematycznych dla praktyki stosowania prawa sytuacji, w których skutek przestępny stanowi następstwo bezprawnych zachowań (działań lub zaniechań) więcej niż jednej osoby.

Zagadnienie błędu medycznego, zwanego niekiedy błędem w sztuce lekarskiej, oraz problem odpowiedzialności karnej lekarza za ów błąd stanowi doskonałe wręcz tło dla analizy zagadnienia włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności. Charakter świadczeń zdrowotnych bardzo często zakłada bowiem podejmowanie różnorakich czynności leczniczych albo sekwencyjnie, albo w zespole współdziałających osób – w każdym razie krzyżuje się tutaj aktywność wielu różnych podmiotów. To właśnie krzyżowanie się aktywności wielu jednostek skutkuje sytuacjami, w których dochodzi do zbiegu działań lub zaniechań kilku osób, co znajduje następnie urzeczywistnienie w jednym skutku przestępnym. Zanim jednak przedstawi się hipotetyczne sytuacje faktyczne oraz *casusy*, jakie znaleźć można na gruncie orzecznictwa polskich sądów karnych, warto bliżej przyjrzeć się koncepcji negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania skutku oraz jednej z tych przesłanek, jaką stanowi włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności.

1. Negatywne przesłanki obiektywnego przypisania skutku na gruncie polskiej doktryny prawa karnego materialnego

Już przed wieloma laty zarówno w polskiej, jak i w niemieckiej nauce prawa karnego dostrzeżono, iż samo powiązanie przyczynowe w postaci związku kauzalnego między będącą zachowaniem sprawcy przyczyną a ustawowo stypizowanym skutkiem nie jest wystarczające dla pociągnięcia danej osoby do odpowiedzialności o charakterze prawnokarnym. Słusznie wskazuje Piotr Kardas, stwierdzając, iż „poszukiwanie normatywnych kryteriów odpowiedzialności za skutek zasadzało się na niesatysfakcjonujących w wielu przy-

padkach rezultatach procesu badania podstaw odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe, w których w perspektywie czysto kauzalnej stwierdzenie więzi uzasadniającej powiązanie wartościowanego zachowania ze skutkiem nie wywoływało większych trudności, zarazem rodząc poważne wątpliwości w perspektywie sprawiedliwościowej"[1]. Zaczęto zatem zadawać pytanie, jakie warunki muszą być spełnione, aby możliwe było przypisanie człowiekowi ustawowo stypizowanego skutku jako jego „dzieła". Próbę odpowiedzi podjął Tomasz Kaczmarek, wskazując, że „najogólniejszym przesłaniem koncepcji obiektywnego przypisania była myśl o tym, że skutek określony w ustawie może być obiektywnie przypisany człowiekowi jako jego dzieło tylko wtedy, gdy został on spowodowany ujemnie ocenianym, społecznie niepożądanym zachowaniem się sprawcy"[2]. Z uwagi na przedmiot oraz rozmiary niniejszego artykułu nie jest możliwe dokonanie szczegółowej analizy wszystkich kryteriów obiektywnego przypisania skutku, jakie zostały zaproponowane na gruncie literatury karnistycznej, warto jednak przypomnieć, że zalicza się do nich takie przesłanki, jak zwiększenie ryzyka ponad społecznie dopuszczalną miarę, cel ochronny normy prawnej, naruszenie reguł postępowania[3] itp.

Zauważyć należy, iż owe wskazane wyżej przesłanki – przesłanki o charakterze pozytywnym – nie zawsze są przydatne do uzyskania zadowalających nas rezultatów z punktu widzenia tzw. społecznej przypisywalności skutku[4]. W doktrynie prawa karnego materialnego słusznie stwierdza się, że funkcją kryteriów obiektywnego przypisania jest przede wszystkim wyznaczenie racjonalnych ram odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe. Ich celem jest natomiast stworzenie normatywnych narzędzi, które pozwolą na takie określenie zakresu odpowiedzialności karnej za czyny zabronione znamienne skutkiem, że zakres tej odpowiedzialności będzie racjonalny i zgodny z przyjmowanymi założeniami kryminalnopolitycznymi[5].

Aby wskazać kryteria, które pozwoliłyby na wyznaczenie owych „racjonalnych ram odpowiedzialności karnej za przestępstwa skutkowe", za spra-

[1] P. Kardas, *W poszukiwaniu tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 171.

[2] T. Kaczmarek, *Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2004, nr 4/4, s. 22.

[3] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.

[4] P. Kardas, op. cit., s. 173.

[5] M. Bielski, *O potrzebie teoretycznej, dogmatycznej i kryminalnopolitycznej refleksji nad negatywnymi przesłankami obiektywnego przypisania skutku przestępnego*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne...*, op. cit., s. 244.

wą Marka Bielskiego w doktrynie zaczęto wyróżniać dwa rodzaje układów sytuacyjnych, od których uzależniona jest przydatność stosowania kryteriów obiektywnego przypisania skutku o charakterze pozytywnym. Po pierwsze, wskazać tutaj należy na istnienie tzw. prostych układów sytuacyjnych, czyli takich sytuacji faktycznych, w których „bezprawne zachowanie potencjalnego sprawcy stanowi wyłączne źródło niebezpieczeństwa wystąpienia przebiegu przyczynowego prowadzącego do skutku przestępnego”[6]. W owych prostych układach sytuacyjnych badanie przesłanek odpowiedzialności karnej za przestępny skutek ogranicza się do konieczności jednoaspektowego zweryfikowania czynu sprawcy. W ich przypadku nie jest zatem konieczne rozważenie, czy w łańcuchu przyczynowym rozpoczętym bezprawnym zachowaniem i zakończonym wystąpieniem stypizowanego w ustawie karnej skutku urzeczywistniło się niebezpieczeństwo wynikające z zachowania osób innych niźli potencjalny sprawca, który rozpoczął ów łańcuch kauzalny. Należy zgodzić się z Bielskim, iż „w perspektywie prostych układów sytuacyjnych za wystarczające należy uznać odwołanie się do kryteriów przypisywalności skutku określanych w doktrynie prawa karnego jako przesłanki pozytywne lub przesłanki przypisania pierwszego stopnia”[7]. Charakteryzując pokrótce te przesłanki, warto wspomnieć, iż pozwalają one określić przede wszystkim, jaki wpływ na przebieg kauzalny miało bezprawne zachowanie potencjalnego sprawcy, oraz określić wartość normatywną zachowania tej osoby, która jako pierwsza dopuściła się bezprawnego działania lub zaniechania.

Jednakże, jak już powyżej wskazano, przesłanki te nie są w pełni przydatne, kiedy zachodzi konieczność ustalenia, jakie znaczenie dla odpowiedzialności karnej sprawcy miało zaistnienie innego źródła niebezpieczeństwa, które od owego potencjalnego sprawcy nie pochodziło. W rzeczywistości społecznej możemy mieć bowiem do czynienia z sytuacjami, w których przebieg przyczynowy został co prawda rozpoczęty przez jedną osobę, ale następnie jego istnienie warunkowane było podjęciem innych zachowań przez osoby trzecie, przy czym zachowania te były sprzeczne z przyjętymi standardami postępowania. Co więcej, dokonywanie prawnokarnej oceny wskazanej wyżej sytuacji dodatkowo komplikować może fakt wystąpienia takiego układu sytuacyjnego, w którym zachowanie podjęte przez każdego z potencjalnych sprawców łączyło się z takim ładunkiem niebezpieczeństwa zaistnienia prawnokarnie relewantnego skutku, że możliwe jest ustalenie, iż podjęcie przez każdą z tych osób zachowania zgodnego z regułami

[6] Ibidem, s. 246.
[7] Ibidem, s. 247.

postępowania (zachowania alternatywnego) pozwoliłoby owego skutku uniknąć. Innymi słowy, hipotetycznie możliwe są takie stany faktyczne, w których niebezpieczeństwo urzeczywistnione w negatywnym skutku jest wypadkową zachowań więcej niż jednej osoby, przy czym każda z tych osób mogła zapobiec negatywnemu skutkowi poprzez podjęcie zachowania alternatywnego. Takie właśnie stany faktyczne w doktrynie prawa karnego materialnego nazwane zostały złożonymi układami sytuacyjnymi[8].

Zasadniczą cechą opisanych wyżej złożonych układów sytuacyjnych jest to, że w przypadku, gdyby w danym łańcuchu kauzalnym zabrakło nieprawidłowych zachowań osób trzecich, bezprawne zachowanie osoby uruchamiającej ów łańcuch nie generowałoby takiego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, które mogłoby urzeczywistnić się w negatywnym skutku. W takich właśnie sytuacjach „dokonanie oceny, czy istnieje podstawa przypisania potencjalnemu sprawcy lub sprawcom odpowiedzialności karnej za skutek przestępny, oraz określenie zakresu tej odpowiedzialności sprowadza się do rozstrzygnięcia swoistej kolizji odpowiedzialności za skutek, związanej z tym, iż do wystąpienia skutku doszło ze względu na skumulowanie się w danym przebiegu przyczynowym niebezpieczeństwa wynikającego z zachowań kilku osób”[9]. Konieczne jest w takim przypadku ustalenie normatywnej wartości zachowań poszczególnych osób podejmujących działanie lub zaniechanie mające znaczenie dla wystąpienia ustawowo stypizowanego skutku.

W celu ustalenia owej normatywnej wartości zachowań potencjalnych sprawców w literaturze karnistycznej wypracowano tzw. negatywne przesłanki obiektywnego przypisania, zwane również przesłankami przypisania drugiego stopnia. Jak podkreśla Bielski: „istotą przesłanek negatywnych jest wypracowanie kryteriów pozwalających na weryfikowanie możliwości przypisania skutku pod kątem ustalenia kryminalnopolitycznej potrzeby pociągnięcia do odpowiedzialności karnej w sytuacjach, w których skutek przestępny nie był następstwem niebezpieczeństwa wynikającego tylko i wyłącznie z bezprawnego zachowania potencjalnego sprawcy, lecz był także determinowany obiektywnie nieprawidłowym zachowaniem innych osób”[10]. Z uwagi na rozmiary niniejszej pracy nie jest tutaj możliwe poddanie dokład-

[8] C. Roxin, *Problematyka obiektywnego przypisania*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego, Karpacz, maj 1990*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.

[9] M. Bielski, *O potrzebie teoretycznej...*, op. cit.

[10] Ibidem.

nej charakterystyce wszystkich wskazywanych w doktrynie negatywnych kryteriów obiektywnego przypisania. Warto jednak – za Piotrem Kardasem i Ryszardem Dębskim – wskazać, iż możliwe jest wyróżnienie negatywnych kryteriów obiektywnego przypisania zarówno *sensu stricto*, jak i *sensu largo*[11]. Mówiąc o negatywnych kryteriach przypisywalności *sensu stricto*, należy mieć na myśli właśnie te sytuacje, w których osoba trzecia włącza się do zakresu odpowiedzialności potencjalnego sprawcy, który rozpoczął łańcuch kauzalny. Jednakże negatywne kryteria obiektywnego przypisania zwykło się ujmować szerzej – wskazując, iż problematyka przesłanek drugiego stopnia nie ogranicza się jedynie do tych sytuacji faktycznych, które powodowałyby wyłączenie odpowiedzialności karnej ze względu na autonomiczne zachowanie osoby trzeciej, ale należałoby ją uogólnić do wszystkich tych sytuacji, które możemy określić jako przypadki kolizji odpowiedzialności za skutek[12]. Kardas – czyniąc to niejako za Clausem Roxinem – wskazał na istnienie takich negatywnych kryteriów obiektywnego przypisania, jak samonarażenie się pokrzywdzonego, przejęcie przez dysponenta dobra prawnego lub inną osobę ryzyka spowodowania skutku przestępnego, podział pracy w zespole czy też, wskazywane już wcześniej wielokrotnie, włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności[13]. Jacek Giezek z kolei – porządkując wskazane wyżej przesłanki – wyodrębnił dwie grupy stanów faktycznych, w których aktualizuje się omawiany problem. Pierwszą grupę stanowią te sytuacje, gdy dysponent dobra prawnego (w postępowaniu karnym nazywany pokrzywdzonym) zagrożonego uprzednio przez inną osobę podejmuje zachowanie, które umożliwia urzeczywistnienie się niebezpieczeństwa dla danego dobra prawnego. Drugą zaś grupę współtworzą takie stany faktyczne, w których – po uprzednim rozpoczęciu łańcucha kauzalnego przez potencjalnego sprawcę – osoba trzecia niebędąca dysponentem zagrożonego dobra prawnego swoim zachowaniem umożliwia wystąpienie stypizowanego w ustawie karnej skutku przestępnego[14].

---

[11] P. Kardas, op. cit., s. 183; R. Dębski, *O tzw. negatywnych przesłankach obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne...*, op. cit., s. 214.

[12] Wśród kryteriów obiektywnego przypisania skutku *sensu largo* w doktrynie prawa karnego wymienia się: autonomię pokrzywdzonego, podział pracy w zespole, przejęcie ryzyka spowodowania skutku przez osobę trzecią, kolizję odpowiedzialności za skutek, współdziałanie przy umyślnym samonarażeniu oraz przejęcie ryzyka przez pokrzywdzonego. Ibidem.

[13] Ibidem.

[14] J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania*, [w:] *System prawa karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 480.

Z punktu widzenia tzw. lekarskiego prawa karnego niebagatelne znaczenie dla odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo skutkowe przeciwko życiu lub zdrowiu pacjenta, będące wynikiem błędów w sztuce lekarskiej popełnionych przez kilka osób wchodzących w skład zespołu medycznego, ma druga ze wskazanych przez Giezka kategorii – a zatem negatywna przesłanka obiektywnego przypisania ujmowana *sensu stricto*, czyli włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności. Konieczne jest zatem dokładne przeanalizowanie tejże przesłanki oraz udzielenie odpowiedzi na pytanie, na jakiej podstawie i dlaczego we wskazanych w dalszej części pracy przypadkach osobie, która rozpoczyna łańcuch kauzalny, nie przypiszemy odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe.

2. Włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności jako przesłanka wyłączająca odpowiedzialność karną sprawcy

Analizując zagadnienie włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności, warto wyobrazić sobie sytuację, w której osoba A postrzegana jest jako potencjalny sprawca przestępstwa skutkowego z uwagi na to, że jako pierwsza stworzyła niebezpieczeństwo naruszenia lub narażenia dobra prawnego lub istniejącemu niebezpieczeństwu nie zapobiegła mimo ciążącego na niej prawnego, szczególnego obowiązku, przy czym dokonanie prawnokarnej oceny tej sytuacji komplikuje fakt, iż w relacji do zachowania owej osoby A pozostaje zachowanie osoby B, a oba te zachowania mają wpływ na stopień zagrożenia tego samego dobra prawnego. Zachodzić tu może zatem taki stan faktyczny, w którym zachowania innych osób albo sprzyjają wystąpieniu negatywnego skutku, albo – wbrew oczekiwaniom sprawcy – osoby trzecie nie zapobiegną skutkowi przestępnemu.

W doktrynie prawa karnego materialnego zobrazowany powyżej problem próbowano rozwiązać na wiele sposobów. Wśród nich na uwagę zasługuje przede wszystkim zagadnienie rozgraniczenia sfery odpowiedzialności oraz problematyka zakresu odpowiedzialności własnej sprawcy czynu zabronionego, jak również koncepcja przynależności skutku do prawnokarnego zakresu ochrony, która zdaje się cieszyć największą aprobatą na gruncie polskiej nauki prawa karnego materialnego.

Poczynając od zagadnienia rozgraniczenia sfery odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego, warto odwołać się do koncepcji Ottona Triffterera, który przesłanki obiektywnego przypisania podzielił na dwie grupy[15]. Pierwszą z owych grup nazwał „generalnym obiektywnym przypisaniem", drugą

[15] O. Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien-New York 1994, s. 144.

zaś „specjalnym obiektywnym przypisaniem". Różnica między nimi koncentrowała się przede wszystkim na tym, iż – co interesujące – „generalne obiektywne przypisanie" odnosiło się również do kryteriów dotyczących przestępstw formalnych oraz przestępstw materialnych zakończonych w stadium usiłowania, natomiast „specjalne obiektywne przypisanie" – jedynie do przestępstw materialnych w stadium dokonania. Triffterer wyróżnił również trzecią przesłankę – kryterium celu normy, którą nazywał także przesłanką „związku ryzyka". Właśnie na gruncie tego kryterium Triffterer widział możliwość rozwiązania tych problemów, które dotyczą ustalenia związku ryzyka w sytuacji, gdy między czynem osoby A i skutkiem przestępnym występuje zachowanie osoby B[16]. Jak wskazuje Ryszard Dębski, koncepcja Triffterera opierała się na uznaniu, iż związek ryzyka „pomiędzy czynem pierwszego [potencjalnego – przyp. aut.] sprawcy a dalszymi szkodami, do których przyczyniły się wadliwe zachowania osób trzecich", istnieje, „o ile stan niebezpieczeństwa spowodowany czynem pierwszego sprawcy nadal utrzymuje się jako moment zwiększający ryzyko"[17]. *A contrario* – Triffterer podkreślał również, iż w przypadku, gdy wadliwe zachowanie osoby trzeciej ma charakter umyślny lub posiada przymiot „ciężkiej nieostrożności", odrzucić należy związek ryzyka między czynem pierwszej osoby a negatywnym skutkiem.

Kolejną próbą rozwiązania omawianego problemu była zaproponowana w nauce niemieckiej koncepcja odpowiedzialności własnej sprawcy czynu zabronionego. Zgodnie z treścią tejże koncepcji każdy odpowiedzialny jest wyłącznie za własne zachowanie (działanie lub zaniechanie) – za zachowanie innej osoby nie może zatem ponosić jakiejkolwiek odpowiedzialności o charakterze prawnokarnym[18]. Pomijając wszelkie zawiłości, jakie pojawiły się w niemieckiej doktrynie prawa karnego, należy wspomnieć, iż do koncepcji (zasady) odpowiedzialności własnej odwoływano się również w polskiej literaturze karnistycznej. Jej obowiązywanie wywodzono z innej fundamentalnej zasady, zgodnie z którą prawo karne jest prawem czynu (czyn zajmuje centralne miejsce w tej gałęzi prawa), nie zaś prawem karnym sprawcy[19]. Na tej płaszczyźnie z kolei wysunięto słuszny wniosek, że dana osoba może odpowiadać tylko i wyłącznie za swoje czyny, a w odniesieniu

[16] Ibidem.

[17] R. Dębski, op. cit., s. 223.

[18] M. Bielski, *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, „Państwo i Prawo" 2005, nr 10, s. 75–89.

[19] I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 71; P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 50 i n.

do przestępstw skutkowych – jedynie za następstwa własnych czynów[20]. Zaczęto jednak zadawać pytanie, czy na gruncie tejże zasady do przypisania skutku potencjalnemu sprawcy czynu zabronionego konieczne jest ustalenie, że wyłączną przyczyną jego wystąpienia było urzeczywistnienie się niebezpieczeństwa wynikającego z bezprawnego zachowania owego sprawcy, czy też zasada ta jest zachowana również w takim przypadku, gdy bez urzeczywistnienia się niebezpieczeństwa wynikającego z zachowania potencjalnego sprawcy nie dochodzi do skutku przestępnego, nawet jeśli dalsze istnienie przebiegu przyczynowego jest determinowane urzeczywistnieniem niebezpieczeństwa wynikającego z zachowań osób trzecich. W doktrynie słusznie wskazano, iż przyjęcie pierwszej z wymienionych interpretacji prowadziłoby do wysoce nieintuicyjnych wniosków[21]. Przykładowo – można sobie wyobrazić hipotetyczny stan faktyczny, w którym osoba A (potencjalny sprawca przestępstwa materialnego) spełniła wszelkie pozytywne przesłanki obiektywnego przypisania, jednakże zapobiegnięcie skutkowi przestępnemu było potencjalnie możliwe jako rezultat również potencjalnego działania osoby B (którego jednak osoba ta zaniechała, w związku z czym doszło do urzeczywistnienia się niebezpieczeństwa wywołanego przez osobę A w ustawowo stypizowanym skutku). Jako że pierwsze ze wskazanych rozwiązań – opierające się na konieczności ustalenia, iż niebezpieczeństwo wynikające z zachowania potencjalnego sprawcy stanowi wyłączną przyczynę zaistniałego skutku – jest dość trudne do zaakceptowania na płaszczyźnie kryminalnopolitycznej, w doktrynie niemal jednoznacznie opowiedziano się za drugim stanowiskiem.

W polskiej nauce prawa karnego, mimo iż wspomniane wyżej teorie częściej lub rzadziej się pojawiały, największą aprobatą cieszy się koncepcja zaproponowana uprzednio w doktrynie niemieckiej przez Roxina, według którego problematyka obiektywnego przypisania nie wyczerpuje się w samym tylko kryterium podjęcia ryzykownego zachowania prowadzącego do urzeczywistnienia się negatywnego skutku. Zgodnie z twierdzeniem Roxina wskazać bowiem trzeba na tzw. drugi poziom obiektywnego przypisania, jaki stanowi kryterium przynależności skutku do prawnokarnego zakresu ochrony i na którym możliwe jest dalsze ograniczanie odpowiedzialności karnej potencjalnego sprawcy[22]. Jak wskazuje Giezek, twierdzenia Roxina

[20] M. Lipski, *Kolizja odpowiedzialności za przestępny skutek w przypadku współdziałania wielu osób w procesie leczenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2014, nr 12, [online] http://www.czpk.pl/preprinty/kolizja-odpowiedzialnosci-za-przestepny-skutek-w-przypadku-wspoldzialania-wielu-osob-w-procesie-leczenia [dostęp: 22.07.2018].

[21] R. Dębski, op. cit., s. 230.

[22] C. Roxin, op. cit., s. 18–19.

syntetycznie można ująć w następujący sposób: „Jeśli ktoś stworzył dla chronionego dobra prawnego niebezpieczeństwo, które się urzeczywistniło, a nie było uzasadnione dozwolonym ryzykiem, to przypisanie skutku i tak musi odpaść, jeśli przemawiają przeciwko niemu inne, wynikające z porządku prawnego względy”[23].

Idąc za tokiem rozumowania Roxina, w doktrynie polskiego prawa karnego materialnego wskazano na istnienie jeszcze jednej przesłanki, nazwanej przesłanką kolizji odpowiedzialności za skutek. Jak wskazuje Bielski, owa negatywna przesłanka obiektywnego przypisania odnosi się do tych sytuacji, w których mamy do czynienia z bezprawnymi zachowaniami co najmniej dwóch osób, przy czym zachowania te są od siebie całkowicie niezależne, ale łączą się ze sobą w taki sposób, że znajdują urzeczywistnienie w negatywnym skutku[24]. Innymi słowy, dotyczy ona tych sytuacji, w których do wystąpienia stypizowanego w ustawie skutku konieczna jest kumulacja zachowań co najmniej dwóch osób. Co oczywiste, takie ujęcie zwiększa grono potencjalnych sprawców przestępstwa, czyli osób, którym będzie można przypisać stypizowany w ustawie skutek. Z drugiej strony jednak możliwa jest sytuacja, gdy wykluczone będzie przypisanie skutku osobie, która jako pierwsza swoim działaniem sprowadziła niebezpieczeństwo dla dobra prawnego lub poprzez swoje zaniechanie takiemu niebezpieczeństwu nie zapobiegła.

Stosowanie przytoczonej wyżej koncepcji może jednak sprawiać liczne problemy interpretacyjne, zwłaszcza w aspekcie tych stanów faktycznych, w których niebezpieczeństwo grożące dobru prawnemu nie urzeczywistniłoby się w negatywnym skutku, gdyby nie miały miejsca przynajmniej dwa skumulowane zachowania różnych osób. Trudności rodzić może również sytuacja, w której bez owych skumulowanych zachowań skutek przestępny miałby zupełnie inną postać[25].

Należy zadać zatem pytanie, jakie warunki musi spełnić zachowanie osoby trzeciej, aby można było uznać je za negatywną przesłankę przypisania skutku potencjalnemu sprawcy, który jako pierwszy dopuścił się działania lub zaniechania sprzecznego z regułami postępowania z określonym dobrem prawnym. W doktrynie wskazuje się przede wszystkim, iż zachowanie takie musi mieć charakter nadmiernie ryzykowny, a zatem powinno ono naruszać obowiązujące w obrocie prawnym reguły ostrożności[26]. Podkreślić

[23] J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego...*, op. cit., s. 324.

[24] M. Bielski, *Obiektywne przypisanie...*, op. cit., s. 81.

[25] J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego...*, op. cit., s. 326.

[26] M. Królikowski, [w:] *Komentarz KK, cz. ogólna, 2011*, t. 1, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Nb 52 do art. 2.

należy przy tym, iż nie musi to być zachowanie o charakterze bezprawnym, gdyż osoba trzecia może również działać w sytuacji kontratypowej (choćby w obronie koniecznej lub w stanie wyższej konieczności). Nietrudno wyobrazić sobie bowiem hipotetyczną sytuację, w której jeden z lekarzy, wykonując czynność leczniczą niezgodnie z zasadami sztuki medycznej, sprowadza niebezpieczeństwo dla zdrowia niepoczytalnego pacjenta, a następnie drugi z lekarzy, przejmując obowiązki lekarza prowadzącego i odpierając zamach na własne życie, którego dopuścił się niepoczytalny pacjent, sprowadza niebezpieczeństwo, którego skutkiem jest ciężki uszczerbek na zdrowiu człowieka.

Jeżeli mowa jest o ryzykownych zachowaniach (działaniach lub zaniechaniach) osób trzecich, podkreślić należy, że Giezek zaproponował koncepcję, zgodnie z którą pod pewnymi warunkami dopuszczalna jest możliwość „przeniesienia" odpowiedzialności karnej na osobę trzecią[27]. Zadać należy zatem pytanie, jakie winny być owe warunki. Po pierwsze, osoba ta musi zachować się w sposób obiektywnie nieprawidłowy. Po drugie, na owej osobie trzeciej ciążyć musi obowiązek uchylenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. I po trzecie wreszcie – obowiązek ten zwykle związany jest z zawodem wykonywanym przez osobę trzecią, na przykład z zawodem lekarza[28]. W przypadku kumulacji zachowań zwiększających ryzyko podejmowanych przez co najmniej dwie osoby możliwe są zatem trzy warianty dotyczące odpowiedzialności karnej osoby A i osoby B:

1) Skutek zostanie przypisany osobie A i osobie B,
2) Skutek przypisany zostanie osobie A (potencjalnemu sprawcy),
3) Skutek przypisany zostanie osobie B (osobie trzeciej).

Aby rozwiązać prezentowany wyżej problem – a zatem dokonać wyboru jednego z wariantów przypisania odpowiedzialności karnej jednemu lub kilku potencjalnym sprawcom – należy przede wszystkim rozważyć, jaki charakter miało niebezpieczeństwo grożące dobru prawnemu, które urzeczywistniło się następnie w godzącym w owo dobro negatywnym skutku – czy było to niebezpieczeństwo statyczne, czy też dynamiczne. Charakter niebezpieczeństwa będzie bowiem pociągał za sobą możliwość (lub jej brak albo znaczne ograniczenie) odpowiedniej reakcji ze strony osoby trzeciej[29].

---

[27] J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego...*, op. cit., s. 329.

[28] Ibidem.

[29] Idem, *Przyczynowość hipotetyczna a prawnokarne przypisanie skutku*, „Przegląd Prawa Karnego" 1992, s. 45.

Poddając powyższe stwierdzenia konkretyzacji, stwierdzić należy, iż w sytuacji, gdy niebezpieczeństwo ma charakter statyczny (a zatem w chwili podejmowania obiektywnie nieprawidłowego zachowania już istnieje), a osoba trzecia nie reaguje właściwie, czyli podejmuje działanie sprzyjające wystąpieniu negatywnego skutku albo zaniechała zachowania, którego można było od niej oczekiwać, to takiej osobie możemy przypisać sprawstwo prawnokarnie relewantnego skutku. W przypadku niebezpieczeństwa o charakterze dynamicznym, kiedy sytuacja faktyczna rozwija się bardzo szybko, możliwe jest wyłączenie odpowiedzialności osoby trzeciej, jednak konieczna jest wnikliwa analiza charakteru i stopnia naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym zarówno po stronie sprawcy, jak i po stronie osoby włączającej się do przebiegu przyczynowego[30]. W doktrynie trafnie spostrzeżono, że w przypadku zagrożenia o charakterze statycznym mamy „mniej miejsca" na tolerowanie zachowań sprzecznych z regułami postępowania z dobrem przedstawiającym wartość społeczną niż w tych sytuacjach, w których zachodzi konieczność zareagowania na dynamicznie rozwijające się przebiegi przyczynowe wynikające z zachowania innej osoby[31]. Statyczne niebezpieczeństwo jest zwykle obiektywnie rozpoznawalne dla osoby, która na nie reaguje, dlatego też możemy jej postawić wyższe wymagania.

W przypadku przestępstw popełnionych przez zaniechanie zauważyć należy, że przypisanie skutku osobie A (potencjalnemu sprawcy) może „odpaść", jeżeli osoba trzecia temu skutkowi nie zapobiegła, mimo iż miała taką możliwość i ciążył na niej taki obowiązek. Jednakże w doktrynie prawa karnego materialnego pojawiły się liczne wątpliwości w tymże zakresie, ponieważ to właśnie osoba A swoim ryzykownym zachowaniem stwarza niebezpieczeństwo wystąpienia przestępnego skutku. Bielski słusznie wskazuje, że dochodzi tutaj do wyłączenia przypisania skutku na płaszczyźnie normatywnej: wtedy i tylko wtedy, gdy zachowanie osoby B (osoby trzeciej) o treści zgodnej z regułami postępowania może zapobiec powstaniu prawnokarnie relewantnego skutku z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością[32]. Mikołaj Małecki z kolei podkreśla, iż co do zasady zaniechanie nie jest predestynowane do zmiany przebiegu przyczynowego rozpoczętego łańcucha kauzalnego, należy więc z pełną ostrożnością dokonywać oceny co do ewentualnego wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy, który swoim działaniem rozpoczyna przebieg przyczynowy[33].

---

[30] Idem, *Teorie związku przyczynowego...*, op. cit., s. 330 i n.

[31] M. Bielski, *O potrzebie teoretycznej...*, op. cit., s. 277.

[32] Ibidem.

[33] M. Małecki, *Zbiegi i kolizje przypisania skutku*, [w:] *Obiektywne i subiektywne...*, op. cit., s. 334 i n.

Warto jednak zauważyć, iż proces uzasadniania przypisania sprawstwa osobie A lub wyłączania odpowiedzialności tejże osoby uzależniony jest w dużej mierze od tego, jak postrzegane jest samo zaniechanie – czy uznaje się, że ma ono charakter przyczynowy, czy też odmawia mu się przymiotu kauzalności. W doktrynie prawa karnego materialnego przewagę zyskuje drugie ze wskazywanych stanowisk, przyjmowane *de facto* jednomyślnie przez przedstawicieli krakowskiej szkoły prawa karnego. Przywołać należy tutaj pogląd Andrzeja Zolla, według którego zaniechania nie można wyjaśnić na płaszczyźnie ontologicznej, stanowi ono bowiem pewną bezczynność (brak działania) w kierunku wyznaczonym przez normę prawną, jest więc zjawiskiem z płaszczyzny normatywnej. Skutek z kolei stanowi pewną zmianę w świecie zewnętrznym – zaniechanie nie może zatem pozostawać z nim w związku przyczynowym[34]. Na tym założeniu opiera się również prezentowany powyżej pogląd Małeckiego. Należy zauważyć, iż takie ujęcie prezentował już wiele lat temu Władysław Wolter, który wskazywał, że zaniechanie w przeciwieństwie do działania nie ma swojego odpowiednika na gruncie ontologicznym[35]. Obecnie czynią to również Wojciech Patryas[36] oraz Jarosław Majewski[37]. Warte uwzględnienia jest także drugie – opozycyjne – stanowisko wyrażane w doktrynie w tym przedmiocie, zgodnie z którym zaniechanie ów przymiot przyczynowości również posiada. Wskazać należy tutaj na wypowiedź Tomasza Kaczmarka: „jak z braku tlenu w pomieszczeniu, w którym znalazł się człowiek, wyniknąć może dla niego bardzo wiele, […] tak samo w sferze ludzkich zachowań z braku działania powstać mogą równie istotne następstwa, jak z podjętego działania”[38]. Podobnie stwierdza Marian Cieślak, podkreślając, iż przyjęcie tezy o braku ontologicznego charakteru zaniechania musiałoby pociągać za sobą konieczność stwierdzenia, iż „dziura w bucie jest tylko brakiem skóry, a więc niczym, wobec czego nie istnieje, wobec czego but nie jest dziurawy”[39]. Na gruncie niniejszego artykułu zdystansowano się jednak od tejże problematyki – mimo iż pogląd Kaczmarka najbliższy jest jego autorce – i dokonano analizy wska-

[34] A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 48.

[35] W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.*, cz. I: *Część ogólna*, z. 1: *Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Kraków 1979, s. 92.

[36] W. Patryas, *Przyczynek do zagadnienia przyczynowości zaniechania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1992, nr 3, s. 9.

[37] J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 30.

[38] T. Kaczmarek, *Spory wokół przyczynowości zaniechania i przypisywania jego skutku*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 197.

[39] M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1994, s. 164.

zywanych niżej sytuacji faktycznych przez pryzmat obu prezentowanych w doktrynie prawa karnego stanowisk.

Niejako podsumowując, w doktrynie wskazuje się, iż obiektywne przypisanie skutku w przypadku problematyki włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności przebiegać powinno trójetapowo:

1) należy ocenić charakter i stopień naruszonych reguł postępowania przez wszystkich sprawców, którzy mieli wpływ na określony przebieg przyczynowy,
2) następnie dokonuje się oceny wpływu naruszenia reguł postępowania na urzeczywistnienie się niebezpieczeństwa w postaci prawnokarnie relewantnego skutku,
3) oraz – na koniec – wykazać trzeba, czy zachowanie osoby trzeciej miało zasadniczy wpływ na urzeczywistnienie się tego niebezpieczeństwa,

– przy czym dokonywanie owej oceny może być uzależnione od przyjęcia tezy o przyczynowości zaniechania lub jej odrzucenia.

3. Włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności przez lekarza popełniającego błąd medyczny

Poczynione powyżej ustalenia nie zawsze znajdują odzwierciedlenie na gruncie orzecznictwa polskich sądów karnych. Co ciekawe, w judykaturze pojawiły się stanowiska, wedle których włączenie się do cudzego zakresu odpowiedzialności uznaje się za okoliczność zmniejszającą poziom społecznej szkodliwości czynu. Zdarzały się również przypadki, kiedy społeczną szkodliwość czynu potencjalnego sprawcy uznawano za znikomą właśnie z uwagi na fakt, iż negatywnemu skutkowi powinna zapobiec osoba trzecia. Dziwić może także, iż niekiedy kryterium to uznaje się za czynnik mający wpływ na zmniejszenie stopnia zawinienia[40]. Niestety, cały czas sądy nie traktują tej przesłanki jako wyłączającej możliwość obiektywnego przypisania przestępnego skutku temu sprawcy, który jako pierwszy naruszył reguły postępowania z określonym dobrem prawnym.

W celu zobrazowania omawianej kwestii warto przedstawić będące przedmiotem rozstrzygnięć polskich sądów karnych *casusy*, na gruncie których aktualizuje się problem możliwości przypisania prawnokarnie relewantnego skutku popełniającemu błąd medyczny lekarzowi w przypadku włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności. Na początek potrzeb-

[40] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r. (sygn. akt III KK 33/2013).

ne będzie zdefiniowanie pojęcia błędu medycznego. W doktrynie prawa karnego materialnego wskazuje się, że jako błąd medyczny rozumieć należy naruszenie przez lekarza obowiązujących go reguł postępowania zawodowego wobec dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia człowieka[41]. Owo uchybienie regułom postępowania zawodowego stanowi właśnie podstawę do stwierdzenia naruszenia reguł ostrożności w postępowaniu z dobrem prawnym w rozumieniu prawa karnego oraz do przyjęcia, że zachowanie lekarza miało charakter nieprawidłowy. Warto również zaznaczyć, iż – co znalazło wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego – błąd medyczny może być popełniony zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie[42].

Poczynić można hipotetyczne założenie, że lekarz A popełnia czyn chronologicznie wcześniejszy, który obarczony jest błędem medycznym i wiąże się ze sprowadzeniem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego w postaci życia człowieka (lub z niezapobiegnięciem owemu niebezpieczeństwu). Jednakże, niejako sekwencyjnie, lekarz B podejmuje kolejne obiektywnie nieprawidłowe zachowanie, przez co zwiększa ryzyko wystąpienia śmiertelnego skutku lub sprowadza nowe źródło ryzyka wystąpienia tegoż skutku. Następnie, wobec kumulacji obu zachowań (działań lub zaniechań) ma miejsce zgon pacjenta.

Na tymże gruncie możliwe jest wyróżnienie – za Tomaszem Sroką – czterech podstawowych wariantów przebiegu przyczynowego[43]:

1) Lekarz A poprzez swoje działanie popełnia błąd medyczny, czym powoduje niebezpieczeństwo wystąpienia stypizowanego w ustawie karnej skutku. Następnie lekarz B również poprzez działanie zwiększa istniejące niebezpieczeństwo dla dobra prawnego albo powoduje nowe źródło niebezpieczeństwa wystąpienia tego samego skutku.

W powyższej sytuacji odpowiedzialność karną przypisać należy osobie B, a zatem osobie trzeciej, która włącza się do łańcucha kauzalnego rozpoczętego uprzednio przez potencjalnego sprawcę, gdyż wywołane przez osobę A niebezpieczeństwo nie urzeczywistniło się w negatywnym skutku. Na takim stanowisku stoi również judykatura: „Jeżeli […] przyjąć według koncepcji obiektywnego przypisania skutku, że zaistnienie przesłanki negatywnej w postaci jakiegoś zdarzenia od sprawcy niezależnego może zwiększyć ist-

[41] A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 28.

[42] G. Rejman, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1973–1974*, „Nowe Prawo" 1975, nr 7/8, s. 1079.

[43] T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie: problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 534 i n.

niejące ryzyko lub wprowadzić nowe ryzyko, to trzeba ustalić, że byłoby ono na tyle doniosłe, że wykluczałoby pierwotną możliwość przypisania skutku"[44]. Stanowisko takie przyjmuje oraz trafnie uzasadnia również Mikołaj Małecki, który – jeżeli chodzi o przypisanie skutku właśnie w przypadku włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności na gruncie tzw. lekarskiego prawa karnego – wyodrębnił kilka podstawowych zasad. Po pierwsze, Małecki stwierdził, że konieczne jest zidentyfikowanie faktycznej (w tym właśnie medycznej) przyczyny skutku[45]. Jeżeli zatem medyczną przyczyną śmierci pacjenta jest działanie osoby trzeciej, czyli tej, która włączyła się do już istniejącego przebiegu przyczynowego, a zachowanie osoby pierwszej nie miało wpływu na skutek finalny, to ten skutek należy przypisać osobie B, nawet jeśli osoba A naruszyła regułę postępowania z dobrem prawnym. Małecki podkreśla jednak, iż działanie osoby B może jedynie przyspieszyć zaistnienie prawnokarnie relewantnego skutku lub stanowić w istocie mało ważną przyczynę w określonym łańcuchu kauzalnym. Co więcej – możliwa jest również sytuacja, w której działania obu osób w równym stopniu przyczynią się do wystąpienia negatywnego skutku[46]. Wówczas należy „sięgnąć" po konstrukcję rzeczywistego zbiegu działań dwóch sprawców, o jakimkolwiek wyłączeniu sprawstwa nie może być bowiem mowy.

2) Lekarz A zaniechał wykonania swoich obowiązków, mimo że posiadał status gwaranta, a następnie lekarz B na skutek działania popełnia błąd medyczny, czym albo zwiększa istniejące już niebezpieczeństwo, albo sprowadza nowe źródło niebezpieczeństwa wystąpienia skutku.

Proces dokonywania oceny możliwości przypisania odpowiedzialności karnej uzależniony jest od uznania, czy zaniechanie jest bytem istniejącym obiektywnie i w związku z tym posiada przymiot przyczynowości, czy też nie ma charakteru kauzalnego. W przypadku akceptacji poglądu o przyczynowym charakterze zaniechania dokonywanie prawnokarnej oceny przebiegać będzie podobnie jak w pierwszym przypadku (sekwencyjnego podjęcia dwóch działań). Uznać zatem należy – akceptując tezę o równorzędności i kauzalnym podobieństwie obu form czynu – iż stworzone przez osobę A niebezpieczeństwo nie urzeczywistniło się w skutku przestępnym, nie stanowiło również medycznej przyczyny narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego lub jego naruszenia. Zakładając z kolei, iż zaniechanie nie ma cha-

[44] Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2012 r. (sygn. akt II AKa 43/12).

[45] M. Małecki, op. cit., s. 330.

[46] Ibidem, s. 333.

rakteru przyczynowego, warto przypomnieć, że w literaturze podkreśla się, iż działanie, w przeciwieństwie do zaniechania, jest naturalnie predestynowane do zmiany przebiegu kauzalnego zdarzenia, a zatem także do modyfikacji medycznej przyczyny negatywnego skutku dla życia lub zdrowia pacjenta[47]. Konsekwencją tego założenia będzie zatem stwierdzenie, iż osoba A poniesie odpowiedzialność karną tylko za to, co wydarzyło się w związku z jej zaniechaniem przed ingerencją osoby B w łańcuch kauzalny, bowiem to działanie osoby B dynamizuje przebieg przyczynowy.

