

PRAWO 21

ZESZYTY NAUKOWE
UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO

NR 97

SERIA
PRAWNICZA

PRAWO 21

pod redakcją naukową
RENATY ŚWIRGOŃ-SKOK, GRZEGORZA MARONIA



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu Rzeszowskiego
RZESZÓW 2017

Redaktor naczelny
RENATA ŚWIRGOŃ-SKOK

Redaktorzy tematyczni
STANISŁAW PIEPRZNY, VIKTORIYA SERZHANOVA, MONIKA KLEJNOWSKA,
JAN OLSZEWSKI, STANISŁAW GROBEL, RYSZARD JAWORSKI, MÁRIA BUJŇÁKOVÁ

Redaktor statystyczny
AGATA JANAS

Sekretarz redakcji
GRZEGORZ MAROŃ

Rada naukowa
ELŻBIETA URA, STANISŁAW SAGAN, MÁRIA KIOVSKÁ, GABRIELA DOBROVIČOVÁ,
JAN FILIP, MARINA KARASEVA-SENTOVA, IOAN LEŞ, IOAN GANFALEAN,
MIRUNA MIHAELA TUDORASCU, VÍCTOR HUGO, RAMÍREZ LAVALLE,
IRENE BAJO GARCIA

Opracowanie redakcyjne i korekta
BERNADETA LEKACZ

Opracowanie techniczne
EWA KUC

Łamanie
TOMASZ TWARDOWSKI

Projekt okładki
JERZY TOMALA

© Copyright by
Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2017

ISSN 1643-0484
ISSN 1730-3508

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

1492

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO
35-959 Rzeszów, ul. prof. S. Pigonia 6, tel. 17 872 13 69, tel./faks 17 872 14 26
e-mail: wydaw@ur.edu.pl; <http://wydawnictwo.ur.edu.pl>
wydanie I; format B5; ark. wyd. 12,9; ark. druk. 12,875; zlec. red. 121/2017

Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego



100-LECIE
SĄDU
NAJWYŻSZEGO
I SĄDOWNICTWA
POWSZECHNEGO
1917 - 2017



SPIS TREŚCI

Contents	7
----------------	---

ARTYKUŁY

LIDIA BRODOWSKI, DAGMARA KUŹNIAR-KWIATEK Ekstradycyjny charakter przestępstwa	11
TOMASZ CHŁOPECKI Kształtowanie się notariatu na ziemiach polskich od X do XVIII wieku. Zarys problematyki historycznej i prawnej	31
ANETA KOWALCZYK Bezrobocie a niepełnosprawność. Rehabilitacja zawodowa jako przejaw aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych – wybrane zagadnienia	48
ANNA MARCINKOWSKA Uwagi co do zgody pacjenta na zabieg medyczny jako formy ochrony autonomii jednostki oraz warunków legalności zabiegu leczniczego w rozumieniu art. 192 k.k. przy zastosowaniu telemedycyny	60
ANNA OPAR Recydywa w ujęciu polskiego prawa karnego – ewolucja regulacji w polskich kodeksach karnych z 1932, 1969 i 1997 roku	83
PETER POLÁK, ONDREJ KUBÍK Psychological aspects of the interrogation tactics of an accused (Psychologiczne aspekty taktyki przesłuchań oskarżonego)	96
PETER POLÁK Opportunities regarding the utilisation of anonymous witness testimony as evidence according to Strasbourg Court case law (Możliwości wykorzystania anonimowych zeznań świadków jako dowodów zgodnie z orzecznictwem Trybunału w Strasburgu)	107
MAGDALENA PRZĄDKA-LESZCZYŃSKA Procedura koncesyjna na rozpowszechnianie programów telewizyjnych – problem relacji pomiędzy organami regulacyjnymi	117

MILAN SUDZINA	
Rozhodujúce právo podľa prepracovaného znenia nariadenia o insolvenčnom konaní (Prawo właściwe w ramach rozporządzenia w sprawie postępowania upadłościowego)	128
MILAN SUDZINA	
Vklad do katastra nehnuteľností Slovenskej republiky (historické aspekty a právne účinky) (Wpisanie prawa do katastru nieruchomości Republiki Słowackiej (aspekty hi- storyczne i skutki prawne)	140
ŚLAWOMIR ZWOLAK	
Używanie i ochrona symboli jednostek samorządu terytorialnego	150

GLOSZY

ANNA GOŁONKA	
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 stycznia 2016 roku (II AKa 493/15)	165
GRZEGORZ MAROŃ	
Glosa do wyroku federalnego Sądu Apelacyjnego dla 4. Okręgu z 25 maja 2017 roku w sprawie <i>International Refugee Assistance Project v. Trump</i> , 857 F. 3D 554 (4th CIR. 2017).....	176

SPRAWOZDANIA

MAGDALENA KOMAR-ZABŁOCKA	
Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Konferencji „Rzymskie korzenie procesu karnego” Rzeszów 19–20 października 2017 roku, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Rzeszowski	197
KAROL PIĘKOŚ	
System ochrony praw człowieka w Europie oraz Australii i Oceanii. Kontekst uniwer- salny – specyfika regionalna – uwarunkowania realizacyjne z okazji 60. rocznicy Trak- tatów Rzymskich, 25. rocznicy podpisania Traktatu o Unii Europejskiej i 30. rocznicy utworzenia Australijskiej Komisji Praw Człowieka, Warszawa, 24–25 kwietnia 2017 roku...	201
Afiliacje	204

CONTENTS**ARTICLES**

LIDIA BRODOWSKI, DAGMARA KUŹNIAR-KWIATEK	
Extradition character of crime	11
TOMASZ CHŁOPECKI	
Shaping of the notary institution in the Polish territory from the 10th to the 18th century. Outline of historical and legal issues	31
ANETA KOWALCZYK	
Unemployment vs. disability. Occupational rehabilitation as a sign of vocational activation of the disabled – selected issues.....	48
ANNA MARCINKOWSKA	
Comments on the consent of the patient to the medical treatment as a form of protection of the autonomy of the individual and the conditions of legality of the treatment within the meaning of art. 192 k.k. using telemedicine.....	60
ANNA OPAR	
Recidivism in the polish criminal law – evolution of the regulation from 1932, 1969 and 1997 in the polish penal codes	83
PETER POLÁK, ONDREJ KUBÍK	
Psychological aspects of the interrogation tactics of an accused	96
PETER POLÁK	
Opportunities regarding the utilisation of anonymous witness testimony as evidence according to Strasbourg Court case law	107
MAGDALENA PRZĄDKA-LESZCZYŃSKA	
License procedure for distribution of television programs – problem of relations between regulators	117
MILAN SUDZINA	
Applicable law under the recast of regulation on insolvency proceedings.....	128
MILAN SUDZINA	
Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (historical aspects and legal effects)	140
SŁAWOMIR ZWOLAK	
Use and protection of the symbols of local government units	150

GLOSS

ANNA GOLONKA

Gloss to the judgment of the Court of Appeal in Katowice on 14 January 2016. (II AKA 493/15)..... 165

GRZEGORZ MAROŃ

Gloss to the judgment of the Federal Court of Appeals for the Fourth Circuit of 25 May 2017 in the case *International Refugee Assistance Project v. Trump* 176

REPORTS

MAGDALENA KOMAR-ZABŁOCKA

Report from the All-Poland Conference „Roman Roots of the Criminal Process” Rzeszów 19–20 October 2017 (Faculty of Law and Administration, Rzeszow University). 197

KAROL PIĘKOŚ

Human rights protection in Europe and Australia and Oceania. Universal context – regional specification – implementation conditions. On the occasion of the 60th anniversary of the Treaties of Rome, the 25th anniversary of the signature of the Treaty on European Union and the 30th anniversary of the founding of the Australian Human Rights Commission, Warsaw, 24–25 April 2017..... 201

Affiliations..... 204

ARTYKUŁY

Lidia Brodowski, Dagmara Kuźniar-Kwiatek

EKSTRADYCYJNY CHARAKTER PRZESTĘPSTWA

Wprowadzenie

Tematem niniejszego artykułu jest ekstradycyjny charakter przestępstwa, regulowany zarówno przez normy prawa międzynarodowego, jak i wewnętrznego poszczególnych państw. Problematyka ta znalazła się w obszarze zainteresowania znikomej liczby autorów zajmujących się instytucją ekstradycji. Niewiele pogłębionych analiz ekstradycyjnego charakteru przestępstwa w publikacjach naukowych implikowało podjęcie próby odpowiedzi na pytanie o jego pojęcie, ocenę metod kwalifikacji i sposobu ujęcia w regulacjach międzynarodowych i wewnętrznych. Prowadzone rozważania, oparte na metodzie analizy i komparatystryki prawniczej, podporządkowane zostały ocenie wpływu stosowanych regulacji na obrót ekstradycyjny.

Podstawowym warunkiem ewentualnej ekstradycji jest popełnienie przez przestępcę czynu zaliczonego do kategorii przestępstw ekstradycyjnych. Przestępstwo ekstradycyjne, czyli przestępstwo uzasadniające wydanie, stanowi więc materialną podstawę ekstradycji¹.

Koncepcja przestępstw ekstradycyjnych ma fundamentalne znaczenie w prawie ekstradycyjnym, ponieważ jedynie osoby oskarżone bądź skazane za tego rodzaju przestępstwa w państwie wzywającym mogą być ekstradowane².

Nie każde przestępstwo, które może stanowić podstawę wydania zdaniem jednego państwa, będzie tego rodzaju przestępstwem dla innego, ponieważ interesy państw w zakresie zwalczania przestępczości nie są jednakowe, i to nie tylko ze względów politycznych, lecz także z powodu różnic między ustawodawstwami karnymi. Dla państwa, którego prawo karne zostało naruszone, każ-

¹ Z. Knypl, *Ekstradycja jako instytucja prawa międzynarodowego i wewnętrznego*, Warszawa 1975, s. 67.

² C. Nicholls, C. Montgomery, J.B. Knowles, *The Law of Extradition and Mutual Assistance. Second Edition*, Oxford 2007, s. 22–23.

dy czyn zabroniony przez to prawo wymaga ścigania i karania, dla innego natomiast niektóre z tych czynów mogą być obojętne, a nawet pożyteczne³.

Przestępstwo ekstradycyjne

W literaturze prawniczej przestępstwo ekstradycyjne jest określane jako „działanie, zaniechanie karalne, w związku z popełnieniem którego osoba uchylająca się przed wymiarem sprawiedliwości może być wydana innemu państwu, zgodnie z postanowieniami umowy lub ustawy”⁴.

Analiza postanowień zawieranych w umowach ekstradycyjnych skłania do modyfikacji przytoczonej wyżej definicji przestępstwa ekstradycyjnego. W związku z powyższym przestępstwo ekstradycyjne należałoby określić nie tylko jako „działanie, zaniechanie karalne, w związku z popełnieniem którego...”, ale jako działanie, zaniechanie karalne, w związku z którego popełnieniem, podżeganiem do niego, jego usiłowaniem, uczestnictwem w nim, udziałem w związku, w zorganizowanej grupie lub w zмовie mającej na celu popełnienie takiego przestępstwa, a także jego ukrywaniem, osoba uchylająca się przed wymiarem sprawiedliwości może być wydana innemu państwu zgodnie z postanowieniami umowy lub ustawy⁵.

Przykładem odmowy wydania ze względu na okoliczność, że przestępstwo objęte wnioskiem o ekstradycję nie jest przestępstwem ekstradycyjnym, jest sprawa niemieckiego działacza demokratycznego Gerhardta Eislera oskarżonego o popełnienie na terytorium Stanów Zjednoczonych zbrodni krzywoprzysięstwa i obrazy Kongresu. Eisler został aresztowany 14 maja 1949 r. przez policję brytyjską na żądanie władz amerykańskich zawarte we wniosku ekstradycyjnym, na polskim statku handlowym „Batory”, który zawinął do portu Southampton. Po dwóch tygodniach pozbawienia wolności, 27 maja, doszło jednak do zwolnienia Eislera przez sąd brytyjski, ponieważ przestępstwo, o które oskarżały Eislera Stany Zjednoczone, nie było przestępstwem, które obejmowała ówczesna anglo-amerykańska umowa ekstradycyjna z 1870 r. W związku z powyższym ekstradycja Eislera, z uwagi na niezrealizowanie zasady ekstradycyjnego charakteru przestępstwa okazała się niedopuszczalna⁶.

³ *Ibidem*, s. 67.

⁴ B. Wierzbicki, *Zagadnienia współpracy państw w zapobieganiu i zwalczaniu przestępczości*, Białystok 1986, s. 24.

⁵ Zob. np. art. 2 ust. 2 umowy między RP a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji podpisanej 10 lipca 1996 r. (Dz.U. z 1999 r., nr 93, poz. 1066) czy art. 2 umowy między RP a Republiką Indii o ekstradycji podpisanej 17 lutego 2003 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 156, poz. 1304).

⁶ Szerzej na temat sprawy Eislera: L. Gelberg, *Sprawa Eislera*, „Rocznik Prawa Międzynarodowego” 1949, s. 11–26.

Przestępstwa ekstradycyjne stanowiące podstawę wydania wymieniane są w umowie ekstradycyjnej bądź w ustawie wewnętrznej w drodze szczegółowego wyliczenia, czyli metodą enumeracji (listy) lub poprzez podanie klauzuli ogólnej z ewentualnymi wyjątkami, czyli metodą eliminacji⁷. Możliwe jest także zastosowanie systemu łączącego obie wyżej wskazane metody poprzez zastosowanie wyliczenia przestępstw z warunkiem zagrożenia lub orzeczenia kary powyżej określonego minimum⁸. W odniesieniu do trzeciej wskazanej metody kwalifikowania przestępstw ekstradycyjnych z uwagi na jej charakter można zaproponować zastosowanie pojęcia „metody mieszanej”.

Metoda listy dominowała do początku XX w. Przegląd starszych umów ekstradycyjnych dokonany przez Z. Knyplą dowodzi, że liczba przestępstw wymienianych w tych umowach jako uzasadniających wydanie ciągle się zwiększała. Początkowo lista przestępstw ekstradycyjnych, umieszczana w stosownych umowach, obejmowała jedynie najcięższe kategorie przestępstw, później także przestępstwa lżejszej wagi⁹.

Jako przykład można wskazać art. 27 traktatu z 1794 r. zawartego między Wielką Brytanią a Stanami Zjednoczonymi, który zawierał wyliczenie jedynie dwóch przestępstw uzasadniających ekstradycję; były to morderstwo oraz krzywoprzysięstwo. Natomiast traktat, który został zawarty przez te państwa w 1931 r., zawierał już wyliczenie 27 kategorii przestępstw, które strony uznawały za podlegające ekstradycji¹⁰.

Metoda listy, mimo że obecnie stosowana coraz rzadziej, ze względu na różnice terminologiczne oraz małą elastyczność powodującą rozbieżności zawartego w umowie wyliczenia ze zmieniającymi się warunkami, znalazła zastosowanie przede wszystkim w konwencjach dotyczących walki z terroryzmem i najgroźniejszymi formami przestępczości, uznających wszystkie wyliczone w nich przestępstwa za podlegające ekstradycji, czyli np. w:

- Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 27 stycznia 1977 r.¹¹,
- Protokole zmieniającym do Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu, podpisanym 15 maja 2003 r.¹²,
- Konwencji w sprawie zwalczania aktów terroryzmu jądrowego z 13 kwietnia 2005 r.¹³,

⁷ Szerzej na ten temat: Z. Knypl, *Ekstradycja jako...*, s. 68–83.

⁸ Por. B. Wierzbicki, *O azylach i ekstradycji przestępców*, Warszawa 1982, s. 107–108.

⁹ *Ibidem*, s. 70.

¹⁰ J. Gilas, *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1995, s. 278.

¹¹ Tekst Konwencji: P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001, s. 112–117.

¹² European Treaty Series (dalej ETS), no. 190; <http://www.msz.gov.pl/bpt/documents/6174.pdf> (10.08.2017).

¹³ Zob. art. 2 i 15 Konwencji, „*Revue Internationale de Droit Penal*” (dalej RIDP) 2005, no. 3–4, s. 453–502.

- Konwencji Rady Europy o zapobieganiu terroryzmowi z 16 maja 2005 r.¹⁴,
- Protokole fakultatywnym do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii z 25 maja 2000 r.¹⁵,
- Konwencji o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15 listopada 2000 r.¹⁶,
- Konwencji o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r.¹⁷,
- Protokole dodatkowym do Konwencji o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r. podpisanym 28 stycznia 2003 r.¹⁸.

Zgodnie z art. 1 Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r. w brzmieniu nadanym mu mocą art. 1 Protokołu zmieniającego do Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 2003 r. do katalogu przestępstw podlegających ekstradycji należą:

- przestępstwo, którego dotyczy Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi sporządzona w Hadze 16 grudnia 1970 r.¹⁹,
- przestępstwo, którego dotyczy Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego sporządzona w Montrealu 23 września 1971 r.²⁰,
- przestępstwo, którego dotyczy Konwencja o zapobieganiu przestępstwom i karaniu sprawców przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony międzynarodowej, w tym przeciwko dyplomatom, sporządzona w Nowym Jorku 14 grudnia 1973 r.²¹,
- przestępstwo, którego dotyczy Międzynarodowa konwencja przeciwko braniu zakładników sporządzona w Nowym Jorku 18 grudnia 1979 r.²²,
- przestępstwo, którego dotyczy Konwencja o ochronie fizycznej materiałów jądrowych otwarta do podpisu w Wiedniu 3 marca 1980 r.²³,
- przestępstwo, którego dotyczy Protokół o zwalczaniu bezprawnych czynów przemocy w portach lotniczych obsługujących międzynarodowe lotnictwo cywilne sporządzony w Montrealu 24 lutego 1988 r.²⁴,
- przestępstwo, którego dotyczy Konwencja w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej sporządzona w Rzymie 10 marca 1988 r.²⁵,

¹⁴ Zob. art. 5–7, 9 i 19 Konwencji, Dz.U. z 2008 r., nr 161, poz. 998.

¹⁵ Zob. art. 3 Protokołu, A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006, s. 191–192.

¹⁶ Zob. art. 5–9 i 23 Konwencji, Dz.U. z 2001 r., nr 90, poz. 994.

¹⁷ Zob. art. 2–11 i 24 Konwencji, ETS, no. 185.

¹⁸ Por. art. 2–8 Protokołu, ETS, no. 189.

¹⁹ Zob. art. 1 Konwencji, P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem...*, s. 131.

²⁰ Por. art. 1 Konwencji, *ibidem*, s. 137.

²¹ Zob. art. 2 i art. 8 Konwencji, *ibidem*, s. 15, 17–18.

²² Zob. art. 1 i art. 10 Konwencji, *ibidem*, s. 47 i 51.

²³ Zob. art. 7 i art. 11 Konwencji, *ibidem*, s. 24–26.

²⁴ Zob. art. 2 Protokołu, *ibidem*, s. 144–145.

²⁵ Zob. art. 3 i art. 11 Konwencji, *ibidem*, s. 33, 36–37.

- przestępstwo, którego dotyczy Protokół do Konwencji w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej podpisanej w Rzymie 10 marca 1988 r. w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym z 10 marca 1988 r.²⁶,
- przestępstwo, którego dotyczy Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych z 15 grudnia 1997 r.²⁷,
- przestępstwo, którego dotyczy Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu finansowania terroryzmu z 9 grudnia 1999 r.²⁸

Katalog przestępstw ekstradycyjnych ustanowiony art. 1 Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r. i art. 1 Protokołu zmieniającego z 2003 r. należałoby uzupełnić o przestępstwa określone art. 9 Konwencji o bezpieczeństwie personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych i personelu współdziałającego z 9 grudnia 1994 r.²⁹

Konwencja Rady Europy o zapobieganiu terroryzmowi podpisana 16 maja 2005 r. uzupełnia katalog przestępstw skutkujących ekstradycją o następujące czyny:

- publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym polegające na rozpowszechnianiu lub innego rodzaju udostępnianiu przekazu do wiadomości publicznej w celu podżegania do popełnienia czynu o charakterze terrorystycznym w sytuacji, gdy takie zachowanie w sposób bezpośredni lub pośredni wspierając przestępstwa o charakterze terrorystycznym, stwarza niebezpieczeństwo popełnienia jednego lub więcej takich przestępstw,
- rekrutację na rzecz terroryzmu polegającą na namawianiu innej osoby do popełnienia lub uczestnictwa w popełnieniu przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub też do przystąpienia do zrzeszenia lub grupy w celu przyczynienia się do popełnienia jednego lub większej liczby przestępstw o charakterze terrorystycznym przez to zrzeszenie lub grupę,
- szkolenie na rzecz terroryzmu polegające na dostarczaniu wskazówek do korzystania z materiałów wybuchowych, broni palnej lub innej broni albo trujących bądź niebezpiecznych substancji, bądź innych szczególnych metod lub technik w celu popełnienia lub przyczynienia się do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, ze świadomością, że dostarczone umiejętności mają być w tym celu użyte,
- przestępstwa pomocnicze polegające na uczestnictwie jako współsprawca w jakimkolwiek z wyżej wymienionych czynów, organizowaniu lub kiero-

²⁶ Zob. art. 2 Protokołu, *ibidem*, s. 42–43.

²⁷ Zob. art. 2 i 9 Konwencji, *ibidem*, s. 67 i 70.

²⁸ Zob. art. 2 i art. 11 Konwencji, *ibidem*, s. 78, 82–83.

²⁹ Zob. art. 9 i 15 Konwencji, *ibidem*, s. 58, 60–61.

waniu innymi osobami, w popełnieniu któregośkolwiek z wyżej wymienionych czynów; przyczynieniu się do popełnienia jednego lub większej liczby wymienionych wyżej czynów przez grupę osób działających we wspólnym celu, przy czym przyczynienie takie musi być umyślne, dokonane w celu wsparcia przestępczej działalności lub przestępczego celu grupy, o ile taka działalność lub cel pociąga za sobą popełnienie wyżej wymienionych czynów lub też dokonane są ze świadomością zamiaru popełnienia przez grupę wyżej wymienionych czynów³⁰.

Na podstawie art. 3 Protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii z 25 maja 2000 r. przestępstwami ekstradycyjnymi są następujące czyny:

- oferowanie, dostarczenie lub przyjęcie dziecka w jakikolwiek sposób w celu seksualnego wykorzystywania dziecka, przekazania organów dziecka dla zysku i angażowania dziecka do pracy przymusowej,
- nakłanianie w niewłaściwy sposób jako pośrednik do udzielenia zgody na adopcję dziecka z naruszeniem stosownych międzynarodowych instrumentów prawnych dotyczących adopcji,
- oferowanie, uzyskiwanie, nabycie lub dostarczenie dziecka w celu prostytucji,
- produkcja, dystrybucja, rozpowszechnianie, import, eksport, oferowanie, handel lub posiadanie dla wyżej wymienionych celów dziecięcej pornografii.

Przestępstwo stanowią również próby popełnienia któregośkolwiek z wyżej wymienionych czynów, a także współudział lub udział w którymkolwiek z tych czynów³¹.

Konwencja o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15 listopada 2000 r. za przestępstwa podlegające ekstradycji uznaje:

- udział w zorganizowanej grupie przestępczej,
- organizowanie, kierowanie, pomaganie, podżeganie, ułatwianie lub doradzanie przy popełnieniu poważnego przestępstwa, w które zaangażowana jest zorganizowana grupa przestępcza,
- przekupstwo,
- pranie dochodów z przestępstwa,
- pranie pieniędzy,
- czyny przeciwko wymiarowi sprawiedliwości³².

Zgodnie z uregulowaniami Konwencji o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r. przestępstwem o charakterze ekstradycyjnym jest:

- nielegalny dostęp do całości lub części systemu informatycznego,
- nielegalne przechwytywanie danych informatycznych,

³⁰ Art. 19 w zw. z art. 5–7 i 9 Konwencji, Dz.U. z 2008 r., nr 161, poz. 998.

³¹ Por. art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 5, A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, s. 191–193.

³² Por. art. 5–9 i 23 w zw. z art. 16 Konwencji, Dz.U. z 2001 r., nr 90, poz. 994.

- naruszenie integralności danych informatycznych,
- naruszenie integralności systemu informatycznego,
- niewłaściwe użycie urządzeń przystosowanych dla celów popełnienia któregoś z przestępstw wymienionych w Konwencji,
- fałszerstwo komputerowe,
- oszustwo komputerowe,
- przestępstwa związane z pornografią dziecięcą,
- przestępstwa związane z naruszeniem praw autorskich i praw pokrewnych,
- usiłowanie i pomocnictwo lub podżeganie do popełnienia któregoś z przestępstw określonych w Konwencji³³.

Protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r., podpisany 28 stycznia 2003 r., uzupełnił przedstawiony wyżej katalog przestępstw ekstradycyjnych o następujące czyny:

- rozpowszechnianie materiałów rasistowskich i ksenofobicznych w systemie komputerowym,
- groźby powodowane rasizmem i ksenofobią,
- zniewagi powodowane rasizmem i ksenofobią,
- zaprzeczanie, poważnie, umniejszanie znaczenia, akceptacja lub usprawiedliwianie zbrodni ludobójstwa oraz zbrodni przeciwko ludzkości,
- pomocnictwo i podżeganie do popełnienia któregoś z przestępstw określonych Protokołem³⁴.

Przykładem umowy dwustronnej, w której posłużono się metodą listy przy określaniu przestępstw ekstradycyjnych, jest Traktat między Rzeczypospolitą Polską a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii o wydawaniu zbiegłych przestępców z 11 stycznia 1932 r. W traktacie ustanowiono katalog 29 czynów, które zgodnie z jego postanowieniami są uznawane za przestępstwa ekstradycyjne. Są to:

- morderstwo lub usiłowanie morderstwa albo spisek w celu popełnienia morderstwa,
- zabójstwo,
- podawanie leków lub użycie narzędzi w celu wywołania poronienia,
- zgwałcenie,
- czyn lubieżny lub usiłowanie spełnienia czynu lubieżnego z dziewczęciem poniżej 16. roku życia,
- gwałt na osobie w celu nierządu,
- porwanie człowieka albo bezprawne ograniczenie wolności osobistej,
- porwanie dziecka, włączając w to opuszczenie, porzucenie lub bezprawne zatrzymanie dziecka,
- uprowadzenie,

³³ Por. art. 2–11 w zw. z art. 24 Konwencji, ETS, no. 185.

³⁴ Por. art. 2–8 Protokołu, ETS, no. 189.

- stręczycielstwo,
- dwużeństwo,
- umyślne zadanie rany lub ciężkie uszkodzenie ciała,
- pogrożki pisemne lub inne w celu wymuszenia pieniędzy lub innych przedmiotów wartościowych,
- fałszywe zeznanie pod przysięgą lub namawianie do niego,
- rozmyślne podpalenie,
- włamanie się lub wdarcie się do domu mieszkalnego lub budynku do tegoż należącego w nocy lub we dnie z zamiarem popełnienia zbrodni,
- rozbój z użyciem gwałtu lub pogroźek,
- kradzież lub sprzeniewierzenie,
- nadużycie zaufania przez zawiadowcę, bankiera, agenta, prokurenta, powiernika lub kuratora, dyrektora, członka lub urzędnika jakiejkolwiek spółki lub oszukańcze użycie cudzej własności,
- uzyskanie pieniędzy, papierów wartościowych lub innego mienia za pomocą fałszywych przedstawień (oszustwo) oraz przyjęcie pieniędzy, papierów wartościowych lub innego mienia ze świadomością, że zostały skradzione lub uzyskane wbrew prawu,
- podrabianie lub przerabianie monet lub puszczanie w obieg monet podrobionych lub przerobionych,
- świadome i bezprawne wytworzenie lub posiadanie narzędzia, przyrządu lub maszyny przystosowanych i przeznaczonych do podrabiania lub przerabiania monet,
- fałszowanie, podrabianie lub przerabianie albo puszczanie w obieg przedmiotów sfałszowanych, podrobionych lub przerobionych, obejmujące wszelkie przestępstwa, przewidziane w ustawodawstwie polskim jako podrabianie lub fałszowanie pieniędzy papierowych, banknotów lub innych papierów wartościowych, fałszowanie lub podrabianie innych dokumentów publicznych lub prywatnych, jak również wydawanie lub puszczanie w obieg takich papierów podrobionych, przerobionych lub sfałszowanych oraz rozmyślne czynienie z nich użytku,
- przestępstwa przeciwko ustawom o bankructwie,
- wszelki czyn popełniony w zamiarze narażenia na niebezpieczeństwo osób podróżujących koleją lub znajdujących się na kolei,
- pirateria (rozbójnictwo morskie),
- złośliwe zatopienie lub zniszczenie statku na morzu lub usiłowanie dokonania takiego czynu,
- zamach na osobę na statku znajdującym się na pełnym morzu z zamiarem zabicia lub ciężkiego uszkodzenia na ciele,
- bunt (*revolt*) przeciwko dowódcy statku znajdującego się na pełnym morzu, jeśli jest popełniony przez dwie lub więcej osób oraz spisek w celu wywołania takiego buntu,

- handel niewolnikami stanowiący zbrodnię lub występki według ustawodawstwa obu państw,
- pomoc w jakiegokolwiek z wyżej wymienionych zbrodni lub występków udzielona przed, podczas lub po dokonaniu czynu, o ile taka pomoc podlega karze według ustawodawstwa obu stron³⁵.

W XX w. dominującą pozycję w większości umów i ustawodawstw wewnętrznych zyskała metoda eliminacji, która dzięki przyjęciu wysokości oraz rodzaju kary jako podstawy uznania danego czynu za przestępstwo ekstradycyjne zapewnia większą elastyczność ekstradycji.

Metoda eliminacji polega na założeniu, że podstawę ekstradycji będą stanowić wszystkie przestępstwa powyżej pewnego zagrożenia ustawowego lub wymiaru kary w przypadku wydania w celu wykonania wyroku, jeśli nie są określone jako wyjątki³⁶.

Zastosowanie metody eliminacji przy określaniu przestępstw ekstradycyjnych proponuje Modelowy traktat ekstradycyjny z 14 grudnia 1990 r. przewidujący wydanie za przestępstwa zagrożone karą, której górna granica wynosi rok lub 2 lata pozbawienia wolności, a przypadku wystąpienia z wnioskiem w celu wykonania wyroku, gdy wymiar pozostałej do odbycia kary wynosi minimum 4 lub 6 miesięcy³⁷.

Najszerza regulacja dotycząca ekstradycji, czyli Europejska konwencja o ekstradycji z 1957 r., w art. 2 ust. 1 określa przestępstwa ekstradycyjne właśnie drogą eliminacji³⁸. Tę samą metodę kwalifikowania przestępstw ekstradycyjnych zastosowano w Traktacie o ekstradycji i wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych z 1962 r.³⁹

Przestępstwa ekstradycyjne to zazwyczaj najpoważniejsze przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu i mieniu⁴⁰. Ze względu na stopień skomplikowania i kosztowność procedury ekstradycyjnej państwa najczęściej zgadzają się na ekstradycję tylko za przestępstwa zagrożone sankcją powyżej określonego minimum. Jako przykład można podać wspomniany już wyżej art. 2 ust. 1 Europejskiej konwencji o ekstradycji z 1957 r. stanowiący: „Podstawę wydania stanowią przestępstwa zagrożone, według prawa strony wzywającej i strony wezwanej, karą pozbawienia wolności o maksymalnym wymiarze co najmniej jednego roku

³⁵ Por. art. 3 Traktatu, Dz.U. z 1934 r., nr 17, poz. 135.

³⁶ Z. Knypl, *Ekstradycja jako...*, s. 73. Tak również: L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1989, s. 166.

³⁷ Por. art. 2 Modelowego Traktatu, UN. Doc. A/ RES/45/116 (1990), Annex.

³⁸ Por. tekst Konwencji, P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem...*, s. 91.

³⁹ Por. tekst Traktatu, „Tractatenblad” 1962, nr 97, s. 1.

⁴⁰ Założenie to zostało w sposób szczególnie podkreślone w prawie anglosaskim, które zawiera wyraźny zakaz ekstradycji za drobne przestępstwa. Zob. I. Topa, *Międzynarodowa współpraca państw w wydawaniu przestępców. Zagadnienia materialnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 4, s. 119–120.

lub karą surowszą albo czyny, wobec sprawców których można orzec środek zabezpieczający w takim samym wymiarze. Jeżeli na terytorium strony wzywającej zapadło już orzeczenie skazujące na karę pozbawienia wolności lub orzeczono o środku zabezpieczającym, wydanie może nastąpić, jeżeli orzeczono karę lub środek w wymiarze co najmniej 4 miesięcy⁴¹.

Wokół pojęcia „zagrożenia karnego”, którym posługuje się Konwencja we wspomnianym art. 2 ust. 1, pojawiły się rozbieżności interpretacyjne dotyczące kwestii, czy zagrożenie karą określa przepis typizujący przestępstwa w części szczególnej kodeksu karnego lub innej ustawie karnej, czy też jest ono warunkowane ewentualnymi modyfikacjami wynikającymi z uregulowań części ogólnej kodeksu karnego lub ustawy karnej dodatkowej.

Przeważająca część przedstawicieli polskiej doktryny stoi na stanowisku, że zagrożenie karą jest to zagrożenie ustawowe, przewidziane za dane przestępstwo w części szczególnej konkretnej ustawy zawierającej przepis statuujący typ przestępstwa lub wykroczenia⁴². Opinia ta jest konsekwentnie podzielana przez sędziów polskiego Sądu Najwyższego⁴³.

Za taką interpretacją pojęcia „zagrożenia karnego” opowiedział się także ustawodawca polski, który regulacją art. 53 ust. 5 Kodeksu karnego skarbowego z 10 września 1999 r. postanowił, że „zagrożenie karne jest to zagrożenie karą przewidzianą w odpowiednim przepisie tytułu I działu II – Część szczególna, określającym dany typ przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego⁴⁴”.

⁴¹ Por. tekst Konwencji, P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem...*, s. 91.

⁴² Tak np. K. Daszkiewicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, Warszawa 1976, s. 10–25; A.R. Światłowski, *Glosa do uchwały I KZP 16/92*, „Palestra” 1994, z. 8, s. 170; K. Daszkiewicz, *Dożywotnie pozbawienie wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 6, s. 8–9. Przeciwne stanowisko prezentują: J. Nowiński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 19 lutego 1976 roku, IV KZP 29/75*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” (dalej: OSP) 1979, z. 11, poz. 496–498; J. Rybak, *Glosa do uchwały I KZP 16/92*, OSP 1993, z. 9, poz. 171. Stanowisko pośrednie, różnicujące pojęcie „granic ustawowego zagrożenia”, czyli granic kary określonej w przepisie części szczególnej, od pojęcia „granic sankcji”, czyli granic kary za popełnione przestępstwo wynikających także z przepisów części szczególnej, prezentują K. Buchała i A. Zoll. Zob. *ibidem*, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 383.

⁴³ Zob. uchwałę składu 7 sędziów z 29 lipca 1970 r., VI KZP 32/70, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego” (dalej OSN) 1970, z. 10, poz. 1117; uchwałę składu 7 sędziów z 20 września 1973 r., VI KZP 28/73, OSN 1973, z. 12, poz. 152; uchwałę składu 7 sędziów z 18 września 1975 r., VI KZP 2/75, OSN 1975, z. 10–11, poz. 135; uchwałę składu 7 sędziów z 29 marca 1976 r., VI KZP 46/76, OSN 1976, z. 4–5, poz. 53; uchwałę składu 7 sędziów z 11 maja 1976 r., VII KZP 6/76, OSN 1976, z. 7–8, poz. 88; uchwałę składu 7 sędziów z 7 sierpnia 1982 r., VI KZP 19/82, OSN 1982, z. 10–11, poz. 68; uchwałę składu 3 sędziów z 20 maja 1992 r., I KZP 16/92, OSN 1992, z. 9–10, poz. 65; uchwałę składu 3 sędziów z 16 marca 1999 r., I KZP 4/99, OSN 1999, z. 5–6, poz. 27 oraz uchwałę z 25 października 2000 r., I KZP 30/00, OSN 2000, z. 11–12, poz. 97.

⁴⁴ Por. Dz.U. z 1999 r., nr 83, poz. 930. Warto nadmienić, że rozbieżności dotyczące pojęcia „zagrożenie karą” występowały w przeszłości właśnie w odniesieniu do przestępstw skarbowych, popełnionych w warunkach uzasadniających zastosowanie nadzwyczajnego obostrzenia kary.

W świetle powyższego zdaniem Sądu Najwyższego pojęcie „zagrożenie karą” występujące w art. 2 ust. 1 Europejskiej konwencji o ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. odnosi się do ustawowych granic sankcji przewidzianych za dane przestępstwo w części szczególnej Kodeksu karnego lub w innej ustawie zawierającej przepisy karne⁴⁵.

W sytuacji, gdy przy określaniu katalogu przestępstw ekstradycyjnych nie znajduje zastosowania metoda enumeracji, tradycyjnie przyjmuje się, że standardową dolną granicą zagrożenia karą jest pozbawienie wolności, którego górna granica nie przekracza roku⁴⁶.

Na mocy art. 2 Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi o ekstradycji z 1996 r. do grupy ekstradycyjnych zalicza się przestępstwo, jego usiłowanie lub uczestnictwo w popełnieniu, znowę lub związek mający na celu popełnienie takiego przestępstwa, które według prawa państwa wzywającego i wezwanego jest zagrożone karą pozbawienia wolności o maksymalnym wymiarze powyżej 1 roku lub kara surowszą⁴⁷. Podobne uregulowania zawierają umowy, którymi związana jest Polska z Algierską Republiką Ludowo-Demokratyczną⁴⁸, Republiką Kuby⁴⁹, Koreańską Republiką Ludowo-Demokratyczną⁵⁰, Arabską Republiką Egiptu⁵¹ oraz Republiką Indii⁵².

Obecnie za standard przy określaniu przestępstw ekstradycyjnych uważa się przestępstwa zagrożone karą, której górna granica wysokości to minimum rok pozbawienia wolności w przypadku wniosku o wydanie oskarżonego w celu przeprowadzenia przeciwko niemu postępowania karnego oraz zagrożone karą

⁴⁵ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego (dalej: SN) z 25 października 2000 r., I KZP 30/00, OSN 2000, z. 11–12, poz. 97.

⁴⁶ Zob. M.C. Bassiouni, *International Extradition: United Law and Practice (Dobbs Ferry – Oceana)*, New York 1996, s. 65; G. Gilbert, *Aspect of Extradition*, Dodrecht 1991, s. 38.

⁴⁷ Zob. art. 2 Umowy, Dz.U. z 1999 r., nr 93, poz. 1066.

⁴⁸ Por. art. 41 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Algierską Republiką Ludowo-Demokratyczną dotyczącej obrotu prawnego w sprawach cywilnych i karnych z 9 listopada 1976 r. (Dz.U. z 1982 r., nr 10, poz. 73).

⁴⁹ Por. art. 62 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Kuby o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 18 listopada 1982 r. (Dz.U. z 1984 r., nr 47, poz. 247).

⁵⁰ Por. art. 30 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Koreańską Republiką Ludowo-Demokratyczną o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 28 września 1986 r. (Dz.U. z 1987 r., nr 24, poz. 135).

⁵¹ Por. art. 43 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Arabską Republiką Egiptu o pomocy prawnej w sprawach karnych, przekazywaniu osób skazanych i ekstradycji z 17 maja 1992 r. (Dz.U. z 1994 r., nr 34, poz. 128).

⁵² Por. art. 2 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Indii o ekstradycji z 17 lutego 2003 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 156, poz. 1304).

6 miesięcy pozbawienia wolności w razie żądania wydania w celu odbycia kary⁵³. Regulacje tej treści zawierają umowy zawarte przez Polskę z Królestwem Maroka⁵⁴, Arabską Republiką Syryjską⁵⁵, Republiką Tunezyjską⁵⁶, Socjalistyczną Republiką Wietnamu⁵⁷, Republiką Białoruś⁵⁸ oraz Mongolią⁵⁹.

Możliwe są jednak odstępstwa od przedstawionego wyżej standardu w stronę podwyższania zagrożenia karnego (np. niektóre kraje anglosaskie oraz Ameryki Łacińskiej wymagają 2 lat) bądź jego obniżania.

Przykładem odstępstwa podwyższającego zagrożenie karne wymagane dla przestępstw ekstradycyjnych są postanowienia Konwencji wykonawczej do układu z Schengen podpisanej 19 czerwca 1990 r., na mocy których Republika Francuska zobowiązała się do wydawania na podstawie wniosku o ekstradycję osób, przeciwko którym wszczęto postępowanie z powodu popełnionych czynów zagrożonych na mocy prawa francuskiego karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym na maksymalny okres co najmniej 2 lat oraz na mocy prawa państwa wzywającego karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym na maksymalny okres co najmniej roku⁶⁰.

Przykładem tego rodzaju regulacji jest także art. 74 Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Federacyjną Republiką Jugosławii o obrocie prawnym w sprawach cywilnych i karnych z 6 lutego 1960 r.⁶¹ oraz art. 30 Umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Iraku o pomocy prawnej i sądowej w sprawach cywilnych i karnych z 29 października 1988 r.⁶², na mocy których

⁵³ Por. art. 2 ust. 2 Europejskiej konwencji o ekstradycji z 1957 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem...*, s. 91. Zob. także: M. Płachta, *Zasady i przeszkody ekstradycyjne*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 7–8, s. 28–29.

⁵⁴ Por. art. 38 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Królestwem Maroka o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 21 maja 1979 r. (Dz.U. z 1983 r., nr 14, poz. 69).

⁵⁵ Por. art. 31 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Arabską Republiką Syryjską o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 16 lutego 1985 r. (Dz.U. z 1986 r., nr 37, poz. 181).

⁵⁶ Por. art. 34 umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Tunezyjską o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 22 marca 1985 r. (Dz.U. z 1987 r., nr 11, poz. 71).

⁵⁷ Por. art. 52 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Socjalistyczną Republiką Wietnamu o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 22 marca 1993 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 55, poz. 289).

⁵⁸ Por. art. 66 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białorusi o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych z 26 października 1994 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 128, poz. 619).

⁵⁹ Por. art. 40 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Mongolią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 19 października 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 43, poz. 370).

⁶⁰ Por. art. 61 Konwencji, Dz.Urz. WE 2000, L 239, s. 1.

⁶¹ Zob. Dz.U. z 1963 r., nr 27, poz. 162.

⁶² Zob. Dz.U. z 1989 r., nr 70, poz. 418.

za podlegające ekstradycji uważane są czyny zagrożone prawem stron karą pozbawienia wolności o wymiarze co najmniej 2 lat lub karą surowszą, a w przypadku żądania ekstradycji w celu wykonania orzeczonej kary karą co najmniej 6 miesięcy.

Konwencja o ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej z 27 września 1996 r. znacząco rozszerza katalog przestępstw ekstradycyjnych, przewidując możliwość wydania za przestępstwo, którego dolna granica zagrożenia wynosi w przypadku państwa wezwanego 6 miesięcy, natomiast wzywającego 12 miesięcy⁶³. Ponadto Konwencja ta nie dopuszcza odmowy wydania ze względu na okoliczność, że prawo państwa wezwanego nie zawiera takiego samego typu środka zabezpieczającego, jak prawo państwa wzywającego⁶⁴.

Obniżenie progu zagrożenia karnego do 6 miesięcy umożliwiło stopniowe ograniczanie przeszkód ekstradycyjnych opartych na charakterze przestępstwa (np. przeszkoda wojskowego, politycznego czy skarbowego charakteru przestępstwa)⁶⁵.

Kolejnym przykładem obniżania progu zagrożenia karnego w aspekcie przestępstw ekstradycyjnych są postanowienia Umowy między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o uzupełnieniu i ułatwieniu stosowania Europejskiej Konwencji o ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. podpisanej 17 lipca 2003 r. zezwalające na wydanie, gdy wymiar kary pozbawienia wolności, zastępczej kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego, który pozostał do wykonania wynosi, co najmniej 3 miesiące⁶⁶.

Trzeci system kwalifikowania przestępstw ekstradycyjnych, czyli metoda mieszana łącząca metodę enumeracji z metodą eliminacji, znalazła zastosowanie w postanowieniach decyzji ramowej Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania oraz procedur przekazywania między państwami członkowskimi (dalej: decyzja ramowa w sprawie ENA)⁶⁷. Zgodnie z art. 2 ust. 1 powołanej decyzji europejski nakaz aresztowania może być wydany w odniesieniu do czynów zagrożonych według prawa państwa wydającego nakaz karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym, polegającym na pozbawieniu wolności o górnej granicy zagrożenia, co najmniej 12 miesięcy bądź w odniesieniu do orzeczeń skazujących na karę pozbawienia wolności lub sto-

⁶³ Por. A. Kuhn, *Are Periods of Detention Increasing in the European Union?*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1999, no. 2, s. 197.

⁶⁴ Por. art. 2 ust. 2 Konwencji, *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. 3: *Dokumenty karne*, red. E. Zielińska, Warszawa 2000, s. 58.

⁶⁵ Szerzej na ten temat: I.A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester 1971, s. 132–150.

⁶⁶ Por. art. 1 umowy, Dz.U. z 2004 r., nr 244, poz. 2451.

⁶⁷ Dz.Urz. WE 2002, L 190, s. 1.

sowanie środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności w wymiarze co najmniej 4 miesięcy⁶⁸.

Ponadto europejski nakaz aresztowania może być wydany w odniesieniu do czynu zagrożonego w państwie jego wydania karą co najmniej 3 lat pozbawienia wolności albo czynu, za który można orzec inne środki skutkujące pozbawieniem wolności, stanowiącego przestępstwo:

- udziału w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnianie przestępstw,
- aktu terrorystycznego w rozumieniu odrębnych przepisów prawa,
- handlu ludźmi,
- przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego,
- nielegalnego wytwarzania, przetwarzania, obrotu lub przemytu środków odurzających, prekursorów, środków zastępczych lub substancji psychotropowych,
- nielegalnego obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi lub radioaktywnymi,
- łapownictwa i płatnej protekcji,
- oszustwa,
- wprowadzania do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł,
- fałszowania oraz obrotu fałszywymi pieniędzmi lub innymi środkami płatniczymi,
- przeciwko ochronie danych gromadzonych, przechowywanych, przetwarzanych lub przekazywanych w systemie informatycznym,
- przeciwko środowisku naturalnemu, w tym nielegalnego obrotu zagrożonymi gatunkami zwierząt i roślin,
- udzielenia pomocy w nielegalnym przekroczeniu granicy lub pobycie,
- zabójstwa,
- spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu,
- nielegalnego obrotu organami i tkankami ludzkimi,
- bezprawnego pozbawienia człowieka wolności,
- uprowadzenia człowieka dla okupu,
- wzięcia lub przetrzymywania zakładnika,
- rasizmu i ksenofobii,
- rozboju z użyciem broni palnej lub groźby jej użycia,
- wymuszenia rozbójniczego z użyciem broni palnej lub groźby jej użycia,
- nielegalnego obrotu dobrami kultury,
- sprzeniewierzenia cudzego mienia,
- podrabiania oraz obrotu podrobionymi wyrobami,

⁶⁸ Por. art. 2 ust. 1 decyzji ramowej, *ibidem*.

- fałszowania oraz obrotu sfalszowanymi dokumentami,
- nielegalnego obrotu hormonami lub podobnymi substancjami,
- obrotu kradzionymi pojazdami mechanicznymi,
- zgwałcenia,
- podpalenia,
- należącym do właściwości Międzynarodowego Trybunału Karnego,
- porwania statku wodnego lub powietrznego,
- sabotażu⁶⁹.

Katalog przestępstw w ramach europejskiego nakazu aresztowania może być mocą jednomyślniej decyzji Rady Unii Europejskiej podjętej po konsultacjach z Parlamentem Europejskim w trybie art. 39 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej zmieniany bądź uzupełniany⁷⁰. Ponadto możliwe jest wydanie w trybie europejskiego nakazu aresztowania za przestępstwa inne niż wymienione w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej w sprawie ENA z 2002 r., bez względu na ich charakter lub kwalifikację, pod jednym tylko warunkiem, że czyny, z powodu których nakaz został wydany, stanowią przestępstwo w świetle prawa państwa wykonującego nakaz⁷¹.

Podsumowanie

Ocena wszystkich stosowanych w umowach ekstradycyjnych metod, czyli listy, eliminacji i mieszanej, prowadzi do wniosku, że lepszą metodą określania przestępstw ekstradycyjnych jest metoda eliminacji bądź metoda mieszana. Są one bardziej elastyczne, pozwalają na rozszerzenie zakresu przestępstw ekstradycyjnych i eliminują konieczność zawierania nowej umowy ekstradycyjnej w przypadku zmian ustawodawstwa wewnętrznego. Metoda listy nastęrcza natomiast trudności spowodowanych brakiem zgodności między ustawowymi typami przestępstw, gdyż często ich nazwy wyliczone w umowie międzynarodowej są wyrazem kompromisu między ustawodawstwami stron. Ponadto często zdarza się, że tłumaczenia na języki poszczególnych stron umowy są niedokładne, a bywa, że wierne oddanie istoty danego przestępstwa w języku strony posługującej się innymi terminami prawniczymi jest niemożliwe. Porównanie katalogu przestępstw ekstradycyjnych wyodrębnionego według metody enumeracji z katalogiem przestępstw ekstradycyjnych wyodrębnionych metodą eliminacji

⁶⁹ Por. art. 2 ust. 2 decyzji ramowej, *ibidem*. Zob. także część E 1 oraz pouczenie zawarte w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 20 kwietnia 2004 r. w sprawie wzoru europejskiego nakazu aresztowania (Dz.U. z 2004 r., nr 73, poz. 664).

⁷⁰ Por. art. 2 ust. 3 decyzji ramowej w sprawie ENA, Dz.Urz. WE 2002, L 190, s. 1.

⁷¹ Zob. art. 2 ust. 4 decyzji ramowej w sprawie ENA, *ibidem*.

dowodzi, że przestępstwa wyodrębnione metodą eliminacji należą do katalogu ekstradycyjnych również według tych umów, które posługują się metodą eliminacji, ale nie zawsze tego rodzaju prawidłowość występuje w odwrotnym kierunku⁷².