Warto przytoczyć dość interesujący *casus* celem zobrazowania powyższego wariantu odpowiedzialności karnej. Kobieta cierpiąca na cukrzycę została poddana zabiegowi z zakresu chirurgii okulistycznej. Anestezjolog przed zabiegiem skontrolował poziom cukru we krwi pacjentki, ale w trakcie ponownie tego nie uczynił. Już po operacji, kiedy pacjentkę przewożono na salę, anestezjolog został wezwany do innego chorego celem udzielenia pomocy. Pacjentka z cukrzycą trafiła pod opiekę pielęgniarek, po czym nastąpiło pogorszenie jej stanu zdrowia. Wezwano lekarkę, która podjęła próbę oznaczenia poziomu cukru we krwi, ale glukometr wskazał poziom niemożliwy do oznaczenia. Lekarka niestety nie zdecydowała się na skorzystanie z laboratorium, a występujące objawy uznała za objawy hiperglikemii, podczas gdy pacjentka cierpiała na hipoglikemię. Podano insulinę, co doprowadziło do śpiączki i następnie śmierci pacjentki. Biegli wskazali, że anestezjolog popełnił błąd medyczny w postaci zaniechania monitorowania poziomu cukru we krwi, lekarka natomiast – błąd w postaci działania i nieprawidłowego oznaczenia poziomu cukru we krwi[48].

Wydaje się oczywiste, że powyższa sytuacja stanowi klasyczny niemal przypadek eliminującego odpowiedzialność karną potencjalnego sprawcy włączenia się osoby trzeciej do łańcucha przyczynowego. Dziwi zatem stanowisko sądu orzekającego, który obu lekarzom przypisał przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci popełnione we współdziałaniu. Tymczasem – jak słusznie wskazuje Tomasz Sroka – „lekarce na oddziale winien zostać przypisany skutek śmiertelny z art. 155 k.k., zaś anestezjologowi […] mógłby być przypisany co najwyżej skutek z art. 160 k.k.”[49].

3) Lekarz A podjął działanie stanowiące błąd medyczny, czym spowodował niebezpieczeństwo wystąpienia stypizowanego w ustawie skutku, lekarz B natomiast (mimo ciążących na nim obowiązków gwaranta) zaniechał

[47] Ibidem, s. 331.

[48] Wyrok Sądu Rejonowego dla Krakowa Krowodrzy w Krakowie (sygn. akt II K 851/01/K); por. T. Sroka, op. cit., s. 537.

[49] Ibidem, s. 538.

wykonania swojego obowiązku, przy czym finalnie doszło do wystąpienia skutku w związku z niebezpieczeństwem wywołanym przez lekarza A.

Aby rozstrzygnąć prezentowany problem, warto i tutaj odwołać się do mającego miejsce w rzeczywistości kazusu. Stan faktyczny prezentował się – skrótowo – w następujący sposób: do szpitala przewieziono pobitego mężczyznę. Lekarz po krótkim badaniu diagnostycznym zwolnił pacjenta i zaniechał jakichkolwiek działań leczniczych. Po pewnym czasie pacjent na skutek wylewu wewnętrznego zmarł[50]. Co prawda na gruncie tegoż kazusu niebezpieczeństwo pierwotnie nie zostało sprowadzone przez lekarza, ale przez działania innych sprawców, nie ma to jednak większego znaczenia przy analizowaniu zależności przyczynowo-skutkowych.

Również w tym przypadku przebieg analizy możliwości przypisania sprawstwa osobie A lub B uzależniony jest od przyjmowanej koncepcji zaniechania. Przeciwnicy uznania przyczynowości zaniechania podkreślają, iż faktyczny brak interwencji gwaranta w dane zdarzenie nigdy nie jest w stanie zniweczyć czy istotnie zmodyfikować rzeczywistego związku kauzalnego między pierwotnym działaniem innej osoby a urzeczywistniającym się w jego rezultacie niebezpieczeństwem dla dobra prawnego, które pociągnęło za sobą ustawowo stypizowany skutek[51]. Ponownie warto przywołać tutaj stanowisko Małeckiego, zgodnie z którym zaniechanie nie jest predestynowane do zmiany przebiegu przyczynowego analizowanego łańcucha kauzalnego. W takim ujęciu nawet ewentualny błąd medyczny popełniony przez lekarza nie mógł zatem ani wyłączyć, ani nawet ograniczyć odpowiedzialności sprawców za zaistniały skutek przestępny.

Z drugiej jednak strony przyznanie racji zwolennikom tezy o przyczynowości zaniechania pociągnie za sobą konieczność analizy hipotetycznego przebiegu przyczynowego. Odpowiedzialność karną przypiszemy lekarzowi B wówczas, gdy uznamy, że wypełnienie ciążącego na nim obowiązku działania z bardzo dużym prawdopodobieństwem pozwoliłoby uniknąć wystąpienia negatywnego skutku. Na konieczność analizy hipotetycznego przebiegu przyczynowego poprzez swoiste „podstawienie" w procesie myślowym zachowania alternatywnego w miejsce bezprawnego zaniechania wskazywał przede wszystkim Giezek, który podkreślał, że „skutek należy sprawcy przypisać, jeśli z prawdopodobieństwem sięgającym granic pewności nie zostałby on wywołany w przypadku zgodnego z prawem zachowania alter-

[50] Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Mokotowa z dnia 24 maja 2006 r. (sygn. akt II K 1045/99); por. T. Sroka, op. cit., s. 549.

[51] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2006 r. (sygn. akt III AKa 89/06).

natywnego, czyli takiego, które nie stwarzałoby zbyt dużego ryzyka jego wystąpienia”[52]. Sprawstwa przestępnego skutku nie można natomiast przypisać, jeżeli z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością wystąpiłby on również w przypadku zachowania alternatywnego. Innymi słowy, odpowiedzialność karną osoby A, która swoim działaniem rozpoczyna łańcuch kauzalny, należałoby wyłączyć wówczas, gdyby zaniechane działanie osoby B z wysokim prawdopodobieństwem zapobiegło wystąpieniu ustawowo stypizowanego skutku.

4) Lekarz A zaniechał wykonania ciążących na nim obowiązków gwaranta w związku z istniejącym niebezpieczeństwem wystąpienia negatywnego skutku, a następnie lekarz B w takiej samej sytuacji ciążących na nim obowiązków gwaranta również zaniechał działania.

W powyższym przypadku przyjąć można rozwiązanie oparte na analizie łańcucha kauzalnego bezprawnych zaniechań (w razie akceptacji tezy o przyczynowości zaniechania). Wówczas analiza odpowiedzialności lekarza A powinna być uzupełniona o analizę odpowiedzialności karnej lekarza B, czyli – innymi słowy – konieczne jest stwierdzenie, czy wypełnienie obowiązku działania pozwoliłoby z wysokim prawdopodobieństwem uniknąć negatywnego skutku. Stwierdzenie, iż owo prawdopodobieństwo zapobieżenia negatywnemu skutkowi oznaczyć możemy jako wysokie, pociąga za sobą konieczność wykluczenia możliwości przypisania sprawstwa lekarzowi A. Tomasz Sroka słusznie wskazuje: „stwierdzenie, że osobie B nie można przypisać określonego skutku przestępnego z uwagi na fakt, iż analiza hipotetycznego przebiegu przyczynowego prowadzi do wniosku, że wykonanie przez osobę B ciążących na niej obowiązków nie pozwoliłoby z odpowiednim prawdopodobieństwem uniknąć wystąpienia skutku przestępnego, nie prowadzi do przejęcia odpowiedzialności za tenże skutek przez osobę B, otwierając tym samym możliwość przypisania skutku osobie A, co będzie możliwe w razie wykazania, iż wykonanie przez osobę A ciążących na niej obowiązków pozwoliłoby z dużym (wysokim) prawdopodobieństwem uniknąć skutku przestępnego)”[53]. Innymi słowy, w przypadku opowiedzenia się za przyczynowym charakterem zaniechania konieczna jest analiza przebiegu przyczynowego oraz dokonanie swoistej kalkulacji stopnia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego stworzonego przez bezprawne zaniechanie, a także stwierdzenie, czy drugie z zaniechanych sekwencyjnie

[52] J. Giezek, *Zgodne z prawem zachowanie alternatywne jako kryterium przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 58.

[53] T. Sroka, op. cit., s. 543.

przez różne osoby działań mogło z wysokim prawdopodobieństwem zapobiec negatywnemu skutkowi.

Z drugiej strony, nie akceptując tezy o przyczynowym charakterze zaniechania, wyraża się również stanowisko, że możliwy jest tutaj tzw. klasyczny zbieg odpowiedzialności kilku podmiotów za ten sam skutek przestępny[54]. Przykładem takiego zbiegu może być sekwencyjne zaniechanie w postaci nieudzielenia pomocy pacjentowi, przy czym każdy z będących gwarantem lekarzy mógł jej udzielić i zapobiec skutkowi, a żaden tego nie uczynił. Małecki – celem zobrazowania rzeczywistego zbiegu odpowiedzialności – przywołuje *casus*, w którym kilku lekarzy sekwencyjnie zaniechało działania mającego na celu zapobieżenie śmierci pacjenta, przy czym sprawowali oni opiekę nad tym samym pacjentem w związku z tą samą jednostką chorobą w całym procesie leczenia. Małecki wskazuje, iż „wytypowanie" jednej osoby jako sprawcy przestępnego skutku prowadziłoby do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby „w zasadzie przypadkowej. Było bowiem kwestią czystej loterii, który lekarz bądź ratownik medyczny miał kontakt z potrzebującą pomocy osobą w pierwszej kolejności"[55]. Autor wskazał również, iż każda z osób naruszyła normę postępowania, a przestępny skutek stanowił rezultat zaniechania każdej z nich.

Zakończenie

Zagadnienie włączenia się do cudzego zakresu odpowiedzialności na gruncie prawa karnego materialnego nie jest z pewnością łatwe do stosowania w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Nie istnieje bowiem jedna norma prawna ani nawet zbiór takich norm, które mogłyby wskazać organowi stosującemu prawo, w jaki sposób przeprowadzać proces oceny co do ewentualnej możliwości przypisania odpowiedzialności karnej jednemu ze sprawców, którzy kolejno – swoim działaniem lub zaniechaniem – naruszyli reguły postępowania z dobrem prawnym, co urzeczywistniło się ostatecznie w przestępnym skutku. Proces dokonywania tejże oceny dodatkowo może się komplikować na gruncie tzw. lekarskiego prawa karnego, świadczenia zdrowotne wykonywane są bowiem nader często w zespołach medycznych złożonych z kilku, a nawet kilkunastu czy kilkudziesięciu osób.

Biorąc pod uwagę ustalenia poczynione w niniejszej pracy, należy stwierdzić, że organ stosujący prawo powinien dokonać analizy czterech zasadniczych kwestii. Pierwszą z nich jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy do

[54] M. Małecki, op. cit., s. 336 i n.
[55] Ibidem, s. 337–338.

zaistnienia przestępnego skutku w jakikolwiek sposób przyczyniła się tylko jedna osoba, czy też osób tych było więcej. Jeżeli organ procesowy uzna, że przebieg przyczynowy mógł być w jakikolwiek sposób zmodyfikowany przez osobę inną niż potencjalny sprawca, który ów przebieg rozpoczął, należy rozstrzygnąć kwestie kolejne. Po pierwsze – ocenić charakter i stopień naruszonych reguł postępowania przez wszystkich sprawców, którzy mieli wpływ na określony przebieg przyczynowy. Po drugie – wskazać, jaki był wpływ owego naruszenia reguł postępowania na urzeczywistnienie się niebezpieczeństwa w postaci prawnokarnie relewantnego skutku. Po trzecie – rozstrzygnąć, zachowanie którego z potencjalnych sprawców miało zasadniczy wpływ na urzeczywistnienie się tego niebezpieczeństwa.

Podczas analizy dotyczącej ewentualnej odpowiedzialności karnej potencjalnych sprawców oraz jej kształtu należy mieć na uwadze również to, czy dane zachowanie miało postać działania, czy też zaniechania. W wielu przypadkach pomocne będzie także opowiedzenie się za jedną z przedstawianych w doktrynie koncepcji zaniechania – teorią przyznającą zaniechaniu charakter kauzalny lub odmawiającą mu cechy przyczynowości. W doktrynie prawa karnego materialnego podkreśla się niejednokrotnie, iż to właśnie działanie jest „naturalnie predystynowane" do zmiany przebiegu przyczynowego, cechy tej nie posiada natomiast zaniechanie. Organ procesowy powinien jednak wziąć pod uwagę to, że zaniechanie jest jedną z postaci czynu, w tym czynu zabronionego, a spory co do jego ontologicznego lub jedynie normatywnego charakteru oraz przyczynowości po dziś dzień nie zostały ostatecznie rozwiązane. Zaniechania nie można zatem całkowicie „pomijać", analizując przebieg przyczynowy zdarzenia prowadzącego do przestępnego skutku. Jeżeli opowiemy się za tezą o braku przyczynowości zaniechania, to wówczas rolą sądu orzekającego będzie stwierdzenie, czy zaniechanie osoby trzeciej mogło z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zmienić przebieg kauzalny prowadzący do negatywnego skutku. Jeżeli jednak stwierdzimy, że zaniechanie ma charakter kauzalny – pomocne będzie sięgnięcie do koncepcji zachowania alternatywnego oraz przeanalizowanie hipotetycznych przebiegów przyczynowych.

Trzeba również przypomnieć, iż kolejną zasadniczą kwestią konieczną do rozstrzygnięcia przez organ stosujący prawo będzie ustalenie charakteru niebezpieczeństwa, jakie groziło dobru prawnemu w chwili podejmowania zachowania (działania lub zaniechania) przez osobę włączającą się do łańcucha kauzalnego rozpoczętego uprzednio przez inną osobę. Jeżeli bowiem niebezpieczeństwo takie ma charakter dynamiczny, należy rozważyć, czy można od danej osoby wymagać, by zareagowała zgodnie z obowiązują-

cymi regułami ostrożności. Jeżeli postawienie takiej osobie owego wymagania nie będzie możliwe, „odpadnie" również możliwość przypisania jej skutku, który finalnie miał miejsce.

Podsumowując, wypada się zgodzić z Tomaszem Sroką, który stwierdził, że „podczas analizy hipotetycznego przebiegu przyczynowego należy uwzględnić również pewien kontekst społeczny ustalania możliwości określonego skutku"[56], w tym także medyczne przyczyny jego zaistnienia. Dokonując prawnokarnej oceny zachowań potencjalnych sprawców przestępstwa materialnego, należy mieć bowiem na uwadze całokształt okoliczności faktycznych, jakie do tego zdarzenia doprowadziły, oraz charakter przebiegów przyczynowych występujących między poszczególnymi zachowaniami, a także między nimi i finalnym skutkiem.

Involvement in Someone Else's Scope of Responsibility as a Negative Premise for an Objective Attribution of the Effect for Failure to Treat on the Background of the Case Law of Polish Criminal Courts

Abstract

The article concerns a negative premise of an objective assignment of criminal responsibility, which is the inclusion of someone else in the scope of responsibility. The author illustrates a lot of situations in which there is a collision of responsibility of at least two people for one criminal effect. The purpose of the article is to answer the question when the perpetrator can be attributed with criminal liability for a material crime if – in the case of criminal liability for the medical error – successive perpetrators gradually proceed to action or omission. First of all, the article refers to the problem of intersecting the activity of many entities in the social reality. Another issue is the separation of the risk sphere associated with the behaviour of the person starting the causative course and another person who joined the causal course. Then, there is discussed the issue of the criterion of belonging to the criminal law scope of protection and – as a consequence – the problem of conflict of responsibility for the effect in the case of sequential occurrence of independent behaviours of at least two different persons. There is also a discussion of the nature of danger (static or dynamic) with regard to the possibility of attributing responsibility to the person starting the causal course and to another person. In the last part of the article, the above-mentioned problems were made on the level of the criminal physician's responsibility for a predicate offense whose essence is a medical error. The author presents a series of situations that took place in the jurisprudence of Polish criminal courts and tries to decide whether it would be possible to exclude criminal liability of the perpetrator who initiated the chain of causal actions or omissions.

[56] T. Sroka, op. cit., s. 567.

KEYWORDS

criminal responsibility of the doctor, objective assignment of effect, rules of caution, joining in someone else's scope of responsibility, accumulation of criminal behaviour

BIBLIOGRAFIA

LITERATURA PRZEDMIOTU

1. Andrejew I., *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988.
2. Bielski M., *O potrzebie teoretycznej, dogmatycznej i kryminalnopolitycznej refleksji nad negatywnymi przesłankami obiektywnego przypisania skutku przestępnego*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.
3. Bielski M., *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, „Państwo i Prawo" 2005, nr 10.
4. Dębski R., *O tzw. negatywnych przesłankach obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.
5. Giezek J., *Przyczynowość hipotetyczna a prawnokarne przypisanie skutku*, „Przegląd Prawa Karnego" 1992.
6. Giezek J., *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje obiektywnego przypisania*, [w:] *System prawa karnego*, t. 3: *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013.
7. Kaczmarek T., *Wybrane aspekty ontologicznych i normatywnych podstaw przypisania skutku*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2004, nr 4/4.
8. Kardas P. , *W poszukiwaniu tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.
9. *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2012.
10. *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
11. *Komentarz do kodeksu karnego, cz. ogólna*, t. 1, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011.
12. Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002.
13. Lipski M., *Kolizja odpowiedzialności za przestępny skutek w przypadku współdziałania wielu osób w procesie leczenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2014, nr 12.
14. Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998.
15. Małecki M., *Zbiegi i kolizje przypisania skutku*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.
16. Rejman G., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1973–1974*, „Nowe Prawo" 1975, nr 7/8.
17. Roxin C., *Problematyka obiektywnego przypisania*, [w:] *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały Polsko-Niemieckiego Sympozjum Prawa Karnego, Karpacz, maj 1990*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990.
18. Triffterer O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien–New York 1994.

Orzecznictwo

1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r. (sygn. akt III KK 33/2013).
2. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 czerwca 2012 r. (sygn. akt II AKa 43/12).
3. Wyrok Sądu Rejonowego dla Krakowa Krowodrzy w Krakowie (sygn. akt II K 851/01/K).
4. Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Mokotowa z dnia 24 maja 2006 r. (sygn. akt II K 1045/99).
5. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 kwietnia 2006 r. (sygn. akt III AKa 89/06).

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 123–135
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.07

Dagmara Dragan

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: dagmaradragan@gmail.com

data zgłoszenia: 5.01.2018
data przyjęcia do druku: 25.07.2018

Prawne aspekty tworzenia, utrzymywania i finansowania zapasów gazu ziemnego

Streszczenie

Obowiązek tworzenia i utrzymywania zapasów gazu ziemnego nałożony przez ustawodawcę na przedsiębiorstwa energetyczne jest jednym z najważniejszych aspektów bezpieczeństwa energetycznego Polski. Prawidłowe wywiązywanie się z tego obowiązku ma być gwarancją zapewnienia równowagi dostaw surowca, co ma kluczowe znaczenie nie tylko dla polskiej gospodarki, ale także dla odbiorców w gospodarstwach domowych. W niniejszym artykule omówione zostają najważniejsze aspekty prawne dotyczące tworzenia, utrzymywania i finansowania zapasów gazu ziemnego w kontekście nowelizacji ustawy o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego z 2016 i 2017 roku, w szczególności wskazuje się na możliwości wywiązywania się przez przedsiębiorstwa energetyczne z nałożonych na nie obowiązków i ocenia się te możliwości.

Słowa kluczowe

obowiązek utrzymywania zapasów gazu ziemnego, zapasy gazu ziemnego, magazyny gazu ziemnego, prawo energetyczne, magazynowanie gazu

Wstęp

Bezpieczeństwo i stabilność dostaw gazu ziemnego uznaje się za jeden z najważniejszych elementów bezpieczeństwa państwa. Ustawa – Prawo energetyczne[1] definiuje pojęcie bezpieczeństwa energetycznego jako stan gospo-

[1] Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (DzU z 2017, poz. 220 t.j.).

darki umożliwiający pokrycie bieżącego i perspektywicznego zapotrzebowania odbiorców na paliwa i energię w sposób technicznie i ekonomicznie uzasadniony, przy zachowaniu wymagań ochrony środowiska[2]. Polski rynek gazu ziemnego opiera się w największej mierze na imporcie tego nośnika z jednego kierunku. W 2015 roku import gazu ziemnego z kierunku wschodniego, realizowany w ramach długoterminowego kontraktu zawartego pomiędzy PGNiG SA i OOO Gazprom Eksport (tzw. kontrakt jamalski), wyniósł około 73% całkowitego importu tego surowca do kraju i jednocześnie pokrył aż 54% całkowitego zapotrzebowania na gaz ziemny w Polsce[3]. Tak duże uzależnienie od dostaw tego surowca z jednego kierunku stanowi poważne zagrożenie dla stabilności zaopatrzenia polskich odbiorców w gaz ziemny zarówno w zakresie zapotrzebowania bieżącego, jak i perspektywicznego. Biorąc dodatkowo pod uwagę obecną sytuację geopolityczną w Europie Środkowo-Wschodniej, konieczne jest podjęcie szeregu działań mających na celu zapobieżenie zagrożeniu związanemu z przerwaniem dostaw gazu ziemnego. Takimi rozwiązaniami są między innymi budowa terminalu regazyfikacyjnego w Świnoujściu oraz dążenie do dalszej dywersyfikacji kierunków dostaw gazu ziemnego do Polski, którego przejawem jest nowe rozporządzenie dywersyfikacyjne[4], przewidujące między innymi dostosowanie poziomu dywersyfikacji dostaw do okresu obowiązywania długoterminowego kontraktu PGNiG SA i OOO Gazprom Eksport oraz zwolnienie z obowiązku dywersyfikacyjnego terminalu regazyfikacyjnego w Świnoujściu.

Jednym z kluczowych działań zapobiegających zagrożeniu pokrycia zapotrzebowania na gaz ziemny, obok wyżej wspomnianych, jest nałożenie przez ustawodawcę na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązku tworzenia i utrzymywania zapasów gazu ziemnego. Jak wskazuje Marcin Nowacki, przepisy te wprowadzają ograniczenie w swobodzie przepływu towarów i niewątpliwie ograniczają swobodę działalności gospodarczej, ale zostały one uzasadnione obowiązkiem zapewnienia na terytorium Polski bezpieczeństwa dostaw ropy naftowej i gazu[5]. Obowiązek tworzenia i utrzymywania zapasów gazu ziemnego to obowiązek mający na celu zapewnienie zaopatrzenia Rzeczypospolitej Polskiej w gaz ziemny oraz minimalizację skutków zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa, wystąpienia

[2] Ibidem, art. 3, pkt 16.

[3] Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z lipca 2016 r., s. 90.

[4] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2017 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy (DzU 2017, poz. 902).

[5] M. Nowacki, *Prawne aspekty bezpieczeństwa energetycznego w UE*, Warszawa 2010, s. 230.

sytuacji awaryjnej w sieci gazowej, a także nieprzewidzianego wzrostu zużycia gazu ziemnego[6]. Obowiązek ten reguluje ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (dalej: u.z.r.n.)[7], która jest efektem europejskiej polityki bezpieczeństwa ujętej w kilku aktach prawnych: Dyrektywie Rady z dnia 24 lipca 1973 roku w sprawie środków zmniejszania skutków trudności w dostawach ropy naftowej i produktów ropopochodnych (Dz.U.UE.L.1973.228.1 z dnia 16 sierpnia 1973 roku), Dyrektywie 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 roku dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego, uchylającej dyrektywę 98/30/WE (Dz.U.UE.L.2003.176.57 z dnia 15 lipca 2003 roku), Dyrektywie Rady 2004/67/WE z dnia 26 kwietnia 2004 roku dotyczącej środków zapewniających bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego (Dz.U.UE.L. 2004.127.92 z dnia 29 kwietnia 2004 roku) oraz Dyrektywie Rady 2006/67/WE z dnia 24 lipca 2006 roku nakładającej na państwa członkowskie obowiązek utrzymywania minimalnych zapasów ropy naftowej lub produktów ropopochodnych (Dz.U.UE.L.2006.217.8 z dnia 8 sierpnia 2006 roku). U.z.r.n. stanowi implementację wyżej wymienionych aktów prawnych UE, wprowadzających rygorystyczne zasady bezpieczeństwa zaopatrzenia w surowce.

W niniejszym artykule omawiam najważniejsze aspekty prawne dotyczące tworzenia, utrzymywania i finansowania zapasów gazu ziemnego, w szczególności wskazuję na możliwości wywiązywania się przez przedsiębiorstwa energetyczne z nałożonych na nie obowiązków i oceniam te możliwości.

1. Obowiązek utrzymywania zapasów gazu ziemnego w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym

Zgodnie z art. 24 ust. 1 i 1a u.z.r.n. do utrzymywania zapasów gazu ziemnego zobowiązani są: przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą i podmiot dokonujący przywozu gazu ziemnego, natomiast w zakresie skroplonego gazu ziemnego dostarczanego do terminalu regazyfikacyjnego w Świnoujściu –

[6] Art. 24 ust. 1 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (DzU z 2017, poz. 1210 t.j. ze zm.).

[7] DzU z 2016, poz. 1899 t.j.

podmiot, który korzysta z usług regazyfikacji lub przeładunku skroplonego gazu ziemnego na podstawie umowy z operatorem terminalu i którego zregazyfikowany gaz ziemny jest wprowadzany do sieci przesyłowej lub przeładowywany na inne środki transportu. Zakres podmiotowy obowiązywania u.z.r.n. został istotnie rozszerzony Ustawą z dnia 22 lipca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw[8], która usunęła możliwość uzyskania zwolnienia z tego obowiązku przez tzw. małych sprzedawców, których liczba odbiorców nie jest większa niż 100 tys., a przywóz gazu ziemnego nie przekracza w ciągu roku kalendarzowego 100 mln m^3 (zmiana art. 24 u.z.r.n.). Obowiązek utrzymywania zapasów gazu ziemnego dotyczy obecnie także jego przywozu na własne potrzeby. Faktycznie nowelizacja u.z.r.n. nałożyła ten obowiązek na wszystkie podmioty dokonujące przywozu gazu ziemnego, z wyjątkiem PGNiG SA, które było nim objęte jeszcze przed dniem jej wejścia w życie. Rozszerzenie zakresu podmiotowego obowiązku utrzymywania zapasów gazu ziemnego z pewnością spowoduje wzrost zapotrzebowania na usługi magazynowania tego surowca. Należy się także spodziewać wzrostu średnich cen gazu ziemnego dla odbiorców końcowych.

Wyżej wymienione podmioty mają obowiązek utrzymywania zapasów gazu ziemnego w wielkości odpowiadającej co najmniej 30-dniowemu średniemu dziennemu przywozowi tego gazu. Wielkość ta, zgodnie z art. 25 ust. 1 u.z.r.n., ustalana jest przez przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą oraz podmiot dokonujący przywozu gazu ziemnego do dnia 30 kwietnia każdego roku. Podstawą do jej ustalenia są dane dotyczące ilości gazu ziemnego przywiezionego przez przedsiębiorstwo w okresie od 1 kwietnia roku poprzedzającego roku ubiegły do 31 marca roku ubiegłego. Następnie dane te są przedkładane Prezesowi Urzędu Regulacji Energetyki, który dokonuje ich weryfikacji w terminie do 30 września danego roku. Można więc zauważyć pewną kolizję dat, która z pewnością będzie znacząco utrudniać realizację obowiązku utrzymywania zapasów gazu ziemnego. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, iż rok gazowy (okres od 1 października danego roku do 30 września roku następnego) nie pokrywa się z rokiem magazynowym (okres od 15 kwietnia danego roku do 15 kwietnia roku następnego[9]). Dodatkowo okres, za który Prezes URE ustala wielkość zapasów gazu ziemnego dla danego przedsiębiorstwa energetycznego, tj. okres od 1 kwietnia do 31 marca, także nie jest tożsamy z rokiem magazynowym.

[8] DzU z 2016, poz. 1165.

[9] *Harmonogram procedury udostępniania nowych zdolności magazynowych w Grupie Instalacji Magazynowych Sanok (GIM Sanok) Gas Storage Poland*, Warszawa 2017.

Pewne problemy związane były również z interpretacją przepisu przejściowego, jakim jest art. 37 ustawy z 22 lipca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo energetyczne i niektórych innych ustaw. Początkowo ustawa nie wskazywała terminu końcowego okresu, który miał być brany pod uwagę przy ustalaniu wielkości zapasów na okres od 1 października 2017 roku do 30 września 2018 roku ani nie przewidywała wystąpienia przez przedsiębiorstwa do Prezesa URE z wnioskiem o weryfikację wielkości tych zapasów. Kwestię tę próbował rozstrzygnąć Prezes URE w swoim stanowisku wyrażonym w piśmie z dnia 17 sierpnia 2016 roku skierowanym do Ministra Energii[10], zgodnie z którym art. 37 Nowelizacji Ustawy o zapasach z 22 lipca 2016 roku „to przepis przejściowy, na podstawie którego Prezes URE – jak się zdaje z urzędu – ustalić ma wielkość zapasów obowiązkowych gazu ziemnego, które podmioty nieutrzymujące tych zapasów w dniu 2 września br. obowiązane będą utrzymywać w okresie od dnia 1 października 2017 roku do dnia 30 września 2018 roku". Ostatecznie oba wskazane problemy rozwiązane zostały po dwukrotnej nowelizacji ustawy z 22 lipca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo energetyczne i niektórych innych ustaw.

2. Sposoby realizacji przez przedsiębiorstwa energetyczne obowiązku w zakresie tworzenia i utrzymywania zapasów gazu ziemnego

U.z.r.n. przewiduje trzy sposoby realizacji obowiązku tworzenia i utrzymywania zapasów gazu ziemnego:

1) utrzymywanie zapasów na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w instalacjach magazynowych przyłączonych do systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego gazowego, zgodnie z art. 24 ust. 3 u.z.r.n.,
2) utrzymywanie zapasów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej: na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w instalacjach magazynowych przyłączonych do systemu gazowego, zgodnie z art. 24a ust. 1 u.z.r.n.,
3) zlecenie wykonywania zadań w zakresie utrzymywania zapasów obowiązkowych gazu ziemnego innemu przedsiębiorstwu energetycznemu wykonującemu działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą lub podmiotowi dokonującemu przywozu gazu ziemnego – w ramach tzw. usługi biletowej, zgodnie z art. 24b ust. 1.

[10] [online] https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12284600/12348835/12348836/dokument252862.pdf [dostęp: 25.07.2018].

Poniżej opisano każde z powyższych rozwiązań, ze wskazaniem na możliwe wady i zalety ich zastosowania.

2.1. Utrzymywanie zapasów obowiązkowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Stosownie do art. 24 ust. 3 u.z.r.n. zapasy obowiązkowe gazu ziemnego utrzymuje się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w instalacjach magazynowych przyłączonych do gazowego systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2–3 u.z.r.n. przedsiębiorstwo zobowiązane:

a) utrzymuje zapasy obowiązkowe w instalacjach magazynowych, których parametry techniczne zapewniają możliwość dostarczenia ich całkowitej ilości do systemu gazowego w okresie nie dłuższym niż 40 dni oraz
b) przedstawia OSP lub operatorowi systemów połączonych gazowych charakterystykę instalacji magazynowej, w której utrzymuje zapasy obowiązkowe gazu ziemnego, w celu weryfikacji technicznych możliwości dostarczenia zapasów tego gazu do systemu gazowego.

W przypadku stwierdzenia, że parametry techniczne instalacji magazynowych nie zapewniają możliwości dostarczenia zapasów obowiązkowych gazu ziemnego do systemu gazowego w okresie nie dłuższym niż 40 dni, operator systemu przesyłowego gazowego lub operator systemu połączonego gazowego powiadamia o tym fakcie Prezesa URE w terminie 7 dni (art. 24 ust. 3b u.z.r.n.).

Operatorem Systemu Magazynowania w Polsce w stosunku do magazynów gazu będących własnością PGNiG SA jest Gas Sorage Poland sp. z o.o. (dalej: GSP). GSP eksploatuje obecnie siedem magazynów gazu wysokometanowego przyłączonych do sieci przesyłowej[11]. Zgodnie z danymi publikowanymi przez Prezesa URE GSP jest aktualnie jedynym podmiotem wykonującym działalność gospodarczą w zakresie magazynowania paliw gazowych w instalacjach magazynowych zlokalizowanych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i jedynym podmiotem wyznaczonym przez Prezesa URE do pełnienia funkcji OSM w odniesieniu do tych instalacji[12].

[11] [online] https://ipi.gasstoragepoland.pl/pl/menu/transparency-template/?page=dane-operacyjne/dane-operacyjne/ [dostęp: 25.07.2018].

[12] Dane dotyczące podmiotów posiadających koncesję PMG oraz status OSM są dostępne na stronie: [online] https://bip.ure.gov.pl/ [dostęp: 25.07.2018].

W razie wystąpienia ograniczeń w systemie magazynowym operator systemu ma obowiązek w pierwszej kolejności oferować pojemności magazynowe podmiotom zobowiązanym do utrzymywania zapasów gazu ziemnego[13]. Przedsiębiorstwa objęte obowiązkiem magazynowania gazu korzystają więc z pierwszeństwa w zakresie przydziału zdolności magazynowych i zawarcia umowy o świadczenie usług magazynowania z GSP.

Zasady udostępniania pojemności magazynowych przez GSP określone zostały w Regulaminie Świadczenia Usług Magazynowania (dalej: RŚUM)[14]. W RŚUM zawarto między innymi szczegółowe zasady tworzenia zapasów obowiązkowych oraz procedury zawierania umów. Zgodnie z pkt. 2.7.1. RŚUM usługa magazynowania na warunkach ciągłych w formie pakietów w instalacji magazynowej lub w grupie instalacji magazynowych umożliwia zaliczenie objętego nią paliwa gazowego do zapasu obowiązkowego.

Podstawową zaletą tego rozwiązania, tj. utworzenia i utrzymywania zapasów obowiązkowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jest więc zasadnicza pewność uznania tych zapasów za zgodne z warunkami określonymi w u.z.r.n., czego brakować będzie przy zastosowaniu rozwiązania polegającego na utrzymywaniu zapasów poza granicami RP (o czym mowa dalej). Należy jednak zauważyć, że istnieje poważne ryzyko, iż podmiotów zobowiązanych chcących skorzystać z usług GSP będzie istotnie więcej, niż wynika to z możliwości technicznych i pojemności magazynowych oferowanych przez tego operatora.

2.2. Utrzymywanie zapasów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej: na terytorium innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, w instalacjach magazynowych przyłączonych do systemu gazowego

Zgodnie z art. 24b u.z.r.n. zapasy obowiązkowe gazu ziemnego mogą być utrzymywane poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – na terytorium innego państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA/EOG, w instalacjach magazynowych przyłączonych do systemu gazowego, pod warunkiem, że:

[13] § 29 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (DzU z 2014, poz. 1059 t.j.).

[14] Regulamin Świadczenia Usług Magazynowania dostępny na stronie Gas Storage Poland sp. z o.o., [online] https://ipi.gasstoragepoland.pl/wp-content/uploads/2017/05/RSUM-z-18.06.2014-z-p%C3%B3%C5%BA-zmiany-ze-zm.-8.05.2017-tj.pdf [dostęp: 25.07.2018].

a) parametry techniczne instalacji magazynowych oraz sieci gazowych, do których instalacje te są przyłączone, będą zapewniać możliwość dostarczenia całkowitej ilości utrzymywanych poza terytorium RP zapasów obowiązkowych gazu ziemnego do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej krajowej w okresie nie dłuższym niż 40 dni;
b) zawarte umowy o świadczenie usług przesyłania gazu ziemnego oraz umowy o świadczenie usług magazynowania gazu ziemnego będą zapewniać możliwość dostarczenia całkowitej ilości utrzymywanych poza terytorium RP zapasów obowiązkowych gazu ziemnego do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej krajowej w okresie nie dłuższym niż 40 dni.

Podmiot zobowiązany przedstawia operatorowi systemu przesyłowego dokumenty umożliwiające weryfikację technicznych możliwości dostarczenia do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej krajowej całkowitej ilości zapasów gazu ziemnego utrzymywanych w instalacjach magazynowych poza terytorium RP, w szczególności umowy.

Analizując możliwość wyboru tego rozwiązania, należy wziąć pod uwagę szereg czynników, w szczególności: brak zastosowania przepisów u.z.r.n. do zagranicznych operatorów systemów przesyłowych i operatorów systemów magazynowania, a także techniczne możliwości przesyłu gazu ziemnego między krajowym a zagranicznym systemem przesyłowym. Konieczna będzie w tym przypadku analiza dostępnych przepustowości na punktach wejścia/wyjścia do krajowego systemu przesyłowego.

Teoretycznie przedsiębiorstwo zobowiązane do utrzymywania zapasów gazu ziemnego ma do wyboru instalacje magazynowe położone w którymkolwiek z państw UE lub EFTA/EOG. Jednak realnie ten wybór jest istotnie ograniczony po pierwsze ze względu na brak połączeń między systemem krajowym a systemami wielu z tych państw, a w dalszej kolejności ze względu na brak instalacji magazynowych spełniających kryteria u.z.r.n. w tych krajach. Niebagatelnym ograniczeniem przy wyborze tego rozwiązania będą także koszty utworzenia i utrzymywania zapasów obowiązkowych poza granicami RP, na które składać się będą nie tylko, jak w przypadku utrzymywania tych zapasów na terenie Polski w instalacjach GSP, koszty zatłoczenia gazu do/z instalacji i utrzymywania go w instalacji, ale także koszty zatłoczenia gazu pomiędzy punktami wejścia/wyjścia na granicach systemów krajowego i zagranicznego. Dodatkowo w przypadku wyboru instalacji magazynowej położonej poza granicami RP konieczne będzie wzięcie pod uwagę sieci operatora systemu przesyłowego, do której jest ona przyłączona, oraz tego, czy jest to sieć bezpośrednio połączona z systemem krajowym, czy też konieczne będzie zatłaczanie gazu przez kolejne punkty

wejścia/wyjścia kolejnych operatorów systemu przesyłowego, co generować będzie kolejne koszty. Co więcej, ustawa nowelizująca u.z.r.n. z dnia 7 lipca 2017 roku[15] wprowadziła obowiązek, zgodnie z którym zdolności przesyłowe zarezerwowane na potrzeby dostarczenia całkowitych ilości zapasów obowiązkowych gazu ziemnego utrzymywanych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej krajowej mogą być wykorzystywane wyłącznie na te potrzeby (art. 24a ust. 3 u.z.r.n.), co dodatkowo zwiększa koszty utrzymywania zapasów obowiązkowych poza granicami kraju.

Zgodnie z powyższą analizą przy zastosowaniu niniejszego rozwiązania występuje szereg utrudnień spowodowanych brakiem pewności uzyskania potwierdzenia co do dostarczenia gazu w terminie 40 dni do systemu krajowego (powstaje pytanie, czy umowa wskazująca na określone techniczne możliwości zatłaczania i wytłaczania gazu w kolejnych punktach wejścia/wyjścia do instalacji oraz systemów będzie w tym wypadku wystarczająca, czy też konieczne będzie przedstawienie informacji wprost stwierdzającej gwarancję dostarczenia zapasów obowiązkowych do krajowego systemu przesyłowego we wskazanym czasie, a także kto miałby taką gwarancję wystawić). Dodatkowo koszty wyboru tego wariantu będą o wiele wyższe niż koszty wariantu związanego z utrzymywaniem zapasów na terenie RP, ponieważ obejmą znacznie więcej punktów wejścia/wyjścia, przez które gaz będzie musiał być zatłaczany. Istotnym utrudnieniem będzie także konieczność zarezerwowania przepustowości w punktach granicznych, tj. Mallnow i Mallnow rewers, GCP Gaz-System/ONTRAS (punkty Lasów, Gubin, Kamminke) czy w punkcie Cieszyn i Cieszyn rewers. Brak wolnych przepustowości w tych punktach może realnie wykluczyć możliwość skorzystania z wariantu utrzymywania zapasów poza granicami kraju. Należy się jednak spodziewać, iż w przypadku braku wolnych pojemności magazynowych oferowanych przez Gas Storage Poland rozwiązanie to może się okazać konieczne do zastosowania.

2.3. Usługa biletowa

Możliwość utworzenia zapasu obowiązkowego w ramach usługi biletowej została wprowadzona do obowiązujących przepisów prawa przepisami ustawy z dnia 22 lipca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo energetyczne

[15] Ustawa z dnia 7 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2017, poz. 1387).

oraz niektórych innych ustaw, w ramach której do u.z.r.n. wprowadzony został art. 24b, przewidujący, że podmioty zobowiązane do utrzymywania zapasów obowiązkowych mogą zlecić, po uzyskaniu zgody Prezesa URE, wykonywanie owych zadań innemu podmiotowi.

Usługa ta może zostać zlecona wyłącznie innemu przedsiębiorstwu energetycznemu wykonującemu działalność gospodarczą w zakresie obrotu gazem ziemnym z zagranicą lub podmiotowi dokonującemu przywozu gazu ziemnego, tj. innemu przedsiębiorstwu zobowiązanemu do utrzymywania zapasów obowiązkowych.

Zgodnie z art. 24b ust. 6–7 u.z.r.n. projekt umowy zlecającej świadczenie usługi biletowej musi zostać przekazany Prezesowi URE w celu jego zatwierdzenia wraz z opinią właściwego operatora systemu przesyłowego potwierdzającą możliwości dostarczenia zapasów do systemu gazowego w ustawowym terminie. Prezes URE wyraża zgodę lub odmawia wyrażenia zgody na zlecenie usługi biletowej w terminie 30 dni, w drodze decyzji administracyjnej. Odmowa zlecenia usługi biletowej następuje wówczas, gdy projekt tej umowy nie zawiera postanowień wymaganych art. 24b ust. 3 u.z.r.n. lub gdy lokalizacja oraz parametry techniczne instalacji magazynowych i sieci gazowych, do których instalacje te są przyłączone, nie zapewniają możliwości dostarczenia całkowitej ilości zapasów obowiązkowych do systemu gazowego w okresie nie dłuższym niż 40 dni.

W chwili obecnej usługa biletowa została na krajowym rynku gazu zaoferowana wyłącznie przez PGNiG SA. Podmiot ten oferuje utworzenie zapasów obowiązkowych na zmagazynowanych przez siebie wolumenach gazu ziemnego w dwóch wariantach: z przeniesieniem własności tych wolumenów na zlecającego z chwilą zawarcia umowy albo z przeniesieniem tej własności dopiero w chwili uruchomienia zapasów.

Należy zauważyć, iż niniejsze rozwiązanie jest jedynym, które nie wymaga zatłoczenia gazu ziemnego do instalacji magazynowej przez przedsiębiorstwo zobowiązane, a co za tym idzie – pozwala na korzystanie z usługi dokładnie w okresie, w którym jest ono zobowiązane do utrzymywania tych zapasów, bez konieczności wcześniejszego wykupu usługi w celu zatłoczenia gazu. Dodatkowo istnieje możliwość zakupu określonych wolumenów surowca dopiero wówczas, gdy zajdzie konieczność uruchomienia zapasów. W przypadku tego rozwiązania można mieć jednak obawy co do narzucenia przez PGNiG wysokich cen związanych ze świadczoną usługą.

3. Finansowanie i dysponowanie zapasami obowiązkowymi

Zgodnie z art. 28 u.z.r.n. koszty ponoszone przez przedsiębiorstwa i podmioty zobowiązane w związku z realizacją wymogu utrzymywania, uruchamiania oraz uzupełniania zapasów gazu ziemnego są zaliczane do kosztów uzasadnionych ich działalności w rozumieniu art. 3 pkt 21 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawo energetyczne. Jak wskazuje Filip Elżanowski, „są to koszty niezbędne do wykonania zobowiązań powstałych w związku z prowadzoną działalnością. Tak dokonana przez ustawodawcę kwalifikacja zespala wykonywanie działalności gospodarczej z obowiązkiem utrzymywania stałych zapasów i ponoszenia na ich rzecz kosztów przez przedsiębiorstwa energetyczne”[16].

Zapasy obowiązkowe gazu ziemnego stanowią majątek utrzymujących je przedsiębiorstw energetycznych, jednak dysponuje nimi minister właściwy do spraw energii. Zapasy te mogą być uruchomione przez operatora systemu przesyłowego gazowego lub operatora systemów połączonych gazowych niezwłocznie po uzyskaniu zgody ministra właściwego do spraw energii.

Podsumowanie

Rozszerzenie zakresu podmiotowego obowiązku utrzymywania zapasów gazu ziemnego z pewnością wpłynie pozytywnie na zapewnienie stabilności dostaw tego surowca do odbiorców. Ustawodawca, nakładając ten obowiązek na szereg przedsiębiorstw energetycznych, liczył się z tym, iż może być on trudny do wykonania, dlatego wprowadził możliwość zastosowania tzw. usługi biletowej, co także należy uznać za istotny plus lipcowej nowelizacji u.z.r.n. Rozważając poszczególne warianty realizacji obowiązków przez przedsiębiorstwa energetyczne, wskazano na szereg zalet i wad poszczególnych z nich. Wydaje się, że bardzo trudne w zastosowaniu będzie utworzenie zapasów obowiązkowych poza granicami RP, w szczególności ze względu na brak wypracowanych i zgodnych z u.z.r.n. procedur. Duże możliwości wprowadza natomiast usługa biletowa.

Nowelizacją u.z.r.n. z 7 lipca 2017 roku częściowo rozwiązano szereg problemów interpretacyjnych dotyczących nowych przepisów, w szczególności w zakresie terminów, które mogą stanowić istotną przeszkodę w prawidłowym wykonywaniu obowiązków przez podmioty zobowiązane. Z pewnością w najbliższych latach, z uwagi na bardzo szeroki zakres obowiązku

[16] F. Elżanowski, *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s. 205.

magazynowania gazu ziemnego, należy się spodziewać rozwoju rynku gazu w zakresie oferowanych na tym polu usług, w szczególności w zakresie budowy nowych pojemności magazynowych. Taki rozwój w ostatnich latach w Polsce ma miejsce, ale szczególnie dobrze widoczny jest w krajach takich jak Austria, Holandia czy Hiszpania, w których przyrost pojemności magazynowych wyniósł ponad 100%[17]. Do tego czasu, z uwagi na niebezpieczeństwo wyczerpania się pojemności magazynowych oferowanych przez GSP, należałoby rozważyć rozwinięcie regulacji dotyczącej utrzymywania zapasów obowiązkowych poza granicami kraju w celu ułatwienia przedsiębiorstwom energetycznym wywiązywania się z obowiązku magazynowania.

LEGAL ASPECTS OF CREATION, MAINTENANCE AND FINANCING NATURAL GAS RESERVES

ABSTRACT

The obligation to create and maintain obligatory reserves of natural gas imposed by the legislator on energy enterprises is one of the most important aspects of Poland's energy security. The proper fulfillment of this obligation is to be a guarantee of ensuring the balance of raw material supplies, which is crucial not only for the Polish economy, but also for consumers in households. This article discusses the most important legal aspects regarding the creation, maintenance and financing of natural gas reserves in the context of the amendment to the Act on reserves of crude oil, petroleum products and natural gas of the 2016 and 2017, in particular discusses the possibility of energy companies complying with obligations imposed on them and evaluates available options.

KEYWORDS

the obligation to maintain natural gas reserves, natural gas reserves, natural gas storage, energy law, gas storage

BIBLIOGRAFIA

1. [online] https://bip.ure.gov.pl/ [dostęp: 25.07.2018].
2. [online] https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12284600/12348835/12348836/dokument252862.pdf [dostęp: 25.07.2018].
3. Elżanowski F., *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008.
4. Matkowski A., Musiał P., *Systemowe magazyny gazu w Polsce*, „Archiwum Energetyki" 2012, t. XLII, nr 2.
5. Nowacki M., *Prawne aspekty bezpieczeństwa energetycznego w UE*, Warszawa 2010.
6. Raport Krajowy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z lipca 2016 r.

[17] A. Matkowski, P. Musiał*, Systemowe magazyny gazu w Polsce*, „Archiwum Energetyki" 2012, t. XLII, nr 2, s. 6.

7. Regulamin Świadczenia Usług Magazynowania Gas Storage Poland sp. z o.o., [online] https://ipi.gasstoragepoland.pl/wp-content/uploads/2017/05/RSUM-z-18.06.2014-z-p%C3%B3%C5%BA-zmiany-ze-zm.-8.05.2017-tj.pdf [dostęp: 25.07.2018].
8. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (DzU z 2014, poz. 1059 t.j.).
9. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 kwietnia 2017 r. w sprawie minimalnego poziomu dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego z zagranicy (DzU 2017, poz. 902).
10. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (DzU z 2017, poz. 220 t.j.).
11. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (DzU z 2017, poz. 1210 t.j. ze zm.).
12. Ustawa z dnia 7 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym oraz niektórych innych ustaw (DzU z 2017, poz. 1387).

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 137–148
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.08

Diana Szwejser

Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Instytut Nauk Administracyjnych
e-mail: diana_sz@gazeta.pl

data zgłoszenia: 9.01.2018
data przyjęcia do druku: 25.07.2018

Car-sharing – regulacje prawne i perspektywy rozwoju

Streszczenie

Od kilku lat w Polsce rozwija się model biznesowy *car-sharingu*, polegający na współdzieleniu się samochodami osobowymi. Usługa ta jest oparta na umowie najmu środka transportu na krótki czas, z reguły liczonego w godzinach lub minutach. Jest ona korzystna dla wszystkich osób, które nie posiadają własnego pojazdu albo chcą skorzystać z niego w określonym celu. Stosowanie tego systemu zwiększa intensywność wykorzystania pojazdów w ciągu doby. Usługa *car-sharingu* jest nieskomplikowana, wystarczy bowiem zarejestrowanie się w systemie przedsiębiorcy. Wymagane jest jednak przesłanie zdjęcia prawa jazdy, podanie numeru karty płatniczej lub inne potwierdzenie swojej tożsamości, a także akceptacja regulaminu. Najem rozpoczyna się z momentem zarezerwowania pojazdu oraz jego otwarcia, a kończy w chwili zaparkowania w wyznaczonym miejscu. W temacie *car-sharingu* wystąpił w grudniu 2017 roku Rzecznik Praw Obywatelskich, podejmując problem braku oryginału dowodu rejestracyjnego w pojazdach floty. Odniósł się on do pozytywnego wpływu *car-sharingu* na ruch uliczny i zanieczyszczenie powietrza, a także zaapelował o przyjęcie rozwiązań prawnych, które wspierałyby elektro-mobilność społeczeństwa.

Słowa kluczowe

car-sharing, ekonomia współdzielenia, umowa najmu samochodu, pojazdy elektroniczne, wzorce umów

Wstęp

Samochód staje się powoli lub już jest nieodzownym elementem życia wielu osób. Liczne gospodarstwa domowe posiadają nawet więcej niż jeden pojazd. W rezultacie prowadzi to do zwiększającej się ilości aut na drogach. Zapewne każdemu użytkownikowi pojazdów znany jest wzmożony ruch uliczny, szczególnie w godzinach szczytu, zwany potocznie „korkiem". Poza samochodami osobowymi w ruchu drogowym znajdują się jeszcze inne pojazdy: samochody ciężarowe, komunikacja miejska. Część osób korzysta właśnie z komunikacji miejskiej lub towarzyskiego przewozu znajomych. Niektórych nie stać na posiadanie własnego auta, bowiem koszty ubezpieczenia OC, przeglądu i naprawy samochodu, paliwa oraz sama wartość pojazdu znacząco wpływają na domowy budżet. Nie należy zapominać też o tym, że większość samochodów znajdujących się w ruchu drogowym to wciąż auta napędzane benzyną lub olejem napędowym, co wpływa na stan środowiska. Stąd też właśnie, z myślą o osobach, które nie posiadają własnego auta albo potrzebują go użytkować tylko czasami lub przez krótki czas, zaczęły się pojawiać oferty *car-sharingu*, czyli współdzielenia pojazdu. Pojęcie i sama usługa *car-sharingu* w Polsce funkcjonuje od ponad roku – największy rozkwit zaczęła przeżywać pod koniec 2017 roku. Na przełomie grudnia 2017 i stycznia 2018 roku w kwestii korzystania z samochodów na krótki czas wypowiedział się Rzecznik Praw Obywatelskich w wystąpieniu do Ministra Infrastruktury i Budownictwa[1]. W Polsce nieliczne są opracowania dotyczące tej tematyki, stąd też istnieje potrzeba ujęcia *car-sharingu* w ramy prawne. Stan prawny opracowania na dzień 8 stycznia 2018 roku.

1. Historia *car-sharingu*

W *Słowniku pojęć Strategii Rozwoju Transportu do 2020 roku (z perspektywą do 2030 roku)* opracowanym przez Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej *car-sharing* opisywany jest jako system wspólnego użytkowania samochodów osobowych funkcjonujący w ponad 600 miastach na świecie. Samochody są udostępniane użytkownikom za opłatą przez operatorów floty pojazdów, którymi są różne spółki, agencje publiczne, spółdzielnie, stowarzyszenia lub grupy osób fizycznych. Stosowanie tego syste-

[1] [online] https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Car-sharing%20Wystapienie%20%20do%20Min.%20Infrastruktury%2028.12.2017.pdf [dostęp: 8.01.2018].

mu zwiększa intensywność wykorzystania pojazdów w ciągu doby, co prowadzi do zahamowania wzrostu liczby samochodów rejestrowanych prywatnie[2].

W zagranicznych źródłach można odnaleźć informacje o *car-sharingu* jako formie wspólnego korzystania z samochodów spółdzielni mieszkaniowej w Zurychu niedługo po II wojnie światowej[3]. Rozwój *car-sharingu* rozpoczął się w Europie Zachodniej w latach siedemdziesiątych XX wieku. We Francji uruchomiono ProcoTip jako próbę stworzenia programu opartego na współdzieleniu się kierowców samochodami. Plan przetrwał dwa lata. Również Holendrzy w 1968 roku otworzyli platformę mającą na celu elektroniczne rezerwacje i bezobsługowe oddawanie aut. Projekt zwany Witkar istniał do połowy lat osiemdziesiątych. Sukces odniósł stworzony w Wielkiej Brytanii w 1977 roku Share-a-Car. R. Young na łamach „Timesa" opisywała, że była to forma wprowadzona dla kierowców zainteresowanych dzieleniem podróży samochodem w kontakcie ze sobą[4]. Także w Stanach Zjednoczonych *car-sharing* zaczął kiełkować od około 1970 roku, zaś największy rozwój zauważono w latach dziewięćdziesiątych XX wieku. Warte zauważenia jest również to, że w artykułach zagranicznych zwrot *carsharing* pisany jest łącznie, jako jeden wyraz, ewentualnie z użyciem dywizu. W Polsce spotkać można pisownię rozłączną – *car sharing* lub częściej z dywizem (*car-sharing*). Zdaniem Gil Tal motywacją do wprowadzenia rozwiązań ekonomii współdzielenia się pojazdami w Ameryce Północnej były aspekty środowiskowe, próba zwalczania zanieczyszczeń powietrza poprzez zmniejszenie liczby samochodów na drogach[5]. W 1998 roku powstał podręcznik opisujący praktyczne zastosowanie usługi *car-sharing*[6]. W Polsce ta forma wypożyczania samochodów jest jeszcze słabo rozwinięta, stąd też w głównej mierze badacze opierają się na źródłach zagranicznych.

---

[2] *Słownik pojęć Strategii Rozwoju Transportu do 2020 roku (z perspektywą do 2030 roku)*, s. 3, [online] http://mib.gov.pl/media/3510/Slownik_pojec_SRT.pdf [dostęp: 8.01.2018].

[3] S. Shaheen, D. Sperling, C. Wagner, *Carsharing in Europe and North America: Past, Present and Future*, s. 38, [online] https://web.archive.org/web/20120320192219/http://www.uctc.net/papers/467.pdf [dostęp: 8.01.2018].

[4] R. Young, *Experiment in car-sharing*, "The Times" 19.07.1977, s. 2, [online] https://www.revolvy.com/main/index.php?s=Car%20sharing&item_type=topic [dostęp: 8.01.2018].

[5] G. Til, *Evaluating the effect of car-sharing: exploring the gap between what we know vs. what we need to know and its effect on optimism bias*, s. 3, [online] https://itspubs.ucdavis.edu/wp-content/themes/ucdavis/pubs/download_pdf.php?id=1464 [dostęp: 8.01.2018].

[6] Ch. Schönbeck, M. Schwoll, A. Linssen-Robertz, *The CarSharing Handbook*, Rain Magazine, [online] http://web.archive.org/web/20070817072110/http://www.rainmagazine.com/handbktitle.htm [dostęp: 8.01.2018].

Do początku XXI wieku krótkotrwały wynajem samochodów osobowych stał się popularny w Danii, Wielkiej Brytanii, Francji, Irlandii, Włoszech, Norwegii i Szwecji. W 2013 roku *car-sharing* występował w 27 krajach[7]. Prawdopodobnie najbardziej znaną zagraniczną platformą świadczącą tego typu usługi jest Zipcar. Według danych z 2016 roku miał on ponad milion członków[8].

2. Rozwój *car-sharingu* w Polsce

Jak już wspomniano, usługa *car-sharing* istnieje w Polsce od niedawna. W październiku 2016 roku działalność rozpoczęła firma Traficar, należąca do spółki Express. Pierwszym miastem, w którym można było współdzielić pojazd, był Kraków. Traficar miał wówczas do dyspozycji 100 samochodów marki Opel Corsa, zaś do korzystania z usługi konieczne było zarejestrowanie się jako członek oraz podanie danych z dowodu osobistego, prawa jazdy i karty płatniczej. Należało również pobrać aplikację mobilną na telefon. Z przedstawionego przez Piotra Ogórka raportu po pierwszym miesiącu funkcjonowania *car-sharingu* wynikało, że koszty korzystania z usługi nie były duże, a zainteresowanie było dość wysokie. Jako minus takiego rozwiązania autor podawał, że użytkownicy Traficara jeździli szybko, by zapłacić mniej, bowiem przejazd 8 km kosztował 30 zł. Za przejechane kilometry opłata wyniosła 6,40 zł, reszta to czas oczekiwania w korkach[9].

W 2017 roku firm świadczących usługi *car-sharingu* w Polsce przybyło, łącznie z uruchomioną w listopadzie tegoż roku Miejską Wypożyczalnią Samochodów Elektrycznych Vozilla, działającą we Wrocławiu. Wzrost liczby przedsiębiorstw zajmujących się tego typu działalnością, zakup nowych pojazdów, a także wzrost zainteresowania wśród użytkowników pozwala wysnuć wnioski, że *car-sharing* będzie się w Polsce rozwijał. Nie należy jednak przy tym zapominać o barierach prawnych, o czym szerzej w dalszej części artykułu.

---

[7] S. Steinberg, *Car-sharing services grow and expand options*, [online] http://www.nytimes.com/2013/01/26/business/car-sharing-services-grow-and-expand-options.html?ref=technology&_r=0 [dostęp: 8.01.2018].

[8] D. King, *Zipcar says its 1 million members have taken 400,000 vehicles off the road*, [online] https://www.autoblog.com/2016/09/09/zipcar-1-million-members/ [dostęp: 8.01.2018].

[9] P. Ogórek, *W Krakowie ruszyło Traficar „auto na minuty". Dla każdego*, [online] http://www.gazetakrakowska.pl/strefa-biznesu/wiadomosci/z-regionu/a/w-krakowie-ruszylo-traficar-auto-na-minuty-dla-kazdego-nasz-test,11407083/ [dostęp: 8.01.2018].

3. Istota *car-sharingu*

Jak można przeczytać na jednej ze stron internetowych, *car sharing* to innowacyjny system współdzielenia samochodów osobowych. Pojazdy są udostępnianie przez wypożyczalnie w systemie rozliczenia przebytych kilometrów, a dostęp do nich odbywa się w pełni automatycznie[10]. *Car-sharing* jest więc oparty na ekonomii współdzielenia (*shared economy*). Jest to system polegający na korzystaniu z rzeczy, których się nie posiada, tzn. – mówiąc językiem prawniczym – nie będąc ich właścicielem. Technika ta była szeroko dyskutowana na VII Kongresie Regionów we Wrocławiu, zatytułowanym „Samorząd 2.0 – Pożądane innowacje", który odbył się w dniach 19–20 czerwca 2017 roku. Mateusz Litewski, jeden z panelistów Kongresu, słusznie zauważył, że *shared economy* nie jest niczym nowym, wspominając o wynajmie prywatnych kwater na wakacje[11]. Być może więc, tak jak *timesharing*, również *car-sharing* będzie niedługo bardzo znaną i często wykorzystywaną formą komunikacji. Należy zgodzić się z Wojciechem Szczurkiem, prezydentem Gdyni, który podczas Kongresu stwierdził, że nie jest to forma, która zastępuje transport publiczny, ale która go uzupełnia. Część Polaków zawsze będzie chciała posiadać swój samochód i nic tego nie zmieni[12].

Car-sharing jest też słusznie nazywany wynajmem „na godziny lub minuty". Jego istota polega na używaniu pojazdu przez wiele osób jednego dnia. Właśnie możliwość skorzystania z samochodu wyłącznie przez taki czas, jaki jest użytkownikowi potrzebny, sprawia, że propozycja wydaje się tak atrakcyjna. Usługa opiera się na modelu biznesowym, czyli metodzie powiększania i wykorzystywania zasobów zmierzającej do uzyskania efektywności gospodarczej, przy jednoczesnym zapewnieniu klientom wysokiej jakości oferty. Na gruncie *car-sharingu* można powiedzieć, że model biznesowy zmierza do najefektywniejszego wykorzystania samochodów dzięki możliwości ich wypożyczenia na krótszą lub dłuższą chwilę.

Z analizy witryn internetowych operatorów floty samochodów wynika, że usługa jest prosta. Wystarczy zarejestrować się w systemie przedsiębiorcy. Część firm wymaga przesłania zdjęcia prawa jazdy, podania numeru karty płatniczej lub innego potwierdzenia tożsamości, a także akceptacji regulaminu oraz często uiszczenia opłaty rejestracyjnej. Prawidłowy przebieg reje-

[10] [online] https://www.rentcar.pl/pl/car-sharing [dostęp: 8.01.2018].

[11] M. Walków, *Czy przestaniemy kupować samochody? Kiedy opłaca się car sharing*, [online] https://businessinsider.com.pl/firmy/strategie/czy-car-sharing-oplaca-sie-bardziej-niz-kupno-samochodu/6rhe10h [dostęp: 8.01.2018].

[12] Ibidem.

stracji pozwoli użytkownikowi na utworzenie konta w systemie firmy świadczącej usługi *car-sharingu* oraz na pełne korzystanie z wypożyczalni samochodów.

4. C*ar-sharing* jako umowa najmu samochodu

Umowę *car-sharingu* należy zakwalifikować jako specyficzną formę najmu regulowaną ustawą z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny[13]. Wypełnia ona bowiem to, co stanowi przedmiotowo istotne składniki umowy najmu. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 26 czerwca 2002 roku słusznie stwierdził, że oddanie rzeczy do używania przez czas oznaczony lub nieoznaczony, w zamian za umówiony czynsz, to *essentialia negotti* umowy najmu[14]. Owym czynszem w tym wypadku są stawki z cennika danej firmy, które należy uiścić. Zwykle do takich opłat zaliczamy należność za czas jazdy lub postoju *stop-over* oraz za przejechane kilometry (za każdy rozpoczęty kilometr). Dodatkowo większość cenników określa maksymalną dobową opłatę za czas jazdy lub postój. To właśnie te dwie zmienne mogą powodować, że usługa *car-sharingu* nie zawsze będzie opłacalna. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której kierowca ma do przejechania kilka kilometrów, ale w momencie wzmożonego ruchu ulicznego czas przejazdu znacznie się wydłuża. Powoduje to rozbieżności w kwocie do zapłaty za ten sam odcinek drogi w godzinach szczytu i poza nimi.

Umowa *car-sharingu*, tak jak umowa najmu, ma charakter konsensualny, dochodzi więc do skutku w przypadku złożenia przez każdą ze stron zgodnego z prawem oświadczenia woli. W tym wypadku polega to na zarezerwowaniu jednego z samochodów floty, a sama umowa najmu dochodzi do skutku w momencie, w którym użytkownik w aplikacji internetowej potwierdzi rozpoczęcie użytkowania, co spowoduje otwarcie pojazdu. Przed rozpoczęciem jazdy na kierowcy ciąży obowiązek oceny stanu technicznego środka transportu. Najem kończy się z reguły w momencie zaparkowania w wyznaczonej strefie i potwierdzenia zakończenia korzystania z usługi w aplikacji mobilnej. Każdy operator wyznacza samodzielnie strefy parkowania, w których można bezpłatnie pozostawić pojazd. Należy pamiętać, że samochód nie może być pozostawiony w miejscu, w którym dostęp do niego dla innych użytkowników byłby utrudniony. Mowa tu o parkingach zamykanych w porze nocnej czy też miejscach, w których nie ma zasięgu sieci komórkowych.

[13] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. DzU z 2017 r., poz. 459m, dalej: k.c.

[14] Wyrok NSA z 26 czerwca 2002 r., III SA 3354/00, Lex nr 72373.

Grzegorz Kozieł słusznie zauważa, że relacje prawne wynikające z umowy najmu są kształtowane zgodnie z zasadą swobody umów. Z przepisów kodeksu cywilnego nie wynika, poza art. 660 k.c., wymóg jakiejkolwiek szczególnej formy zawarcia umowy najmu[15]. W przypadku usług *car-sharingu* taka umowa zawierana jest poprzez zainstalowanie aplikacji, zarejestrowanie się i zaakceptowanie regulaminu, a następnie internetową rezerwację samochodu. Umowa *car-sharingu* różni się od umowy, jaką standardowo zawiera się w wypożyczalni samochodów, przede wszystkim tym, że użytkownicy nie są uzależnieni od pracy biura. Wszystkie elementy umowy mogą być dopełnione przez aplikację mobilną, a klient musi jedynie dotrzeć do miejsca, w którym zarezerwował pojazd. Samochody pozostawione są w różnych lokalizacjach w całym mieście, co ułatwia dostęp do nich. *Car-sharing*, o czym była mowa, umożliwia wynajem pojazdu o dowolnej godzinie. Operatorzy zwykle pokrywają koszty ubezpieczenia i tankowania samochodów, inne koszty użytkowania, jak serwis, przeglądy, nie wszyscy zaś świadczą usługę czyszczenia i tankowania po każdym najemcy. *Car-sharing* jest więc właściwą usługą dla osób ceniących sobie wygodę i prostotę użytkowania.

Należy zastanowić się nad tym, czy umowa o zawarcie usługi *car-sharingu* nie ma charakteru adhezyjnego. Jak słusznie stwierdza Beata Sagan, umowy tego typu są zawierane poprzez uznanie treści jednostronnie ustalonej przez jednego z kontrahentów, zwykle ekonomicznie silniejszego, drugi natomiast może je zaakceptować i przystąpić do umowy lub zrezygnować z jej zawarcia. Jest to zatem umowa, którą zawiera się bez możliwości negocjowania treści[16]. Trafne wydaje się stwierdzenie, że w przypadku *car-sharingu* klient otrzymuje wzorzec umowy, czyli postanowienia kształtujące treść przyszłego stosunku wiążącego strony. Świadczy o tym również możliwość wielokrotnego zastosowania takiego wzorca. Jak bowiem zauważył Sąd Apelacyjny w Warszawie, cechą wzorca jest możliwość posłużenia się nim wielokrotnie, nie zawiera on bowiem oznaczeń indywidualizujących drugą stronę umowy, lecz powtarzalne klauzule, które będą uzupełniać treść zobowiązań powstałych z umów. Za wzorzec nie może być uznana pojedyncza klauzula[17]. W przypadku *car-sharingu* użytkownikowi udostępnia się w formie dokumentu elektronicznego regulamin usługi, który reguluje prawa i obowiązki stron stosunku, formę zawarcia i rozwiązania umowy, a także inne postanowienia dotyczące najmu samochodu.

---

[15] *Kodeks cywilny. Komentarz Lex*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, s. 449–450.

[16] B. Sagan, *Ustawa o timeshare. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 20.

[17] Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2012 r, VI Aca 921/12, Lex nr 1362963.

Coraz większa liczba operatorów usługi oferuje w swojej flocie pojazdy elektryczne. Popularnym pomysłem jest innowacyjny program wprowadzony przed kilkoma laty w Grenoble[18]. Według twórców projektu wykorzystanie różnych środków transportu pozytywnie wpływa na stan środowiska i ilość samochodów w ruchu drogowym. Pojazdy elektryczne bardzo dobrze sprawdzają się w *car-sharingu*, który w swej istocie polega na krótkotrwałym używaniu środka lokomocji, po czym auto można pozostawić na stacji ładowania. W Polsce w listopadzie 2017 roku została uruchomiona Miejska Wypożyczalnia Samochodów Elektrycznych Vozilla. System ten łączy w sobie dwie innowacje. Jest to pierwsze w Polsce tego typu przedsięwzięcie realizowane z inicjatywy miasta – dotychczas wszystkie firmy *car-sharingowe* miały prywatnych właścicieli. Po drugie, Vozilla oferuje pojazdy wyłącznie elektryczne. Jak twierdzi Paweł Luksic (prezes firmy Enigma, operatora Vozilli), jest to unikatowy na skalę Europy projekt. Jednorazowe wprowadzenie 200 samochodów elektrycznych przyczyni się do rozbudowy infrastruktury miasta o sieć szybkich ładowarek do pojazdów napędzanych energią elektryczną. Tak dynamiczny rozwój czyni Wrocław liderem e-mobility wśród polskich miast[19].

Działalność opisanych wyżej przedsiębiorców świadczących usługi *car-sharingu* ma charakter komercyjny. Warto jednak zwrócić uwagę na mniej popularne, niekomercyjne podejście do ekonomii współdzielenia, zwane *peer-to-peer*, P2P lub *person-to-person*. Jest to niekomercyjna wersja *car-sharingu*, w której osoby prywatne użyczają innym swoje samochody osobowe. Model biznesowy *peer-to-peer* jest podobny do komercyjnej działalności operatorów. Auta również są wynajmowane na krótki czas, z tą różnicą, że ich właścicielami są osoby prywatne. Udostępniają one środki transportu w momencie, gdy same z nich nie korzystają, co generuje dodatkowe środki pieniężne. Po drugiej stronie są zaś przeważnie osoby, które nie posiadają własnego pojazdu lub chciałyby skorzystać z nietypowo wyglądającego samochodu. Dodatkowo, zwykle za taką usługę płaci się mniejsze pieniądze niż przy najmie od profesjonalnego wynajmującego, bowiem użytkownik nie ponosi opłat za rejestrację w serwisie i ma podaną jedną stawkę godzinową, czyli płaci za czas faktycznego korzystania ze środka transportu. Należy pamiętać, że zgodnie z wyrażoną w kodeksie cywilnym zasadą swobody

[18] *Car-sharing Toyoty w Grenoble ma szanse na komercjalizację*, [online] http:// motoryzacja.interia.pl/wiadomosci/producenci/news-car-sharing-toyoty-w-grenoble-ma-szanse-na-komercjalizacje,nId,2243516 [dostęp: 8.01.2018].

[19] J. Dybalski, *Wrocław. Rusza Vozilla. Pierwszy miejski car sharing w Polsce*, [online] http: //www.transport-publiczny.pl/wiadomosci/wroclaw-rusza-vozilla-pierwszy-miejski-car-sharing-w-polsce-56442.html [dostęp: 8.01.2018].

umów (art. 353)[1] strony same tworzą treść stosunku prawnego, stąd też w umowie *car-sharingu* wynajmujący i najemca mogą dowolnie ustalić koszty ewentualnych zniszczeń czy awarii. *Person-to-person* jest więc formą społecznościowej wypożyczalni samochodów.

Warta poruszenia jest również kwestia zgodności faktycznego korzystania z *car-sharingu* z wymogami prawnymi. Problem został nagłośniony głównie za sprawą wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Infrastruktury i Budownictwa z 28 grudnia 2017 roku. RPO interweniował, gdy okazało się, że klienci firm *car-sharingowych* narażeni są na mandaty karne w związku z nieposiadaniem oryginału dowodu rejestracyjnego kierowanego przez nich pojazdu. Zgodnie z art. 38 pkt 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 roku – Prawo o ruchu drogowym kierujący pojazdem jest zobowiązany do tego, by mieć przy sobie i okazać na żądanie uprawnionego organu wymagany dla danego rodzaju pojazdu lub kierującego dokument stwierdzający dopuszczenie pojazdu do ruchu[20]. Takim dokumentem jest w brzmieniu art. 71 ust. 1 u.p.r.d. dowód rejestracyjny lub pozwolenie czasowe. Sankcję karną za brak dowodu rejestracyjnego przewiduje art. 95 ustawy z dnia 20 maja 1971 roku – Kodeks wykroczeń, stanowiąc, że kto prowadzi na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub strefie ruchu pojazd, nie mając przy sobie wymaganych dokumentów, podlega karze grzywny do 250 zł albo karze nagany[21]. Poza tym, na mocy art. 129 ust. 2 pkt 8 lit. d u.p.r.d., policjant jest uprawniony do uniemożliwienia kierującemu dalszego używania pojazdu przez odholowanie go na koszt właściciela na depozytowy parking strzeżony. Usługodawcy mają świadomość, jakie jest brzmienie obowiązujących przepisów prawa, niemniej jednak nie decydują się na udostępnianie oryginału dowodów rejestracyjnych w wynajmowanych pojazdach. Słuszne wydaje się przekonanie, że operatorzy obawiają się utraty oryginałów dowodów rejestracyjnych, a w skrajnych przypadkach również kradzieży pojazdów, gdyby taki dowód rejestracyjny użytkownik otrzymywał w oryginale. Jednocześnie, z praktycznego punktu widzenia nie jest możliwe dostarczanie każdemu klientowi dowodu w sytuacji, gdy samochód jest wypożyczany kilku lub kilkunastu osobom jednego dnia. Firma Enigma, operator wspomnianej już Vozilli, do zaistniałej sytuacji odniosła się w oświadczeniu. Można w nim przeczytać, że polski kodeks wykroczeń został uchwalony blisko 50 lat temu i nie jest dostosowany do wymogów

[20] Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, tekst jedn. DzU z 2017 r., poz 1260, dalej: u.p.r.d.

[21] Art. 95 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, tekst jedn. DzU z 2015 r., poz 1094, dalej: k.w.

nowoczesnego transportu miejskiego[22]. W przypadku jednak, gdy najemca otrzyma mandat karny, usługodawcy zobowiązują się do pokrycia jego kosztów. Podobną praktykę stosują również inne firmy *car-sharingowe.*

Właśnie w związku z takimi barierami prawnymi RPO zdecydował się poruszyć temat *car-sharingu* w swoim wystąpieniu. Wskazał on, że rozwój usług *car-sharingu* może pomóc w zmniejszeniu ruchu drogowego i zanieczyszczenia środowiska[23]. Wykazał również, że do cech tej usługi należy obniżenie ruchu ulicznego, a ponadto pozytywnych aspektów dopatrywał się w obniżeniu zapotrzebowania na miejsca parkingowe. W ofercie często dostępne są pojazdy o napędzie elektrycznym, które nie emitują zanieczyszczeń w trakcie eksploatacji. Korzystanie z tej formy transportu może zatem wpłynąć na poprawę jakości powietrza, w szczególności w centrach dużych miast. Dlatego, w ocenie Rzecznika, rozwój tego typu usług stanowi proekologiczną alternatywę dla stałego wzrostu liczby samochodów na polskich drogach[24]. W wystąpieniu podkreślone zostało, że normy zanieczyszczenia powietrza są często w różnych rejonach kraju przekraczane, a to na władzach publicznych ciąży obowiązek ochrony środowiska i prowadzenia polityki zapewniającej bezpieczeństwo ekologiczne współczesnemu i przyszłym pokoleniom oraz wspierania działań obywateli na rzecz ochrony i poprawy stanu środowiska[25]. Konkludując, RPO stwierdził, że przyjęcie rozwiązań prawnych w omawianym obszarze, które wspierałyby rozwój elektro-mobilności społeczeństwa, a przez to przyczyniły się do ograniczenia źródeł zanieczyszczeń, mogłoby stanowić jeden ze sposobów działania władz państwowych na rzecz zapewnienia mieszkańcom powietrza o odpowiedniej jakości[26].

Zakończenie

Bezsprzecznie usługa *car-sharingu* jest innowacyjna i wprowadza alternatywę dla tradycyjnego środka transportu, jakim jest własny samochód osobowy. W Europie Zachodniej oraz Ameryce Północnej system ten funkcjo-

[22] *Firma wypożycza samochody bez dowodu rejestracyjnego, a policja wlepia mandaty*, [online] http://superbiz.se.pl/wiadomosci-biz/wypozyczasz-samochod-elektryczny-w-polskim-miescie-grozi-ci-mandat_1026739.html [dostęp: 8.01.2018].

[23] [online] https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Car-sharing%20Wystapienie%20%20do%20Min.%20Infrastruktury%2028.12.2017.pdf [dostęp: 8.01.2018].

[24] Ibidem.

[25] Zob. art. 74 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r., DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483.

[26] [online] https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Car-sharing%20Wystapienie%20%20do%20Min.%20Infrastruktury%2028.12.2017.pdf [dostęp: 8.01.2018].

nuje od wielu lat, natomiast w Polsce pierwsi operatorzy rozpoczęli działalność dopiero w 2016 roku. Przez *car-sharing* rozumie się funkcjonujący w wielu miastach na świecie system wspólnego użytkowania samochodów osobowych. Są one udostępniane za opłatą użytkownikom przez operatorów floty pojazdów, czyli różne spółki, agencje publiczne, spółdzielnie, stowarzyszenia lub grupy osób fizycznych. *Car-sharing* jest oparty na ekonomii współdzielenia (*shared economy*). Jest to system polegający na korzystaniu z rzeczy, których nie jest się właścicielem. Owo korzystanie może być ograniczone zaledwie do kilku minut w ciągu dnia, bowiem istotą tej usługi jest właśnie udostępnienie pojazdu jak najszerszemu gronu osób. *Car-sharing* to umowa najmu środka transportu, bowiem zawiera wszystkie niezbędne elementy tego stosunku prawnego. Nie wszystkie pojazdy wyposażone są w oryginały dowodów rejestracyjnych, co może rodzić negatywne konsekwencje prawne. Stąd postulaty *de lege ferenda* dotyczące dostosowania przepisów do zmieniających się stosunków społecznych.

CARSHARING – LEGAL REGULATION AND DEVELOPMENT PERSPECTIVES

ABSTRACT

Carsharing provides members access to a fleet of autos for short-term use throughout the day. Thanks that, the need for personal vehicles are reduced. Carsharing has also many social and environmental benefits. There are many business which offer a carsharing what means that the one vehicle is using many times during one day (shared economy). Members simply make a reservation online or by telephone, walk to their chosen vehicle and drive off. The operators bear the cost of fuel or insurance, cleaning. The members pay service charge. Carsharing takes a variety of forms, example: local-government-run or for-profit.

KEYWORDS

carsharing, shared economy, short-term use, for-profit business, vehicles

BIBLIOGRAFIA

1. [online] http://mib.gov.pl/media/3510/Slownik_pojec_SRT.pdf [dostęp: 8.01.2018].
2. [online] https://www.rentcar.pl/pl/car-sharing [dostęp: 8.01.2018].
3. [online] https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Car-sharing%20Wystapienie %20%20do%20Min.%20Infrastruktury%2028.12.2017.pdf [dostęp: 8.01.2018].
4. *Car-sharing Toyoty w Grenoble ma szanse na komercjalizację*, [online] http://motoryzacja.interia.pl/wiadomosci/producenci/news-car-sharing-toyoty-w-grenoble-ma-szanse-na-komercjalizacje,nId,2243516 [dostęp: 8.01.2018].
5. Dybalski J., *Wrocław. Rusza Vozilla. Pierwszy miejski car sharing w Polsce*, [online] http: //www.transport-publiczny.pl/wiadomosci/wroclaw-rusza-vozilla-pierwszy-miejski-car-sharing-w-polsce-56442.html [dostęp: 8.01.2018].

6. *Firma wypożycza samochody bez dowodu rejestracyjnego, a policja wlepia mandaty*, [online] http://superbiz.se.pl/wiadomosci-biz/wypozyczasz-samochod-elektryczny-w-polskim-miescie-grozi-ci-mandat_1026739.html [dostęp: 8.01.2018].
7. King D., *Zipcar says its 1 million members have taken 400,000 vehicles off the road*, [online] https://www.autoblog.com/2016/09/09/zipcar-1-million-members/ [dostęp: 8.01.2018].
8. Ogórek P., *W Krakowie ruszyło Traficar „auto na minuty". Dla każdego*, [online] http://www.gazetakrakowska.pl/strefa-biznesu/wiadomosci/z-regionu/a/w-krakowie-ruszylo-traficar-auto-na-minuty-dla-kazdego-nasz-test,11407083/ [dostęp: 8.01.2018].
9. Sagan B., *Ustawa o timeshare. Komentarz*, Warszawa 2014.
10. Schönbeck Ch., Schwoll M., Linssen-Robertz A., *The CarSharing Handbook*, Rain Magazine, [online] http://web.archive.org/web/20070817072110/http://www.rainmagazine.com/handbktitle.htm [dostęp: 8.01.2018].
11. Shaheen S., Sperling D., Wagner C., *Carsharing in Europe and North America: Past, Present and Future*, [online] https://web.archive.org/web/20120320192219/http://www.uctc.net/papers/467.pdf [dostęp: 8.01.2018].
12. Steinberg S., *Car-sharing services grow and expand options*, [online] http://www.nytimes.com/2013/01/26/business/car-sharing-services-grow-and-expand-options.html?ref=technology&_r=0 [dostęp: 8.01.2018].
13. Til G., *Evaluating the effect of car-sharing: exploring the gap between what we know vs. what we need to know and its effect on optimism bias*, [online] https://itspubs.ucdavis.edu/wp-content/themes/ucdavis/pubs/download_pdf.php?id=1464[dostęp: 8.01.2018].
14. Walków M., *Czy przestaniemy kupować samochody? Kiedy opłaca się car sharing*, [online] https: //businessinsider.com.pl/firmy/strategie/czy-car-sharing-oplaca-sie-bardziej-niz-kupno-samochodu/6rhe10h [dostęp: 8.01.2018].
15. Young R., *Experiment in car-sharing*, "The Times" 19.07.1977, [online] https://www.revolvy.com/main/index.php?s=Car%20sharing&item_type=topic [dostęp: 8.01.2018].

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 149–159
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.09

Piotr Kobylski

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji
Katedra Prawa Administracyjnego
e-mail: piotrkobylski@gmail.com

data zgłoszenia: 21.12.2017
data przyjęcia do druku: 25.07.2018

Usprawnienie postępowania administracyjnego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego

Streszczenie

Opracowanie zostało poświęcone zagadnieniu zmian, jakie nastąpiły w związku z ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw. Ustawodawca w artykule 12 KPA wprowadził zasadę ogólną szybkości i prostoty postępowania. Wedle doktryny zasada ta stała się szczególnie istotna z uwagi na fakt, że opieszałość czynności organu administracji publicznej jest w sposób wyjątkowy dolegliwa dla społeczeństwa i jednostki. Praca udowadnia, iż powyższa nowelizacja pozwoli usprawnić postępowanie administracyjne oraz skrócić czas jego trwania. Nowelizacja wprowadziła konkretne instytucje, które realnie usprawniają proces postępowania administracyjnego, jednocześnie wzmacniając rolę stron w postępowaniu. W opracowaniu dokonano analizy czterech instytucji. Omówiono instytucję ponaglenia, której celem jest efektywne zmobilizowanie organów do załatwienia sprawy w terminach ustawowych, opisane zostały przepisy dotyczące trybu postępowania uproszczonego, przedstawiono milczące załatwienie sprawy, a dodatkowo omówiono sprzeciw od decyzji administracyjnych.