Analiza katalogu przestępstw ekstradycyjnych pozwala na postawienie tezy, że obejmuje on przestępstwa o ciężkim i średnim ciężarze gatunkowym, z wyłączeniem przestępstw drobnych. Zakaz ekstradycji za drobne przestępstwa (*trivial offences*) występuje w wielu krajach anglosaskich⁷³. Również w znacznej liczbie dwustronnych umów regulujących obrót ekstradycyjny między innymi państwami wśród przesłanek odmowy wydania wymienia prywatnoskargowy charakter przestępstwa, w związku z którym wnioskuje się o wydanie. Umowy te stanowią o obligatoryjnym obowiązku odmowy wydania bądź o fakultatywnej możliwości odmowy wydania w przypadku, gdy: „według prawa jednej z Umawiających się Stron czyn, w związku z którym żąda się wydania, stanowi przestępstwo, którego ściganie można wszcząć tylko z oskarżenia prywatnego”⁷⁴. Argumentem przemawiającym za wyłączeniem drobnych przestępstw z katalogu przestępstw ekstradycyjnych jest założenie, że tylko przestępstwa większej wagi, w poważnym stopniu naruszające porządek prawny, są uzasadnieniem wszczęcia skomplikowanej i drogiej procedury ekstradycyjnej. Ponadto należy mieć na uwadze fakt, że wydanie jest istotnym wkroczeniem w sferę wolności osoby, której dotyczy, dlatego przy drobnych przestępstwach mogłoby stanowić większą dolegliwość od kary, jaka mogłaby być wymierzona za dany czyn, a w konsekwencji naruszeniem zasady proporcjonalności.

⁷² Por. Z. Knypl, *Ekstradycja jako...*, s. 80–83.

⁷³ M. Płachta, *Kidnapping międzynarodowy w służbie prawa. Studium międzynarodowe i porównawcze*, Warszawa 2000, s. 28.

⁷⁴ Por. art. 33 lit. b umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Iraku o pomocy prawnej i sądowej w sprawach cywilnych i karnych z 1988 r. (Dz.U. z 1989 r., nr 70, poz. 418), statuujący prywatnoskargowy charakter przestępstwa jako fakultatywną przesłankę odmowy wydania. Podobnej treści uregulowania, tylko kwalifikujące prywatnoskargowy charakter przestępstwa jako bezwzględną przeszkodę ekstradycyjną, zawiera art. 77 lit. d umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Federacyjną Republiką Jugosławii o obrocie prawnym w sprawach cywilnych i karnych z 1960 r. (Dz.U. z 1963 r., nr 27, poz. 162); art. 33 ust. 2 lit. b umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową i Arabską Republiką Syryjską o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 1985 r. (Dz.U. z 1986 r., nr 37, poz. 181); art. 36 ust. 1 lit. e umowy między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Tunezyjską o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 1985 r. (Dz.U. z 1987 r., nr 11, poz. 71); art. 56 ust. 1 lit. c umowy między Rzeczpospolitą Polską a Socjalistyczną Republiką Wietnamu o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 1993 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 55, poz. 289) oraz art. 41 ust. 1 pkt 5 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Mongolią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 1998 r. (Dz.U. 2003, nr 43, poz. 370).

Bibliografia

- Bassiouni M. C., *International Extradition: United Law and Practice (Dobbs Ferry – Oceana)*, New York 1996.
- Buchała K., Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 kodeksu karnego*, Kraków 1998.
- Daszkiewicz K., *Dożywotnie pozbawienie wolności*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 6.
- Daszkiewicz K., *Nadzwyczajne złagodzenie kary*, Warszawa 1976.
- Gardocki L., *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1989.
- Gelberg L., *Sprawa Eislera*, „Rocznik Prawa Międzynarodowego” 1949.
- Gilas J., *Prawo międzynarodowe*, Toruń 1995.
- Gilbert G., *Aspect of Extradition*, Dordrecht 1991.
- Knypl Z., *Ekstradycja jako instytucja prawa międzynarodowego i wewnętrznego*, Warszawa 1975.
- Kuhn A., *Are Periods of Detention Increasing in the European Union?*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1999, no. 2.
- Nicholls C., Montgomery C., Knowles J.B., *The Law of Extradition and Mutual Assistance. Second Edition*, Oxford 2007.
- Nowiński J., *Glosa do uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 19 lutego 1976 roku, IV KZP 29/75*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1979, z. 11.
- Płachta M., *Kidnaping międzynarodowy w służbie prawa. Studium międzynarodowe i porównawcze*, Warszawa 2000.
- Płachta M., *Zasady i przeszkody ekstradycyjne*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 7–8.
- Rybak J., *Glosa do uchwały I KZP 16/92*, OSP 1993, z. 9.
- Shearer I.A., *Extradition in International Law*, Manchester 1971.
- Światłowski A.R., *Glosa do uchwały I KZP 16/92*, „Palestra” 1994, z. 8.
- Topa I., *Międzynarodowa współpraca państw w wydawaniu przestępców. Zagadnienia materialnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 4.
- Wierzbicki B., *O azyloch i ekstradycji przestępców*, Warszawa 1982.
- Wierzbicki B., *Zagadnienia współpracy państw w zapobieganiu i zwalczaniu przestępczości*, Białystok 1986.

Akty prawne

- Traktat między Rzeczpospolitą Polską a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii o wydawaniu zbiegłych przestępców z 11 stycznia 1932 r. (Dz.U. z 1934 r., nr 17, poz. 135).
- Europejska Konwencja o ekstradycji z 13 grudnia 1957 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Federacyjną Republiką Jugosławii o obrocie prawnym w sprawach cywilnych i karnych z 6 lutego 1960 r. (Dz.U. z 1963 r., nr 27, poz. 162).
- Traktat o ekstradycji i wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych z 27 czerwca 1962 r., „Tractatenblad” 1962, nr 97.
- Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, sporządzona w Hadze 16 grudnia 1970 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzona w Montrealu 23 września 1971 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.

- Konwencja o zapobieganiu przestępstwom i karaniu sprawców przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony międzynarodowej, w tym przeciwko dyplomatom, sporządzona w Nowym Jorku 14 grudnia 1973 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Algierską Republiką Ludowo-Demokratyczną dotycząca obrotu prawnego w sprawach cywilnych i karnych z 9 listopada 1976 r. (Dz.U. z 1982 r., nr 10, poz. 73).
- Europejska konwencja o zwalczaniu terroryzmu z 27 stycznia 1977 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Konwencja o ochronie fizycznej materiałów jądrowych, otwarta do podpisu w Wiedniu 3 marca 1980 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Królestwem Maroka o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 21 maja 1979 r. (Dz.U. z 1983 r., nr 14, poz. 69).
- Międzynarodowa Konwencja przeciwko braniu zakładników, sporządzona w Nowym Jorku 18 grudnia 1979 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Kuby o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 18 listopada 1982 r. (Dz.U. z 1984 r., nr 47, poz. 247).
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Arabską Republiką Syryjską o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 16 lutego 1985 r. (Dz.U. z 1986 r., nr 37, poz. 181).
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Tunezyjską o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych z 22 marca 1985 r. (Dz.U. z 1987 r., nr 11, poz. 71).
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Koreańską Republiką Ludowo-Demokratyczną o pomocy prawnej w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 28 września 1986 r. (Dz.U. z 1987 r., nr 24, poz. 135).
- Protokół o zwalczaniu bezprawnych czynów przemocy w portach lotniczych obsługujących międzynarodowe lotnictwo cywilne sporządzony w Montrealu 24 lutego 1988 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Konwencja w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej sporządzona w Rzymie 10 marca 1988 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Protokół do Konwencji w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej podpisanej w Rzymie 10 marca 1988 r. w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym z 10 marca 1988 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Republiką Iraku o pomocy prawnej i sądowej w sprawach cywilnych i karnych z 29 października 1988 r. (Dz.U. z 1989 r., nr 70, poz. 418).
- Konwencja wykonawcza do układu z Schengen podpisana 19 czerwca 1990 r., Dz.Urz. WE 2000, L 239.
- Modelowy traktat ekstradycyjny z 14 grudnia 1990 r., UN. Doc. A/ RES/45/116 (1990), Annex.
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Arabską Republiką Egiptu o pomocy prawnej w sprawach karnych, przekazywaniu osób skazanych i ekstradycji z 17 maja 1992 r. (Dz.U. z 1994 r., nr 34, poz. 128).
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Socjalistyczną Republiką Wietnamu o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 22 marca 1993 r., Dz.U. z 1995 r., nr 55, poz. 289).

Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Białorusi o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych i karnych z 26 października 1994 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 128, poz. 619).

Konwencja o bezpieczeństwie personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych i personelu współdziałającego z 9 grudnia 1994 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.

Umowa między RP a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji podpisana 10 lipca 1996 r. (Dz.U. z 1999 r., nr 93, poz. 1066).

Konwencja o ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej z 27 września 1996 r., *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. 3: *Dokumenty karne*, red. E. Zielińska, Warszawa 2000.

Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych z 15 grudnia 1997 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.

Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Mongolią o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych, rodzinnych i karnych z 19 października 1998 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 43, poz. 370).

Kodeks karny skarbowy z 10 września 1999 r. (Dz.U. z 1999 r., nr 83, poz. 930).

Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu finansowania terroryzmu z 9 grudnia 1999 r., P. Durys, F. Jasiński, *Walka z terroryzmem międzynarodowym. Wybór dokumentów*, Bielsko-Biała 2001.

Decyzja ramowa Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania oraz procedur przekazywania między Państwami Członkowskimi (Dz.Urz. WE 2002, L 190).

Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Indii o ekstradycji z 17 lutego 2003 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 156, poz. 1304).

Protokół zmieniający do Europejskiej Konwencji o zwalczaniu terroryzmu podpisany 15 maja 2003 r., „European Treaty Series”, no. 190.

Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o uzupełnieniu i ułatwieniu stosowania Europejskiej Konwencji o ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. podpisana 17 lipca 2003 r. (Dz.U. z 2004 r., nr 244, poz. 2451).

Konwencja w sprawie zwalczania aktów terroryzmu jądrowego z 13 kwietnia 2005 r., „Revue Internationale de Droit Penal” 2005, no. 3–4.

Konwencja Rady Europy o zapobieganiu terroryzmowi z 16 maja 2005 r. (Dz.U. z 2008 r., nr 161, poz. 998).

Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii z 25 maja 2000 r., A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006.

Konwencja o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15 listopada 2000 r. (Dz.U. z 2001 r. nr 90, poz. 994).

Konwencja o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r., „European Treaty Series”, no. 185.

Protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r. podpisanym 28 stycznia 2003 r., „European Treaty Series”, no. 189.

Umowa między RP a Republiką Indii o ekstradycji podpisana 17 lutego 2003 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 156, poz. 1304).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 20 kwietnia 2004 r. w sprawie wzoru europejskiego nakazu aresztowania (Dz.U. z 2004 r., nr 73, poz. 664).

Raport Bouajila przeciwko Szwajcarii z 1 lipca 1993 r., M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1998.

Streszczenie

Artykuł dotyczy charakteru przestępstwa, w związku z którym wnioskuje się o wydanie. Zawarto rozważania dotyczące pojęcia przestępstwa ekstradycyjnego i katalogi przestępstw ekstradycyjnych. Przedstawiono występujące w doktrynie wątpliwości interpretacyjne dotyczące terminu „zagrożenie karne” i reprezentatywne w tym zakresie orzeczenia Sądu Najwyższego, a także analizę stosowanych w prawie ekstradycyjnym metod kwalifikowania przestępstw stanowiących podstawę wydania, a mianowicie metodę eliminacji, metodę enumeracji i metodę mieszaną.

Słowa kluczowe: przestępstwo ekstradycyjne, ekstradycja, europejski nakaz aresztowania

EXTRADITION CHARACTER OF CRIME

Summary

Article is about the nature of the offense in aspect of which extradition is requested. It includes a discussion on the concept of extradition offenses and catalogue of extraditable offenses. It shows occurring doubts in the interpretation of the term "criminal threat" and representative in this respect the decision of the Supreme Court. It also includes an analysis of used in almost every extradition methods of qualifying offenses underlying the issue of extradition, namely the elimination method, the method of enumeration and mixed method.

Keywords: extradition crime, extradition, European Arrest Warrant

Tomasz Chłopecki

**KSZTAŁTOWANIE SIĘ NOTARIATU
NA ZIEMIACH POLSKICH OD X DO XVIII WIEKU.
ZARYS PROBLEMATYKI HISTORYCZNEJ I PRAWNEJ**

Wprowadzenie

Liczne wskazówki historii prawa przekonują, że znajomość prawa rzymskiego¹ od chwili odrodzenia się jego nauki we Włoszech była rozpowszechniona w Polsce, szczególnie w stanie duchownym². Już u kronikarza Galla Anonima możemy odnaleźć nawiązania do prawa rzymskiego, a cytaty z tego prawa przytaczał Wincenty Kadłubek, który odwoływał się do tekstów *Instytucji*, *Digestów* czy *kodeksu*³.

Warto przypomnieć, że pojęcie notariusza wywodzi od łacińskiego *notarius*, ale historycznie korzenie notariatu sięgają głębiej niż starożytny Rzym⁴. Rzymski *notarius* był jedynie urzędnikiem, którego zadaniem było spisywanie ze słuchu lub pod dyktando ustnych wystąpień innych osób⁵. Instytucją, którą można

¹ A. Heylman, *Pogląd na prawnictwo krajowe co do spraw granicznych między dobrami ziemskimi*, Warszawa 1855, s. 13 i n.

² R. Hube, *O znaczeniu prawa rzymskiego i rzymsko-bizantyjskiego u narodów słowiańskich. W dodatku excerpta serbskie z praw rzymsko-bizantyjskich*, Warszawa 1868, s. 49. Zob. szerzej: T. Czacki, *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu źródłach*, t. 1, Warszawa 1801, s. 27–28; J.W. Bandtkie, *Historia prawa polskiego*, Warszawa 1850, s. 245–246; 496–499; R. Hube, *Prawo polskie w wieku trzynastym. Przedstawił i objaśnił ze źródeł współczesnych Romuald Hube*, Warszawa 1874, s. 30–35.

³ R. Hube, *O znaczeniu prawa rzymskiego...*, s. 50; J. Ossoliński, *O prawie rzymskim w Polsce, jak z niego korzystano i jak nauka jego kwitła aż do XV wieku*, t. 2, Kraków 1819, s. 325–371.

⁴ M. Kuryłowicz, *Agoranomosii tabellio. Z historii antycznego notariatu*, „Rejent” 1992, nr 9, s. 9; *idem*, *Notariat w europejskiej kulturze prawnej* [w:] *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Poznań–Kluczbork 1999, s. 135; T. Chłopecki, *Koncepcje polskiego notariatu*, Kraków 2011, s. 12.

⁵ A. Oleszko, *Ustrój polskiego notariatu*, Warszawa 1999, s. 23. Zob. M. Kuryłowicz, *Rzymskie przepisy o dokumentach i czynnościach notarialnych*, „Rejent” 1996, nr 4–5, s. 34.

uznać za pierwowzór notariatu, byli funkcjonujący w antycznym Rzymie od około III w. n.e. tzw. *tabelliones* – urzędnicy zajmujący się sporządzaniem dokumentów zawierających wnioski, podania lub oświadczenia woli⁶. *Tabelliones* w przeciwieństwie do jurystów i adwokatów, którzy udzielali klientom porad prawnych w asyście swoich sekretarzy i skrybów, redagowali dokumenty i pisma procesowe, prośby do cesarza i wyższych urzędników państwowych oraz innego rodzaju pisma⁷. Moim zdaniem trzeba jednak zauważyć, że kształtowanie się instytucji notariatu obserwujemy już na obszarach starożytnej Grecji, Mezopotamii oraz Egiptu – to właśnie na obszarze Egiptu od III w. p.n.e. grecki urzędujący notariusz nazywany był *agoranomos* i w nim, zdaniem wielu uczonych, widzieć należy antycznego protoplastę współczesnego notariusza⁸.

Założeniem niniejszego artykułu jest przedstawienie sposobu kształtowania się instytucji notariatu i pozycji prawnej notariusza na terenach państwa polskiego od momentu recepcji prawa rzymskiego, którego tradycje, szczególnie na terenach zachodniej Europy, nie wygasły po likwidacji Cesarstwa Zachodniorzymskiego. Za W. Rozwadowskim należy wyróżnić trzy strefy wpływów prawa rzymskiego: kraje o nieprzerwanej tradycji stosowania prawa rzymskiego, jeszcze od starożytności – Włochy, południowa Francja, Hiszpania oraz Portugalia, kraje, w których wpływ prawa rzymskiego był bardzo silny – Niemcy wraz z Austrią i Holandią, i kraje, w których wpływ prawa rzymskiego był ograniczony ze względu na silne prawa rodzime, m.in. Polska, Węgry, Rosja⁹.

Oczywiście należy zwrócić także szczególną uwagę na rozwój przepisów prawa kościelnego i mianowanie pierwszych notariuszy pochodzących ze stanu duchownego. Opracowanie zostało napisane w oparciu m.in. o dzieła dziesiętnastowiecznych badaczy i znawców prawa, tematyki historii notariatu i jego rozwoju na przestrzeni dziejów, prawa rzymskiego oraz hipoteki, takich jak: T. Czacki, S. Muczkowski, W. Abraham, R. Hube, K. Hube, J.W. Bandtkie, A. Niemirowski, A. Heylman, O. Balzer i J. Ossoliński. Na podstawie analizy m.in. tych materiałów opisuję rozwój przedmiotowej instytucji oraz swoisty dualizm przepisów prawnych związany z mianowaniem notariuszy przez władzę kościelną i świecką oraz szczególny wpływ prawa kanonicznego na kształtowanie się instytucji notariatu¹⁰.

⁶ T. Chłopecki, *Instytucja notariatu na ziemiach polskich w okresie średniowiecza*, „Folia Iuridica Wratislaviensis” 2012, vol. 1, no. 2, s. 9.

⁷ *Ibidem*.

⁸ T. Chłopecki, *Koncepcje polskiego...*, s. 12; H. Kupiszewski, *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988, s. 6.

⁹ W. Rozwadowski, *Historia prawa*, Poznań 1980, s. 225 i n.

¹⁰ Zob. szerzej M. Kuryłowicz, *Historyczne początki notariatu europejskiego [w:] Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, Kluczbork 1996, s. 100 i n.

Notariat na ziemiach polskich

Notariat kościelny

Najdawniejszym pomnikiem pisma w Polsce były tablice kościelne, tzw. paschalne, sięgające końca X w., najdawniejszy natomiast z dotychczasowo znanych urzędowo sporządzonych aktów piśmiennych pochodzi z 1088 r. i dotyczy działu majątku spadkowego po Adrianie z Lubomirza, zeznany przed wojewodą krakowskim Sieciechem¹¹. Według Jana Wincentego Bandtkiego¹² umowy dotyczące własności ziemskiej sięgały roku tysięcznego – mogły to być działy, darowizny, a nawet i sprzedaż. Najdawniejszy akta w kształcie urzędowym natomiast powstał w XIII w. w Niemczech i był cytowany przez Oesterleya. Sięgał 1292 r., a dotyczył ustąpienia z probostwa przez Jana z Moguncji za zgodą papieża. W XIV i XV w., klauzula wykonawcza do wszystkich dokumentów została rozciągnięta na wszystkie dokumenty urzędowe – *documenta guarentigiata*. W tym okresie akty notarialne w sposób szczególny wyróżniały się od innych dokumentów, a podpis notariusza był warunkiem ich bytu prawnego¹³. Samoistna instytucja notarialna nie istniała jednak w tym okresie, a prawodawstwo kanoniczne¹⁴, niemieckie i ziemskie (rodzime polskie), powodowało, że instytucja notariatu nie rozwijała się jednokierunkowo¹⁵.

Wskutek szybko wzrastającego w XIII w, znaczenia ekonomicznego gospodarki rolnej i wzmagającego się ruchu kolonizacyjnego, polski Kościół¹⁶ z natury rzeczy jako właściciel ziemski dążył do rozszerzenia swojego stanu posiadania i do usunięcia przeszkód prawa krajowego stojących na drodze swobodnego nabywania dóbr nieruchomości, zwłaszcza drogą darowizn i zapisów¹⁷. Przeszkodą w tym kierunku była jednak nie tylko kontrola książe nad obrotem

¹¹ H. Drzewiecki, *Studia i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część II*, Warszawa 1928, s. 4.

¹² Zob. również: J.W. Bandtkie, *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a do użytku oneyże w ogólności*, Warszawa 1814.

¹³ A. Niemirowski, *O aktach urzędowych i z podpisem prywatnym*, Warszawa 1873, s. 17.

¹⁴ Należy zaznaczyć, że prawodawstwo kościelne wywierało w tym okresie duży wpływ na wykształcenie się licznych prawideł i instytucji regulujących stosunki prawne społeczeństwa, m.in. darowizny na rzecz Kościoła z zachowaniem dożywocia na darowanych dobrach czy testamenty. Zob. szerzej: R. Hube, *Prawo polskie w 14 wieku. Sądy ich praktyka i stosunki prawne społeczeństwa w Polsce ku schyłkowi 14 wieku ze źródeł współczesnych opracował Romuald Hube*, Warszawa 1886, s. 20–21.

¹⁵ S. Muczkowski, *Austriacka ustawa notaryalna z dnia 25 lipca 1871 roku, historycznie i porównawczo objaśniona*, Kraków 1887, s. 91.

¹⁶ Zob. szerzej: *Dwa rękopisy średniowiecznego zbioru praw kościelnych. Gnieźnieński i krakowski*, Warszawa 1885, s. 1–9; R. Hube, *Prawo polskie w wieku trzynastym...*, s. V–VII, 20.

¹⁷ W. Abraham, *Privilegium fori Duchowieństwa w ustawodawstwie Kościoła polskiego w wieku XIII*, Lwów 1936, s. 6.

nieruchomościami, lecz również jurysdykcja książąt w sporach o majątki nieruchomości. Należało więc postarać się o zmianę tych stosunków, a przede wszystkim o usunięcie tego wyjątku, który ograniczał uznane zresztą w zasadzie *privilegium fori*¹⁸ kleru¹⁹.

W 1246 r. powstał spór pomiędzy jednym z ziemian a klasztorem Bożogrobców w Miechowie o wieś Krzesławice, którą książę Bolesław przyznał owemu rycerzowi. Klasztor odwołał się wtedy do Stolicy Apostolskiej, powołując się na immunitet *privilegium fori*, że nie był obowiązany stawać się przed księciem, dlatego *quod villa ipsa feudalis non esset*. Papież Innocenty IV polecił pismem z 23 stycznia 1247 r. biskupowi i dziekanowi wrocławskiemu, aby przeprowadzili dochodzenie i rozstrzygnęli sprawę²⁰. Prawo kościelne miało w Polsce zastosowanie przede wszystkim w zakresie stosunków ściśle kościelnych poszczególnych wyznań, które miały przyznaną znaczną swobodę co do autonomii i samorządu. Znaczenie było jego szersze jeszcze przez to, że wobec uznania od XIII w. co do Kościoła rzymskokatolickiego zasady *privilegii fori* duchowni podlegali sądownictwu kościelnemu, a więc prawu kanonicznemu, także w sprawach nie dotyczących ściśle stosunków kościelnych z wyjątkiem *causae haereditariae*, a przy uznanej, daleko idącej możliwości *fori prorogati* także i świeccy niejednokrotnie szukali rozstrzygnięć sporów w sądach kościelnych wyrokujących według prawa kościelnego²¹.

Jak już zostało przytoczone, w XII i XIII w.²² przeważnie duchowni jako osoby najbardziej wykształcone na dworach biskupów i książąt dzielnic, zajmując się spisywaniem czynności prawnych i dokumentów urzędowych, nazywani byli powszechnie *notarii*, *cancellarii*, *scribae*, *scriptores*²³. Najwcześniej „uznanie” wyrobili sobie notariusze według prawa niemieckiego czy notariusze miast na prawie niemieckim, a w szczególności notariusze z Krakowa. Wystarczy tutaj wspomnieć Mikołaja Jaskiera, którego *Zwód zwierciadła saskiego i prawa miejskiego magdeburckiego*, wydany w 1535 r., zyskał zgodnie z przywilejem kró-

¹⁸ Był to immunitet nadany duchowieństwu w 1210 r., który wyłączał stan duchowny spod jurysdykcji sądów świeckich. Pozwane osoby stanu duchownego podlegały wyłącznej właściwości sądu duchownego (biskupiego) z wyłączeniem spraw o ziemskie dobra dziedziczne.

¹⁹ W. Abraham, *Privilegium fori...*, s. 6.

²⁰ *Ibidem*. Zob. W. Abraham, *Statuta Legata Gentilisa. Wydane dla Polski na Synodzie w Preszburgu 10 listopada r. 1309*, Kraków 1893, s. 1–9; *idem*, *Odpis Notaryalny oryginalnych Statutów Legata Gentilisa*, Kraków 1893, s. 11–36.

²¹ S. Kutrzeba, *Historja źródeł dawnego prawa polskiego*, t. 2, Lwów–Warszawa–Kraków b.r.w., s. 85–86.

²² Zob. szerzej: K. Skupieński, *Notariat publiczny w średniowiecznej Polsce*, Lublin 2002; *idem*, *Miejsce notariatu publicznego wśród świadków realizacji programu politycznego arcybiskupa Jakuba Świnki*, „Kwartalnik Historyczny” 1989, t. 96, nr 3.

²³ S. Muczkowski, *Austriacka ustawa notaryalna...*, s. 91.

lewskim moc prawa obowiązującego; Jana Cerasina Kirsteina, autora cennych dzieł z dziedziny prawa niemieckiego; Stanisława Aichlera, Waleryana Prymusa czy Krzysztofa Frecyusza²⁴.

W początkach XIV w. w sądownictwie na ziemiach polskich dokonały się trzy istotne zmiany: powstał samorząd ziemski i osobna hierarchia ziemska; powołano urzędników królewskich – starostów; zmieniono stanowisko panującego, który przedtem był księciem, a teraz został królem. Odpowiednio do tych trzech kierunków zmian w sądownictwie powstały trzy nowe kierunki²⁵ – ziemskie, starościńskie i królewskie²⁶. Od XIV w. stosunki prawne zaczęły się coraz dynamiczniej rozwijać. Pod wpływem Kościoła nieruchomości stały się przedmiotem prawa zastawu, a nawet zbytu, zawierano umowy o nieruchomości tytułem sprzedaży, zastawu czy też umów małżeńskich. Chęć zapewnienia zatem środka dowodowego czy zamiar nadania aktowi cechy aktu potwierzonego przez władzę publiczną wpłynęły na to, że księgi sądowe, mieszcząc w sobie wszystkie ważniejsze umowy, stały się rodzajem archiwum, a pisarze tych ksiąg we właściwym znaczeniu notariuszami, tj. osobami spisującymi, mającymi władzę wydawania z nich wierzytelnych odpisów²⁷.

Notariat publiczny

Badania nad instrumentem notarialnym i instytucją notariatu publicznego w Polsce w XIV w. pozwoliły stwierdzić, że wśród notariuszy publicznych zdecydowaną przewagę stanowili *imperiali auctoritate*. Ten stan istniejący w Polsce był charakterystyczny także na zachodzie Europy. W krajach takich, jak Niemcy, Włochy czy Francja, istniała podobna sytuacja – szczególnie na przełomie XIII i XIV w.²⁸ Jednakże *comites sacri Lateranensis palatii aulae regalis et imperialis consistorii* nie byli jedynymi, którzy w Polsce w XV w. mianowali notariuszy publicznych – wspomnianych już *imperiali auctoritate*; niemal ćwierć wieku przed nimi występowali *vicecomites imperiales* wykonujący tą samą funkcję. Najwcześniej z nich pojawił się Wawrzyniec Cour, pleban w Pilźnie w latach

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ S. Kutrzeba, *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie (I. Prawo karne. II Postępek sądowy)*, Lwów–Warszawa–Kraków 1921, s. 53–108.

²⁶ O. Balzer, *Historia Ustroju Polski (na podstawie stenogramu za zezwoleniem autora)*, Lwów 1911, s. 348–349.

²⁷ S. Muczkowski, *Austryacka ustawa notaryalna...*, s. 93.

²⁸ S. Mikucki, *Mianowanie notariuszy publicznych imperiali auctoritate w diecezjach krakowskiej i lwowskiej w wieku XV*, Kraków 1938, s. 289. Zob. szerzej m.in.: E. Koechling, *Untersuchungen uber die Anfange des offentlichen Notariats in Deutschland*, Marburg 1925, s. 49–73; J. Ficker, *Forschungen zur Reichs – und Rechtsgeschichte Italiens*, Innsbruck 1869, s. 71–97; G. Letonellier, *Notice sur le notariat en Dauphine*, Grenoble 1930, s. 15–16.

1446–1453, a następnie Piotr z Lipowa w 1453 r., potem po krótkiej przerwie od 1470 r. rozpoczyna się nieprzerwany szereg *vicecomites imperiales* sięgający do samego końca XV w., obejmujący 29 osób: Maciej, pleban z Dembowca (1464–1472); Jan Snopek (1470); Mikołaj Michała z Szydłowca (1470); Jan Łukasza z Krakowa (1472–1475); Szymon z Brodzina z diecezji płockiej (1473–1476); Jakub Andrzeja z Lipowca (147–1499); Mikołaj Andrzeja de Ludomir (1476); Jakub z Lublina, pleban w Daleszycach i kanonik kielecki (1476–1486); Stanisław Carbo z Czchowa (1476–1487); Mikołaj z Lichowa (1477–1490); Jan Drobnino z Gniezna (1478); Jan, opat sandecki (1478); Stanisław Polak, pleban bolesławski (1480); Mikołaj Czepel z Poznania (1481); Jan Abrahama z Krosny, kanonik płocki (1481); Klemens Dryja, pleban w Nagorzycach (1482); Andrzej Jakuba z Łowczowa, pleban w Michowie (1482–1485); Jan Rusek lub Ruszek z Koprzywnicy, pleban w Osieku i wiceprezydent sandomierski oraz kanonik wiślicki (1483–1492); Jan ze Skawiny (1483–1496); Marcin z Krakowa (1487–1497); Zygmunt z Kuchar (1488) Mikołaj Dynda z Pilzna (1489–1499); Michał z Kleparza (1491) Stanisław Aleksander z Przemyśla (1491); Andrzej z Byszew, pleban w Domaniewie (1491); Jan Niedziela (1493); Piotr z Wąsów (1494); Andrzej Primus z Krajowa (1494–1496) i Mikołaj z Dembnicy (1496–1497)²⁹.

Wraz z lokacją polskich miast na prawie niemieckim od XIII w., zaczęły powstawać także odrębne systemy prawne, oparte na prawie niemieckim³⁰. Na podstawie przepisów prawa miejskiego *notarius civitatis* był zwierzchnikiem kancelarii miejskiej³¹. Do jego zadań należało spisywanie uchwał władz miejskich, protokołów oraz rejestracja czynności z zakresu prawa cywilnego, do wykonywania których potrzebne było zaufanie rady miasta oraz praktyczna znajomość prawa zarówno miejskiego, jak i ziemskiego³². Urząd ten traktowano jako publiczny, a do właściwego wykonywania powierzonych czynności i sporządzanych dokumentów przykładano dużą wagę³³.

Najważniejsze zmiany miały miejsce w XVI w. Od wygaśnięcia dynastii Jagiellonów sądownictwo skupiło się w ręku króla. Do zakresu sądów królewskich należały: apelacja od sądów ziemskich, starościńskich i podkomorskich, nawet w najdrobniejszych sprawach; każda sprawa publiczna, gdzie nastąpiło jakiegokolwiek naruszenie interesów państwa; sprawy dotyczące osób, dóbr i dochodów króla; sprawy dyscyplinarne przeciwko urzędnikom o wykroczenie z urzędu; kryminał, tj. sprawy zagrożone śmiercią, infamią lub konfiskatą majątku³⁴. Obok

²⁹ S. Mikucki, *Mianowanie notariuszy publicznych...*, s. 300–301.

³⁰ T. Chłopecki, *Instytucja notariatu...*, s. 21.

³¹ D. Malec, *Dzieje notariatu polskiego*, Kraków 2007, s. 43.

³² T. Chłopecki, *Instytucja notariatu...*, s. 21.

³³ *Ibidem*.

³⁴ O. Balzer, *Historia Ustroju Polski...*, s. 428–430.

sędziego i podsędka w sądzie ziemskim występował pisarz ziemski – *notarius terrestris*. Sama nazwa już wskazywała, że kierował on kancelarią sądu ziemskiego, prowadził spis wyroków, zapisywał terminy. W pierwszej połowie XIV w. istniały już ślady, że prowadził on dla tego celu osobne księgi³⁵. Po koniec XVI w. i na początku wieku XVII uchwały sejmów z 1589 r., 1601 r., 1607 r. i 1609 r. wywołały ożywioną działalność prawotwórczą, która przejawiała się m.in. w przygotowaniu projektów Sarnickiego i Januszowskiego³⁶.

W pierwszych aktach dobrej woli³⁷, dotyczących alienacji lub zastawu dóbr ziemskich, które były w Polsce zeznawane wobec króla, księcia dzielnicowego lub wojewody figurowało zwykle pięciu lub sześciu świadków zeznania aktu, w liczbie mieściło się również zazwyczaj dwóch pisarz, czyli notariuszy (*scriba, notarius*)³⁸. Z czasem w aktach zeznawanych w sądach lub w urzędach – *coram iudicio* czy też *coram officio* – liczba świadków zmalała do dwóch ze względu na stale zwiększający się autorytet instytucji państwowych oraz ich funkcjonariuszy. Doprowadziło to do sytuacji, że „obrzędowość” została zastąpiona przez urzędowość aktu³⁹. Książd pijar Teodor Ostrowski zwracał uwagę, że istotną zasadą sądów polskich była obecność pisarza sądowego; rutynowany pisarz, czyli sekretarz sądowy, tym bardziej był ceniony, że trudno było w dawnej Polsce o sędziów wykwalifikowanych⁴⁰.

Początkowo sądy funkcjonowały nie stale, lecz tylko podczas roków, czyli kadencji sądowych. Z chwilą wprowadzenia stale funkcjonujących kancelarii przy *officium castrense* w XVI w. oraz zapoczątkowania polskiej hipoteki rola pracy pisarza stale wzrastała – pisarz sądowy miał do pomocy podpisarłów, czyli podpisków. Jeden z nich zajmował się wewnętrzną działalnością kancelarii (regent) – przyjmował akty dobrej woli; drugi z podpisarłów prowadził zapisy hipoteczne i był „prototypem” pisarza hipotecznego⁴¹. Oczywiście w początkowym okresie kształtowania się tych funkcji podział pracy kancelaryjnej pisarza, podpisarła hipotecznego i rejenta nie był ściśle określony i mogli się oni wza-

³⁵ O. Balzer, *Historja ustroju Polski*, z. 2, okres II, wykład w r. akad. 1930/31, Lwów 1931, s. 147; *idem*, *Historja ustroju Polski*, z. 3, okres III i zaczątki okresu czwartego. Według wydania wykładów uniwersyteckich w roku 1911, Lwów 1931, s. 32–36.

³⁶ Projekt Sarnickiego został ogłoszony drukiem w 1594 r., projekt Januszowskiego w 1600 r. Zob. szerzej: B. Ulanowski, *Dwie broszury prawne z r. 1602 i 1608*, Kraków 1921, s. V–VIII.

³⁷ Zob. H. Drzewiecki, *Studja i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część III*, Warszawa–Kraków–Lublin–Poznań–Wilno–Zakopane–Paryż 1930, s. 3–14.

³⁸ H. Drzewiecki, *Studja i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część I ogólna*, Warszawa 1928, s. 5.

³⁹ *Ibidem*, s. 6.

⁴⁰ Zob. szerzej organizację sądownictwa: O. Balzer, *Historja ustroju Polski*, z. 1, uwagi wstępne, okres wstępny, okres I, wykład w r. akad. 1930/31, Lwów 1931, s. 148–159.

⁴¹ Termin „pisarz hipoteczny” figurował dopiero w ustawach hipotecznych z 1818 r. i 1825 r., zastępując uprzednio istniejący tytuł „konserwatora”.

jennie zastępować. Terminy „pisarz” i „regent” zarówno w uchwałach sejmu grodzieńskiego z 1793 r., jak i później sprowadzały się do jednego określenia – pisarza aktowego⁴².

Kancelarię grodzką (*cancellaria castrensis*) stanowił ogół urzędników mających za zadanie wspierać lub zastępować sądy i urzędy grodzkie w wykonywaniu powierzonych im funkcji, m.in. poprzez prowadzenie powierzonych im ksiąg sądowych. Naczelne zwierzchnictwo na kancelarię grodzką przysługiwało staroście grodzkiemu (*capitaneus castrensis*)⁴³. Kancelarie sporządzały cztery grupy dokumentów⁴⁴: pisma publiczne – wpisy konstytucji sejmowych, laudów sejmikowych, ordynacji władz w powierzonym sobie zakresie działania, a także przywileje, uniwersały, pisma w celach administracyjnych; akty woli prywatnej – jednostronne, jak np. testamenty, i dwustronne, wszelkiego rodzaju kontrakty (*transactiones*), bez względu na to, czy dotyczyły one dóbr ruchomych, czy nieruchomości; te ostatnie zawierane bądź to na pewien czas (*transactiones temporaneae*), jak np. dożywocia (*advitalitates*), dzierżawy (*arendae*), zapisy, czyli kontrakty zastawu, np. kupna (*emtiones*), zamiany (*commutationes*), darowizny (*donationes*), ustępstwa (*cessionones*), zrzeczenia (*resignationes*), przelewy (*transfusiones*), układy graniczne (*transactiones graniciales*); protesty i manifesty o naruszenie praw publicznych np. przeciw obradom sejmowym, przede wszystkim zaś prywatnych lub o dokonane przestępstwo; relacje dokonanych czynności sądowych i urzędowych, jak o doręczeniu pozwu (*positio citationis*), o dokonanych oględzinach pozasądowych (*visio*), o grabieży (*aretum*), o akcie kondescenzji (*condenescensio*), wwiązania (*intromissio*), egzekucji (*executio*), o zamknięciu lub wypuszczeniu z wieży (*turris ingressio* lub *egressio*)⁴⁵.

Należy również zwrócić uwagę na działalność sądów konsystorskich, w których sądownictwo⁴⁶ sprawował biskup *in curia episcopali* (księgi takiego sądownictwa nazywano *acta episcopali*) albo też, w zastępstwie biskupa, oficjał (takie księgi sądowe nazywano *acta officialia*)⁴⁷. Księgi konsystorskie miały jednak większe znaczenie w czasach poprzedzających konstytucje z 1563 r.

⁴² H. Drzewiecki, *Studja i materiały...*, s. 7–8.

⁴³ O. Balzer, *Studya nad prawem polskim*, Poznań 1889, s. 296–297.

⁴⁴ J.W. Bandtkie Strężyński, *Prawo prywatne polskie. Napisane i wykładane przed rokiem 1830 w b. Warszawskim Akleksandryjskim Uniwersytecie przez Jana Wincentego Bandtkie Strężyńskiego. Dzieło pogrobowe*, Warszawa 1851, s. 365–480; J.W. Bandtkie, *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego przez Jana Wincentego Bandtkie*, Warszawa–Wilno 1812; O. Balzer, *Z zagadnień ustrojowych Polski*, Lwów 1915.

⁴⁵ O. Balzer, *Studya nad prawem...*, s. 305–306.

⁴⁶ Zob. szerzej: O. Balzer, *Geneza Trybunału Koronnego. Studium z dziejów sądownictwa polskiego XVI wieku*, Warszawa 1886, s. 197 i n.

⁴⁷ H. Drzewiecki, *Studja i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część IV*, Warszawa–Kraków–Lublin–Poznań–Wilno–Zakopane–Paryż 1931, s. 3.

i 1565 r., przez które to konstytucje jurysdykcja sądów duchownych⁴⁸ została znacznie ograniczona⁴⁹. Wraz z końcem XIV w. księgi sądowe, w miarę jak przyślugiwały sądom ziemskim lub grodzkim, zaczęły przybierać stałe nazwy: *libri terrestres* i *libri castrenses*⁵⁰. Z czasem w księgach zapisywano również czynności sprzedaży; zapisy; działy; oddanie dóbr w dzierżawę, w zastaw; ustanowienie na dobrach posagu i wiana i różnego rodzaju rękojmie, a ponadto polecenia nadawane sądom przez króla lub starostów generalnych. Księgi prowadził notariusz ziemi – *notarius teerae generalis*, albo notariusze przy każdym oddzielnie sądzie⁵¹.

Polska do XIV w. rządziła się prawie wyłącznie prawem zwyczajowym. Dopiero w połowie XIV w., za rządów Kazimierza Wielkiego⁵², zostały spisane prawa znane pod nazwą statutu wiślickiego lub statutów Kazimierza Wielkiego⁵³. W tym okresie pojawiły się również statuty książąt mazowieckich. Późniejsze prawa były stanowione przez monarchów przy udziale rady złożonej z dygnitarzy świeckich i duchownych i nosiły nazwę statutów⁵⁴. Nazwę statutów zmieniono na konstytucje od połowy XVI w. oraz zaczęto tworzyć zbiory praw, z których najdawniejszy był zbiór Łaskiego z 1505 r. Obowiązywały także prawa miejskie, głównie magdeburskie i chełmińskie⁵⁵. W miarę potrzeby stanowione były również ustawy w czasie sejmików. Wszystkie pisane w języku łacińskim nazywane

⁴⁸ Zob. szerzej I. Grabowski, *Prawne środki w procesie kanonicznym. Studium historyczno-prawnicze*, Lwów 1917.

⁴⁹ H. Drzewiecki, *Studja i materiały do dziejów notarjatu w Polsce. Część IV...*, s. 3. Zob. szerzej: J.W. Bandtkie, *O poważaniu w dawniejszem w Polsce prawników uczonych. Przemowa przy najpierwszem udzieleniu doktoratu prawa Wincentemu Krasińskiemu, Adwokatowi Sądu Appellacyjnego K.P., miana w Uniwersytecie Królewskim Warszawskim d. 10 lutego 1825 roku*, Warszawa 1825, s. 3–11.

⁵⁰ R. Hube, *Księgi ziemskie i grodzkie wieku XIV w Polsce*, Praga 1884, s. 4.

⁵¹ *Ibidem*, s. 4–5. Zob. szerzej: S. Kutrzeba, *Sądy ziemskie i grodzkie w wiekach średnich. I województwo krakowskie (1374–1501)*, Kraków 1901.

⁵² Rządy króla Kazimierza Wielkiego spowodowały znaczny wzrost liczby notariuszy podejmujących działalność na ziemiach polskich. Już w pierwszym dziesięcioleciu po śmierci króla ich liczba przekroczyła 25, następne dwudziestolecie przyniosło podwojenie tej liczby. Znaczący wpływ na taki rozwój miało wewnątrzkrajowe upowszechnienie się dokumentu notarialnego. Również nie można nie zauważyć ekspansji w sferze prawnego i urzędowego zastosowania pisma. T. Chłopecki, *Instytucja notariatu...*, s. 24; J. Wyrozumski, *Kazimierz Wielki*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986.

⁵³ Zob. szerzej: W. Dutkiewicz, *Prawa cywilne. Jakie w Polsce od roku 1347 do wprowadzenia Kodexu Napoleona obowiązywały. Napisane jako program do egzaminu z historii tegoż prawa*, Warszawa 1869, s. 5–9. Statut wiślicki był pierwszym prawem pisanim i jako zbiór praw zwyczajowych Wielkopolski i Małopolski stał się podstawą następnych prac prawodawczych – do niego odwoływały się m.in. spisane za panowania Stanisława Augusta, Vol. Legum VIII, s. 727, w tytule *Odnowienie Statutu Kazimierza względem synów*.

⁵⁴ K. Dunin, *Zasady prawa handlowego poprzedzone wykładem prawa cywilnego oraz ogólnych wiadomości o prawie do użytku szkół handlowych*, Warszawa 1907, s. 16.

⁵⁵ *Ibidem*.

były statutami, zaś od czasów Zygmunta Augusta spisywano je w języku polskim i od 1550 r. nazywano je konstytucjami⁵⁶.

Pisarz grodzki z czasem stał się urzędnikiem sądowym i reprezentował już nie tylko kancelarię na zewnątrz. Pierwotnie jego stanowisko zajął w XVII i XVIII w. regens kancelaryjny, który nadzorował urzędników kancelarii, czuwał nad aktami, a także w imieniu starosty mógł mianować i odwoływać niższych urzędników⁵⁷. Konstytucja z 1768 r. nakładała obowiązek własnoręcznego wpisywania transakcji do akt sądowych. Zastępcą regenta i jego pomocnikiem był *susceptant*, który był zobowiązany do własnoręcznego wpisywania zeznań stron do protokołów; powstał też liczny zastęp urzędników niższych – palestrantów, którzy dzielili się na inducentów spisujących akty z protokołów na czysto i extradentów powołanych do wydawania odpisów z aktów stronom. Wszystkich tych urzędników niższych nazywano także ogólnie aplikantami, skrybentami, terminatorami lub kancelarzystami⁵⁸. Kancelaria grodzka dokonywała także wiele czynności sądu grodzkiego, a oprócz tego przyjmowała wpisy i wydawała ekstrakty oraz wypisy, do których możemy zaliczyć: akty o treści publicznej, do których należały oprócz konstytucji sejmowych, laudów i uniwersałów, także w myśl konstytucji z 1764 r. metryki nowo narodzonych czy taryfy służące do obliczania podatków; akty prywatne, tj. testamenty i kontrakty; plenipotencje; manifesty i protesty przeciwko pogwałceniu praw zagwarantowanych ustawami, np. przeciw uchwałom sejmu lub rozporządzeniu władzy publicznej; sprawozdania czy relacje z dokonanych czynności sądowych i urzędowych, np. o doręczeniu pozwu⁵⁹. Od 1776 r. protokoły spisywano na papierze stemplowym, oprócz tego kancelaria prowadziła księgi sądowe, w których wpisywano pozwy, sprawy, wyroki, apelacje, akty egzekucyjne. Można było je zatem podzielić na *libri officii* i *libri iudicii castrensis*⁶⁰.

Po rozbiorach państwa polskiego⁶¹ przepisy krajowe ustąpiły miejsca prawodawstwu państw zaborczych. Na mocy traktatu tylżyckiego z 12 lipca 1807 r. z części kraju oderwanych od Prus Napoleon I stworzył Księstwo Warszawskie⁶², w którym rządy powierzył Fryderykowi Augustowi, królowi saskiemu. Na mocy traktatu zawartego w Wiedniu 14 października 1809 r. (kończącego równocześnie wojny pomiędzy Cesarstwem Francuskim i Cesarstwem Austriac-

⁵⁶ W. Dutkiewicz, *Prawa cywilne...*, s. 7. Zob. szerzej: L. Frenk, *Prawo hipoteczne w Królestwie Polskim. Dodatek (przepisy i orzecznictwo)*, Warszawa 1936.

⁵⁷ S. Muczkowski, *Austryacka ustawa notaryalna...*, s. 100.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 101.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Zob. szerzej o charakter reform polskiej państwowości przed upadkiem Polski: S. Kutrzeba, *Charakterystyka państwowości polskiej*, Kraków 1916, s. 57–64.

⁶² A. Heylman, *Wykład historyczno-praktyczny porządku i postępowania wewnętrznego w Sądzie Apelacyjnym i Trybunałach Cywilnych Królestwa Polskiego*, Warszawa 1835, s. 6–8.

kim) Austria uznała wszystkie zdobycze Napoleona i zrzekła się Nowej Galicji i cyrkułu zamojskiego na rzecz Księstwa Warszawskiego⁶³, które opierało się na francuskim wzorze organizacji sądownictwa⁶⁴. Zasadę rządu stanowiła ustawa konstytucyjna Księstwa, według której rząd był w osobie Króla Saskiego Księcia Warszawskiego, a poszczególnymi wydziałami rządowymi zarządzało 6 ministrów: minister sprawiedliwości, minister spraw wewnętrznych i czci religijnych, wojny, przychodów i skarbu, policji, minister sekretarz stanu⁶⁵.

W 1808 r. mianowano przy Warszawskim Sądzie Apelacyjnym dwóch pisarzy aktowych z prawem przyjmowania aktów w obrębie całego kraju.

Organizacja notariatu w kongresowym Królestwie Polskim⁶⁶ doznała zasadniczej zmiany po wprowadzeniu ustawy hipotecznej w 1818 r.⁶⁷ oraz instrukcji hipotecznej z 1819 r. W tym czasie notariusze w siedzibach trybunałów otrzymali nazwę rejentów kancelarii ziemskich, a konserwatorowie hipoteczni nazwę pisarzy kancelarii ziemskich⁶⁸. Ta sama zmiana została zaprowadzona w stosunku do powiatowych konserwatorów hipotek i do notariuszy. Stosowanie bowiem do instrukcji hipotecznej z 1825 r. pierwsi zostali nazwani pisarzami hipotek okręgowych, drudzy natomiast rejentami okręgowymi⁶⁹.

⁶³ Zob. szerzej: R. Hube, *Prawo cywilne obowiązujące w guberniach Królestwa Polskiego*, Warszawa 1877, s. 3–10.

⁶⁴ Najważniejszymi źródłami prawa w omawianym temacie z czasów Księstwa Warszawskiego były: ustawa konstytucyjna z 22 lipca 1807 r.; Kodeks cywilny Napoleona, który został wprowadzony na mocy art. 69 ustawy konstytucyjnej i na mocy dekretów Króla Saskiego Księcia Warszawskiego z 27 stycznia 1808 r., oraz 9 czerwca 1810 r.; Kodeks procedury cywilnej francuskiej, którego moc obowiązująca opierała się na instrukcji wydanej przez ministra sprawiedliwości 23 maja 1808 r., oraz na dekrete królewskim z 9 czerwca 1810 r. (art. 3); Organizacja sądownictwa cywilnego z 13 maja 1808 r., wydana przez ministra sprawiedliwości; Kodeks handlowy francuski uchwalony na podstawie uchwały sejmowej z 24 marca 1809 r. oraz dekretu królewskiego z 9 czerwca 1810 r.; uchwała sejmowa o aktach stanu cywilnego z 18 marca 1809 r. Organizacja sądu kasacyjnego z 3 kwietnia 1810 r.; ustawa sejmowa o opłatach stemplowych uchwalona dnia 23 grudnia 1811 r. Zob. szerzej: J. Basseches, I. Korkis, *Kodeks cywilny z roku 1811 obowiązujący w Małopolsce i na Śląsku Cieszyńskim oraz ustawy dodatkowe*, Lwów 1936.