Słowa kluczowe

postępowanie administracyjne, ponaglenie, postępowanie uproszczone, milczące załatwienie sprawy, sprzeciw od decyzji administracyjnych

Wstęp

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone zagadnieniu zmian, jakie nastąpiły w związku z ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw[1]. Ustawodawca w artykule 12 KPA[2] wprowadził zasadę ogólną szybkości i prostoty postępowania. W literaturze przedmiotu wskazuje się, iż z tej zasady wynika bezpośrednio obowiązek szybkiego i jednocześnie wnikliwego działania organu w sprawie, a także działania zgodnego z ekonomiką procesową, co przejawia się w korzystaniu z możliwie najprostszych środków prowadzących do załatwienia sprawy[3]. Wedle doktryny zasada ta stała się szczególnie istotna z uwagi na fakt, iż opieszałość czynności organu administracji publicznej jest w sposób wyjątkowy dolegliwa dla społeczeństwa i jednostki. Bez wątpienia istota tej zasady musi być analizowana w korelacji z szeregiem unormowań zawartych w KPA. Wiąże się to między innymi z terminami obligującymi organy administracji publicznej do załatwienia sprawy w odpowiednim czasie, jak również ze środkami procesowymi dyscyplinującymi uczestników postępowania. Warto jednak wskazać, że szybkość postępowania nie jest celem samym w sobie. Należy mieć na uwadze zamiar ustawodawcy, który w art. 12 KPA wprost wskazał, iż organ administracji publicznej powinien w swoim działaniu charakteryzować się w równym stopniu szybkością, jak i wnikliwością. W związku z tym organ administracji publicznej nie może pogwałcić powinności rzetelnego i wszechstronnego zbadania sprawy, ponieważ naruszałoby to inną, niezwykle ważną zasadę ogólną – oznaczałoby złamanie zasady prawdy obiektywnej. Wobec tego każda czynność organu administracji publicznej ma się cechować w założeniu ustawodawcy właściwą starannością oraz wnikliwością, zaś organ musi ustalić wszystkie okoliczności faktyczne mające wpływ na osnowę treści aktu administracyjnego. Słusznie w literaturze przedmiotu wskazuje się, iż pozbawione argumentów uproszczenie postępowania dowodowego jest niezgodne z zasadą ogólną zawartą w art. 12 KPA[4]. Ponadto, mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż zalecana szybkość postępowania nie może również łamać prawa strony do czynnego udziału w każdym jego stadium, co zawarto w art. 10 KPA.

[1] Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, DzU z 2017 r., poz. 935.

[2] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, DzU z 2017 r., poz. 1257, dalej: KPA.

[3] R. Kędziora, *Ogólne postępowanie administracyjne*, Warszawa 2015, s. 127.

[4] Ibidem, s. 128.

W uzasadnieniu do projektu nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego na szczególną uwagę zasługuje chęć kompleksowego przeciwdziałania przewlekłości postępowania administracyjnego oraz zamiar zwiększenia zaufania stron do organów administracji i wydawanych przez nie rozstrzygnięć[5]. Mając powyższe na uwadze, ustawodawca kierował się w nowelizacji przede wszystkim potrzebą przyśpieszenia postępowania. Nowelizacja wprowadziła konkretne instytucje, które pozwalają realnie usprawnić proces postępowania administracyjnego, jednocześnie wzmacniając rolę uczestniczących w nim stron. W przedkładanym opracowaniu zamierzam udowodnić, że powyższa nowelizacja pozwoli usprawnić postępowanie administracyjne oraz skrócić czas jego trwania.

Przedmiot opracowania i wyznaczone cele przesądziły o wyborze układu tekstu i metod badawczych. Artykuł składa się ze wstępu, rozwinięcia oraz zakończenia. Druga część opracowania składa się z czterech podpunktów. W pierwszym mowa jest o instytucji ponaglenia, mającej na celu efektywne zmobilizowanie organów do załatwienia sprawy w terminach, o których traktuje art. 35 KPA. W drugim podpunkcie omówione zostały przepisy dotyczące trybu postępowania uproszczonego. W trzecim przedstawiono kolejną instytucję mającą na celu przyspieszenie postępowania administracyjnego: milczące załatwienie sprawy. Czwarty podpunkt to z kolei charakterystyka szczególnego trybu zaskarżenia decyzji kasatoryjnych sądu administracyjnego w postaci sprzeciwu od decyzji administracyjnych.

Zawarte w pracy uwagi zostały przeprowadzone w oparciu o metodę dogmatyczną odniesioną do konkretnych regulacji normatywnych. Podstawowym źródłem badawczym były zatem określone akty prawne, takie jak: ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, ustawa z dnia 14 czerwca 1960 roku – Kodeks postępowania administracyjnego, a także ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

1. Instytucja ponaglenia

Nie ulega wątpliwości, iż jednym z najczęściej pojawiających się zarzutów wobec postępowania administracyjnego jest jego przewlekłość. Nadmierny formalizm toku postępowania to jeden z powodów jego zbyt długiego trwa-

[5] Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Warszawa Druk Sejmowy nr 1138, Sejm VIII Kadencji, s. 5, dalej: Uzasadnienie.

nia. Odpowiedzią ustawodawcy na te dolegliwości była w opisywanej nowelizacji zmiana rozdziału 7 KPA poprzez wdrożenie instytucji ponaglenia. Ten nowy środek procesowy ma na celu przede wszystkim przeciwdziałanie bezczynności lub przewlekłości postępowania. W obecnym kształcie KPA organ administracji publicznej jest zmuszony do załatwienia sprawy w terminie ustanowionym ustawą[6]. Warto zaznaczyć, iż pojawiła się także konkretna definicja bezczynności i przewlekłości postępowania[7]. Ustawodawca ostatecznie, co należy uznać za słuszne, wytyczył granice między tymi uchybieniami w toku postępowania administracyjnego. Bezczynność organu należy rozumieć jako niezałatwienie sprawy w terminie ustawowym. Wobec tego ustanowione pojęcie ma wymiar formalny, co oznacza, iż bezczynność ma miejsce w każdym przypadku uchybienia co do terminu załatwienia sprawy. Z kolei przewlekłość ma charakter materialny z uwagi na przedłużenie przez organ toku postępowania. Efektem tego uchybienia jest późniejsze załatwienie sprawy. Innymi słowy, przewlekłość postępowania następuje w sytuacji, kiedy „formalnie nie dochodzi do przekroczenia terminu załatwienia sprawy między innymi w związku z zastosowaniem art. 36 § 1, ale organ załatwia sprawę dłużej, niż powinien w świetle zasady szybkości postępowania”[8]. Przewlekłość wystąpi także wtedy, kiedy okaże się, że organ wprawdzie załatwił sprawę w terminie ustawowym, ale okoliczności pozwalały zrobić to sprawniej. Instytucja ponaglenia właśnie wobec tych dwóch rodzajów uchybień znajduje swoje zastosowanie.

Strona ma prawo wnieść ponaglenie za pośrednictwem organu prowadzącego postępowanie do organu wyższego stopnia, natomiast w momencie, gdy nad organem prowadzącym postępowanie nie ma organu wyższego stopnia – do tego organu. W ponagleniu powinno się znaleźć uzasadnienie. Warto zauważyć, że ponaglenie wszczyna nowe postępowanie[9], a organ, do którego zostało ono wniesione, jest zobowiązany przesłać je niezwłocznie, czyli w ciągu 7 dni od dnia otrzymania pisma. Należy podkreślić, iż nie przesyła się kompletu akt sprawy, gdyż organ, aby móc prowadzić dalsze czynności procesowe, musi mieć je w posiadaniu. Organ wyższego stopnia rozpoznaje ponaglenie nie później niż w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania. Warto zauważyć, że termin ustawowy obliguje organ do sprawnej analizy podania. Bezczynność bądź przewlekłość postępowania jest rozstrzygana postanowieniem. Organ wyższego stopnia określa, czy postępowanie

[6] Art. 35 KPA.
[7] Art. 37 KPA, § 1, pkt 1–2 KPA.
[8] Uzasadnienie, s. 23.
[9] Art. 64, § 2 KPA.

organu załatwiającego sprawę zasługuje na miano bezczynności lub przewlekłości z ewentualnym rażącym naruszeniem prawa. Jeśli wskazane zostanie, iż kontrolowany organ dopuścił się bezczynności lub przewlekłości, nakazuje się mu załatwić sprawę w odpowiednim czasie. Dodatkowo ustala się winnych bezczynności lub przewlekłości postępowania, a także ewentualnie decyduje się o środkach im przeciwdziałających. W sytuacji, gdy sprawę analizuje organ, nad którym nie ma organu wyższego stopnia, i ustalona zostaje bezczynność lub przewlekłość postępowania, wskazany organ rozstrzyga niezwłocznie sprawę i obliguje do wyjaśnienia powodów, które wpłynęły na uchybienie.

Z uwagi na powyższe należy zaznaczyć, iż ponaglenie jest instytucją, z której strona postępowania ma prawo skorzystać, zanim wniesie skargę do sądu administracyjnego. Warto przy tym wskazać, iż przepisy[10] nie określają wprost terminu złożenia skargi, wobec czego można to zrobić w każdym czasie[11], jeśli wcześniej zostało złożone ponaglenie.

Słusznie w literaturze przedmiotu twierdzi się, iż przyjęta zasada ogólna szybkości postępowania, a także określone ustawowo terminy nie gwarantują terminowości załatwienia sprawy[12]. Stąd też instytucja ponaglenia jest nieodzownym elementem w dyscyplinie rozpoznawania spraw. Zastąpienie wezwania do usunięcia naruszenia prawa taką konstrukcją procesową jak ponaglenie porządkuje tok postępowania.

2. Postępowanie uproszczone

W doktrynie podkreśla się, iż szybkość i prostota postępowania są ze sobą skorelowane. Elementem, który gwarantuje przyspieszenie toku postępowania, jest jego uproszczenie[13]. Przyjmując te argumenty za w pełni uzasadnione, ustawodawca wprowadził w nowelizacji przepisy dotyczące trybu postępowania uproszczonego. We wspomnianym trybie postępowanie powinno być zakończone niezwłocznie w terminie 30 dni od jego wszczęcia. Warto podkreślić, że postępowanie uproszczone odnosi się do spraw, w których występuje tylko jedna strona. Należy także dodać, iż w tego typu sprawach możliwe jest wniesienie podania z wykorzystaniem urzędowego formularza, w którym bierze się pod uwagę okoliczności i dowody mające wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. Charakterystyczne jest tu przede wszyst-

[10] Zob. KPA, Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, DzU z 2017 r., poz. 1369, 1370, dalej: PPSA.

[11] Art. 53, § 2B PPSA.

[12] R. Kędziora, op. cit., s. 128.

[13] Ibidem, s. 129.

kim ograniczenie postępowania dowodowego. Dlatego niemożliwe jest późniejsze składanie przez stronę żądań w sytuacji złożenia podania z wykorzystaniem urzędowego formularza. W związku z tym postępowanie „miarkowane" jest do dowodów wskazanych przez stronę wraz z żądaniem jego wszczęcia, a także dowodów możliwych do stwierdzenia na podstawie informacji, które są w posiadaniu organu prowadzącego. Trzeba zaznaczyć, że strona postępowania nie ma uprawnienia do odnoszenia się do zebranych dowodów[14]. Takie rozwiązanie wydaje się słuszne z uwagi na fakt, iż postępowanie opiera się głównie na dowodach określonych w podaniu. Jeśli okaże się, że wcześniej nieprzedstawione dowody są istotne z punktu widzenia załatwienia sprawy, a wzięcie ich pod uwagę spowoduje przedłużenie postępowania, organ zarządza prowadzenie dalszej części prac w trybie zwykłym. Na uwagę zasługuje fakt oczywistego ze względu na charakter trybu ograniczenia zaskarżania postanowień wydanych w czasie postępowania. Dopuszczalne jest wzruszenie postanowienia o zawieszeniu lub podjęciu na nowo postępowania – także w sytuacji, kiedy przewiduje to przepis szczególny. Dodatkowo samo uzasadnienie ogranicza się do dwóch części. W pierwszej wskazuje się na fakty, które organ prowadzący postępowanie uznał za udowodnione, natomiast w drugiej określa się przepisy prawa stanowiące podstawę wydania decyzji.

Zasady ekonomiki procesowej są warunkiem *sine qua non* przeprowadzenia sprawnego postępowania administracyjnego. Ustawodawca, stanowiąc przepisy dotyczące postępowania uproszczonego, założył, że o praktycznym zastosowaniu powyższego trybu zadecydują ostatecznie przepisy prawa materialnego, które mogą zobligować organ do skorzystania z uregulowań innych niż zawarte w KPA.

3. Milczące załatwienie sprawy

Analogicznie do przypadku postępowania w trybie uproszczonym, nowy rozdział 8a działu II KPA ma charakter ramowy. Przepisy prawa materialnego powyższego rozdziału umożliwiają zastosowanie w konkretnych okolicznościach instytucji milczącego załatwienia sprawy.

Omawiając powyższą instytucję prawną, należy wskazać, iż może ona wystąpić w dwóch formach. Pierwsza charakteryzuje się biernością. Innymi słowy, milczące zakończenie postępowania sprowadza się do niewydania przez organ decyzji zgodnie z żądaniem strony[15]. Taka forma jest rozumiana

[14] Art. 81 KPA.
[15] Art. 122a, § 2, pkt 1 KPA.

jako „środek bezpośrednio przeciwdziałający bezczynności organu. W tym przypadku pożądaną i dorozumianą formą działania organu jest wydanie aktu administracyjnego, nie zaś milczenie. Milczące załatwienie sprawy po upływie wskazanego w przepisie terminu oznacza jedynie, że nie powstanie stan bezczynności. Skutek prawny w postaci milczącego załatwienia sprawy może, ale nie musi zatem stanowić wyrazu świadomej woli organu. Celem milczącego zakończenia postępowania jest zmobilizowanie organu administracji do załatwienia sprawy we właściwym terminie"[16]. Druga forma milczącego załatwienia sprawy ma charakter aktywny. Jest to milcząca zgoda[17]. Ów środek „stanowi […] przejaw upraszczania postępowania. Wyraża się on w braku skorzystania przez organ z opcji wniesienia sprzeciwu w określonym terminie. Niewniesienie sprzeciwu jest jednak świadomym aktem woli organu administracji. Oznacza to, że milcząca zgoda stanowi aprobatę organu dla załatwienia sprawy w sposób przedstawiony we wniosku. Sprzeciw natomiast jest pewną opcją, która wykorzystana może być wówczas, gdy istnieje ryzyko naruszenia prawa. Wniesienie sprzeciwu zablokuje zatem możliwość załatwienia sprawy w sposób milczący"[18].

Na uwagę zasługuje fakt, że forma tego postępowania w sposób istotny narusza zasadę czynnego udziału strony[19]. Powodem jest ograniczenie postępowania dowodowego głównie do dokumentów i wniosków znajdujących się w żądaniu strony, oraz dokumentów, do których dostęp ma organ. Warto także podkreślić, że do milczącego załatwienia sprawy nie odnosi się uprawnienie zaskarżenia w postępowaniu odwoławczym, jak również nie ma możliwości kontroli ze strony sądu administracyjnego.

Należy zaznaczyć, iż podstawowym terminem, po upływie którego może dojść do załatwienia sprawy, jest termin miesiąca od dnia doręczenia żądania odpowiedniemu organowi[20]. Natomiast jeśli sprawa była rozpatrywana w postępowaniu odwoławczym, w wyniku którego organ II instancji wydał decyzję o uchyleniu orzeczenia, termin zaczyna biec od chwili doręczenia decyzji organu odwoławczego.

Wydaje się, że nowa instytucja prawna, jaką jest milczące załatwienie sprawy, opiera się „na wprowadzeniu rodzaju fikcji pozytywnego załatwienia sprawy przez organ administracji publicznej"[21].

---

[16] Uzasadnienie, s. 47.
[17] Art. 122a, § 2, pkt 2 KPA.
[18] Uzasadnienie, s. 47.
[19] Art. 10 KPA.
[20] Art. 122a, § 2, KPA.
[21] Uzasadnienie, s. 45.

4. Sprzeciw od decyzji kasatoryjnych

Szczególnym środkiem zaskarżenia, który ma na celu skrócenie czasu załatwiania spraw administracyjnych, jest sprzeciw od decyzji kasatoryjnych. Pojawił się on zamiast skargi od decyzji kasatoryjnej wydanej na podstawie art. 138 § 2 KPA. Warto zaznaczyć, że sprzeciwem można zaskarżać także te decyzje, które zostały wydane przed 1 czerwca 2017 roku, jeśli wniesienie sprzeciwu od decyzji będzie następowało już po tej dacie. Sprzeciw jest środkiem zaskarżenia „o charakterze wpadkowym, ograniczonym przedmiotowo do kwestii natury formalnej”[22]. W związku z tym należy podkreślić, że sąd ocenia wyłącznie istnienie przesłanek do wydania decyzji na podstawie art. 138 § 2 KPA. Innymi słowy, sąd nie nadzoruje zastosowania przepisów prawa materialnego. Trzeba także zaznaczyć, iż wydane orzeczenie sądu nie będzie wiążące dla stron postępowania administracyjnego, które brały w nim udział, ale nie wniosły sprzeciwu wobec zapadłej decyzji kasatoryjnej. Ponadto, sąd nie jest związany wyłącznie zarzutami skargi. Wiąże się to z faktem, iż sąd, nadzorując decyzję wydaną przez organ odwoławczy na podstawie art. 138 § 2 KPA, może ją uchylić, opierając się na innych przesłankach, niż były zawarte w skardze.

Skarżący ma uprawnienie, by w sprzeciwie od decyzji zawrzeć tylko jeden wniosek główny, między innymi o uchylenie w całości zaskarżonej decyzji wydanej na podstawie art. 138 § 2 KPA. Innymi słowy, bezprzedmiotowe i niedopuszczalne jest formułowanie wniosków ewentualnych, na przykład dotyczących stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji. Istotne są także skrócone terminy czynności procesowych w porównaniu do postępowania zwykłego. Mianowicie strona wnosi sprzeciw za pośrednictwem organu załatwiającego sprawę w terminie 14 dni od momentu doręczenia decyzji. W ciągu 14 dni od daty otrzymania sprzeciwu organ może go uwzględnić bądź przekazać sprawę do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Jeśli sąd stwierdzi naruszenie art. 138 § 2 KPA, może uchylić decyzję w całości. Ponadto sąd może wymierzyć grzywnę organowi. Od wyroku uwzględniającego sprzeciw od decyzji wydanej na podstawie art. 138 § 2 KPA nie przysługuje skarga kasacyjna. Innymi słowy, skarga kasacyjna jest dopuszczalna jedynie od wyroku oddalającego sprzeciw.

[22] Uzasadnienie, s. 61.

Zakończenie

Konkludując, należy stwierdzić, że przedstawione w pracy uwagi obejmują szerokie spektrum cech charakterystycznych dla zasady ogólnej zawartej w art. 12 KPA. Przede wszystkim należy zaznaczyć, iż niezwykle istotne dla całego postępowania było wprowadzenie klarownej definicji bezczynności i przewlekłości postępowania. W orzecznictwie podkreślano, że dopóki organ nie przekracza terminu przewidzianego dla załatwienia sprawy i podejmuje czynności w celu jej załatwienia, nie można mu postawić zarzutu prowadzenia postępowania w przewlekły sposób[23]. Dotychczas przewlekłość postępowania była rozumiana jako niezałatwienie sprawy w terminie. W związku z tym zaczęto doszukiwać się różnic między bezczynnością a przewlekłością. Warto podkreślić, iż orzecznictwo także miało problem z tymi pojęciami. „Przewlekłość w prowadzeniu postępowania wystąpi wówczas, gdy organ nie załatwia sprawy w terminie, nie pozostając jednocześnie w bezczynności, a podejmowane przez ten organ czynności procesowe nie charakteryzują się koncentracją niezbędną w świetle art. 12 KPA ustanawiającego zasadę szybkości postępowania, względnie mają charakter czynności pozornych, nieistotnych dla merytorycznego załatwienia sprawy"[24]. Nowelizacja KPA unieważniła pogląd o ścisłym powiązaniu bezczynności i przewlekłości postępowania. Bezczynność nie jest bowiem ani następstwem prowadzenia postępowania w przewlekły sposób, ani przesłanką przewlekłości postępowania. KPA przyznaje stronie prawo do wniesienia ponaglenia na bezczynność organu oraz na przewlekłość postępowania. Warto zaznaczyć, iż usprawnieniem postępowania administracyjnego jest również tryb uproszczony. Wszystkie sprawy w tym postępowaniu mogą być załatwiane milcząco. W przypadku kontynuowania postępowania w trybie zwykłym pozostają w mocy i nie wymagają powtórzenia wcześniej dokonane czynności procesowe, mimo że nie odpowiadają one wymaganiom stawianym czynnościom danego rodzaju dokonywanym w tym trybie. W tym kontekście należy podkreślić, że organ nie jest uprawniony do odstąpienia z urzędu od rozpatrywania sprawy w trybie uproszczonym z powodów takich, jak na przykład zawiłość sprawy czy konieczność posiadania wiadomości specjalnych do jej rozstrzygnięcia.

[23] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2012 r., sygn. akt II OSK 1956/12.

[24] Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt II SAB/Łd 45/11.

Bez wątpienia relewantna dla szybkości postępowania administracyjnego stała się instytucja milczącego załatwienia sprawy. Wniesienie żądania załatwienia sprawy milcząco powoduje wszczęcie postępowania w sprawie. Warto podkreślić, iż nie stosuje się tu przepisów o czynnym udziale strony w postępowaniu. Ponadto nie precyzuje się niespełnionych lub niewykazanych przesłanek zależnych od strony. Może się to zatem skończyć wydaniem decyzji niezgodnej z żądaniem.

Dynamice załatwiania spraw administracyjnych ma także służyć sprzeciw od decyzji administracyjnych. Sprawy ze sprzeciwu od decyzji mają charakter dwupodmiotowy. Bierze w nich udział wyłącznie skarżący oraz organ, który wydał na podstawie art. 138 § 2 KPA zaskarżoną decyzję. W związku z tym w sprzeciwie wystarczające jest wskazanie obok skarżącego wyłącznie organu, który wydał decyzję, oraz załączenie dlań jednego odpisu. Trzeba podkreślić, że w sprzeciwie od decyzji skarżący nie musi wskazywać naruszenia prawa lub interesu prawnego. Zarzuty powinny dotyczyć naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy. Mimo to nie ma obowiązku wskazywania zarzutów uchybiających wyłącznie art. 138 § 2 KPA. Skarżący może w sprzeciwie od decyzji zawrzeć tylko jeden wniosek główny zaskarżonej decyzji wydanej na podstawie art. 138 § 2 KPA. W związku z tym bezprzedmiotowe i niemożliwe jest przedstawianie wniosków ewentualnych, na przykład dotyczących stwierdzenia nieważności zaskarżonej decyzji.

Mając powyższe na uwadze, ewidentne jest, iż nowelizacja KPA faktycznie usprawni postępowanie administracyjne i skróci czas jego trwania. Bez wątpienia zmniejszy się także ilość rozstrzygnięć kasatoryjnych, ponieważ strona będzie mogła zapobiec przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania. Opisywana nowelizacja wprowadza instytucje, które nie tylko zmierzają do usprawnienia toku postępowania administracyjnego, ale też wzmacniają istotnie pozycję stron w załatwianiu spraw administracyjnych.

IMPROVEMENT OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN THE LIGHT OF THE AMENDMENT TO THE CODE OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

ABSTRACT

The elaboration was devoted to the issue of changes that followed the act of April 7, 2017 amending the act – Code of Administrative Procedure and some other laws. The legislator in Article 12 of the Code of Civil Procedure introduced the general principle of speed and simplicity of proceedings. The doctrine has consolidated the view that this principle has become particularly important due to the fact that the tardiness of the public administration body's activities is in an exceptional way detrimental

to society and the individual. The work proves that the above amendment will improve administrative procedures and shorten its duration. The amendment introduced specific institutions that allow real improvement of the administrative process, at the same time strengthening the parties' role in the proceedings. The elaboration analyzed four institutions. The institution of urgency is discussed, the aim of which is to effectively mobilize the authorities to settle the matter on time. Provisions on the simplified procedure are described. A silent settlement of the case was presented. In addition, the objection against administrative decisions was discussed.

KEYWORDS

administrative proceedings, reminder, simplified proceedings, silent handling of the case, opposition to administrative decisions

BIBLIOGRAFIA

1. Kędziora R., *Ogólne postępowanie administracyjne*, Warszawa 2015.
2. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, DzU z 2017 r., poz. 1257.
3. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, DzU z 2017 r., poz. 1369, 1370.
4. Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, DzU z 2017 r., poz. 935.
5. Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, Warszawa Druk Sejmowy nr 1138, Sejm VIII Kadencji.
6. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2012 r., sygn. akt II OSK 1956/12.
7. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 8 listopada 2011 r., sygn. akt II SAB/Łd 45/11.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 161–186
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.10

Wojciech Leder

Uniwersytet Śląski
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: wojciech.leder@onet.pl

data zgłoszenia: 9.12.2017
data przyjęcia do druku: 25.07.2018

Sumienie sędziego. Czy sędziom powinna przysługiwać możliwość powołania się na klauzulę sumienia?

Streszczenie

Klauzula sumienia to procedura dochodzenia prawnonaturalnej wolności sumienia wynikającej z przyrodzonej godności człowieka. Ma ona zastosowanie w przypadkach skrajnych, gdy sumienie jednej osoby musi decydować o zdrowiu i życiu innego człowieka. Dlatego kwestia ta często dotyczy zawodów: lekarza, pielęgniarki, żołnierza, a przede wszystkim sędziego. Szczególna rola sumienia tego ostatniego wymaga nadzwyczajnej ochrony. Jest ona realizowana za pomocą formuły klauzuli sumienia *sensu largo* (polegającej na swobodzie orzekania) oraz quasi-klauzuli sumienia *sensu stricto*. Ta ostatnia gwarantuje swobodę podjęcia decyzji o orzekaniu (tzw. wyłączenie sędziego) i możliwość wydawania wyroku zgodnego z moralnością, lecz sprzecznego z prawem (formuła Radbrucha). Wprowadzenie pełnej klauzuli sumienia sędziego *sensu stricto*, analogicznej do podobnych formuł dotyczących lekarzy, pozostaje przedmiotem dyskusji. W tym kontekście sumienie sędziego jest szczególnie istotne i zasługujące na ochronę, bo umożliwia rozeznanie w trudnych przypadkach moralnych i prawnych. Jest ono nie tylko wewnętrznym głosem intuicji moralnej (tzw. wąskie rozumienie sumienia, indywidualny aspekt sumienia), ale także zbiorem narzędzi orzeczniczych używanych w trudnych przypadkach stosowania prawa (szerokie rozumienie, kolektywny aspekt sumienia sędziego). Sumienie sędziego jest gwarantem zasad niezawisłości i bezstronności, a także słuszności wyroku. Ponadto stanowi punkt odniesienia w samoocenie sędziego co do dochowania zasad niezawisłości i bezstronności, których najważniejsze, wewnętrzne aspekty są możliwe do oceny wyłącznie przez niego samego w zgodzie z własnym sumieniem. Próby wyręczenia go przy pomocy nadzwyczajnych sądów dyscyplinarnych zostały uznane przez Trybunał Konstytucyjny za niekonstytucyjne. W tym świetle także pełną klauzulę sumienia sędziego *sensu*

stricto – analogiczną do tej lekarskiej – należy uznać za zagrożenie dla niezawisłości sędziego, który w orzekaniu podlega jedynie Konstytucji, ustawom i własnemu sumieniu.

SŁOWA KLUCZOWE

wolność sumienia, prawo do sprzeciwu sumienia, klauzula sumienia, niezawisłość, bezstronność, etyka sędziego, dyskrecjonalność sędziowska

Wstęp

Kondycja sumień sędziów jest szczególnie ważna w demokratycznym państwie, ponieważ bezpośrednio od niej uzależniona jest realność doniosłych konstytucyjnych zasad niezawisłości i niezależności sędziowskiej. Niewątpliwie wolność sumienia każdego człowieka, a zatem i sędziego, zasługuje na ochronę. W takim przypadku można mówić o prawie do sprzeciwu sumienia. Przysługuje ono każdemu, ponieważ jest elementem godności człowieka. Jednak w żadnym wypadku to prawo nie powinno mieć charakteru bezwzględnego. Dlatego przepisy prawa pozytywnego przewidują procedurę dochodzenia ponadpozytywnego uprawnienia do sprzeciwu sumienia – jest nią klauzula sumienia. Umożliwia ona realne dochodzenie prawa do sprzeciwu sumienia, ale także stanowi jego ograniczenie na rzecz wartości takich jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, zdrowie, moralność, wolności i prawa innych osób. Te ograniczenia są szczególnie istotne w przypadku sędziów, których sprzeciw sumienia może ponadto godzić w prawo do sądu (art. 45 Konstytucji RP). Prawo dotyczące statusu sędziów nie przewiduje jednak wprost takiej klauzuli, tak jak jest to w przypadku przedstawicieli zawodów medycznych (lekarze, lekarze dentyści, pielęgniarki i położne). Czy ten stan powinien ulec zmianie?

W niniejszej pracy nie tyle postaram się odpowiedzieć na pytanie, czy taka klauzula powinna zaistnieć w prawie, ile raczej zastanowię się nad istniejącymi już regulacjami stanowiącymi jej surogat – quasi-klauzulę sumienia sędziego. Charakter prezentowanych rozważań będzie zatem w znacznym stopniu *de lege lata*. Dopiero w ostatniej części przyjmie formę *de lege ferenda*, tak aby umożliwić odpowiedź na pytanie, czy celowe byłoby wprowadzenie pełnej klauzuli sumienia sędziego.

Przedmiotem mojego zainteresowania będzie zarówno sumienie w powszechnym rozumieniu, w wymiarze indywidualnym – typowe dla każdego człowieka (wewnętrzny głos moralny), jak i takie, które dotyczy wyłącznie sędziego i w dużej mierze ma charakter kolektywny (sumienie w rozumie-

niu zestawu narzędzi orzeczniczych). Postaram się wykazać, że ten podział jest istotny także w przedmiocie klauzuli sumienia, gdzie można mówić o klauzuli sumienia *sensu largo* i *stricto*. Zastanowię się nad genezą i charakterem sprzeciwu sumienia, a także nad relacją tego uprawnienia do klauzuli sumienia, która stanowi dla niego proceduralną formę dochodzenia. Rozważę, czy sędziom nie przysługuje już quasi-klauzula sumienia wystarczająca do ochrony zarówno ich osobistego prawa do sprzeciwu sumienia, jak i wartości społecznych takich jak niezawisłość i bezstronność. Za taką klauzulę sumienia arbitra mogłyby uchodzić łącznie instytucja wyłączenia sędziego i filozoficznoprawna „formuła Radbrucha". Następnie zaprezentuję zależności występujące pomiędzy sumieniem sędziego a niezawisłością i bezstronnością (zarówno zewnętrzną, jak i wewnętrzną). W tym miejscu podejmę także próbę rozwiązania problemu „sędziów dyspozycyjnych", ujmując go od strony ich sumień. Postaram się udowodnić, że sumienie (w szerokim rozumieniu) pełni rolę narzędzia orzeczniczego i gwaranta powyższych zasad. Z tej perspektywy przeprowadzę badania, czy za celowe można uznać wprowadzenie klauzuli sumienia sędziego analogicznej do tej, która przypisana jest do zawodów medycznych, czy też przeciwnie – formuła tego typu byłaby szkodliwa zarówno dla sędziów, jak i dla wartości demokratycznego państwa prawa.

Sumienie i sprzeciw sumienia

W kontekście zapowiedzianych rozważań niezbędna jest odpowiedź na pytanie, czym właściwie jest sumienie. Jego definicji można szukać w słownikach, tak jak zrobił to Jerzy Zajadło[1]. Według niego sumienie to „właściwość psychiczna, zdolność pozwalająca odpowiednio oceniać własne postępowanie jako zgodne lub niezgodne z przyjętymi normami etycznymi, wiadomość odpowiedzialności moralnej za swoje czyny, postępowanie"[2]. Można także szukać jej źródła w katechizmie: „sumienie moralne jest sądem rozumu, przez który osoba ludzka rozpoznaje jakość moralną konkretnego czynu"[3]. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „pojęcie «sumienia» pojawiło się po raz pierwszy w etyce chrześcijańskiej. Wywodzi się je od św. Hieronima, który w IV w. zaczął posługiwać się pojęciem *synderesis* oznaczającym przyrodzoną człowiekowi władzę odróżniania dobra od zła. U św. Tomasza

[1] J. Zajadło, *Sumienie sędziego*, „Edukacja Prawnicza" 2017/2018, nr 1 (169), s. 37.

[2] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3: P–Ś, red. S. Dubisz, Warszawa 2008, cyt. za: J. Zajadło, op. cit., s. 37.

[3] Por. Katechizm Kościoła Katolickiego, pkt 1796.

z Akwinu «con-scientia» («współ-wiedza»), czyli sumienie, to zdolność do intelektualnej oceny własnych aktów jako dobrych albo złych”[4]. Należy także dodać, że współcześnie być może najlepszym rozwiązaniem byłoby sięgnięcie do opracowań naukowych z zakresu neurobiologii, gdzie za sumienie uważa się fragment kory czołowej mózgu[5].

Już na podstawie kilku przytoczonych powyżej definicji można zaobserwować, jak nieostrym pojęciem jest „sumienie”. Trudno utworzyć jedną, wystarczająco spójną definicję, by móc przez jej pryzmat interpretować konstytucyjną wolność sumienia czy ustawową klauzulę sumienia. Zawsze bowiem sumienie będzie „subiektywnym odczuciem na temat dobra i zła, sprawiedliwości i niesprawiedliwości...”[6]. Mimo wszelkich wątpliwości termin ten należy do języka ustawodawcy, co wymusza na interpretującym przepisy wybór jednej z wymienionych wyżej definicji. Aspekty sumienia sędziego omawiane w niniejszej pracy wymagają używania powyższego terminu w różnych znaczeniach, jednak punktem wyjścia pozostanie rozumienie najbliższe językowi potocznemu, wedle którego za tym pojęciem kryje się wewnętrzny głos pozwalający odróżnić dobro od zła, a w przypadku sędziów – słuszne rozwiązanie sprawy od niesłusznego.

Na powyższą niejednoznaczność sumienia nakłada się wielość i różnorodność jego źródeł. W kontekście sumienia sędziego Zajadło odnajduje cztery fundamenty owego „wewnętrznego głosu” – jest to nie tylko światopogląd religijny i etyczny, ale także profesjonalizm sędziego – czyli jego wiedza i zawodowa rutyna, poczucie słuszności i sprawiedliwości oraz instytucjonalna tożsamość – „identyfikacja z trzecią władzą”[7].

Szersze spojrzenie na zaprezentowany wyżej model źródeł sumienia pozwala dostrzec jego dwoistość. Tylko pierwsze z wymienionych źródeł przystaje do potocznego rozumienia, bezpośrednio wynikającego z moralnych funkcji sumienia. Pozostałe bardziej niż z aksjologią wiążą się z wiedzą, doświadczeniem, intuicją prawną i tożsamością zawodową trzeciej władzy. Jak postaram się wykazać poniżej, podział na sumienie w wąskim i szerokim rozumieniu jest istotny, nakłada się bowiem na typologię klauzul sumienia, a także jest bardzo pomocny w odróżnieniu charakteru prawnej i filozoficznej konstrukcji sumienia sędziego od konstrukcji sumienia każdego człowieka.

---

[4] Por. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14), s. 23.

[5] *Klauzula sumienia, regulacje prawne vs. rzeczywistość*, red. R. Piestrak, S. Psonka, M. Szast, Lublin 2015, s. 20.

[6] E. Schwierskott-Matheson, *Wolność sumienia i wyznania w wybranych państwach demokratycznych*, Regensburg 2012, s. 154–155.

[7] J. Zajadło, op. cit., s. 40.

Sumienie *sensu stricto* dotyczy przekonań etycznych. Jego analiza umożliwia dostrzeżenie analogii do sumienia lekarza, pielęgniarki, żołnierza itp. Sumienie *sensu largo* swoim zakresem obejmuje zestaw wymienionych wyżej „narzędzi pracy" sędziego, służących do podejmowania przez niego trudnych moralnie decyzji[8]. W pierwszym znaczeniu jest ono wartością chronioną przez prawa człowieka – zarówno w Konstytucji, jak i w prawie międzynarodowym[9]. Wspomniane przepisy traktują o wolności sumienia, co można określić także jako „sprzeciw sumienia". Wolność sumienia każdego człowieka jest zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „kategorią pierwotną i niezbywalną, którą prawo konstytucyjne oraz regulacje międzynarodowe jedynie poręczają"[10]. Trybunał uznaje tę swobodę za element składowy godności człowieka, przypisując mu tym samym ponadpozytywny charakter[11]. W innym miejscu czytamy, że „wolność sumienia i wyznania stanowi we współczesnym świecie, a w szczególności w Europie, podstawową zasadę – a jednocześnie wyznacznik – państwa i społeczeństwa demokratycznego"[12]. Wolność sumienia to autonomia w sferze poglądów filozoficznych, aksjologicznych, moralnych, a także politycznych i religijnych. Dzięki niej możliwe staje się określenie własnej tożsamości intelektualnej[13]. Można rozróżnić trzy aspekty wolności sumienia: wolność myśli (czyli wolność rozstrzygania, czym jest prawda), wolność religii i wyznania, wolność postępowania[14]. Te wartości są zagwarantowane bezpośrednio w art. 53 Konstytucji, a pośrednio w art. 85 ust. 2 Konstytucji, gdzie ustrojodawca umożliwia odbycie zastępczej służby wojskowej obywatelowi, „któremu przekonania religijne lub wyznawane zasady moralne nie pozwalają na odbywanie służby wojskowej".

Wolność sumienia obejmuje swoim zakresem nie tylko prawa wymienione w art. 53 Konstytucji (takie jak prawo do uzewnętrzniania religii, wychowywania dzieci przez rodziców zgodnie ze „swoimi przekonaniami"),

---

[8] Ibidem, s. 40.

[9] Por. art. 10 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30.3.2010 r. (DzU UE C 83/02); art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.10.1950 (DzU 1993.61.284); art. 18 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 19.12.1966 (DzU 1977.38.167).

[10] Por. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14), s. 30.

[11] Por. ibidem, s. 22.

[12] Por. ibidem, s. 14.

[13] K. Milkowski, *Klauzula sumienia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Klauzula sumienia...*, op. cit.

[14] M. Kolowitz, T. Dyk, *Spór o klauzulę sumienia w zawodach medycznych*, [w:] *Klauzula sumienia...*, op. cit., s. 261.

ale także – co może najbardziej doniosłe – prawo do sprzeciwu sumienia. Według TK „sprzeciw sumienia" to emocjonalny bunt przeciw obowiązującym normom postępowania[15]. Jest to zatem forma emanacji własnego światopoglądu moralnego i etycznego połączona z czynnym sprzeciwem wobec norm, faktów i sytuacji z nim sprzecznych. W tym miejscu należy jednak stwierdzić, że tak szeroko zakrojone uprawnienia – godzące w pewność prawa, zezwalające na brak poszanowania norm prawnych – nie mają charakteru bezwzględnego. Sprzeciw sumienia można ograniczyć zgodnie z art. 31 i art. 53 pkt 5 Konstytucji[16]. Ustrojodawca przewiduje katalog wartości, które w hierarchii wartości konstytucyjnych znajdują się powyżej wolności sumienia[17]. Zgodnie z art. 53 pkt 5 są to: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, zdrowie, moralność, wolności i prawa innych osób. Zgodnie z omawianym orzeczeniem TK dotyczącym lekarskiej klauzuli sumienia „sytuacje zagrożenia życia lub poważnego zagrożenia zdrowia mogą być […] traktowane jako wypadki, w których jedno dobro (swoboda sumienia lekarza) zostaje ograniczone przez dobra innych pomiotów (życie i zdrowie pacjentów)"[18]. Takie ograniczenia powinny być ponadto ustawowe (art. 53) oraz proporcjonalne i zgodne z postulatem konieczności w demokratycznym państwie prawnym (art. 31).

Prawo do sprzeciwu sumienia, iusnaturalne z pochodzenia, powinno być zatem ograniczane prawem pozytywnym ze względu na inne wartości. Bezwzględne prawo do sprzeciwu sumienia może bowiem prowadzić do zachwiania pewności prawa (możliwość nierespektowania norm), dyskryminacji (naruszenie praw innych osób według kryteriów dyktowanych wyłącznie przez światopogląd)[19], utraty zdrowia lub życia przez pacjentów i w końcu – do pozbawienia prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP).

Do regulowania niczym nieograniczonej (bo wynikającej z godności osoby ludzkiej) wolności sumienia służy konstrukcja prawna klauzuli sumienia. Składają się na nią w szczególności przepisy i procedury, według których powinno się dochodzić prawa do sprzeciwu sumienia.

---

[15] Por. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14), s. 23.

[16] Por. art. 31 Konstytucji RP.

[17] Por. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14), s. 32.

[18] Por. ibidem.

[19] [online] https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-do-tk-karanie-za-bezzasadn%C4%85-odmow%C4%99-us%C5%82ugi-jest-zgodne-z-konstytucj%C4%85 [dostęp: 20.07.2018].

Klauzula sumienia

Przytoczone wyżej fragmenty wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego pochodzą z wyroku dotyczącego klauzuli sumienia lekarza zapisanej w art. 39 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty[20]. Nie oznacza to jednak, że sprzeciw sumienia i przepisy służące jego realizacji (klauzula sumienia) przysługują jedynie tej grupie zawodowej. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: „Prawo jednostki do odwołania się do «klauzuli sumienia» stoi […] na straży nie tylko wolności sumienia, ale także godności osoby ludzkiej, która jest prawem przyrodzonym i niezbywalnym"[21]. Jest to zatem prawo o charakterze powszechnym, choć nie istnieje żadna powszechna klauzula sumienia. W tym miejscu należy podkreślić, że prezentowane wyżej poglądy Trybunału w kwestii pierwotności wolności sumienia i wtórności procedury jego dochodzenia budzą kontrowersje wśród specjalistów. Jak stwierdziła Teresa Gardocka, stanowisko Trybunału prowadzi do sytuacji, w której należy uznać, że „grupy zawodowe, które mają zapisaną w ustawie klauzulę sumienia, są w gruncie rzeczy w gorszej sytuacji niż wszyscy inni, których sumienia nie doznają żadnego ograniczenia w sferze działania zawodowego"[22]. Nie da się pogodzić tej konsekwencji z *ratio legis* wprowadzenia klauzuli sumienia lekarza i lekarza dentysty. Celem ustawodawcy nie było bowiem ograniczanie wolności sumienia lekarza, tylko przeciwnie – umożliwienie mu zgodnego z prawem odstąpienia od obowiązku leczenia[23]. Wspomniany problem przekracza jednak w sposób znaczny możliwości niniejszej pracy, nie łączy się także zbytnio z zagadnieniem sumienia sędziego. Dlatego uważam za celowe pozostać w dalszych rozważaniach na stanowisku zgodnym z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, przy czym trzeba zastrzec, że pierwotne i naturalne prawo sprzeciwu sumienia każdego człowieka nie powinno być dochodzone w oderwaniu od pozytywnych przepisów prawa, określających obowiązki czy regulujących konflikty pomiędzy prawami poszczególnych jednostek. Wolność sumienia jest treścią, a klauzula sumienia formą i wyłącznie wedle tej procedury należy dochodzić prawa do sprzeciwu sumienia.

---

[20] Por. art. 39 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (DzU 1997, nr 28, poz. 152); OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98).

[21] Por. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14), s. 29.

[22] T. Gardocka, *O klauzuli sumienia w polskim prawie raz jeszcze*, „Gazeta Prawna", [online] http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/811683,o-klauzuli-sumienia-w-polskim-prawie-raz-jeszcze.html [dostęp: 18.07.2018].

[23] Por. art. 4 w związku z art. 39 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (DzU 2017.125 j.t.).

Szukając definicji klauzuli sumienia, można stwierdzić, że jest to konstrukcja prawna rozwiązująca konflikt norm prawa stanowionego z normami światopoglądowymi lub religijnymi. Bazując na orzecznictwie Trybunału, należy dodać, że klauzula jest formą realizacji prawa do sprzeciwu sumienia, nie zaś źródłem tego prawa. Zręby klauzuli sumienia można odnaleźć w art. 59 Konstytucji, bardziej szczegółowe regulacje znajdują się w ustawach dotyczących zawodów: lekarza, lekarza dentysty, pielęgniarki i położnej[24]. Zgodnie z art. 39 u.z.l. „Lekarz może powstrzymać się od wykonania świadczeń zdrowotnych niezgodnych z jego sumieniem". Pielęgniarki i położne na podstawie art. 12 pkt 2 ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej także mogą odmówić wykonania zalecenia lekarskiego lub innego świadczenia niezgodnego z sumieniem. Przy czym powinny podać niezwłocznie przyczynę odmowy, uzasadnić ją w dokumentacji medycznej, wskazać realne możliwości uzyskania tego świadczenia u innej pielęgniarki oraz niezwłocznie uprzedzić o tym pacjenta. Podobne obowiązki nałożone na lekarzy zostały uznane za niekonstytucyjne przez Trybunał w opisanym wcześniej wyroku[25]. Przedstawiciele zawodów medycznych to jedyna grupa tak uprzywilejowana, jeżeli chodzi o ustawową klauzulę sumienia. Rozszerzenie ochrony wolności sumienia na inne grupy (na przykład farmaceutów, przedsiębiorców) pozostaje przedmiotem debaty społecznej przede wszystkim ze względu na konflikty pomiędzy wartościami chronionymi i naruszanymi przez klauzulę.

Przepisy chroniące wolność sumienia lekarzy i pielęgniarek wchodzą w konflikt z ich obowiązkami, ponadto samo pojęcie „sumienie" jest uważane za niejednoznaczne. Dlatego pracujący nad nowelizacją przepisów dotyczących klauzuli sumienia Komitet Bioetyki przy Prezydium Polskiej Akademii Nauk postulował zmiany jej prawnego charakteru poprzez przymuszenie lekarzy do podawania konkretnych przyczyn odmówienia leczenia zamiast powoływania się na nieostre znaczeniowo „sumienie"[26]. Komitet stwierdził również, że nie powinno się przyznawać pierwszeństwa wolności sumienia przed określonym w etyce lekarskiej obowiązkiem leczenia, co tylko częściowo pokrywa się z przedstawionym wcześniej stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał stwierdził, że wyłącznie w przypad-

[24] Por. art. 39 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (DzU 2017. 125 j.t.); art. 12 ustawy z 15.07.2011 r. o zawodzie pielęgniarki i położnej (DzU 2016.1251 j.t.); art. 23 KC, gdzie „swoboda sumienia" chroniona jest jako „dobro osobiste człowieka"; a także rozdział XXIV KK.

[25] Por. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14).

[26] Por. stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z 12.10.2013 r. w sprawie tzw. klauzuli sumienia.

kach zagrożenia życia i zdrowia można mówić o prymacie obowiązku leczenia. Ten fakt łączy się ze wspomnianymi wcześniej kontrowersjami wokół poglądów Trybunału na lekarską klauzulę sumienia.

Quasi-klauzula sumienia sędziego

Wobec powyższych faktów można zastanawiać się, czy sędziowie powinni mieć możliwość powołania się na klauzulę sumienia. Skoro przymiotami każdej osoby ludzkiej są godność i wolność sumienia, to także i sędziowie nie powinni być tej wolności pozbawiani. W tym przypadku należy wprowadzić podział klauzuli sumienia, częściowo nakładający się na typizację proponowaną przez Zajadłę. Należy wyróżnić klauzulę sumienia *sensu stricto* – czyli przepis określający możliwość uniknięcia odpowiedzialności za niewykonanie szczególnego prawnego obowiązku (na przykład obowiązku leczenia). Taka klauzula chroni sumienie w wąskim rozumieniu (tożsamość etyczną, religijną, moralną). Klauzula sumienia *sensu largo* to z kolei zasada, która stanowi, że „państwo lub inna instytucja społeczna nie może zmuszać nikogo do działania wbrew jego sumieniu”[27]. Taka klauzula także chroni sumienie rozumiane jako wewnętrzny głos moralny, ale – w przypadku sędziego – stanowi przede wszystkim zabezpieczenie wartości uznawanych przez Zajadłę za „szeroko pojęty profesjonalizm” sędziego (są to: wiedza i zawodowa rutyna, poczucie słuszności i sprawiedliwości, instytucjonalna tożsamość – „identyfikacja z trzecią władzą”)[28]. O ile w przypadku pierwszej klauzuli stosunkowo łatwo odnaleźć kształtujące ją przepisy (ta klauzula bezpośrednio chroni wolność sumienia danej grupy), o tyle w formule *sensu largo* nie jest to już takie łatwe – często reguły ją kształtujące można odnaleźć dopiero w drodze interpretacji przepisów tylko pośrednio chroniących wolność sumienia. Klauzula sumienia w obu odmianach jest konkretyzacją ogólnej klauzuli generalnej „wolności sumienia” zapisanej w art. 53 ust. 1 Konstytucji, choć nie jest źródłem tej wolności, jak starałem się poprzednio wykazać. Zatem klauzula *sensu largo* to możliwość odmowy wszelkich działań sprzecznych z sumieniem, światopoglądem, a także wiedzą i poczuciem słuszności, a *sensu stricto* – konstrukcja prawna umożliwiająca odmowę wykonania prawnego obowiązku (na przykład obowiązku leczenia) bez konsekwencji.

W przypadku sędziego można mówić o klauzuli sumienia *sensu largo* i będą to rozważania *de lege lata*, ponieważ – jak postaram się wykazać –

[27] *Klauzula sumienia...*, op. cit., s. 5–8.
[28] J. Zajadło, op. cit., s. 40–41.

istnieją skuteczne mechanizmy ochrony, które można określić mianem quasi-klauzuli sumienia sędziego. Nie gwarantuje ona pełnej ochrony, tak jak przepisy dotyczące lekarzy, ale wpisuje się w ochronę sumienia i niezależności sędziego. W dalszej części rozważań zastanowię się *de lege ferenda* nad koniecznością wprowadzenia sędziowskiej klauzuli sumienia *sensu stricto* (a zatem przepisów chroniących bezpośrednio wolność sumienia arbitra – tak jak jest w przypadku lekarza).

Na quasi-klauzulę sumienia składają się: instytucja „wyłączenia sędziego", możliwość zgłoszenia zdania odrębnego i „formuła Radbrucha". W przypadku tej pierwszej chodzi o nieco inny aspekt niezależności niż opisywana wyżej swoboda orzekania. Nie o samo wyrokowanie tu chodzi, lecz o swobodę podjęcia decyzji o orzekaniu (podobnie jak u lekarza, który może, ale nie musi zgodzić się na przeprowadzenie zabiegu sprzecznego z jego światopoglądem). Jednak w odróżnieniu od lekarza, który nie zawsze musi spełnić obowiązek leczenia, sędziego nic nie zwalnia z obowiązku orzekania. Są jednak takie sytuacje, w których sędzia na swój wniosek może odsunąć się od sprawy. Dzieje się tak wtedy, gdy może zostać naruszona „sytuacja bezstronności", czyli sędzia w jakiś sposób jest związany z daną sprawą lub jedną ze stron[29]. Jest to współczesny wyraz antycznej paremii *nemo est iudex in propria causa*.

Należy także dodać, że nawet w przypadku sądów kolegialnych, gdy o treści wyroku decydują wszyscy sędziowie razem i głosy sprzeciwu mogą zostać przegłosowane przez kolegium, sędzia należący do mniejszości wcale nie musi rezygnować z wolności sumienia. Może wyrazić zdanie odrębne, czyli *votum separatum*, odcinając się od wyroku, na którego poparcie nie pozwala mu własne sumienie[30].

Zgodnie z przepisami kodeksu postępowania cywilnego sędzia może być też odsunięty z mocy prawa lub na wniosek: jednej ze stron postępowania, prokuratora, organizacji pozarządowej, Rzecznika Praw Obywatelskich, inspektora pracy, powiatowego i miejskiego rzecznika konsumentów, interwenta ubocznego i na swoje własne żądanie[31]. Wyłączenie z mocy prawa następuje w przypadkach wyliczonych w art. 48 KCP – na przykład ze względu na relacje rodzinne, własny interes, wcześniejsze związanie ze sprawą itp. (sędziego wyłączonego na podstawie tych przepisów określa się jako *iudex*

[29] Por. art. 48. KC; Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności*, [w:] *Filozofia wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003.

[30] Por. art. 114 KPK.

[31] R. Reiwer, *Wyłączenie sędziego w procesie cywilnym*, Warszawa 2017, s. 337.

inhabilis). Jest to wyłączenie o charakterze bezwzględnym[32]. Pozostałe przypadki dotyczą sytuacji zagrożenia bezstronności sędziego (art. 49 KPC), czyli podstawą wyłączenia są „przyczyny wewnętrzne" (*iudex suspectus*)[33]. Procedury wyłączenia w obu przypadkach chronią bezstronność sędziego i także pośrednio – jego prawo do sprzeciwu sumienia. W mojej opinii obie procedury można traktować jako quasi-klauzulę sumienia sędziego.

Regulacje kodeksu postępowania karnego są podobne. Sędziego można wyłączyć na jego własne żądanie, na wniosek strony i z mocy prawa[34]. Wyłączenie z mocy prawa następuje w przypadkach obiektywnego zagrożenia bezstronności (na przykład pokrewieństwo, wcześniejszy udział w sprawie itp.), a wyłączenie z tytułu *iudex suspectus* – na wniosek. Istotną różnicą pomiędzy obiema procedurami, a także pomiędzy quasi-klauzulą sumienia sędziego i pełną klauzulą sumienia lekarza, jest sposób podejmowania decyzji o zwolnieniu z obowiązku. Lekarz może sam podjąć decyzję o odmowie leczenia, gdy zaistnieją warunki przewidziane przez ustawę, natomiast sędzia musi złożyć wniosek do sądu, który podejmuje decyzję o wyłączeniu lub odrzuca wniosek. Ponadto, w przypadku wyłączenia w procesie karnym od decyzji sądu w tym przedmiocie nie przysługuje odwołanie[35]. Jedynie w przypadku procedury cywilnej art. 394 pkt 10 i art. 394^2 przewidują możliwość zażalenia w przedmiocie tej decyzji. Takie ukształtowanie procedury znacznie ogranicza praktyczne użycie quasi-klauzuli sumienia sędziego, w szczególności w postępowaniu karnym, w którym sędzia po otrzymaniu negatywnej decyzji sądu nie ma już możliwości ochrony prawa do sprzeciwu sumienia przez wyłączenie. Istnieją jednak inne mechanizmy, które w takim wypadku mogą ochronić sumienie sędziego.

Za Adamem Strzemboszem należy wskazać trzy możliwości, które ma sędzia pragnący rozwiązać konflikt pomiędzy sumieniem i prawem pozytywnym. Może on ustąpić ze stanowiska, orzec *contra legem* lub wykorzystać specjalną, postulowaną przez autora, klauzulę sumienia[36]. Strzembosz zakłada, że w przypadku, gdy spełnione zostały warunki: trudna dla sumienia sprawa jest nierozwiązywalna metodami wykładni, dotyczy „ważnego dobra" oraz w celu rozwiązania zaistniałego konfliktu moralnego odwołano się do Trybunału Konstytucyjnego w trybie kontroli konstytucyjności przepi-

[32] Ibidem, s. 127–128.

[33] Ibidem, s. 133.

[34] I. Zielinko, *Wyłączenie sędziego w postępowaniu karnym a gwarancje konstytucyjne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego" 2017, nr 94, s. 125.

[35] R. Reiwer, op. cit., s. 365; por. art. 42 KPK.

[36] A. Strzembosz, M. Stanowska, *Sędziowie warszawscy w czasie próby 1981–1988*, Warszawa 2005, s. 303–304.

su wywołującego konflikt sumienia – sędzia może odmówić sądzenia takiej sprawy (bez podstawy prawa pozytywnego). Tego typu klauzula jest podobna do opisanej wcześniej klauzuli *sensu stricto*, przede wszystkim bowiem chroni sędziego przed ciężarem moralnej odpowiedzialności za pogwałcenie zasad nakazywanych przez sumienie. Taka klauzula umożliwiałaby sędziemu wyłączenie w przypadku, gdy zawiodą wszystkie metody i autorytety. Byłaby to zatem *ultima ratio* sprzeciwu sumienia sędziego.

Równie drastycznym rozwiązaniem, choć także godzącym w pozytywistyczny ideał pewności prawa, jest orzekanie przeciwko prawu pozytywnemu, ale w zgodzie z prawem naturalnym. Jest to taka sytuacja, w której sędzia w imię słuszności odrzuca prawo stanowione i wydaje wyrok stronniczy i bezprawny, ale sprawiedliwy. Mowa tu o tak zwanym „ustawowym bezprawiu", gdy sędzia zmuszony do orzekania na podstawie niegodziwych zasad decyduje się odnaleźć samodzielnie „ponadustawowe prawo"[37]. Gustav Radbruch, autor powyższej koncepcji, podawał jako przykład ewidentnie niesprawiedliwe prawo nazistowskie, według którego krytyka władzy była karana śmiercią. Radbruch nie twierdził, że sędziowie stoją ponad prawem i mogą traktować je jako zbiór niewiążących wskazówek. Wręcz przeciwnie – ten niemiecki filozof prawa uważał, że sędziowie, jako obrońcy bezpieczeństwa prawnego, powinni przede wszystkim orzekać w zgodzie z literą prawa. Jednak w sytuacjach skrajnych, gdy wyroki zgodne z prawem okazują się rażąco niesprawiedliwe, sędziowie mogą sięgnąć do *ius naturalis*, wybierając „ponadustawowe prawo" kosztem „ustawowego bezprawia". Model takiego zachowania nazywamy „formułą Radbrucha".

Autor twierdzi, że ten wybór jest nie tylko przywilejem sędziego, ale też jego obowiązkiem, wynikającym z zawodowego etosu. Powinnością idealnego arbitra jest bycie sprawiedliwym pomimo prawa i przyjęcie konsekwencji braku posłuszeństwa w takiej sytuacji. Ewa Łętowska tak pisała o sędziach: „niezawisłość sędziowska oznacza czasami wręcz obowiązek sprzeciwienia się prawu; co więcej, ktoś, kto tego nie czyni, może się potem narazić na zarzut, że jest złym i niegodnym sędzią"[38].

W decydowaniu, czy prawo jest rażąco niesprawiedliwe, czy też nie, jedynym narzędziem, którego może użyć sędzia, jest sumienie. Gdy bowiem system prawa jest niesprawiedliwy, tylko osobista moralność może poprowadzić rozumowanie sędziego do sprawiedliwego wyroku. Zakładając, że „formuła Radbrucha" rzeczywiście działa w europejskim systemie prawnym, a w historii zdarzały się przypadki jej użycia – na przykład w sprawie

[37] G. Radbruch, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak-Juchacz, Warszawa 2009.

[38] E. Łętowska, *Dekalog dobrego sędziego*, „Kwartalnik KRS" 2016, nr 1 (30), s. 5.

tzw. strzelców przy murze berlińskim[39], można stwierdzić, że razem z konstrukcją wyłączenia sędziego stanowi składnik quasi-klauzuli sumienia.

Czy jednak sędziowie, nie mając możliwości powołania się na klauzulę sumienia *sensu stricto*, dysponują jednoczenie narzędziami chroniącymi ich przed podejmowaniem decyzji sprzecznych z sumieniem? Z pewnością wspominana wyżej quasi-klauzula sumienia spełnia funkcję sędziowskiej klauzuli sumienia *sensu largo*. Jak postaram się wykazać, opisane mechanizmy w dużym stopniu zabezpieczają profesjonalizm sędziego, jego niezawisłość i bezstronność. Być może jednak celowe byłoby wprowadzenie klauzuli sumienia sędziego w ścisłym rozumieniu, która – analogicznie do sytuacji prawnej lekarza – dawałaby sędziemu możliwość samodzielnego zwolnienia z obowiązku orzekania? Czy tego typu przepis byłby zasadny w świetle wartości bezstronności i niezawisłości?

Sumienie – narzędzie pracy sędziego

Klauzula sumienia ma zastosowanie w przypadkach skrajnych, kiedy sumienie jednej osoby musi decydować o życiu lub zdrowiu innego człowieka[40]. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku trudnych dla lekarza decyzji o stosowaniu aborcji, wykonywaniu badań czy wydawaniu orzeczeń lekarskich z nią związanych, stosowaniu eutanazji itp. W zawodzie pielęgniarki to decyzja o wzięciu udziału w zabiegach wymienionych powyżej czy eksperymentach medycznych[41]. W przypadku żołnierza jest to udział w wojnie i związane z tym decydowanie o zdrowiu i życiu innych ludzi. Jak to zagadnienie odnosi się do pracy sędziego?

Porównując opisane wyżej przypadki lekarzy, pielęgniarek itp. z sędziami, można dostrzec występujące pomiędzy nimi podobieństwa. Wykonywanie wszystkich tych zawodów polega na podejmowaniu decyzji dotyczących życia i zdrowia innych, a zatem nieodłączną ich częścią są dylematy moralne. Wydawanie wyroku i cały proces stosowania prawa to nic innego, jak podejmowanie serii decyzji, zwieńczone finalnym, indywidualnym postanowieniem. Sędzia musi podjąć decyzje odnośnie do stanu prawnego: decyzję walidacyjną (polegającą na odszukaniu źródła obowiązywania prawa) i interpretacyjną (ustalenie intencji prawodawcy). Ustalając stan faktyczny, musi podjąć decyzję dowodową. Do tych wszystkich rozstrzygnięć należy

[39] S. Tkacz, *Prawo*, [w:] *Wstęp do prawoznawstwa,* red. J. Nowacki, Z. Tobor, Warszawa 2016, s. 103–104.

[40] *Klauzula sumienia...*, op. cit., s. 5–8.

[41] Por. ustawa z 15.07.2011 r. (DzU 2016.1251 j.t.).

dodać jeszcze ustalenie konsekwencji prawnych, kwalifikację stanu faktycznego oraz postanowienia wynikające z tzw. luzów decyzyjnych i przewidzianych przez prawodawcę „decyzji uznaniowych" (swobodny wybór sędziego w ramach dyskrecjonalności sędziowskiej)[42].

Biorąc pod uwagę tę mnogość postanowień, należy stwierdzić, że praca sędziego polega właśnie na podejmowaniu decyzji, i to daleko bardziej niż zawód lekarza, żołnierza czy pielęgniarki. Statystycznie rzecz ujmując, sędzia może w trakcie swojego życia zawodowego o wiele częściej niż wyżej wymienieni stawać przed koniecznością podjęcia decyzji sprzecznej z własnym sumieniem, światopoglądem czy przekonaniami religijnymi – w rezultacie możliwe, że będzie zmuszony decydować w kontrze do własnego głosu moralnego. Typowymi przykładami są wyroki w sprawach dotyczących aborcji czy rozwodów[43].

Dlaczego więc nie umożliwić sędziemu korzystania z klauzuli sumienia w takim samym zakresie, jak mogą to robić lekarze? Taka możliwość niewątpliwie znacznie odciążyłaby jego sumienie, które powinno być szczególnie szanowane i oszczędzane, jest bowiem pewnego rodzaju „narzędziem pracy" organu sprawiedliwości. Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia stwierdziło: „sędziowie winni posiadać nieskrępowaną swobodę orzekania w sposób bezstronny, zgodny z własnym sumieniem i własną interpretacją faktów"[44]. Z tego stanowiska wynika, że cechami orzekania sędziego w demokratycznym państwie prawa są bezstronność (i w domyśle: niezawisłość), zgoda z własnym sumieniem (czyli poczuciem sprawiedliwości oraz narzuconym przezeń obowiązkiem stosowania się do treści przysięgi sędziowskiej[45]) i własną (czyli zgodną ze swobodną oceną dowodów) interpretacją faktów.

W przytoczonej wyżej wypowiedzi z pewnością nie chodzi o to, aby sędzia przedkładał własne poglądy – wynikające z tego, że jest człowiekiem obarczonym emocjami i doświadczeniami – nad prawo stanowione. Wprost przeciwnie: „orzekanie w zgodzie z własnym sumieniem" jest sztuką wydawania sprawiedliwych decyzji niezależnie od uprzedzeń. Dobry sędzia potrafi wyważyć dwa przeciwstawne podejścia – całkowitą niezależność od poglądów i życiowych doświadczeń oraz orzekania wedle własnej opinii. Ma przy tym na celu odnalezienie decyzji słusznej i sprawiedliwej, które to

[42] S. Tkacz, *Stosowanie prawa, decyzje w procesie stosowania prawa*, [w:] *Wstęp do prawoznawstwa...*, op. cit., s. 252.

[43] J. Zajadło, op. cit., s. 38.

[44] Por. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98), s. 15.

[45] Por. art. 66 ustawy z 27.07.2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 2016. 2062 j.t.).

kategorie „mierzy" za pomocą sumienia. Jak pisał Zajadło: „w sumieniu sędziego chodzi w mniejszym stopniu o wierność własnym, indywidualnym poglądom, daleko bardziej chodzi o wierność wartościom leżącym u podstaw demokratycznego państwa prawa"[46]. W tym przypadku widać, że sumienia sędziego nie można pojmować jedynie w wąskim znaczeniu (indywidualny wewnętrzny głos), lecz przede wszystkim w rozumieniu szerokim, w którym chodzi o pewną wierność ogólnie pojmowanej aksjologii prawa, interpretowanej zgodnie przez całą trzecią władzę (w tym kontekście Zajadło pisze nawet o „sumieniu konstytucyjnym"). Sumienie sędziego w szerokim rozumieniu jest bardziej kolektywne niż indywidualne – widać w takim przypadku, że sprzeciw sumienia sędziego nie jest jego prywatną sprawą, lecz interesem całego wymiaru sprawiedliwości, warunkiem jego poprawnego i słusznego działania[47].

To stanowisko zdaje się potwierdzać tekst ślubowania sędziego – przede wszystkim fragment: „ślubuję […] sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia"[48]. Sędzia zajmując stanowisko przyrzeka, że jednym z czynników wpływających na wydawane wyroki będzie, obok przepisów prawa i materiału dowodowego, jego własne sumienie. W tym przypadku możemy mówić nie tylko o prawie sędziego do orzekania w zgodzie z własnym sumieniem, ale też o obowiązku takiego orzekania. Dzięki sumieniu arbiter jest zdolny do odnajdywania sprawiedliwości także w warunkach nieprecyzyjnych przepisów i niejednoznacznych dowodów, a także silnej presji zewnętrznej – o czym później. Sumienie sędziego jest podstawowym gwarantem sprawiedliwości wyroku.

Adam Strzembosz w pracy poświęconej „sprawom politycznym" okresu PRL opisuje przypadki spraw rozpatrywanych przez sędziów, którym zabrakło silnego sumienia i w konsekwencji także niezawisłości i bezstronności. Te naruszenia miały miejsce w latach 1981–1988[49] oraz w okresie stalinowskim[50], kiedy to sędziowie często ulegali naciskom władzy i orzekali według „ustawowego bezprawia", zamieniając wymiar sprawiedliwości w narzędzie represji. Tego typu wybory prowadziły do „ześlizgiwania się na pozycję osoby służącej władzom politycznym"[51].

---

[46] J. Zajadło, op. cit., s. 39.

[47] Ibidem, s. 43.

[48] Por. art. 66 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 2016.2062 t.j.).

[49] A. Strzembosz, M. Stanowska, op. cit., s. 7.

[50] Ibidem, s. 291.

[51] Ibidem, s. 299.

Tych samych stronniczych arbitrów Trybunał Konstytucyjny określił mianem „sędziów dyspozycyjnych". Rozliczenie z ich działalnością stało się podstawą omawianego niżej wyroku Trybunału[52]. Orzeczenie dotyczyło kontroli konstytucyjności art. 6 nowelizacji ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych[53]. Choć Trybunał uznał wspominany artykuł za sprzeczny z Konstytucją z powodów formalnych (niedopełnienie ciążącego na przedstawicielach władzy ustawodawczej obowiązku konsultacji projektu ustawy z KRS), to uzasadnienie wyroku zawiera treści przydatne w kontekście omawianego tematu. Poniżej postaram się opisać zasady niezawisłości i bezstronności oraz ukazać ich relacje z sumieniem sędziego, opierając się na fragmentach uzasadnienia wyroku oraz innych tekstach.

Elementy składowe zasady niezawisłości

Bycie dyspozycyjnym w zawodzie sędziego to zarazem bycie stronniczym, zawisłym i niesprawiedliwym. Odpowiednio ukształtowane sumienie jest gwarantem moralnej siły sędziego i odwagi do wymierzania sprawiedliwości wbrew naciskom. Tak rozumiane sumienie nie jest pojęciem nieostrym, lecz ekwiwalentem wszystkich tych cech sędziego, które czynią go prawym, instynktownie rozumiejącym, jakie zachowania są moralne, a jakie nie. Bez wolnego sumienia sędziego nie ma niezawisłości i bezstronności.

Niezawisłość to zasada wymiaru sprawiedliwości i fundament państwa prawnego[54], dotyczący relacji z innymi władzami oraz z wszelkimi grupami nacisku. Można wyróżnić dwa aspekty niezawisłości: pozytywny, który polega na tym, że sędziowie w sprawowaniu swego urzędu podlegają tylko Konstytucji i ustawom, oraz negatywny – czyli wolność od jakichkolwiek nacisków. Podstawą etyki sędziego jest unikanie wszelkich zachowań, które mogłyby podważyć zaufanie do jego bezstronności i niezawisłości, a naruszenie owego zaufania skutkuje odpowiedzialnością dyscyplinarną.

Według orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie „sędziów dyspozycyjnych" niezawisłość składa się z pięciu elementów: bezstronności (czyli niezależności wobec stron), niezależności wobec instytucji pozasądowych, samodzielności sędziego wobec składu sądu i innych organów sądowych, niezależności od polityki oraz wewnętrznej niezależności[55]. Od-

[52] Por. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98).

[53] Por. ustawę z 17.12.1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 1998, nr 98, poz. 607).

[54] I. Bogucka, *Etyka zawodowa*, [w:] *Wstęp do prawoznawstwa...*, op. cit., s. 386.

[55] Por. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98), s. 23.

nośnie do niezależności politycznej Trybunał twierdzi, że „za naruszenie obowiązku bezstronności należy uznać sytuację, gdy sędzia podporządkował prawne treści orzeczeń swym poglądom politycznym”[56]. Naruszeniem niezależności sędziego może być także uleganie naciskom społecznym, na przykład poprzez prasę. Tak rozumiana niezależność stawia przed sędzią trudne zadanie, ponieważ musi on zachować niezawisłość wobec zewnętrznych grup nacisku, a także nakłada się na niego obowiązek przeciwstawiania się ocenom płynącym z osobistych preferencji, stereotypów i uprzedzeń[57] – czyli zachowania „niezależności wewnętrznej”[58].

Bezstronność: zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia

Zasada niezawisłości z reguły wiąże się z bezstronnością. Zdaniem Zygmunta Tobora i Tomasza Pietrzykowskiego bezstronność to pewna wartość, a bezstronny to tyle, co „neutralny”, „wolny od przesądów, uprzedzeń, nieuzasadnionej niechęci, czynników emocjonalnych”, „kierujący się obiektywizmem”[59]. Bezstronne mogą być procedury, rozstrzygnięcia, uzasadnienia. Bezstronny może być również arbiter[60]. Autorzy wspomnianego wyżej tekstu pozostają przy zdaniu, że prawo może zapewnić jedynie te rodzaje bezstronności, które są obiektywnie sprawdzalne – czyli tzw. sytuację bezstronności i bezstronność uzasadnienia rozstrzygnięcia. W pierwszym przypadku chodzi o sytuację wyjściową, w której brak elementów mogących uprawdopodobnić zachowania stronnicze (czyli na przykład wybrano takiego sędziego, który nie jest w żaden sposób osobiście związany ze sprawą lub ze stronami postępowania – zgodnie z paremią *nemo est iudex in propria causa*). Drugi rodzaj to taki sposób uzasadnienia wyroku, który nie odwołuje się do względów uznanych za stronnicze[61]. To uzasadnienie może podlegać później kontroli przez wyższą instancję.

Te dwa wymogi według autorów są pośrednie i nie mogą w pełni rozstrzygnąć o stronniczości lub bezstronności sędziego, ponieważ „to, co stanowi istotę bezstronności, tzn. względy brane pod uwagę przez arbitra w trakcie podejmowania rozstrzygnięcia, w sposób nieuchronny wymyka

[56] Por. ibidem, s. 24.

[57] I. Bogucka, op. cit., s. 386.

[58] Por. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98), s. 24.

[59] Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności*, [w:] *Filozofia wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 59–60.

[60] Ibidem, s. 62 i n.

[61] Ibidem, s. 68–69.

się kontroli prawnej"[62]. Można więc stwierdzić, że bezstronność jest pewnym stanem wewnętrznym sędziego, do którego nie sposób z fizycznych powodów dotrzeć, i tylko sędzia we własnym sumieniu może rozstrzygnąć, czy postępował w sposób bezstronny, czy nie. Skoro bezstronność to jedynie stan wewnętrzny (a zatem coś kruchego, subiektywnego i zmiennego), można się zastanowić, czy sędziowie w ogóle mogą być bezstronni, czy jest to możliwe z psychologicznego punktu widzenia[63]. Tobor i Pietrzykowski twierdzą, że nie. Uważają bezstronność za nieosiągalny ideał, który mógłby być dostępny jedynie dla Archaniołów[64], a sędziowie są ludźmi. Z kolei Iwona Bogucka twierdzi, że bezstronność jest ich obowiązkiem i warunkiem *sine qua non* ważności wyroków[65].

Zestawiając ze sobą te dwa zdania, wyciągnąć można następujące wnioski. Po pierwsze, prawo to jedynie ideał, rzeczywistość różni się od niego w sposób diametralny, a sędziowie mogą jedynie (i muszą) dążyć do bezstronności. Jednak z uwagi na to, że są tylko ludźmi i mają własne, odmienne doświadczenia życiowe, poglądy, charakter, a także emocje, uprzedzenia, nie sposób osiągnąć tego ideału w zupełności. Pozostaje jedynie „roszczenie do bezstronności", czyli prawo strony procesowej do osądzenia w sposób bezstronny. Jest ono możliwe do dochodzenia w postępowaniu dyscyplinarnym.

Po drugie, bezstronność nie polega na całkowitym wyłączeniu moralnej intuicji na rzecz przepisów prawa w trakcie podejmowania decyzji związanych z orzekaniem. Być może taki schemat sprawdzałby się w łatwych przypadkach stosowania prawa, ale w trudnych wypadkach (tzw. *hard cases*) sędzia musi wyważyć wiele czynników, także pozaprawnych (na przykład wtedy, gdy ustawodawca obliguje go do wyboru i oceny, tworząc klauzule generalne). W tych szczególnych przypadkach sprawiedliwy sędzia musi decydować o tym, jaki wyrok jest najsłuszniejszy i jednocześnie w największym stopniu zgodny z prawem. Nie chodzi tutaj o traktowanie bezstronno-

[62] Ibidem, s. 69.

[63] Świetnym przykładem pokazującym, jak trudne jest zachowanie bezstronności (szczególnie niezależności wewnętrznej), jest film Sidneya Lumeta pt. *12 gniewnych ludzi*. Reżyser prezentuje w nim sposób dochodzenia do wspólnego stanowiska 12 ławników podejmujących finalną decyzję wieńczącą proces. W toku postępowania okazuje się, że prawie żaden z nich tak naprawdę nie potrafi oderwać się od stereotypów, przesądów i osobistych uprzedzeń, a na zdanie poszczególnych sędziów społecznych większy wpływ ma podświadoma chęć irracjonalnej zemsty na oskarżonym za doświadczone zło niż twarde dowody.

[64] Z. Tobor, T. Pietrzykowski, op. cit., s. 72.

[65] I. Bogucka, op. cit., s. 386.

ści jak „konia trojańskiego", czyli narzędzia do przemycania jednych wartości kosztem drugich[66], lecz o odnajdywanie – na drodze wykładni – sprawiedliwego wyroku w warunkach nieoczywistych przepisów prawnych. W trudnych przypadkach stosowania prawa najczęściej niełatwo odnaleźć decyzję spełniającą oba te warunki. Do tego właśnie sędziowie używają sumienia w szerokim rozumieniu, czyli sumy różnorodnych czynników: moralnej intuicji, wiedzy prawniczej, doświadczenia, rutyny etc.

Kto sądzi sędziów?

Jak starałem się wykazać powyżej, kategorie niezawisłości i bezstronności są często niesprawdzalne i względne. Zewnętrznej kontroli podlegać może jedynie sama „sytuacja bezstronności", zaś jej rdzeń, czyli mechanizm orzekania, pozostaje poza zasięgiem organów dyscyplinarnych czy sądów apelacyjnych. Nie są one bowiem w stanie zbadać procesu decyzyjnego, który odbył się w umyśle sędziego – jest to sprzeczne z prawami fizyki. Do dyspozycji wyższej instancji pozostają jedynie „odciski" tego procesu – uzasadnienie wyroku i materiał zebrany w sprawie. Ta specyfika decyduje o kompetencjach sądu apelacyjnego – nie bada on samej treści orzekania, nie ingeruje w tajemnicę pokoju narad. Za zamkniętymi drzwiami tego pomieszczenia sędzia musi sam we własnym sumieniu orzec, czy jest sprawiedliwy i niezależny od swoich uprzedzeń i emocji, czy też poddaje się im i sądzi nieracjonalnie i niesprawiedliwie.

Omawiany wyrok Trybunału Konstytucyjnego dotyczy zewnętrznej próby osądzenia sędziów z powodu „oczywistej niesprawiedliwości orzeczenia"[67]. Nowela ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych[68] wprowadzała nadzwyczajne sądy dyscyplinarne dla sędziów. Miały one orzekać o przeniesieniu w stan spoczynku „sędziów dyspozycyjnych", a także – z mocą wsteczną – o utracie uposażenia emerytowanych sędziów, a nawet rodzin pobierających uposażenie po zmarłym. Podstawą owych lustracji miała być sama treść wyroków, a nie „sytuacja bezstronności", uzasadnienie wyroku czy dowody na brak „nieposzlakowanego charakteru" sędziów. Nowelizowany przepis wzbudził kontrowersje i spotkał się z różnymi zarzutami (zarówno merytorycznymi, jak i formalnymi)[69]. Uzasadnienie wyroku Trybu-

[66] Z. Tobor, T. Pietrzykowski, op. cit., s. 73.

[67] Por. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98), s. 3.

[68] Por. art. 6 ustawy – Prawo sądów powszechnych (DzU 1998, nr 98, poz. 607).

[69] Warto dodać na marginesie, że art. 6 wspomnianej ustawy nowelizującej został uznany za niekonstytucyjny nie z powodów merytorycznych, ale wyłącznie z przyczyn formalnych (zmiana nie została skonsultowana z Krajową Radą Sądownictwa).

nału Konstytucyjnego poprzez przywołane tam stanowiska różnych instytucji stanowi odbicie licznych sporów o niezależność sądownictwa, nie tylko merytorycznych, ale też politycznych – aktualnych zarówno wtedy, 24 sierpnia 1998 roku, jak i dziś[70]. Owe konflikty dotyczą wciąż tego samego – dopuszczalnego w demokratycznym państwie wpływu legislatywy i egzekutywy na sądownictwo, czyli – innymi słowy – legalności ingerencji rządu w treść orzeczeń sądów.

Wspomniane orzeczenie zawiera wiele interesujących argumentów przeciw lustracji sędziów. Krajowa Rada Sądownictwa w toku postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym wyraziła pogląd, iż „z zasady niezawisłości wynika, że sędzia orzekający nie może być pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej […] za samą treść orzeczenia"[71]. W innym miejscu zostaje przytoczona wypowiedź wnioskodawcy: prezydent RP stwierdził, że takie badanie treści orzeczenia wymusza na śledczym przyjęcie domniemania winy sędziego (czyli skrajne pogwałcenie zasady domniemania niewinności), bo tylko tak w ogóle można osądzić pod kątem sprawiedliwości wyroki sądów kolegialnych[72]. To pokazuje, że niemożliwe jest sprawiedliwe osądzenie zapadłych przed laty wyroków, bo trzeba by wniknąć w sumienia poszczególnych sędziów, by stwierdzić, kto postępował bezstronnie, a kto nie. Trudno tego dociec na podstawie jedynego realnego źródła dowodowego w tej sprawie – zeznań świadków, którymi byliby sami oskarżeni (bo nikt prócz nich nie zna „tajemnicy pokoju narad").

Krajowa Rada Sądownictwa podkreśliła również, że kryterium w tym szczególnym postępowaniu dyscyplinarnym byłaby „rażąca niesprawiedliwość orzeczeń". Ta klauzula jest wyjątkowo wieloznaczna i mogłaby prowadzić do nadużyć (nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której przegrany w procesie podważa sprawiedliwość wyroku i cała procedura sądowa musi zostać powtórzona). Ponadto prowadzi ona do sytuacji, w której pod kątem niezawisłości ocenia się treść wyroków, a nie zachowanie sędziego, jak w „klasycznym" postępowaniu dyscyplinarnym, a jak wykazałem powyżej, z przyczyn fizycznych nie sposób wniknąć w treść myśli sędziego, ocenić

[70] Por. ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw z 10 maja 2018 r. (DzU 2018.1045). Spore kontrowersje wywołały przepisy dotyczące skargi nadzwyczajnej. Geneza tej nowelizacji jest taka sama jak kwestionowanych przez Trybunał zmian przepisów ustawy Prawo sądów powszechnych z 1998 roku.

[71] Por. stanowisko KRS z dnia 10 marca 1998 roku w sprawie wniosku Prezydenta RP z dnia 4 lutego 1998 roku do TK, s. 4.

[72] Por. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98), s. 4.

można jedynie okoliczności i uzasadnienie. Przy czym uzasadnienie ocenia się w procesie apelacji, a nie jak tutaj – w postępowaniu dyscyplinarnym[73].

Trybunał Konstytucyjny podobnie wypowiedział się w sprawie powyższej zmiany podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów. Stwierdził, że naruszenie bezstronności jest już sankcjonowane (poprzez karalne „uchybienie godności sędziego") i aby poprowadzić proces tą drogą przy sądzeniu „sędziów dyspozycyjnych", nie potrzeba nowych instytucji prawnych[74].

Trybunał i Rada zgodnie stwierdzili także, że nowy przepis narusza delikatną relację pomiędzy władzą sądowniczą i wykonawczą (która brałaby udział w nowym postępowaniu dyscyplinarnym) oraz władzą sądowniczą i ustawodawczą (która ową niekonstytucyjną procedurę uchwaliła). Taka kontrola musiałaby być wyjątkowo „ostrożna, wyważona i incydentalna"[75] oraz „wyjątkowa" i „starannie przeprowadzona"[76]. Trybunał stwierdził nadto, że „niezawisłość sędziowska jest niezwykle delikatnym mechanizmem, bardzo łatwo go zniszczyć, a niezwykle trudno odbudować"[77]. Ta delikatność wynika z zaufania do dobrych intencji sędziów i „czystości" ich sumień, zgodnie z którymi zapadają wyroki, a każde zaufanie – nie tylko obywateli względem sędziów – jest wyjątkowo kruche.