⁶⁵ A. Heylman, *O sądownictwie w Królestwie Polskiem. Wykład historyczny*, Warszawa 1834, s. 5.

⁶⁶ W okresie istnienia Księstwa Warszawskiego powołano Radę Stanu stosowanie do art. 15 i 17 ustawy konstytucyjnej. Do jej zakresu należało: w zakresie władzy ustawodawczej przygotowywanie projektów praw i urzędzeń administracji publicznej; w zakresie władzy wykonawczej: kwestie budżetowe oraz podatkowe; rozstrzyganie kolizji jurysdykcyjnych pomiędzy administracją publiczną a sądownictwem. Zob. szerzej: A. Heylman, *Rys historyczny przemian Rady Stanu w jej attribucjach, w składzie organicznym i kompletach, w toku epoki od roku 1807 aż dotąd*, Warszawa 1864, s. 3.

⁶⁷ Zgodnie z treścią ustawy można było rozpatrywać 3 rodzaje skutków prawnych spraw granicznych: sprawę o rozgraniczenie (zgodnie z art. 646 kodeksu cywilnego); sprawę possessoryjną o naruszenie granic (zgodnie z art. 3 kodeksu postępowania cywilnego); sprawę windykacyjną *in petitorio* o przysądzenie na własność pewnej przestrzeni gruntu, położonej na granicy ościennych nieruchomości. Zob. szerzej: A. Heylman, *Pogląd na prawnictwo krajowe...*, s. 12.

⁶⁸ S. Muczkowski, *Austriacka ustawa notaryalna...*, s. 103.

⁶⁹ *Ibidem*.

Termin „notariusz” zamiast terminów „regent” czy „pisarz aktowy” powstał w Polsce porobiorowej pod wpływem prawodawstwa Napoleona – przez wspomniane już ustawy hipoteczne z 1808 r. i 1825 r., wydane dla Królestwa Polskiego⁷⁰. Warto również zaznaczyć, że 1 stycznia 1823 r. w Krakowie została ogłoszona analogiczna ustawa hipoteczna, która przetrwała do chwili wprowadzenia kodeksu austriackiego 23 marca 1855 r.⁷¹

Podsumowanie

Wstrząs polityczny, jakim był pierwszy rozbiór Polski w 1772 r., otworzył oczy nawet najzagorzalszym zwolennikom dawnego stanu rzeczy. Wskutek tego rozpoczęły się liczne reformy w organizmie państwowym, a okres panowania Stanisława Augusta Poniatowskiego można nazwać okresem reform⁷². Już podczas Sejmu konwokacyjnego i korporacyjnego w 1764 r. podjęto pierwsze ważne reformy – wprowadzono tzw. Komisję Wielkie (skarbową i wojskową), natomiast sejm w 1775 r. uzupełnił te reformy przez wprowadzenie Komisji Edukacyjnej i Rady Nieustającej. Reformy powszechnej *in capite et in membris* dokonano jednak dopiero na Sejmie Wielkim w latach 1788–1792, głównie przez uchwalenie Konstytucji 3 Maja w 1791 r.⁷³

⁷⁰ H. Drzewiecki, *Studja i materiały do dziejów notarjatu w Polsce. Część I...*, s. 8. Warto również zwrócić uwagę, że według uchwał sejmu grodzieńskiego z 1793 r. została ustanowiona rota przysięgi regenta – była ona zasadniczo taka sama, jak ustanowiona przez konstytucję sejmową z 1768 r., z tą jednak różnicą, że była całkowicie przytoczona w języku polskim: „Ja przysięgam Panu Bogu Wszechmogącemu, iż mając powierzone akta do przyjęcia wszelkich tranzakcyj, one wiernie sprawować będę, rekognicje wszelkie stosowanie do zeznawania i przełożenia podającego przyjmować i oszukania wszelkiego między zeznającymi przestrzegać będę. Też rekognicje i tranzakcje wszelkie sam swoją ręką, nikomu protokołu nie pozwalając w Kancelaryi, a nie w gospodzie wpisywać będę i rekwirującym zaraz wydawać bez depaktacji nie omieszkać i od suscepty wymagać nadto, jak jest w terażniejszej ustawie nie będę, od ekstraktów więcej płacić, jak od arkusza ścisłym charakterem po złotemu jednemu nie dopuszczę i palestrantów przez kancelaryi będących w tem pilnie przestrzegać będę, a nieposłusznych temu prawu sądowi donieść powinienem, żadnego nie mając względu, tak na bogatego, jak i na ubogiego, na obywatela lub przechodnia, na przyjaciela lub nieprzyjaciela, każdemu według Boga i sumienia przyjmować i nie przeciwnego prawu w tranzakcjach podpisywać obliguję się. Tak mi Panie Boże dopomóż”.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² O. Balzer, *Historja ustroju Polski*, z. 3..., s. 47.

⁷³ *Ibidem*; O. Balzer, *Konstytucja Trzeciego Maja. Reformy społeczne, polityczne ustawy rządowej z r. 1791*, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków, brak roku wydania z uwagi na niekompletną okładkę; M. Handelsman, *Trzy Konstytucje (1791, 1807, 1815)*, Warszawa–Lwów 1915, s. 1–12; S. Kutrzeba, *Konstytucja 3-go Maja 1791 r. Odczyt wygłoszony w 124-tą rocznicę Konstytucyi*, Kraków 1915, s. 3–29. Należy również wskazać, że Konstytucja dopuszcza mieszczan do nabywania ziemi zastrzeżonej poprzednio dla szlachty; utrzymano samorząd miejski i zwiększono znaczenie wyborów na urzędy i do sądu; utrzymano przewagę sejmu w stosunku do króla, przyznając mu jeden (względnie dwa) głosy w senacie; w pełni przeprowadzono zasadę jedności ustawodawstwa

Po rozbiorach część kraju północna część późniejszego Królestwa Polskiego, a mianowicie gubernie: płocka, suwalska, łomżyńska, kaliska, piotrkowska oraz część warszawskiej przeszły pod władanie Prus i utworzyły prowincje: Prusy Południowe i Prusy Nowowschodnie. W prowincjach tych na zasadzie deklaracji z 30 kwietnia 1797 r. zyskało moc obowiązującą 1 września 1797 r. Powszechne prawo krajowe pruskie – *Allgemeines Landrecht* z 1794 r., zawierające szereg przepisów z zakresu prawa hipotecznego, zwłaszcza w tytule XX części I – §§ 390–535. Wprowadzono ponadto na ziemiach polskich Powszechną ordynację hipoteczną pruską – *Allgemeine Hypotheken-Ordnung* z 1783 r. – patentem królewskim z 10 sierpnia 1795 r., 1 stycznia 1797 r. wprowadzono Ordynację do Prus Południowych, zaś patentem z 12 kwietnia 1797 r. z 1 stycznia 1799 r. do Prus Nowowschodnich⁷⁴.

W części południowo-wschodniej utworzono Królestwo Polskie. W późniejszych guberniach: kieleckiej, radomskiej, lubelskiej, siedleckiej i w części warszawskiej, które stanowiły tzw. Nową Galicję, czyli Galicję Zachodnią, 1 stycznia 1798 r. wprowadzono Kodeks cywilny dla Galicji Zachodniej. W zakresie hipoteki stosowano tu dawne prawo polskie, zawarte w *Voluminach Legum*.

W Galicji Wschodniej na zasadzie patentu z 7 marca 1780 r. wprowadzona została hipoteka austriacka, czyli tzw. tabula lwowska opierająca się na patencie tabularnym z 22 kwietnia 1744 r.⁷⁵

Po 1794 r. na ziemiach, które zostały włączone do Prus, w miejsce dawnych polskich inskrypcji i oblat została wprowadzona pruska ordynacja hipoteczna – *Hypotheken Ordnung*⁷⁶. W utworzonym w 1807 r. Księstwie Warszawskim wprowadzony został Kodeks cywilny francuski⁷⁷. W dzielnicy popruskiej na mocy dekretu króla saskiego, Ks. Warszawskiego z 27 stycznia 1808 r. obowiązywał on od 1 maja 1808 r., natomiast w dzielnicy poaustriackiej na mocy dekretu z 9 czerwca 1810 r. wraz z Kodeksem Napoleona zaczął obowiązywać system hipoteczny francuski⁷⁸. W ten

i rządu; nie wprowadzono jednak jedności w sądownictwie – pozostały sądy odrębne dla stanów, bowiem nie przeprowadzono jedności społecznej; jedność gospodarczą zaczęto już tworzyć od 1764 r., gdy zaczęto tworzyć komisje skarbu państwa; wskazane reformy doprowadziły do jedności państwa (z wyjątkiem jedności społecznej) oraz rozszerzyły granice jego działalności, zapewniając tym samym brakującej dotychczas sprawności ustawodawczej i administracyjnej. Zob. szerzej: S. Kutrzeba, *Charakterystyka państwowości...*, s. 61–64.

⁷⁴ J. Glass, *Zarys prawa hipotecznego, w b. Królestwie Polskiem. Zarys, cz. I*, Warszawa–Kraków b.r.w., s. 1.

⁷⁵ *Ibidem*. Zob. szerzej: *Przepisy o hipotekach, czyli wykład prawa hipotecznego w Królestwie Polskiem obowiązującego przez Ksawerego Józefowicza dla byłych kursów prawnych przygotowany a przez Stanisława Zawadzkiego przejrany i poprawiony*, Warszawa 1873, s. 6–9.

⁷⁶ K. Hube, *O instytucji hipotecznej w Polsce*, Kraków 1840, s. 18.

⁷⁷ K. Dunin, *Pisma Romualda Hubego poprzedzone zarysem biograficzno-krytycznym przez Karola Dunina*, t. 1, Warszawa 1905, s. 13–32.

⁷⁸ Zob. szerzej porównanie ogólnych zasad francuskiej i polskiej hipoteki w: K. Hube, *O instytucji hipotecznej...*, s. 24–44; W. Dutkiewicz, *Prawo hipoteczne w Królestwie Polskiem*, Warszawa 1850, s. I–IX.

sposób na terytorium, z którego zostało utworzone następnie Królestwo Polskie, w ciągu kilkunastu lat zmieniały się trzy ustawodawstwa hipoteczne: pruskie, austriackie i francuskie. Doprowadziło to do zatarcia się dotychczasowych przepisów regulujących kwestie notarialne na ziemiach polskich i początkowego chaosu związanego ze zmiennością oraz różnorodnością nowych przepisów kształtujących instytucję notariatu i pozycję prawną notariusza.

Pierwszy Sejm Królestwa Polskiego⁷⁹ powołał do życia deputację prawniczą, która wypracowała prawo o ustaleniu własności dóbr nieruchomości, o przywilejach i hipotekach, czyli ustawę hipoteczną polską, która została uchwalona 26 kwietnia 1818 r., a ogłoszona 20 lipca 1818 r. W 1825 r., na trzecim Sejmie Królestwa Polskiego, uchwalone zostało prawo o przywilejach i hipotekach z 13 czerwca 1825 r. Stanowiło ono tytuł do zakładania hipotek dla wszystkich nieruchomości, a zatem tak dla drobnej własności, jak i dla nieruchomości w innych, poza wojewódzkimi, miastach królewskich. Prawa z 1818 r. i 1825 r. stanowiły tzw. ustawy hipoteczne polskie; stąd też nieruchomości nienależące do rzędu dóbr ziemskich i domów w stolicy i miastach wojewódzkich podlegały jeszcze po wprowadzeniu ustawy hipotecznej z 1818 r. przepisom Kodeksu cywilnego francuskiego w księdze III, tytule XVIII o przywilejach i hipotekach⁸⁰.

Przestały zatem obowiązywać rozwiązania prawne, które istniały do momentu rozbiorów państwa polskiego, wiele z nich było jednak recypowanych i udoskonalanych i obowiązywały w zmodyfikowanej formie przez kolejne dziesiątki lat jako prawo obowiązujące na terenach zaborów. Wiele koncepcji dotyczących pozycji prawnej notariusza, zakresu jego obowiązków oraz odpowiedzialności było również podstawą do dalszych rozważań polskich prawników już po odzyskaniu niepodległości. Władysław Leopold Jaworski, Stefan Góra, Jakub Glass, czy Maurycy Allerhand w pracach na Konstytucję polskiego notariatu z 1933 r.⁸¹ korzystali także z bardzo bogatego dorobku przedrozbiorowego oraz myśli i koncepcji tamtego okresu.

Bibliografia

- Abraham W., *Odpis Notaryalny oryginalnych Statutów Legata Gentilisa*, Kraków 1893.
Abraham W., *Privilegium fori Duchowieństwa w ustawodawstwie Kościoła polskiego w wieku XIII*, Lwów 1936.
Abraham W., *Statuta Legata Gentilisa. Wydane dla Polski na Synodzie w Preszburgu 10 listopada r. 1309*, Kraków 1893.

⁷⁹ A. Heylman, *O sądownictwie w Królestwie Polskiem...*, s. 1–4.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 37.

⁸¹ Zob. szerzej: D. Malec, *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2002; *idem*, *O dorobku polskiego notariatu i notariuszy okresu międzywojennego. Uwagi z okazji jubileuszu 70-lecia „Konstytucji notariatu polskiego”*. Sesja naukowa pt. 70 lat zunifikowanego polskiego prawa o notariacie, Warszawa 2003.

- Balzer O., *Geneza Trybunału Koronnego. Studium z dziejów sądownictwa polskiego XVI wieku*, Warszawa 1886.
- Balzer O., *Historja ustroju Polski*, z. 1, uwagi wstępne, okres wstępny, okres I, wykład w r. akad. 1930/31, Lwów 1931.
- Balzer O., *Historja ustroju Polski*, z. 2, okres II, wykład w r. akad. 1930/31, Lwów 1931.
- Balzer O., *Historja ustroju Polski*, z. 3, okres III i zaczątki okresu czwartego. Według wydania wykładów uniwersyteckich w roku 1911, Lwów 1931.
- Balzer O., *Historja Ustroju Polski (na podstawie stenogramu za zezwoleniem autora)*, Lwów 1911.
- Balzer O., *Konstytucja Trzeciego Maja. Reformy społeczne, polityczne ustawy rządowej z r. 1791*, Warszawa–Lublin–Łódź–Poznań–Kraków, brak roku wydania z uwagi na niekompletną okładkę.
- Balzer O., *Studia nad prawem polskim*, Poznań 1889.
- Balzer O., *Z zagadnień ustrojowych Polski*, Lwów 1915.
- Bandtkie J.W., *Historja prawa polskiego*, Warszawa 1850.
- Bandtkie J.W., *O poważaniu w dawniejszem w Polsce prawników uczonych. Przemowa przy nappierwszem udzieleniu doktoratu prawa Wincentemu Krasińskiemu, Adwokatowi Sądu Appellacyjnego K.P., miana w Uniwersytecie Królewskim Warszawskim d. 10 lutego 1825 roku*, Warszawa 1825.
- Bandtkie J.W., *Uwagi o potrzebie nauki prawa w naszym kraju w szczególności, a do użytku oney-że w ogólności*, Warszawa 1814.
- Bandtkie J.W., *Zbiór rozpraw o przedmiotach prawa polskiego przez Jana Wincentego Bandtkie*, Warszawa–Wilno 1812.
- Bandtkie Strężyński J.W., *Prawo prywatne polskie. Napisane i wykładane przed rokiem 1830 w b. Warszawskim Akleksandryjskim Uniwersytecie przez Jana Wincentego Bandtkie Strężyńskiego. Dzieło pogrobowe*, Warszawa 1851.
- Basseches J., Korkis I., *Kodeks cywilny z roku 1811 obowiązujący w Małopolsce i na Śląsku Cieszyńskim oraz ustawy dodatkowe*, Lwów 1936.
- Chłopecki T., *Instytucja notariatu na ziemiach polskich w okresie średniowiecza*, „Folia Iuridica Wratislaviensis” 2012, vol. 1, no. 2.
- Chłopecki T., *Koncepcje polskiego notariatu*, Kraków 2011.
- Czacki T., *O litewskich i polskich prawach, o ich duchu źródłach*, t. 1, Warszawa 1801.
- Drzewiecki H., *Studia i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część II*, Warszawa 1928.
- Drzewiecki H., *Studja i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część III*, Warszawa–Kraków–Lublin–Poznań–Wilno–Zakopane–Paryż 1930.
- Drzewiecki H., *Studja i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część I ogólna*, Warszawa 1928.
- Drzewiecki H., *Studja i materiały do dziejów notariatu w Polsce. Część IV*, Warszawa–Kraków–Lublin–Poznań–Wilno–Zakopane–Paryż 1931.
- Dunin K., *Pisma Romualda Hubego poprzedzone zarysem biograficzno-krytycznym przez Karola Dunina*, t. 1, Warszawa 1905.
- Dunin K., *Zasady prawa handlowego poprzedzone wykładem prawa cywilnego oraz ogólnych wiadomości o prawie do użytku szkół handlowych*, Warszawa 1907.
- Dutkiewicz W., *Prawa cywilne. Jakie w Polsce od roku 1347 do wprowadzenia Kodexu Napoleona obowiązywały. Napisane jako program do egzaminu z historii tegoż prawa*, Warszawa 1869.
- Dutkiewicz W., *Prawo hipoteczne w Królestwie Polskiem*, Warszawa 1850.
- Dwa rękopisy średniowiecznego zbioru praw kościelnych. Gnieźnieński i krakowski*, Warszawa 1885.

- Ficker J., *Forschungen zur Reichs – und Rechtsgeschichte Italiens*, Innsbruck 1869.
- Frenk L., *Prawo hipoteczne w Królestwie Polskim. Dodatek (przepisy i orzecznictwo)*, Warszawa 1936.
- Glass J., *Zarys prawa hipotecznego, w b. Królestwie Polskiem. Zarys, cz. I*, Warszawa–Kraków b.r.w.
- Grabowski I., *Prawne środki w procesie kanonicznym. Studium historyczno-prawnicze*, Lwów 1917.
- Handelsman M., *Trzy Konstytucje (1791, 1807, 1815)*, Warszawa–Lwów 1915.
- Heylman A., *O sądownictwie w Królestwie Polskiem. Wykład historyczny*, Warszawa 1834.
- Heylman A., *Pogląd na prawnictwo krajowe co do spraw granicznych między dobrami ziemskimi*, Warszawa 1855.
- Heylman A., *Rys historyczny przemian Rady Stanu w jej attribucjach, w składzie organicznym i kompletach, w toku epoki od roku 1807 aż dotąd*, Warszawa 1864.
- Heylman A., *Wykład historyczno-praktyczny porządku i postępowania wewnętrznego w Sądzie Apelacyjnym i Trybunałach Cywilnych Królestwa Polskiego*, Warszawa 1835.
- Hube R., *Księgi ziemskie i grodzkie wieku XIV w Polsce*, Praga 1884.
- Hube K., *O instytucji hipotecznej w Polsce*, Kraków 1840.
- Hube R., *O znaczeniu prawa rzymskiego i rzymsko-bizantyjskiego u narodów słowiańskich. W dodatku excerpta serbskie z praw rzymsko-bizantyjskich*, Warszawa 1868.
- Hube R., *Prawo cywilne obowiązujące w guberniach Królestwa Polskiego*, Warszawa 1877.
- Hube R., *Prawo polskie w 14 wieku. Sądy ich praktyka i stosunki prawne społeczeństwa w Polsce ku schyłkowi 14 wieku ze źródeł współczesnych opracował Romuald Hube*, Warszawa 1886.
- Hube R., *Prawo polskie w wieku trzynastym. Przedstawił i objaśnił ze źródeł współczesnych Romuald Hube*, Warszawa 1874.
- Koechling E., *Untersuchungen uber die Anfänge des öffentlichen Notariats in Deutschland*, Marburg 1925.
- Kupiszewski H., *Prawo rzymskie a współczesność*, Warszawa 1988.
- Kuryłowicz M., *Agoranomosi tabellio. Z historii antycznego notariatu*, „Rejent” 1992, nr 9.
- Kuryłowicz M., *Historyczne początki notariatu europejskiego [w:] Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, Kluczbork 1996.
- Kuryłowicz M., *Notariat w europejskiej kulturze prawnej [w:] II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Poznań–Kluczbork 1999.
- Kuryłowicz M., *Rzymskie przepisy o dokumentach i czynnościach notarialnych*, „Rejent” 1996, nr 4–5.
- Kutrzeba S., *Charakterystyka państwowości polskiej*, Kraków 1916.
- Kutrzeba S., *Dawne polskie prawo sądowe w zarysie (I. Prawo karne. II Postępek sądowy)*, Lwów–Warszawa–Kraków 1921.
- Kutrzeba S., *Historja źródeł dawnego prawa polskiego*, t. 2, Lwów–Warszawa–Kraków b.r.w.
- Kutrzeba S., *Konstytucja 3-go Maja 1791 r. Odczyt wygłoszony w 124-tą rocznicę Konstytucji*, Kraków 1915.
- Kutrzeba S., *Sądy ziemskie i grodzkie w wiekach średnich. I województwo krakowskie (1374–1501)*, Kraków 1901.
- Letonellier G., *Notice sur le notariat en Dauphine*, Grenoble 1930.
- Malec D., *Dzieje notariatu polskiego*, Kraków 2007.
- Malec D., *Notariat Drugiej Rzeczypospolitej*, Kraków 2002.
- Malec D., *O dorobku polskiego notariatu i notariuszy okresu międzywojennego. Uwagi z okazji jubileuszu 70-lecia „Konstytucji notariatu polskiego”. Sesja naukowa pt. 70 lat unifikowanego polskiego prawa o notariacie*, Warszawa 2003.
- Mikucki S., *Mianowanie notariuszy publicznych imperiali auctoritate w diecezjach krakowskiej i lwowskiej w wieku XV*, Kraków 1938.

- Muczkowski S., *Austryacka ustawa notaryalna z dnia 25 lipca 1871 roku, historycznie i porównawczo objaśniona*, Kraków 1887.
- Niemirowski A., *O aktach urzędowych i z podpisem prywatnym*, Warszawa 1873.
- Oleszko A., *Ustrój polskiego notariatu*, Warszawa 1999.
- Ossoliński J., *O prawie rzymskim w Polsce, jak z niego korzystano i jak nauka jego kwitła aż do XV wieku*, t. 2, Kraków 1819.
- Przepisy o hipotekach, czyli wykład prawa hipotecznego w Królestwie Polskiem obowiązującego przez Ksawerego Józefowicza dla byłych kursów prawnych przygotowany a przez Stanisława Zawadzkiego przejrzany i poprawiony*, Warszawa 1873.
- Rozwadowski W., *Historia prawa*, Poznań 1980.
- Skupieński K., *Miejsce notariatu publicznego wśród świadków realizacji programu politycznego arcybiskupa Jakuba Świnki*, „Kwartalnik Historyczny” 1989, t. 96, nr 3.
- Skupieński K., *Notariat publiczny w średniowiecznej Polsce*, Lublin 2002.
- Ulanowski B., *Dwie broszury prawne z r. 1602 i 1608*, Kraków 1921.
- Wyrozumski J., *Kazimierz Wielki*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986.

Streszczenie

W artykule przedstawiono sposób kształtowania się instytucji notariatu i pozycji notariusza na ziemiach polskich od X do XVIII w. Przedstawiony w opracowaniu zarys problematyki historycznej i prawnej wskazuje na rozwój tej instytucji w omawianym okresie oraz na jej dwutorowość – rozwój notariatu kościelnego oraz prywatnego. Rozwiązania wprowadzone w notariacie na ziemiach polskich opierały się również na nowoczesnych rozwiązaniach włoskich, francuskich czy niemieckich, co bez wątpienia było jednym z powodów sięgania do nich po odzyskaniu przez Polskę niepodległości.

Słowa kluczowe: prawo, notariat, ustawa, akt notarialny, konstytucja, prawo kościelne, prawnicy

SHAPING OF THE NOTARY INSTITUTION IN THE POLISH TERRITORY FROM THE 10TH TO THE 18TH CENTURY. OUTLINE OF HISTORICAL AND LEGAL ISSUES

Summary

The article presents the shaping of the notary institution and the position of a notary in the Polish territory from the 10th to the 18th century. The outline of the historical and legal issues presented in this article indicates the development of this institution in the period under discussion and its duality – development of church and private notaries. The solutions introduced in the notary institution in the Polish territory were also based on modern solutions from Italy, France or Germany, which undoubtedly was one of the reasons for applying them after regaining Independence by Poland.

Keywords: law, notary, act, notarial deed, constitution, church law, lawyers

Aneta Kowalczyk

BEZROBOCIE A NIEPEŁNOSPRAWNOŚĆ. REHABILITACJA ZAWODOWA JAKO PRZEJAW AKTYWIZACJI ZAWODOWEJ OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH – WYBRANE ZAGADNIENIA

Wprowadzenie

Zarówno skuteczna aktywizacja zawodowa osób niepełnosprawnych, jak i kwestie bezrobocia są wyzwaniem współczesności, szczególnie w kontekście stopy bezrobocia dotyczącej ogółu pracowników. W takich realiach wzrasta bowiem niebezpieczeństwo izolacji zawodowej osób niepełnosprawnych, szczególnie że mimo obowiązywania przepisów, których celem jest motywowanie pracodawców do zatrudniania osób niepełnosprawnych, wśród tej grupy pracowników stopa bezrobocia jest wysoka. Pojawia się w związku z tym pytanie o skuteczność regulacji prawnych, jak również o to, czy są one jedynym powodem wysokiej stopy bezrobocia wśród osób niepełnosprawnych. Problem wydaje się dużo bardziej skomplikowany i wieloaspektowy. Dotyczy on bowiem nie tylko ewentualnej skuteczności rozwiązań prawnych czy aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych, ale również aktywizacji społecznej tych osób, która bez wątpienia ma związek z podejmowaniem pracy i wydaje się być podstawą niwelowania wszelkich barier zwiększającą również szanse na znalezienie pracy.

Według ekspertów Banku Światowego niepełnosprawność jest szerokim tematem. Obejmuje ona bowiem kwestie zdrowotne w zakresie zmniejszenia występowania uszkodzeń prowadzących do niepełnosprawności oraz problem przyspieszenia rehabilitacji. Dotyczy również spraw kształcenia i szkoleń, w tym przypadku chodzi głównie o pomoc osobom niepełnosprawnym w wykorzystaniu w pełni możliwości, jakie posiadają.

Niepełnosprawność ma również związek z pracą, w szczególności pojawia się tu problem integracji osób niepełnosprawnych. Dotyczy ona również spraw ochrony, głównie w zakresie ochrony poziomu życia osób, które nie mogą pracować lub ich zdolność do pracy jest poważnie ograniczona niepełnosprawnością.

Ze względu na złożoność zagadnienia nie można jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, jaki wpływ ma niepełnosprawność na znalezienie pracy czy też pozostawanie bez pracy. Wspomniana złożoność powoduje również problemy definicyjne niepełnosprawności i osoby niepełnosprawnej.

Celem niniejszego opracowania jest ocena rozwiązań prawnych w zakresie rehabilitacji zawodowej i próba odpowiedzi na pytanie, na ile zmniejszają one ryzyko bezrobocia wśród osób niepełnosprawnych.

Ewolucja pojęcia niepełnosprawności

Pojęcie to można definiować w różnoraki sposób, w zależności od aspektów, których dotyczy. Aspekt zdrowotny tego pojęcia dotyczący stanu zdrowia osoby niepełnosprawnej i odnosi się do sprawności fizycznej, psychicznej i intelektualnej. Jest jednocześnie kryterium niepełnosprawności, ale rzutuje również na możliwość funkcjonowania osoby niepełnosprawnej. W literaturze przedmiotu krytykowano tzw. biologiczne ujęcie niepełnosprawności akcentujące wyłącznie aspekt medyczny, stanowiący źródło wszelkich trudności i ograniczeń, których sposobem likwidacji lub łagodzenia jest leczenie. Zarzucano mianowicie, że postrzeganie niepełnosprawności w takim ujęciu zwalnia społeczeństwo z konieczności uwzględniania i dostosowywania się do potrzeb osób niepełnosprawnych¹. W konsekwencji tej krytyki powstał nowy model ujęcia niepełnosprawności będący przejawem szerszego spojrzenia, uwzględniający bowiem uwarunkowania społeczne, w szczególności kwestie integracji społecznej. Według tej koncepcji niepełnosprawność nie jest właściwością danej osoby, lecz jest zespołem barier np. architektonicznych, społecznych, prawnych utrudniających funkcjonowanie tej osoby². Zatem środek ciężkości z aspektów zdrowotnych został przeniesiony na właściwości środowiska zewnętrznego.

Według zwolenników biopsychospołecznej koncepcji niepełnosprawność dotyczy ograniczeń w funkcjonowaniu na trzech poziomach: biologicznym, osobowym i społecznym. Według tej koncepcji w powstaniu niepełnosprawności biorą udział i mają na nią wpływ zarówno problemy zdrowotne, cechy osobiste, jak i czynniki środowiskowe³.

Wyraźnym odejściem od akcentowania wyłącznie biologicznych aspektów niepełnosprawności są również założenia Międzynarodowej Klasyfikacji Uszkodzeń Działania i Uczestnictwa, według której człowiek to nie tylko „istota biolo-

¹ T. Majewski, *Biopsychospołeczna koncepcja niepełnosprawności*, „Szkoła Specjalna” 1999, nr 3, s. 131.

² A. Nowak, *Bezrobocie wśród niepełnosprawnych*, Katowice 2002, s. 16.

³ *Ibidem*, s. 17.

giczna”, ale również „osoba działająca i wypełniająca działania” oraz „członek określonej grupy społecznej”. W założeniach tych podkreśla się również, że człowiek funkcjonuje na poziomie biologicznym, osobistym i społecznym. Według powyższych założeń klasyfikacja niepełnosprawności składa się z odrębnych, ale równoległych klasyfikacji trzech obszarów: klasyfikacji uszkodzeń, działania i uczestnictwa. Pierwszy obszar dotyczy oceny anatomicznej struktury organizmu oraz oceny funkcji fizjologicznych i psychicznych organizmu. Drugi – wykonywania wszystkich czynności na poziomie osobistym (w tym m.in. w zakresie uczenia się, praktycznego stosowania zdobytej wiedzy, komunikowania się czy poruszania). Trzeci obszar niepełnosprawności dotyczy funkcjonowania człowieka na poziomie społecznym (w tym kontaktów społecznych, pracy zawodowej czy życia ekonomicznego)⁴.

Z powyższych rozważań wynika, że na niepełnosprawność należy spojrzeć wieloaspektowo, skoro dotyczy ona tak wielu sfer życia ludzkiego, ale jednocześnie trzeba mieć na względzie, że nie jest ona równoznaczna z izolacją społeczną. Żeby jednak do takiej izolacji nie doszło, konieczne jest podejmowanie działań zarówno na gruncie rodziny, jak i społeczeństwa, które pomogą w aktywizacji osób niepełnosprawnych, w tym aktywizacji zawodowej.

Konwencja nr 159 MOP z 20 czerwca 1983 r. dotycząca rehabilitacji i zatrudnienia osób niepełnosprawnych w art. 1, stanowi że osobą niepełnosprawną jest osoba, której możliwości uzyskania i utrzymania odpowiedniego zatrudnienia oraz awansu zawodowego są znacznie ograniczone w wyniku ubytku zdolności fizycznych lub umysłowych⁵.

Bez wątpienia z punktu widzenia aktywizacji zawodowej przeszkody natury zdrowotnej są zasadnicze, jeśli chodzi o podjęcie zatrudnienia. Mogą one bowiem utrudniać lub uniemożliwiać podjęcie zatrudnienia przez osobę niepełnosprawną, stad bez wątpienia akcentuje się w konwencji MOP aspekty zdrowotne.

Aspekt zdrowotny niepełnosprawności jest akcentowany również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Dyrektywa Rady 200/78WE ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy posługuje się pojęciem niepełnosprawności jako przesłanki dyskryminacji, jednak nie definiuje tego pojęcia⁶.

⁴ J. Kirenko, E. Sarzyńska, *Bezrobocie, niepełnosprawność, potrzeby*, Lublin 2010, s. 20–22.

⁵ Dz.U. z 2005 r., nr 43, poz. 412.

⁶ Dz.Urz. UE L nr 303, s. 16–22. Dyrektywa w art. 1 jako jej cel wskazuje wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy. Zatem zakresem ochronnym dyrektywy zostały objęte również osoby niepełnosprawne, dyrektywa jednak nie definiuje pojęcia niepełnosprawności, mimo że pojęcie to ma istotne znaczenie dla określenia zakresu przedmiotowego stosowania zakazu dyskryminacji. Nie odsyła również do zdefiniowania pojęcia do ustawodawstw państw członkowskich.

Pojęcie to zostało zdefiniowane w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 11 lipca 2006 r. w sprawie Sonia Chacón Navas przeciwko Eurest Colectividades SA⁷. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że pojęcie niepełnosprawności należy rozumieć jako ograniczenie wynikające konkretnie z naruszenia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które stanowią przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym. Trybunał Sprawiedliwości zauważył, że aby dane ograniczenie wchodziło w zakres pojęcia niepełnosprawność, musi istnieć prawdopodobieństwo, że jest ono długoterminowe.

Sąd krajowy w swoim orzeczeniu z kolei stwierdził, że w celu wyjaśnienia pojęcia niepełnosprawność należy odwołać się do międzynarodowej klasyfikacji funkcjonowania, niepełnosprawności i zdrowia opracowanej przez Światową Organizację Zdrowia (WHO). Z klasyfikacji tej wynika, że pojęcie niepełnosprawności ma charakter ogólny i obejmuje uszkodzenia i czynniki ograniczające aktywność oraz uczestnictwo w życiu społecznym⁸.

Warte podkreślenia jest stanowisko rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości L.A. Geelhoeda, który zwrócił uwagę na dynamizm postrzegania przez społeczeństwo niepełnosprawności i wyraźną ewolucję jej medycznego i biomedycznego rozumienia. Wskazał jednocześnie, że nie powinniśmy usiłować znaleźć mniej więcej wyczerpującej i stałej definicji pojęcia niepełnosprawność właśnie ze względu na wspomniany dynamizm w tym zakresie⁹. Należy podzielić pogląd rzecznika generalnego co do bezzasadności tworzenia wyczerpującej, jednolitej i sztywnej definicji niepełnosprawności. Z drugiej jednak strony jeżeli tworzymy regulacje prawne o charakterze ochronnym dotyczące osób niepełnosprawnych i gwarantujące im pewne uprawnienia, niezbędne jest określenie zakresu podmiotowego odnoszącego się do tych uprawnień, a zatem konieczne jest wyjaśnienie pojęcia osoby niepełnosprawnej. W związku z tym nie wydaje się, aby próby definiowania niepełnosprawności zasługiwały na krytykę. Definicje w tym zakresie są bowiem konieczne, ale mając na względzie wspomnianą już wieloaspektowość zagadnienia, należy je tworzyć na potrzeby konkretnych regulacji ochronnych. W świetle polskiej ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (dalej: ustawa o rehabilitacji zawodowej) niepełnosprawność jest trwałą lub okresową niezdolnością do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy (art. 2 ust. 10)¹⁰.

⁷ C-13/05, Zb.Orz. 2006, s. 1–6467, pkt 43.

⁸ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman i Chacón Navas*, EPS 2011, nr 8, s. 32.

⁹ *Ibidem*, s. 62.

¹⁰ Ustawa z 27 sierpnia 1997 r., Dz.U. nr 123, poz.776.

Cele i przejawy aktywizacji zawodowej jako jeden z elementów walki z bezrobociem

W literaturze przedmiotu podkreśla się szczególną rolę, jaką pełni praca w życiu osób niepełnosprawnych. Zwraca się uwagę na jej terapeutyczne znaczenie i szczególny wymiar przejawiający się w spełnianiu trzech podstawowych funkcji: dochodowej, rehabilitacyjnej i socjalnej¹¹.

Jedną z podstawowych form aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych jest rehabilitacja. Zgodnie z regulacjami ustawowymi rehabilitacja osób niepełnosprawnych oznacza zespół działań, w szczególności organizacyjnych, leczniczych, psychologicznych, technicznych, szkoleniowych, edukacyjnych i społecznych, zmierzających do osiągnięcia możliwie najwyższego poziomu funkcjonowania, jakości życia i integracji społecznej. Ustawodawca wskazuje jednocześnie na konieczność zaangażowania osób niepełnosprawnych w procesie podnoszenia poziomu funkcjonowania, jakości życia i integracji społecznej¹². Rehabilitacja zawodowa z kolei ma na celu ułatwienie osobie niepełnosprawnej uzyskania i utrzymania odpowiedniego zatrudnienia i awansu zawodowego¹³.

Z przytoczonych wyżej definicji wynika zatem, że jednym z istotnych elementów rehabilitacji osób niepełnosprawnych jest podejmowanie działań umożliwiających podjęcie zatrudnienia przez te osoby. Nie jest to jednak jedyny cel rehabilitacji, jako że jak zostało to podkreślone wyżej, praca w życiu osób niepełnosprawnych pełni funkcję szczególną, a jej podstawowym celem nie jest uzyskanie wynagrodzenia. Jest to co prawda istotny element zatrudnienia również w przypadku osób niepełnosprawnych, jednak równie ważna jest możliwość integracji społecznej, którą ta praca umożliwia. W literaturze przedmiotu podkreśla się terapeutyczną rolę pracy w życiu osób niepełnosprawnych. Przejawia się ona m.in. w tym, że przyczynia się do rozwoju osobowości człowieka, stymulacji jego aktywności i powoduje wzrost samooceny¹⁴.

Zarówno zwiększenie się aktywności osób niepełnosprawnych, jak i wzrost poczucia własnej wartości sprzyjają aktywizacji społecznej osób niepełnosprawnych oraz zwiększają samodzielność, co z kolei poprawia jakość ich życia. Integracja społeczna i samodzielność są czynnikami zmniejszającymi ryzyko bezrobocia wśród osób niepełnosprawnych, jako że wśród przyczyn wysokiej stopy bezrobocia tej grupy pracowników wymienia się środowisko rodzinne, które niekiedy cechuje się

¹¹ M. Król, A. Przybyłka, *Rynek pracy osób niepełnosprawnych. Polityka społeczna* [w:] *Niepełnosprawni w środowisku społecznym*, red. L. Frąckiewicz, Katowice 1999, s. 144.

¹² Art. 7 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej.

¹³ Art. 8 ust. 1 ustawy o rehabilitacji zawodowej.

¹⁴ H. Jastrzębska-Smoląga, *Praca – pewność czy jej brak? Studium analizy faktów*, Warszawa 1994, s. 32–33.

nadopiekuńczością czy izolowaniem społecznym niepełnosprawnego członka rodziny¹⁵.

Nie są to oczywiście jedyne czynniki zwiększające ryzyko bezrobocia wśród osób niepełnosprawnych. Nie sposób bowiem pominąć wpływu ogólnej sytuacji na rynku pracy, która może mieć przełożenie na liczbę ofert pracy dla osób niepełnosprawnych, czy też przyczyny leżące po stronie niepełnosprawnych, jak brak kwalifikacji zawodowych, niski poziom wykształcenia czy też obawa utraty świadczeń w postaci renty¹⁶.

Osoby niepełnosprawne mają większe problemy z wyborem zawodu niż zostali pracownicy. Trudności w tym zakresie generuje ich stan zdrowia, w szczególności ograniczona zwykle zdolność do pracy spowodowana naruszeniem sprawności organizmu, jak również problemy z obiektywną oceną swoich możliwości zawodowych¹⁷. Rehabilitacja zawodowa osób niepełnosprawnych jest zatem szansą na aktywność zawodową i tym samym poprawę jakości życia w różnych jego aspektach: ekonomicznym, społecznym, rodzinnym, emocjonalnym. Istnieją jednak bariery utrudniające skuteczną rehabilitację, w tym zawodową, do których zalicza się: bariery psychologiczne, społeczne, prawne i architektoniczne¹⁸. System polityki państwa w zakresie rehabilitacji zawodowej powinien uwzględniać wszystkie powyższe przeszkody, bowiem tylko w takim przypadku polityka ta będzie umożliwiała realizację zamierzonego celu. Z drugiej jednak strony państwo, podejmując działania zmierzające do większej aktywizacji zawodowej niepełnosprawnych, nie jest w stanie eliminować niektórych barier, np. barier psychologicznych, skoro są one przeszkodami subiektywnymi leżącymi po stronie osób niepełnosprawnych. W tym przypadku pozostaje podejmowanie działań pomocowych poprzez uczestniczenie osób niepełnosprawnych np. w warsztatach terapii zajęciowej.

Polska ustawa o rehabilitacji zawodowej określa zakres działań niezbędnych do prowadzenia skutecznej rehabilitacji zawodowej, a więc takiej, której efektem finalnym jest podjęcie zatrudniania przez osobę niepełnosprawną. Proces ten zgodnie z ustawą powinna rozpocząć ocena zdolności do pracy dokonana w toku badań lekarskich i psychologicznych i ustalenie kwalifikacji, doświadczenia zawodowego oraz jego uzdolnień i zainteresowań (art. 8 ust. 2 pkt 1). Dopiero na dalszym etapie powinny być podejmowane działania zmierzające bezpośrednio do zatrudnienia, czyli pomoc w zakresie wyboru zawodu za pośrednictwem po-

¹⁵ J. Kirenko, E. Sarzyńska, *Bezrobocie...*, s. 24.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ T. Majewski, *Specyficzne problemy związane z pracą zawodową osób niepełnosprawnych* [w:] *Osoby niepełnosprawne w środowisku lokalnym. Wyrównanie szans*, red. B. Szczepanowska, J. Mikulski, Warszawa 1999, s. 181.

¹⁸ Z. Kawczyńska-Butrym, *Niepełnosprawność – specyfika pomocy społecznej*, Katowice 1998, s. 38–39.

radnictwa zawodowego, przygotowanie zawodowe pod kątem perspektyw zatrudnienia, następnie dobór odpowiedniego miejsca pracy (art. 8 ust. 2 pkt 2, 3, 4). Do form wspomagających proces rehabilitacji zawodowej ustawa zalicza warsztaty terapii zajęciowej i turnusy rehabilitacyjne (art. 10).

Wskazane wyżej regulacje prawne wyznaczają kierunki działań umożliwiających skuteczną rehabilitację zawodową i jednocześnie wskazują kilka istotnych problemów z nią związanych, stanowiących, jak się wydaje, przeszkodę w osiągnięciu celu rehabilitacji. Ustawodawca podkreśla mianowicie konieczność oceny uzdolnień i zainteresowań osoby niepełnosprawnej. Osoby niepełnosprawne mają najczęściej trudności z obiektywną oceną własnych możliwości, a wpływ na taki stan rzeczy może mieć środowisko rodzinne czy odbiór ograniczenia sprawności przez środowisko społeczne¹⁹. W takiej sytuacji konieczna jest zinstytucjonalizowana i kompetentna pomoc. Jest to jednocześnie pierwszy z etapów rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych, polegający na pomaganiu osobom niepełnosprawnym bezrobotnym i poszukującym pracy w wyborze zawodu. Instytucjami realizującymi obowiązki z zakresu poradnictwa zawodowego są działające w ramach wojewódzkich urzędów pracy centra informacji i planowania kariery zawodowej oraz w ramach powiatowych urzędów – pracy centra aktywizacji zawodowej²⁰. W skład zakresu przedmiotowego poradnictwa zawodowego zgodnie z regulacjami ustawowymi wchodzi m.in. kierowanie na specjalistyczne badania psychologiczne, które umożliwiają ocenę przydatności do konkretnego zawodu czy kierunku szkolenia²¹. Kompetencja ta w świetle ustawy o rehabilitacji zawodowej mieści się w zakresie przedmiotowym pierwszego etapu działań podejmowanych w ramach rehabilitacji zawodowej.

W świetle tej ustawy drugim etapem jest poradnictwo zawodowe, które umożliwia wybór odpowiedniego zawodu i szkolenia. Wydaje się jednak, że w praktyce trudno wyznaczyć wyraźną granicę oddzielającą te dwa etapy, właściwsze wydaje się łączenie ich. Na zakres przedmiotowy poradnictwa zawodowego składają się również kompetencje w zakresie udzielania porad ułatwiających wybór zawodu czy zmianę kwalifikacji, które mogą mieć charakter indywidualny lub zbiorowy²².

Można wnioskować, że na tym etapie pomocy osobom niepełnosprawnym istotne jest, aby porady w zakresie wyboru zawodu uwzględniały zarówno możliwości i predyspozycje tych osób, jak i ich zainteresowania. Mniej istotne wydaje się natomiast skorelowanie tych porad z aktualnym zapotrzebowaniem rynku

¹⁹ J. Kirenko, E. Sarzyńska, *Bezrobocie...*, s. 25.

²⁰ Art 8 i 9 b ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. nr 99, poz. 1001 ze zm.); dalej: ustawa o promocji zatrudnienia.

²¹ Art. 38 ust. 1 c ustawy o promocji zatrudnienia.

²² Art. 38 ust. 1 b ustawy o promocji zatrudnienia.

pracy na przedstawicieli konkretnych zawodów, ponieważ jest to zjawisko charakteryzujące się dużą dynamiką zmian. Tymczasem jako że wybór zawodu powinien być decyzją na długi okres, należałoby uwzględnić dane statystyczne co do zapotrzebowania rynku pracy o charakterze długofalowym. Inaczej rzecz ma się ze szkoleniami, których organizacja powinna zostać poprzedzona badaniami pod kątem aktualnych zapotrzebowań rynku pracy, jeżeli szkolenie ma na celu przekwalifikowanie lub podwyższenie kwalifikacji. W świetle ustawy o promocji zatrudnienia w zakresie kompetencji składających się na inicjowanie szkoleń wchodzi m.in. diagnozowanie zapotrzebowania na zawody, specjalności i kwalifikacje (art. 40 ust. 2A). Regulacje w zakresie szkoleń osób niepełnosprawnych wynikające z ustawy o rehabilitacji zawodowej nie precyzują, co należy rozumieć pod pojęciem inicjowania szkoleń. Wydaje się jednak oczywiste, że również szkolenia dla osób niepełnosprawnych powinny być poprzedzone analizą rynku pracy pod kątem jego zapotrzebowań. Nie powinny być one organizowane tylko i wyłącznie przez pryzmat ograniczeń czy predyspozycji osób niepełnosprawnych.

Kolejnym etapem aktywizacji zawodowej jest pośrednictwo pracy, którego celem jest pomoc w podjęciu zatrudnienia przez osoby niepełnosprawne. Zadania w tym zakresie mogą być realizowane zarówno przez samorząd województwa, jak i samorząd powiatu, przy czym w literaturze przedmiotu podkreśla się, że instytucje świadczące pomoc w zakresie poradnictwa i pośrednictwa pracy powinny prowadzić działalność o zasięgu lokalnym. Lokalny charakter działalności sprzyja bowiem nawiązywaniu lepszej współpracy z pracodawcami i daje możliwość podtrzymywania kontaktu z osobą niepełnosprawną również po podjęciu przez nią zatrudnienia²³.

Adresatami powyższych usług zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy są zarówno pracownicy, jak i pracodawcy. W przypadku tych ostatnich pomoc ma się koncentrować na pozyskaniu pracowników odpowiadających ich oczekiwaniom²⁴. Usługi w tym zakresie mogą być również świadczone przez agencje zatrudnienia w ramach prowadzonej przez nie działalności gospodarczej. Pośrednictwo pracy w przypadku osób niepełnosprawnych umożliwia podjęcie zatrudnienia na otwartym rynku pracy, które to zatrudnienie wydaje się w najpełniejszym wymiarze realizować cel zatrudnienia tej grupy pracowników. Zatrudnienie na otwartym rynku pracy daje poczucie braku alienacji, której powodem może być niepełnosprawność. Może wpływać pozytywnie na wzrost samooceny tej grupy pracowników i stanowić niezaprzeczalny dowód, że ograniczenia natury zdrowotnej nie oznaczają funkcjonowania poza daną społecznością. Należy zgodzić się z poglądem, że otwarty rynek pracy daje moż-

²³ J. Kirenko, E. Sarzyńska, *Bezrobocie...*, s. 29.

²⁴ Art. 8 ust. 1 pkt 11 i art. 9 ust. 1 pkt 3 ustawy o promocji zatrudnienia.

liwość awansu zawodowego i uzyskania wyższego wynagrodzenia, ale wymaga konkurencji osób niepełnosprawnych z osobami sprawnymi²⁵. Może to rzeczywiście generować problemy z racji ograniczeń w sprawności organizmu, które bywają przyczyną mniejszej konkurencyjności osób niepełnosprawnych. Rolą państwa w takim przypadku jest wprowadzenie zachęt dla pracodawców, które zwiększą konkurencyjność osób niepełnosprawnych, powodując, że brak pełnej sprawności organizmu przestanie być przesłanką negatywną przy zatrudnianiu pracowników. W krajach europejskich do zachęt takich zalicza się m.in. nałożenie na pracodawcę obowiązku przystosowania stanowiska pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych. Wprowadza się niekiedy obligatoryjne wskaźniki zatrudnienia niepełnosprawnych, subwencje dla pracodawców zatrudniających osoby niepełnosprawne czy też instytucję zatrudnienia wspomaganego, która umożliwia wykonywanie pracy przez osoby zwłaszcza ze znacznym stopniem niepełnosprawności na przystosowanym stanowisku pracy przy pomocy innej osoby: asystenta lub instruktora²⁶.