Może się wydawać niepokojące, że sprawiedliwość wyroku zależy od czegoś tak nieuchwytnego, efemerycznego jak sumienie. Jednak na nim opiera się sens istnienia całego wymiaru sprawiedliwości, bowiem zaufanie do sądów to tak naprawdę wiara w niezłomność sędziowskich sumień. Stawiane wobec nich szczególne wymagania[78] (między innymi nieskazitelność charakteru) sprowadzają się do konieczności bycia człowiekiem sprawiedliwym, kierującym się dobrze ukształtowanym sumieniem zarówno w pracy sędziego, jak i w całym życiu. Na tak rozumianym „sędziowskim sumieniu" opiera się sprawiedliwość. Takie sumienie nie tylko jest narzędziem – głosem pomagającym odnaleźć w gąszczu możliwości jedyny sprawiedliwy wyrok, ale także nakazuje sędziemu być bezstronnym i niezawisłym. W konsekwencji sumienie pozwala także sędziemu zbadać, czy dochował wierności powyższym zasadom – co, jak pisałem wyżej, może zrobić wyłącznie on sam, zewnętrzne podmioty nie mogą bowiem wniknąć w jego umysł. Można

[73] Ibidem, s. 9, stanowisko KRS.
[74] Por. ibidem, s. 25.
[75] Por. ibidem, s. 7 i n.
[76] Por. ibidem, s. 25.
[77] Por. ibidem.
[78] Por. art. 61 ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 2016. 2062 j.t.).

zatem stwierdzić, że to właśnie sumienie (i w pewnych sprawach wyłącznie sumienie) może osądzić, czy wyrok był sprawiedliwy, a sędzia bezstronny. Sumienie to najwyższy sędzia sędziego.

Zakończenie: czy sędziowie powinni mieć możliwość powołania się na klauzulę sumienia?

Szczególna waga sumienia sędziego i jego wpływ na wartość niezawisłości i bezstronności skłaniają mnie do próby ostatecznej odpowiedzi na pytanie postawione w tytule – czy sędziowie powinni mieć możliwość powołania się na klauzulę sumienia *sensu stricto*? To znaczy: czy sędziowie powinni otrzymać taką samą ochronę prawa do sprzeciwu sumienia, jaka przysługuje lekarzom? Tym razem spróbuję odpowiedzieć na to pytanie *de lege ferenda*. Zastanowię się, czy w świetle doniosłych zasad sprawiedliwości, bezstronności i niezawisłości, które zabezpiecza wolne sumienie sędziego, powinno się wprowadzić dodatkowe zabezpieczenie sumienia arbitra w jego indywidualnym wymiarze. W tym celu należy ponownie sięgnąć do poglądów Jerzego Zajadły.

Sumienie sędziego w wąskim, indywidualnym znaczeniu to moralne przekonanie wynikające z religii lub etyki. Z kolei w rozumieniu szerokim to wypadkowa wiedzy arbitra, zawodowego doświadczenia, rutyny, poczucia słuszności i identyfikacji z innymi przedstawicielami trzeciej władzy. W przypadku sędziów można mówić o klauzuli sumienia *sensu largo* chroniącej prawo do orzekania w sposób niezawisły, to znaczy w sposób samodzielny – bez politycznych nacisków i ingerencji w materię orzekania. Składają się na nią liczne przywileje gwarantujące niezawisłość sędziów, takie jak: brak zwierzchników ingerujących w materię orzekania sędziego, podległość jedynie Konstytucji i ustawom, nieusuwalność itp.[79] Z kolei klauzula *sensu stricto* dla sędziów praktycznie nie istnieje i w mojej opinii istnieć nie powinna. Obowiązkiem każdego sędziego jest bowiem orzekanie niezależnie od okoliczności, a odmowa orzekania jest naruszeniem konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji). Ponadto w przypadku sędziego realizuje się wspominana wcześniej pozornie paradoksalna teza, że klauzula sumienia ogranicza ponadpozytywną wolność sumienia, jako że jest względem niej wtórna. Tego typu klauzula mogłaby stanowić nie zabezpieczenie, ale zagrożenie dla niezawisłości i bezstronności sędziego. Jak wynika z przytoczonego wcześniej orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, dotyczącego nowelizacji ustroju sądów powszechnych, sumienie sędziego jest gwarantem jego niezawisło-

[79] Por. art. 178, 180, 181 Konstytucji RP.

ści, a często także jedynym narzędziem kontroli jego decyzji – jest „sędzią" sędziego. Art. 178 Konstytucji stanowi, że „sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawiśli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom". Wprowadzenie klauzuli sumienia, zawsze przewidującej określone warunki, w których można dochodzić prawa do sprzeciwu sumienia, mogłoby dodatkowo krępować sędziego.

Należy przypomnieć, że prawo do sprzeciwu sumienia przysługuje każdemu, podczas gdy klauzula sumienia stanowi jedynie procedurę jego dochodzenia, a nie źródło. Kierowanie się przez sędziego sumieniem rozumianym jako narzędzie służące do orzekania nie powinno być reglamentowane przepisami procedury, lecz – tak jak samo orzekanie – powinno być realizowane według zasady niezawisłości.

Taki przepis byłby źródłem naruszenia niezawisłości w aspekcie pozytywnym (podległość wyłącznie Konstytucji i ustawom). Sędziowie nie potrzebują dodatkowej klauzuli sumienia. Ich pozycja, niezależność i niezawisłość są wystarczającymi narzędziami ochrony. Ponadto sumienie sędziego ma przede wszystkim wymiar kolektywny – jest zbiorem doświadczenia, wiedzy, rutyny, solidarności z całą „trzecią władzą"... To od niego zależy sprawiedliwość wyroku. Sumienie sędziego rozumiane jako narzędzie pracy nie jest już jego „własnością", lecz częścią składową całego wymiaru sprawiedliwości[80].

Istnieją jednak sytuacje, w których to, co składa się na „człowieczeństwo" sędziego (doświadczenia, emocje), czyni go stronniczym. Co ma zrobić sędzia, który kiedyś był ofiarą przestępstwa, a teraz sądzi sprawcę oskarżonego o podobne przestępstwo? Niewątpliwie nie jest sprawiedliwy arbiter, który w imię głosu sumienia przedkłada własne opinie nad prawo stanowione. Taki stan rzeczy może prowadzić do sytuacji, w których różni sędziowie, obarczeni rozmaitym bagażem życiowych doświadczeń, wydają diametralnie odmienne wyroki. Jednak także w takim wypadku należy stanowczo odpowiedzieć, że sędzia nie potrzebuje klauzuli sumienia *sensu stricto*, ponieważ istnieje już wystarczająco skuteczna quasi-klauzula sumienia. Z jednej strony uwalnia ona sędziego od orzekania w sprawie, w której nie zdołałby zachować bezstronności (tzw. wyłączenie sędziego), z drugiej zaś stanowi furtkę dla moralnej intuicji sędziego, która nie zawsze musi prowadzić do wydawania wyroków sprzecznych z literą prawa, a w skrajnych przypadkach stanowi jedyną drogę do sprawiedliwości (w przypadku stosowania „formuły Radbrucha"). Instytucje wyłączenia sędziego, konieczność sporządzenia uzasadnienia do wyroku i sądy dyscyplinarne wydalają-

[80] J. Zajadło, op. cit., s. 40.

ce stronniczych sędziów to mechanizmy odwodzące sędziego od subiektywizacji wyroku (sumienie indywidualne) w kierunku jego obiektywizacji (sumienie instytucjonalne). W ten sposób sędzia okazuje się jednocześnie wyjątkowo uprzywilejowany, jak i ograniczony pod względem prawa do sprzeciwu sumienia – jednak taki stan rzeczy jest konieczny ze względu na dobro wymiaru sprawiedliwości.

Możliwość działania zgodnie z własnym sumieniem jest w przypadku sędziego nie tylko jego chronionym prawem, lecz także obowiązkiem, bo tylko i wyłącznie na podstawie należycie ukształtowanego sumienia sędzia jest w stanie orzekać w sposób niezawisły, bezstronny i sprawiedliwy. Jego sumienie okazuje się nie tylko głosem religii i moralności, które arbiter wyznaje, ale też narzędziem poszukiwania sprawiedliwego wyroku. Pomaga odnaleźć właściwą ścieżkę w gąszczu niejasnych przepisów. Uzupełnia także mechanizmy dochodzenia „roszczenia do bezstronności" o samoocenę sędziego co do zachowania niesprawdzalnej przez organy kontroli „bezstronności wewnętrznej". W skrajnych przypadkach umożliwia wydanie słusznego wyroku pomimo „ustawowego bezprawia".

W rezultacie sumienie sędziego okazuje się pojęciem wyjątkowo pojemnym i diametralnie różnym od sumienia każdego człowieka – bo z jednej strony w swoim indywidualistycznym wymiarze czyni arbitra stronniczym, jest zagrożeniem dla bezstronności, z drugiej zaś gwarantuje niezawisłość od krzyków ulicy i poglądów polityków. Sumienie jest więc zarazem słabością, jak i siłą wymiaru sprawiedliwości. Jest to czynnik ludzki, który „bezduszne" czasem prawo potrafi dopasować do dynamiki życia społecznego. Sędzia nie jest „ustami ustawy" – jest sumieniem ustawy. Skoro Ewa Łętowska pisała, że „niezawisłość [...] musi mieć wymiar godnej wielkości"[81], to prawdziwie wielki i prawdziwie sprawiedliwy może być tylko taki sędzia, który – w zależności od okoliczności – dla słuszności wyroku potrafi podążać w pełni za głosem własnego silnego sumienia, a w przypadku zagrożenia bezstronności wyłączyć się od orzekania.

THE CONSCIENCE OF JUDGE. SHOULD THE CONSCIENCE CLAUSE APPLY TO JUDGES?

ABSTRACT

Conscience clause is a procedure designed to assert the natural law liberty of conscience resulting from the inherent dignity of every human being. It applies to extremes situations like making a decision about health and live of others. It is very peculiar to professions like: doctor, nurse, soldier, and especially judge. There are two different as-

[81] E. Łętowska, op. cit., s. 8.

pects of conscience clause for judges: *sesnu largo* (what includes a judicial discretion) and the quasi-clause of conscience *sensu stricto*. The latter ensures a liberty of making a decision about presiding over the matter (so–called „judicial disqualification") and passing a judgment against the law but compatible with a morality (the "Radbruch Formula"). The introduction of complete conscience clause of judge *sensu stricto* (based on conscience clause of doctor) into law is still controversial. In this context the conscience of the judge is particularly important and should be protected because it enables judge to solve hard cases despite ethical and legal uncertainty. The conscience is not only a moral judgment that assists in distinguishing right from wrong (the narrow sense of the conscience; individual aspect) but also it is a toolbox of judge used for solve hard cases (the broad sense; the collective aspect). Furthermore the conscience is a benchmark for self–examination of judge used in an attempt to detect infringement of principles of judicial autonomy and impartiality. Introduction an extraordinary disciplinary procedure for this purpose was found to be unconstitutional by the Constitutional Tribunal. The complete conscience clause of judge *sensu stricto* (similar to the conscience clause of doctor) should be also deemed a threat to the independence of the judge in the aspect of potential violation of the Constitution, because of the fact that judge – while regarding judgments – subjects only to the Constitution, statutes and his own conscience.

Keywords

freedom of conscience, right to conscientious objection, conscience clause, judicial autonomy, impartiality, judicial ethics, judicial discretion

Bibliografia

1. Bogucka I., *Etyka zawodowa*, [w:] *Wstęp do prawoznawstwa*, red. J. Nowacki, Z. Tobor, Warszawa 2016.
2. Gardocka T., *O klauzuli sumienia w polskim prawie raz jeszcze*, „Gazeta Prawna", [online] http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/811683,o-klauzuli-sumienia-w-polskim-prawie-raz-jeszcze.html [dostęp: 18.07.2018].
3. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30.3.2010 r. (DzU UE C 83/02).
4. *Klauzula sumienia, regulacje prawne vs. rzeczywistość*, red. R. Piestrak, S. Psonka, M. Szast, Lublin 2015.
5. Kolowitz M., Dyk T., *Spór o klauzulę sumienia w zawodach medycznych*, [w:] *Klauzula sumienia, regulacje prawne vs. rzeczywistość*, red. R. Piestrak, S. Psonka, M. Szast, Lublin 2015.
6. Konstytucja RP z 2.04.1997 r. (DzU 1997, nr 78, poz. 483).
7. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4.10.1950 (DzU 1993.61.284).
8. Łętowska E., *Dekalog dobrego sędziego*, „Kwartalnik KRS" 2016, nr 1 (30).
9. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19.12.1966 (DzU 1977. 38.167).

10. Milkowski K., *Klauzula sumienia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Klauzula sumienia, regulacje prawne vs. rzeczywistość*, red. R. Piestrak, S. Psonka, M. Szast, Lublin 2015.
11. OTK z 24.6.1998 r. (K 3/98).
12. OTK z 7.10.2015 r. (K 12/14).
13. Radbruch G., *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak-Juchacz, Warszawa 2009.
14. Reiwer R., *Wyłączenie sędziego w procesie cywilnym*, Warszawa 2017.
15. Schwierskott-Matheson E., *Wolność sumienia i wyznania w wybranych państwach demokratycznych*, Regensburg 2012.
16. Stanowisko Komitetu Bioetyki przy Prezydium PAN nr 4/2013 z 12.10.2013 r. w sprawie tzw. klauzuli sumienia.
17. Stanowisko KRS z dnia 10 marca 1998 roku w sprawie wniosku Prezydenta RP z dnia 4 lutego 1998 roku do TK.
18. Strzembosz A., Stanowska M., *Sędziowie warszawscy w czasie próby 1981–1988*, Warszawa 2005.
19. Tkacz S., *Prawo*, [w:] *Wstęp do prawoznawstwa,* red. J. Nowacki, Z. Tobor, Warszawa 2016.
20. Tkacz S., *Stosowanie prawa, decyzje w procesie stosowania prawa*, [w:] *Wstęp do prawoznawstwa*, red. J. Nowacki, Z. Tobor, Warszawa 2016.
21. Tobor Z., Pietrzykowski T., *Roszczenie do bezstronności*, [w:] *Filozofia wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003.
22. *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3: P–Ś, red. S. Dubisz, Warszawa 2008.
23. Ustawa z 15.07.2011 r. o zawodzie pielęgniarki i położnej (DzU 2016.1251 j.t.).
24. Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (DzU 1964, nr 43, poz. 296).
25. Ustawa z 17.12.1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 1998, nr 98, poz. 607).
26. Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (DzU 1964, nr 16, poz. 93).
27. Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (DzU 2016.2062 j.t.).
28. Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (DzU 2017.125 j.t.).
29. Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (DzU 1997, nr 89, poz. 555).
30. Zajadło J., *Sumienie sędziego*, „Edukacja Prawnicza" 2017/2018, nr 1 (169).
31. Zielinko I., *Wyłączenie sędziego w postępowaniu karnym a gwarancje konstytucyjne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego" 2017, nr 94.

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 187–210
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.11

Adam Kozień

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: mskozien@gmail.com

data zgłoszenia: 5.01.2018
data przyjęcia do druku: 30.07.2018

Autentyczność i integralność zabytków w świetle źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce

Streszczenie

W artykule dokonano analizy aktów prawa międzynarodowego i polskiego – źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce pod kątem uregulowań dotyczących ochrony autentyczności i integralności zabytków. Przeanalizowano akty prawne, których wykładania daje podstawę do przyjęcia ochrony autentyczności i integralności zabytków zarówno *sensu stricto*, jak i *sensu largo*. Ponadto sformułowano uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda* w odniesieniu do kwestii ochrony autentyczności i integralności zabytków w źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, a także przeanalizowano relację definicyjną pomiędzy ochroną zabytków i ochroną ich autentyczności, a także integralności.

Słowa kluczowe

autentyczność, integralność, dobra kultury, prawna ochrona, zabytek, dziedzictwo kultury

Wstęp

Zabytki[1], będące materialnymi dobrami kultury, są świadectwem działalności poprzednich pokoleń, a także źródłem tożsamości narodowej oraz kultury i tradycji. Mają one istotny wpływ na kształtowanie młodego pokolenia

[1] Zabytki są materialnymi dobrami kultury, dlatego wszelkie normy prawne oraz poglądy w doktrynie dotyczące dóbr kultury można odnosić do zabytków.

w duchu przywiązania do dziedzictwa narodowego pozostawionego przez przodków. Z tego względu kluczową kwestią jest holistyczna ochrona zabytków. Jak zauważa Kamil Zeidler: „już samo uznanie czegoś za dobro implikuje jego co najmniej indywidualną wartość, jak też ochronę prawną”[2]. Prawo powinno zatem stać na straży zachowania dziedzictwa kultury poprzednich pokoleń. Ponadto do ochrony dziedzictwa kultury potrzebne jest na gruncie prawnym uwzględnienie różnych gałęzi prawa, na przykład konstytucyjnego, administracyjnego, karnego, międzynarodowego i innych[3]. Można stwierdzić, że w polskim systemie prawnym istnieje gałąź prawa ochrony dziedzictwa kultury[4]. Należy także zwrócić uwagę, że w polskim systemie występują różne formy ochrony zabytków, które także podlegają procesowi ewolucji[5]. Wymaga jednak podkreślenia, że kluczowym aspektem ochrony dziedzictwa kultury jest ochrona jego autentyczności i integralności, gdyż bez zachowania autentyzmu dane dobro kultury traci swój zabytkowy charakter, a bez integralności dochodzi do pozbawienia unikatowości, znaczenia oraz kontekstu historyczno-kulturowego, co może doprowadzić do znacznego obniżenia wartości dobra kultury, a także niezrozumienia jego wagi. Równocześnie można dostrzec, że niewiele jest źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, które *sensu stricto* regulują ochronę autentyczności i integralności zabytków.

Celem niniejszego artykułu jest przeprowadzenie analizy prawa międzynarodowego oraz prawa polskiego – źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce pod kątem uregulowań dotyczących ochrony autentyczności i integralności zabytków, jak również sformułowanie uwag *de lege lata* oraz *de lege ferenda* w kwestii ochrony autentyczności i integralności zabytków.

1. Podstawowe pojęcia

Na wstępie należy zdefiniować podstawowe pojęcia. Autentyczność[6] oznacza prawdziwość, oryginalność, wiarygodność, zgodność z historią, tradycją, kulturą i dziedzictwem danego zabytku. Integralność[7] należy rozumieć jako

[2] K. Zeidler, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa, Kraków 2007, s. 43.

[3] Idem, *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako nowa gałąź prawa*, [w:] *Prawo ochrony zabytków*, red. K. Zeidler, Warszawa–Gdańsk 2014, s. 33.

[4] Zob. ibidem, s. 23–33.

[5] Zob. P. Dobosz, *Ewoluujące prawne formy ochrony zabytków w Polsce*, [w:] *Prawo ochrony zabytków*, op. cit., s. 219–243.

[6] Zob. definicja autentyczności: *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1978, s. 98.

[7] Zob. definicja integralności: ibidem, s. 797.

określoną, nienaruszalną i niepodzielną całość danego zabytku. Ochrona autentyczności i integralności zabytku *sensu stricto* w źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce jest rozumiana zgodnie z określeniami zawartymi w danych aktach prawnych, w oparciu o zaprezentowane powyżej definicje autentyczności i integralności. Ochrona autentyczności oraz integralności *sensu largo* dotyczy każdego aktu prawnego mającego na celu ochronę zabytku, dobra kultury lub dziedzictwa kulturalnego, nawet jeżeli taka ochrona nie jest wyrażona *expressis verbis*. Wynika to z rozumowania, że chroniąc zabytki, dobra kultury lub dziedzictwo kulturalne, automatycznie chroniona jest ich autentyczność i integralność, ponieważ nie jest możliwa ich należyta ochrona bez uwzględnienia owej autentyczności oraz integralności. Inne rozumowanie doprowadziłoby przykładowo do uznania za zabytek dobra, które nie jest autentyczne, czyli nawet rzeczy podrobionej, a zatem byłoby ono fałszywe.

Pojęcie zabytku zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad nimi: „Zabytek – nieruchomość lub rzecz ruchoma, ich części lub zespoły, będące dziełem człowieka lub związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową”[8]. Jak słusznie zauważa Piotr Dobosz: „pojęciem zakresowo szerszym niż «zabytek» jest termin «dobro kultury», które zawiera w sobie nie tylko zabytki *sensu stricto*, ale i inne dobra, będące świadectwem rozwoju kulturalnego społeczeństwa”[9].

Jako uzupełnienie powyższych rozważań należy zdefiniować pojęcie dobra kultury, ponieważ w aktach prawnych będących przedmiotem analizy również się ono pojawia. Ustawodawca zdefiniował dobro kultury w art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 25 maja 2017 roku o restytucji narodowych dóbr kultury, w której oparł się na definicji zabytku z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, jak również objął tym pojęciem „rzecz ruchomą niebędącą zabytkiem, a także ich części składowe lub zespoły, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na ich wartość artystyczną, historyczną lub naukową, lub ze względu na ich znaczenie dla dziedzictwa i rozwoju kulturalnego”[10]. Powyższa

[8] Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, t.j. DzU z 2017 r., poz. 2187.

[9] P. Dobosz, *Administracyjnoprawne instrumenty kształtowania ochrony zabytków*, Kraków 1997, s. 78.

[10] Ustawa z dnia 25 maja 2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury, t.j. DzU z 2017 r., poz. 1086 ze zm.

definicja z punktu widzenia całego porządku prawnego nie jest właściwa, ponieważ wyklucza dobra niematerialne, biorąc pod uwagę jedynie cel danej ustawy. Dla porównania można przytoczyć definicję dobra kultury zawartą w art. 2 uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 15 lutego 1962 roku o ochronie dóbr kultury[11], zgodnie z którą dobrem kultury był „każdy przedmiot ruchomy lub nieruchomy, dawny lub współczesny, mający znaczenie dla dziedzictwa i rozwoju kulturalnego ze względu na jego wartość historyczną, naukową lub artystyczną"[12]. W doktrynie prezentowano stanowisko, że dobro kultury można wiązać z przedmiotami materialnymi (co znalazło wyraz w ww. ustawie z dnia 15 lutego 1962 roku o ochronie dóbr kultury) lub z przedmiotami materialnymi oraz niematerialnym dziedzictwem kulturowym[13]. Z kolei na gruncie art. 6 ust. 1 Konstytucji RP pojęcie dobra kultury zdefiniował Bogusław Banaszak, wskazując, że w powszechnym rozumieniu ma się tu na myśli „przedmioty, środki i wartości składające się na materialny i duchowy dorobek narodu polskiego"[14]. W ocenie autora niniejszego opracowania należy przychylić się raczej do drugiego ujęcia definicyjnego, obejmującego zakresem pojęcia „dobro kultury" materialne i niematerialne dziedzictwo kulturowe, zwłaszcza że do przedmiotów materialnych odnosi się termin „zabytek", a jak już zostało ustalone – jest to pojęcie zakresowo węższe od terminu „dobro kultury".

W aktach prawnych związanych z ochroną autentyczności i integralności zabytków pojawia się także termin „dziedzictwo kultury" (ewentualnie „dziedzictwo kulturalne", „dziedzictwo kulturowe")[15]. Niezaprzeczalnie ten termin jest zakresowo najszerszy z wyżej omawianych. Zeidler definiuje owo pojęcie szeroko, jako obejmujące „cały dorobek zarówno materialny, jak i duchowy danej grupy społecznej"[16]. W sposób szczególny ukazuje ono relację międzypokoleniową, która jest również zawarta w Preambule do Konstytucji RP i zostanie omówiona w dalszej części artykułu.

---

[11] Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury, t.j. DzU z 1999 r., nr 98, poz. 1150 ze zm.

[12] Ibidem.

[13] P. Dobosz, *Administracyjnoprawne...*, op. cit., s. 78.

[14] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 76–77.

[15] Zob. więcej: K. Rożek, *Najczęściej stosowane formy działania organów administracji publicznej w zakresie ochrony dziedzictwa kulturowego*, [w:] *Węzłowe problemy prawnej ochrony dziedzictwa kulturowego*, t. 1: *Ochrona dziedzictwa kulturowego w polskim prawie konstytucyjnym i administracyjnym*, red. P. Dobosz, M. Adamus, D. Guzek, A. Mazur, Kraków 2016, s. 81–83.

[16] K. Zeidler, *Prawo ochrony…*, op. cit., s. 26.

2. Autentyczność i integralność zabytków w świetle prawa powszechnie obowiązującego w Polsce

Należy rozważyć, czy ochrona autentyczności i integralności zabytku jest synonimem ochrony zabytku. Z jednej strony trudno sobie wyobrazić ochronę zabytku bez ochrony jego autentyczności i integralności. Takie rozumienie autentyczności i integralności zabytku prowadzi w rezultacie do stwierdzenia, że wszystkie akty prawne, których celem jest ochrona dziedzictwa kultury (kulturalnego/kulturowego)/dziedzictwa narodowego (Narodu)/dóbr kultury/zabytków, chronią również autentyczność i integralność. Z drugiej strony warto zastanowić się, czy z racji wagi ochrony autentyczności i integralności nie powinna być ta ochrona zawarta *sensu stricto*. Należy stwierdzić, iż są akty prawa międzynarodowego – źródła prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, które *sensu stricto* posługują się tymi pojęciami. Ponadto należy przeanalizować źródła prawa powszechnie obowiązującego w Polsce pod kątem ochrony autentyczności i integralności zabytków oraz rozważyć stosunki zakresowe pojęć „autentyczność" i „integralność" w odniesieniu do pojęcia „zabytek". W dalszej części artykułu zostaną przedstawione te akty prawne – źródła prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, w których *sensu stricto*, a także *sensu largo* występuje ochrona autentyczności i integralności zabytków. Ponadto przepisy niektórych aktów prawnych chronią autentyczność i integralność miast/zespołów zabytkowych.

2.1. Autentyczność i integralność zabytków w prawie międzynarodowym

Ochrona autentyczności i integralności zabytków *sensu stricto* jest wyrażona w niektórych aktach prawa międzynarodowego stanowiących źródła prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Ponadto, zgodnie z art. 26 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów[17] Polska jest zobowiązana do przestrzegania wiążącego ją prawa międzynarodowego[18]. Wiele międzynarodowych konwencji chroni autentyczność i integralność zabytków, jednakże tylko niektóre z nich wyrażają tę ochronę *sensu stricto* lub nawet *expressis verbis*. Poniżej zostaną najpierw zaprezentowane najważniejsze konwencje międzynarodowe, z których brzmienia można wyinterpretować

[17] Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., DzU z 1990 r., nr 74, poz. 439.

[18] Zob. więcej: J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2014, s. 101–127.

ochronę autentyczności i integralności zabytków, stosując wykładnię celowościową. Następnie będą przedstawione międzynarodowe akty prawne, w których *expressis verbis* zdefiniowana i uregulowana jest kwestia ochrony autentyczności i integralności zabytków. Wszystkie konwencje zostały ratyfikowane przez Polskę. Do prezentacji wybrano akty prawne, które są istotne z punktu widzenia ochrony autentyczności i integralności zabytków. Należy podkreślić, że w aktach prawnych pojawiają się terminy „dobro kultury", „dziedzictwo kultury", które zgodnie z zasadami logiki obejmują pojęcie „zabytek".

2.1.1. Autentyczność i integralność zabytków w konwencjach międzynarodowych

Ochronę autentyczności i integralności zabytków można wyinterpretować ze wskazanych poniżej konwencji międzynarodowych dotyczących *sensu largo* ochrony dóbr kultury. Chociaż *prima facie* nie znajdują się w nich sformułowania dotyczące ochrony autentyczności i integralności zabytków, to jednak – stosując wykładnię celowościową – można taką ochronę wyinterpretować.

Jedną z przełomowych konwencji w omawianym zakresie jest Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisana w Hadze w 1954 roku[19] (UNESCO). Oprócz definicji „dóbr kulturalnych" zawiera ona przepisy dotyczące ochrony, opieki, poszanowania, oznaczania dóbr kulturalnych, pomocy międzynarodowej oraz UNESCO, a także tworzy międzynarodowe podstawy ochrony dóbr kulturalnych oraz stosowne ramy organizacyjne i organy na poziomie międzynarodowym, mające na celu ochronę tych dóbr. Należy więc stwierdzić, iż celowościowo chroni ona autentyczność i integralność zabytków poprzez ich ochronę w przypadku konfliktu zbrojnego, a zatem sytuacji, w której autentyczność i integralność zabytków jest szczególnie zagrożona przez działania wojenne oraz wykorzystywanie ich do różnych celów, często sprzecznych z przeznaczeniem.

Kolejną istotną umową międzynarodową jest Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Pary-

[19] Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r., DzU z 1957 r., nr 46, poz. 212.

żu dnia 17 listopada 1970 roku[20] (UNESCO). Zawiera ona definicję „dóbr kultury", a także nakłada na państwa – strony Konwencji obowiązki dotyczące między innymi ochrony, tworzenia odpowiedniego prawa, powoływania właściwych służb ochrony dziedzictwa kulturalnego, ochrony przed nielegalnym przywozem, wywozem i przenoszeniem własności dóbr kultury. Wprowadza ponadto współpracę międzynarodową w obszarze objętym zakresem przedmiotowym Konwencji. Całość regulacji wskazuje, iż daje się z niej wyinterpretować ochronę autentyczności i integralności zabytków, chociaż *expressis verbis* nie jest ona wyrażona. W szczególności postanowienia Konwencji dają podstawę do przyjęcia twierdzenia o ochronie integralności poprzez działania zmierzające do zakazu i zapobiegania nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, a zatem można stwierdzić, że ochrona integralności zabytków jest głęboko wpisana w Konwencję z 1970 roku.

Należy także przywołać Konwencję w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego przyjętą w Paryżu dnia 16 listopada 1972 roku[21] (UNESCO), która poprzez definicję „dziedzictwa kulturalnego i naturalnego", zobowiązanie państw – stron umowy do skutecznej ochrony, konserwacji oraz rewaloryzacji dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, określenie form tej ochrony, powołanie odpowiednich organów na poziomie międzynarodowym, służących ochronie dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, utworzenie „Listy dziedzictwa światowego" oraz „Listy dziedzictwa światowego w niebezpieczeństwie", zapewnienie międzynarodowej pomocy w zakresie ochrony dziedzictwa kulturalnego i naturalnego w znaczny sposób przyczynia się do ochrony autentyczności oraz integralności dóbr kultury, którą można również *sensu largo* interpretować z omawianej Konwencji. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że w Wytycznych operacyjnych do realizacji Konwencji Światowego Dziedzictwa UNESCO z 2017 roku[22], które zostaną zaprezentowane w dalszej części artykułu, znajduje się szeroka definicja autentyczności i integralności dostosowana do różnej kategorii dóbr chronionych.

---

[20] Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobieganiu nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu dnia 17 listopada 1970 r., DzU z 1974 r., nr 20, poz. 106.

[21] Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, przyjęta w Paryżu dnia 16 listopada 1972 r., DzU z 1976 r., nr 32, poz. 190.

[22] Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 15/01, 8 July 2015; tłum. za: [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 9.11.2017].

Można także przytoczyć Konwencję o ochronie dziedzictwa architektonicznego Europy, sporządzoną w Grenadzie dnia 3 października 1985 roku[23] (Rada Europy), w której znajduje się między innymi definicja „dziedzictwa architektonicznego", zobowiązanie państw – stron umowy do utworzenia systemu ochrony prawnej dziedzictwa architektonicznego, należytej ochrony zabytków, zespołów budynków i terenów, wprowadzenie zintegrowanej polityki konserwacji zabytków, a także zapewnienie współpracy lokalnej, regionalnej oraz międzynarodowej z uwzględnieniem instytucji kulturalnych, stowarzyszeń i społeczeństw. Z całości tej regulacji prawnej można także *sensu largo* interpretować ochronę autentyczności i integralności zabytków.

2.1.2. Autentyczność i integralność zabytków w świetle aktów prawnych o charakterze *soft law* wydanych przez UNESCO[24]

Autentyczność oraz integralność zabytków jest chroniona w aktach prawnych o charakterze *soft law* wydanych przez Organizację Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury (UNESCO). Wybrane zostały akty prawne, które są istotne z punktu widzenia ochrony autentyczności lub integralności zabytków, a także te, w których autentyczność lub integralność zabytków jest regulowana w sposób holistyczny.

2.1.2.1. Autentyczność i integralność zespołu zabytków (dziedzictwa miejskiego) w Rekomendacji UNESCO w sprawie historycznego krajobrazu miejskiego z 2011 roku[25]

Rekomendacja UNESCO w sprawie historycznego krajobrazu miejskiego z 2011 roku jest aktem prawnym chroniącym historyczny krajobraz miejski, a zatem cały zespół dóbr kultury. Co do zasady cała Rekomendacja chroni autentyczność i integralność miast historycznych poprzez między innymi ochronę dziedzictwa miejskiego, zrównoważone zarządzanie, ochronę przed szybką i niekontrolowaną urbanizacją, podejście krajobrazowe do historycznego dziedzictwa miejskiego, ochronę środowiska, przedstawienie zasad

[23] Konwencja o ochronie dziedzictwa architektonicznego Europy, sporządzona w Grenadzie dnia 3 października 1985 r., DzU z 2012 r., poz. 210.

[24] United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organizacja Narodów Zjednoczonych do spraw Oświaty, Nauki i Kultury).

[25] Recommendation on the Historic Urban Landscape, including a glossary of definitions, 10 November 2011, tłum. za: [online] http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Rekomendacje/Zalecenie_w_sprawie_krajobrazu_miej skiego.pdf [dostęp: 10.11.2017].

i sposobów działania w zakresie ochrony dziedzictwa miejskiego, szeroką współpracę międzynarodową[26], lokalną, regionalną, społeczną, odpowiednie planowanie, stosowanie narzędzi mających na celu ochronę dziedzictwa miejskiego, rozwijanie potencjału ludzkiego, badania naukowe oraz informację.

W omawianej Rekomendacji pojawia się także *sensu stricto* ochrona autentyczności i integralności dziedzictwa miejskiego. Została ona wyrażona w pkt 17 Rekomendacji, który wskazuje na zagrożenie integralności tkanki miejskiej i tożsamości danej społeczności poprzez niekontrolowane zmiany gęstości zabudowy oraz rozbudowę miast, jak również w pkt 24 lit. b Rekomendacji, który stanowi, że: „narzędzia służące zarządzaniu wiedzą i narzędzia planistyczne powinny wspomagać ochronę integralności i autentyczności atrybutów dziedzictwa miejskiego"[27].

Należy zatem stwierdzić, że przepisy Rekomendacji UNESCO w sprawie historycznego krajobrazu miejskiego z 2011 roku chronią autentyczność i integralność dziedzictwa miejskiego zarówno *sensu stricto*, jak również *sensu largo* i w sposób możliwie szeroki chronią bardzo ważny zespół dóbr kultury, jakim jest historyczny krajobraz miejski[28].

2.1.2.2. Autentyczność i integralność zabytków w Wytycznych operacyjnych do realizacji Konwencji Światowego Dziedzictwa UNESCO z 2017 roku[29]

Wytyczne operacyjne do realizacji Konwencji Światowego Dziedzictwa UNESCO z 2017 roku są dokumentem uszczegółowiającym Konwencję w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, przyjętą w Paryżu w 1972 roku, i *sensu stricto* odnoszącym się do dóbr wpi-

[26] Zob. także: A. Przyborowska-Klimczak, *Międzynarodowa współpraca w dziedzinie ochrony dziedzictwa kulturalnego*, [w:] *Prawna ochrona zabytków*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2010, s. 32–48.

[27] Recommendation on the Historic Urban Landscape, including a glossary of definitions, 10 November 2011, tłum. za: [online] http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Rekomendacje/Zalecenie_w_sprawie_krajobrazu_miej skiego.pdf [dostęp: 10.11.2017].

[28] Zob. więcej: D. Rodwell, *Evaluations and recommendations of UNESCO and ICOMOS for the conservation of historic cities under national laws*, [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011, s. 57–68; H. Landecka, *Miasta historyczne w prawnym systemie ochrony zabytków w Polsce*, [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego...*, op. cit., s. 91–103; K. Zalasińska, *Ochrona prawna historycznych założeń przestrzennych*, [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego...*, op. cit., s. 83–89.

[29] Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 17/01, [online] https://whc.unesco.org/en/guidelines/[dostęp: 12.07. 2017].

sanych na Listę światowego dziedzictwa UNESCO lub starających się o taki wpis. Jednakże *sensu largo* można omawiane Wytyczne stosować do ochrony całego światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, ponieważ Konwencja chroni całe to dziedzictwo, a tylko wyjątkowe przykłady są wpisywane na Listę światowego dziedzictwa UNESCO. Ponadto należy podkreślić, że w Wytycznych kwestia autentyczności i integralności jest ujęta szczegółowo. W związku z ratyfikacją Konwencji w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego z 1972 roku jej Wytyczne odnoszą się również do Polski.

Dobro kulturalne lub naturalne może być wpisane na Listę światowego dziedzictwa UNESCO, jeśli posiada „wyjątkową uniwersalną wartość", która wyraża się poprzez spełnienie jednego lub więcej kryteriów zawartych w pkt 77 Wytycznych[30]. Zgodnie z pkt 78 aby można było uznać, że dobro powiada „wyjątkową uniwersalną wartość", musi ono spełniać „warunek integralności i/lub autentyzmu"[31]. Podstawowym warunkiem wpisu na Listę

[30] „Dobra zgłaszane do wpisu na *Listę* powinny: (i) stanowić wybitne dzieło twórczego geniuszu człowieka; lub (ii) ukazywać znaczącą wymianę wartości, zachodzącą w danym okresie czasu lub na danym obszarze kulturowym świata, w dziedzinie rozwoju architektury lub techniki, sztuk monumentalnych, urbanistyki lub projektowania krajobrazu; lub (iii) nieść unikalne lub co najmniej wyjątkowe świadectwo tradycji kulturowej lub cywilizacji wciąż żywej bądź już nieistniejącej; lub (iv) być wybitnym przykładem typu budowli, zespołu architektonicznego, zespołu obiektów techniki lub krajobrazu, który ilustruje znaczący(e) etap(y) w historii ludzkości; lub (v) być wybitnym przykładem tradycyjnego osadnictwa, tradycyjnego sposobu użytkowania terenu lub morza, reprezentatywnego dla danej kultury (kultur); lub obrazującym interakcję człowieka ze środowiskiem, szczególnie jeżeli [dane dobro] stało się podatne na zagrożenia wskutek nieodwracalnych zmian; lub (vi) być powiązane w sposób bezpośredni lub materialny z wydarzeniami lub żywymi tradycjami, ideami, wierzeniami, dziełami artystycznymi lub literackimi o wyjątkowym uniwersalnym znaczeniu (Komitet jest zdania, że kryterium to powinno być stosowane raczej łącznie z innymi kryteriami); lub (vii) obejmować najbardziej niezwykłe zjawiska przyrodnicze lub obszary o wyjątkowym naturalnym pięknie i znaczeniu estetycznym; lub (viii) stanowić wyjątkowe przykłady reprezentatywne dla głównych etapów historii Ziemi, włączając świadectwa rozwijającego się na niej życia; trwających procesów geologicznych istotnych w tworzeniu rzeźby terenu, bądź form geomorfologicznych lub fizjograficznych o dużym znaczeniu; lub (ix) stanowić wyjątkowe przykłady reprezentatywne dla trwających procesów ekologicznych i biologicznych istotnych w ewolucji i rozwoju ekosystemów oraz zwierzęcych i roślinnych zespołów lądowych, słodkowodnych, nadbrzeżnych i morskich; lub (x) obejmować siedliska naturalne najbardziej reprezentatywne i najważniejsze dla ochrony *in situ* różnorodności biologicznej, włączając te, w których występują zagrożone gatunki o wyjątkowej uniwersalnej wartości z punktu widzenia nauki lub ochrony przyrody". Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 17/01, [online] https://whc.unesco.org/en/guidelines/ [dostęp: 12.07.2017].

[31] Ibidem.

UNESCO jest zatem integralność lub autentyzm dobra. Jak ważne są to wartości z punktu widzenia ochrony światowego dziedzictwa, przekonały się władze Drezna, gdy zdecydowały się na budowę mostu przez Łabę, który spowodował naruszenie widoku na starówkę. Międzyrządowy Komitet Ochrony Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Naturalnego uznał powyższe za istotne zagrożenie dla integralności krajobrazu, czego wynikiem było skreślenie Drezna z Listy światowego dziedzictwa UNESCO[32].

Przepisy dotyczące autentyzmu znajdują się w pkt 79–86 Wytycznych. Zgodnie z pkt 79 dobra, które ubiegają się o wpis na Listę UNESCO na podstawie kryteriów (i)–(vi), muszą spełniać warunek autentyzmu, a za podstawę oceny należy przyjąć Dokument z Nara, który zostanie omówiony w dalszej części artykułu. Zgodnie z Wytycznymi przy ocenie autentyczności dobra należy brać pod uwagę wiarygodność oraz prawdziwość źródeł informacji w kontekście pierwotnych i wtórnych cech dziedzictwa kulturowego oraz ich znaczenia. Ponadto, dokonując oceny autentyzmu, należy brać pod uwagę typ dziedzictwa kulturowego, a także kontekst kulturowy. Wartości kulturowe prezentowane przez dobra muszą być prawdziwe i wiarygodne (należy wziąć pod uwagę: formę i projekt, materiały i substancje, użytkowanie i funkcję, tradycje, sposoby i systemy zarządzania, lokalizację i otoczenie, język oraz inne formy dziedzictwa niematerialnego, atmosferę i odczucia, a także inne czynniki wewnętrzne/zewnętrzne). Problematyczną kwestią z punktu widzenia autentyzmu dobra mogą być atmosfera i odczucia. Mają one charakter indywidualny, subiektywny i raczej nie powinny być stosowane jako atrybut autentyzmu, chyba że w przypadku powszechnego w danej społeczności odbioru danego dobra jako autentycznego ze względu na przykład na historię lub tradycję. Kolejną kwestią poruszoną w Wytycznych jest rekonstrukcja pozostałości archeologicznych. Biorąc pod uwagę autentyzm, jest ona dopuszczalna w wyjątkowych przypadkach i tylko w oparciu o pełną oraz szczegółową dokumentację.

Przepisy dotyczące integralności zostały umieszczone w pkt 87–95 Wytycznych. Należy podkreślić, iż zgodnie z pkt 87 wszystkie dobra, które aspirują do wpisu na Listę UNESCO, muszą spełniać warunki integralności. Przepis zawarty w pkt 88 stanowi, że badanie stanu integralności opiera się na ocenie, w jakim zakresie dobro „obejmuje wszystkie elementy niezbędne do wyrażenia jego wyjątkowej uniwersalnej wartości; jest właściwego rozmiaru, aby zapewnić pełną reprezentację cech i procesów świadczących

[32] M. Rouba, *Zadania władz publicznych w zakresie ochrony i opieki nad zabytkami w Rzeczypospolitej Polskiej ze szczególnym uwzględnieniem obiektów wpisanych na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Naturalnego UNESCO*, Toruń 2013, s. 194–195.

o jego znaczeniu; narażone jest na niekorzystne skutki rozwoju i/lub zaniedbania"[33]. Następnie pkt 89–95 stanowią o szczegółowych wyznacznikach integralności poszczególnych kryteriów, na podstawie których dokonywany jest wpis na Listę UNESCO. W kwestii dóbr, które mają zostać wpisane na podstawie kryteriów (i)–(vi), prawodawca międzynarodowy zwraca uwagę szczególnie na dobry stan, obecność większości elementów, zachowanie wzajemnych powiązań i funkcji dynamicznych. Dobra nominowane na podstawie kryteriów (vii)–(x) muszą w sposób szczególny posiadać charakter względnie nienaruszony co do procesów biofizycznych i elementów rzeźby terenu, co nie wyklucza ekologicznie zrównoważonej działalności człowieka na tych obszarach. Dobra, które mają zostać wpisane na podstawie kryterium (vii), muszą także obejmować obszary kluczowe dla zachowania ich piękna. Natomiast dobra nominowane do wpisu na podstawie kryterium (viii) powinny dodatkowo obejmować wszystkie lub większość kluczowych, powiązanych i współzależnych elementów. Dobra proponowane do wpisu na podstawie kryterium (ix) powinny być także rozległe i obejmować „niezbędne elementy ukazujące kluczowe aspekty procesów, które są istotne dla długotrwałej ochrony ekosystemów oraz ich biologicznej różnorodności"[34]. Natomiast dobra nominowane do wpisu na podstawie kryterium (x) powinny dodatkowo być dobrami o największym biologicznym zróżnicowaniu i/lub reprezentatywności.

Należy stwierdzić, że przepisy Wytycznych dotyczące autentyczności i integralności odnoszą się *sensu stricto* do kryteriów, na podstawie których dokonywany jest wpis dóbr na Listę UNESCO, jednakże można *sensu largo* wskazać na ich podstawie ogólne oraz szczegółowe cechy dóbr, które są kluczowe dla zachowania autentyczności i integralności zabytków.

2.1.2.3. Autentyczność i integralność zabytków w Dokumencie z Nara z 1994 roku dotyczącym autentyzmu[35]

Dokument z Nara w całości dotyczy wartości autentyzmu dziedzictwa kulturowego i posiada dwa załączniki – pierwszy obejmuje sugestie dotyczące uzupełnień zaproponowane przez Herba Stovela, a drugi zawiera definicje.

[33] Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 17/01, [online] https://whc.unesco.org/en/guidelines/ [dostęp: 12.07.2017].

[34] Ibidem.

[35] Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, Annex 4, WHC. 17/01, [online] https://whc.unesco.org/en/guidelines/ [dostęp: 12.07.2017].

Dokument z Nara ma charakter programowy, ale można w nim wyszczególnić kilka ważnych kwestii, jakimi są: wiedza i zrozumienie źródeł informacji w kontekście oceny wszystkich aspektów autentyzmu; autentyzm jako „zasadniczy czynnik kwalifikujący (w sensie jakościowym) dotyczący wartości”[36]; konteksty kulturowe autentyzmu dóbr (także w zakresie oceny wiarygodności źródeł informacji); natura dziedzictwa kulturowego; wiarygodność i prawdziwość źródeł informacji dotyczących dziedzictwa (aspekty[37] tych źródeł mogą obejmować „formę i projekt, materiały i substancje, użytkowanie i funkcję, tradycje i techniki [sposoby], lokalizację i otoczenie, atmosferę i odczucia oraz inne czynniki wewnętrzne i zewnętrzne”[38]).

Ponadto w Załączniku 1 do Dokumentu z Nara zwrócono uwagę, że ocena autentyzmu wymaga multidyscyplinarnej, a także międzynarodowej współpracy (powinna ona obejmować osoby zainteresowane konserwacją dziedzictwa kulturowego). Należy także udokumentować indywidualny charakter autentyzmu zabytku i miejsc zabytkowych, natomiast ocena owego autentyzmu wymaga ciągłej aktualizacji. Podkreślono także wagę dialogu międzykulturowego oraz kwestię podnoszenia świadomości społeczeństwa w kwestii wymiaru dziedzictwa.

Dokument z Nara *sensu stricto* odnosi się do ochrony autentyzmu dziedzictwa kultury. Mimo że ma charakter programowy, porusza on konkretne, szczegółowe i kluczowe kwestie z punktu widzenia ochrony autentyczności zabytków. Należy także podkreślić, że wiele ważnych aspektów dotyczących ochrony autentyczności dóbr kultury poruszono w Załączniku 1 do tego Dokumentu.

2.2. Autentyczność i integralność zabytków w prawie polskim

W aktach prawa polskiego – źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce *expressis verbis* nie pojawia się ochrona autentyczności i integralności zabytków. Choć istnieje wiele przepisów, których celem jest ochrona autentyczności i integralności, brakuje przepisów *sensu stricto* odnoszących się w tej mierze do zabytków. Jednakże już sama ochrona zabytków powin-

[36] Ibidem.

[37] Por. pkt. 82 Wytycznych operacyjnych do realizacji Konwencji Światowego Dziedzictwa UNESCO z 2012 r. Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 15/01, 8 July 2015; tłum. za: [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 9.11.2017].

[38] The Nara Document on Authenticity, Nara 1994, [online] http://www.nid.pl/pl/Dla_specjalistow/Standardy/Dokumen ty_doktrynalne/ [dostęp: 10.11.2017].

na być równoznaczna z ochroną ich autentyczności i integralności i w tym kontekście można stwierdzić, że akty prawa polskiego *sensu largo* odnoszą się do autentyczności i integralności zabytków.

2.2.1. Autentyczność i integralność zabytków a Konstytucja RP[39]

W Preambule Konstytucji RP[40] znalazło się stwierdzenie: „wdzięczni naszym przodkom za […] kulturę zakorzenioną w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu”[41], co uzasadnia twierdzenie, że w ocenie ustrojodawcy źródłem tożsamości narodowej, a także kultury i tradycji jest chrześcijańskie dziedzictwo Narodu. Owo chrześcijańskie dziedzictwo podlega ochronie również z uwzględnieniem jego autentyczności i integralności. Należy podkreślić wagę terminu „chrześcijańskie”, co odnosi się do europejskiej i polskiej tożsamości kulturowej, opartej na wartościach, których źródłem jest chrześcijaństwo. Jak podkreśla Bogusław Banaszak: „ustrojodawca nie uległ modnemu współcześnie odcinaniu się od wartości kształtujących przez dwa tysiąclecia kulturę europejską i polską tożsamość kulturową, gdyż oznaczałoby to zniekształcenie przeszłości”[42]. Następnie w Preambule ustrojodawca stanowi: „zobowiązani, by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”[43]. Jest to fragment doskonale korespondujący z Preambułą Karty Weneckiej – wyraża on obowiązek obecnego pokolenia do ochrony i przekazania przyszłym pokoleniom całego dziedzictwa poprzednich pokoleń, a zatem również w pełni jego autentyzmu i integralności. Jest to ogromne zadanie dla każdego pokolenia, ponieważ w tym wyraża się tożsamość Narodu i ciągłość jego istnienia, co zostało wyrażone przez św. Jana Pawła II w słowach: „Naród, który nie zna swojej przeszłości, umiera i nie buduje przyszłości”[44].

---

[39] Konstytucja RP jest najwyższym aktem prawnym w Polsce, ale z racji przyjętej przez autora systematyki analizy źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce pod kątem ochrony autentyczności i integralności dóbr kultury jest ona prezentowana po aktach prawa międzynarodowego, które zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP w hierarchii źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce znajdują się niżej.

[40] Zob. A. Kozień, *Konstytucyjne aspekty ochrony dóbr kultury*, [w:] *Węzłowe problemy prawnej ochrony…*, t. I, op. cit. , s. 12–15.

[41] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

[42] B. Banaszak, op. cit., s. 6.

[43] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

[44] [online] http://gdansk.gosc.pl/doc/2146176.Radosny-finisz-renowacji [dostęp: 20.12. 2017].

Kolejnym przepisem, który można odnieść do omawianego tematu, jest art. 5 Konstytucji RP[45], w którym ustrojodawca stanowi, że: „Rzeczpospolita strzeże […] dziedzictwa narodowego"[46]. W tym przepisie obowiązek strzeżenia dziedzictwa narodowego jest adresowany zarówno do władz, jak i do każdego obywatela RP. Z tego przepisu można również *sensu largo* wywnioskować, iż każdy obywatel RP, a szczególnie jej władze, ma obowiązek ochrony autentyczności i integralności dziedzictwa narodowego.

Ostatnim przepisem konstytucyjnym, z którego można *sensu largo* odczytać ochronę autentyczności i integralności dóbr kultury, jest art. 6 ust. 1 Konstytucji RP, stanowiący, że: „Rzeczpospolita Polska stwarza warunki upowszechniania i równego dostępu do dóbr kultury, będącej źródłem tożsamości narodu polskiego, jego trwania i rozwoju"[47]. Analizując ten przepis, należy zwrócić uwagę na sformułowanie, wedle którego dobra kultury są „źródłem tożsamości narodu polskiego, jego trwania i rozwoju", ponieważ koresponduje ono z wyżej omówionymi fragmentami Preambuły do Konstytucji RP i podkreśla wagę dóbr kultury. Te ostatnie należy zatem chronić w całym bogactwie ich autentyzmu i integralności.

2.2.2. Autentyczność i integralność zabytków w innych polskich aktach prawnych

Jako pierwszą należy przywołać ustawę z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[48], w której *sensu stricto* nie ma uregulowań odnoszących się do autentyczności i integralności dóbr kultury, lecz znajduje się w niej wiele przepisów, których celem jest ochrona autentyczności i integralności zabytków. Tę ostatnią można wywnioskować z przepisów dotyczących między innymi: ochrony zabytków; opieki nad zabytkami; form i sposobów ochrony zabytków; wyspecjalizowanych organów zajmujących się ochroną i opieką nad zabytkami; kwestii zagospodarowania zabytków, prowadzenia badań, prac i robót oraz podejmowania innych działań przy zabytkach; nadzoru konserwatorskiego; krajowego programu ochrony zabytków i opieki nad zabytkami; ochrony zabytków na wypadek konfliktu zbrojnego i sytuacji kryzysowych; społecznych opiekunów zabytków; zniszczenia lub uszkodzenia zabytku – taką ochronę należy interpre-

[45] Zob. więcej: A. Kozień, op. cit., s. 16–17.

[46] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

[47] Ibidem.

[48] Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, t.j. DzU z 2017 r., poz. 2187.

tować z tekstu ustawy. Otwartą kwestią jest to, czy ustawa powinna się posługiwać pojęciem dobra kultury, czy pojęciem zabytku. Można stwierdzić, że *sensu largo* odnosi się ona do autentyczności i integralności zabytków.

Następnie należy przywołać ustawę z dnia 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, w której w art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawodawca stanowi, że: „W planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym uwzględnia się zwłaszcza: […] 4) wymagania ochrony dziedzictwa kulturowego i zabytków oraz dóbr kultury współczesnej”[49]. Do tych wymagań należy zatem zaliczyć ochronę autentyczności i integralności zabytków, które muszą być w pierwszej kolejności brane pod uwagę i chronione we wszelkich aktach planowania i zagospodarowania przestrzennego.

Kluczową ustawą z punktu widzenia ochrony autentyczności i integralności zabytków jest ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 roku o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu[50], czyli tzw. ustawa krajobrazowa. Wzmocniła ona ochronę zabytków, szczególnie w miastach, poprzez ograniczenia co do reklam. Należy podkreślić, że ogromnym zagrożeniem dla autentyczności i integralności zabytków są umieszczane na nich reklamy. Co prawda *sensu stricto* w ustawie nie ma odniesienia do ochrony autentyczności i integralności dóbr kultury, jednakże już z samego celu ustawy można taką ochronę interpretować. Należy także podkreślić, iż obecnie rady gminy, szczególnie miast zabytkowych, opracowują i uchwalają lokalne „uchwały krajobrazowe”, co jest właściwym zabiegiem, ponieważ lokalne społeczności lepiej znają problematykę ochrony lokalnych zabytków, a także mogą szybciej reagować na przykłady naruszania autentyczności i integralności lokalnych dóbr kultury, które oczywiście zaliczają się do dziedzictwa całego Narodu.

3. Autentyczność i integralność zabytków w świetle dokumentów doktrynalnych

Ochronę autentyczności i integralności zabytków można interpretować także z dokumentów doktrynalnych. Z niektórych wynika ochrona *sensu stricto*, z innych – *sensu largo*. W tej części pracy zostaną zaprezentowane najważniejsze dokumenty doktrynalne *sensu stricto* odnoszące się do ochrony autentyczności i integralności zabytków, a także regulujące tę kwestię w sposób holistyczny.

[49] Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, t.j. DzU z 2017 r., poz. 1073 ze zm.

[50] Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu, t.j. DzU z 2015 r., poz. 774 ze zm.

3.1. Autentyczność i integralność zabytków w Międzynarodowej Karcie Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych (tzw. Karcie Weneckiej) z 1964 roku[51]

W Międzynarodowej Karcie Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych (tzw. Karcie Weneckiej) z 1964 roku pojawiają się przepisy *sensu stricto* chroniące autentyczność i integralność zabytków. Już w Preambule poruszona została kwestia obowiązku przekazania wartości (ogólnoludzkich) w całym bogactwie autentyzmu, zawarto więc sformułowanie świadczące o relacji międzypokoleniowej, które stanowi o tym, iż obecne pokolenie ma obowiązek zachować i przekazać przyszłym pokoleniom całe dziedzictwo poprzednich pokoleń. To sformułowanie koresponduje z podobnym wskazaniem zawartym w Preambule Konstytucji RP: „zobowiązani, by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku"[52].

Następnie w art. 5 Karty Weneckiej (przepisy poświęcone konserwacji) określono granicę ingerencji w zabytek, która jest możliwa tylko w zakresie użyteczności społecznej i nie może prowadzić do zmian układu bądź wystroju budowli. Z kolei art. 6 stanowi o konserwacji otoczenia w ramach konserwacji samego zabytku.

Kolejnym kluczowym przepisem jest art. 9 Karty Weneckiej, który stanowi, że w procesie restauracji należy poszanować dawną substancję i elementy stanowiące autentyczne dokumenty przeszłości. Następnie można zwrócić uwagę na art. 11 Karty Weneckiej, który jest bardzo ważny dla ochrony autentyczności, ponieważ porusza kwestię restauracji zabytku w kontekście jego wielu warstw, stanowiąc, iż wydobycie spodniej warstwy jest możliwe tylko wyjątkowo, a także pod warunkiem, że „usunięte elementy przedstawiają zaledwie przedmiot nikłego zainteresowania, że wydobyta na jaw kompozycja stanowi dokument o znacznej wartości historycznej, archeologicznej lub estetycznej i że jego stan zachowania zostanie oceniony jako zadowalający"[53]. Analizowany przepis daje zatem podstawę do przyjęcia domniemania ochrony późniejszej warstwy zabytkowej. Należy przywołać także art. 12 Karty Weneckiej, w myśl którego jeżeli konieczne jest za-

[51] Międzynarodowa Karta Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych (Karta Wenecka), Wenecja 1964, [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 9.11.2017].

[52] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

[53] Ibidem.

stąpienie brakujących elementów, to powinny one harmonijnie połączyć się z całością, ale równocześnie odróżniać się od części autentycznych, więc nie mogą one naruszyć autentyzmu zabytku.

O ochronie integralności stanowi art. 14 Karty Weneckiej, który wprowadza powinność zachowania integralności miejsc o wartości zabytkowej. Należy zatem stwierdzić, że Karta Wenecka jest najstarszym dokumentem doktrynalnym chroniącym *sensu stricto* autentyczność i integralność zabytków.

3.2. Autentyczność i integralność zespołu zabytków w Międzynarodowej Karcie Ochrony Miast Historycznych ICOMOS, Toledo–Waszyngton 1987 rok[54]

W art. 2 Międzynarodowej Karty Ochrony Miast Historycznych ICOMOS z 1987 roku postanowiono, że ochronie podlega „zabytkowy charakter miasta oraz zespół elementów materialnych i duchowych będących jego odzwierciedleniem"[55], a następnie podano przykładowy katalog tych wartości, który ma charakter otwarty, co sugeruje zwrot „w szczególności". Do tego katalogu zaliczono: plan miast, „współzależność między zabudową, zielenią i otwartą przestrzenią", wygląd zewnętrzny i wewnętrzny budowli, „współzależność między miastem lub dzielnicą zabytkową a otaczającym je środowiskiem naturalnym i kulturowym", „różne funkcje, które miasto lub dzielnice spełniały w przeszłości"[56]. Ponadto w Karcie przyjęto, że „wszelkie naruszenie tych wartości zagraża autentyczności miasta lub obszaru zabytkowego"[57]. Dokonując analizy art. 2 Karty, należy stwierdzić, że chroni on integralność zabytkowej części miasta/obszaru zabytkowego, chociaż *expressis verbis* pojęcie integralności w tym przepisie się nie pojawia. Równocześnie poprzez ostatnie zdanie art. 2 chroniona jest autentyczność miasta/obszaru zabytkowego. Można także w tym kontekście przywołać art. 5 Karty, który stanowi o planie ochrony miast i dzielnic zabytkowych. Powyższy przepis jest ewidentnym nawiązaniem do ochrony nie tylko integralności, ale także autentyczności miast/obszarów zabytkowych.

[54] Międzynarodowa Karta ochrony miast historycznych ICOMOS, Toledo–Waszyngton 1987, [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 10.11.2017].

[55] Ibidem.

[56] Ibidem.

[57] Ibidem.

Kolejnym istotnym przepisem omawianego aktu jest art. 10 Karty, który stanowi o wprowadzaniu nowych elementów do istniejącej zabudowy. Zgodnie z nim „wprowadzenie elementów o charakterze współczesnym może przyczynić się do wzbogacenia zespołu pod warunkiem, że nie będą one szkodzić harmonijnej całości jego zabudowy”[58]. Należy zatem stwierdzić, że przepis ten ma za zadanie chronić integralność zespołu miejskiego. Można jednakże rozważyć, czy dotyczy on każdego z nich, istnieją bowiem takie zespoły, w przypadku których wprowadzenie jakichkolwiek elementów współczesnych mogłoby co prawda nie zaszkodzić harmonijnej całości, ale przyczynić się do obniżenia wartości lub naruszenia integralności. Analiza art. 10 Karty pozwala stwierdzić, że przepis ten należy rozumieć funkcjonalnie i odnosić bezpośrednio do poszczególnych zabytkowych zespołów, tak by nie utracić ich autentyczności i integralności. Ponadto należy stwierdzić, iż w niektórych zespołach miejskich z racji dziedzictwa, historii, tradycji lub wpisu na Listę światowego dziedzictwa UNESCO nie można wprowadzać żadnych współczesnych elementów, poza tymi związanymi z użytecznością społeczną[59].

4. Uwagi *de lege lata* dotyczące autentyczności i integralności zabytków

Dokonując analizy ww. aktów prawa polskiego – źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce można dostrzec, iż *sensu stricto* nie ma odpowiednich uregulowań prawnych odnoszących się do autentyczności i integralności zabytków, jednakże celem licznych przepisów jest ochrona owej autentyczności i integralności, a zatem można przyjąć, że przepisy prawa polskiego poruszają tę kwestię *sensu largo* lub *sensu largissimo*. Ponadto w aktach prawa polskiego – źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce nie znajdziemy definicji *sensu stricto* autentyczności i integralności. Należy także stwierdzić, że ochronę autentyczności i integralności zabytków *sensu stricto* można wywodzić z aktów prawa międzynarodowego – źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Kolejną kwestią jest tzw. ustawa krajobrazowa, która oczywiście w znaczny sposób przyczynia się do ochrony autentyczności i integralności zabytków, ale w zakresie jej wdrażania wiele zależy od aktywności odpowiednich organów samorządu terytorialnego,

[58] Ibidem.

[59] Zob. art. 5 Międzynarodowej Karty Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych (Karta Wenecka), [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 9.11.2017].

ich rzetelności i sprawności działania. Ponadto należy wskazać, iż niebezpieczną luką w prawie jest brak odpowiednich norm dotyczących ochrony autentyczności i integralności zabytków adresowanych do właścicieli obiektów zabytkowych oraz konserwatorów (także normy deontyczne).

5. Uwagi *de lege ferenda* dotyczące autentyczności i integralności zabytków

Dokonując analizy źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, można zaproponować uwagi *de lege ferenda* w odniesieniu do ochrony autentyczności i integralności zabytków, zwłaszcza że *sensu stricto* powinna ona zostać wzmocniona. Należy zatem sformułować ostrą, a równocześnie elastyczną definicję autentyczności oraz integralności w aktach prawa polskiego lub międzynarodowego – źródłach prawa powszechnie obowiązującego, w której wyszczególnione będą pewne cechy autentyczności i integralności zabytków. Należy także zastanowić się i określić granice ingerencji w zabytki (na potrzeby użyteczności własnej lub społecznej) właścicieli obiektów zabytkowych, zwłaszcza że przez swoje działania lub zaniechania mogą oni przyczynić się do utraty przez nie waloru autentyczności i integralności. Ponadto powinno się określić granice działań konserwatorów, tak aby zawsze prowadziły one do podwyższenia, a nie obniżenia wartości autentyczności i integralności zabytków. Kolejną kwestią są działania planistyczne, architektoniczne oraz konserwatorskie, które powinny mieć charakter interdyscyplinarny i uwzględniać całość obszaru dobra kultury, a zatem także „strefę buforową", którą należy ustanowić, aby należycie chronić autentyczność i integralność danego zabytku. Podkreślenia wymaga, że tzw. ustawa krajobrazowa powinna być impulsem dla jednostek samorządu terytorialnego w kwestii ochrony autentyczności i integralności obszaru zabytkowego łącznie ze „strefą buforową", co musi być realizowane poprzez uchwalanie gminnych „uchwał krajobrazowych" oraz konkretne działania w tym obszarze. Konieczne wydaje się także ustawowe uwzględnienie autentyczności i integralności zabytków w działalności planistycznej i urbanistycznej organów stanowiących oraz wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego (odpowiednia regulacja w ustawie o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym), a także dbałość o ład przestrzenny i estetykę krajobrazu wokół zabytku, czyli ochrona autentyczności i integralności nie tylko w sferze wewnętrznej, ale też zewnętrznej. Rozważenia wymaga ponadto kwestia ustawowego podkreślenia zadania jednostek samorządu terytorialnego co do ochrony autentyczności i integralności zabytków, jak

również ogólne przerzucenie odpowiedzialności za stan dóbr kultury na jednostki samorządu terytorialnego jako lepiej znające potrzeby lokalnych dóbr kultury z pozostawieniem nadzoru na poziomie centralnym. W polskim ustawodawstwie powinna zostać uregulowana szczególna ochrona autentyczności i integralności dóbr wpisanych na Listę światowego dziedzictwa UNESCO, aby zapobiec ich wykreśleniu. Należy podkreślić, że zarządzanie dobrami kultury na poziomie lokalnym, regionalnym, jak również państwowym i międzynarodowym musi być zgodne z zasadą zachowania autentyczności oraz integralności zabytków.

Podsumowanie

Przechodząc do konkluzji, należy stwierdzić, że wartości autentyczności i integralności zabytków są kluczowe z punktu widzenia należytej ochrony i opieki nad dobrami kultury. Można nawet sformułować zasadę zachowania autentyczności oraz integralności zabytków w kontekście ochrony zabytków. W artykule dokonano analizy prawa międzynarodowego i polskiego – źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce pod kątem uregulowań dotyczących ochrony autentyczności i integralności dóbr kultury. Niektóre zaprezentowane akty prawne zawierają uregulowania *sensu stricto* dotyczące takiej ochrony, a w innych można ją interpretować *sensu largo* z celu danej regulacji. Pozostaje także pytanie, czy ochrona zabytków nie równa się ochronie ich autentyczności i integralności. Ochrona autentyczności jest pojęciem zakresowo węższym niż ochrona zabytków, zatem chroniąc zabytek zawsze jest chroniona jego autentyczność, natomiast na ochronę zabytku oprócz ochrony autentyczności składają się także inne czynniki. W niektórych aktach prawnych pojawia się pojęcie ochrony autentyczności, a w innych nie, zatem wychodząc z założenia o racjonalności ustawodawcy należałoby uznać, że jednak nie można postawić znaku równości pomiędzy ochroną autentyczności a ochroną dobra kultury. Należy stwierdzić, iż ochrona autentyczności *expressis verbis* pojawia się w aktach prawa międzynarodowego, które wchodzą w skład źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce, natomiast w aktach prawa polskiego ochronę tę można wnioskować z celów poszczególnych przepisów. Analizując oddzielnie akty prawa międzynarodowego i polskiego, dochodzimy zatem do wniosku, iż w kwestii ochrony autentyczności racjonalność prawodawcy międzynarodowego i polskiego jest raczej zachowana. Konkludując tę część rozważań, należy uznać, iż ochrona zabytku automatycznie pociąga za sobą ochronę jego autentyczności, natomiast z racji wagi owej autentyczności odpowiednie

uregulowania powinny być umieszczane w aktach prawnych. Nie można tego powiedzieć o integralności, ponieważ dotyczy ona także otoczenia zabytku i wymaga w przypadku niektórych dóbr podejścia krajobrazowego. Ochrona integralności jest pojęciem zakresowo szerszym od ochrony zabytku i w konsekwencji *sensu stricto* wymaga odpowiednich dodatkowych uregulowań, choć oczywiście *sensu largo* można odnosić przepisy chroniące zabytek do ochrony jego integralności.

Podsumowując należy stwierdzić, iż ochrona autentyczności i integralności dóbr kultury powinna stać się zasadą prawną wyrażoną *sensu stricto* w źródłach prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. W związku z tym powinny zostać wprowadzone odpowiednie zmiany w aktach prawnych, co zostało zaprezentowane w uwagach *de lege ferenda*. Pozostaje mieć nadzieję, iż wzmocnienie znaczenia autentyczności i integralności dóbr kultury przyczyni się do ich efektywniejszej ochrony.

AUTHENTICITY AND INTEGRITY OF MONUMENTS UNDER THE LAW IN FORCE IN POLAND

ABSTRACT

The article analyzes of international and Polish legal acts – sources of the law in force in Poland from the point of view of regulations connected with protection of authenticity and integrity of monuments. There were analyzed those legal acts, based on which the protection of authenticity and integrity of cultural goods can be *sensu stricto* and *sensu largo* interpreted. Moreover the *de lege lata* remarks and the *de lege ferenda* remarks refered to topics of protection of authenticity and integrity of monuments in sources of the law in force in Poland were formulated. The definition relation between protection of monuments and protection of its authenticity and integrity was discussed too.

KEYWORDS

authenticity, integrity, cultural goods, law protection, monument, cultural heritage

BIBLIOGRAFIA

AKTY PRAWNE

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., DzU z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.
2. Konwencja dotycząca środków zmierzających do zakazu i zapobieganiu nielegalnemu przywozowi, wywozowi i przenoszeniu własności dóbr kultury, sporządzona w Paryżu dnia 17 listopada 1970 r., DzU z 1974 r., nr 20, poz. 106.

3. Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej Konwencji oraz Protokół o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze dnia 14 maja 1954 r., DzU z 1957 r., nr 46, poz. 212.
4. Konwencja o ochronie dziedzictwa architektonicznego Europy, sporządzona w Grenadzie dnia 3 października 1985 r., DzU z 2012 r., poz. 210.
5. Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., DzU z 1990 r., nr 74, poz. 439.
6. Konwencja w sprawie ochrony światowego dziedzictwa kulturalnego i naturalnego, przyjęta w Paryżu dnia 16 listopada 1972 r., DzU z 1976 r., nr 32, poz. 190.
7. Międzynarodowa Karta Konserwacji i Restauracji Zabytków i Miejsc Zabytkowych (Karta Wenecka), Wenecja 1964, [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 9.11.2017].
8. Międzynarodowa Karta ochrony miast historycznych ICOMOS, Toledo–Waszyngton 1987, [online] http://www.icomos-poland.org/index.php/dokumenty-doktrynalne [dostęp: 10.11.2017].
9. Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention UNESCO, WHC. 17/01, 12 July 2017, [online] https://whc.unesco.org/en/guidelines/ [dostęp: 9.11.2017].
10. Recommendation on the Historic Urban Landscape, including a glossary of definitions, 10 November 2011, [online] http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Rekomendacje/ Zalecenie_w_sprawie_krajobrazu_miejskiego.pdf [dostęp: 10.11.2017].
11. The Nara Document on Authenticity, Nara 1994, [online] http://www.nid.pl/pl/Dla_specjalistow/Standardy/Dokumenty_doktrynalne/ [dostęp: 10.11.2017].
12. Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury, t. j. DzU z 1999 r., nr 98, poz. 1150 ze zm.
13. Ustawa z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, t. j. DzU z 2017 r., poz. 2187.
14. Ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, t.j. DzU z 2017 r., poz. 1073 ze zm.
15. Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wzmocnieniem narzędzi ochrony krajobrazu, t.j. DzU z 2015 r., poz. 774 ze zm.
16. Ustawa z dnia 25 maja 2017 r. o restytucji narodowych dóbr kultury, t.j. DzU z 2017 r., poz. 1086 ze zm.

MONOGRAFIE I ARTYKUŁY

1. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
2. Barcik J., Srogosz T., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2014.
3. Dobosz P., *Administracyjnoprawne instrumenty kształtowania ochrony zabytków*, Kraków 1997.
4. Dobosz P., *Ewoluujące prawne formy ochrony zabytków w Polsce*, [w:] *Prawo ochrony zabytków*, red. K. Zeidler, Warszawa-Gdańsk 2014.
5. Kozień A., *Konstytucyjne aspekty ochrony dóbr kultury*, [w:] *Węzłowe problemy prawnej ochrony dziedzictwa kulturowego*, t. 1: *Ochrona dziedzictwa kulturowego w polskim prawie konstytucyjnym i administracyjnym*, red. P. Dobosz, M. Adamus, D. Guzek, A. Mazur, Kraków 2016.

6. Landecka H., *Miasta historyczne w prawnym systemie ochrony zabytków w Polsce*, [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011.
7. Przyborowska-Klimczak A., *Międzynarodowa współpraca w dziedzinie ochrony dziedzictwa kulturalnego*, [w:] *Prawna ochrona zabytków*, red. T. Gardocka, J. Sobczak, Toruń 2010.
8. Rodwell D., *Evaluations and recommendations of UNESCO and ICOMOS for the conservation of historic cities under national laws*, [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011.
9. Rouba M., *Zadania władz publicznych w zakresie ochrony i opieki nad zabytkami w Rzeczypospolitej Polskiej ze szczególnym uwzględnieniem obiektów wpisanych na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturalnego i Naturalnego UNESCO*, Toruń 2013.
10. Rożek K., *Najczęściej stosowane formy działania organów administracji publicznej w zakresie ochrony dziedzictwa kulturowego*, [w:] *Węzłowe problemy prawnej ochrony dziedzictwa kulturowego*, t. 1: *Ochrona dziedzictwa kulturowego w polskim prawie konstytucyjnym i administracyjnym*, red. P. Dobosz, M. Adamus, D. Guzek, A. Mazur, Kraków 2016.
11. *Słownik języka polskiego tom I*, Warszawa 1978.
12. Zalasińska K., *Ochrona prawna historycznych założeń przestrzennych*, [w:] *Ochrona dziedzictwa kulturowego i materialnego pogranicza*, red. A. Dębiński, L. Pietraszko, Lublin 2011.
13. Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury jako nowa gałąź prawa*, [w:] *Prawo ochrony zabytków*, red. K. Zeidler, Warszawa-Gdańsk 2014.
14. Zeidler K., *Prawo ochrony dziedzictwa kultury*, Warszawa, Kraków 2007.

STRONY INTERNETOWE

1. [online] http://gdansk.gosc.pl/doc/2146176.Radosny-finisz-renowacji [dostęp: 20.12. 2017].

Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ
Nauki Społeczne, Nr 21 (2/2018), s. 211–225
e-ISSN 2082-9213 | p-ISSN 2299-2383
www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/nauki-spoleczne
DOI: 10.26361/ZNTDSp.09.2018.21.12

Andrzej Uhl

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie
Wydział Prawa i Administracji
e-mail: andrzej.uhl@student.uj.edu.pl

data zgłoszenia: 4.01.2018
data przyjęcia do druku: 5.09.2018

Nie-miejsca zbrodni. Przestępczość w przestrzeni tranzytowej

Streszczenie

W artykule rozważona zostaje możliwość zastosowania pojęcia „nie-miejsc", pochodzącego z francuskiej antropologii kulturowej, do lepszego wytłumaczenia i charakterystyki zachowań przestępczych w przestrzeni tranzytowej – na dworcach, lotniskach, w galeriach handlowych. Cechy nie-miejsc, takie jak ich kontraktualność, anonimowość, „udomowienie" części z nich przez osoby z marginesu społecznego, pewnego rodzaju powszechnie odczuwana obcość czy szerokie zastosowanie systemów monitoringu wizyjnego oraz agencji ochrony, wydają się w znacznym stopniu kształtować obraz przestępczości w tej przestrzeni. Elementy te zestawiono z szeregiem danych dotyczących przestępczości w przestrzeniach dających się opisać jako nie-miejsca. W ostatniej części zostają opisane metody prewencji – często prowadzące do utrudnień w sprawnym funkcjonowaniu tych newralgicznych dla systemu gospodarczego i komunikacyjnego obiektów.

Słowa kluczowe

przestrzeń tranzytowa, nie-miejsca, ekologiczne teorie przestępczości, przestępczość w transporcie, bezpieczeństwo w transporcie, przestępczość w przestrzeni publicznej

Wstęp

Przestrzeń tranzytowa – stacje, lotniska, drogi szybkiego ruchu i szlaki powietrzne – jest dziś wszechobecna w życiu mieszkańców krajów rozwiniętych. Osoby dojeżdżające do pracy lub podróżujące w interesach często spę-

dzają w nich nawet kilka godzin dziennie. Wraz z defunkcjonalizacją tradycyjnych szlaków komunikacji, placów i centrów miast współczesne skupiska ludzkie obrosły siatką obwodnic, kolei i linii metra. Stanowią one ogromny mechanizm, w którym rola człowieka jest ograniczona do przemieszczania się zgodnie z kierunkiem wskazanym przez strzałki i kasowania biletów.

Mimo to, podobnie jak w przypadku innych skomplikowanych konstrukcji, to właśnie element ludzki zawodzi tutaj najczęściej. Kradzież kieszonkowa w tramwaju, rozbój na podmiejskiej stacji, próba zamachu terrorystycznego na lotnisku to różnej skali przykłady zakłóceń we właściwym korzystaniu z przestrzeni tranzytowej.

W niniejszym artykule postaram się pokazać, jak gatunkowe cechy tytułowych nie-miejsc kształtują postać i natężenie zachowań dewiacyjnych w ich obrębie. Punktem wyjścia tych rozważań jest założenie, że przestępczość jako fenomen społeczny i przestępstwo jako forma interakcji są zależne między innymi od otoczenia, w jakim występują, a nawet mogą być interpretowane jako formy przystosowania się do otaczającego środowiska.

Praca ma przede wszystkim dokumentować proces poszukiwania pewnych związków między osiągnięciami dwóch dość odległych gałęzi nauk społecznych: kryminologii i antropologii kulturowej. Stąd podstawową metodą jest zestawienie elementów definicyjnych nie-miejsc (przede wszystkich elementów teoretycznych) z szeregiem informacji należących do zasobu wiedzy kryminologicznej. Przez te drugie rozumiem zarówno czysto empiryczne dane, takie jak statystyki przestępczości, jak i analizy i interpretacje pewnych zjawisk, na przykład zachowań dewiacyjnych osób z kategorii *non shoppers* w wielkich centrach handlowych.

1. Nie-miejsce w myśli antropologicznej i społecznej

Termin „nie-miejsce" (ang. *non-place*, fr. *non-lieu*) pochodzi z antropologii kulturowej i najdokładniej został zdefiniowany na gruncie tej dziedziny w pracach francuskiego badacza Marca Augé. Nie-miejsca to w przeciwieństwie do antropologicznie rozumianego miejsca przestrzeń, w której „nikt nie jest u siebie", przestrzeń pozbawiona odniesień tożsamościowych lub historycznych[1]. Autor przykładowo wylicza drogi ekspresowe, bezkolizyjne skrzyżowania, porty lotnicze. Charakteryzuje je względna anonimowość, panujący dookoła pośpiech, wyraźna chęć odcięcia się od nich przez pasażerów/klientów (na przykład poprzez lekturę książki), a w ostatnich dekadach również wszechobecny monitoring.

[1] M. Augé, *Nie-miejsca. Wprowadzenie do antropologii hipernowoczesności,* tłum. R. Chymkowski, Warszawa 2010, s. 69.

Nie-miejsce pozostaje jednak określeniem nieprecyzyjnym, gdyż nawet autor opisuje je jako skrajny biegun pewnego *continuum*[2]. Jest ponadto pojęciem bardzo subiektywnym, na które znaczący wpływ ma relacja jednostki do miejsca. Mimo to z sumy jednostkowych doświadczeń daje się wyróżnić socjologiczne oblicze tej tak bardzo przecież społecznej przestrzeni, pozwalające na przeanalizowanie zachodzących tam zjawisk na płaszczyźnie ponadindywidualnej.

Wymiennie używane w tej pracy pojęcie przestrzeni tranzytowej zwraca zwłaszcza uwagę na funkcjonalny aspekt nie-miejsc, w których codziennie przemieszczają się znaczne ilości osób. Piszący te słowa nie miał tu na myśli strefy przejściowej (*zone in transit*), wyróżnionej przez pierwszych autorów koncepcji ekologicznych[3].

2. Kategoria miejsca w kryminologii i statystyce kryminalnej

Wraz z powstaniem ekologicznej teorii przestępczości miejsce, obok sprawcy i czynu, stało się jednym z centralnych pojęć kryminologii. Wprowadzenie w latach dziewięćdziesiątych technologii informatycznej map przestępczości pozwoliło na sformułowanie licznych wniosków teoretycznych. Badania nad wpływem układu przestrzennego na poziom zachowań dewiacyjnych w jego obrębie znajdują dziś zastosowanie w projektowaniu prywatnych osiedli, a także miejsc publicznych. W Polsce policja prowadzi statystykę miejsc popełnionych przestępstw – kilka kategorii warto tu przeanalizować pochylając się nad przestępczością w przestrzeni tranzytowej. Na całym świecie pojawiają się raporty na temat bezpieczeństwa na stacjach, lotniskach lub w centrach handlowych, które również pomagają zrozumieć pojawiające się zagrożenia i ocenić skuteczność wdrażanych środków prewencji.

Policyjne statystyki nie pozwalają precyzyjnie określić liczby przestępstw popełnianych w przestrzeni tranzytowej, ale umożliwiają ogólną ich charakterystykę. Zdecydowanie nadreprezentowane są tu przestępstwa przeciw mieniu, czyli właśnie te, w przypadku których tożsamość ofiary nie ma dla sprawcy znaczenia – nie-miejsce jako zbiorowisko przypadkowych osób dobrze nadaje się do ich popełniania.

W 2003 roku na drodze, ulicy lub szosie dokonano 21% ogólnej liczby kradzieży, 52% przestępstw rozbójniczych (rozbój, kradzież rozbójnicza,

[2] Ibidem, s. 53.

[3] J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2004, s. 104.

wymuszenie rozbójnicze), a także 12% zabójstw i 13% zgwałceń[4]. Kategoria ta nie jest jednak satysfakcjonująca z punktu widzenia niniejszego studium, bowiem zawiera również drogi w najbliższej okolicy domu ofiary, ulice w centrum miasta i inne przestrzenie niepozbawione wcale odniesień tożsamościowych i naturalnych mechanizmów kontroli.

W późniejszych statystykach pojawiają się inne rubryki. W 2010 roku stwierdzono 14 364 kradzieże w centrach handlowych, co stanowi 7% ogólnej liczby kradzieży. Jest to wzrost o 37% w stosunku do 2005 roku, mimo że na przestrzeni tych pięciu lat ogólna liczba przestępstw z art. 287 k.k. spadła o 22%. Można to tłumaczyć jedynie budową coraz większej liczby tzw. galerii w podanym okresie. 2 775 kradzieży stwierdzono w 2010 roku w pociągach[5]. Przestępstwa te, choć stanowiły tylko 1% wszystkich kradzieży, zasługują na szczególną uwagę z powodu konsekwencji – ofiara zostaje często pozbawiona wszelkich środków, jakimi dysponowała w czasie podróży, w tym pieniędzy na bilet powrotny. Liczba kradzieży była o około połowę mniejsza niż 5 lat wcześniej, co być może wynikało ze zmniejszenia się liczby pasażerów kolei lub wprowadzenia do taboru wagonów bezprzedziałowych, w których trudniejsze jest dokonywanie drobnych kradzieży.

Trudno określić, na ile oficjalne statystyki oddają rzeczywistą skalę problemu. Andrew Newton, powołując się na wcześniejsze badania, sugeruje, że rzeczywista liczba przestępstw w transporcie publicznym może być nawet 30 razy wyższa niż ta stwierdzona przez policję[6]. Z kolei prywatnie zatrudnieni ochroniarze w centrach handlowych mogą nie informować policji o incydentach w celu uniknięcia trudności związanych z procedurą karną[7].