Polski ustawodawca w zakresie zachęt dla pracodawców, które mają ich motywować do zatrudniania pracowników niepełnosprawnych w ramach otwartego rynku pracy, koncentruje się na zachętach o charakterze finansowym. Przejawem tego typu zachęt może być zwrot kosztów wydatkowanych na adaptację pomieszczeń do potrzeb osób niepełnosprawnych czy adaptację lub zakup urządzeń ułatwiających osobie niepełnosprawnej funkcjonowanie w pracy (art. 26 ust. 1), zwrot kosztów wyposażenia stanowiska pracy (art. 26e ust. 1) czy zatrudnienia pracowników pomagających pracownikowi niepełnosprawnemu w pracy. Zachętą o charakterze finansowym jest dofinansowanie do wynagrodzenia pracownika niepełnosprawnego, którego wysokość jest uzależniona od stopnia niepełnosprawności oraz rodzaju choroby (art. 26a). Rozwiązaniem, które pośrednio również stanowi zachętę finansową, jest zobligowanie pracodawcy do wydzielenia lub zorganizowania odpowiedniego stanowiska pracy dla pracownika, który wskutek wypadku przy pracy lub choroby zawodowej stał się niezdolny do pracy na dotychczasowym stanowisku, a zgłasza gotowość do pracy po uznaniu za osobę niepełnosprawną, w przeciwnym razie będzie zobligowany do wpłaty na Fundusz piętnastokrotności przeciętnego wynagrodzenia za pracownika – w tym przypadku mamy do czynienia z finansową zachętą do dalszego zatrudnienia, która jednocześnie ma charakter sankcji w przypadku niedopełnienia obowiązku przez pracodawcę.

²⁵ A. Nowak, *Niepełnosprawni na rynku pracy (wybrane problemy)*, „Auxilium Sociale – Wsparcie Społeczne” 2000, nr 3–4, s. 53.

²⁶ B. Kołaczek, *Metody aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych w Polsce i w wybranych krajach Unii Europejskiej*, „Polityka Społeczna” 2010, nr 7, s. 9.

Podsumowanie

Z analizy regulacji prawnych dotyczących rehabilitacji zawodowej osób niepełnosprawnych wynika, że polski ustawodawca wprowadza rozwiązania, które pełniąc funkcję ochronną prawa pracy, powinny jednocześnie motywować pracodawców do zatrudniania osób niepełnosprawnych. Niski odsetek osób pracujących wśród niepełnosprawnych pozwala wnioskować, że nie są one wystarczającą barierą chroniącą przed bezrobociem. Nie wydaje się jednak, aby przyczyną takiego stanu rzeczy była wyłącznie wadliwość rozwiązań w nich wprowadzonych. Problem bezrobocia wśród osób niepełnosprawnych jest na tyle złożonym zagadnieniem, że trudno jednoznacznie wskazać na jego przyczyny. Bez wątpienia można podnosić, że regulacje prawne są niewystarczające, jeżeli chodzi o zatrudnienie osób niepełnosprawnych na otwartym rynku pracy. Przykładem może być chociażby brak systemowych unormowań w zakresie zatrudnienia wspomaganego gwarantujących pomoc w osobie trenera pracy już na etapie poszukiwania pracy. Z drugiej jednak strony przeszkodą w pełnym wykorzystaniu regulacji umożliwiających zatrudnienie na otwartym rynku pracy może być również tradycja w zakresie dominacji zatrudniania osób niepełnosprawnych w zakładach pracy chronionej. Jak się wydaje, bardzo istotną rolę w procesie aktywizacji zawodowej odgrywa poradnictwo zawodowe. Wybór odpowiedniego zawodu, czy też skorelowanie kwalifikacji z aktualnym stanem zdrowia i zapotrzebowaniami rynku pracy jest zadaniem tyleż trudnym, co istotnym. Nie zwalnia to jednak podmiotów świadczących usługi w tym zakresie z konieczności podejmowania przemyślanych działań poprzedzających organizację szkoleń, które umożliwią ocenę potrzeb rynku pracy co do kwalifikacji pracowników, czy też profesjonalnego doradztwa zawodowego.

Przeszkodą w pełnym wykorzystaniu unormowań prawnych w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych na otwartym rynku pracy może być również nastawienie samych pracodawców. Jak wynika z badań przeprowadzonych na zlecenie PFRON, pracodawcy postrzegają unormowania prawne w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych jako restrykcyjno-represyjne, niestabilne, niedostosowane do potrzeb pracodawców, nierealne. Uważają, że bardziej racjonalne jest zapłacenie składki na rzecz Funduszu²⁷. Nie może to oczywiście deprecjonować norm prawnych i nie wydaje się, aby rozwiązaniem była ich liberalizacja w zakresie, na jaki wskazują wyniki badań, oznaczałoby to bowiem rezygnację z unormowań o charakterze ochronnym. Należałoby się natomiast zastanowić, czy obserwowane od kilku lat obniżanie dofinansowania do wynagrodzenia pracowników z lekkim i umiarkowanym stopniem niepełnosprawności jest rozwiązaniem trafnym, szczególnie że ta grupa dominuje wśród pracowników niepełnosprawnych. Podwyższono co prawda dofinansowanie do wynagrodzenia

²⁷A. Kołodziejska, *Niepełnosprawni a polski rynek pracy*, <http://rynekpracy.org> (25.08.2017).

dla osób ze znacznym stopniem niepełnosprawności, nie wydaje się jednak, aby było to rozwiązanie realnie zwiększające szanse na podjęcie przez nich pracy, skoro brak jest regulacji gwarantujących im pomoc na etapie poszukiwania pracy czy w okresie adaptacyjnym po jej podjęciu.

Zjawiskiem pozytywnym jest zmiana świadomości społecznej co do niepełnosprawności, czego efektem wydaje się być ewolucja samego pojęcia niepełnosprawności. Nie oznacza to jednak eliminacji wszystkich negatywnych zjawisk towarzyszących postrzeganiu niepełnosprawności. Nadal towarzyszy nam stereotypowe myślenie w kategoriach: niepełnosprawność równa się ograniczenie, które może utrudniać aktywizację zawodową, ponieważ od tych stereotypów nie są wolne również osoby niepełnosprawne, skoro są członkami tej samej społeczności. Można zatem sformułować tezę, że bezrobocie wśród osób niepełnosprawnych jest wypadkową wielu czynników natury: społecznej, psychologicznej, ekonomicznej, światopoglądowej, które są większą przeszkodą w podjęciu przez nie zatrudnienia aniżeli ograniczenia prawne czy zdrowotne.

Bibliografia

- Jastrzębska-Smolaga H., *Praca – pewność czy jej brak? Studium analizy faktów*, Warszawa 1994.
- Kawczyńska-Butrym Z., *Niepełnosprawność – specyfika pomocy społecznej*, Katowice 1998.
- Kirenko J., Sarzyńska E., *Bezrobocie, niepełnosprawność, potrzeby*, Lublin 2010.
- Kołaczek B., *Metody aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych w Polsce i w wybranych krajach Unii Europejskiej*, „Polityka Społeczna” 2010, nr 7.
- Kołodziejska A., *Niepełnosprawni a polski rynek pracy*, <http://rynekpracy.org> (25.08.2017).
- Król M., Przybyłka A., *Rynek pracy osób niepełnosprawnych. Polityka społeczna* [w:] *Niepełnosprawni w środowisku społecznym*, red. L. Frąckiewicz, Katowice 1999.
- Majewski T., *Biopsychospołeczna koncepcja niepełnosprawności*, „Szkoła Specjalna” 1999, nr 3.
- Majewski T., *Specyficzne problemy związane z pracą zawodową osób niepełnosprawnych* [w:] *Osoby niepełnosprawne w środowisku lokalnym. Wyrównanie szans*, red. B. Szczepanowska, J. Mikulski, Warszawa 1999.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Zakaz dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność w świetle wyroków TS w sprawach Coleman i Chacón Navas*, EPS 2011, nr 8.
- Nowak A., *Bezrobocie wśród niepełnosprawnych*, Katowice 2002.
- Nowak A., *Niepełnosprawni na rynku pracy (wybrane problemy)*, „Auxilium Sociale – Wsparcie Społeczne” 2000.

Streszczenie

Problem bezrobocia wśród osób niepełnosprawnych jest na tyle złożonym zagadnieniem, że trudno jednoznacznie wskazać na jego przyczyny. Można natomiast bez wątplenia stwierdzić, że mechanizmem zwiększającym szanse na podjęcie zatrudnienia przez tę grupę pracowników są odpowiednie regulacje prawne chociażby w zakresie aktywizacji zawodowej. Ich analiza na gruncie ustawodawstwa polskiego pozwala sformułować tezę, że w niektórych aspektach są one niewy-

starzające, chociażby jeśli chodzi o brak systemowej regulacji w zakresie zatrudnienia wspomaganego, czy też są nie w pełni wykorzystane przez pracodawców.

Słowa kluczowe: inwalidztwo, bezrobocie, praca, dyskryminacja

UNEMPLOYMENT VS. DISABILITY. OCCUPATIONAL REHABILITATION AS A SIGN OF VOCATIONAL ACTIVATION OF THE DISABLED – SELECTED ISSUES

Summary

The problem of unemployment among disabled people is a highly complex matter therefore it is difficult to explicitly identify its causes. Yet it can be undoubtedly concluded that mechanisms increasing the chances for this group of employees to take up work include legal regulations related to vocational activation. Their analysis, taking into account Polish legislation, provides evidence for a hypothesis that in some aspects they are insufficient, for instance due to the lack of systematic regulations related to supported employment, or that they are not fully applied by employers.

Keywords: disability, unemployment, labor, discrimination

Anna Marcinkowska

**UWAGI CO DO ZGODY PACJENTA NA ZABIEG MEDYCZNY
JAKO FORMY OCHRONY AUTONOMII JEDNOSTKI ORAZ
WARUNKÓW LEGALNOŚCI ZABIEGU LECZNICZEGO
W ROZUMIENIU ART. 192 K.K. PRZY ZASTOSOWANIU
TELEMEDYCZYNY**

Wprowadzenie

Wcześniej obowiązujące Kodeksy karne, tj. z 1932 i 1969 r., nie znały typu czynu zabronionego w postaci penalizacji wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Mimo takiego stanu rzeczy uznawano, że przeprowadzanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta mogło być karalne, gdyż nastąpiła realizacja znamion odpowiedniego przestępstwa przeciwko zdrowiu lub przestępstwa przeciwko wolności¹. Pojęcie zabiegu leczniczego funkcjonowało w doktrynie i orzecznictwie, zwłaszcza gdy zajmowano się okolicznościami wyłączającymi przestępność czynu zabronionego. Uznawano definicję² zabiegu leczniczego sformułowaną przez J. Sawickiego³. Pojęcie zabiegu lekarskiego pojawiło się dopiero w art. 164 § 2 k.k. z 1969 r. na tle rozważań związanych z obowiązkiem udzielenia pomocy przez lekarza oraz jego działań w granicach uprawnień. Dostrzeżono kolizję między prawem pacjenta do samostanowienia o swoim losie a ograniczaniem tego prawa i ukształtowaniem relacji między nim a wartościami, takimi jak życie i zdrowie.

W realiach poprzedniego ustroju lekarz, który przeprowadził zabieg wbrew woli pacjenta (bez względu na powodzenie zabiegu), mógł m.in. odpowiadać za pozbawienie człowieka wolności (art. 165 § 1 d.k.k.), jeżeli następstwem zabiegu było uniemożliwienie pacjentowi, wbrew jego woli, swobody przemieszcza-

¹ Wyrok SN z 29 grudnia 1969 r., II CR 564/69, OSPiKA 1970, nr 10, poz. 202; wyrok SN z 14 listopada 1972 r., I CR 463/72, „Nowe Prawo” 1975, nr 4, s. 585.

² J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 78. Podobnie: W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 157, pkt 364.

³ J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym*, Warszawa 1965, s. 11.

nia się w inne miejsce (np. opuszczenia szpitala) oraz spowodowanie u pacjenta stanu psychicznego uniemożliwiającego i wykluczającego swobodne podjęcie decyzji poprzez wywołanie stanu nieprzytomności lub ograniczającego wolę. Nie istniały też żadne przeszkody, by lekarz w takim wypadku odpowiadał również z art. 246 d.k.k. (czyli za tzw. przestępstwo urzędnicze), jeżeli z racji zajmowanego stanowiska był funkcjonariuszem publicznym⁴.

Obecnie przedmiotem ochrony tego typu czynu zabronionego jest prawo pacjenta do decydowania o sobie i samostanowienia odnośnie do poddania się zabiegowi leczniczemu. Ustawodawca przyjął rozwiązanie, którego *ratio legis* było oddzielenie ochrony prawa do samostanowienia pacjenta od ochrony szeroko pojętej wolności człowieka i uzależnienie ścigania tego przestępstwa od wniosku leczonego. Problematyka udzielenia zgody na zabieg medyczny jest ściśle związana z prawem do informacji medycznej. Prawo pacjenta do informacji związanych z udzieleniem świadczeń zdrowotnych należy zaliczyć do praktycznej realizacji prawa do prywatności, co z kolei oznacza zdolność jednostki do kontrolowania obiegu informacji o sobie. Natomiast w prawie europejskim stosuje się pojęcia świadomej zgody i świadomego wyboru⁵.

Przeprowadzenie zabiegów leczniczych bez zgody pacjenta należy uznać więc za ogólnie bezprawne, bez względu na ich cel leczniczy i wykonanie zgodnie z zasadami sztuki lekarskiej. Działanie takie jest sprzeczne nie tylko z Konstytucją (art. 30 i 31), ale także z prawem międzynarodowym i Konwencją o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 4 kwietnia 1997 r. Artykuł 5 tego aktu prawa międzynarodowego jednoznacznie stanowi, że nie można przeprowadzić interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby zainteresowanej, a przed jej dokonaniem osoba zainteresowana otrzymuje odpowiednie informacje o celu i naturze interwencji, jak również jej konsekwencjach i ryzyku⁶.

⁴ W. Wanatowska, W. Kulesza, *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988, s. 16–17 i 69.

⁵ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz do art. 9, pkt. 1 i 2*, Lex 2012.

⁶ Konwencja jest podstawowym dokumentem w Unii Europejskiej, który reguluje zagadnienia prawa medycyny i etyki i obowiązuje od 1 grudnia 1999 r. Zakłada ona, oprócz prawa do informacji, także prawo do niebycia informowanym – w zależności od życzenia pacjenta; nie została ratyfikowana przez Polskę. Obecnie ratyfikacja znajduje się na etapie uzgodnień resortowych. Podaję za www.zdrowie.abc.com.pl oraz www.polityka.pl. Odnośnie do definicji pacjenta należy także powołać się na art. 3 pkt h Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/ UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (Dz.Urz. UE L 88/45) stanowiącej, że pacjentem jest każda osoba fizyczna, która chce otrzymać lub otrzymuje opiekę zdrowotną w państwie członkowskim. Jest to definicja szersza niż definicja przewidziana w ustawie z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta, gdzie za pacjenta uznano osobę

Związane jest to z konstytucyjnym oparciem praw i wolności jednostki, a zwłaszcza z wysokim umiejscowieniem w tej hierarchii wolności i praw wynikających z przyrodzonej godności człowieka⁷. Należy się również odwołać do istnienia dylematu aksjologicznego związanego z ustaleniem hierarchii wartości związanych ze zdrowiem w systemie prawa. Dochodzi tutaj do przyznania prymatu zasadzie *voluntas aegroti suprema lex* nad zasadą *salus aegroti suprema lex*, co znajduje obecnie odzwierciedlenie w art. 41 ust. 1 Konstytucji RP⁸.

Podstawowym aktem prawnym, który reguluje kwestię zgody pacjenta, jest ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry (dalej: u.z.l.), która od art. 32 do art. 35 reguluje udzielanie zgody na badania i inne świadczenia zdrowotne⁹. Wprowadza ona cztery warunki, których spełnienie determinuje stwierdzenie ważności zgody. Należą do nich:

- uprawnienie do udzielania zgody związane z prawnym dysponowaniem chronionego dobra,
- brak sprzeczności przedmiotu zgody z ustawą lub zasadami współżycia społecznego,
- integralne i swobodne wyrażenie decyzji jako oświadczenia woli, którego wyrażenie następuje po należyтым rozpoznaniu okoliczności faktycznych,
- wyrażenie zasady zgody w przewidzianej prawem formie.

M. Świdarska wywiodła natomiast definicję zgody z konwencji bioetycznej. Jej zdaniem istotę zgody można określić jako odwołalny, swobodnie podjęty i wyrażony według reguł znaczeniowych dostępnych dla innych uczestników procesu medycznego akt woli pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego (w wąsko zakreślonych na ogół granicach także opiekuna faktycznego), podjęty na podstawie przystępnie udzielonej, rzetelnej informacji co do wszystkich stadiów postępowania medycznego¹⁰. Autorka ta zajęła stanowisko, że istnieją dwa główne punkty widzenia co do charakteru prawnego zgody na zabieg medyczny. Pierwszy z tych poglądów opiera się na stanowisku, że zgoda jest tożsama z oświadczeniem woli na podstawie art. 60 k.c. Natomiast w drugim z nich zwraca się uwagę na różnice między zgodą a oświadczeniem woli, tj. przede

zwracającą się o udzielanie świadczeń zdrowotnych lub korzystającą ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód lekarza.

⁷ *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 192 kk.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 625–626; M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 441–444.

⁸ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 97, *eadem*, *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 85.

⁹ Dz.U. z 1997 r., nr 28, poz. 152 ze zm.

¹⁰ M. Świdarska, *Zgoda na zabieg medyczny w świetle konwencji bioetycznej prawa i etyki*, www.diametros.iphils.uj.edu.pl (10.07.2017).

wszystkim na okoliczność, że istota zgody nie sprowadza się do wywołania skutków prawnych, ale do dysponowania w drodze autonomicznej decyzji własnym dobrem prawnym¹¹.

Konieczność uzyskania zgody na przeprowadzenie zabiegu medycznego jest także ściśle powiązana z zasadą ochrony dóbr osobistych. Samo naruszenie dóbr osobistych było związane ze sporem, czy dobra te mają charakter obiektywny, czy subiektywny. Ostatecznie zwyciężyła koncepcja, by naruszenie dóbr osobistych oceniać przy zastosowaniu kryteriów obiektywnych, co związane byłoby z odwołaniem się do ocen powszechnie przyjmowanych w społeczeństwie, wspólnych standardów moralnych i rozumienia pojęć. Kryteria subiektywne mogą jednak czasem stanowić istotny czynnik w procesie oceny, przy zastosowaniu kryterium „ujemnego przeżycia”¹². W wypadku osoby pełnoletniej, która posiada pełną zdolność do czynności prawnej, nie ma wątpliwości, że wyrażenie zgody należy do jej wyłącznych uprawnień. W wypadku pacjenta niepełnoletniego działają jego przedstawiciele ustawowi, natomiast w innych wypadkach przy braku możliwości wyrażenia woli konieczne jest wystąpienie o zgodę do sądu opiekuńczego. Odpowiednio należy stosować tutaj przepisy art. 29, 97 § 1 i 2, 121, 155, 156, 157 i 181 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹³.

W art. 32 ust. 5 u.z.l. ustawodawca przewidział konieczność wystąpienia tzw. zgody kumulatywnej lub równoległej. W wypadku małoletniego pacjenta, który ukończył 16 lat, udzielenie świadczenia zdrowotnego możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy oprócz osób uprawnionych do udzielenia tzw. zgody zastępczej (przedstawiciel ustawowy i opiekun faktyczny), także on wyrazi swoją zgodę. Podobne unormowanie dotyczy osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie, jeżeli jest ona w stanie wypowiedzieć swoją opinię w sprawie badania, przy zachowaniu odpowiedniego rozeznania. W takich sytuacjach możliwe jest zaistnienie kolizji. Ostatecznie decyzja co do wyrażenia zgody kumulatywnej należy do sądu opiekuńczego właściwego miejscowo dla wykonania czynności medycznych (art. 36 ust. 6 u.z.l.). Wyrażenie takiej zgody przez sąd będzie usprawiedliwiało lekarza, gdyż decyzja sądu będzie wynikała z zezwolenia ustawodawcy i uwzględniała wyższość życia pacjenta nad jego prawem do samostanowienia, a samo działanie lekarza będzie pierwotnie legalne¹⁴. Osobny tryb postępowania przewidziano w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego, która reguluje podjęcie

¹¹ M. Świdarska za: M. Safian, *Forma zgody na zabieg medyczny*, „Prawo i Medycyna” 1998, s. 24–35 i 46.

¹² M. Syska, *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013, s. 227 i n. Autor posiłkuje się przy tym definicją dóbr osobistych przedstawioną przez A. Szpunara w *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 106–116.

¹³ E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry*, Warszawa 2008, s. 467–471.

¹⁴ A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 19.

leczenia osoby chorej psychicznie, upośledzonej umysłowo i wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych (art. 3 pkt 1 ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹⁵). Ustawa ta przewiduje dwa tryby przyjęcia pacjenta bez zgody do szpitala, tj. tryb nagły i wnioskowy. Odnośnie do tej ustawy należy podnieść, że reguluje ona przeprowadzenie badania tylko przez lekarza psychiatrę. Pozostaje wobec tego otwarte pytanie o możliwość przeprowadzenia badania lekarskiego (połączonego np. z zabiegiem leczniczym, przykładowo w postaci pobrania krwi) przez lekarza innej specjalności. T. Dukiet-Nagórska w sytuacji konfliktu obowiązków opowiedziała się za stosowaniem art. 26 § 5 k.k. jako podstawy prawnej dla zastosowania przymusu w zakresie badania pacjenta, który cierpi na zaburzenia psychiczne, przez lekarza, który działa w zakresie innego obszaru medycyny¹⁶. W literaturze przedmiotu podnosi się jednak, że obowiązek lekarza uszanowania prawa pacjenta do samostanowienia nie aktualizuje się w wypadku kolizji obowiązków, wobec czego z reguły nie znajduje zastosowania regulacja zastosowana w art. 26 § 5 k.k.¹⁷ Uaktualnienie obowiązków, z których tylko jeden może być zrealizowany, dotyczy wobec tego wyłącznie pacjenta z zaburzeniami psychicznymi w sytuacjach, które nie są przewidziane przez inne źródła prawa o randze ustawowej. Należy pamiętać, że zgodnie z art. 31 ust. 1 u.z.l. zgoda pacjenta obejmuje wszystkie rodzaje działań lekarskich, a nie wyłącznie zabiegi operacyjne.

Problem wyrażenia zgody pacjenta jest również uregulowany w art. 15 Kodeksu etyki lekarskiej, który jednak przewiduje możliwość podjęcia działań w imię ratowania zdrowia i życia pacjenta, który nie jest w stanie wyrazić zgody przy poświęceniu prawa do jej wyrażenia¹⁸. Przepis ten wprowadza pojęcie „wymogu niezwłocznej pomocy lekarskiej”, gdy ze względu na stan zdrowia lub wiek istnieje brak możliwości wyrażenia zgody i porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem prawnym. W sytuacjach takich istnieje obowiązek konsultacji z drugim lekarzem oraz uczynienia stosownej adnotacji w dokumentacji medycznej (art. 33 ust. 2 i 3 u.z.l.)¹⁹. Ustawa ta przewiduje także możliwość działania *ex lege* w wypadku konieczności wykonania zabiegu operacyjnego lub zastosowania metody leczenia i diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta, gdy zwłoka w uzyskaniu zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2011 r., nr 231, poz. 1375 ze zm.

¹⁶ T. Dukiet-Nagórska, *Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 19, s. 22.

¹⁷ P. Kardas, *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, „Przegląd Sadowy” 2005, nr 10, s. 55. Podobnie: A. Liszewska, *Problem zgody pacjenta...*, s. 85.

¹⁸ Kodeks etyki lekarskiej przyjęty uchwałą Nadzwyczajnego Drugiego Krajowego Zjazdu Lekarzy z 14 grudnia 1991 r. ze zm.

¹⁹ A. Zoll, *Stan...*, s. 13.

rozstroju zdrowia (art. 34 ust. 7 cyt. ustawy). W takim rozwiązaniu ustawowym nadano pierwszeństwo obowiązkowi ochrony życia lub zdrowia nad zasadą podejmowania przez lekarza wszelkich czynności medycznych po uzyskaniu uprzedniej zgody. W kolizji tych dóbr można zauważyć wystąpienie szczególniej formy stanu wyższej konieczności²⁰.

Do sytuacji, w których lekarz może podjąć czynności medyczne bez zgody pacjenta, zaliczyć trzeba stany, gdy pacjent wymaga niezwłocznej pomocy lekarskiej, a ze względu na stan zdrowia lub wiek nie może on jej wyrazić i nie ma możliwości porozumienia się z jego przedstawicielem ustawowym lub opiekunem faktycznym (art. 32 i 33 ust. 1, 2, 3). Dotyczy to czynności, które nie przybierają formy operacji lub działań diagnostycznych i leczniczych, które mogą stworzyć podwyższone ryzyko dla pacjenta. Wykonanie czynności bez zgody sądu lub przedstawiciela ustawowego jest również dopuszczalne, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem o uzyskanie zgody stanowiłaby zagrożenie dla pacjenta utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Odnosi się to do czynności przybierających postać zabiegu operacyjnego, zastosowania metody leczenia lub diagnozy stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta.

Zgoda na podstawie brzmienia art. 37 ust. 1 u.z.l. może być wyrażona przez pacjenta ustnie, w sposób dorozumiany (tzw. zgoda konkludentna), czyli przez każde zachowanie, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę pacjenta poddania się określonym czynnościom medycznym oraz w formie pisemnej w odniesieniu do:

- zabiegu operacyjnego i metod leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta,
- eksperymentu medycznego.

Z kolei pisemna zgoda pacjenta powinna określać rodzaj zabiegu, któremu ma się poddać pacjent, a także wskazywać konkretną metodę. Konieczne jest także zawarcie w niej oświadczenia pacjenta o zapoznaniu z typowymi i przewidywalnymi możliwymi powikłaniami, powikłaniami nietypowymi oraz ryzykiem zabiegu i jego następstwami. Zgoda powinna być potwierdzona własnoręcznym podpisem pacjenta i lekarza²¹.

²⁰ Art. 24 i 25 ustawy o prawach pacjenta wprowadzają obowiązek dokumentowania procesu udzielania świadczeń zdrowotnych oraz definicję dokumentu medycznego, który powinien zawierać oznaczenie pacjenta w postaci daty urodzenia, płci, adresu, nr pesel i dokumentu stwierdzającego tożsamość i danych przedstawiciela ustawowego, oznaczenie podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych, ze wskazaniem komórki organizacyjnej, opis stanu zdrowia pacjenta lub udzielonych mu świadczeń zdrowotnych, jak również datę sporządzenia.

²¹ K. Baron, *Zgoda pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 9, s. 46; A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2011, s. 75; wyrok SN z 3 grudnia 2009 r., II CK 337/09, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 2 wraz z głołą aprobującą M. Nesterowicza.

Oświadczenie pacjenta a orzecznictwo Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy stosunkowo rzadko zajmował się interpretacją woli pacjenta w formie oświadczenia. Dotychczas prezentowano jednak stanowisko, że oświadczenie pacjenta, które określa wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych i tych, które mogą dopiero zaistnieć, a zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny, musi być uznane za wiążące. Takie stanowisko zajął SN, rozpatrując sprawę pacjenta świadka Jehowy, który uległ wypadkowi komunikacyjnemu z utratą przytomności. Jego stan zdrowia wymagał przetoczenia krwi i preparatów krwiopochodnych. Przy pacjencie znaleziono sporządzone w tym samym roku oświadczenie, którego wynikało, że „bez względu na okoliczności” nie wyraża zgody na „żadną transfuzję krwi”, nawet gdy jej przeprowadzenie byłoby konieczne dla ratowania życia i zdrowia. Oświadczenie to przy tym odnosiło się do możliwego stosowania środków niekrwiopochodnych, zwiększających ilość osocza, leków tamujących krwawienie oraz środków pobudzających produkcję czerwonych krwinek, z wyrażeniem zgody na te zabiegi i czynności medyczne oraz na wszelkie inne metody leczenia, które nie byłyby związane z podawaniem krwi. W oświadczeniu tym pacjent uzasadnił także swoje stanowisko pod względem teologicznym.

Rozpatrując sprawę, SN sięgnął do przepisów Konstytucji związanych z zapewnieniem każdemu ochrony wolności i nietykalności osobistej i życia prywatnego, rodzinnego, czci, dobrego imienia oraz prawa o decydowaniu o swoim życiu osobistym, uznając, że jednym z przejawów autonomii jednostki i swobody dokonywania przez nią wyborów jest prawo do decydowania o samym sobie, w tym do wyboru metody leczenia. Wprost powołano się przy tym, że wykonanie takiego zabiegu bez zgody pacjenta wypełnia znamiona przestępstwa z art. 192 k.k. Poszanowanie woli pacjenta obejmuje także oświadczenia składane *pro futuro*, czyli oświadczeń woli pacjenta wyrażanych na wypadek utraty przytomności, w których tzw. potencjalny pacjent wyraża oświadczenie woli odnośnie do postępowania lekarza wobec niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć w przyszłości. Uznano, że z punktu widzenia prawa cywilnego jest to klasyczne oświadczenie woli, w którym człowiek (pacjent) korzysta z prawa wyboru²².

²² Postanowienie SN z 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC 2006, nr 7–8, s. 137, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 4/125 wraz z głosem częściowo krytyczną J. Kuleszy, „Palestra” 2007, nr 3–4, s. 316 i głosem aprobującą R. Tymińskiego, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 3, s. 11. Dodać należy, że został opracowany schemat postępowania wobec świadka Jehowy przez Zarząd Główny Polskiego Towarzystwa Anestezjologii i Intensywnej Terapii, „Anestezjologia i Intensywna Terapia”, 2000, nr 32, s. 273–275. U. Chmielewska, S. Ciołkowski, T. Wiwatowski, *Praktyka leczenia świadków Jehowy bez krwi – aspekty medyczne, prawne i etyczne*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1; A. Zoll, *Brak zgody pacjenta na zabieg. Uwagi w świetle postanowienia SN z dnia*

W tym miejscu należy zadać sobie pytanie, czy na lekarza można nałożyć obowiązek oceny ważności takiego oświadczenia, zwłaszcza że dokonanie jej wymaga poznania kolejnych okoliczności związanych z jego sporządzeniem, a należy pamiętać, że lekarz nie jest prawnikiem. Wydaje się, że ocena taka jest obowiązkiem lekarza, gdyż powinien on wykonać wszelkie możliwe wymagane formalnie czynności, które pozwolą na leczenie pacjenta. Lekarz powinien więc sprawdzić, czy takie oświadczenie woli zostało złożone bez przymusu przez osobę posiadającą zdolność do czynności prawnych i świadomą podejmowanych decyzji. Wola taka może być również wyrażona ustnie, jeszcze na wcześniejszym etapie leczenia. W sytuacji, gdy pojawiają się uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistej woli pacjenta oraz rzetelności i prawdziwości oświadczenia, leczenie powinno być podjęte. W takim też wypadku wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść ratowania życia i zdrowia, nawet gdy istnieje uzasadniona możliwość, że działanie takie zostanie ocenione jako niezgodne z wolą pacjenta. Lekarz powinien także ocenić sprzeciw pacjenta pod kątem istnienia związku czasowego między oświadczeniem a zabiegiem, mając na względzie upływ czasu związany z postępowaniem w medycynie²³. Postęp ten jest tak szybki, że należy w procesie decyzyjnym uwzględniać najnowszy stan wiedzy i rozwój technologii.

Należy pamiętać, że SN wyraził rygorystyczne stanowisko co do legalizacji działań lekarza przez wyrażenie zgody pacjenta. Zostało ono wyrażone przez nadanie charakteru blankietowego znamieniu „bez zgody”. Polega to na każdorazowym odniesieniu treści tego znamienia do przepisów prawa medycznego, które mają zastosowanie do ocenianego zdarzenia²⁴. Ten sam problem dotyczy np. pacjentów w stanie nietrzeźwości, którzy nie posiadają zdolności do świadomego wyrażenia zgody. Lekarz w takiej sytuacji ma prawo przyjąć, że pacjenta takiego cechuje brak świadomości wyrażenia woli, co jest przesłanką przemawiającą przeciwko odstąpieniu od udzielenia pomocy. Oczywiście brak tej zdolności musi być oceniony przez lekarza z rozróżnieniem między pełnym brakiem świadomości, a nie tylko utrudnionym kontaktem ze światem zewnętrznym²⁵.

27.10.2005, III CK 155/05, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 25, s. 5–6; M. Ołyńska, *Oświadczenie pro futuro jako forma wyrażenia woli pacjenta wobec interwencji medycznej*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 3.

²³ E. Zielińska, *Ustawa...*, s. 503; A. Zoll, *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 31; J. Kulesza, *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2; M. Filar, *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody)*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 5, s. 40.

²⁴ Postanowienie SN z 10 kwietnia 2015 r., III KK 14/15, Lex nr 1712821.

²⁵ A. Komar, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej pacjentowi w stanie nietrzeźwym, który odmawia przyjęcia tejże pomocy, a odpowiedzialność karna lekarza z art. 162 § 1 k.k.*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1, s. 66–75.

W tym duchu wypowiedział się także Sąd Najwyższy w wyroku z 10 kwietnia 2015 r., ponownie podkreślając blankietowy charakter znamienia „bez zgody” przestępstwa z art. 192 § 1 k.k. Za zgodę legalizującą działanie lekarza uznano taką zgodę, która stanowi wyraz jego świadomej, swobodnej i dobrowolnej decyzji, a jej respektowanie przez lekarza możliwe jest wyłącznie, gdy ma ona charakter niebudzący wątpliwości i dotyczy proponowanych czynności medycznych. W orzeczeniu tym SN zwrócił uwagę na charakter blankietowy typu przestępstwa art. 192 § 1 k.k., co oznacza, że konieczne jest skonkretyzowanie treści znamienia „bez zgody” w przepisach prawa medycznego, które należy stosować do każdego konkretnego zdarzenia, a nie udokumentowanie na piśmie takiej zgody, która została udzielona w formie innej niż pisemna nie jest równoznaczne z realizacją znamion tego typu przestępstwa²⁶.

Oceniając powyższy wyrok, P. Daniluk zauważył, że interpretacją wyrażenia „bez zgody” nie jest zadaniem łatwym, gdyż prawo medyczne operuje inną siatką pojęciową niż prawo karne, co powinno skutkować wnioskiem, że nie każde uchybienie wymogom zgody, którego wymogi zawarto w u.z.l. oraz ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, będzie równoznaczne z odpowiedzialnością karną z art. 192 § 1 k.k. Autor ten uznał pogląd SN za zasługujący na aprobatę, co uzasadnił tym, że wyłącznie uchybienia związane z istotą zgody i faktem jej udzielenia, stanowiące naruszenie autonomii pacjenta i nierepektowanie jego woli poddania się określonej zabiegowi leczniczemu powinno skutkować odpowiedzialnością karną. Odpowiedzialnością karną nie będzie skutkowało więc niezachowanie odpowiedniej formy udzielonej zgody²⁷.

Analizowane postanowienie SN należy uznać za trafne także z tego powodu, że rozwój technologii medycznej, zwłaszcza rozwój dziedziny zwanej telemedycyną, pozwala na przeprowadzenie skomplikowanych zabiegów i operacji, gdzie bliskość między lekarzem a pacjentem przestaje być niezbędnym warunkiem jej wykonania. W takiej sytuacji forma udzielenia zgody siłą rzeczy schodzi na dalszy plan, zwłaszcza gdy operacja wykonywana jest za pomocą linii transmisyjnych łączących różne kraje o różnych systemach prawnych. Dlatego należy mieć na uwadze przede wszystkim fakt i istotę zgody pacjenta²⁸. Problematyka ta została omówiona poniżej, podobnie jak propozycje rozwiązań.

Zagadnienie przekroczenia zakresu zgody regulowane jest w art. 35 u.z.l. W przepisie tym nadano lekarzowi prawo rozszerzenia zabiegu operacyjnego

²⁶ Podobnie wyrok SN z 8 lipca 2010 r., II CSK 117/10, Lex nr 602677; wyrok SN z 11 kwietnia 2006 r., II CSK 191/05, OSP 2007, nr 7–8, s. 83.

²⁷ P. Daniluk, *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 kwietnia 2015 r. III KK 14/15*, OSP 2016, nr 2/19.

²⁸ M. Baraniecki, *Telechirurgia – operacje na odległość*, „Miesięcznik Okręgowej Izby Lekarskiej w Warszawie”, www.oil.org.pl (10.07.2017).

albo stosowanie metody leczniczej lub diagnostycznej w wypadku wystąpienia okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała bądź ciężkim rozstrojem zdrowia. Zdaniem M. Sośniaka przekroczenie zgody dotyczy trzech aspektów interwencji medycznej, tj. przedmiotu zgody, granic zabiegu i metody zabiegu²⁹. Sposób postępowania wyrażany w art. 35 u.z.l. powinien być interpretowany restrykcyjnie, a nie rozszerzająco, a niemożność uzyskania zgody pacjenta nie może stanowić usprawiedliwienia do rozszerzenia zabiegu, które byłoby związane ze zwiększeniem ryzyka i objęłoby działania, które skutkowałyby obniżeniem jakości życia. Za takim też stanowiskiem opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 28 listopada 2007 r. (sygn. V KK 81/2007), w którym uznano, że nie jest dopuszczalne uwolnienie lekarza od odpowiedzialności za zmianę zakresu zabiegu operacyjnego bez zgody pacjenta na podstawie art. 26 §1 lub § 5 k.k. w sytuacji niespełnienia warunków określonych w art. 35 ust. 1 i 2 u.z.l., gdyż oznaczałoby to zignorowanie mających charakter gwarancyjny ograniczeń wynikających z tego przepisu (OSNKW nr 2/2008, poz. 14)³⁰. Tak więc także w wypadku naruszenia dobra w postaci prawa pacjenta o decydowaniu o sobie nie jest możliwe powołanie się na kontratyp z art. 26 § 1 i 5 k.k.³¹ Naruszenie przez lekarza opisanych powyżej zasad uzyskania zgody pacjenta może skutkować zarówno jego odpowiedzialnością karną, jak i cywilną. Brak zgody, bez względu na powodzenie zabiegu, stanowić będzie samodzielną podstawę odpowiedzialności lekarza z art. 192 k.k., które to przestępstwo ścigane jest na wniosek.

Problem ze zdefiniowaniem pojęcia zabiegu leczniczego jako znamienia art. 192 k.k.

W tym miejscu należy przypomnieć definicję „zabiegu leczniczego”. M. Filar uważał, że zasady wykładni systemowej i celowościowej przemawiają za uznaniem, że zabieg leczniczy w rozumieniu art. 192 k.k. to zarówno zabieg nieterapeutyczny (stanowiący czynność lekarską), jak i zabieg o charakterze

²⁹ *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 149, podaję za: E. Zielińską, *Ustawa...*, s. 522.

³⁰ Podobnie SA w Warszawie z 28 czerwca 2011 r., I ACa 751/10, Lex nr 1643032 oraz SA w Poznaniu z 9 września 2005 r., I ACa 236/2005, Lex nr 175206; glosa częściowo aprobująca z zastrzeżeniami M. Nestorowicza..., s. 162–165; J. Kulesza, *Glosa do wyroku SN z dnia 28 listopada 2007 r., VKK 81/07, glosa aprobująca*, „Prawo i Medycyna” 2009, nr 2, s. 133–142. Należy także zwrócić uwagę na wyrok SA w Katowicach z 15 stycznia 2015 r., I ACa 856/14, Lex nr 1649237, gdzie wprowadzono rozróżnienie na zgodę „objaśnioną” i „nieobjaśnioną” przez lekarza.

³¹ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988, s. 19–21; *idem*, *Granice legalności zabiegu leczniczego*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1, s. 28–30.

terapeutycznym (stanowiący czynność leczniczą)³². Przypomnieć należy, że zabieg lekarski lub czynność lekarska w rozumieniu art. 192 k.k. musi być podjęty w stosunku do pacjenta na etapie profilaktyki, diagnozy, terapii i rehabilitacji, co ze względu na właściwą mu technikę medyczną łączy się z naruszeniem integralności cielesnej pacjenta poprzez naruszenie jego tkanki cielesnej lub fizycznym, inwazyjnym wniknięciem w jego ciało bez naruszenia tej tkanki. Każde przeprowadzenie takiego zabiegu bez wymaganej zgody pacjenta jest równoznaczne z wypełnieniem znamion przestępstwa z art. 192 k.k.

W piśmiennictwie funkcjonuje jeszcze jedna definicja zabiegu leczniczego, zgodnie z którą zabiegiem tym jest każde działanie przeprowadzane na organizmie człowieka mające na celu zachowanie lub przywrócenie stanu fizycznego lub psychicznego, lub poprawienie wyglądu zewnętrznego, niezależnie, czy jest to działanie przeprowadzone za pomocą metod chirurgicznych, chemicznych, elektrycznych czy też radioaktywnych³³. M. Filar zwrócił także uwagę, że mimo wszystko istnieją dwa sposoby interpretacji tego pojęcia. W pierwszej z nich ogranicza się to pojęcie wyłącznie do zabiegu operacyjnego. Natomiast w drugiej stoi się na stanowisku, że należy pojęcie to kojarzyć szeroko – z wszelkimi świadczeniami zdrowotnymi³⁴. Również inni autorzy uznali, że pojęcie zabiegu leczniczego w art. 192 k.k. zostało ujęte szeroko i obejmuje także rutynowe świadczenia medyczne i zabiegi eksperymentalne, w tym badawcze i lecznicze³⁵. Natomiast stroną podmiotową przestępstwa z art. 192 k.k. cechuje to, że jest to przestępstwo umyślne i może być popełnione w formie zamiaru bezpośredniego i ewentualnego (wynikowego)³⁶.

Konieczne jest zatem, by osoba, która wykonuje taki zabieg, obejmowała świadomością wszystkie znamiona przestępstwa z art. 192 k.k. Należy również zastanowić się nad możliwością, kiedy sprawca tego przestępstwa mógłby zasłonić się błędem co do znamion tego czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.). Oczywiście nieumyślność powoduje wykluczenie odpowiedzialności w takiej sytuacji. Może dojść do przypadku, gdy lekarz wykona zabieg bez zgody, ale w prze-

³² Odmienne P. Daniluk, który uważa, że objęcie zakresem tego przepisu wykonania bez zgody pacjenta zabiegu nieterapeutycznego stanowiłoby niedopuszczalne zastosowanie wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, gdyż przymiotnik „leczniczy” należy rozumieć tożsamo z „terapeutyczny”. „Prawo i Medycyna” 2011, nr 4, s. 66–79.

³³ Podają za: G. Rejman, *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991, s. 34 i A. Fiutak, *Prawo...*, s. 225. Definicja opracowana przez: S. Śliwińskiego, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 193.

³⁴ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 246.

³⁵ K. Buchała, A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, Kraków 1999, s. 478.

³⁶ L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 30.

konaniu, że nastąpiło jej uzyskanie, gdy nie zostały spełnione ustawowe warunki uzyskania zgody, ale też wykona zabieg, działając w warunkach błędu co do znamienia czynu zabronionego (przykładowo błędna informacja co do wyrażenia zgody pochodząca od innego członka zespołu medycznego). Wówczas nie może być mu przypisana umyślność. Opisany stan faktyczny nie wyklucza jednak poniesienia odpowiedzialności cywilnej lub dyscyplinarnej³⁷. Niezbędne jest, by błąd (w znaczeniu niezgodności odwzorowania rzeczywistości w świadomości sprawy z faktycznym stanem rzeczy) był związany z postacią nieświadomości, kiedy nie następuje w świadomości sprawcy odzwierciedlenie niektórych elementów zewnętrznych. Błąd ten powinien być również istotny, co oznacza, że powinien odnosić się do takiej okoliczności, która ma znaczenie dla realizacji znamion przestępstwa lub znamion okoliczności wyłączającej przestępstwo. Idąc dalej, art. 192 k.k. nie przewiduje formy nieumyślnej, wobec czego nie można pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności również w wypadku błędu nieusprawiedliwionego.

W przypadku, gdy lekarz błędnie oceni możliwość wyrażenia zgody przez pacjenta, będzie działał on w warunkach błędu wyłączającego odpowiedzialność karną. Do sytuacji takich może dojść w czasie podjęcia czynności nagłych, które mogą być wykonywane bez uzyskania zgody. Wtedy do lekarza należy ocena, czy zachodzą warunki w postaci niemożności wyrażenia zgody i niemożności porozumienia się z przedstawicielem ustawowym albo opiekunem faktycznym pacjenta lub uzyskania zgody sądu opiekuńczego – art. 32 i 33 ust. 1, 2 i 3 u.z.l. Chodzi tutaj o możliwość porozumienia się przy zachowaniu należytej staranności i przeciętnych środków³⁸.

Odnosnie do tego, czy jest to przestępstwo powszechne, czy indywidualne, do dzisiaj istnieją spory w doktrynie i piśmiennictwie, mimo że najczęściej jego podmiotem będzie osoba uprawniona do wykonywania świadczeń medycznych, a więc lekarz. A. Zoll uznał, że podmiotem tego przestępstwa może być także osoba, która takich uprawnień nie posiada. Podobnie uważali M. Filar i N. Kłaczyńska³⁹. Odmienny pogląd, który zawęził wykładnię do osób wyłącznie uprawnionych do dokonywania świadczeń medycznych posiadających upoważnienie ustawowe, wyrazili A. Marek⁴⁰ i M. Mozgawa⁴¹. Podobne stanowisko zajął R. Góral⁴². Odnosnie do pierwszego stanowiska, czyli za tym, że mamy do

³⁷ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2010, s. 446; M. Filar, *Lekarskie...*, s. 255.

³⁸ M. Filar, *Lekarskie...*, s. 255.

³⁹ N. Kłaczyńska [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 484.

⁴⁰ A. Marek, *Prawo karne. Komentarz do art. 192 kk*, Lex 2010.

⁴¹ M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz do art. 192 kk*, Warszawa 2010, s. 393.

⁴² R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998, s. 262.

czynienia z przestępstwem powszechnym, przemawia użycie przez ustawodawcę zaimka „kto”, co oznacza, że sprawcą takiego czynu może być każdy. Osoba, która nie posiada uprawnień do wykonywania zabiegów medycznych, mogłaby wtedy odpowiadać dodatkowo za czyny stypizowane w art. 59 u.z.l., gdzie przewiduje się odpowiedzialność za wykroczenie (ust. 1) oraz przestępstwo (ust. 2) polegające na udzielaniu świadczeń zdrowotnych bez posiadania stosownych uprawnień⁴³. Z kolei za tym, że przestępstwo z art. 192 § 1 k.k. należy zaliczyć do przestępstwa indywidualnych wypowiedają się autorzy⁴⁴, którzy akcentują fakt, że przestępstwo to kierowane jest do kręgu osób, które posiadają uprawnienia do wykonania takich zabiegów. Autorzy ci wskazują na istnienie szczególnej cechy w hipotezie normy (tzw. przestępstwo indywidualne właściwe). Przestępstwo indywidualne właściwe cechuje to, że indywidualne właściwości osobiste podmiotu decydują o kryminalizacji danego zachowania i są warunkiem przestępności czynu w ogóle (art. 21 § 2 k.k.). Argumentacja autorów popierających ten pogląd opiera się przede wszystkim na interpretacjach pojęć „pacjent” oraz „zabieg leczniczy”. Za pacjenta należy uważać osobę, która jest poddana zabiegom leczniczym w relacji między pacjentem a władzą publiczną oraz pacjentem a konkretnym podmiotem uprawnionym do udzielania świadczeń zdrowotnych. Na gruncie prawa publicznego ochrony zdrowia należy postrzegać prawa pacjenta jako prawa o charakterze podmiotowym, co oznacza obowiązki władz publicznych w zakresie zapewnienia mechanizmów chroniących te prawa i gwarantujących ich egzekwowanie⁴⁵. Ich wzajemna relacja jest jednym z argumentów za przyjęciem ograniczeń co do kręgu podmiotu czynu zabronionego.

R. Kubiak użył z kolei argumentu, że ustawodawca w innym przypadku nie zastosował zwrotu „pacjent”, a „osoba poddana zabiegowi”⁴⁶. Równocześnie autor ten wyraził opinię, że pacjent posiada uprawnienia do udzielania zgody wobec wszelkich świadczeń zdrowotnych, bez względu na to, kto je wykonuje. Skoro pracownicy innych zawodów medycznych mają bezwzględny obowiązek poszanowania woli pacjenta, a ich krąg jest szeroki, to należy postawić pytanie, czy art. 192 k.k. nie penalizuje także zachowań innych osób? Konieczne jest także zwrócenie uwagi na okoliczność, że samostanowienie pacjenta nie byłoby odpowiednio chronione w wypadku, gdyby nie istniała karalność wykonywania

⁴³ R. Kubiak, *Prawo...*, s. 442; G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiągalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Kraków 1999, s. 476.

⁴⁴ M. Kondycka, S.M. Przyjemski, *Aspekt prawnokarny braku zgody pacjenta na zabieg medyczny*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 2; Z. Kallaus, *Nowa kodyfikacja karna. Przestępstwa przeciwko wolności. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, s. 94–95.

⁴⁵ M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, Warszawa 2013, s. 271–272.

⁴⁶ Por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2010.

zabiegu leczniczego bez jego zgody przez osobę, która nie posiada do tego uprawnień⁴⁷. Dochodziłoby także do paradoksalnej sytuacji, że osoby nieposiadające uprawnień, a dokonujące takiego zabiegu, pozostawałyby w zasadzie bezkarne, w przeciwieństwie do osób uprawnionych do wykonywania zabiegów medycznych⁴⁸. Natomiast R. Kędziora wyraziła pogląd, że przestępstwo z art. 192 k.k. jest przestępstwem indywidualnym, argumentując, że rozciągnięcie mocy tego przepisu na szerszy krąg podmiotów jest równoznaczne z zastosowaniem wykładni na niekorzyść i naruszeniem zasady *nullum crimen sine lege*⁴⁹.

Skoro w systemie prawa (także europejskiego) istnieje legalna definicja pacjenta, to można taką definicję przenieść na grunt prawa karnego, podobnie jak ogólne definicje praw pacjenta. Kolejnym argumentem przemawiającym przeciwko temu, że przestępstwo z art. 192 k.k. może być popełnione przez inne osoby niż te, które są zawodowo uprawnione do wykonywania czynności leczniczych, jest sam charakter tej czynności, której celem jest leczenie zgodnie z poglądami nauki, medycyny i zasadami sztuki lekarskiej. Czynność taka nie może bowiem być podjęta przez każdego, w tym przez osobę, która nie posiada prawnego umocowania.