Autorzy badający zjawisko przestępczości w środkach transportu podkreślają, że inne przestępstwa popełniane są w godzinach szczytu (głównie kradzieże kieszonkowe), inne zaś w porze nocnej (pobicia, akty wandalizmu)[8].

Na marginesie warto wspomnieć jeszcze o windach, idealnie wpisujących się w typ nie-miejsca, w którym zamierają interakcje społeczne, a obecność jest niejako wymuszona. Brakuje naukowych badań czy policyjnych

[4] *Miejsca Popełnienia Przestępstw w Statystyce Policyjnej*, [online] http://statystyka.policja.pl/st/wybranestatystyki/miejsca-popelniania-pr [dostęp: 20.06. 2017].

[5] Ibidem.

[6] A. Newton, *Crime on Public Transport: "Static" and "Non-Static" Crime Events*, "Western Criminology Review" 2004, No. 5, s. 26, [za:] J. Martin, *The Incidence and Fear of Transit Crime: A Review of the Literature*, Abbotsford 2011, s. 2.

[7] W. Cunningham, T. Taylor, *Growing Role of Private Security*, Washington 1984, s. 2.

[8] J. Martin, *The Incidence and Fear of Transit Crime: A Review of the Literature*, Abbotsford 2011, s. 3–5.

statystyk dotyczących przestępstw popełnianych w dźwigach osobowych. Joseph Goldstein z „The New York Times" pisze o nagminnych rozbojach i pobiciach w windach nowojorskich blokowisk, zwracając uwagę, że do czasu zatrzymania się na piętrze ofiara pozbawiona jest możliwości ucieczki, sprawca ma pełną kontrolę nad sytuacją, a ponadto może uniknąć rozpoznania w kamerze, umieszczonej zazwyczaj na suficie kabiny, ubierając nakrycie głowy „z daszkiem" lub bluzę z kapturem[9].

3. Cechy charakterystyczne nie-miejsc a przestępczość w ich obrębie

Charakterystykę przestępczości w przestrzeni tranzytowej w ujęciu koncepcji nie-miejsc warto zacząć od analizy ich głównych cech, zakładając, że zachowania dewiacyjne, jako element interakcji społecznej, wyraźnie kształtują się pod wpływem panujących w tej przestrzeni warunków.

Przede wszystkim, jak zauważa twórca omawianej koncepcji, relacja jednostki z nie-miejscem jest relacją wysoce kontraktualną[10]. Obecność w pociągu czy na autostradzie objęta jest umową zawieraną przy bramce lub kasach. Wygodna forma przemieszczania się jest dostępna dla osób, które uiściły stosowną opłatę, a konstrukcja stacji kolei podziemnej czy wjazdów na autostrady ukształtowana jest tak, by przede wszystkim nie dopuścić jednostek, które chcą skorzystać z nich bez płacenia za bilet.

Następnie oczekuje się od zanonimizowanego kontrahenta przestrzegania szeregu zasad panujących na drodze, pokładzie samolotu lub w pociągu. Jest on o nich informowany za pomocą dużych znaków – znanych wszystkim „zakazów palenia" lub skrętu w lewo. Często komunikatom tym wtóruje obecność wszelkiego rodzaju instalacji wymuszających przestrzeganie prawa i innych wyznaczonych reguł – blokad wjazdu, bramek otwierających się tylko w razie przedstawienia ważnego biletu.

W zależności od powagi naruszenia nieposłusznemu klientowi, pasażerowi lub kierowcy grozi upomnienie, kara administracyjna lub otrzymanie punktów karnych. Do złamania obowiązujących norm dochodzi też przy wejściu do poszczególnych segmentów przestrzeni tranzytowej, w przypadku unikania kasowania biletów i ich kontroli. Te najlżejsze z naruszeń w przestrzeni tranzytowej nabierają znaczenia przy uwzględnieniu ich liczby –

[9] J. Goldstein, *Nowhere to Run: Public Housing Elevators Remain Crime Magnets*, [online] http://www.nytimes.com/2013/09/30/nyregion/victim-in-a-box-elevators-remain-high-crime-areas.html [dostęp: 22.12.2017].

[10] M. Auge, op. cit., s. 70.

W Warszawie w kwietniu 2017 roku wystawiono w sumie 11 188 wezwań do zapłaty kary za podróż bez ważnego dokumentu przewozowego, co stanowiło około 5% kontrolowanych pasażerów[11]. O ile w tym przypadku ofiarą jest przewoźnik, a co za tym idzie lokalny budżet, o tyle palenie w autobusach, akty przemocy słownej lub fizycznej wpływają na komfort i bezpieczeństwo korzystania z przestrzeni tranzytowej czy też środka transportu przez konkretne osoby.

Egzekwowanie wyżej wspomnianego kontraktu wobec ogromnej liczby osób wymaga masowego mechanizmu kontroli. Nie-miejsce jako przestrzeń pozbawiona odniesień tożsamościowych, w której nikt „nie jest u siebie", nie posiada mechanizmu naturalnego – lokalnej społeczności, na przykład sąsiadów, których obecność wymusza przestrzeganie normy. Dlatego do zapewnienia sprawnego i bezpiecznego korzystania z przestrzeni tranzytowej konieczny jest złożony, sztuczny mechanizm kontroli. Obecnie jego centralnym punktem staje się monitoring wizyjny – setki kamer rozmieszczonych na lotniskach, w sklepach i na dworcach.

Monitoring ma pełnić funkcję prewencyjną, ułatwiać poszukiwania sprawcy przestępstwa, w końcu służyć jako dowód w postępowaniu przed sądem. Obecnie jest kwestią sporną, na ile i jakim kosztem systemy kamer spełniają tę funkcję. Za monitoringiem często argumentuje się, odwołując się do teorii kontroli, według której poziom przestępczości zależy od możliwości bezkarnego łamania norm w danej przestrzeni[12]. Na poparcie tezy przeciwnej można przywołać hipotezę o przemieszczaniu się zachowań przestępczych[13], wskazującą, że zagrożenie przestępczością nie zmaleje, a jedynie przeniesie się w miejsca nieobjęte obrazem z kamer. Ponadto monitoring nie powstrzyma sprawców działających pod wpływem impulsu, a rozpoznaniu postaci sprawcy przez policję może zapobiec nawet ubranie bluzy z kapturem, zwłaszcza biorąc pod uwagę bardzo niską jakość nagrań z większości stosowanych w Polsce systemów.

Niezależnie od tego pojawia się w związku z systemem monitoringu inny problem. W sondażu przeprowadzonym w 2013 roku przez Milward Brown dla fundacji Panoptykon 34,7% respondentów stwierdziło, że całkowicie lub częściowo podziela stwierdzenie: „Myślę, że jedną z zalet zastosowania monitoringu jest to, że nie trzeba się samemu o pewne rzeczy martwić. Jeże-

[11] *Statystyka Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie za kwiecień 2017 roku*, [online] http://www.ztm.waw.pl/statystyka.php?c=664&i=34&l=1 [dostęp: 20.06.2017].

[12] A. Giddens, *Socjologia*, tłum. A. Szulżycka, Warszawa 2008, s. 236.

[13] J. Eck, *The threat of crime displacement*, "Criminal Justice Abstracts" 1993, No. 25, s. 527–546.

li np. widzę, że ma miejsce jakaś kradzież albo bójka, to wiem, że nie muszę interweniować, bo ludzie, którzy dyżurują przy kamerach, się tym zajmą"[14]. Trudno lepiej oddać panującą w przestrzeni tranzytowej obojętność i rozproszenie odpowiedzialności, którą przerzuca się na nieskuteczne mechanizmy kontroli czy ogół obecnych osób[15].

Kontynuując ten wątek, warto pochylić się nad tezą Małgorzaty Dymnickiej[16], która rozwijając pojęcie „niby-miejsca", użyte przez Zygmunta Baumana, pisze, że obecność wielu osób w przestrzeni tranzytowej nie stwarza w niej jednak sytuacji współprzebywania. Podróżni i klienci starają się wręcz oderwać od otaczającego ich nie-miejsca poprzez lekturę książki lub muzykę w słuchawkach. Pasażer może nie udzielić w takiej sytuacji pomocy innej osobie, a także samemu paść ofiarą przestępstwa, zwłaszcza kradzieży kieszonkowej w wyniku nieuwagi. Ostrożność pasażerów odgrywa ogromną rolę, jeśli chodzi o bezpieczeństwo w dużych skupiskach ludzi. W przypadkach zgłoszenia pozostawionych walizek lub toreb od uwagi jednostki może zależeć bezpieczeństwo setek osób. Z drugiej strony wszechobecne w nie-miejscach reklamy i ogłoszenia skutecznie odrywają uwagę podróżnych od innych obiektów otaczającej ich przestrzeni.

Obcość i sztuczność przestrzeni tranzytowej ma znaczny wpływ na jej odbiór przez jednostki. Strach przed przebywaniem w dużych skupiskach osób jest obecnie napędzany przez świadomość powszechnego zagrożenia terroryzmem, co dotyczy zwłaszcza krajów zachodniej Europy. Jeszcze większe poczucie zagrożenia budzą nie-miejsca opuszczone, w porze nocnej i poza godzinami szczytu. Przestrzeń taka jest obecnie w wyraźny sposób mitologizowana – w zbiorowej wyobraźni parkingi podziemne są stałym miejscem gangsterskich porachunków, dworce nocą roją się od bezdomnych, opuszczone stacje metra i centra handlowe niezwykle często pojawiają się w filmach z gatunku thriller czy horror. Wyobrażenia te, na równi z rzeczywistym zagrożeniem, wpływają na doświadczane poczucie niebezpieczeństwa i ograniczają korzystanie z nie-miejsc. Strach przed przestępczością w transporcie jest szczególnie mocny u kobiet[17]. Poczucie zagrożenia w transporcie

[14] J. Skórzyńska-Ślusarek, M. Szumańska, *Monitoring wizyjny w życiu społecznym. Raport z badań*, s. 22, [online] https://panoptykon.org/files/monitoring-wizyjny-w-zyciu-spolecznym_raport-z-badan.pdf [dostęp: 20.12.2018].

[15] R. Akert, E. Aaronson, T. Wilson, *Psychologia Społeczna*, tłum. J. Gilewicz, Poznań 2012, s. 419–426.

[16] M. Dymnicka, *Od miejsca do nie-miejsca.* „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Sociologica" 2011, z. 36, s. 45.

[17] O. Tandogan, B. Ilhan, *Fear of Crime in Public Spaces: From the View of Women Living in Cities*, "Procedia Engineering" 2016, No. 161, s. 2013.

publicznym w Stuttgarcie w godzinach nocnych rosło w porównaniu z wynikami w ciągu dnia z 8 do 29,5% u mężczyzn i z 9,3 do 45,9% u kobiet[18]. W Turcji większość kobiet unikała podróży w godzinach nocnych właśnie z powodu strachu przez przestępczością[19]. Może to prowadzić do efektu błędnego koła; transport publiczny w nocy stanie się jeszcze bardziej opustoszały, a przez to mniej bezpieczny i jeszcze gorzej postrzegany. W ten sposób nie tylko przestępczość ale również strach przed nią grozi prawidłowemu funkcjonowaniu przestrzeni tranzytowej.

Co jest zatem źródłem zagrożenia w nie-miejscach? Wydaje się, że są one zarówno przestrzenią generującą przestępczość, czyli po prostu znacznym skupiskiem osób, niekoniecznie przestępców, jak i przyciągającą zmotywowanych sprawców jako przestrzeń umożliwiająca im dokonanie przestępstwa[20]. Część z nich jest więc popełniana „po drodze", w trakcie rutynowych czynności sprawcy wobec nadarzającej się okazji, część zaś stanowi główną przyczynę pojawienia się przestępcy w danej lokalizacji.

Istnieje jeszcze jedna, szczególna grupa osób przebywających w przestrzeni tranzytowej. Osoby zmarginalizowane, szczególnie bezdomne, często zamieszkują nie-miejsce, korzystając z jego dostępności, przekształcając je niejako w przestrzeń własną. Można to zilustrować chociażby samym tytułem słynnej powieści *My, dzieci z dworca zoo*, ukazującej losy nastoletnich narkomanów prostytuujących się w okolicy tytułowego dworca[21], wskazującym na wyraźne odniesienie tożsamościowe do jego przestrzeni.

Z racji małej mobilności dworzec lub stacja staje się centrum aktywności życiowej wielu jednostek wykluczonych. Na podstawie teorii działań rutynowych można się spodziewać, że właśnie tam będą one dokonywać przestępstw i zachowywać się w sposób niepożądany[22], między innymi żebrząc czy zakłócając porządek. Stąd wniosek, że za przestępczość w przestrzeni tranzytowej w dużej mierze odpowiadają koczujący tam bezdomni, szukający możliwości zaspokojenia podstawowych potrzeb materialnych.

Nie-miejsca nie zostają jednak całkowicie oswojone przez osoby zmarginalizowane. Nie tylko są one traktowane w sposób przedmiotowy, ale bywają

[18] Raport z Projektu CIVITAS II-CARAVEL. Security Action Plan for Suburban Railway in Greater Stuttgart, s. 4, [online] http://civitas.eu/content/measure-result-security-action-plan-suburban-railway-greater-stuttgart [dostęp: 20.06.2017].

[19] O. Tandogan, B. Ilhan, op. cit., s. 2016.

[20] P. Brantingham, P. Brantingham, *Criminality of Place: Crime Generators and Crime Attractors*, "European Journal on Criminal Policy and Research" 1995, No. 3, s. 1–26.

[21] Zob. C. Felscherinow, *My, dzieci z dworca Zoo*, tłum. R. Turczyn, Warszawa 2011.

[22] L. Cohen, M. Felson,*Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach,* "American Sociological Review" 1979, No. 44, s. 588–608.

też niszczone w aktach wandalizmu. Zdewastowane przystanki i graffiti w tramwajach są niepokojącym symptomem wrogości wobec środków użyteczności społecznej i sygnalizują, jak wiele osób uważa je za „cudze". Ustawowym znamieniem czynu zabronionego o charakterze chuligańskim jest jego publiczne popełnienie[23] – zatem również w przestrzeni tranzytowej. Oznacza to, że przynajmniej część sprawców przestępstw w nie-miejscach odpowie za nie na surowszych zasadach, przewidzianych w części ogólnej Kodeksu karnego[24].

Dużym zagrożeniem w niektórych centrach handlowych jest tak zwana kategoria *non shoppers*, zmarginalizowanej młodzieży traktującej galerie jako miejsca spędzania wolnego czasu, niezainteresowanej legalnym nabywaniem oferowanych towarów[25]. W Polsce nagłośnioną, specyficzną grupą *non shoppers* były tak zwane galerianki, dziewczęta w wieku gimnazjalnym i licealnym poszukujące na terenie galerii „sponsorów" w zamian za usługi seksualne[26]. Dość radykalną tezę stawia Paul Ekblom, twierdząc, że wielkie centra handlowe, kreując wzorce masowej konsumpcji, same odpowiedzialne są za kradzieże dokonywane w sklepach przez osoby, które nie mogą pozwolić sobie na zakup wypromowanych w sztuczny sposób produktów[27].

Problem *non shoppers* oraz koczujących w przestrzeni tranzytowej osób z marginesu społecznego spowodowany jest brakiem odpowiednio rozwiniętej infrastruktury – mieszkań komunalnych i noclegowni dla bezdomnych czy parków i ogólnodostępnych miejsc spędzania wolnego czasu dla młodzieży. W tym kontekście w wątpliwość podać można słuszność i skuteczność przymusowego usuwania osób wykluczonych z nie-miejsc przez służby porządkowe i prywatne agencje ochrony. Mimo to wciąż trwają próby projektowania przestrzeni tranzytowej (i w ogóle publicznej) nieprzyjaznej osobom bezdomnym, próbującym przebywać w niej poza wyznaczonymi godzinami lub korzystać w inny sposób, niż jest to przewidziane[28].

---

[23] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny, DzU 1997, nr 88, poz. 553, art. 115 §21.

[24] Ibidem, art. 57a.

[25] S. Philips, R. Cochrane, *Crime and Nuisance in the Shopping Centre: A Case Study in Crime Prevention*, London 1988, s. 4.

[26] Zob. E. Bielecka*, Galerianki – badania i refleksje*, „Pedagogika Społeczna" 2010, z. 2, s. 116–132.

[27] P. Ekblom. *The Prevention of Shop Theft: an approach through crime analysis*, London 1986, [za:] S. Philips, R. Cochrane, op. cit., s. 3.

[28] M. Davis, *City of Quartz: Excavating the Future in Los Angeles*, London 1990, [za:] A. Giddens, op. cit., s. 236.

Kolejną gatunkową cechą nie-miejsc, na którą zwraca uwagę Marc Augé, jest powszechna anonimowość przebywających w nich osób[29]. Ona również nie jest bez znaczenia dla charakterystyki popełnianych tam przestępstw. Osoby świadome swojej anonimowości nie tylko łatwiej decydują się na użycie przemocy[30], ale też powodują zazwyczaj większe szkody i obrażenia[31]. Obecnie efekt ten próbuje się ograniczyć przez zastosowanie monitoringu wizyjnego. Próbą odzyskania anonimowości w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej za złamanie panujących w nie-miejscu reguł jest także ucieczka z miejsca wypadku, tak surowo kryminalizowana w polskim systemie prawnym.

Obok anonimowości uderzająca jest też przypadkowość osób przemierzających przestrzeń tranzytową. Spotkać możemy w niej osoby z wszystkich klas społecznych, często podróżujące z i do znacznie oddalonych od siebie miejsc w bardzo zróżnicowanych celach. Właśnie to w połączeniu z dużym nagromadzeniem osób powoduje, że nie-miejsca: lotniska, samoloty, pociągi tak często bywają areną zamachów terrorystycznych. Charakterystycznym dla współczesnego terroryzmu celem jest wywołanie powszechnego strachu, co najłatwiej można osiągnąć, atakując przypadkowe osoby. Zamach dokonany na dworcu lub stacji metra w centrum dużego miasta zmusza każdą z tysięcy osób, które korzystają z nich choćby parę minut dziennie, do refleksji nad własnym bezpieczeństwem. Po raz kolejny pokazuje to, jak newralgiczną rolę pełni obecnie przestrzeń tranzytowa w naszym otoczeniu.

4. Rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa

Odpowiedzialność za przeciwdziałanie przestępczości w przestrzeni tranzytowej w większym niż w innych przypadkach stopniu spada na podmioty profesjonalne – służby państwowe i agencje prywatne. Istnieje duże zapotrzebowanie na skuteczne metody zapewnienia bezpieczeństwa zarówno w celu ochrony osób i mienia, jak i utrzymania zysków przez centra handlowe i branżę transportową. Najpowszechniej stosowaną metodą o dyskutowanej skuteczności jest wszechobecny monitoring wizyjny[32], który stał

[29] M. Auge, op. cit., s. 69.

[30] R. Rogers, C. Ketchen, *Effects of Anonymity and Arousal on Aggression*, "The Journal of Psychology" 1979, No. 102, s. 15–19.

[31] A. Silke, *Deindividuation, Anonymity, and Violence: Findings From Northern Ireland*, "The Journal of Social Psychology" 2003, No. 143, s. 493–499.

[32] J. Skórzyńska Ślusarek, M. Szumańska, op. cit., s. 1–2.

się elementem nie-miejsc w stopniu tak znacznym, że piszący te słowa uznał za konieczne jego opisanie w ogólnej charakterystyce zjawisk kształtujących zachowania w przestrzeni tranzytowej.

Jeszcze bardziej niż monitoring zwracają uwagę wszechobecne komunikaty dźwiękowe i wizualne. Można wyróżnić w nich treści informujące o dyspozycji normy („zakaz palenia"), skierowane do potencjalnych sprawców naruszeń oznaczenia obowiązujących sankcji („Nieuzasadnione użycie będzie karane" na hamulcach bezpieczeństwa w tramwajach), jak i adresowane do ogółu obecnych osób zalecenia dotyczące zachowania ostrożności („Prosimy zwracać uwagę na pozostawiony bez opieki bagaż, torby, plecaki").

Te ostatnie komunikaty należy uznać w kontekście niniejszego studium za szczególnie problematyczne. Z jednej strony zwiększają one społeczną świadomość istniejących zagrożeń, skłaniają jednostki do współpracy z podmiotami profesjonalnymi w trosce o wspólne bezpieczeństwo. Druga strona medalu to napędzanie strachu przed przestępczością, który jest obecnie problemem opisywanej przestrzeni na równi z rzeczywistą skalą zjawiska. Nie-miejsca są wręcz kojarzone z zagrożeniami z racji przesycenia komunikatami dotyczącymi bezpieczeństwa. Podobny skutek odgrywa obecność ochrony[33], a nawet kamery monitoringu. Tabliczek informujących o zagrożeniach nie ma w domach i na osiedlach – tam, gdzie popełniana jest największa liczba poważnych przestępstw. Może to prowadzić do kontrfaktycznej obawy przed przestępczością w przestrzeni tranzytowej, wbrew ogólnodostępnej wiedzy statystycznej w postaci chociażby wyżej wskazanych informacji dostępnych na stronie Komendy Głównej Policji.

Najlepszym przykładem negatywnych skutków komunikatów skierowanych do niepopełniającej przestępstw większości pasażerów są informacje o zagrożeniu ze strony sprawców kradzieży kieszonkowych. Na forach internetowych pojawiają się doniesienia o „kieszonkowcach" ustawiających się w pobliżu ostrzeżeń, by dowiedzieć się, gdzie pasażerowie lub klienci instynktownie sprawdzają, czy ich portfele i telefony komórkowe są na właściwym miejscu[34]. W ten sposób przestępcy uzyskują informacje o tym, gdzie znajdują się cenne przedmioty, co ułatwia dokonanie kradzieży.

Nie-miejscem w zasadzie całkowicie zdominowanym przez mechanizmy prewencji jest lotnisko. Zdecydowaną większość czasu spędzanego na jego

---

[33] Na przykładzie Guardian Angels: P. Easteal, P. Wilson, *Preventing Crime on Transport*, Canberra 1991, s. 26.

[34] [online] https://sveltewallets.com/blogs/news/avoid_pickpockets [5.09.2018]; [online] https://www.quora.com/How-do-pickpockets-know-which-pocket-to-steal-from [dostęp: 5.09.2018].

terenie zajmują środki kontroli, takie jak sprawdzanie paszportów, prześwietlanie bagażu podręcznego, wielokrotna kontrola kart pokładowych. Wraz ze wzrostem zagrożenia zamachami samobójczymi niewystarczające okazały się rozwiązania takie jak sprawdzanie, czy na pokładzie obecne są wszystkie osoby nadające bagaż. Całkowitym przełomem w rozwoju zabezpieczeń portów lotniczych był atak na wieżowce World Trade Center z 11 września 2001 roku[35]. Szczegółowe wytyczne, często formułowane na poziomie ponadnarodowym[36], przyczyniły się do jeszcze większej uniformizacji tych nie-miejsc.

Jednocześnie wymierzona w potencjalnych terrorystów machina środków bezpieczeństwa jest też skuteczna wobec pomniejszych sprawców i wpływa na zmniejszanie się przestępczości na lotniskach[37]. Obserwujemy zatem ciekawy przykład mechanizmu odwrotnego do polityki „rozbitych okien", gdzie środki zastosowane do walki z najpoważniejszymi przestępcami przyczyniają się do zmniejszenia przestępczości drobnej.

Nie wszystkie rozwiązania na rzecz bezpieczeństwa w przestrzeni tranzytowej idą w parze z jej funkcjonalnością. Raport badaczy z Australijskiego Instytutu Kryminologii dotyczący bezpieczeństwa w transporcie publicznym sugeruje zlikwidowanie kursów linii metra po północy (a więc wtedy, kiedy dokonuje się najpoważniejszych przestępstw, a strach przed przestępczością jest największy) oraz konstruowanie stacji z najmniejszą liczbą wyjść, tak by można je było szybko zamknąć i schwytać przestępcę[38]. Pierwsze rozwiązanie stanowi w zasadzie wycofanie się z pewnej przestrzeni i zmuszenie podróżujących do wyboru innych, często mniej bezpiecznych środków transportu, drugie grozi utrudnieniem poruszania się po stacjach i wydłużeniem czasu podróży.

Zakończenie

Można stwierdzić, że podział na miejsca w znaczeniu antropologicznym i nie-miejsca ma pewną doniosłość, jeśli chodzi o liczbę, rodzaj i charakter przestępstw dokonywanych w danej przestrzeni.

---

[35] B. Johnson, B. Kingshott, *Airport Crime: Chicago O'Hare post-9/11*, "Aviation Security International" 2007, No. 8, s. 27.

[36] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 300/2008 z dn. 11 III 2008 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie ochrony lotnictwa cywilnego i uchylające rozporządzenie (WE) Nr 2320/2002, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 97/72.

[37] B. Johnson, B. Kingshott, op. cit, s. 28–30.

[38] P. Easteal, P. Wilson, *Preventing Crime on Transport*, Canberra 1991, s. 15, 21.

Przestrzeń tranzytowa to przede wszystkim miejsce popełniania przestępstw przeciwko mieniu. Okazji przestępczych dostarcza brak pierwotnych mechanizmów kontroli społecznej, dostępność dóbr i usług, nieuwaga potencjalnych ofiar. Nie-miejsca zaznaczają się wyraźnie w ogólnym obrazie strachu przed przestępczością, przy czym dotyczy to głównie przebywania w ich obrębie poza godzinami szczytu. Trudne do rozstrzygnięcia jest pytanie o właściwe środki, jakie należałoby podjąć w zakresie przeciwdziałania przestępczości w przestrzeni tranzytowej. Wiele z przyjętych rozwiązań ma charakter opresyjny i uderza w jednostki zmarginalizowane w imię ochrony interesów grup większościowych.

Tak zarysowane wnioski dają się powiązać z wieloma polami badań kryminologicznych, z uwzględnieniem fenomenologii i etiologii przestępczości, strachu przed przestępczością, polityki kryminalnej, a nawet kryminologii radykalnej. Przede wszystkim jednak pojęcie nie-miejsca powinno być brane pod uwagę w kontekście ekologicznych koncepcji przestępczości i zapobiegania jej.

Teoretyczne spostrzeżenia na temat przestrzeni tranzytowej dostarczają solidnej podstawy do lepszej analizy specyficznych zachowań i interakcji występujących w nie-miejscach. Sytuacyjna prewencja przestępczości może wymagać zupełnie innych założeń przy projektowaniu bezpiecznego osiedla, w obrębie którego istnieć będzie grupa sąsiedzka i system odniesień tożsamościowych, a innych podczas działań mających na celu redukcję zachowań dewiacyjnych na stacjach metra lub w centrum handlowym, przemierzanych codziennie przez setki pasażerów i klientów. W obliczu powyższych rozważań można stwierdzić, że założenia te powinny także brać pod uwagę dorobek pojęciowy w postaci definicji nie-miejsc.

Stoimy zatem obecnie pomiędzy zagrożeniem upośledzenia pełnienia przez nie-miejsca newralgicznych dla współczesnego, mobilnego społeczeństwa funkcji a próbami ich dalszej uniformizacji i dehumanizacji. Coraz częściej jedynymi naprawdę „obecnymi" w przestrzeni tranzytowej osobami są jednostki zmarginalizowane czy zaburzone. Pozostała część pasażerów i klientów pozostaje „odłączona" od zajmowanej przestrzeni, poświęcając się lekturze prasy lub przeglądaniu informacji w mediach społecznościowych. O ich bezpieczeństwo dba cały zestaw profesjonalnych kamer, ochroniarzy i systemów alarmowych.

Nie zawsze jednak bezpieczeństwo daje się pogodzić ze sprawnym funkcjonowaniem lotnisk, domów handlowych czy kolei, czego doświadczają dziś na co dzień mieszkańcy krajów wysoko rozwiniętych. Z pewnością zarówno jedno, jak i drugie jest dziś niezwykle ważnym czynnikiem wpływa-

jącym na rozwój światowej i lokalnej gospodarki, sytuacji na rynku pracy czy po prostu zakresu, w jakim jednostka będzie mogła i chciała swobodnie i bezpiecznie się przemieszczać, odkrywając nowych ludzi, miejsca, produkty i technologie.

NON-PLACE OF CRIME. DELINQUENCY IN TRANSITONAL SPACE

ABSTRACT

In this paper the appliance of anthropological term "non-place" for the analysis of delinquency in transitional space (railway stations, airports, shopping centers) is considered. Examination of the essential features of Marc Auge's "non places" such as anonimity, contractuality, "domestication" by the marginalised, some kind of strangeness and, of course, broad employment of CCTV systems and private security agencies appears to have a large influence on the shape of criminal behaviour occuring in that space. Means of prevention in appliance could frequently affect the efficiency of transitional space, which is so crucial for modern economical system, as well as induce harmful fear of crime at the public transport etc.

KEYWORDS

transitional space, non-place, ecological theories of crime, crime in transport, safety in transport, crime in public space.

BIBLIOGRAFIA

1. Akert R., Aaronson E., Wilson T., *Psychologia Społeczna*, tłum. J. Gilewicz, Poznań 2012.
2. Augé M., *Nie-miejsca. Wprowadzenie do antropologii hipernowoczesności*, tłum. R. Chymkowski, Warszawa 2010.
3. Bielecka E., *Galerianki – badania i refleksje*, „Pedagogika Społeczna" 2010, z. 2.
4. Błachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*, Gdańsk 2004.
5. Brantingham P., Brantingham P., *Criminality of Place: Crime Generators and Crime Attractors*, "European Journal on Criminal Policy and Research" 1995, Vol. 3.
6. Cohen L., Felson M., *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*, "American Sociological Review" 1979, Vol. 44.
7. Cunningham W., Taylor T., *Growing Role of Private Security*, Washington 1984.
8. Davis M., *City of Quartz: Excavating the Future in Los Angeles*, London 1990.
9. Dymnicka M., *Od miejsca do nie-miejsca*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Sociologica" 2011, z. 36.
10. Easteal P., Wilson P., *Preventing Crime on Transport*, Canberra 1991.
11. Eck J., *The threat of crime displacement*, "Criminal Justice Abstracts" 1993, Vol. 25.
12. Ekblom P., *The Prevention of Shop Theft: an approach through crime analysis*, London 1986.
13. Giddens A., *Socjologia*, tłum. A. Szulżycka, Warszawa 2008.

14. Goldstein J., *Nowhere to Run: Public Housing Elevators Remain Crime Magnets*, "The New York Times", [online] http://www.nytimes.com/2013/09/30/nyregion/victim-in-a-box-elevators-remain-high-crime-areas.html [dostęp: 22.12.2017].
15. Johnson B., Kingshott B., *Airport Crime: Chicago O'Hare post-9/11*, "Aviation Security International" 2007, Vol. 8.
16. Ketchen C., Rogers R., *Effects of Anonymity and Arousal on Aggression*, "The Journal of Psychology" 1979, vol. 102.
17. Martin J., *The Incidence and Fear of Transit Crime: A Review of the Literature*, Abbotsford 2011.
18. Miejsca Popełnienia Przestępstw w Statystyce Policyjnej [online] http://statystyka.policja.pl/st/wybranestatystyki/miejsca-popelniania-pr [dostęp: 20.06.2017].
19. Newton A., *Crime on Public Transport: "Static" and "Non-Static" Crime Events*, "Western Criminology Review" 2004, Vol. 5.
20. Philips S., Cochrane R., *Crime and Nuisance in the Shopping Centre: A Case Study in Crime Prevention*, London 1988.
21. Raport z Projektu CIVITAS II-CARAVEL. Security Action Plan for Suburban Railway in Greater Stuttgart, [online] http://civitas.eu/content/measure-result-security-action-plan-suburban-railway-greater-stuttgart [dostęp: 20.06.2017].
22. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 300/2008 z dn. 11 III 2008 r. w sprawie wspólnych zasad w dziedzinie ochrony lotnictwa cywilnego i uchylające rozporządzenie (WE) Nr 2320/2002, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 97/72.
23. Silke A., *Deindividuation, Anonymity, and Violence*: *Findings From Northern Ireland*, "The Journal of Social Psychology" 2003, Vol. 143.
24. Skórzyńska-Ślusarek J., Szumańska M., *Monitoring wizyjny w życiu społecznym. Raport z badań*, [online] https://panoptykon.org/files/monitoring-wizyjny-w-zyciu-spolecznym_raport-z-badan.pdf [dostęp: 20.12.2017].
25. Statystyka Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie za kwiecień 2017 roku [online] http://www.ztm.waw.pl/statystyka.php?c=664&i=34&l=1 [dostęp: 20.06.2017].
26. Tandogan O., Ilhan B., *Fear of Crime in Public Spaces: From the View of Women Living in Cities*, "Procedia Engineering", 2016, vol. 161.
27. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny, DzU 1997, nr 88, poz. 553.

Informacje o autorach

Dagmara Dragan – doktorantka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Specjalizuje się w prawie energetycznym, a także w prawie ochrony środowiska i szeroko pojętym prawie administracyjnym.

Piotr Marcin Gajewski – student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. Członek Kół Naukowych Prawa Administracyjnego, Cywilnego, Doradztwa Podatkowego, Finansowego, Gospodarczego Publicznego, Konstytucyjnego, Postępowania Cywilnego oraz Sportowego. Prelegent ogólnopolskich oraz międzynarodowych konferencji naukowych – w swoich wystąpieniach zajmuje się problematyką sprawowania urzędu przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz związkami prawa sportowego z prawem finansowym oraz prawem gospodarczym publicznym. Koordynator Komitetu Organizacyjnego XII Ogólnopolskiego Zjazdu Kół Naukowych Prawa Konstytucyjnego. Delegat Ogólnopolskiej Rady Kół Naukowych Prawa Konstytucyjnego. Zainteresowania naukowe: prawo podatkowe, prawo przedsiębiorców, prawo rzeczowe, prawo mediów, prawo administracyjne, prawo gospodarcze publiczne oraz prawo konstytucyjne.

Jan Kluza – doktorant w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Główne zainteresowania naukowe: prawo karne materialne i procesowe.

Piotr Kobylski – aplikant radcowski w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie, doktorant w Katedrze Prawa Administracyjnego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Alma Mater: Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, zainteresowania w dziedzinie prawa administracyjnego, prawa finansowego, stypendysta Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego za wybitne osiągnięcia, autor artykułów naukowych publikowanych w czasopismach naukowych m.in. „Przegląd prawa publicznego", „Studia Prawnicze i Administracyjne".

Adam Kozień – student III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, od 2015 roku członek (od

2017 roku skarbnik) Koła Naukowego Prawnej Ochrony Dóbr Kultury. Wygłosił dziesięć referatów na międzynarodowych, ogólnopolskich i uczelnianych konferencjach naukowych. W latach 2016/2017 brał udział jako asystent badawczy w przygotowaniu projektu ustawy prawo o szkolnictwie wyższym („Ustawa 2.0") w zespole Instytutu Allerhanda w Krakowie. Zainteresowania badawcze: prawo administracyjne, prawo szkolnictwa wyższego, prawo ochrony zabytków, publiczne prawo gospodarcze. Wybrane publikacje: *Konstytucyjne aspekty ochrony dóbr kultury*, [w:] *Węzłowe problemy prawnej ochrony dziedzictwa kulturowego*, t. 1: *Ochrona dziedzictwa kulturowego w polskim prawie konstytucyjnym i administracyjnym*, red. P. Dobosz et al., Kraków 2016; *Uwarunkowania administracyjnoprawne ekonomicznej koncepcji zrównoważonego rozwoju*, [w:] *Tendencje rozwojowe prawa administracyjnego*, red. E. Kruk, G. Lubeńczuk, T. Drab, Lublin 2017.

Wojciech Leder – student II roku prawa w ramach Indywidualnych Studiów Międzyobszarowych na Uniwersytecie Śląskim. Poza studiami prawniczymi realizuje wybrane moduły z kierunków: produkcja filmowa i filmoznawstwo. Aktywnie działa w kole naukowym katedry Teorii i Filozofii Prawa. Interesuje się etycznymi dylematami prawa, prawami człowieka oraz językowymi i prawnymi zagadnieniami problemu mowy nienawiści. W czasie wolnym prowadzi audycje w Studenckiej Stacji Radiowej „Egida".

Monika Moska – absolwentka prawa na WPiA UAM w Poznaniu. Wśród najważniejszych osiągnięć można wymienić: II miejsce w finale IV Ogólnopolskiego Konkursu Wiedzy z Postępowania Karnego, III miejsce w finale III Ogólnopolskiego Konkursu Wiedzy o Prawie i Postępowaniu Administracyjnym, autorstwo artykułu pt. *Ewolucja filozofii karania na tle ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw* w „Kwartalniku Prawno Kryminalistycznym" (współautorstwo); wystąpienia na licznych konferencjach naukowych o charakterze ogólnopolskim, wielokrotne stypendia. Zainteresowania badawcze: prawo cywilne materialne, prawo handlowe, prawo papierów wartościowych.

Karolina Piech – doktorantka w Katedrze Prawa Karnego Materialnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Autorka kilkunastu artykułów naukowych z zakresu prawa karnego oraz

prawa konstytucyjnego. Zainteresowanie naukowo-badawcze koncentrują się na zagadnieniach szeroko pojmowanej nauki o przestępstwie, lekarskiego prawa karnego, praw człowieka w procesie karnym oraz postpenalnej detencji sprawców szczególnie niebezpiecznych. Otrzymała stypendium Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego na rok akademicki 2016/2017.

Anna Podkówka – uzyskała tytuł zawodowy magistra prawa w 2015 roku. Obroniła pracę magisterską *Dozór elektroniczny jako forma wykonywania kary pozbawienia wolności*. Od 2015 roku studentka stacjonarnych studiów doktoranckich na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz aplikant adwokacki Krakowskiej Izby Adwokackiej. Głównym zainteresowaniem autorki jest prawo karne sensu largo, a w szczególności prawo karne wykonawcze i prawo wykroczeń. Dotychczas przygotowano artykuł *Wykonywanie kar orzeczonych w sprawach o wykroczenia*, który obecnie oczekuje na publikację.

Michał Sopiński – doktorant w Katedrze Filozofii Prawa i Nauki o Państwie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, laureat V edycji programu „Diamentowy Grant" Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Diana Szwejser – od 2016 r. doktorantka na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii we Wrocławiu. Zainteresowania badawcze skupiają się wokół prawa medycznego, nowych technologii, praw człowieka w kontekście ochrony zdrowia, prawa i postępowania administracyjnego. Prelegenta wielu konferencji ogólnopolskich i międzynarodowych.

Adrian Szydlik – student IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji na Uniwersytecie Gdańskim. Aktywny działacz Kół Naukowych Prawa Konstytucyjnego, Prawa Sportowego oraz Prawa Gospodarczego Publicznego na Uniwersytecie Gdańskim. Autor kilku artykułów naukowych oraz współautor monografii związanych z zagadnieniami prawnymi i administracyjnymi, m.in. z zakresu prawa podatkowego. Prelegent oraz współorganizator ogólnopolskich konferencji naukowych, paneli dyskusyjnych oraz zjazdów kół naukowych. Swoją wiedzę rozwija poprzez praktykę w kancelarii radcy prawnego. Inne zainteresowania naukowe: prawo karne materialne, prawo rodzinne, kryminalistyka.

Andrzej Uhl – autor jest studentem czwartego roku WPiA UJ, pełni obecnie funkcje wiceprezesa KN Kryminologii TBSP UJ i przygotowuje pracę magisterską pt. *Kara i jej wykonanie wobec sprawców przestępstw gospodarczych*. Jego zainteresowania badawcze obejmują zagadnienia kryminologii radykalnej, przestępczości gospodarczej i psychologii kryminalnej, a do dotychczasowego dorobku zaliczają się wystąpienia na konferencjach ogólnopolskich (III i IV Konferencja Kryminologiczna) i międzynarodowych (9th Cracow Conference of Psychology and Law). Autor był trzykrotnie nagrodzony stypendium JM Rektora UJ dla najlepszych studentów.

ZESZYTY NAUKOWE TOWARZYSTWA DOKTORANTÓW UJ
NAUKI SPOŁECZNE

Czasopismo naukowe wydawane od 2010 roku jako półrocznik, a od 2016 roku jako kwartalnik przez Towarzystwo Doktorantów Uniwersytetu Jagiellońskiego. W ramach serii społecznej „Zeszytów Naukowych TD UJ" publikowane są teksty z różnych dyscyplin, głównie historii, socjologii, ekonomii i prawa. Na łamach czasopisma publikujemy:

- artykuły naukowe,
- opracowania będące wynikiem badań empirycznych,
- raporty i komunikaty,
- recenzje i omówienia tekstów ważnych dla danej dyscypliny,
- sprawozdania z konferencji, sympozjów, sesji naukowych, warsztatów.

Teksty publikowane na łamach „Zeszytów Naukowych" poddawane są procedurze recenzowania opisanej na stronie internetowej www.doktoranci.uj.edu.pl/zeszyty/pliki-do-pobrania, ponadto informuje się, że Redakcja zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego prowadzi działania antyghostwritingowe.

Osoby zainteresowane opublikowaniem tekstu w „Zeszytach Naukowych TD UJ" proszone są o nadsyłanie materiałów w języku polskim lub w jednym z języków kongresowych. Do druku przyjmowane są wyłącznie prace oryginalne, wcześniej niepublikowane. Materiały powinny zawierać dodatkowo streszczenia w języku polskim i angielskim, słowa kluczowe w języku polskim i angielskim oraz bibliografię, a także notę o Autorze wraz z afiliacją i adresem mailowym. Redakcja zastrzega sobie prawo do wprowadzania zmian w tekście. Na ostatnim etapie przygotowywania publikacji przewidziana jest także korekta autorska i autoryzacja.

Kontakt z redakcją: spoleczneznuj@gmail.com
Adres redakcji: ul. Czapskich 4/14, 31-110 Kraków