W art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wprowadzono definicję legalną pojęcia „pacjent”, jako osoby zwracającej się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub korzystającej ze świadczeń zdrowotnych udzielanych przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Zaznaczyć należy, że trzeba ograniczyć krąg pacjentów tylko do osób, które oczekują udzielenia im świadczeń zdrowotnych przez podmiot wykonujący zawód medyczny⁵⁰. Wprawdzie może dojść do sytuacji, gdy osoba jest przekonana o tym, że jest pacjentem i w dobrej wierze udaje się do innej osoby, by poddać się zabiegowi leczniczemu, a podmiot ten nie posiada uprawnień do jego przeprowadzenia i dokonuje zabiegu bez uzyskania zgody, wprowadzając daną osobę w błąd, także co do jego celu leczniczego, to jednak w takim wypadku możliwe jest poniesienie odpowiedzialności za inne typy przestępstw, np. za art. 189 k.k. (możliwe jest kwalifikowanie art. 189 k.k. w zbiegu z innym typem czynu zabronionego przy za-

⁴⁷ Por. T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 147–152. Także: M. Kondrycka, S.M. Przyjemski, *Aspekt prawno-karny...*

⁴⁸ D. Dziubina, *Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 k.k.*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 2, s. 33.

⁴⁹ R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 130. Autorka podziela pogląd M. Mozgawy i A. Marka.

⁵⁰ Dz.U. z 2009 r., nr 52, poz. 417 ze zm. Podobnie: K. Ślębzak, M. Czajkowska-Dąbrowska, A. Górski, E. Holewińska-Lapińska, J. Kosonoga, M. Pilch, M. Wąsek-Wiaderek, E. Wojtaszek-Mik, S. Żółtek, *Prawnokarna ochrona autonomii woli pacjenta. Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 6, Lex 2012.

stosowaniu kumulacji z art. 11 § 2 k.k., najczęściej art. 160 § 3 k.k., art. 156 § 2 k.k., art. 157 § 3 k.k.)⁵¹.

Obecnie, oceniając, skąd mogą płynąć zagrożenia dla autonomii pacjenta, można stwierdzić, że najważniejszym zagrożeniem może być nieprawidłowy stosunek personelu medycznego do pacjenta, zakładający, że pacjent nie jest zdolny do podejmowania niektórych decyzji medycznych. Zachowanie takie stoi w sprzeczności ze standardami etycznymi, a jego przykładem może być pozbawienie zdolności płodzenia kobiety przy odwoływaniu się do argumentacji w postaci jej nieodpowiedzialności lub niezaradności życiowej⁵².

Problematyka wyrażenia zgody przez pacjenta na podjęcie leczenia w warunkach telemedycyny

12 grudnia 2015 r. weszła w życie ustawa o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia i zmianie innych ustaw. Wprowadzone zmiany zalegalizowały telemedycynę (która polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych w sytuacji, gdy lekarz i pacjent znajdują się w różnych miejscach, a informacje między nimi przekazywane są za pomocą mediów komunikacyjnych), a zwłaszcza udzielanie świadczeń zdrowotnych za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności. Wprowadzono dla lekarza uprawnienie do orzekania o stanie zdrowia określonej osoby po zbadaniu jej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności (art. 42 ust. 1 u.z.l.). Generalnie ustawa ta stworzyła ogólne ramy prawne niezbędne do stworzenia rozwiązań w zakresie systemu informacji o ochronie zdrowia. Przepisy te miały także na celu wykonanie wyroku TK z 18 grudnia 2014 r. o sygn. K 33/13⁵³.

⁵¹ Penalizacja leczenia bez uprawnień następuje także na podstawie art. 58 u.z.l., gdzie penalizuje się udzielanie świadczeń zdrowotnych bez wymaganych uprawnień i nie w celu korzyści majątkowej przez wprowadzenie wykroczenia powszechnego, które jest wykroczeniem formalnym, czyli bezskutkowym, i może być popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Nie ma przeciwwskazań do zastosowania kumulacji art. 52 ust. 2 u.z.l. z art. 192 k.k., gdyż przepis ten penalizuje podjęcie się zabiegu leczniczego przez osobę nieuprawnioną, a nie wykonywanie samego zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Kwalifikacja taka odzwierciedlałaby również całą zawartość kryminalną przestępstwa. Por. B. Kurzępa, W. Kotowski, *Wykroczenia pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2008.

⁵² Wyrok SO w Poznaniu z 6 listopada 2014 r., IV Ka 452/14, orzeczenia.ms.gov.pl (10.07.2017); A. Muszala, *Sterylizacja kobiety w trakcie cięcia cesarskiego*, www.mp.pl (10.07.2017). Autor analizuje na płaszczyźnie etycznej i prawnej oraz światopoglądowej i religijnej przypadek Wioletty Woźny, która podczas przeprowadzenia zabiegu cięcia cesarskiego została poddana, według doniesień prasowych, niedobrowolnej sterylizacji.

⁵³ W wyroku tym badano naruszenie konstytucyjnego wymogu ustawowej formy ograniczeń prawa do prywatności i autonomii informacyjnej jednostki. Uznano, że przyznanie ministrowi

Wprowadzenie telemedycyny w żaden znaczący sposób nie może jednak wpłynąć na odpowiedzialność karną lekarza, mimo że działalność telemedyczna ma swoją specyfikę i stawia przed personelem medycznym wyzwania, które należy uwzględnić w celu ograniczenia ryzyka poniesienia odpowiedzialności w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych na odległość. W wypadku niesienia pomocy lekarskiej na odległość lekarz będzie się opierać wyłącznie na objawach dostrzeżonych i opisanych mu przez pacjenta, co niesie za sobą zwiększenie ryzyka błędów w diagnostyce. Istnieje także ryzyko związane z odpowiedzialnością przepustowością łącza internetowego, dostępu do źródeł energii, zasięgu telefonii komórkowej itp.⁵⁴ Powyższe oznacza, że specyfika telemedycyny powoduje konieczność opracowania osobnego formularza zgody pacjenta, który zawierałby szczegółowo wyliczone zagrożenia związane z procesem leczenia na odległość (wydaje się, że formularze dostępne np. w internecie, a dotyczące ogólnej zgody pacjenta na leczenie nie spełniają takich wymogów). Należy pamiętać, że art. 192 k.k. dotyczy wyłącznie wykonania zabiegu bez zgody pacjenta, natomiast ustawodawca w wypadku telemedycyny posłużył się pojęciem „świadczenia medycznego”. Pozostają więc aktualne problemy interpretacyjne związane z tym, czy pojęcie zabiegu leczniczego powinno być interpretowane wąsko czy szeroko i czy czynności niemające charakteru terapeutycznego są objęte tym pojęciem⁵⁵. Z uzasadnienia projektu ustawy, która „zalegalizowała” telemedycynę, nie wynika, by kwestia zgody na zabieg medyczny była w ogóle rozpatrywana przez ustawodawcę. Ustawa ta wprowadziła m.in. System Informacji Medycznej (SIM), który umożliwił prowadzenie dokumentacji medycznej w postaci elektronicznej. Przewidziano, że udostępnienie danych medycznych następuje za zgodą usługobiorcy, jego przedstawiciela ustawowego lub osoby przez nią upoważnionej. Usługobiorcy (a więc pacjentowi)⁵⁶ dano szereg uprawnień do dysponowania swoimi danymi poprzez wyrażenie zgody i sprzeciwu za

kompetencji do tworzenia rejestrów medycznych w drodze rozporządzenia nie stoi w sprzeczności z takimi wymaganiami, ale niezbędne jest, by w ustawie został wyznaczony przedmiot rejestrów, jak również za konieczne uznano wyraźne określenie danych, które mogłyby być gromadzone w takich rejestrach.

⁵⁴ Czwarty Kongres Prawników Wielkopolski, „Prawnicy dla pacjentów i lekarzy”, s. 39, www.poznan.so.gov.pl (10.07.2017); M. Czarnucha, M. Grabowski, P. Najbuk, Ł. Kołtowski, *Otoczenie regulacyjne telemedycyny w Polsce – stan obecny i nowe otwarcie*, Warszawa 2015.

⁵⁵ Telemedycynę wprowadzono ustawą z 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1991 ze zm.) Przykładowo w art. 42 u.z.l. wprowadzono możliwość orzeczenia o stanie zdrowia określonej osoby po jej zbadaniu za pośrednictwem systemów teleinformatycznych lub systemów łączności.

⁵⁶ Art. 2 pkt 16 ustawy o systemie informacji uznaje, że usługobiorcą jest osoba fizyczna korzystająca lub uprawniona do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej, w tym świadczenioborca w rozumieniu art. 2 ust. 1 i 2 oraz art. 13 ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych.

pośrednictwem drogi elektronicznej poprzez SIM (art. 35 ustawy o systemie informacji). Otwarte pozostaje pytanie, czy w ramach znowelizowanego art. 35 tego aktu prawnego możliwe jest udzielanie zgody na leczenie i na przeprowadzenie zabiegu medycznego, których podstawą do tej pory był i jest art. 15 i n. ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta oraz art. 32–35 u.z.l. Przy uznaniu nadrzędności formy wyrażenia zgody przewidzianej w tych ustawach pozostaje kwestia przekazania jej lekarzowi, który znajduje się w innym miejscu niż pacjent i pytanie, czy przesłanie np. skanu takiego oświadczenia (tam, gdzie wymagana jest zgoda pisemna, a więc wypadku zabiegu operacyjnego albo zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta) można uznać za wypełnienie warunków przewidzianych przez ustawodawcę. Wydaje się, że taka forma komunikacji między pacjentem a lekarzem nie daje jednak gwarancji odpowiedniego stopnia poufności w zakresie treści zgody i nie daje lekarzowi możliwości jednoznacznego sprawdzenia tożsamości pacjenta. Dlatego, by rozwiązać opisane problemy, należy sięgnąć do sprawdzonej metody potwierdzenia tożsamości osoby w systemach elektronicznej administracji, tj. do profilu zaufanego. Kolejnym rozwiązaniem mogłoby być zastosowanie podpisu elektronicznego. Rozwiązania te dotyczyłyby zarówno telemedycyny krajowej, jak i transgranicznej.

W aktualnym stanie prawnym osoba fizyczna może skorzystać z ustalenia wiarygodności tożsamości i złożenia oświadczenia woli. Związane jest to z regulacjami wynikającymi z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania publicznego w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE z 23 lipca 2014 r. – tzw. rozporządzeniem eIDAS.

Kolejnym aktem prawnym implementującym przepisy tego rozporządzenia jest ustawa z 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej⁵⁷. Rozporządzenie eIDAS określa zasady wzajemnego uznawania środków identyfikacji elektronicznej, warunki notyfikowania systemów identyfikacji elektronicznej, poziomy bezpieczeństwa systemów, zasady odpowiedzialności za szkody i zasady współpracy państw członkowskich przy realizacji tego rozporządzenia. Przyjęcie tego aktu prawnego było związane również z chęcią zwiększenia bezpieczeństwa transgranicznej opieki zdrowotnej i opracowania wytycznych w zakresie dostępu do danych i usług związanych z e-zdrowiem. Wprost stwierdzono, że w sytuacji, gdy obywatele wyjeżdżają w celu podjęcia leczenia, ich dane medyczne muszą być dostępne w kraju, w którym prowadzone jest leczenie, co wymaga stworzenia solidnych, bezpiecznych i wiarygodnych ram identyfikacji elektronicznej. W rozporządzeniu tym zawarto m.in. pojęcie syste-

⁵⁷ Dz.U. z 2016 r., poz. 1579 oraz Dz.Urz. UE L 257 z 28 sierpnia 2014 r., s. 73.

mu identyfikacji elektronicznej, w ramach którego wydaje się środki identyfikacji elektronicznej osobom fizycznym lub prawnym oraz osobom fizycznym, które reprezentują osoby prawne. Z kolei wprowadzona definicja „uwierzytelniania” określa proces elektroniczny, który ma na celu identyfikację elektroniczną osoby fizycznej lub prawnej. Na drugą połowę 2018 r. przewidziano wejście w życie obowiązkowego respektowania notyfikacji eIDAS przez wszystkie państwa członkowskie, co pozwoli na korzystanie z usług internetowych o charakterze transgranicznym, co obecnie nie jest jeszcze możliwe, ponieważ w państwach członkowskich obowiązują różne systemy identyfikacji elektronicznej.

Przy określaniu warunków zgody na zabieg medyczny w zakresie medycyny transgranicznej należy także zwrócić uwagę na dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej (art. 3 pkt d)⁵⁸, gdzie wprost posłużono się pojęciem telemedycyny. Wprawdzie sama problematyka zgody w omawianym rozporządzeniu dotyczy przede wszystkim zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, to jednak z innych przepisów można wyprowadzić pewne wnioski co do zasad udzielenia zgody przez pacjenta na zabieg medyczny. Akt ten jest o tyle istotny w wypadku telemedycyny, że niejako daje wskazówki, który kraj należy uznać za świadczeniodawcę opieki zdrowotnej, co ma zasadnicze znaczenie dla ustalenia, wg jakich przepisów należy uzyskać zgodę na leczenie, tj. czy według kraju pacjenta, czy też miejsca wykonywania leczenia. I tak w definicjach sformułowanych w dyrektywie uznano, że „państwo członkowskie leczenia” oznacza państwo członkowskie, na którego terytorium faktycznie świadczona jest opieka zdrowotna, a przypadku telemedycyny uważa się, że opieka zdrowotna świadczona jest w tym państwie członkowskim, w którym ma siedzibę świadczeniodawca, za którego uznaje się osobę fizyczną lub prawną, lub jednostkę organizacyjną legalnie świadczącą opiekę zdrowotną na terenie państwa członkowskiego (art. 3 pkt d oraz g). Pozostaje więc otwarta w dalszym ciągu kwestia, które procedury należy stosować w przedmiocie uzyskania zgody pacjenta na zabieg medyczny w wypadku telemedycyny. Problem ten będzie prostszy do rozwiązania w wypadku pobytu pacjenta w kraju świadczeniodawcy (telemedycyna krajowa), gdyż wtedy będzie obowiązywała procedura miejscowa. Pozostaje jednak otwarta kwestia, który stan prawny stosować, gdy pacjent znajduje się np. w Polsce, a lekarz w innym kraju członkowskim (telemedycyna transgraniczna). Zgodnie z cytowanymi przepisami dyrektywy z 8 marca 2011 r. w takim wypadku należy stosować przepisy, które obowiązują lekarza. Taki punkt widzenia jest jednak trudny do zaakceptowania, gdyż *de facto* wyłączałby stosowanie prawa krajowego, w tym art. 192 k.k. Rozwiązaniem tego problemu jest właśnie zastosowanie procedury podpisu elektronicznego.

⁵⁸ Dz.U. UE L.2011.88.45 z 4 kwietnia 2011 r.

Istnieje możliwość uzyskania przez osobę fizyczną podpisu elektronicznego rozumianego jako danych w postaci elektronicznej, które są dołączane i powiązane z innymi danymi w postaci elektronicznej i które użyte są przez podpisującego jako podpis (art. 3 pkt 10 eIDAS). Wprowadzono również pojęcie tzw. kwalifikowanego podpisu elektronicznego – oznaczającego zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Jednym z powodów wprowadzenia tak zdefiniowanego podpisu elektronicznego była możliwość nadania osobom fizycznym prawa do podpisywania dokumentacji medycznych⁵⁹. Zawarto także zastrzeżenie, że podpisowi elektronicznemu nie można odmówić skutku prawnego ani dopuszczalności jako dowodu w postępowaniu sądowym i ma on skutek prawny równoważy podpisowi własnoręcznemu. Dlatego nic nie stoi na przeszkodzie, by w ramach aktualnie informatyzowanej służby zdrowia wprowadzić dla pacjentów możliwość wyrażania zgody na świadczenie usług medycznych w formie elektronicznej, przy zastosowaniu powyższych rozwiązań⁶⁰. Jest to możliwe, gdyż ustawa o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej w połączeniu z omawianym rozporządzeniem zapewnia posiadaczowi środka identyfikacji elektronicznej wydanego w jednym kraju członkowskim możliwość korzystania z publicznych usług online w innym kraju członkowskim, dlatego regulacja ta ma zasadnicze znaczenie właśnie przy stosowaniu telemedycyny⁶¹.

W ustawie o usługach zaufania przewidziano przepisy karne za wykorzystywanie cudzego podpisu elektronicznego, wydanie fałszywego certyfikatu, wydanie środka identyfikacji elektronicznej osobie nieuprawnionej oraz, co najważniejsze, za ujawnienie informacji objętych tajemnicą (od art. 40–45). Formularz zgody na zabieg medyczny poświadczony podpisem elektronicznym stano-

⁵⁹ M. Paszkowska, *Środki identyfikacji elektronicznej w ochronie zdrowia*, LEX 25/2017 – ABC nr 306733 oraz *Rozporządzenie eIDAS wprowadza nowy rozdział w budowaniu e-usług*, www.pi.gov.pl (11.07.2017).

⁶⁰ Za tzw. kwalifikowany podpis elektroniczny można także uznać podpis potwierdzony profilem zaufanym ePUAP, który jest podpisem elektronicznym w rozumieniu eIDAS. Podpis ten nie jest tzw. zaawansowanym podpisem elektronicznym w rozumieniu art. 27 rozporządzenia eIDAS. Zob. uzasadnienie projektu ustawy o usługach zaufania, identyfikacji elektronicznej oraz zmianie ustawy, <https://legislacja.rcl.gov.pl> (11.07.2017).

⁶¹ Przykładem praktycznego zastosowania telemedycyny jest zastosowanie robota da VINCI, za pomocą którego chirurdzy przeprowadzają operacje na odległość. Przy jego użyciu w 2012 r. na całym świecie przeprowadzono ok. 200 tys. operacji chirurgicznych. Robot ten pojawił się w Polsce w 2010 r. Chirurg dokonujący operacji posługuje się specjalną konsolą chirurgiczną, używając narzędzi sterujących, natomiast platforma z ramionami znajduje się po stronie pacjenta. Zob. www.asimo.pl (11.07.2017).

wilby przedmiot ochrony art. 43 ust. 1 i 2. Jest to przestępstwo indywidualne, którego podmiotem jest ten, kto jest zobowiązany do zachowania tajemnicy związanej ze świadczeniem usług zaufania. Zakresem normy sankcjonowanej objęte są zachowania polegające na ujawnieniu lub wykorzystaniu, wbrew warunkom określonym w przepisach o usługach zaufania, informacji objętych tą tajemnicą. Przestępstwo to zagrożone jest karą grzywny. W wypadku, gdy sprawca dopuszcza się tego czynu, będąc kwalifikowanym dostawcą usług zaufania, albo w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej (stosownie do art. 115 § 4 k.k.) podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat trzech. Między tymi przepisami zachodzi stosunek krzyżowania z art. 266 § 1 k.k., który penalizuje zachowania, które naruszają obowiązek dochowania tajemnicy określonych informacji, czyli szeroko pojętej tajemnicy zawodowej i prywatnej (§ 1) oraz służbowej (§ 2). Oczywiście dokument elektroniczny stanowiący zgodę na zabieg medyczny będzie chroniony z mocy obu tych przepisów. Obecnie trwają prace legislacyjne nad rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie standardów organizacyjnych opieki zdrowotnej dla podmiotów wykonujących działalność leczniczą w dziedzinie radiologii i diagnostyki obrazowej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej. W projekcie tym przewidziano użycie kwalifikowanego podpisu elektronicznego w rozumieniu ustawy o usługach zaufania lub użycie podpisu elektronicznego potwierdzonego profilem zaufanym ePUAP w celu oznaczenia lekarza zlecającego usługę teleradiologiczną, ale przesyłanie danych w ten sposób ograniczono odnośnie do podmiotów, tj. do podmiotu zlecającego i podmiotu świadczącego działalność leczniczą (usługę teleradiologiczną). Zapis ten może stanowić pewną wskazówkę co do rozwiązań legislacyjnych w przyszłości, które będą dotyczyły wymiany danych między pacjentem a podmiotem leczniczym⁶².

Obecne rozwiązania zawarte w k.k. i innych przepisach karnych należy ocenić pozytywnie. Natomiast nie do końca zdają egzamin uregulowania w zakresie zgody pacjenta zawarte w u.z.l. oraz w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, które dotyczą formy wyrażenia zgody przy leczeniu na odległość. Rozwój technologii przemawia wprawdzie za tym, aby przepisy te miały charakter bardziej ogólny i uwzględniały różne sposoby wyrażenia i udzielenia zgody, przede wszystkim w formie elektronicznej, obejmującej różnego rodzaju sposoby komunikacji, ale mając na uwadze dalszy, intensywny rozwój telemedycyny, wydaje się konieczne uregulowanie tej kwestii w prawie korporacyjnym dotyczącym lekarzy i pacjentów.

⁶² Projekt dostępny na <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12302800> (11.07.2017).

Bibliografia

- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
- Baraniecki M., *Telechirurgia – operacje na odległość*, „Miesięcznik Okręgowej Izby Lekarskiej w Warszawie”, www.oil.org.pl (10.07.2017).
- Baron K., *Zgoda pacjenta*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 9.
- Bogdan G., Buchała K., Cwiągalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Rodzynkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W., Zoll A. (red.), *„Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Kraków 1999.
- Buchała K., Zoll A. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, Kraków 1999.
- Chmielewska U., Ciołkowski S., Wiwatowski T., *Praktyka leczenia świadków Jehowy bez krwi – aspekty medyczne, prawne i etyczne*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1.
- Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989.
- Czarnucha M., Grabowski M., Najbuk P., Kołtowski Ł., *Otoczenie regulacyjne telemedycyny w Polsce – stan obecny i nowe otwarcie*, Warszawa 2015.
- Czwarty Kongres Prawników Wielkopolski, „Prawnicy dla pacjentów i lekarzy”, www.poznan.so.gov.pl (10.07.2017).
- Daniłuk P., *Glosa do postanowienia SN z dnia 10 kwietnia 2015 r. III KK 14/15*, OSP 2016, nr 2/19.
- Dercz M., Izdebski H., Rek T., *Prawo publiczne ochrony zdrowia*, Warszawa 2013.
- Dukiet-Nagórska T., *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008.
- Dukiet-Nagórska T., *Stan wyższej konieczności w działalności lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 19.
- Dziubina D., *Prawny charakter zgody pacjenta na zabieg leczniczy w świetle art. 192 k.k.*, „e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 2.
- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000.
- Filar M., *Postępowanie lecznicze (świadczenie zdrowotne w stosunku do pacjenta niezdolnego do wyrażenia zgody)*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 5.
- Fiutak A., *Prawo w medycynie*, Warszawa 2011.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998.
- Kallaus Z., *Nowa kodyfikacja karna. Przepisy przeciwko wolności. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997.
- Kardas P., *Zgoda pacjenta na zabieg leczniczy a problem odpowiedzialności karnej lekarza za niewypełnienie obowiązku zapobiegania skutkowi*, „Przegląd Sadowy” 2005, nr 10.
- Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta. Komentarz do art. 9, pkt. 1 i 2*, Lex 2012.
- Kędziora R., *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009.
- Kłaczyńska N. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014.
- Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 192 kk.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013.
- Komar A., *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej pacjentowi w stanie nietrzeźwym, który odmawia przyjęcia tejże pomocy, a odpowiedzialność karna lekarza z art. 162 § 1 k.k.*, „Prawo i Medycyna” 2012, nr 1.
- Kondrycka M., Przyjemski S.M., *Aspekt prawnokarny braku zgody pacjenta na zabieg medyczny*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 2.
- Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2010.

- Kubicki L., *Nowy rodzaj odpowiedzialności karne lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8.
- Kulesza J., *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy a lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2.
- Kurzępa B., Kotowski W., *Wykroczenia pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998.
- Liszewska A., *Problem zgody pacjenta jako dylemat aksjologiczny*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2010.
- Marek A., *Prawo karne. Komentarz do art. 192 kk*, Lex 2010.
- Mozgawa M., *Kodeks karny. Komentarz do art. 192 kk*, Warszawa 2010.
- Mozgawa M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Muszala A., *Steryliczacja kobiety w trakcie cięcia cesarskiego*, www.mp.pl (10.07.2017).
- Ołyńska M., *Oświadczenie pro futuro jako forma wyrażenia woli pacjenta wobec interwencji medycznej*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 3.
- Paszowska M., *Środki identyfikacji elektronicznej w ochronie zdrowia*, Lex 25/2017 – ABC nr 306733.
- Rejman G., *Odpowiedzialność karna lekarza*, Warszawa 1991.
- Rozporządzenie eIDAS wprowadza nowy rozdział w budowaniu e-usług*, www.pi.gov.pl (11.07.2017).
- Safian M., *Forma zgody na zabieg medyczny*, „Prawo i Medycyna” 1998.
- Sawicki J., *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym*, Warszawa 1965.
- Syska M., *Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 2013.
- Szpunara A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.
- Ślebza K., Czajkowska-Dąbrowska M., Górski A., Holewińska-Lapińska E., Kosonoga J., Pilch M., Wąsek-Wiaderek M., Wojtaszek-Mik E., Żółtek S., *Prawnokarna ochrona autonomii woli pacjenta. Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 6, Lex 2012.
- Śliwiński S., *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Świda W., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970.
- Świdarska M., *Zgoda na zabieg medyczny w świetle konwencji bioetycznej prawa i etyki*, www.diametros.iphils.uj.edu.pl (10.07.2017).
- Wanatowska W., Kulesza W., *Odpowiedzialność prawna lekarza*, Warszawa 1988.
- Zielińska E., *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry*, Warszawa 2008.
- Zoll A., *Brak zgody pacjenta na zabieg. Uwagi w świetle postanowienia SN z dnia 27.10.2005, III CK 155/05*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 25.
- Zoll A., *Granice legalności zabiegu leczniczego*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.
- Zoll A., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępczość w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 19.
- Zoll A., *Zaniechanie leczenia – aspekty prawne*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5.

Streszczenie

W artykule omówiono warunki legalności zabiegu leczniczego, ze szczególnym uwzględnieniem wymogów formalnych związanych z uzyskaniem zgody pacjenta. Dokonano także analizy aktów prawnych, na podstawie których chroniona jest wola pacjenta, powołując się na konwencje międzynarodowe i Konstytucję RP. W dalszej części rozważono odpowiedzialność karną lekarza za popełnienie przestępstwa z art. 192 k.k., w szczególności to, czy przestępstwa tego może dopu-

ścić się tylko osoba uprawniona na podstawie ustawy do przeprowadzenia tego zabiegu, czy też podmiotem tego przestępstwa może być każdy (przestępstwo powszechne), gdy ochrona praw pacjenta dotyczy leczenia na odległość przy użyciu technologii informatycznych.

Słowa kluczowe: zabieg leczniczy, pacjent, lekarz, zgoda, przestępstwo, telemedycyna

COMMENTS ON THE CONSENT OF THE PATIENT TO THE MEDICAL TREATMENT AS A FORM OF PROTECTION OF THE AUTONOMY OF THE INDIVIDUAL AND THE CONDITIONS OF LEGALITY OF THE TREATMENT WITHIN THE MEANING OF ART. 192 K.K. USING TELEMEDICINE

Summary

In the following article, all conditions being necessary to make a medical treatment legal – with special regard to formal requirements associated with obtaining patient's consent – have been discussed. An analysis of the legal acts, on the basis of which patient's will is protected, has also been done. International conventions as well as the Constitution of Poland itself have been taken into consideration in the Niven process. Doctor's liability for committing a crime mentioned in the penal code, article 192 has been discussed within the further part of this paper. Special attention has been paid to the question whether the subject of that crime may be either someone who treats or anyone someone who, in the eyes of the law, has the right to treat or any one (common crime) and to the using information technology to provide patient's will in health care from a distance.

Keywords: medical treatment, patient, doctor, consent, crime, telemedicine

Anna Opar

RECYDYWA W UJĘCIU POLSKIEGO PRAWA KARNEGO – EWOLUCJA REGULACJI W POLSKICH KODEKSACH KARNYCH Z 1932, 1969 I 1997 ROKU

Wprowadzenie

W ujęciu prawnokarnym, jak lapidarnie stwierdza T. Szymanowski, recydywa oznacza „ponowne popełnienie przestępstwa”. Jednakże, jak zaraz zastrzega, termin ten nie jest „jednoznaczny, zarówno w doktrynie prawa karnego, jak i w języku potocznym”¹. Wywodzi się on od łacińskiego słowa *recedere* – ponownie wpadać. W znaczeniu ogólnym zatem recydywa odnosi się do ponownego popadnięcia w podobną sytuację. Na płaszczyźnie prawa karnego zatem jest to ponowne popadnięcie w sytuację zagrożoną sankcją karną, tj. powrót na drogę przestępstwa². Zarazem jednak, by znów odwołać się do opinii T. Szymanowskiego, chociaż osobę „popełniającą ponownie przestępstwo określamy mianem recydywisty”, to jednak nie wydaje się trafne takie określenie kogoś, kto popełnia ponownie przestępstwo po bardzo długim czasie lub ponownie powoduje wypadek drogowy. Według cytowanego badacza, źródłem zastrzeżeń jest odczucie, niezbyt przekonująco zmanifestowane w regulacjach prawa karnego i jego doktrynie, że „między pierwszym a drugim lub dalszym przestępstwem musi zachodzić określona więź, dowodząca pewnej skłonności do popełniania czynów karalnych. Związek ten może polegać na jednakowych lub podobnych motywach

¹ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010, s. 15. Inni autorzy dodają, że cechą dystynktywną recydywy jest także wielokrotność powrotu do przestępstwa. Tak: A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 310; O. Grodziński, *Prawnomaterialne aspekty recydywy* [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 21, red. L. Bogunia, Wrocław 2007, s. 25, a w starszej literaturze: D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 22. Zastrzeżenie to wydaje się konieczne, jako że gdyby recydywę odnosić tylko do powrotu do przestępstwa, to wielokrotne przestępstwa w wypadku zastosowania literalnej wykładni pojęcia recydywy musiałyby zostać z jego pola semantycznego wyłączone.

² D. Pleńska, *Zagadnienia...*, s. 22.

popelniania czynów karalnych, np. w celu uzyskania korzyści majątkowej (dokonania kradzieży lub oszustwa, a następnie sfałszowania dokumentu, aby uzyskać nienależną korzyść itd.)”³.

Już przed laty D. Pleńska kategorycznie podkreślała, że na gruncie prawa karnego pojęcie recydywy należy ograniczyć „do pewnych tylko wypadków powrotu”⁴, co oznacza, że „recydywą jest tylko taki powrót do przestępstwa, z którym wiąże ono określone, ujemne następstwa dla sprawcy”⁵.

Nie zmienia to faktu, że pojęcie recydywy funkcjonuje także w najbardziej nas interesującym obiegu specjalistycznym jako pojęcie wieloznaczne, inaczej postrzegane z perspektywy socjologii, inaczej z perspektywy kryminologii, jeszcze inaczej z punktu widzenia prawa karnego, na czym w niniejszym opracowaniu przede wszystkim się skupimy. Zależnie od punktu widzenia recydywa może być zatem postrzegana albo jako groźne zjawisko społeczne, albo jako problem prawa karnego i penitencjarnego. Obszary te nie są bynajmniej izolowane, ale tworzą system naczyń połączonych. W wymiarze społecznym recydywa często bywa postrzegana jako „«drożdże przestępczości», ponieważ recydywiści wciągają do działalności przestępczej nowicjuszy, są nośnikami przestępczej podkultury, często też czynią sobie z przestępstwa stałe źródło dochodu, prowadząc profesjonalną działalność przestępczą (przestępczość zawodowa)”⁶, co w konsekwencji „oznacza utrwalenie się kręgu osób, które są zagrożeniem dla porządku prawnego, dla społecznego systemu wartości”⁷. Sytuacja ta wymaga reakcji ze strony prawa karnego, odnoszącego się do problemu przestępczości powrotnej z surowością i powagą, jakich jako źródło zagrożeń dla ładu społecznego i porządku społecznego wymaga. Kwestia ta zostanie w niniejszym opracowaniu ukazana przez pryzmat regulacji przyjętych w Kodeksach karnych z 1932 r.⁸,

³ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce...*, s. 15. Zaznaczyć warto, że nazwanie recydywistą wielokrotnego, o ile został prawomocnie skazany, sprawcy wypadku samochodowego dopuszcza kryminologia, na gruncie której jako recydywistę (przestępcę powrotnego) „określa się osobę co najmniej raz skazaną za przestępstwo popełnione po uprzednim skazaniu. Wprowadza się także pojęcie sprawcy wielokrotnie karanego, za którego najczęściej uważa się osobę skazaną za przestępstwo co najmniej po raz czwarty”. Dla kryminologii istotny jest zatem sam fakt powrotu do przestępstwa, a nie konsekwencje dla sprawcy. A. Kiełtyka, *Recydywa specjalna wielokrotna – warunek odbycia całości lub części ostatniej kary* [w:] *Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego materialnego – część ogólna wraz z komentarzami. Casebook*, red. J. Raglewski, Kraków 2014, s. 148

⁴ D. Pleńska, *Zagadnienia...*, s. 5.

⁵ Z. Sienkiewicz [w:] *Kodeks karny, Komentarz*, t. 1: *Art. 1–116*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, s. 579.

⁶ A. Marek, *Prawo karne*, s. 310, nb 449.

⁷ T. Bojarski, *Kilka uwag o regulacji prawnej recydywy* [w:] *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci profesora Z. Kegla*, Wrocław 2005, s. 43

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (dalej: k.k. ’32), Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571 ze zm. – uchylony.

1969 r.⁹ i obecnie obowiązującym, uchwalonym w 1997 r.¹⁰ Wcześniej jednak wypada wskazać, jakie ujęcie recydywy jest bezpośrednim odniesieniem dla prawa karnego.

Ujęcia definicyjne recydywy

Spośród zasygnalizowanych wcześniej definicyjnych ujęć recydywy najszerszy zasięg znaczeniowy ma recydywa kryminologiczna. Jest ona pewnym obiektywnym zjawiskiem społecznym, niezależnym od jego prawnych wyznaczników dystynktywnych, a nawet od tego, czy fakt recydywy został wykryty, a recydywista osądzony i skutecznie ukarany. Skala zjawiska recydywy kryminologicznej nigdy bowiem nie jest w całości rozpoznana, gdyż nie wszystkie przypadki przestępstw powtórnych zostają wykryte i osądzone (ciemna liczba recydywy). Recydywa kryminologiczna nie jest więc zagadnieniem prawa karnego, ale kryminologii, jako że to kryminologia ma w obszarze swoich zainteresowań poznawczych szeroko rozumianą problematykę przestępczości jako zjawiska społecznie zdeterminowanego, ale ujawniającego się na ogół w postaci postaw, czynów i zachowań penalizowanych przez prawo.

Na ten aspekt recydywy kryminologicznej zwraca się szczególną uwagę w literaturze. Jak pisze A. Marek, recydywa kryminologiczna to „występujące w społeczeństwie zjawisko przestępczości powrotnej, w jednostkowym zaś wymiarze – ponowne lub wielokrotne popełnianie przestępstw przez tę samą osobę”¹¹. Prawnokarną reakcją na zjawisko przestępczości powrotnej określa się mianem recydywy jurydycznej, ściślej zaś – to część recydywy w znaczeniu ogólnym, „która odpowiada ujętym w ustawie kryteriom”, takim zwłaszcza jak wcześniejsze skazanie za przestępstwo, co odróżnia ją od konstrukcji realnego zbiegu przestępstw¹².

Recydywa jurydyczna obejmuje przeważnie recydywę ogólną oraz recydywę specjalną. W praktyce podlegają one dalszym, bardziej szczegółowym typizacjom, których szczegółowe charakterystyki jesteśmy zmuszeni pominąć. Zwrócić także należy uwagę, że samo pojęcie recydywy nie jest terminem prawnokarnym, ale jedynie konwencjonalną, obecną także w obrocie specjalistycznym kategorią odpowiadającą normatywnym ujęciom zjawiska przestępczości

⁹ Ustawa z 19 kwietnia 1969 roku – Kodeks karny (dalej: k.k.'69), Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94 ze zm. – uchylony

¹⁰ Ustawa z 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (dalej: k.k.'97), Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 593 ze zm.

¹¹ A. Marek, *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 2004, s. 207.

¹² A. Marek, *Prawo karne*, s. 311, nb 450.

powrotnej, nawiązującym do jego kryminologicznej treści. Recydywa jurystyczna ogólna obejmuje następujące sytuacje¹³:

- popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa przez osobę uprzednio karaną za przestępstwa umyślne,
- popełnienie występku umyślnego przez sprawcę, który był uprzednio skazany na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 6 miesięcy bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Z kolei recydywa specjalna jest w doktrynie dzielona na recydywę specjalną podstawową (zwykłą, prostą) oraz recydywę specjalną wielokrotną (multirecydywę)¹⁴. Niezależnie od okoliczności, w jakiej doszło do recydywy, sąd jest zobowiązany uwzględnić ten fakt w swoim orzeczeniu. Dodać także należy, że „prawo karne nie odnosi się tylko do kwestii odpowiedzialności karnej osób powracających do przestępstwa, ale również innych osób, które w procesie wymiaru kary mają być traktowane tak samo lub prawie tak samo jak recydywiści”¹⁵. W ten sposób szczególnie podkreślana jest, wspominana już wcześniej, ta cecha dystynktywna recydywy, która wiąże powrót do przestępstwa przede wszystkim z ujemnymi następstwami dla sprawcy.

Te zaś uwypuklone są nie tylko w orzeczeniu sądu, zobligowanym zaostriżyć sankcję w wypadku stwierdzenia powrotu do przestępstwa przez sprawcę, ale także i na poziomie wykonawczym, penitencjarnym. Recydywa penitencjarna może mieć charakter szczególny, jednostkowy, gdy dotyczy danego, konkretnego przestępcy powrotnego (multirecydywisty) lub uogólniony, gdy dotyczy ogółu przestępców powrotnych¹⁶. Recydywa penitencjarna to zjawisko dotyczące ponownego odbywania kary w ogóle, nie tylko za przestępstwa podobne, jest funkcją polityki karnej i penitencjarnej państwa.

Prawnokarne ujęcie zjawiska recydywy jest, obok teoretycznych podstaw jej regulowania (co jest zagadnieniem odrębnym, do którego odnosić się będziemy tylko ogólnie i o ile wystąpi taka potrzeba), funkcją kryminologicznych diagnoz dotyczących skali zjawiska przestępczości powrotnej, charakteru tego zjawiska oraz generowanych przez nie zagrożeń dla ładu społecznego i porządku prawnego, co z kolei ma przełożenie na praktykę orzeczniczą i penitencjarną. W niniejszym opracowaniu szerzej odniesiemy się do regulacji problematyki przestępczości powrotnej w kolejnych polskich kodeksach karnych: z 1932 r., 1969 r. i obecnie obowiązującego z 1997 r.

¹³ J. Majewski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 794–796.

¹⁴ *Ibidem*, s. 796.

¹⁵ J. Majewski, *Kodeks karny...*, s. 796.

¹⁶ A. Marek, *Prawo karne*, s. 310, nb 449.

Recydywa w k.k.'32

Ujęcie problematyki recydywy w k.k.'32 odzwierciedlało dwutorowość jego podstaw teoretycznych. Z jednej strony odwoływał się do założeń szkoły socjologicznej, dla której charakterystyczny był postulat abolicji, tj. całkowitej rezygnacji z represji karnej i stosowania zależnie od potrzeb oddziaływań terapeutycznych bądź pedagogiczno-resocjalizacyjnych¹⁷, z drugiej zaś – szkoły pozytywistycznej, która w nawiązaniu do szkoły klasycznej preferowała stosowanie wobec recydywistów bezterminowych środków zabezpieczających o charakterze represyjno-eliminacyjnym¹⁸. Skutkiem tego autorzy k.k.'32 przyjęli w odniesieniu do recydywy dwutorowy, karno-resocjalizacyjny model reakcji prawno-karnej: 1) zaostrzenie sankcji dla przestępców powtórnych; 2) izolacja tzw. niepoprawnych przestępców od społeczeństwa w specjalnych zakładach resocjalizacyjnych¹⁹. Charakterystyczne dla szkoły socjologicznej były także regulacje zawarte w k.k.'32, a dotyczące zasad odpowiedzialności, systemu kar, funkcji kar itp.²⁰

W ostatecznym rachunku na kształcie k.k.'32, w tym na uregulowanie kwestii recydywy, w stopniu większym niż socjologiczna zaważyła szkoła pozytywistyczna, jako że jego autor J. Makarewicz był największym jej polskim przedstawicielem²¹. Zgodnie z poglądami tej szkoły nowożytny system prawa karnego powinien każdemu stwarzać możliwość powrotu do normalnego życia, ale tym, którzy wybierają drogę przestępstwa, należy okazywać pełną surowość. Inaczej rzecz ujmując, prawo karne powinno być w miarę „wrozumiałe” dla przestępców przypadkowych, natomiast bezwzględnie rygorystyczne wobec przestępców „zawodowych” i „nałogowych”, z tym wszakże, że „potrzeba taka w konkretnym przypadku pozostawiona została całkowicie swobodnemu uznaniu sądu”²².

Koncepcje teoretyczne, które przyświecały autorowi k.k.'32, przełożyły się na regulacje odnoszące się do recydywy. Zgodnie z treścią art. 60 § 1 powołanej ustawy jeżeli sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu kary w kraju lub zagranicą, w całości lub przynajmniej w trzeciej części, albo w ciągu 5 lat po uwolnieniu z zakładu zabezpieczającego popełni nowe przestępstwo z tych samych pobudek

¹⁷ D. Pleńska, *Zagadnienia...*, s. 18.

¹⁸ *Ibidem*, s. 11–14.

¹⁹ A. Marek, *Prawo karne*, s. 311, nb 452.

²⁰ K. Buchała, *Powrotność do przestępstwa a wymiar kary*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1, s. 9.

²¹ Szerzej na temat jego koncepcji i głoszonych poglądów zob. m.in.: *Karnopolityczne koncepcje profesora Juliusza Makarewicza – wczoraj i dziś (w 50 rocznicę śmierci)*, red. I. Nowikowski, P. Strzelec, Lublin 2006, *passim*.

²² J. Wojciechowska, *Powrót do przestępstwa (opis nowej regulacji prawnej)* [w:] *O progu nowych kodyfikacji prawnych. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi*, red. O. Górniok, Katowice 1999, s. 211.

lub należące do tego samego rodzaju, co poprzednie, sąd może wymierzyć karę wyższą o połowę od najwyższego ustawowego wymiaru kary, nie przekraczając jednak ustawowej granicy danego rodzaju kary. Konstrukcja tego przepisu wyraźnie dowodzi jego kryminologicznych inspiracji, jako że w swej treści nawiązuje on do kategorii kryminologicznych. Charakterystyczne dla ujęcia recydywy na gruncie k.k.'32 było nawiązanie do kategorii kryminologicznych²³. Jak podkreśla się w nowszej literaturze, k.k.'32 „przewidywał recydywę jednorodzą. Powodowała ona, podobnie jak zawodowość lub przestępne nawyknięcie, obostrzenie kary. Kodeks ten stał na stanowisku właściwej recydywy, to jest powtórzenia przestępstwa po odcierpieniu całości lub części kary”²⁴.

Z przyjętej w k.k.'32 konstrukcji recydywy wynikały określone obligacje dla sądu. Mając wybór między karą łagodniejszą a zaostrzoną, obowiązany był z mocy prawa orzekać sankcję zaostrzoną wobec recydywisty. Artykuł 60 § 2 powołanej ustawy wymagał nadto, aby sankcje zaostrzone stosowane były wobec „przestępcy zawodowego lub z nawyknięcia, choćby nie zachodził przypadek powrotu do przestępstwa”. W myśl art. 61 § 3 sąd nie mógł wobec recydywisty orzec środka probacyjnego, tj. warunkowego zawieszenia kary.

Szczególne zaostrzenie sankcji k.k.'32 przewidywał dla tzw. przestępców „niepoprawnych”, co jest kolejną okolicznością potwierdzającą wpływ szkoły socjologicznej na normatywne ujęcie recydywy w tej ustawie. Dla tej kategorii przestępców, tj. spełniających kryterium trzykrotnego powrotu do przestępstwa, określanych też mianem „przestępców nawyknięcia”, art. 84 k.k.'32 przewidywał kary izolacyjne. W ośrodkach izolacyjnych umieszczano przestępców po odbyciu przez nich ostatniej orzeczonej kary. Czas trwania kary izolacyjnej nie mógł być krótszy niż 5 lat. Przedłużenie okresu izolacji o dalszych 5 lat należało do decyzji sądu. W praktyce więc możliwe było izolowanie najgroźniejszych przestępców na nieograniczoną liczbę okresów pięcioletnich, a więc *de facto* nawet bezterminowo. Uzasadnieniem dla takiej surowości prawa karnego było założenie, że jego celem jest ochrona społeczeństwa przed przestępcami z nawyknięcia, a nie ich poprawa i resocjalizacja. Ta dopuszczalna była tylko, jak sygnalizowano, dla tych, którzy w kolizję z prawem wchodzili przypadkowo, na skutek niekorzystnego zbiegu okoliczności,

Wobec niewielkiej liczby recydywistów spełniających kryteria art. 84 k.k.'32 kary izolacyjne były w reżimie tej regulacji stosowane na niewielką skalę. W doktrynie koncepcję tę podano surowej krytyce, a po II wojnie światowej w ogóle zaniechano jej jako sprzecznej z zasadami prawa²⁵.

Generalnie rzecz biorąc, k.k.'32 realizował model recydywy służący ochronie społeczeństwa przed najgroźniejszymi formami przestępczości, zwłaszcza

²³ K. Buchała, *Powrotność do przestępstwa...*, s. 9.

²⁴ A. Kiełtyka, *Recydywa specjalna wielokrotna...*, s. 149.

²⁵ A. Marek, *Prawo karne*, s. 312, nb 452.

przed „przestępczością z nawyknięcia”. W odniesieniu do tego rodzaju przestępców prawo karne stosowało odpłatę, nie udostępniając środków naprawy i resocjalizacji. Ośrodkiem prawnokarnej konstrukcji recydywy był art. 60 § 1 k.k.'32, a wszystkie inne przepisy do niego nawiązujące stanowiły tylko jego uzupełnienie lub uszczegółowienie.

Recydywa w k.k.'69

Twórcy k.k.'69 całkowicie odrzucili założenia szkoły pozytywistycznej. Stało się tak na skutek pryncypialnej krytyki tych założeń ze strony Sądu Najwyższego. W wyroku z 8 kwietnia 1952 r. idee pozytywizmu prawnokarnego uznał on „za zasadniczo sprzeczne z podstawami socjalistycznego prawa karnego [...] i postępowymi tendencjami w teorii prawa karnego”²⁶. Nie oznaczało to bynajmniej zasadniczego odrotu od represyjności normatywnego ujęcia recydywy. Co więcej, w k.k.'69 wybrano w tym zakresie model jeszcze bardziej represyjny niż w poprzedniej ustawie karnej.

W rezultacie wystąpienia powyższych okoliczności istotnie zmieniło się w polskim prawie karnym ustawowe pojmowanie recydywy i jej następstw dla sprawców przestępstw powtórnych (multirecydywisty), sama zaś regulacja poszła w kierunku zaostrzenia ich odpowiedzialności²⁷. K.k.'69, jak pisze A. Kiełtyka, „dokonał ustawowego rozwarstwienia recydywy, wyróżniając recydywę ogólną oraz specjalną: podstawową i wielokrotną (art. 60 § 1 i 2). Szczególnie zwalczana była recydywa specjalna wielokrotna, m.in. poprzez surowsze zaostrzenie kary i obligatoryjny nadzór ochronny”²⁸. Ustawowe kryteria identyfikowania poszczególnych typów recydywy były następujące²⁹:

1. Recydywa ogólna. Powrót do przestępstwa umyślnego albo do podobnego przestępstwa nieumyślnego po poprzednim skazaniu. Stanowiło to przesłankę zaostrzenia wymiaru kary i wyłączenia możliwości zastosowania kary łagodniejszej (art. 52 k.k.'69).
2. Recydywa szczególna. W jej ramach wyodrębniono dwa podtypy: 1) recydywa podstawowa – gdy skazany za przestępstwo umyślne w ciągu 5 lat od odbycia poprzedniej kary, nie mniej jednak niż 6 miesięcy, został ponownie skazany z podobne przestępstwo umyślne (art. 60 § 1 k.k.'69); 2) recydywa wielokrotna (multirecydywa), mająca miejsce w wypadku wystąpienia jednej z następujących sytuacji: a) sprawca znalazł się w przeszłości co naj-

²⁶ T. Szymanowski, *Recydywa w polskim prawie karnym [w:] Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 113.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ A. Kiełtyka, *Recydywa specjalna wielokrotna...*, s. 149.

²⁹ A. Marek, *Prawo karne*, s. 312, nb 453–455.

mniej dwukrotnie w warunkach recydywy szczególnej podstawowej; b) sprawca odbył za popełnione wcześniej przestępstwa łącznie karę co najmniej jednego roku pozbawienia wolności; c) sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu ostatniej orzeczonej kary został skazany za przestępstwo umyślne podobne do jednego z poprzednich; d) przestępstwo popełnione miało charakter chuligański lub zostało popełnione w celu uzyskania korzyści majątkowej (art. 60 § 2).

Zwrócić także należy uwagę, co także skłania do opinii o wyjątkowej represyjności przepisów o recydywie w k.k.'69, że skazanie w warunkach recydywy oznaczało surowe konsekwencje karne³⁰:

- brak możliwości warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary,
- podwojenie dolnej granicy sankcji kary w wypadku recydywy podstawowej,
- potrojenie dolnej granicy sankcji w wypadku multirecydywy, a ponadto możliwość przekroczenia przez sąd o połowę górnej granicy sankcji,
- praktyczna obligatoryjność zaostżeń (wyłączenie zastosowania zaostżeń w szczególnie uzasadnionych przypadkach, gdyby kara orzeczona w warunkach recydywy byłaby niewspółmiernie surowa, uznano za ujęcie zbyt wąskie i stwarzające wątpliwości interpretacyjne).

Zarysowane powyżej ujęcie w k.k.'69 w kwestii recydywy pogłębiające represyjność tej instytucji w stosunku do poprzedniej ustawy karnej to skutek przyjęcia, wbrew badaniom kryminologicznym, tezy o odstrasżającym skutku surowej kary, a więc, że prawo jest tym skuteczniejsze, im bardziej represyjne. Jak pisze T. Szymanowski, regulacje problemu recydywy w k.k.'69 oznaczały bezprecedensowe, nieznane „w tym czasie w krajach wolnego świata” zaostżenie odpowiedzialności karnej w warunkach recydywy³¹. Dopatrywano się w tym nawet symptomów powrotu do dawno odrzuconych koncepcji kary jako czynnika ogólnej prewencji karnej. Zdaniem K. Buchały dokonany w k.k.'69 w zakresie przepisów regulujących problem recydywy zwrot w stosunku do unormowań przyjętych w k.k.'32, „poszedł po linii szkoły klasycznej”³². Nadzieje, jakie wiązano z tymi regulacjami, nie ziściły się. Wbrew oczekiwaniom, co wszakże jest kwestią odrębną, bezprecedensowe zaostżenie sankcji dla przestępców działających w warunkach recydywy nie przyniosło spodziewanych efektów i nie zmniejszyło skali zjawisko przestępczości powrotnej.

Porównując k.k.'32 i k.k.'69, można zasadnie stwierdzić, że w tym ostatnim kwestia recydywy została ujęta dużo bardziej szczegółowo niż w pierwszym. Twórcy k.k.'69 zaostrzyli znacznie w stosunku do swych poprzedników, którym także zarzucano nadmierną surowość, represyjność przepisów o recydywie. O ile

³⁰ *Ibidem*, s. 312, nb 456.

³¹ T. Szymanowski, *Recydywa w polskim prawie karnym...*, s. 113.

³² K. Buchała, *Powrotność do przestępstwa...*, s. 10.

w reżimie k.k.'32 represyjność wyrażała się w zastosowaniu kar izolacyjnych, których stosowanie było w praktyce dosyć ograniczone, o tyle w reżimie k.k.'69 wybrano, z natury rzeczy dużo szerzej stosowany, obligatoryjny nadzór nad recydywistami. Znajdowały w ten sposób wyraz cele polityki karnej PRL, do których należała m.in. zdecydowana i bezwzględna ochrona społeczeństwa przed zjawiskiem recydywy i recydywistami. Dodatkowym środkiem zaostrzającym represję karną wobec nich było to, że popełnienie czynu zabronionego w warunkach recydywy stanowiło, myśl 217 § 1 pkt 3 ustawy z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny wykonawczy³³, samodzielną podstawę szczególną tymczasowego aresztowania³⁴. W swej represyjności regulacji problematyki recydywy k.k.'69 szedł zatem dużo dalej niż pozostający pod przemożnym wpływem szkoły pozytywistycznej k.k.'32. Zasadne wszakże wydaje się stwierdzenie, że przy wszystkich występujących między nimi różnicach zmierzały one do ochrony społeczeństwa przed przestępczością powrotną i przed recydywistami poprzez izolowanie tych ostatnich od społeczeństwa za pomocą ustawowo określonych środków represji karnej.

Recydywa w k.k.'97

Regulacje przyjęte w k.k.'97 w odniesieniu do recydywy wyrastają z zasadniczo innych niż poprzednie, przesłanek teoretycznych i aksjologicznych, które można określić skrótowo podejściem liberalnym. K.k.'97, inaczej niż poprzednie, nie operuje, ale odwołuje do pojęć równoważnych semantycznie z pojęciem recydywy:

- ponowne skazanie (np. art. 41 § 1b, 41a § 3),
- uprzednie skazanie (np. art. 58 § 4),
- ukaranie za uprzednio popełnione przestępstwo umyślnie (art. 66 § 1, zawiera ujęcie negatywne uprzedniego przestępstwa nieumyślnego),
- powrót do przestępstwa (art. 64 § 1 i 2),
- wcześniejsze prawomocne skazanie za zabójstwo (art. 148 § 3).

Doktryna wszakże nadal operuje tradycyjnym pojęciem recydywy. K.k.'97 wyodrębnia dwie postacie recydywy szczególnej: 1) recydywa szczególna podstawowa (jednokrotna); 2) recydywa szczególna wielokrotna (multirecydywa)³⁵. Pierwsza z nich uregulowana jest w art. 64 § 1 k.k.'97, a zachodzi wówczas, gdy zostaną spełnione łącznie wszystkie następujące warunki³⁶:

³³ Dz.U. z 1969 r., nr 13 poz. 98 ze zm. – uchylony.

³⁴ A. Kiełtyka, *Recydywa specjalna wielokrotna...*, s. 149.

³⁵ A. Marek, *Prawo karne*, s. 315, nb 462–464. Podobnie: A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 467–469; T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2006, s. 120–130; G. Łabuda [w]: *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 468 i n.

³⁶ B. Namysłowska-Gabrysiak, *Prawo karne – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 177. Podobnie: A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 467–468; A. Marek, *Prawo karne*, s. 314, nb 460.

- uprzednie skazanie sprawcy za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności,
- odbycie co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności,
- popełnienie umyślnego przestępstwa podobnego do przestępstwa, za które sprawca był już skazany.

Multirecydywa uregulowana w art. 64 § 2 k.k.'97 występuje wówczas, gdy sprawca został już skazany w warunkach recydywy podstawowej, odbył łącznie co najmniej karę jednego roku pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat od odbycia w całości lub w części ostatniej kary ponownie popełnił umyślne przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub pod groźbą jej użycia³⁷. O prawnej kwalifikacji recydywy wielokrotnej decydują zatem nie tylko względy formalne, ale również gwałtowność dokonanego przestępstwa, jego agresywność. Wypełnienie wszystkich tych kryteriów obliguje sąd do nadzwyczajnego obostrzenia sankcji karnej.

W niektórych przepisach k.k. odnosi się do prawnokarnych następstw popełnienia przestępstwa w innych okolicznościach, decydujących o tym, że popełnienie kolejnego przestępstwa można by określić jako recydywę w znaczeniu kryminologicznym³⁸. K.k.'97 odszedł od obligatoryjności zaostrzenia kary z tytułu recydywy na rzecz fakultatywności jej stosowania. Wynika to z filozofii indywidualizacji kary dla recydywistów oraz jest wyrazem zaufania ustawodawcy do sądów, że będą stosowały reakcję karną właściwą dla danych konkretnych okoliczności³⁹. Generalnie rzecz biorąc, zmiany w regulacji problematyki recydywy w k.k.'97 „spowodowane były krytyką dotychczasowych rozwiązań oraz traktowania sprawców powracających do przestępstwa w okresie obowiązywania poprzedniego kodeksu”⁴⁰. Wśród założeń tej ustawy odnoszących się do kwestii recydywy znalazły się m.in. odstąpienie w postępowaniu z recydywistami od mechanicznego stosowania surowej represji karnej i opuszczenie reguły stosowania wobec nich warunkowego przedterminowego zwolnienia⁴¹.

Ujęcie kwestii recydywy w k.k.'97 uznać należy za wyraz liberalnego podejścia do prawa. Mieści się w tym podejściu przekonanie o wychowawczej funkcji prawa, które powinno być surowe, ale nie represyjne, a przy tym stanowcze i nieuchronne. Prawo nie może być także środkiem izolowania czy eliminowania jednostek ze społeczeństwa, nawet jeżeli weszły one w kolizję z jego po-

³⁷ A. Marek, *Prawo karne*, s. 315, nb 462

³⁸ K.k.'69, art. 68 § 2, art. 75 § 2.

³⁹ A. Marek, *Prawo karne*, s. 314, nb 460.

⁴⁰ A. Kiełtyka, *Recydywa specjalna wielokrotna...*, s. 149–150.

⁴¹ *Ibidem*, s. 150.

rządkiem prawnym. Przekonania te bazują na wynikach badań zjawiska recydywy oraz praktyki sądowej i penitencjarnej, z których wynika, że surowość sankcji, wyrażająca się np. wieloletnią karą pozbawienia wolności, nie zawsze jest skutecznym środkiem oddziaływania na recydywistów, a lepsze efekty osiągnąć można stosując dozór kuratora lub środki probacyjne⁴². Obecnie obowiązujący k.k. jest oceniany jako wyraz kompromisu między obligatoryjnością zaostrzenia kary z tytułu recydywy a brakiem jakichkolwiek jej prawnokarnych konsekwencji. W doktrynie nie ocenia się tego bynajmniej pozytywnie. Jak bowiem pisze A. Marek, „prawo karne nie może się wahać od jednej skrajności, jaką przyjęto w kodeksie z 1969 r., do nadmiernego liberalizmu, gdzie właściwie recydywa, nawet wielokrotna, nie powoduje realnie żadnego zaostrzenia odpowiedzialności”⁴³. Zasadny w tej sytuacji, w trybie *de lege ferenda*, wydaje się wniosek, że to niezdecydowanie obecnej ustawy karnej wobec instytucji recydywy powinno zostać usunięte, tak aby jej społeczne przeznaczenie było jasne i wiadome.

Podsumowanie

Jak starano się wykazać w artykule, kolejne polskie ustawy karne, począwszy od 1932 r., w zróżnicowany sposób ujmowały problematykę recydywy, formułując w ten sposób odpowiedź prawa karnego na ten szczególnie groźny aspekt zjawiska przestępczości. Są one swoistym zwierciadłem swoich czasów, ściślej zaś – poglądów nauki prawa karnego na genezę i charakter przestępczości powrotnej, skalę zagrożeń, jakie ona niesie, oraz postępowanie z recydywistami, zwłaszcza, by odwołać się do kategorii k.k.'32, z tzw. przestępcami niepoprawnymi. Przy wszystkich różnicach, także aksjologicznych i teoretycznych, dostrzec można istotne podobieństwa między k.k.'32 i k.k.'69, w których problematyka recydywy, zwłaszcza zaś multirecydywy, została uregulowana, choć odmiennie, w sposób bardzo represyjny. Twórcom obu regulacji przyświecał podobny cel: ochrona społeczeństwa, przed multirecydywą i multirecydywistami, nawet za cenę stosowania wobec nich środków izolacyjnych oraz nadzwyczajnych środków represji karnej.

Na ich tle obecnie obowiązujący k.k.'97 wyróżnia się liberalnym podejściem do problematyki recydywy, czego znamiennym wyrazem jest odejście w nim od stosowania pojęcia recydywa jako obciążonego negatywnymi konota-

⁴² A. Marek, *Prawo karne*, s. 314, nb 459.

⁴³ A. Marek [w:] *Czy trzeba zmieniać Kodeks karny? Materiały z konferencji naukowej pt. „Nowelizacja Kodeksu karnego”*, Warszawa 10 luty 2003 r., Warszawa 2003, s. 39.

cjami. Ucierpiała na tym wyrazistość intencji ustawodawcy, niezdecydowanego, czy traktować przestępczość wielokrotną z całą surowością prawa, czy też próbować oddziaływać na nią środkami probacyjnymi. Stan taki zdaje się nie służyć dobrze ani samej regulacji, ani też praktyce jej stosowania.

Bibliografia

- Bojarski T., *Kilka uwag o regulacji prawnej recydywy* [w:] *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci profesora Z. Kęgla*, Wrocław 2005.
- Bojarski T., Michalska-Warias A., Piórkowska-Flieger J., Szwarczyk M., *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2006.
- Buchała K., *Powrotność do przestępstwa a wymiar kary*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997, z. 1.
- Grodziński O., *Prawnomaterialne aspekty recydywy* [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 21, red. L. Bogunia, Wrocław 2007.
- Karnopolityczne koncepcje profesora Juliusza Makarewicza – wczoraj i dziś (w 50 rocznicę śmierci)*, red. I. Nowikowski, P. Strzelec, Lublin 2006.
- Kiełtyka A., *Recydywa specjalna wielokrotna – warunek odbycia całości lub części ostatniej kary* [w:] *Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego materialnego – część ogólna wraz z komentarzami. Casebook*, red. J. Raglewski, Kraków 2014.
- Łabuda G. [w:] *Kodeks karny część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Majewski J. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004.
- Marek A. [w:] *Czy trzeba zmieniać Kodeks karny? Materiały z konferencji naukowej pt. „Nowelizacja Kodeksu karnego”*, Warszawa 10 luty 2003 r., Warszawa 2003.
- Marek A., *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 2004.
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2007.
- Namysłowska-Gabrysiak B., *Prawo karne – część ogólna*, Warszawa 2008.
- Pleńska D., *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974.
- Sienkiewicz Z. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1: *Art. 1–116*, red. O. Górniok, Warszawa 2006.
- Szymanowski T., *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010.
- Szymanowski T., *Recydywa w polskim prawie karnym* [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Wojciechowska J., *Powrót do przestępstwa (opis nowej regulacji prawnej)* [w:] *O progu nowych kodyfikacji prawnych. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi*, red. O. Górniok, Katowice 1999.
- Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000.

Akty prawne

- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571 ze zm.) – uchylony.
- Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94 z późn. zm.) – uchylony.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. (Kodeks karny Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 593 z późn. zm.).

Streszczenie

W artykule podjęto kwestię recydywy, tj. ponownego popełnienia przestępstwa, w polskim prawie karnym. Przedstawiono ją w ujęciu historycznym jako ewolucję koncepcji recydywy w polskich kodeksach karnych z 1932, 1969 i obecnie obowiązującego z 1997 r. oraz komparatywnym jako porównanie regulacji recydywy w tych ustawach. Pojęcie to funkcjonuje tak w obiegu potocznym, jak i specjalistycznym. W prezentowanym artykule skupiono się na prawnokarnym ujęciu recydywy, tj. problemie przestępczości powrotnej wymagającej adekwatnej do skali zagrożeń, jakie niesie, reakcji ze strony prawa karnego. Najpierw dokonano przeglądu definicji recydywy we współczesnej doktrynie prawa karnego, następnie zaś – analizy ujęcia recydywy w wymienionych ustawach karnych. W konkluzjach wskazano na podobieństwa, jakie w tym zakresie występują między k.k.'32 i k.k.'69, odzwierciedlających represyjne podejście ustawodawcy do zjawiska przestępczości powrotnej, koncentrujących się zwłaszcza na ochronie społeczeństwa przed multirecydywą i multirecydywistami, czego przejawem była możliwość stosowania wobec nich środków izolacyjnych oraz nadzwyczajnych środków represji karnej. Na ich tle k.k.'97 wyróżnia się podejściem liberalnym, które jednak pozostawia wątpliwości co do intencji ustawodawcy niezdecydowanego, czy traktować przestępczość wielokrotną z całą surowością prawa, czy też próbować oddziaływać na nią środkami probacyjnymi. Spostrzeżenia te rozwinięto we wnioskach końcowych.

Słowa kluczowe: recydywa, multirecydywa, środki probacyjne, środki izolacyjne, multirecydywista

RECIDIVISM IN THE POLISH CRIMINAL LAW – EVOLUTION OF THE REGULATION FROM 1932, 1969 AND 1997 IN THE POLISH PENAL CODES

Summary

The article deals with recidivism, i.e. committing an offence again. It was introduced from a historical perspective – the evolution of the concept of recidivism in the Polish penal codes from 1932, 1969 and from 1997, being in force at present, and from comparative perspective – comparing the regulation of recidivism in these acts. This notion is functioning this way in popular, as well as specialist circulation. In the presented article we concentrated on legal-criminal notion of recidivism, i.e. the problem of crime return, requiring an appropriate reaction to the kind of threats it is carrying on the part of the criminal law. At first we focused on different definitions of recidivism in the contemporary criminal law. Then we checked the definition of recidivism – analyzing recidivism in mentioned acts of penalties. In conclusion, they pointed at resemblances which in this respect are appearing between the Penal Code' 32 and Penal Code' 69, reflecting the coercive approach of the legislator towards the occurrence of return crime, concentrating especially on the protection of the society against the multirecidivism and multirecidivists. A manifestation of this was a possibility of administering means of isolation and extraordinary means of repressive punishment towards them. Penal Code' 97 is standing out with the liberal approach, however, leaving many doubts concerning the intention of the legislator, undecided whether to treat repeated crime with the entire harshness of the law, or to try to influence it with some probation means. These observations were elaborated in final conclusions.

Keywords: recidivism, multirecidivism, probation mens, center isolating, multirecidivist

Peter Polák, Ondrej Kubík

PSYCHOLOGICAL ASPECTS OF THE INTERROGATION TACTICS OF AN ACCUSED

Introduction

Interrogation of accused for law enforcement authorities (hereinafter “interrogating authority”) is the most common and most important activities. Criminal proceedings, except in cases where the offender is unknown, are not possible without questioning people in such a procedural position. And even in the case of the interrogation of the accused it is a very complex process conditioned by legislation and forensic – tactical and psychological aspects. The legal rules and principles of criminal tactics are also accepted by interrogating authorities. However, this is not entirely applied when using psychological aspects of interrogations. One of the reasons for such a situation may be the ignorance or lack of knowledge of this area of carrying out interrogations, or their underestimation.

General principles of psychological aspects of interrogation tactics

The approach of the interrogating authority of an accused should always be the result of an individual assessment based on several indicators of a particular case, and in accordance with the current requirements of criminalistic tactics. The interrogating authority should be able to establish a psychological contact with various categories of persons being questioned, especially suspects and accused, as well as witnesses¹. The diligence of the officer carrying out an interrogation should catch the fine details and shades in behaviour of the accused, because this will enable the most appropriate tactical action in the interrogation to be selected. The interrogating authority should also observe and analyse man-

¹ V. Porada *et al.*, *Criminology*, Bratislava 2007, p. 273.

nerisms of the person being questioned. Interrogation is a specific social interaction with mutual influence and perception between its participants. Social interaction in an interrogation from the psychological point of view has a significantly asymmetrical nature. It is undoubted that in terms of psychological assessment of characteristics of the accused, the interrogating authority has limited time, so cannot ascertain character comprehensively and in depth (as in the case of a psychologist or psychiatrist) but only informatively, focusing on those personal characteristics of the accused the recognition of which will enable psychological influence to be deployed to achieve voluntary confession. In this respect, however, various tactical approaches exist that every interrogating authority should apply to learn more about the personality of the accused, namely in relation to the best tactics to obtain a confession. Hence the provisions of Section 121 Sub-section 1 of the Criminal Procedure Code (Act No. 301/2005 Coll.) expressly stipulate that it is necessary to respect the personality of the accused, pursuant to which it can be concluded that this can only happen if the authority carrying out an interrogation can apply an individual approach towards every accused.

This fact is also important in relation to the right of the accused to be informed before questioning (Section 121 Sub-section 2 of the Criminal Code). The interrogating authority must take into account, when providing the statutory instruction to the accused, their age, gender, mental capability, and specific personal characteristics. It is important that the accused understands their rights and obligations during criminal proceedings, not only from the person conducting the questioning without adequate explanations and interpretations. One such tactical method that can be applied by the interrogating authority is a role of an assisting advisor. In such case, the interrogating authority starts from a tactical basis that the accused wants from the beginning to cooperate and plead guilty; consequently it is necessary to treat them in a friendly spirit of understanding and not to further increase their mental tension, because such would work counterproductively. In this case, it is necessary to achieve that the accused testifies before the interrogating authority spontaneously and voluntarily. On the other hand, the interrogating authority should gladly provide the accused with legal information about their procedural status, which may have a positive impact on any subsequent re-evaluation of degree of culpability and the offender's consequential criminal responsibility.

Another tactic is helping, sympathetic brother or soul mate. This approach is based on honesty and the assertive communication of the interrogating authority that openly explains to the accused that they should plead guilty for their family, loved ones, and themselves. A possible lie would only make their situation worse because they would cause a higher degree of estrangement of loved ones, who

would stop communicating with them. The interrogating authority would then respectfully indicate to the accused that it understands their struggle and need to relieve their remorse guilt, and would appreciate such approach of the accused. The interrogating authority can then speak to the accused: "...well, you've got your whole life ahead of you and a life with remorse is not pleasant at all." An approach of the interrogating authority in this situation is primarily focused on the support of emphasizing that the accused gives them the last chance. And it can be achieved only if the accused is honest and seriously thinks about responsibility for the act committed, and the feelings of associated guilt.

The "separation of suspects" is relatively well-known – accused are interrogated independently in two acoustically and spatially isolated interrogation rooms. Subsequently, the accused are independently confronted by the interrogating authority with the fact that each has provided a statement, whereby the accused are not exactly informed in detail of that statement in order to create mental tension in both the accused, who subsequently begin to consider testifying against each other, and speculate whether their statements are consistent or different. Subsequently, the interrogating authority tactically indicates to the first accused that the second accused in the room next door sought in the questioning to put all the blame on them. Subsequently, the first accused starts to spontaneously testify about their involvement in the committed criminal offense, while emphasizing what the second accused did with the aim to at least partially vindicate themselves from criminal responsibility. In this way the accused gradually voluntarily reveals to the interrogating authority the extent of the other accused's involvement in responsibility for the criminal offense.

In connection with the above-mentioned tactical procedures, it is necessary to take into account the specific type of legal culture applied and its particularities in terms of the legal regulation of individual rights conferred to and duties placed on persons in the procedural position of suspect or accused. In the Anglo-American legal environment, the law allows the suspected person to receive "accusatory questioning" in which the interrogating authority verbalises its assumptions of guilt of the accused in an expressively confrontational way and pushes them to be themselves by trying to challenge the suspicion through mitigating reasons. The interrogating authority pushes the accused to the active defence and the defence of their innocence by the provision of relevant arguments. In the continental legal environment, however, such method of interrogation is inadmissible. Neither the suspect nor the accused can be misled or directly accused on the basis of trumped-up allegations, which the interrogating authority continuously creates. Likewise, the accused cannot be induced to any statement in such a manner that they are confronted with false or non-existent evidence.

Characteristics of particular styles of conducting interrogation of the accused

Within police work are procedures for interrogation such as the directive approach, non-directive approach, friendly approach, emotional approach, logical approach, aggressive approach, restrained approach and rationalising approach. These interrogation styles are used by the authority carrying out interrogation depending on the personal characteristics of the accused, the overall situation, and the interrogation. When using a style of conducting interrogation, the interrogating authority must appear extremely convincing in order to achieve the aim – the confession of the accused. To choose a particular style of interrogation is conditioned by the level of social intelligence and technical expertise of the interrogator, particularly in view of their ability to interpret social situations before and during the questioning. The interrogating authority must be extremely creative with the ability to improvise and play roles, because interrogation situations are so diverse that they can be predicted only with difficulty; that is why it is impossible to prepare for them reliably in advance. Some of these styles of interrogation are characterised in more detail in the following sections.

Directive style of interrogation

This style of interrogation is appropriate if incontrovertible material evidence relating to the guilt of the accused already exists, such as dactyloscopic traces, biological traces, etc. In such case, it is recommended that the interrogating authority appears all-confident and all-dominant, but not omnipotent². The interrogating authority should, at its own discretion, forward to the accused gradually and in a strategic way the incriminating evidence. However, it must not threaten the accused with any unlawful threats³. The core of this approach is to achieve that the accused understands that there is incontrovertible evidence against them, and thus has no other way than to testify about all the circumstances surrounding their involvement in the criminal offense. The directive approach

² Omnipotent investigator acts almighty or all-powerfully and the situation in which the suspect is explained in the extreme, even exorbitant manner as it would depend solely from them what will be the whole further fate of the suspect. Every responsive suspect, however, can in such a case realise that policeman is not as omnipotent as they try to make it clear, and later begins to perceive such inappropriate behavior of policeman as weakness and inability to use the relevant arguments based on the legal boundaries of their own competence – author's comment.

³ The law refers to the use of direct *physical violence* (lat. vis absoluta) as well as *unlawful threat* (lat. vis compulsiva) as to the use of force. Legal action to which is acting person compelled by physical force or unlawful threat is invalid or not capable of producing legal effects – author's comment.

is straightforward and systematically leading towards the relevant accused's confession achieved by gradual confrontation with the consensual aspect of the evidence to their detriment.

Non-directive style of interrogation

This style can be used if the guilt of the accused is unlikely; nevertheless, it is necessary to question them on the matter, as it is not excluded that they may provide relevant information for the case about the offender. When using this approach, the authority carrying out interrogation is mainly a receptive listener that paraphrases what the accused has testified in connection with the confession. The interrogating authority allows the accused to speak most of the time with open-ended questions. In the event of attempts by the accused to lie, any individual contradictions and illogicality in their statement arise as a direct result of emotional disturbances. The interrogating authority should constantly remind the accused of the fact that any intentional presentation of false circumstances with the aim to protect the real perpetrator can aggravate their situation, and thus increase the severity of criminal prosecution.

Friendly style of interrogation

The friendly style of interrogation is applicable when questioning an emotionally, sensitive and cooperative accused. During the questioning of such accused the interrogating authority lowers its voice intensity, acts friendly, and uses empathy. The interrogating authority seeks to express in communication with the accused its understanding of the situation. The interrogating authority must avoid any threatening or intimidating of the accused. In terms of proxemic parameters⁴ within the interrogation, the interrogating authority may sit closer to the accused, while deliberately trying to disrupt their personal zone⁵, which can trigger feelings of confusion, nervousness and uncertainty. It should be, however, pointed out that the interrogating authority should not violate the personal zone of the accused for too long, but shall vary the proxemic parameters of social interaction tactically, depending on whether the accused behaves or wants to plead guilty. A suitable strategy of changing proxemic parameters during the questioning creates a desirable mental tension in the accused. In some cases, the interrogating authority may also use physical contact, such as placing a friend-

⁴ Proxemics is a form of nonverbal communication, the essence of which is formed by the impact of spatial distance between the subjects of social interaction – author's comment

⁵ In connection with the characteristics of territorial non-verbal communication – for more detail see T. Kollárik

ly hand on the shoulder of the suspect⁶. A reasonable physical contact of the interrogating authority, as well as its empathetic approach, can have a decisive influence on the willingness of the accused to confess, because the accused reposes all their trust in it.

Emotional style of interrogation

This style is based on the psychological tactics of “touching a chord” in order to trigger feelings of guilt and responsibility in the accused. It is important in this situation that the interrogating authority finds a psychologically weakest point in the accused, which they protect the most. For example, it may appeal to the accused in respect of their family by saying: “Did you think what your loved ones think about you now?” “Did you think how your children regard you as a father now?”

The accused can reasonably show signs of nervousness and begin to think seriously about what the officer just said, because they alone are then very well aware of the fact that what was just said was true, so they feel emotionally exposed. It is necessary to warn in this connection that the interrogating authority should respect certain “healthy boundaries” of emotional (psychological) influence on the accused, and should not provoke in them later by their inappropriate behaviour any disproportionate psychological reaction that could be demonstrated in the form of unexpected physical attack against those present at the questioning. In contrast, the proper and adequate use of this tactical approach of questioning can cause the accused, under the pressure of remorse, to later voluntarily confess to everything and cooperate. It must also be noted that the interrogating authority should always listen carefully even to seemingly marginal (peripheral) circumstances in the accused’s confession, for example, that they confess because of the future of their children, family or because they want to be finally free of all feelings of guilt and unbearable remorse.

Logical style of interrogation

This is the flip side of the emotional approach. It is appropriate to use it if there is reliable evidence against the accused and it concerns the accused that is based rationally, which is reflected, for example, in a constant need to justify

⁶ If the investigator (male) carries out interrogation of the suspect women, it is not appropriate if he then physically touches her, not even by a cursory placing his hand on her shoulder, because the suspect woman may (wrongly) interpret such behavior of the investigator as his attempt to flirt – author’s comment

something, explain something and theorise about something. The interrogating authority must be able to gain insight to the core of the logic of the accused's action, as well as to the nature of their purposive defensive strategies. This approach therefore requires on the part of the interrogating authority a thorough familiarisation with the actual evidentiary situation. The interrogating authority should sit during the communication with the accused upright and behave with reasonable confidence, while it should strictly adhere to the focus of the questioning. It is not appropriate if the interrogating authority deviates from the logical approach and gradually turns to the emotional approach, because the accused could begin to understand it as a defensive response, i.e. that they outclassed the person carrying out questioning through their logical and well-considered arguments.

Aggressive style of interrogation

It is a style in which the interrogating authority acts towards the accused aggressively and dominantly. It should be emphasised that the aggressive approach should be applied only by lawful means of manipulation with the accused, i.e. any violation of fundamental human rights and freedoms of the suspect must not occur⁷. The interrogating authority may, for example, raise its voice to the accused or invade the suspect's personal zone, et cetera. As aggressive should appear the overall external appearance of interrogator, as well as their behaviour and demeanour. This approach is appropriate in cases of the emotionally based and strongly resistant accused. It is best from a tactical point of view if an amiable interrogating authority talks with the accused first, and only after some time the interrogation continues with an aggressive investigator. The above-mentioned tactics causes in the accused the induction of a psychologically contrastive interrogation situation, resulting in goal-directed unpleasant states of psychological tension in them. It may eventually lead to a situation that the accused voluntarily confesses to everything. It is a psychological tactic similar to the tactics of good cop/ bad cop, a detailed characteristic of which is presented in the next section of this contribution.

Style of interrogation by tactic of good cop/bad cop

The style of conducting interrogation by the tactic good cop/bad cop is well-known from several film interpretations. The core of this police tactic is the fact

⁷ Compare: V. Strážnická *et al.*, *International and European human rights protection*, Bratislava 2013, p. 281–282.

that during the questioning of the accused or suspect, always two police officers are present, whereby each plays a different role. While one acts good, friendly, helpful, understanding and helping, the other acts bad, aggressive, impatient, arrogant, and haughtily. The police officer acting bad, aggressive, arrogant, raising their voice to the suspect, behaving impatiently and dominantly should talk to the suspect first. The above-mentioned behaviour of the bad cop causes an increased feeling of tension and stress in the suspect, and even anxiety is not ruled out. Subsequently the good, sympathetic and friendly policeman comes to the interrogation room. They can apologise for the behaviour of the police officer acting previously in an aggressive way, and assure the suspect that if they cooperate nothing the bad cop just said will happen. The condition of which, however, is their maximum cooperation. The said apology for the bad cop's action from the good cop may induce in the suspect or accused a need to avoid any repetition of the unpleasant confrontation with the bad cop, through their own initiation of cooperation with the good cop. They usually later voluntarily confess to this police officer, because they fear possible consequences mentioned before by the police officer acting bad.

This approach always requires cooperation between two police officers that from a professional point of view are familiar with each other and so can readily and spontaneously supplement each other and build on each other when playing the roles. The behaviour of the two officers should be contrasting enough in terms of playing the defined roles. If this approach is to fulfil its purpose, both policemen should be harmonised and able to quickly react to minor changes in the behaviour of the suspect or accused, which could indicate that they want to voluntarily confess, or they want to deny and not cooperate. Both policemen during the questioning must mindfully observe the behaviour of the suspect or accused, and accordingly assume at the given moment the role of good cop/bad cop.

Restrained style of interrogation

Restrained style of interrogation represents the style in which the interrogating authority makes it clear by its behaviour to the accused that it does not need to hear any confession, because the whole case is already "basically" known and will probably proceed against them. It is, however, necessary to warn here that the interrogating authority shall create such impression by their behaviour indirectly and shall not feed the suspect directly with any facts not based on reality. The point is that the accused thinks that the interrogating authority probably knows more than they previously believed. This approach is useful in the cases of the accused that resist for a long time and refuse to confess from the very be-

ginning of the interrogation. Under stress, the accused begins to react in such a way that they begin to persuade the interrogating authority about their own version of the act, because they are afraid that the interrogating authority will dispose of any incorrect evidentiary information that may mistakenly prove them guilty of something that they actually did not commit. The distant and condescending approach of the interrogating authority can lead in the accused to uncomfortable feelings of helplessness caused by them being ignored. The accused then has a tendency to eliminate this helplessness by trying to voluntarily communicate with the interrogating authority with the aim to persuade them (until it's time) that it is necessary to also hear their version of the criminal act. In this connection, it is important to emphasise that only a person carrying out questioning that can play their role convincingly can carry out the restrained style of questioning. Therefore it is recommended that only a person whose real behaviour is as close as possible to this style should carry out the restrained style of interrogation.

Rationalising style of interrogation

The rationalising style of interrogation is based on psychological tactics, in which the interrogating authority rationalises during the interrogation, instead of the accused, the reasons that led them to plead guilty of the crime. The interrogating authority may not, however, suggest to the accused the content of their statement, but only indicate some possible reflections, which they can depend on when confessing. The interrogating authority should avoid any divulgence of the key information from the investigation, thus not to directly help the accused with the formation of a purposive statement. This style is appropriate for rationally based accused that does not express any insurmountable resistant behaviour. It should be the accused that wants to confess, but only needs to name correctly the reasons that led them to the criminal offense.

Psychologising (therapeutising) style of interrogation

The psychologising style of interrogation is based on the psychological “technique of uncovering” known from the theory of PCA – “person-centred approach” (hereinafter referred to as PCA), whose author is one of the most important representatives of humanistic psychology, C.R. Rogers, who introduced to applied psychological and psychotherapeutic practice various functional concepts such as congruence, authenticity, empathic understanding, etc. The conduct of interrogation requires from the interrogating authority empathy, as well as

deeper knowledge of the psychology of personality and psychotherapy, and also certain practical communication skills. “Uncovering” is a psychological technique in which the interrogating authority endeavours to actively listen to the accused and subsequently to characterise right before them their mental condition by paraphrasing words that the suspect used previously: “I know how you feel right now, it is hard for you and you are confused, this is definitely very uncomfortable for you. It all now somehow falls on you and you try to find the way out”. The interrogating authority tries to identify the feelings that the accused verbalises right now, for example: “Now you probably feel scared because you are afraid of the possible criminal consequences. I see that you are in cold sweat because you feel very uncomfortable. What will you tell me now about it? Hmm?” When using the technique of uncovering, it is important to care that the interrogating authority does not appear ironic or aggressive. Its behaviour when using this technique must be consistent and authentic.

This approach aims to systematically uncover the feelings of the accused. On the other hand, this approach should signal to the accused that the interrogating authority actively listens to and understands what they are going through when confessing⁸. It is recommended that the interrogating authority observes the principle of vigilance and monitors at all times all behaviour of the accused, because the uncovering of their emotional experience may lead them to an unexpected attack on the person carrying out the questioning. Such attack may happen because the accused understood the uncovering of their emotions as threatening.

Conclusion

It is a well-known fact that the interrogation of accused is a challenge for the all-round training of the interrogating authorities for criminal proceedings. It is clear from the contents of the contribution that using psychological aspects of interrogation is a very important prerequisite for the efficient conduct of the interrogation of accused persons. In addition to the general principles of the psy-

⁸ The interrogating authority should be readily able to clearly *paraphrase* the suspect’s words. If the interrogating authority freely aloud repeats and summarises the words of the accused, it enables it to continually check if it correctly understood the content of the statement of the accused and at the same time signalises to the accused that it personally cares about understanding what they say, explain, illustrate and describe. Inability of the interrogating authority to paraphrase statements of the accused may be caused, for example, by the fact that it does not concentrate sufficiently to their statement due to extraneous factors, which can lead to the fact that the accused ceases to cooperate with it – author’s comment.

chological approach in the conduct of interrogation, it is important to recognise and creatively use the particular theoretically analysed styles of conducting interrogation. A prerequisite of such approach is to thoroughly know and control the essence of the particular styles of conducting an interrogation. The aim of the contribution is to bring the necessary information about this issue and thus contribute to creating conditions for the successful use of the above-mentioned approaches in the interrogation of accused.

References

- Heretik A., *Forensic psychology for psychologists, lawyers, doctors and other assisting professions*, Bratislava 2010.
- Křivohlavý J., *How to understand each other better. Chapters from psychology of social communication*, Prague 1988.
- Kubík O., *Investigative psychology*, Bratislava 2012.
- O'Hara Ch.E., O'Hara G.L., *Fundamentals of Criminal Investigation*, Springfield 2003.
- Porada V. et al., *Criminology*, Bratislava 2007.
- Rogers C.R., Meador B.D., *Person-centred approach. European learning/training program client-centred counselling and psychotherapy and applications of the person-centred approach*, Bratislava 1991.
- Spurný J., *Psychology of interrogation*, Prague 2003.
- Strážnická V. et al., *International and European human rights protection*, Bratislava 2013.

Summary

The contribution's core content consists of an analysis of the general principles of the psychological approach to the interrogation of criminal accused, as well as an explanation of possible styles of conducting such interrogations.

Keywords: psychological aspects of the interrogation of an accused, psychological principles of conducting an interrogation, style of conducting an interrogation

PSYCHOLOGICZNE ASPEKTY TAKTYKI PRZESŁUCHAŃ OSKARŻONEGO

Streszczenie

Podstawową treścią merytoryczną artykułu jest analiza ogólnych zasad psychologicznego podejścia do przesłuchiwania oskarżonego, a także wyjaśnienia możliwych stylów prowadzenia takich przesłuchań.

Słowa kluczowe: psychologiczne aspekty przesłuchania oskarżonego, psychologiczne zasady prowadzenia przesłuchania, styl przeprowadzania przesłuchania

Peter Polák**OPPORTUNITIES REGARDING THE UTILISATION
OF ANONYMOUS WITNESS TESTIMONY AS EVIDENCE
ACCORDING TO STRASBOURG COURT CASE LAW****Introduction**

Ways of gathering evidence and their legal framework are a matter of national procedural regulations. Requirements for effective yet legal gathering of evidence, relating mainly to serious and organised crime, necessitate the use of specific forms of gathering evidence. For the sake of compliance with the legality of evidence when using such special procedures, several supranational legal regulations have been adopted within the European conditions. They form the basis for the assessment of the limits of the use of specific procedures for gathering evidence, including the assessment of such limits in the form of decisions by the European Court of Human Rights in Strasbourg. The special methods of gathering evidence, the substance of which is formed by the interrogation of witness and which are legally limited by the criteria resulting from the treaty documents and legal acts of the European Union and the Council of Europe, include the interrogation of agents as witnesses as well as the interrogation of protected witnesses. They concern namely cases where to ensure the personal safety of these witnesses or their relatives it is necessary to keep their identity secret before those being incriminated by them or before their defenders. Non-disclosure of identity takes place within a special procedure in the interrogation of agent and protected witnesses, the essence of which lies in the fact that the agent and protected witness remain anonymous persons for those incriminated. The professional public and the majority of the general public have no doubt that it is necessary to address the issue of the utilisation of agents as a witness and the protection of witnesses very consistently, and to harmonise the legislation related therewith in all concerned States within the framework of regional and global integration groups or international organisations. A clear legal framework for the effective utilisation of an agent in criminal proceedings as well as fixed guarantees related to issues of the safe protection of witnesses and their family mem-

bers are also crucial in terms of the public's involvement in the fight against organised crime. A fundamental problem in meeting this requirement however is the fact that the legal regulation of undercover agents as a witness in criminal proceedings and the legal regulation of the protection of witnesses and the application thereof must not only be effective to meet the purpose but must also comply with the requirements of fair trial formulated and accepted in our territorial conditions, especially by the European integration groups that establish certain legal limits for this area of legislation and its application. The most important sources of legal limits of using evidence based on the testimony of anonymous witnesses include the relevant case law of the Strasbourg Court.

A basic question that needs to be answered in this context is an explanation of the concept of anonymous witness. In this case it is not a legal concept, it does not have any legal definition, it is defined only by theory. If we rely only on the etymological meaning of the word "anonymous", which is derived from the Greek word "anonymus", meaning unnamed or unknown, we would come closer to understanding the type of witness concerned, if only partially. Legal theory is more specific and considers an anonymous witness as a witness whose identity is not known to the defence, i.e. to the accused and their defence lawyer, or to any other persons that are involved in the criminal proceedings. Legislation that allows the identity of a witness to be kept secret, whether in the case of the testimony of an agent interrogated as a witness or in the case of the testimony of a witness who is provided, according to the Criminal Procedure Code or a special law, with the protection, is based on the fact that the competent authorities active in the criminal proceedings, as well as the competent judge, are entitled to know the real identity of such witness.

The case law of the European Court of Human Rights concerning the utilisation of testimony of anonymous witness as evidence in criminal proceedings

Since the time that witnesses started to be provided with protection by keeping their identity secret, the legal limits of the use of evidence based on the testimony of anonymous witnesses in criminal proceedings have been addressed in the case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg (hereinafter referred to as "the Court"). Based on incentives, the Court has adopted standpoints regarding this issue as decisions, namely within the assessment of the compliance of the use of such evidence with the right to a fair trial pursuant to Article 6 Para. 1 and 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as "the Convention")¹.

¹ For more detail on the importance of case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg see

With regard to the use of testimony of anonymous witnesses for the conviction of perpetrators, the Court held that “in these cases it’s a difficult search for the balance between the rights of the defence and the right to a fair trial on one hand, and the rights and interests of witnesses and victims on the other hand. The case law of the Court mentions anonymity in connection with random witnesses, but mainly in relation to police informers and police authorities acting as undercover agents or as members of special intervention units.

In the first two cases resolved by the Court, a conviction was based solely on the testimony of two anonymous informers before the police and the examining judge who, however, did not know their identity (*KOSTOVSKI v. Netherlands*) or on the testimony of two anonymous witnesses before the police (*WINDISCH v. Austria*). In neither case were the anonymous witnesses interviewed at the trial. The Court ascertained a violation of Art. 6. Para. 1, Para. 3 letter d) of the Convention². The reflections of the Court as such forbade the conviction being based on anonymous testimony. In this connection, the Court specified in judgment *WINDISCH v. Austria*: “If the defence does not know the identity of the person it wants to interview, then it neither has access to the data that would enable it to determine whether such person is subjective, hostile or untrustworthy. Testimony incriminating the accused may be false or based on error. The defence cannot prove it if it has no information that would enable it to verify the credibility of the witness or that would enable it to challenge them. In addition, the absence of anonymous individuals from a trial hinders the judges who decide the case from observing such individuals’ behaviour during the hearing and making their own opinion about their credibility. Even though the expansion of organised crime undoubtedly requires appropriate measures, the right to a fair trial in democratic society holds such importance that it cannot be sacrificed to purposiveness.

The Court took a similar position as in the first two cases mentioned above in another case, *LÚDI v. Switzerland*³. The merits of a complaint decided by the Court consisted in the fact that the Swiss courts had established the conviction of the accused for drug trafficking based on a report by an undercover agent⁴ produced in regard to the criminal activities of such accused and on transcripts of intercepted telephone conversations between the accused and the agent, even

² Art. 6 Para. 3 letter d) of the Convention regulates the right of the accused „to interview witnesses against them or to have witnesses against them interviewed and to achieve summons and interrogation of witnesses on behalf of them under the same conditions as witnesses against them”.

³ Judgment *LÚDI v. Switzerland* of 15 June 1992, A No. 238.

⁴ It was a policeman acting undercover under changed identity, i.e. legend, in the criminal environment – author’s comment.

though the accused did not have the opportunity to interview such agent in the proceedings or to have them interviewed. The Swiss Federal Court formulated in the reasoning of the conviction judgment, among others, the opinion that “if we recognise the use of an agent as a legitimate public interest in terms of the most effective fight against drug trafficking, then it’s not possible to simply disclose their identity and investigative methods in criminal proceedings, because otherwise their further effective use would be mostly impossible. Retaining confidentiality in regard to undercover agents does not itself violate the principles of criminal procedure and constitutional law. It is for the court assessing the evidence to decide how much weight is attributed in a particular case to statements by an undercover agent who did not testify before the court, when legally relevant facts are disputed”⁵. The Court, however, did not agree with such argumentation of the Swiss court. In its decision on this matter it stated in principle that “exceptions in the criminal proceedings must not violate the rights of the defence. In this case the secret agent was a policeman whose function was known to the examining judge, whereby by outward appearance but not by actual identity even the accused recognised him/her, as they had met personally five times. However, in the course of the criminal proceedings the examining judge, first-instance court, and appellate court acting in the case failed to interview him/her. Neither did the defence have the opportunity to interview the agent and question his/her credibility. A standard procedure, however, could have been adhered to, namely in a manner that would have taken into account also the legitimate interests of the police with regard to drug trafficking to retain the anonymity of their agent so that such could be protected and used again in the future. Even though the Swiss courts did not base the conviction of the accused only on the written statements provided by the agent, such statements played an important role in identifying factors that led to the conviction. Due to such a significant restriction of the rights of the accused to a defence, the proceedings against the accused were unfair”⁶. The Court therefore did not find any reason why the agent could not be interviewed as a witness at the trial in person, while keeping his/her true name secret, i.e. his/her true identity. The Court thereby also indicated that the Swiss courts had not complied, when using the anonymous testimony, with a less restrictive approach in relation to the rights of the defence to a fair trial, and so contravened the principle of subsidiarity⁷.

⁵ For more detail see: J. Babjak, *Interrogation of witnesses in terms of the right of the accused to a fair trial (part two)*, „Bulletin of the Slovak Bar Association” 1998, no. 5, p. 8.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Compare also: B. Repík, *European Convention on Human Rights and Criminal Law*, Prague 2002, p. 205.

In the other decisions, the Court expressly acknowledged that “the use of anonymous testimony as a basis for a conviction is not always incompatible with the Convention⁸. Also in terms of the Convention, the rights and interests of individual witnesses and victims must be taken into account”. Article 6 of the Convention does not explicitly require that, in general, the interests of witnesses and victims called to testify be taken into account. However, their life, liberty or safety could be threatened. And the other provisions of the Convention entailing the obligation of the State to regulate its criminal proceedings in such a way that these interests are not jeopardized protect those interests. “The interests of the defence must therefore be balanced with the interests of witnesses and victims”⁹. Since the admission of anonymous testimony weakens the rights of the defence that a fair trial guarantees, “the Court requires that the defence is provided with certain additional guarantees in order to avoid imbalances being caused between the interests of witnesses and, in general terms, the interests to detect and punish the perpetrators of serious crimes on one hand and the interests of the defence on the other hand”. In this connection, the Court recognised that in such case, Article 6 Para. 1 in conjunction with Article 6 Para. 3 letter d) of the Convention require that obstacles encountered by the defence are adequately compensated by certain guarantees in the proceedings before the court”¹⁰.

The Court also defined in its decisions these additional guarantees of the defence. The Court established these guarantees on the principle of subsidiarity, the principle of prohibition of the sole use of evidence based only on anonymous testimony, and the principle of counterbalancing factors, if the prosecution relies solely or mainly on the testimonies of anonymous witnesses, including strong procedural guarantees allowing the proper assessment of the reliability and credibility of the testimony provided. The Court formulated the subsidiarity principle in the judgment *VAN MECHELEN et al. v. Netherlands* and expressed it as follows: “In consideration of the extraordinary place that the right to due administration of justice has in a democratic society, any measure restricting the rights of the defence must be absolutely necessary. However, if a less restrictive measure is sufficient, then such less restrictive measure must be used”. Therefore, the Court found the situation in the case *VAN MECHELEN*, when eleven policemen only denoted by numbers were interviewed at the trial by the examining judge in another room connected to the courtroom only by sound, as a disproportionate restriction on the rights of the defence. It was not explained why these witnesses could not have been interviewed in the courtroom, for example, visually disguised or by using technical means to distort voices. The impossibility of the

⁸ Judgment *Van Mechelen et al. v. Netherlands* of 23 April 1997, Recueil III/1997.

⁹ Judgment *Doorson v. Netherlands* of 26 March 1996.

¹⁰ Judgment *Van Mechelen et al. v. Netherlands* of 23 April 1997, Recueil III/1997.

defence and judiciary to observe the behaviour and reactions of witnesses could not be, according to the Court, compensated by the report of the examining judge who verified the identity of witnesses and expressed an opinion on their credibility.

The Court similarly formulated also the principle of prohibition of the sole use of evidence based only on anonymous testimony. It did so in the judgment *DOORSON v. Netherlands* and in the judgment *VAN MECHELEN v. Netherlands*. According to the Court, “anonymous testimony is not ruled out as a basis for the conviction of the accused. Conviction, however, cannot be based exclusively or to a decisive extent on anonymous testimony only, but must also rely on some other evidence. At the same time, the witness statements made under conditions under which the rights of the defence could not be guaranteed to the extent normally required by the Convention must be assessed with the utmost caution”. Therefore, the Court found a violation of Article 6 of the Convention in the case *VAN MECHELEN*, in which the conviction was based almost exclusively on the anonymous testimony of policemen. Such conclusion the Court however did not make in the case *DOORSON v. Netherlands*, where some other evidence was also available to the court. The Court rested its ruling in the case *ELLIS, SIMMS and MARTIN v. United Kingdom*, where by its judgment on the grounds of inadmissibility it rejected a complaint of the convicted in which they objected to an infringement of their rights, as they had been convicted (also) based on the testimony of anonymous witnesses, on all the principles, including the third principle provided (the principle of counterbalancing factors if the indictment is based solely or mainly on the testimony of anonymous witnesses, including strong procedural guarantees allowing the due assessment of the reliability and credibility of testimony provided). Three British youngsters Marcus Ellis, Rodrigo Simms and Nathan Antonio Martin were, based on several indirect pieces of evidence, charged with murder and attempted murder, because in January 2003 as members of an organised criminal group in a shootout with another criminal group they murdered two young women and severely injured two other women. None of the victims belonged to the first or second criminal group. Given the nature of the case, five witnesses were willing to testify, but only on the condition of the non-disclosure of their identity. The UK court then used the testimonies of these anonymous witnesses to convict. Problematic was proven in particular the testimony of witness Mark Brown (a cover name) who was connected to a rival criminal group and therefore biased against the above-mentioned three defendants. The judge of the UK court, however, eventually found his testimony admissible as usable evidence. The Court established in its decision in this case that a key principle is that the defence had had an effective opportunity to challenge the evidence provided. In the case of anonymous witnesses, a member of the defence team who could examine any ambiguity in their

testimony, whereby their reactions are also watched by the judge, prosecutor or jury, confronts a testifying individual. In this case a decisive factor for the Court was that just as the defenders of the complainants, the judge and jury members had had the opportunity, at their discretion, to assess the credibility of the testimony given, including the testimony provided by the anonymous witness Mark Brown. It was because they had had the opportunity to see him when giving testimony and thus hear and observe his behaviour during the trial. The Court also established that the UK judge when adopting the decision had kept at disposition, in addition to the statements of anonymous witnesses, also some other evidence that linked the complainants with the crimes committed (purchase of the vehicle used in the shootout, phone records – its content and location). According to the Court, the UK judge when deciding the case proceeded with the necessary caution, being aware of the need to ensure appropriate procedural guarantees of the defence and the right of the complainants to a fair trial. The Court when deciding on the complaint of the complainants pointed out, *inter alia*, the public interest in disclosing, convicting and punishing the perpetrators of organised crime. In this case it was also held that to allow witnesses to testify while concealing their identity is an important procedural tool in the prosecution of organised criminal groups¹¹.

In connection with the issue of the use of anonymous testimony, Repik pointed out another problem. Problematic in terms of Article 6 of the Convention can also be the testimony of “pentiti”, i.e. people who acted in criminal organisations and who cooperated with law enforcement authorities and courts. The “Pentiti” then for a promise of impunity or reduction of punishment testify against their former partners. It is recommended, in particular, that these persons do not testify anonymously. The testimony of such a witness, however, may not infringe the right to fair trial, provided the court and the defence know the identity of the witness and are familiar with the terms of an agreement concluded between the witness and the prosecution.

Conclusion

With reference to this overview, it is clear that the problem of achieving a balance between two conflicting interests, which must be objectively considered when securing the effective protection of witnesses in criminal proceedings, is solvable. The basis of such solution is that the application practice in such cases complies with procedures that accept the principle of subsidiarity, the principle of prohibition of a sole use of evidence based only on anonymous testimo-

¹¹ Judgment *Ellis, Simms and Martin v. United Kingdom* 184 (2012) of 25 April 2012.

ny, and the principle of counterbalancing factors if the prosecution relies solely or mainly on the testimony of anonymous witnesses, including strong procedural guarantees that allow a due assessment of the reliability and credibility of the testimony given, as explained in the previous section of this contribution¹².

The argument that if these principles are met in cases where the evidence based on the testimony of anonymous witnesses is used, that compliance with the prerequisites of a fair trial can be spoken about can be considered correct. In this connection, it is necessary, however, to also be aware of the fact pointed out by Molek, namely that “the right to a fair trial is specific in the sense that while the majority of other rights may guarantee an individual a certain consequential substantive claim, in the case of this right, no assurance of a result, i.e. achievement of a specific substantive right, is concerned; thus it is not the right of victory in the judicial proceedings, but only a guarantee of the quality of the path to such result”¹³. In the case of use of the evidence based on the testimony of anonymous witnesses, and even in the case of compliance with these three principles, a legitimate question can be asked whether such an action is also in line with the principle of “equality of arms” as a prerequisite of a fair trial (Art. 6 Para. 1 of the Convention). Although this opens the other side of the same problem, an analysis of which would deserve wider scope, also a brief reflection in this regard is justified. According to the case law of Strasbourg court, and according to the case law of some national constitutional courts, “the equality of arms is a fundamental requirement that each party has sufficient opportunity to present their case under such conditions that do not put them into any substantial disadvantage compared to their counterparty”¹⁴. This principle takes particular importance in criminal proceedings where an application of this principle by the accused is closely connected with the right to defence, the right to factual and legal arguments, as well as the right to comment on any evidence gathered. The principle of equality of parties to the criminal proceedings, except for the protection function of the status of the accused, who has the presumption of innocence, is further part of the overall concept of the democratic criminal proceedings, the essence of which is constituted by the adversarial principle. The principle of equality of arms is reflected in all stages and aspects of criminal proceedings. However it applies particularly in the evidentiary procedure, as in the exercise of the right to propose evidence, as in the right to comment on the evidence gathered. The above-mentioned Molek assertions in regard to the application of this

¹² Compare also: J. Záhora, *Crown witness*, in: *Criminal means of combating the crime, Journal of contributions from the international seminar, which took place from 29 to 31 March in Solenica, Police Academy of the Czech Republic*, Prague 2006, p. 251.

¹³ P. Molek, *Right to fair trial*, Prague 2012, p. 16.

¹⁴ Cited according to Judgment *Kress v. France* 11837(1998) of 7 June 2001 and according to the Findings of the Constitutional Court of the Czech Republic P1. ÚS 16/09 of 19 January 2010.

principle that “the principle of equality of arms in criminal proceedings is not absolute, however, the maxims are applied generally according to which the State (read the prosecution), compared to the accused, does not have in any context more rights or more favourable procedural position”. A similar view can also be abstracted from the judgment of the Court in the case *JASPER v. United Kingdom*, according to which “just as the prosecution, the defence must also have in the criminal proceedings an equal opportunity to learn about the evidence provided by the counterparty and to comment on it”¹⁵. Although in this case the content of the argument is more reminiscent of the application of the adversarial principle applied in the process of gathering evidence, it is also linked to the principle of equality of arms.

To give a clear answer to the question as to whether the use of evidence obtained on the basis of statements by anonymous witnesses, in the case of compliance with the principles discussed by the Strasbourg case law in accordance with the requirements of a fair trial, is difficult. The above-mentioned case law and the principles defined thereby predict, however, such a conclusion. This, however, does not exclude differing opinions or their arising in the future when dealing with this issue.

References

- Babjak J., *Interrogation of witness in terms of the right of the accused to a fair trial (part two)*, „Bulletin of the Slovak Bar Association” 1998, no. 5.
- Klátik J., *Impact of the EC and EU integration on the development of Slovak criminal law*, in: *Perspectives of the development of European integration – legal aspects, Journal of the conference of young PhD students and young scientists held on 20 September 2006 in Bratislava, Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, Publishing Department, Bratislava 2007.*
- Molek P., *Right to a fair trial*, Prague 2012.
- Repík B., *European Convention on Human Rights and Criminal Law*, Prague 2002.
- Záhora J., *Crown witness*, in: *Criminal means of combating the crime, Journal of contributions from the international seminar, which took place from 29 to 31 March in Solenica, Police Academy of the Czech Republic, Prague 2006.*

Streszczenie

Podstawową treścią artykułu jest szczegółowa analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącego określenia granic korzystania z zeznań anonimowych świadków jako materiału dowodowego w postępowaniu karnym.

Słowa kluczowe: anonimowy świadek, zeznanie anonimowego świadka jako dowód, orzecznictwo strasburskie dotyczące anonimowego świadka

¹⁵ Judgment *Jasper v. United Kingdom* 8403.

OPPORTUNITIES REGARDING THE UTILISATION OF ANONYMOUS WITNESS TESTIMONY AS EVIDENCE ACCORDING TO STRASBOURG COURT CASE LAW

Summary

The core content of the contribution consists of an analysis of European Court of Human Rights decisions relating to determining the limits of using anonymous witnesses' testimony as evidence in criminal proceedings.

Keywords: anonymous witness, testimony of anonymous witness as evidence, Strasbourg case law on anonymous witness

Magdalena Prządka-Leszczyńska

**PROCEDURA KONCESYJNA NA ROZPOWSZECHNIANIE
PROGRAMÓW TELEWIZYJNYCH – PROBLEM RELACJI
POMIĘDZY ORGANAMI REGULACYJNYMI**

Wprowadzenie

Wejście w życie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji niemalże zbiegło się w czasie z transformacją systemową zapoczątkowaną pod koniec lat 80. XX w. i zmianą systemu prawnego na w pełni demokratyczny. Pomimo jednak dokonanych na przestrzeni 25 lat jej obowiązywania nowelizacji podstawowe przyjęte w 1992 r. rozwiązania prawne nadal pozostały bez zmian, a materia dotycząca działalności nadawców na terytorium RP wciąż pozostaje w znacznym stopniu niezbadana.

Przemiany, które nastąpiły na przestrzeni tego czasu nie tylko w społeczeństwie, ale także w prawie powinny zmotywować ustawodawcę do wprowadzenia takich zmian w zakresie mediów audiowizualnych, aby w pełni korespondowały one z wyzwaniem, które stawia stale postępująca rewolucja telekomunikacyjna, globalizacja i cyfryzacja¹.

Mimo bowiem trwających dwa lata prac legislacyjnych mających na celu przygotowanie ustawy regulatory mediów oraz rozwiązania w niej przyjęte od wielu lat stanowią przedmiot krytyki zarówno ze strony społeczeństwa, jak i praktyków prawa. W głosach krytyki słyszy się przede wszystkim zarzuty dotyczące braku możliwości spełnienia fundamentalnych zadań w tym sektorze oraz argumenty przemawiające za upolitycznieniem mediów, które przecież pomijając funkcję kulturową, odgrywają zasadniczą rolę polityczną i gospodarczą². Trudno obecnie wskazać państwo, niezależnie od jego stopnia rozwoju gospodarczego, które nie posiadałoby silnego rynku mediów audiowizualnych.

¹ L. Jaworski, *Media publiczne w Polsce. Teraźniejszość i przyszłość* [w:] *Media publiczne w Polsce. Teraźniejszość i przyszłość*, red. J. Adamowski, L. Jaworski, Warszawa 2007, s. 7–8.

² J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz do ustawy*, Kraków 2001, s. 13.

Wadliwe rozwiązania proceduralne w przypadku koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych

Rozwiązaniem budzącym największe wątpliwości wśród przedstawicieli doktryny i praktyków prawa jest obowiązująca procedura koncesyjna na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych. W mojej ocenie w sposób najbardziej krytyczny należy odnieść się w tym zakresie do dwóch zagadnień: liczby organów uczestniczących w wydaniu decyzji koncesyjnej oraz wzajemnych relacji pomiędzy tymi organami, które nie są jasne. Ponadto zagadnienie to na gruncie przepisów ustawy o radiofonii i telewizji (dalej: u.r.t.) zdaje się być jednym z najbardziej ważkich, z uwagi na fakt, że koncesja stanowi dopuszczalne, ale jednocześnie najdalej idące ograniczenie konstytucyjnych wolności człowieka, w tym w szczególności wolności działalności gospodarczej oraz wolności wyrażania poglądów, przekazywania oraz rozpowszechniania informacji. Dodatkowo stanowi ona rodzaj bezpośredniego wpływu państwa na środki masowego przekazu.

Celem publikacji jest przede wszystkim scharakteryzowanie wad prawnych, które pojawiają się w przepisach prawa dotyczących relacji pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w wydaniu decyzji koncesyjnej, utrudniając próby zrekonstruowania spójnego modelu procedury. Efektem przeprowadzonej analizy ma być próba skonstruowania propozycji zmian, które pozwoliłyby na realizację celów ustawowych procedury koncesyjnej, a jednocześnie znacząco eliminowały omówione wątpliwości.

Definicja koncesji na rozpowszechnianie programów telewizyjnych

Wymóg uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych wynika wprost z przepisów u.s.d.g. Precyzuje go art. 2 u.r.t., wskazując, że „rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych stanowi prawo podmiotów (osób fizycznych, prawnych, osobowych spółek handlowych), które uzyskały koncesję na prowadzenie takiej działalności oraz jednostek publicznej radiofonii i telewizji”.

Przepisy żadnej z tych ustaw nie zawierają jednak definicji pojęcia koncesji, wobec czego wywieść ją należy z orzecznictwa Sądu Najwyższego, który stoi na stanowisku, że jest to publicznoprawne uprawnienie podmiotowe, przyznawane konkretnemu, indywidualnie oznaczonemu podmiotowi poprzez decyzję właściwego organu³.

Niewątpliwie stanowi ona zatem ustawowy rodzaj ograniczenia wolności działalności gospodarczej, co mając na uwadze szczególnie charakter tego sekto-

³ Wyrok SN z 8 maja 1998 r., sygn. III ARN 34/98, OSNAP 1999, nr 5, s. 157.

ra rynku oraz fakt, że media audiowizualne, tj. radio i telewizja, stanowią rodzaj środków społecznego przekazu najsilniej oddziałujący na społeczeństwo, kształtujący indywidualne i publiczne wyobrażenia na konkretne zagadnienia, zdaje się być rozwiązaniem uzasadnionym⁴.

Podkreślenia wymaga fakt, że obowiązek koncesyjny dotyczy wyłącznie przedsiębiorców, których celem jest rozpowszechnianie programów radiowych lub telewizyjnych. W przypadku bowiem rozprowadzania lub rozpowszechniania wyżej wymienionych tylko poprzez system teleinformatyczny na przedsiębiorcy ciąży wyłącznie obowiązek zgłoszenia do rejestru. W tej drugiej sytuacji bowiem chodzi o czynności o charakterze wtórnym, gdzie mamy do czynienia z rozprowadzaniem cudzych programów bez wprowadzania w nich zmian.

Fundamentalne znaczenie procedury koncesyjnej ograniczającej konstytucyjnie gwarantowane wolności jeszcze bardziej przemawia za takim jej uregulowaniem, które nie będzie powodować jakichkolwiek niejasności. Tymczasem aktualna sytuacja prawna zdaje się być wprost przeciwna. W literaturze przedmiotu pojawiają się wręcz stanowiska, że postępowanie koncesyjne z uwagi na zawilóść i swoiste cechy, jakimi się charakteryzuje, powinno zostać uznane za jedno z odrębnych postępowań administracyjnych, pomimo że treść u.r.t., w tym w szczególności art. 35, przemawia jednak za administracyjnoprawym charakterem koncesji. K. Wąsowski jako uzasadnienie takiej tezy wskazuje m.in. kwestie systemowe, takie jak brak w rozdziale 5 u.r.t. obejmującym postępowanie koncesyjne odpowiedniego odesłania w sprawach nieuregulowanych ustawą do przepisów k.p.a. Jest to o tyle wyraźne, że w przypadku postępowania obejmującego wpis do rejestru programu rozprowadzanego lub rozpowszechnianego wyłącznie poprzez system teleinformatyczny ustawodawca zawarł w przepisach stosowne odesłanie⁵.

Liczba organów uczestniczących w procedurze na rozpowszechnianie programów telewizyjnych

Zasadniczym problemem, jaki wskazuję w przyjętym modelu procedury koncesyjnej, jest fakt uczestnictwa w niej poza podmiotem wnioskującym o udzielenie koncesji trzech różnych organów: Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji działającego w tym zakresie jako jednoosobowy organ administracyjny oraz Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

⁴ M. Zdyb [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. M. Sieradzka, M. Zdyb, Warszawa 2013, komentarz do art. 46, LEX.

⁵ K.A. Wąsowski, *Procedura koncesyjna na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w świetle ustawy o radiofonii i telewizji*, Warszawa 2003, s. 7.

Punkt wyjścia do dalszych rozważań muszą stanowić przyczyny, dla których ustawodawca uznał obowiązujący model procedury koncesyjnej za właściwy. Zdaniem M. Zdyba uzasadnieniem takim jest konieczność zapewnienia ładu w realizacji przez radiofonię i telewizję konstytucyjnej wolności słowa⁶. W mojej ocenie stanowisko to nie jest poprawne i nie uzasadnia całkowicie obowiązujących regulacji.

Bezspornie zagadnienie koncesjonowania czynności rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych pozostaje w związku z dopuszczalnymi ograniczeniami konstytucyjnych wolności, w tym w szczególności „wolności słowa”. Zwolennicy takiego poglądu często w dyskusji przywołują art. 54 ust. 2 Konstytucji RP, zawierający uprawnienie do wprowadzenia w drodze ustawy obowiązku „uzyskania koncesji na prowadzenia stacji radiowej lub telewizyjnej”. Moim zdaniem jednak należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem, że ww. przepis nie może być interpretowany w oderwaniu od pierwszego zdania w nim zawartego, które wprost stanowi o zakazie cenzury prewencyjnej w środkach społecznego przekazu. Tym samym należy uznać, że wyrażenie „prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej” odnosi się wyłącznie do rodzaju działalności emisyjnej czy operatorskiej. Nie jest to zaś równoznaczne z zakazem cenzury prewencyjnej, odnoszącej się niewątpliwie do działalności programowej⁷.

Regulacje koncesyjne powinny mieć zatem w mojej ocenie na celu wyłącznie zagwarantowanie pewnego ładu technicznego, z uwagi na konieczne w tym zakresie gospodarowanie częstotliwościami przez właściwy organ⁸. Wniosek ten potwierdza konstytucyjny zakaz koncesjonowania prasy przemawiający za przyjęciem tezy, że koncesjonowanie sfery programowej w odniesieniu do mediów audiowizualnych, które co do warstwy programowej stanowią odpowiednik prasy, również jest prawnie niedopuszczalne⁹.

Celem koncesji nie jest zatem zapewnienie porządku w sferze realizowania przez radiofonię i telewizję wolności słowa, a tylko uporządkowanie sfery emisyjnej. W związku z powyższym w mojej ocenie zapewnienie swoistego porządku technicznego byłoby możliwe z udziałem wyłącznie zainteresowanego podmiotu oraz jednego organu, którym powinien być Prezes UKE jako osoba upoważniona mocą ustawy do gospodarowania częstotliwościami. Postulat ograniczenia udziału kilku różnych organów w procedurze koncesyjnej jest realnie możliwy do zrealizowania poprzez ograniczenie sfery działalności związanej z gospodarowaniem częstotliwościami do wyłącznej kompetencji Prezesa UKE,

⁶ M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej*, Kraków 2000, s. 307.

⁷ K.A. Wąsowski, *Procedura koncesyjna...*, s. 196.

⁸ M. Zdyb [w:] *Ustawa...*; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 54 Konstytucji RP*, Warszawa 2013, LEX.

⁹ K.A. Wąsowski, *Procedura koncesyjna...*, s. 197.

pozostawienie sfery programowej pod kontrolą KRRiT i wyłączenie objęcia jej procedurą koncesyjną¹⁰.

Warto w tym miejscu wskazać, że podobne rozwiązanie od ponad 15 lat funkcjonuje w modelu brytyjskim. W 2002 r. w Wielkiej Brytanii na mocy ustawy *The Office of Communications Act* rozpoczął się proces tworzenia nowego systemu regulacji rynku mediów audiowizualnych. W wyniku ustawy utworzono Office of Communications, zwany skrótowo Ofcomem, który miał przejąć działania funkcjonujących dotychczas równolegle pięciu organów regulujących sektor mediów audiowizualnych. Pomysł ten został wprowadzony z sukcesem i na mocy ustawy z 2003 r. *Communications Act* organ ten rozpoczął swą działalność jako zintegrowany regulator rynku mediów audiowizualnych.

Rozwiązanie to oczywiście znacząco różni się od zaproponowanego przeze mnie, ponieważ w modelu brytyjskim wszelkie kompetencje związane z regulacją sektora mediów audiowizualnych skupione są w ramach jednego organu, niemniej jednak zwracam uwagę na pozytywny wzór regulacji dążącej do efektywnego wyeliminowania udziału dodatkowych organów. W mojej opinii rozwiązanie brytyjskie, choć możliwe w realizacji, zdaje się być niezwykle odległe i trudno mi sobie wyobrazić na chwilę obecną realną możliwość jego urzeczywistnienia na gruncie prawa polskiego. Postulat zaś zawężenia podmiotów uczestniczących w procedurze koncesyjnej wyłącznie do Prezesa UKE oraz podmiotu, wnioskującego o uzyskanie koncesji, zdaje się być jak najbardziej możliwy do zrealizowania.

Problematyka relacji zachodzących pomiędzy organami uczestniczącymi w procedurze na rozpowszechnianie programów telewizyjnych

Kolejnym problemem stojącym przed ustawodawcą jest zagadnienie właściwego organu koncesyjnego oraz zachodzących pomiędzy nim a pozostałymi organami zależności.

Ustawa o radiofonii i telewizji wśród zadań nałożonych na KRRiT wymienia „podejmowanie, w zakresie przewidzianym ustawą, rozstrzygnięć w sprawach koncesji na rozpowszechnianie programów”, przy jednoczesnym wskazaniu w art. 33 Przewodniczącego KRRiT jako dysponującego wyłącznymi kompetencjami w tym zakresie.

Procedurę rozpoczyna publiczne ogłoszenie w „Monitorze Polskim” o możliwości uzyskania koncesji, które następuje po uzyskaniu przez organ koncesyjny, tj. Przewodniczącego KRRiT, opinii Prezesa UKE. Właściwą decyzję administracyjną wydaje Przewodniczący KRRiT, który prowadzi postępowanie kon-

¹⁰ *Ibidem.*

cesyjne jako organ jednoosobowy na podstawie uchwały koncesyjnej KRRiT. KRRiT ma więc swój udział w postępowaniu koncesyjnym, jednak nie jest ona organem, który za treść tej decyzji ponosi odpowiedzialność. Jest to jednocześnie jedna z zasadniczych wątpliwości, jakie budzi procedura koncesyjna, ponieważ to KRRiT jest centralnym organem administracji publicznej, posiadającym konstytucyjne umocowanie do działania w sprawach radiofonii i telewizji, a nie jej Przewodniczący mający jedynie kompetencję ustawową. Decyzja o udzieleniu bądź odmowie udzielenia koncesji wydawana jest przez niego jednoosobowo i zawsze jest decyzją Przewodniczącego KRRiT, a nie KRRiT. Oczywiście wskazania Krajowej Rady wyrażone w uchwale koncesyjnej są dla niego bezwzględnie wiążące, co więcej brak tej uchwały nie pozwala mu na podjęcie jakiegokolwiek decyzji, jednak nadal pozostaje on organem koncesyjnym. Stanowisko to wynika wprost z wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie II SA 283/95, zgodnie z którym „decyzja Przewodniczącego KRRiT w sprawie koncesji jest uzewnętrznieniem woli KRRiT. Jej treść powinna zatem odpowiadać treści rozstrzygnięcia koncesyjnego Rady”¹¹. Rozstrzygnięcie w sprawie koncesji zbudowane jest zatem z dwóch elementów – wiążącej organ uchwały KRRiT oraz właściwej decyzji administracyjnej, wydanej na podstawie uchwały Krajowej Rady.

Tymczasem nawet jeśli pozostaniemy przy aktualnym modelu procedury koncesyjnej i liczbie uczestniczących w niej organów, brzmienie Konstytucji postuluje wprowadzenie takiego rozwiązania, aby były to decyzje KRRiT wydawane przez Przewodniczącego KRRiT na mocy upoważnienia Krajowej Rady.

W świetle powyższych rozważań tym bardziej zdaje się być zatem zasadne przyjęcie, że właściwym organem koncesyjnym nie powinien być ani Przewodniczący KRRiT, ani tym bardziej KRRiT, której przepisy Konstytucji przyznają jedynie uprawnienia kontrolne, a wszelkie kompetencje o charakterze władczym wynikają z samowolnych działań ustawodawcy na gruncie regulacji ustawowych, a właśnie Prezes UKE jako organ upoważniony do faktycznego gospodarowania częstotliwościami. Tym samym udział KRRiT w procedurze koncesyjnej powinien zostać ograniczony jedynie do ewentualnej kontrolnej weryfikacji rozstrzygnięcia, a nie, jak ma to miejsce obecnie, stanowić kluczową rolę wykonawczą w wydaniu właściwej decyzji administracyjnej.

Powyższe rozważania prowadzą do drugiego zasadniczego problemu na gruncie obowiązującego modelu procedury koncesyjnej, jakim jest brak odpowiedniego uregulowania relacji pomiędzy poszczególnymi organami, których działanie wpływa na kształt ostatecznej decyzji koncesyjnej. Odnosi się to zarówno do stosunków pomiędzy KRRiT a jej Przewodniczącym, jak i do współpracy Przewodniczącego KRRiT z Prezesem UKE.

¹¹ Wyrok NSA z 13 czerwca 1996 r., sygn. II SA 283/95.

Bezspornie Przewodniczący KRRiT jest częścią tego organu, za czym przemawia określony w ustawie tryb jego wyboru oraz przyznany mu szereg kompetencji o charakterze typowo administracyjnym. Jednocześnie ustawodawca przypisał mu również szereg uprawnień władczych, tym samym statuując Przewodniczącego KRRiT jako osobny i niezależny od KRRiT organ¹². Rola, jaką Przewodniczący KRRiT pełni w przebiegu procedury koncesyjnej, jest istotna, a wręcz w mojej ocenie nosi on w tym zakresie większe cechy regulatora rynku mediów niż sama KRRiT. Tym bardziej krytycznie należy odnieść się do luki, którą zawiera przyjęte rozwiązanie, polegającej na braku określenia szczegółowej relacji pomiędzy tymi dwoma organami, zwłaszcza mając na uwadze, że zadania, które przepisy u.r.t. nakładają na KRRiT oraz jej Przewodniczącego, w dużej mierze pokrywają się ze sobą. Tym samym na chwilę obecną faktyczne rozdzielenie ich kompetencji umożliwiłoby jedynie utarta praktyka¹³. W rzeczywistości zaś brak jest prawnego uzasadnienia dla wyodrębniania w ramach struktur KRRiT dodatkowego, niezależnego organu.

Zagadnieniem problematycznym jest także relacja pomiędzy organem koncesyjnym a Prezesem UKE. Jest to o tyle istotne, że Prezes UKE, w przeciwieństwie do KRRiT, jest organem regulacyjnym w sektorze usług pocztowych oraz telekomunikacyjnych, co wynika wprost z przepisów Prawa telekomunikacyjnego. Twierdzenie to dotyczy również Przewodniczącego KRRiT, którego ustawodawca także nie wskazał literalnie jako organu regulacyjnego. Takie domniemanie wynika jedynie z rodzaju powierzonych mu zadań¹⁴.

W u.r.t. oraz Prawie telekomunikacyjnym Prezesowi UKE został powierzony szereg zadań powiązanych z regulacją radiofonii oraz telewizji. Zadania te nie stanowią jednak jego samodzielnych uprawnień, bowiem w znacznej mierze wykonuje je z organem koncesyjnym. Odnosząc się jedynie do tych, które wykonuje na etapie procedury koncesyjnej, należy wskazać udzielenie opinii przed dokonaniem przez Przewodniczącego KRRiT publicznego ogłoszenia o możliwości uzyskania koncesji oraz porozumienie co do właściwej decyzji koncesyjnej, gdzie decyduje on o technicznym elemencie rozstrzygnięcia zgodnie z art. 37 ust. 1 pkt 3 u.r.t.

Pierwsza z czynności ma charakter opiniodawczy, nie jest zatem wiążąca dla Przewodniczącego KRRiT. Tym samym brak porozumienia na wstępnym etapie, przed rozpoczęciem procedury, może generować problemy na kolejnych jej etapach, które wymagają już ścisłej współpracy obu organów. Mając na uwadze

¹² A. Matlak [w:] *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005, s. 139.

¹³ K.A. Wąsowski, *Procedura koncesyjna...*, s. 60.

¹⁴ *Ibidem*, s. 72.

powyższe, bardziej trafne zdaje się być rozwiązanie funkcjonujące przed nowelizacją przepisów u.r.t., kiedy to ustawodawca wymagał już do dokonania ogłoszenia porozumienia obu organów, uzależniając tym samym czynność od zgody Przewodniczącego KRRiT i Prezesa UKE¹⁵.

Co do części technicznej rozstrzygnięcia w przedmiocie koncesji ustawodawca pozostał już przy formie porozumienia. W przepisach brak jest jednak doprecyzowania, jak realnie ma przebiegać współpraca pomiędzy organami w tym zakresie. Zdaniem przedstawicieli nauki prawa administracyjnego w takim stanie rzeczy przyjąć należy, że wydanie właściwej decyzji koncesyjnej poza uchwałą KRRiT poprzedza także postanowienie Prezesa UKE w zakresie technicznym, zgodnie z art. 37 ust 1 pkt 3 u.r.t., wydane w trybie art. 106 k.p.a. Dopiero po jego uprawomocnieniu się możliwe jest wydanie właściwej decyzji koncesyjnej przez Przewodniczącego KRRiT¹⁶.

Podsumowanie

Na ustawodawcy w obszarze procedury koncesyjnej spoczywa bardzo trudne zadanie. Konieczne jest bowiem wprowadzenie takich regulacji prawnych, które uproszczą procedurę koncesyjną i zagwarantują w jak najszerszym stopniu realizację konstytucyjnych wolności działalności gospodarczej oraz wyrażania poglądów, a jednocześnie umożliwią wyciągnięcie odpowiedzialności za wpływ, jaki wywiera na społeczeństwo przekazywana treść i ochronią inne wartości. Na gruncie przeprowadzonej analizy prawnej wskazane zostały zasadnicze wątpliwości, które pojawiają się w mojej ocenie w odniesieniu do organów regulacyjnych uczestniczących w procedurze koncesyjnej. Procedura koncesyjna, choć na pewno jest niezbędna dla realizacji celów porządkowych i zapewniania ładu emisyjnego, nadal wymaga dopracowania.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że liczne nowelizacje przepisów u.r.t., które miały miejsce na przestrzeni ostatnich 25 lat, nie ominęły także regulacji dotyczących procedury koncesyjnej. Pozytywną zmianą w jej zakresie, która nastąpiła na przestrzeni ostatniej dekady, jest wprowadzenie do przepisów u.r.t. instytucji rekoncesji. Zgodnie z obowiązującymi przepisami koncesje udzielane są na czas oznaczony – 10 lat, co przez lata stanowiło przedmiot krytycznych uwag przedstawicieli doktryny. Wskazywali oni na wadliwość tak krótkiego okresu obowiązywania koncesji w zestawieniu z faktem, że działalność polegająca na rozpowszechnianiu programów telewizyjnych łączy się z bardzo wysokimi na-

¹⁵ Zob. art. 34 Dz.U. z 2001 r., nr 101, poz. 1114.

¹⁶ E. Czarny-Drożdziejko, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 391.

kładami finansowymi oraz innymi trudnościami wynikającymi ze specyfiki rynku. Udzielenie koncesji na 10 lat bez jakiegokolwiek gwarancji jej przedłużenia godziło we wszystkich nadawców, powodując niepewność co do ich działalności¹⁷. Postulowano zatem wprowadzenia rekoncesji, która pozwalałaby na otrzymanie kolejnej koncesji bez konieczności ponownego przechodzenia całej procedury.

Należy zauważyć, że początkowo postulat ten został zrealizowany wyłącznie jako przywilej dla nadawców społecznych, co z kolei zostało orzeczeniem TK uznane za niezgodne z konstytucyjną zasadą równości. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, który samą rekoncesję uznał za rozwiązanie prawidłowe, zawężenie jej do kręgu określonych nadawców powodowało nierówność wobec pozostałych¹⁸.

Obecnie kwestia ta nie budzi już wątpliwości, bowiem ustawodawca dopuszcza, aby każdy podmiot posiadający koncesję do 12 miesięcy przed jej wygaśnięciem mógł wnioskować o jej udzielenie na okres kolejnych 10 lat. Przesłanki, które pozwalają zaś na odmowę jej wydania, są enumeratywnie wymienione w ustawie i obejmują tylko takie sytuacje, które jednocześnie stanowią podstawę do obligatoryjnego cofnięcia koncesji, jak rażące naruszenie warunków decyzji koncesyjnej oraz prawomocny zakaz wykonywania działalności stanowiącej przedmiot decyzji.

Rozwiązanie to jest o tyle prawidłowe, że już jednorazowe spełnienie przez podmiot wymogów procedury koncesyjnej zakończone wydaniem pierwszej pozytywnej decyzji w przedmiocie udzielenia koncesji zabezpiecza „ważny interes publiczny”, co stanowi obecnie zasadniczy cel procedury i ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Jednocześnie rekoncesja stabilizuje sytuację prawną podmiotów i w pewien sposób stanowi gwarancję pewności finansowej.

Tym bardziej oczekiwanie dalszych zmian w zakresie omawianej procedury jest zasadne. Także aksjologiczna rola mediów audiowizualnych niewątpliwie uzasadnia konieczność regulacji tego sektora rynku poprzez sprawowanie nad nim pieczy państwowej, co w znacznej mierze realizuje właśnie obowiązek koncesyjny. Na uwagę w tym miejscu zasługuje stwierdzenie B. Chłudzińskiego, że każde postępowanie koncesyjne, w wyniku którego zostanie udzielona koncesja, wiąże się z poszerzeniem sektora wolnych mediów o kolejnego niezależnego nadawcę¹⁹. Dlatego też w kontekście planowanej od pewnego czasu reformy

¹⁷ M. Zdyb [w:] *Praktyczne aspekty wolności wypowiedzi*, red. W. Lis, Z. Husak, Toruń 2011, s. 32.

¹⁸ Wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. K 4/06, OTK-A 2006, nr 3, poz. 32.

¹⁹ B. Chłudziński, *Koncesja i koncesjonowanie w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Toruń 2006, s. 131.

prawa mediów zmiany w zakresie procedury koncesyjnej, które wyeliminują zaprezentowane wątpliwości, a tym samym usprawnią ją, są niezbędne i powinny stanowić jej główny cel.

Bibliografia

- Adamowski J., *Czwarty stan. Media masowe w pejzażu społecznym Wielkiej Brytanii*, Warszawa 2006.
- Adamowski J., Golka B., Stasiak-Jazukiewicz E., *Wybrane zagraniczne systemy informacji masowej*, Warszawa 1996.
- Adamowski J., Jaworski L., *Media publiczne w Polsce. Teraźniejszość i przyszłość*, Warszawa 2007.
- Adamowski J., *Narodził się czwarty władzy. Geneza i rozwój brytyjskiego systemu medialnego (zarys problematyki)*, Warszawa 2005.
- Adamowski J., *Wybrane zagraniczne systemy medialne*, Warszawa 2008.
- Chłudziński B., *Koncesja i koncesjonowanie w zakresie rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Toruń 2006.
- Chruściak R., *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji w systemie politycznym i konstytucyjnym*, Warszawa 2007.
- Czarny-Drożdżejko E., *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Jaworski L., *Media publiczne w Polsce. Teraźniejszość i przyszłość [w:] Media publiczne w Polsce. Teraźniejszość i przyszłość*, red. J. Adamowski, L. Jaworski, Warszawa 2007.
- Matlak A. [w:] *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2005.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 54 Konstytucji RP*, Warszawa 2013, Lex.
- Sobczak J., *Radiofonia i telewizja. Komentarz do ustawy*, Kraków 2001.
- Wąsowski K.A., *Procedura koncesyjna na rozpowszechnianie programów telewizyjnych w świetle ustawy o radiofonii i telewizji*, Warszawa 2003.
- Zdyb M. [w:] *Praktyczne aspekty wolności wypowiedzi*, red. W. Lis, Z. Husak, Toruń 2011.
- Zdyb M., *Prawo działalności gospodarczej*, Kraków 2000.
- Zdyb M. [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. M. Sieradzka, M. Zdyb, Warszawa 2013, Komentarz do art. 46, Lex.

Streszczenie

W artykule podjęto tematykę procedury koncesyjnej na rozpowszechnianie programów telewizyjnych. Przedmiotem rozważań są wady prawne w zakresie niniejszej procedury odnoszące się do organów uczestniczących w wydaniu decyzji koncesyjnej. Zasadniczą kwestią jest krytyczna ocena udziału w procedurze koncesyjnej trzech różnych organów, co wprowadza w tym zakresie niepotrzebny chaos. Drugim poruszonym problemem jest brak ustawowego uregulowania wzajemnych relacji pomiędzy poszczególnymi organami regulacyjnymi, co również utrudnia rekonstrukcję spójnego modelu postępowania koncesyjnego. Efekt rozważań to zaproponowanie zmian, które pozwolą na wyeliminowanie zaprezentowanych wątpliwości.

Słowa kluczowe: koncesja, organ koncesyjny, KRRiT, procedura koncesyjna, wolności konstytucyjne

LICENSE PROCEDURE FOR DISTRIBUTION OF TELEVISION PROGRAMS – PROBLEM OF RELATIONS BETWEEN REGULATORS

Summary

The article takes up the subject of the licensing procedure for distributing television programs. The matter under consideration will be the legal defects in the range of this procedure, related to the organs authorised to issue the license decisions. The main issue will be a critical judgement of the participation of three different organs in the procedure, which brings in the unnecessary chaos. Another issue considered will be the lack of legal regulation of mutual relations between regulating organs, that as well hinders the reconstruction of coherent model of licensing procedures. The aim of the consideration is to propose changes in order to allow the elimination of presented doubts.

Keywords: license, licensing authority, The National Broadcasting Council, licensing procedure, constitutional freedoms

Milan Sudzina**ROZHODUJÚCE PRÁVO
POĎĽA PREPRACOVANÉHO ZNENIA
NARIADENIA O INSOLVENČNOM KONANÍ****Úvod**

Na cezhraničné konkurzy sa vo vzťahu k členským štátom Európskej únie alebo zmluvným štátom Dohody o Európskom hospodárskom priestore (ďalej len „členský štát“) používa prednostne osobitný predpis, ktorým je nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/848 z 20. mája 2015 o insolvenčnom konaní (prepracované znenie) (U. v. EU L 141, 5. 6. 2015, s. 19) (ďalej len „nariadenie“ alebo „nariadenie o insolvenčnom konaní“). Pre nariadenie platí dvojiročná legisvakačná lehota, v dôsledku čoho sa začne uplatňovať od 26. júna 2017¹.

Vzhľadom na to, že hmotné právo jednotlivých členských štátov vykazuje veľké odlišnosti nebolo by správne, keby nariadenie o insolvenčnom konaní zaviedlo insolvenčné konania s univerzálnym rozsahom v celej Únii. Aj keď platí zásada, že právo členského štátu, na území ktorého sa insolvenčné konanie začalo, sa vzťahuje aj na účinky hlavného insolvenčného konania, z tejto zásady platia aj určité výnimky. Z nariadenia o insolvenčnom konaní vyplýva, že ak by sa vo všetkých prípadoch v rámci insolvenčného konania aplikovalo právo členského štátu, v ktorom sa konanie začalo, mohlo by to často viesť k ťažkostiam v inom štáte, kde sa vedie vedľajšie insolvenčné konanie. Platí to napríklad o odlišných úpravách záložného práva, zmlúv týkajúcich sa nehnuteľností, započítania pohľadávok, práv zamestnancov, práv prednostného uspokojovania veriteľov. Cieľom tohto článku je analyzovať úpravu kolíznych noriem podľa prepracovaného znenia nariadenia o insolvenčnom konaní vzťahujúcich sa na cezhraničné insolvenčné konania v členských štátoch Európskej únie.

¹ Článok 92 nariadenia o insolvenčnom konaní.

Lex fori concursus

Nariadenie o insolvenčnom konaní obsahuje vo svojich ustanoveniach kolízne normy, ktoré upravujú tzv. konkurzný štatút. Platí všeobecná zásada, že insolvenčné konania sa riadia právom členského štátu, na území ktorého sa toto insolvenčné konanie začalo (lex fori concursus). Týmto rozhodujúcim právom sa tiež riadia aj účinky insolvenčného konania. Kolízne normy majú platiť tak pre hlavné insolvenčné konanie, ako aj pre vedľajšie insolvenčné konania. Lex fori concursus určuje všetky účinky insolvenčného konania, procesnoprávne aj hmotnoprávne, na dotknuté osoby a právne vzťahy². Ak by lex fori concursus obsahoval odkaz na iné právo, takýto odkaz je potrebné odmietnuť, pretože by to bolo v rozpore s rozumným a spravodlivým usporiadaním vzťahu, o ktorý ide³ a bolo by to v rozpore s koncepciou nariadenia o insolvenčnom konaní, ktorého cieľom je dosiahnuť jednotnosť medzinárodnej právomoci v insolvenčných konaniach. Zoznam oblastí patriacich do rozsahu pôsobnosti lex fori concursus nie je taxatívny. Vyplýva to zo samotného znenia článku 7 odsek 2 nariadenia, a to konkrétne z použitia slovíčka „najmä“⁴. Právo štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo, upravuje podmienky insolvenčného konania. Upravuje jeho začatie, priebeh a skončenie.

Právo členského štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo, sa týka niekoľkých okruhov úpravy rozhodujúceho práva. Stanovuje najmä podrobnejšiu úpravu, voči ktorým dlžníkom sa môže insolvenčné konanie začať vzhľadom na ich spôsobilosť. Ďalej upravuje majetok, ktorý je súčasťou konkurznej podstaty, spôsob nakladania s majetkom, ktorý dlžník nadobudol po začatí insolvenčného konania, príslušné právomoci dlžníka a správcu a pravidlá týkajúce sa neplatnosti, neúčinnosti a odporovateľnosti právnych úkonov, ktoré poškodzujú kolektívny záujem veriteľov⁵. Lex fori concursus obsahuje aj úpravu podmienok, za ktorých možno uplatniť započítanie pohľadávok, úpravu účinkov insolvenčného konania na existujúce zmluvné vzťahy dlžníka a účinkov insolvenčného konania na konania začaté jednotlivými veriteľmi s výnimkou prebiehajúcich súdnych konaní. Právo členského štátu, v ktorom sa insolvenčné

² Pozri dôvodovú správu M. Virgósa a E. Schmita k Dohovoru o insolvenčnom konaní z 3. mája 1996, bod 90, uverejnenú v dokumente Virgós, M., Schmit, E. Dôvodová správa k Dohovoru o insolvenčnom konaní z 3. mája 1996. Rada Európskej únie. Dokument č. 6500/1/96 REV I (ďalej len „Správa Virgós-Schmit“). Obdobne odôvodnenie č. 66 nariadenia o insolvenčnom konaní.

³ Správa Virgós-Schmit, bod 87.

⁴ Rozsudok Súdneho dvora (piata komora) vo veci C-212/15 – ENEFI z 9. novembra 2016, ECLI:EU:C:2016:841, bod 21.

⁵ G. Moss, I.F Fletcher, S. Isaacs, *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, Oxford 2002. Komentár k článku 4 nariadenia č. 1346/2000, marg. 4.08.

konanie začalo sa vzťahuje aj na pohľadávky, ktoré možno prihlásiť voči konkurznej podstate dlžníka, spôsob nakladania s pohľadávkami vzniknutými po začatí insolvenčného konania, pravidiel prihlasovania, zisťovania a schvaľovania pohľadávok⁶ a pravidiel rozdeľovania výťažku zo speňaženia majetku, poradie pohľadávok a práva veriteľov, ktorých pohľadávky boli po začatí insolvenčného konania čiastočne uspokojené z titulu vecného práva alebo započítaním. V súvislosti so skončením insolvenčného konania upravuje lex fori concursus podmienky a účinky ukončenia insolvenčného konania, najmä ukončenia vyrovnaním, práva veriteľov po ukončení insolvenčného konania a kto má hradiť trovy insolvenčného konania⁷.

V prípade mimoriadne významných práv a právnych vzťahov nariadenie nariadenie o insolvenčnom konaní obsahuje osobitné ustanovenia určujúce tzv. rozhodujúce právo. Nariadenie o insolvenčnom konaní stanovuje výnimky z lex fori concursus. Výnimky sú nariadením stanovené z dôvodu ochrany legitímnych očakávaní v iných členských štátoch ako je štát, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo⁸. Nariadenie o insolvenčnom konaní vo svojich ustanoveniach obsahuje v súvislosti so začatím insolvenčného konania osobitnú úpravu vecných práv tretích osôb, možnosti započítania pohľadávok, výhrady vlastníctva, zmlúv týkajúcich sa nehnuteľností, platobných systémov a finančných trhov, pracovných zmlúv, práv, ktoré sa zapisujú do registrov, niektorých práv vyplývajúcich z priemyselného vlastníctva, úkonov poškodzujúcich veriteľov, ochrany tretích strán ako kupujúcich a účinkov insolvenčného konania na prebiehajúce súdne alebo rozhodcovské konania (články 8 až 18 nariadenia o insolvenčnom konaní).

Vecné práva tretích osôb

Osobitná právna úprava, ktorá sa odchyľuje od práva štátu, kde sa konanie začalo, je potrebná najmä pokiaľ ide o vecné práva. Dôvodom osobitnej právnej úpravy týkajúcej sa vecných práv je skutočnosť, že veritelia v praxi často prihlasujú v insolvenčných konaniach pohľadávky, ktoré sú zabezpečené vecným právom⁹. Úprava vecných práv a oprávnenia veriteľov z týchto práv sa v jednotlivých členských štátoch výrazne líšia¹⁰. Pokiaľ ide o ochranu vecných práv zaručenú článkom 8 nariadenia, systematika mechanizmu zavedeného na-

⁶ Rozsudok Súdneho dvora (piata komora) vo veci C-212/15 – ENEFI z 9. novembra 2016, ECLI:EU:C:2016:841, bod 18.

⁷ Rozsudok Súdneho dvora (prvá komora) vo veci C-116/11 - Bank Handlowy a Adamiak z 22. novembra 2012, ECLI:EU:C:2012:739, bod 52

⁸ Odôvodnenie č. 67 nariadenia o insolvenčnom konaní

⁹ Odôvodnenie č. 68 nariadenia o insolvenčnom konaní

¹⁰ A.J. Bělohávek, *Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Komentář. 1. vydání*, Praha 2007, s. 275.

riadením o insolvenčnom konaní sa opiera o neovplyvnenie vecných práv k majetku nachádzajúcemu sa v iných členských štátoch, z čoho v zásade vyplýva vylúčenie takýchto práv z účinkov insolvenčného konania¹¹. Článok 8 nariadenia sa uplatňuje len vtedy, ak právna úprava miesta, v ktorom sa majetok nachádza (*lex rei sitae*), kvalifikuje skúmané právo ako vecné právo¹². Nariadenie o insolvenčnom konaní v tejto súvislosti stanovuje, že tieto vecné práva sa riadia podľa *lex rei sitae*¹³. Do tejto kategórie práv radí nariadenie o insolvenčnom konaní najmä tieto práva:

- a) právo na uspokojenie z výnosov predaja majetku (najmä z titulu záložného práva) alebo príjmu z tohto majetku (napr. z nájmu), právo disponovať s majetkom, resp. jeho disponovaním niekoho splnomocniť,
- b) výlučné právo na uspokojenie pohľadávky, najmä právo zabezpečené záložným právom alebo zabezpečovacím postúpením pohľadávky, prípadne iným zabezpečovacím prostriedkom (napr. zabezpečovací prevod práva),
- c) právo požadovať vydanie majetku (reivindikačná žaloba), resp. právo na náhradu od akejkoľvek osoby, ktorá má tento majetok neoprávnene v držbe alebo ho užíva alebo požíva v rozpore s právom (v rozpore s oprávnenými záujmami oprávnenej osoby),
- d) právo na užívanie a požívanie majetku vo vlastný prospech.

Pokiaľ ide o kvalifikáciu určitého práva ako vecného práva, nariadenie o insolvenčnom konaní odkazuje na vnútroštátne právo, pokiaľ jeho článok 8 odsek 2 a 3 nestanovuje inak. Výpočet práv zakotvený v článku 8 odsek 2 nariadenia, obsahujúci práva, ktoré sa v právnych poriadkoch členských štátov v zásade považujú za vecné práva, nie je vyčerpávajúci (taxatívny). Ide o demonštratívny výpočet. Pokiaľ ide o vymedzenie majetku dlžníka, môže sa jednať o hmotný alebo nehmotný majetok dlžníka, hnutel'né veci alebo nehnuteľnosti dlžníka, veci určené individuálne, druhovo alebo súbory neurčitého majetku ako celku, ktorý s priebežne mení (veci určené hromadne). Vecné práva sa môžu týkať celého majetku dlžníka alebo jeho časti.

Započítanie pohľadávok

Právo štátu, v ktorom došlo k začatiu insolvenčného konania spravidla upravuje podmienky započítania pohľadávok veriteľov voči pohľadávkam dlžníka.

¹¹ Pozri Správu Virgós-Schmit, bod 105 a T. Ingelmann, *Article 5*, in: *European Insolvency Regulation*, ed. K. Pannen, Berlin 2007, s. 252.

¹² Návrhy generálneho advokáta Maciej Szpunar vo veci C-195/15 – Senior Home prednesené 26. mája 2016, ECLI:EU:C:2016:369, bod 27.

¹³ Správa Virgós-Schmit, bod 22.

Môže stanoviť, že niektoré pohľadávky sú zo započítania vylúčené. Ak takáto situácia nastane a právo štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo, zakazuje v určitom prípade započítanie pohľadávok veriteľov s pohľadávkami dlžníka, veriteľ má právo uskutočniť započítanie svojich pohľadávok voči pohľadávkam dlžníka za predpokladu, že to umožňuje právny poriadok štátu, ktorým sa riadi pohľadávka platobne neschopného dlžníka. Ustanovenia o započítaní majú za cieľ zvýšenie dôvery veriteľov v započítateľnosť pohľadávok¹⁴. Existencia kolíznych noriem nariadenia o insolvenčnom konaní týkajúca sa započítania pohľadávok veriteľov voči pohľadávkam dlžníka predstavuje určitú istotu naplnenia legitímnych očakávaní pre veriteľov insolvenčného konania, ktorá vychádza z ustanovení právneho poriadku štátu, na ktorý sa tento veriteľ v čase vzniku jeho pohľadávky voči dlžníkovi môže spoliehať¹⁵. Teda začatie insolvenčného konania voči dlžníkovi nemá účinky (vplyv) na právo veriteľov uplatniť si započítanie ich pohľadávok voči pohľadávkam dlžníka za predpokladu, že tento započítací prejav umožňuje právo, ktorým sa spravuje pohľadávka dlžníka, ktorý je platobne neschopný.

Výhrada vlastníckeho práva

Začatie insolvenčného konania voči dlžníkovi, ktorý je v postavení kupujúceho a ktorý nadobudol určitý majetok, nemá vplyv na práva predávajúceho založené na výhrade vlastníckeho práva, ak sa nadobudnutý majetok v čase začatia insolvenčného konania nachádza na území členského štátu, ktorý nie je štátom, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo. Jedná sa o prípad, keď v jednom členskom štáte je začaté insolvenčné konanie na majetok dlžníka a v inom členskom štáte, ako je štát, kde sa konanie začalo, tento dlžník nadobudne nejakú vec od predávajúceho a predávajúci si v kúpnej zmluve vymieni výhradu vlastníckeho práva. To znamená, že majetok sa stáva vlastníctvom kupujúceho (dlžníka) až momentom úplného zaplatenia kúpnej ceny predávajúcemu bez ohľadu na moment prevzatia veci. V prípade, že by sa takýto majetok, vo vzťahu ku ktorému si predávajúci s kupujúcim (dlžníkom) dohodli výhradu vlastníckeho práva, nachádzal v čase začatia insolvenčného konania na území členského štátu, ktorý nie je štátom, kde sa začalo insolvenčné konanie, insolvenčné konanie sa na tento majetok nadobudnutý dlžníkom na základe kúpnej zmluvy, pri ktorej bola dohodnutá výhrada vlastníckeho práva, nebude vzťahovať. Článok 10 nariadenia je osobitným ustanovením nielen vo vzťahu k článku 7 nariadenia, ale predstavuje *lex specialis* aj vo vzťahu k článku 8 nariadenia¹⁶.

¹⁴ Správa Virgós-Schmit, bod 109.

¹⁵ Odôvodnenie č. 70 nariadenia o insolvenčnom konaní.

¹⁶ I.F. Fletcher, *Insolvency in International Private Law – National and International Approaches*, Oxford 1999, s. 275.

Začatie insolvenčného konania voči dlžníkovi, ktorý je v postavení predávajúceho, ak k začatiu konania došlo až po odovzdaní veci, nie je dôvodom na zrušenie alebo odstúpenie od kúpnej zmluvy a nebráni kupujúcemu v nadobudnutí vlastníckeho práva k tejto veci, ak sa v čase začatia insolvenčného konania predaný majetok nachádza na území členského štátu, ktorý nie je štátom, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo. Teda ak by k odovzdaniu veci došlo až po začatí insolvenčného konania proti dlžníkovi, ktorý je predávajúcim, a tento majetok by sa nachádzal na území členského štátu, v ktorom sa začalo insolvenčné konanie, vzťahovali by sa na tento majetok účinky insolvenčného konania.

Zmluvy, predmetom ktorých sú nehnuteľnosti

Nariadenie o insolvenčnom konaní osobitne upravuje účinky insolvenčného konania na zmluvy týkajúce sa nehnuteľností. Účinky insolvenčného konania na zmluvu, ktorá je titulom na nadobudnutie vlastníckeho práva k nehnuteľnosti (napr. kúpna zmluva, darovacia zmluva) alebo užívanie nehnuteľnosti (nájomná zmluva), určuje výlučne právo štátu, na území ktorého sa táto nehnuteľnosť nachádza (*lex rei sitae*). Otázkou, čo sa považuje za nehnuteľnosť je potrebné riešiť podľa *lex rei sitae*¹⁷. Podmienkou aplikácie článku 11 nariadenia je skutočnosť, že sa nehnuteľnosť nachádza v členskom štáte¹⁸. Ak nepôjde o nehnuteľnosť, ktorá by sa nachádzala v členskom štáte, je potrebné použiť kolízne predpisy právneho poriadku štátu, v ktorom sa začalo insolvenčné konanie. Ak právo členského štátu, na území ktorého sa predmetná nehnuteľnosť nachádza, ktoré je rozhodujúcim právom pre zmluvy o prevode vlastníckeho práva alebo užívaní nehnuteľnosti, vyžaduje pre skončenie alebo zmenu takejto zmluvy súhlas súdu, ktorý insolvenčné konanie začal a v tomto členskom štáte sa nezačalo vedľajšie insolvenčné konanie, právomoc na udelenie súhlasu na skončenie alebo zmenu takejto zmluvy má súd, ktorý začal hlavné insolvenčné konanie (napr. právo členského štátu môže vyžadovať súhlas súdu s výpoveďou pri nájme bytu).

Práva duševného vlastníctva

Nariadenie o insolvenčnom konaní sa dotýka aj niektorých práv duševného vlastníctva upravených právom Únie. Zmyslom dikcie uvedenej v článku 15 nariadenia je upraviť miesto insolvenčného konania pre práva priemyselného vlastníctva regulované právom Únie, u ktorých prichádza do úvahy, že by mohli

¹⁷ A.J. Bělohávek, *Evropské...*, s. 335.

¹⁸ I.F. Fletcher, *Insolvency...*, s. 277.

byť predmetom súdneho konania na súdoch rôznych členských štátov¹⁹. Európsky patent s jednotným účinkom podľa nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) č. 1257/2012 zo dňa 17. decembra 2012, ktorým sa vykonáva posilnená spolupráca v oblasti vytvorenia jednotnej patentovej ochrany (U. v. EU L 361, 31.12.2012, s. 1), ochranná známka Európskej únie podľa nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/2424 zo 16. decembra 2015, ktorým sa mení nariadenie Rady (ES) č. 207/2009 o ochrannej známke Spoločenstva a nariadenie Komisie (ES) č. 2868/95, ktorým sa vykonáva nariadenie Rady (ES) č. 40/94 o ochrannej známke Spoločenstva, a zrušuje nariadenie Komisie (ES) č. 2869/95 o poplatkoch splatných Úradu pre harmonizáciu vnútorného trhu (ochranné známky a vzory) (U. v. EU L 341, 24.12.2015, s. 21) a podľa nariadenia rady (ES) č. 207/2009 z 26. februára 2009 o ochrannej známke Spoločenstva (Ú. v. ES L 78, 23.4.2009, s. 1) alebo akékoľvek iné podobné právo upravené právom Únie (napr. práva Spoločenstva k odrodám rastlín alebo dizajny Spoločenstva) sa nemôže zahrnúť do konkurznej podstaty vedľajšieho insolvenčného konania, ale len do hlavného insolvenčného konania²⁰.

Platobné a zúčtovacie systémy a finančné trhy

Účinky insolvenčného konania na práva a povinnosti účastníkov platobného systému alebo zúčtovacieho systému, prípadne finančného trhu, sú určené výlučne právom členského štátu, ktorým sa daný systém, resp. trh riadi. Toto ustanovenie nariadenia o insolvenčnom konaní má zabrániť tomu, aby platobná neschopnosť dlžníka ovplyvnila systém, ktorý sa bežne aplikuje pri transakciách súvisiacich s platbami a zúčtovaním v rámci platobných a zúčtovacích systémov, resp. na finančných trhoch členských štátov Únie regulovaných osobitnými predpismi. Podrobnejšie sú otázky týkajúce sa platobných a zúčtovacích systémov, resp. finančných trhov upravené v smernici Európskeho parlamentu a Rady č. 98/26/ES z 19. mája 1998 o konečnom zúčtovaní v platobných zúčtovacích systémoch a zúčtovacích systémoch cenných papierov (Ú. V. ES L 166, 11.6.1998). Nariadenie o insolvenčnom konaní nedefinuje pojem platobný a zúčtovací systém. Tento pojem sa má vykladať podľa smernice č. 98/26/ES²¹. S prihliadnutím na úpravu uvedenú v článku 12 nariadenia majú účastníci platobného alebo zúčtovacieho systému, prípadne finančného trhu možnosť

¹⁹ G. Moss, I.F Fletcher, S. Isaacs, *The EC regulation...*, s. 190.

²⁰ Odôvodnenie č. 39 nariadenia o insolvenčnom konaní.

²¹ M. Virgós, F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague 2004, s. 128.

v maximálnej možnej miere predvídať účinky, ktoré budú spôsobené začatím insolvenčného konania proti dlžníkovi aj napriek tomu, že začatie insolvenčného konania má podľa nariadenia cezhraničný univerzálny dosah²².

Pracovné právo

Trh práce si vyžaduje zvýšenú ochranu za účelom zachovania zamestnanosti. Pracovnoprávne vzťahy patria medzi mimoriadne významné právne vzťahy, pre ktoré je osobitne určené rozhodujúce právo v prípade začatia insolvenčného konania²³. Je nevyhnutné, aby právo členského štátu, ktorým sa riadi pracovná zmluva, určilo účinky insolvenčného konania na trvanie, resp. skončenie pracovného pomeru a na práva a povinnosti zamestnanca a zamestnávateľa, teda zmluvných strán pracovnej zmluvy. Účinky insolvenčného konania na pracovnú zmluvu a pracovnoprávne vzťahy sa nebudú spravovať právnym poriadkom štátu, v ktorom sa začalo insolvenčné konanie, ale určuje ich výlučne právo členského štátu, ktorým sa riadi pracovná zmluva. Právo štátu, ktorým sa riadi pracovná zmluva sa určí podľa pravidiel medzinárodného práva súkromného. Ak právny poriadok členského štátu, v ktorom sa môže začať insolvenčné konanie, vyžaduje na skončenie alebo zmenu pracovných zmlúv schválenie súdom alebo iným orgánom (správnym orgánom) určeným na to podľa vnútroštátneho práva, súd tohto štátu, resp. iný orgán na to určený vnútroštátnym právom má právomoc schváliť skončenie alebo zmenu pracovných zmlúv aj vtedy, keď sa v danom členskom štáte nezačalo žiadne insolvenčné konanie.

Vybrané práva, ktoré sa zapisujú do registrov

Účinky insolvenčného konania na práva dlžníka vzťahujúce sa na letecký dopravný prostriedok, loď, alebo nehnuteľnosť, ktoré sa zapisujú do verejného registra, neurčuje právny poriadok štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo, ale určuje ich právo členského štátu, do právomoci ktorého vedenie tohto registra spadá. Účinky začatia insolvenčného konania sa budú spravovať podľa *legis libri*²⁴. V záujme ochrany tretích osôb ako kupujúcich platí, že ak dlžník v postavení predávajúceho po začatí insolvenčného konania uskutoční právny úkon, ktorým disponuje za odplatu buď nehnuteľnosťou, leteckým dopravným

²² Správa Virgós-Schmit, bod 120; M. Virgós, F. Garcimartín, *The European Insolvency Regulation...*, s. 126.

²³ Odôvodnenie č. 22 nariadenia o insolvenčnom konaní.

²⁴ A.J. Bělohávek, *Evropské...*, s. 421.

prostriedkom alebo loďou (predá ich), ktoré sa zapisujú do registra, alebo cennými papiermi, pri ktorých sa predpokladá registrácia v registri stanovenom právnym predpisom, platnosť tohto právneho úkonu dlžníka sa bude spravovať nie právnym poriadkom štátu, v ktorom sa začalo insolvenčné konanie, ale právom štátu, na ktorého území sa nehnuteľnosť nachádza, alebo do právomoci ktorého vedenie registra spadá. Argumentum a contrario toto ustanovenie nariadenia o insolvenčom konaní sa neuplatní, ak dlžník po začatí insolvenčného konania uskutoční právny úkon, ktorým bezodplatne disponuje nehnuteľnosťou, leteckým dopravným prostriedkom alebo loďou, ktoré sa zapisujú do verejného registra alebo cennými papiermi, pri ktorých sa vyžaduje registrácia v registri stanovenom právnym predpisom. Právna úprava článku 17 nariadenia vychádza z princípu ochrany dobrej viery tretích osôb v správnosť zápisov vo verejných registroch²⁵.

Prebiehajúce súdne a rozhodcovské konania

V prípade účinkov insolvenčného konania na prebiehajúce súdne alebo rozhodcovské konania, ktoré sa týkajú majetku alebo práva, ktoré tvoria súčasť konkurznej podstaty dlžníka, je rozhodujúcim právom právo členského štátu, kde takého súdne konanie prebieha (*lex fori*) alebo v ktorom má rozhodcovský súd svoje sídlo. Tým nie je dotknuté vnútroštátne právo týkajúce sa uznávania a výkonu rozhodcovských rozsudkov²⁶. Právo tohto členského štátu, kde súdne konanie prebieha alebo v ktorom má rozhodcovský súd svoje sídlo, upravuje, či sa dané konanie preruší alebo sa v ňom pokračuje. Ďalej definuje, ktoré konania sa nesmú prerušiť, ale sa v nich po začatí insolvenčného konania musí pokračovať, na návrh koho sa pokračuje v prerušených konaniach, ktoré boli začaté pred začatím insolvenčného konania a kto môže po začatí insolvenčného konania podať návrh na začatie súdneho alebo iného konania, predmetom ktorého je majetok patriaci do konkurznej podstaty, a voči komu sa návrh na začatie konania podáva.

V ustanovení článku 18 nariadenia, v ktorom sú upravené účinky insolvenčného konania na prebiehajúce súdne alebo rozhodcovské konanie, je pojem súdne konanie chápaný tak, že zahŕňa len konanie vo veci samej, nie však exekučné konanie. To znamená, že účinky začatého insolvenčného konania na prebiehajúce exekučné konanie sa spravujú podľa *lex concursus*²⁷.

²⁵ P. Omar, J. Land, *Security in Land and the European Regulation on Insolvency Proceedings*, „Conveyancer and Property Lawyer“ 2006, July/August, s. 353–373.

²⁶ Odôvodnenie č. 73 nariadenia o insolvenčnom konaní.

²⁷ Návrhy generálneho advokáta Michala Bobeka vo veci C-212/15 – ENEFI prednesené 9. júna 2016, ECLI:EU:C:2016:427, bod 78.

Úkony poškodzujúce veriteľov

Existencia osobitnej právnej úpravy kolíznych noriem v nariadení o insolvenčnom konaní týkajúca sa vecných práv tretích osôb, započítania pohľadávok, výhrady vlastníctva, platobných systémov a finančných trhov nevyklučuje v súlade s nariadením o insolvenčnom konaní možnosť podať návrh na začatie konania o určenie neplatnosti, neúčinnosti alebo odporovateľnosti v prípade existencie právnych úkonov zo strany dlžníka, ktoré poškodzujú kolektívny záujem veriteľov. Uplatniť neplatnosť, neúčinnosť alebo odporovateľnosť právnych úkonov dlžníka môže správca alebo veriteľ. Účelom týchto žalôb bude navrátenie majetku, ktorý patril dlžníkovi, do konkurznej podstaty alebo získanie náhrady za tento majetok, ktorá prípadne do konkurznej podstaty, ak vydanie veci in natura nebude možné. V súvislosti s uplatnením odporovacej žaloby Súdny dvor rozhodol, že súdy členského štátu, na ktorého území bolo začaté insolvenčné konanie, sú príslušné na rozhodovanie o odporovacej žalobe proti žalovanému, ktorý má svoje sídlo v inom členskom štáte²⁸.

Vo všeobecnosti platí zásada, že právo členského štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo (*lex fori concursus*), upravuje pravidlá týkajúce sa uplatnenia neplatnosti, neúčinnosti a odporovateľnosti právnych úkonov, ktoré poškodzujú kolektívny záujem veriteľov. Tieto pravidlá podľa práva členského štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo, sa neuplatnia, ak tretia osoba, ktorá mala úžitok z právneho úkonu dlžníka, ktorý poškodil veriteľov insolvenčného konania, preukáže, že tento právny úkon dlžníka podlieha právu iného členského štátu, ako je štát, v ktorom sa začalo insolvenčné konanie a zároveň právo tohto členského štátu neposkytuje v danom prípade žiadne právne prostriedky na odporovanie predmetnému právnomu úkonu dlžníka. Ak sú kumulatívne splnené tieto dve podmienky, odporovanie právnomu úkonu nebude možné a prípadná žaloba bude zamietnutá. Ustanovenie článku 16 nariadenia je výnimkou z *lex fori concursus*.

Záver

Je možné skonštatovať, že pokiaľ ide o určenie práva rozhodujúceho pre insolvenčné konania, v európskom insolvenčnom práve platí zásada, že insolvenčné konania podľa nariadenia o insolvenčnom konaní (hlavné, vedľajšie insolvenčné konania, insolvenčné konania týkajúce sa skupiny spoločností) sa riadia právom členského štátu, na území ktorého sa insolvenčné konanie začalo (*lex*

²⁸ Rozsudok Súdneho dvora (prvá komora) vo veci C-328/12 – Schmid zo 16. januára 2014, ECLI:EU:C:2014:6, bod 13.

fori concursus). Účinky insolvenčného konania sa budú riadiť vnútroštátnym insolvenčným právom daného členského štátu, na území ktorého sa insolvenčné konanie začalo²⁹. Zásada, že insolvenčné konania podľa nariadenia o insolvenčnom konaní sa riadia lex fori concursus, platí iba za predpokladu, že nariadenie o insolvenčnom konaní nestanovuje inak. Z toho vyplýva, že ak by tá istá otázka týkajúca sa insolvenčného konania bola upravená inak v práve členského štátu, v ktorom sa insolvenčné konanie začalo, na rozdiel od v právnej úpravy nariadenia o insolvenčnom konaní, prednosť majú ustanovenia nariadenia o insolvenčnom konaní.

Nariadenie o insolvenčnom konaní úpravou kolíznych noriem vzťahujúcich sa na insolvenčné konania v členských štátoch Európskej únie nevylučuje úplne aplikáciu vnútroštátnych pravidiel medzinárodného práva súkromného daného členského štátu, v ktorom sa začalo insolvenčné konanie. Osobitná úprava kolíznych noriem nariadenia o insolvenčnom konaní iba v stanovenom rozsahu nahrádza pravidlá medzinárodného práva súkromného. Ak nejaká otázka týkajúca sa insolvenčného konania a súvisiaca s medzinárodným právom súkromným nie je upravená v rámci kolíznych noriem nariadenia o insolvenčnom konaní, uplatnia sa pravidlá medzinárodného práva súkromného daného členského štátu, na území ktorého začalo insolvenčné konanie.

Bibliografia

- Bělohávek A.J., *Evropské a mezinárodní insolvenční právo. Komentář. 1. vydání*, Praha 2007.
Đurica M., *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*, Bratislava 2012.
Fletcher I.F., *Insolvency in International Private Law – National and International Approaches*, Oxford 1999.
Moss G., Fletcher I.F., Isaacs S., *The EC Regulation on Insolvency proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford 2002.

Streszczenie

Autor w artykule analizuje wybrane zagadnienia związane z obowiązującym prawem na podstawie rozporządzenia (UE) 2015/848 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (przekształcenie) w zakresie praw rzeczowych stron trzecich, potrącenia, zastrzeżenia prawa własności, umów dotyczących nieruchomości, systemów płatności i rynków finansowych, umów o pracę, praw podlegających rejestracji, praw przemysłowych, szkodliwych działań oraz skutków postępowania upadłościowego w toczących się postępowaniach sądowych lub arbitrażowych. Autor odnosi się do powiązanych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i problemów, które pojawiły się w praktyce stosowania. Celem artykułu jest

²⁹ M. Đurica, *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*, Bratislava 2012, s. 710.

analiza kwestii prawa właściwego w ramach przekształcenia rozporządzenia dotyczącego postępowania upadłościowego dotyczącego transgranicznych postępowań upadłościowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Słowa kluczowe: postępowanie upadłościowe, rozporządzenie, transgraniczny, Unia Europejska

APPLICABLE LAW UNDER THE RECAST OF REGULATION ON INSOLVENCY PROCEEDINGS

Summary

The author in the article entitled “Applicable law under the recast of regulation on insolvency proceedings” analyses selected issues relating to the applicable law under the Regulation (EU) 2015/848 of the European parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) in the field of third parties’ rights in rem, set-off, reservation of title, contracts relating to immoveable property, payment systems and financial markets, contracts of employment, rights which are subject of registration, industrial rights, detrimental acts and effects of insolvency proceedings on pending lawsuits or arbitral proceedings. The author also refers to the related decisions of Court of Justice of the European Union and problems which occurred in the application practice. The aim of the article is to analyse the issue of applicable law under the recast of the regulation of insolvency proceedings relating to cross-border insolvency proceedings in member states of the European Union.

Keywords: insolvency proceedings, regulation, cross-border, European Union

Milan Sudzina**VKLAD DO KATASTRA NEHNUTEĽNOSTÍ
SLOVENSKEJ REPUBLIKY (HISTORICKÉ ASPEKTY
A PRÁVNE ÚČINKY)****Úvod**

V katastrálnom konaní rozhoduje a práva k nehnuteľnostiam do katastra nehnuteľností zapisuje okresný úrad, katastrálny odbor podľa zákona č. 162/1995 Z. z. o katastri nehnuteľností a o zápise vlastníckych a iných práv k nehnuteľnostiam (katastrálny zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej len „katastrálny zákon“ alebo „KZ“). Zápis vecných a iných práv k nehnuteľnostiam a iných skutočností sa do katastra nehnuteľností v Slovenskej republike uskutočňuje vkladom, záznamom alebo poznámkou. Do katastra nehnuteľností sa nezapisujú všetky práva k nehnuteľnostiam. Do katastra nehnuteľností sa zapisujú len zákonom stanovené vecné a iné práva k nehnuteľnostiam. Najdôležitejšími právnymi vzťahmi, ktoré sa zapisujú do katastra nehnuteľností, sú vlastnícke právo, záložné právo, vecné bremeno a predkupné právo, ak má mať účinky vecného práva. Obmedzenie prevodu nehnuteľnosti nie je možné zriadiť ako vecné bremeno¹. Predkupné

¹ V súčasnosti nie je možné zriadiť obmedzenie prevodu nehnuteľnosti ako vecné právo. Obmedzenie prevodu nehnuteľností v minulosti upravoval Občiansky zákonník v § 58 ako samostatný zabezpečovací inštitút (v tom čase ako jediný inštitút, ktorý mal aspoň čiastočne nahradzovať funkciu záložného práva). Ku vzniku sa vyžadovala registrácia zmluvy na štátnom notárstve. Obmedzenie prevodu nehnuteľnosti bolo s účinnosťou od 1. januára 1992 z Občianskeho zákonníka vypustené (zákonom č. 509/1991 Zb.). Podľa prechodného ustanovenia (§ 874) práva a povinnosti z obmedzenia prevodu nehnuteľnosti, ktoré vzniklo pred 1. januárom 1992, zostávajú zachované a naďalej sa riadia dovtedajšou právnou úpravou. Bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 1Obdo V 52/2006 z 31. júla 2008. Podľa rozsudku Krajského súdu v Košiciach sp. zn. 6 S 6/96 z 17. marca 1997 (R 66/1999) záväzok záložcu, podľa ktorého po dobu trvania záložného práva založenú nehnuteľnosť nepreviedie na iného, ani predmet zálohu nezaťaží v prospech iného, nie je vecným bremenom a nemá charakter vecného práva. Rozhodnutie, ktorým bol zamietnutý návrh na zápis vkladu takéhoto záväzku do evidencie v katastri nehnuteľností preto zodpovedá zákonu.

právo je možné dohodnúť najčastejšie ako vedľajšie dojednanie pri kúpnej zmluve. V praxi nie je vylúčené dohodnutie predkupného práva aj pri inej zmluve².

Právne vzťahy k nehnuteľnostiam, ktorých právnym titulom pre ich vznik, zmenu alebo zánik je zmluva, sa zapisujú do katastra nehnuteľností vkladom³. Podľa § 133 ods. 2 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“) ak sa prevádza nehnuteľná vec na základe zmluvy, nadobúda sa vlastníctvo vkladom do katastra nehnuteľností, ak osobitný zákon (katastrálny zákon) neustanovuje inak⁴. Vklad je úkon okresného úradu, ktorým vzniká, mení sa alebo zaniká právo k nehnuteľnostiam. Ak právne vzťahy k nehnuteľnostiam majú vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť na základe iného právneho dôvodu ako zmluvy, zapisujú sa do katastra nehnuteľností záznamom⁵. Okrem katastrálneho zákona platí pre katastrálne konanie aj vyhláška č. 461/2009 Z. z. Úradu geodézie, kartografie a katastra Slovenskej republiky, ktorou sa vykonáva zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 162/1995 Z. z. o katastri nehnuteľností a o zápise vlastníckych a iných práv k nehnuteľnostiam (katastrálny zákon) v znení neskorších predpisov.

Historické aspekty nadobúdania vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam

Z historického hľadiska sa na našom území uplatňovali rôzne princípy týkajúce sa momentu nadobudnutia vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam. Uplatňoval sa buď intabulačný, konsenzuálny alebo registračný princíp. Intabulačný princíp, ktorého podstatou bola skutočnosť, že vlastnícke právo k nehu-

² Napríklad dojednanie predkupného práva v nájomnej zmluve v prospech nájomcu alebo v samostatnej zmluve. Zmluvná voľnosť v tomto smere nie je obmedzená. Predkupné právo ako vecné právo dohodnuté v nájomnej zmluve alebo v samostatnej zmluve s použitím ustanovenia § 51 Občianskeho zákonníka t. j. v inomínantnej zmluve k nehnuteľnostiam podlieha vkladu do katastra nehnuteľností. V návrhu na vklad predkupného práva ako vecného práva k prenajatej nehnuteľnosti na základe nepomenovanej zmluvy účastníci uvedú i návrh na zápis záznamom nájomného práva k tejto nehnuteľnosti. Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 1/2009, stanovisko k otázke č. 12; rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky č. sp. zn. 1 Cdo 7/1999 z 27. apríla 1999 (R 30/2000)

³ J. Gaisbacher a kol., *Základy pozemkového práva. Komentár a súvisiace predpisy*, Šamorín 2003, s. 30.

⁴ D. Duláková Jakúbeková, A. Dulak, M. Jurčová, *Zmluvy o prevode vlastníctva. Kúpna a zámenná zmluva, spotrebiteľská kúpna zmluva, darovacia zmluva. Komentár*, Praha 2011, s. 88.

⁵ I. Fekete, *Občiansky zákonník. 1. Veľký komentár*, Bratislava 2011, s. 709; J. Švestka, J. Spáčil, M. Škárová, M. Hulmák a kol., *Občiansky zákonník I. § 1 – 459. Komentár*, Praha 2008, s. 687.

teľnostiam sa nadobúdalo vkladom do pozemkovej knihy, platil našom území do 31. decembra 1950. Zápisy vecných práv k nehnuteľnostiam sa vykonávali v pozemkových knihách od roku 1855, kedy bol prijatý Pozemnoknižný poriadok. Zápisy do pozemkovej knihy uskutočňovali okresné súdy⁶.

Dňa 1. januára 1951 nadobudol účinnosť Občiansky zákonník č. 141/1950 Zb., na základe ktorého došlo k zmene intabulačného princípu na konsenzuálny princíp. V zmysle tohto princípu sa vlastnícke právo k nehnuteľnostiam nadobúdalo už uzavretím zmluvy o prevode nehnuteľnosti. To znamená, že bol zavedený čistý konsenzuálny princíp. Keďže sa na nadobudnutie vlastníckeho práva k nehnuteľnosti už nevyžadoval povinný zápis do pozemkovej knihy, pri prevode alebo prechode vlastníctva si nadobúdatelia častokrát nedali zapísať zmenu vlastníckeho práva do pozemkovej knihy a z tohto dôvodu sa začal skutočný stav týkajúci sa vlastníctva nehnuteľností diametrálne odlišovať od stavu evidovaného. Nadobúdatelia si neevidovali zmenu vlastníckeho práva aj z dôvodu, aby sa vyhli plateniu poplatkov.

Od 1. júla 1951 došlo na základe zákona č. 65/1951 Zb. o prevodoch nehnuteľností a prenájdoch poľnohospodárskej a lesnej pôdy k modifikácii čistého konsenzuálneho princípu tak, že na prevod vlastníckeho práva sa navyše okrem uzavretia zmluvy o prevode nehnuteľnosti vyžadovalo aj privolenie okresného národného výboru⁷. Prevod nehnuteľnosti musel byť v súlade so všeobecným záujmom. V opačnom prípade mal okresný národný výbor privolenie odoprieť. Privolenie okresného národného výboru nebolo potrebné, ak sa prevádzala nehnuteľnosť do štátneho socialistického vlastníctva.

Dňa 1. apríla 1964 nadobudol účinnosť Občiansky zákonník č. 40/1964 Zb., ktorý zaviedol registračný princíp. Na nadobudnutie vlastníckeho práva k nehnuteľnosti sa vyžadovala okrem uzavretia zmluvy o prevode nehnuteľnosti aj registrácia štátnym notárstvom. V roku 1964 sa prestali robiť zápisy do pozemkovej knihy, ktorá bola odovzdaná do úschovy štátnemu notárstvu⁸. Podľa zákona č. 22/1964 Zb. o evidencii nehnuteľností sa vlastnícke právo k nehnuteľnosti zapisovalo v evidencii nehnuteľností na strediskách geodézie. Strediská geodézie boli situované v okresoch. Zápis v evidencii nehnuteľností na stredisku geodézie nemal konštitutívne účinky a nebol podmienkou pre vznik vlastníckeho práva k nehnuteľnosti. Zápis vlastníckeho práva k nehnuteľnosti v evidencii nehnuteľností na strediskách geodézie mal iba evidenčný charakter. Registračný princíp platil do konca roku 1992. Od 1. januára 1993 nadobudol účinnosť zákon č. 265/1992 Zb. o zápisoch vlastníckych a iných vecných práv k nehnuteľno-

⁶ M. Štefanovič, *Pozemkové právo*, Bratislava 1997, s. 39.

⁷ P. Vojčík a kol., *Občianske právo hmotné*, Plzeň 2012, s. 241.

⁸ M. Štefanovič, *Pozemkové...*, s. 38.

stiam, ktorý z hľadiska nadobúdania vlastníckeho práva k nehnuteľnostiam opäť zaviedol intabulačný princíp⁹. Podľa zákona č. 266/1992 Zb. o katastri nehnuteľností v Slovenskej republike sa zápisy práv k nehnuteľnostiam začali vykonávať v katastri nehnuteľností. Kataster nehnuteľnosti bol zavedený od 1. januára 1993 v súvislosti s odštátnením notárskej činnosti¹⁰.

Po vzniku samostatnej Slovenskej republiky dochádzalo k častým zmenám štátnej správy na úseku katastra nehnuteľností. Ústredným orgánom štátnej správy na úseku katastra bol Slovenský úrad geodézie, kartografie a katastra a miestnymi orgánmi štátnej správy na úseku katastra boli katastrálne úrady. Zápisy v katastri nehnuteľností uskutočňovali katastrálne úrady. Od 1. januára 1996 v súvislosti s účinnosťou zákona č. 162/1995 Z. z. o katastri nehnuteľností a o zápise vlastníckych a iných práv k nehnuteľnostiam (katastrálny zákon) ústredným orgánom štátnej správy na úseku katastra bol Úrad geodézie, kartografie a katastra Slovenskej republiky a miestnymi orgánmi štátnej správy na úseku katastra boli katastrálne úrady. Tento právny stav platil iba do 23. júla 1996. Zákonom č. 222/1996 Z. z. o organizácii miestnej štátnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov s účinnosťou od 24. júla 1996 boli zavedené zmeny v miestnej štátnej správe na úseku katastra. Zákon stanovil, že miestnymi orgánmi štátnej správy na úseku katastra sú krajské úrady a okresné úrady. V rámci vkladového konania rozhodovali okresné úrady, katastrálne odbory. Tento stav platil do 31. decembra 2001. K ďalšej zmene došlo od 1. januára 2002. Miestna štátna správa na úseku katastra sa oddelila od všeobecnej štátnej správy a vznikli nové orgány špeciálnej miestnej štátnej správy, ktorými boli katastrálne úrady v krajoch a na úrovni okresov správy katastra. V rámci vkladového konania rozhodovali správy katastra.

V roku 2013 došlo k významným zmenám v organizácii miestnej štátnej správy na úseku katastra nehnuteľností. S účinnosťou od 1. januára 2013 podľa zákona č. 345/2012 Z. z. o niektorých opatreniach v miestnej štátnej správe a o zmene a doplnení niektorých zákonov¹¹ sa zrušili katastrálne úrady a ich pôsobnosť prešla na správy katastra v sídle kraja¹². S účinnosťou od 1. októbra 2013 na základe zákona č. 180/2013 Z. z. o organizácii miestnej štátnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov bola uskutočnená ďalšia dôležitá zmena v sústave orgánov miestnej štátnej správy na úseku katastra nehnuteľností. Zruši-

⁹ M. Holub, M. Pokorný, J. Bičovský, *Občan a vlastníctví v českém právním řádu*, Praha 2002, s. 147.

¹⁰ J. Gaisbacher a kol., *Základy pozemkového práva...*, s. 56.

¹¹ Pozri § 1 písm. h) zákona č. 345/2012 Z. z. o niektorých opatreniach v miestnej štátnej správe a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

¹² Pozri § 7 ods. 1 zákona č. 345/2012 Z. z. o niektorých opatreniach v miestnej štátnej správe a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

li sa správy katastra ako špeciálne orgány miestnej štátnej správy¹³ a pôsobnosť správy katastra ustanovená osobitnými predpismi (katastrálny zákon) prešla na okresný úrad, katastrálny odbor¹⁴ ako orgán všeobecnej miestnej štátnej správy. V súčasnosti v rámci vkladového konania rozhoduje okresný úrad, katastrálny odbor.

Právne účinky vkladu

Práva k nehnuteľnostiam zo zmlúv sa zapisujú do katastra vkladom, ak katastrálny zákon nestanovuje inak¹⁵. Vklad do katastra nehnuteľností má právotvorný charakter. To znamená, že vecné práva k nehnuteľnostiam na základe zmluvy vznikajú, menia sa alebo zanikajú až vkladom do katastra nehnuteľností. Ide o tzv. intubulačnú zásadu, ktorej podstatou je, že vklad vecných práv do katastra nehnuteľností má konštitutívne účinky¹⁶. O vklade vecných práv k nehnuteľnostiam rozhoduje okresný úrad, katastrálny odbor. Vecné práva k nehnuteľnostiam nevnikajú, nemenia sa ani nezaničujú momentom uzavretia zmluvy. V súčasnosti pre vznik, zmenu a zánik vecných práv k nehnuteľnostiam neplatí konsenzuálna zásada.

Podľa predchádzajúcej právnej úpravy (zákon č. 265/1992 Zb. o zápisoch vlastníckych a iných vecných práv k nehnuteľnostiach) do 31. decembra 1995 platila zásada, že právne účinky vkladu vznikali na základe právoplatného rozhodnutia o jeho povolení ku dňu, keď návrh na vklad bol doručený príslušnému orgánu na úseku katastra. Teda vklad mal spätné účinky (ku dňu doručenia návrhu na vklad). V praxi katastrálne orgány nedodržiavali lehotu stanovenú zákonom na rozhodovanie o návrhu na vklad. Bol problém uskutočniť opravu zmluvy, ktorá bola podkladom pre vklad, pretože dátum uskutočnenia opravy zmluvy bol neskorší ako právne účinky vkladu¹⁷. Od 1. januára 1996 zaviedol nový ka-

¹³ Pozri § 8 písm. e) zákona č. 180/2013 Z. z. o organizácii miestnej štátnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

¹⁴ Pozri § 9 ods. 4 zákona č. 180/2013 Z. z. o organizácii miestnej štátnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

¹⁵ J. Gaisbacher a kol., *Základy pozemkového práva*..., s. 30.

¹⁶ M. Štefanovič, *Pozemkové*..., s. 44.

¹⁷ V Českej republike platí judikát, podľa ktorého akákoľvek zmena alebo doplnenie zmluvy, na základe ktorej má byť povolený vklad práva do katastra, je v priebehu správneho konania neprípustná, a to z dôvodu, že sa právo vkladá na základe zmluvy ku dňu podania návrhu na vklad. K tomuto dňu je tiež katastrálny orgán oprávnený skúmať všetky zákonom stanovené náležitosti. Bližšie pozri Rozsudok Krajského súdu v Ostrave sp. zn. 22 Ca 166/96 z 31. januára 1996. Obdobne rozsudok Mestského súdu Praha sp. zn. 33 Ca 11/98 z 30. júla 1998.

tastrálny zákon (zákon č. 162/1995 Z. z.) ustanovenie, podľa ktorého právne účinky vkladu vznikajú na základe právoplatného rozhodnutia katastrálneho úradu o jeho povolení. Od tohto dátumu má vklad právne účinky do budúca.

V súčasnosti pokiaľ ide o účinky vkladu platí zásada, že právne účinky vkladu vznikajú na základe právoplatného rozhodnutia okresného úradu, katastrálneho odboru o povolení vkladu¹⁸. Týmto momentom dochádza k vzniku, zmene alebo zániku vecného práva k nehnuteľnosti¹⁹. Týmto okamihom dochádza k prevodu vlastníckeho práva k nehnuteľnosti²⁰. To znamená, že vklad do katastra nehnuteľností má účinky ex nunc (do budúca)²¹. Z tejto zásady platia dve výnimky. Prvá výnimka sa vzťahuje na prevod majetku štátu na iné osoby podľa zákona č. 92/1991 Zb. o podmienkach prevodu majetku štátu na iné osoby v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o veľkej privatizácii“). Právne účinky vkladu pri prevode majetku štátu na iné osoby vznikajú na základe právoplatného rozhodnutia okresného úradu o povolení vkladu. Právne účinky v danom prípade vznikajú ku dňu určenému v návrhu na vklad²². Keďže právne účinky vkladu pri prevode majetku štátu na iné osoby podľa zákona o veľkej privatizácii môžu vzniknúť späťne (ex tunc), návrh na vklad sa musí podať najneskôr v deň, ktorý je určený v návrhu na vklad ako deň vzniku vlastníctva. Pokiaľ ide o túto výnimku z právnych účinkov vkladu, táto sa vyskytovala hlavne v deväťdesiatych rokoch, keďže hlavná vlna privatizácie prebehla v tomto období. V súčasnosti by bolo namieste túto výnimku vypustiť z katastrálneho zákona. Výnimka z právnych účinkov vkladu týkajúca sa prevodu majetku štátu na iné osoby podľa zákona o veľkej privatizácii bola zakotvená už v predchádzajúcej katastrálnej úprave (v zákone č. 265/1992 Zb. o zápisoch vlastníckych a iných vecných práv k nehnuteľnostiach).

¹⁸ P. Vojčík a kol., *Občianske právo...*, s. 239; J. Svoboda a kol., *Občiansky zákonník. Komentár a súvisiace predpisy*, Bratislava 2005, s. 199.

¹⁹ Pri nehnuteľnostiach nie je možné dohodnúť výhradu vlastníckeho práva. Vyplýva to jednak z ustanovenia § 601 Občianskeho zákonníka, kde sa výslovne uvádza, že výhrada vlastníckeho práva sa môže dojednať len ohľadom hnutel'nych vecí a z ustanovenia § 28 ods. 3 katastrálneho zákona, v ktorom sa uvádza, že právne účinky vkladu vznikajú dňom právoplatnosti rozhodnutia okresného úradu o povolení vkladu. Teda moment nadobudnutia vlastníckeho práva k nehnuteľnosti je riešený v danom prípade kogentným ustanovením. Z uvedeného vyplýva, že nie možné v zmluve o prevode nehnuteľnosti dohodnúť vedľajšie dojednanie, podľa ktorého sa najprv podá návrh na vklad do katastra a vlastnícke právo k nehnuteľnosti sa nadobudne až po úplnom zaplatení kúpnej ceny, ku ktorému má podľa zmluvy dôjsť až po povolení vkladu.

²⁰ J. Fiala a kol., *Občanské právo hmotné*, Brno 1993, s. 113; J. Fiala a kol., *Občanské právo*, Praha 2006, s. 82.

²¹ Na rozdiel od slovenskej právnej úpravy v Českej republike platí, že právne účinky vkladu vznikajú na základe právoplatného rozhodnutia o jeho povolení ku dňu, kedy bol návrh na vklad doručený katastrálnemu úradu. Teda podľa českej právnej úpravy návrh na vklad má späťne účinky.

²² M. Štefanovič, *Pozemkové...*, s. 50.

Druhá výnimka sa vzťahuje na zmluvu o prevode bytu alebo nebytového priestoru do vlastníctva nájomcu. Právne účinky vkladu v danom prípade vznikajú na základe právoplatného rozhodnutia okresného úradu o povolení vkladu ku dňu doručenia návrhu na vklad. Z toho vyplýva, že právne účinky vkladu zo zmluvy o prevode bytu a nebytového priestoru do vlastníctva nájomcu vznikajú spätne (ex tunc). Nadobudnutie vlastníckeho práva k bytu alebo nebytovému priestoru pri prevode do vlastníctva nájomcu nastáva spätne, a to ku dňu doručenia návrhu na vklad okresnému úradu²³. Byt, ktorého nájomcom je fyzická osoba, môže vlastník domu previesť do vlastníctva len tomuto nájomcovi. To platí za podmienky, že nájom bytu nie je dohodnutý na určitý čas. Taktiež nájomca nebytového priestoru má právo na prednostný prevod nebytového priestoru do svojho vlastníctva. To znamená, že ide o prvý prevod bytu alebo nebytového priestoru podľa zákona č. 182/1993 Z. z. o vlastníctve bytov a nebytových priestorov v znení neskorších predpisov. Pre ďalšie prevody táto výnimka týkajúca sa právnych účinkov už neplatí. Pre ďalšie prevody bytov a nebytových priestorov platí, že právne účinky vkladu vznikajú právoplatnosťou rozhodnutia okresného úradu o povolení vkladu. Dôvodom odchýlnej právnej úpravy vzniku právnych účinkov vkladu zo zmluvy o prevode bytu alebo nebytového priestoru do vlastníctva nájomcu je skutočnosť, že v začiatkoch privatizácie bytového fondu katastrálne orgány nestíhali rozhodovať o vklade v zákonnej lehote a častokrát nadobúdatelia bytov a nebytových priestorov zomreli ešte pred povolením vkladu. Ďalším dôvodom je skutočnosť, že vkladové konanie trvá určitú dobu, a počas tejto doby vzniká otázka, kto má uhrádzať náklady spojené s vlastníctvom bytu. Keďže pri prevode bytu alebo nebytového priestoru, nájomca v predmetnom byte už býva alebo nebytový priestor užíva, má platiť ako vlastník všetky platby súvisiace s vlastníctvom bytu alebo nebytového priestoru už od okamihu doručenia návrhu na vklad okresnému úradu a nie až od právoplatnosti rozhodnutia okresného úradu o povolení vkladu. Výnimka odchýlnych právnych účinkov pri prevode bytu alebo nebytového priestoru bola do katastrálneho zákona zavedená od 1. januára 2002 zákonom č. 255/2001 Z. z. Od 1. septembra 2002 bola zákonom č. 419/2002 Z. z. táto výnimka zúžená tak, že sa mala vzťahovať len na prevod bytu alebo nebytového priestoru do vlastníctva nájomcu (len prvý prevod). V záujme právnej istoty nie je namieste dvojkoľajnosť právnych účinkov vkladu a de lege ferenda do budúcnosti by bolo vhodné zjednotenie úpravy právnych účinkov vkladu tak, aby právne účinky vkladu vznikali v rovnakom okamihu pre všetky prípady na základe právoplatného rozhodnutia okresného úradu o jeho povolení, a to bez ohľadu na druh nehnuteľnosti, ktorá je predmetom prevodu.

²³ P. Vojčík a kol., *Občianske právo...* s. 239.

Prevody nehnuteľností nezapísaných do katastra

Práva sa zapisujú vkladom k tým nehnuteľnostiam, ktoré sa podľa katastrálneho zákona zapisujú do katastra nehnuteľností. Nie každá nehnuteľnosť sa zapisuje do katastra nehnuteľností. Občiansky zákonník v ustanovení § 133 rieši otázku prevodu nehnuteľností, ktoré sa nezapisujú do katastra nehnuteľností. De lege ferenda v rámci prípadnej novelizácie Občianskeho zákonníka je v záujme nastolenia právnej istoty potrebné riešenie tejto otázky tak, že vlastnícke právo k nehnuteľnosti, ktorá sa nezapisuje do katastra nehnuteľností, sa nadobúda účinnosťou zmluvy o prevode nehnuteľnosti. Týmto spôsobom je to riešené v Českej republike. Nehnuteľnosť, ktorá sa podľa katastrálneho zákona zapisuje do katastra nehnuteľností a ktorú vlastník nedal zapísať do katastra, je potrebné najprv zaevidovať v katastri²⁴ a až potom uskutočniť jej prevod. Pokiaľ ide o rozostavanú stavbu, na jej prevod sa vyžaduje, aby k návrhu na vklad boli okrem zmluvy o prevode nehnuteľností doložené aj právoplatné stavebné povolenie, geometrický plán a znalecký posudok o stupni rozostavanosti. Pokiaľ ide o stavby, ktoré sa do katastra nehnuteľností nezapisujú, ich prevod sa v praxi najčastejšie uskutočňuje tak, že ak ide o drobnú stavbu, tá sa prevádza ako príslušenstvo hlavnej stavby. To znamená, že v zmluve o prevode nehnuteľnosti je potrebné drobnú stavbu špecifikovať ako príslušenstvo veci (napr. kôlna ako príslušenstvo rodinného domu). Ak predmetom prevodu nie je drobná stavba, ale väčšia samostatná stavba, takáto stavba sa zväčša prevádza zároveň pri prevode pozemku, na ktorom táto stavba stojí. V tomto prípade sa vlastnícke právo k tejto stavbe nadobúda účinnosťou zmluvy o prevode nehnuteľnosti.

Záver

Vzhľadom na to, že intabulačný princíp tvorí základ právnej úpravy katastra nehnuteľností v Slovenskej republike, vklad do katastra nehnuteľností je najdôležitejším spôsobom zápisu vecných práv k nehnuteľnostiam. V niektorých štátoch platí ohľadom nadobúdania nehnuteľností konsenzuálny princíp (napríklad Taliansko, Bulharsko). V súlade s konsenzuálnym princípom zmluva o prevode nehnuteľnosti nadobúda právne účinky uzavretím zmluvy, avšak voči tretím osobám je táto zmluva účinná až momentom jej zápisu do registra nehnuteľností. Výhodou intabulačného princípu je skutočnosť, že okresný úrad, katastrálny odbor preskúmava platnosť zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, čím sa výrazne minimalizuje zápis právnych vzťahov do katastra na základe neplatných zmlúv, aj keď nemožno

²⁴ K návrhu na vklad je potrebné doložiť kolaudačné rozhodnutie, rozhodnutie o pridelení súpisného čísla a geometrický plán.

úplne vylúčiť povolenie vkladu na základe neplatnej zmluvy. Veľkou nevýhodou konsenzuálneho princípu je to, že skutočný stav sa častokrát nezhoduje so stavom evidovaným v prípade, že zmluvné strany nedajú zapísať prevod vlastníctva do katastra nehnuteľností. Zavedenie konsenzuálneho princípu nadobúdania nehnuteľností na našom území by bolo s veľkou pravdepodobnosťou problematické vzhľadom na neúplnosť zápisov v katastri nehnuteľností a aj ich nepresnosť, čo je dôsledkom historického vývoja na našom území, keď socialistický štát nemal záujem na tom, aby občania vlastnili nehnuteľnosti a aby sa prevody nehnuteľností evidovali v príslušnej evidencii. Zavedenie konsenzuálnej zásady by bolo možné len pri existencii a realizácii úplnej materiálnej publicity spočívajúcej v princípe dobrej viery tretích osôb v platnosť údajov evidovaných v katastri nehnuteľností. Z vyššie naznačených dôvodov vyplýva, že v blízkej budúcnosti nie je predpoklad, že by sa namiesto intabulačného princípu zaviedol konsenzuálny princíp pri zachovaní registračnej povinnosti vo vzťahu ku katastru nehnuteľností. Zavedením konsenzuálneho princípu by mohlo dôjsť k väčšej neprehľadnosti vlastníctva nehnuteľností na našom území.

Bibliografia

- Duláková Jakúbeková D., Dulak A., Jurčová M., *Zmluvy o prevode vlastníctva. Kúpna a zámenná zmluva, spotrebiteľská kúpna zmluva, darovacia zmluva. Komentár*, Praha 2011.
- Fekete I., *Občiansky zákonník. 1. Veľký komentár*, Bratislava 2011.
- Fiala J. a kol., *Občianske právo hmotné*, Brno 1993.
- Fiala J. a kol., *Občianske právo*, Praha 2006.
- Gaisbacher J. a kol., *Základy pozemkového práva. Komentár a súvisiace predpisy*, Šamorín 2003.
- Holub M., Pokorný M., Bičovský J., *Občan a vlastníctví v českém právním řádu*, Praha 2002.
- Svoboda J. a kol., *Občiansky zákonník. Komentár a súvisiace predpisy*, Bratislava 2005.
- Štefanovič M., *Pozemkové právo*, Bratislava 1997.
- Švestka J., Spáčil J., Škárová M., Hulmák M. a kol., *Občiansky zákonník I. § 1 – 459. Komentár*, Praha 2008.
- Vojčík P. a kol., *Občianske právo hmotné*, Plzeň 2012.

Streszczenie

Autor w artykule analizuje zagadnienie wpisania praw związanych z nieruchomościami do katastru nieruchomości prowadzonego w Republice Słowackiej. Konieczność wpisania praw do katastru występuje w sytuacji powstania, zmiany lub wygaśnięcia prawa własności nieruchomości na podstawie umowy. W opracowaniu zwrócono uwagę na aspekty historyczne, podstawowe zasady, na których opiera się kataster nieruchomości, oraz skutki prawne wpisania prawa. Celem artykułu jest analiza przepisów prawnych w zakresie katastru nieruchomości i działalności decyzyjnej sądów powszechnych i organów katastralnych. Opracowanie zawiera również propozycje *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: wpisanie prawa, kataster nieruchomości, Republika Słowacka

**INSERT TO THE CADASTRE OF REAL ESTATES
OF THE SLOVAK REPUBLIC (HISTORICAL ASPECTS
AND LEGAL EFFECTS)**

Summary

Author in the article entitled *Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (historical aspects and legal effects)* analyses the issue of entering the rights to the Cadastre of real estates through the institution of insert if rights to real estates originated, changed or expired on the bases of a contract. The article pays attention to the historical aspects, the basic principles on which Cadastre of real estates is based and legal effects of insert. The aim of this paper is through the analytical method to deal with the registration of the real estate relationship by insert, analysis of the legislation in the field of cadastre of real estates and decision-making activities of general courts and cadastral authorities. The article also includes related proposals de lege ferenda.

Keywords: insert, the Cadastre of real estates, the Slovak republic

Sławomir Zwolak**UŻYWANIE I OCHRONA SYMBOLI JEDNOSTEK SAMORZĄDU
TERYTORIALNEGO****Wprowadzenie**

Celem ogólnym niniejszego opracowania jest zaprezentowanie problematyki używania i ochrony symboli jednostek samorządu terytorialnego w Polsce z perspektywy obowiązujących regulacji prawnych. Dla realizacji tego celu przyjęto metodę prawnodogmatyczną opartą na analizie obowiązujących przepisów prawnych. Metoda ta ma w założeniu stanowić podstawę do prezentacji tej tematyki i sformułowania wynikających z niej wniosków końcowych.

Symbole jednostek samorządu terytorialnego służą indywidualizacji jednostki i przyczyniają się do jej rozpoznawalności, prestiżu i renomy samorządu terytorialnego. Umacnianiu tożsamości społeczności lokalnych, identyfikacji mieszkańców z obszarem jednostki samorządu terytorialnego służą m.in. herby, flagi, emblematy, insygnia i inne symbole¹. Problematyka symboli jednostek samorządu terytorialnego jest przede wszystkim związana z zakresem ich używania oraz przysługującej ochrony przed bezprawnym ich naruszeniem. W szczególności jest to problem własności przemysłowej znaków towarowych czy zwalczania nieuczciwej konkurencji i innych przepisów.

W świetle polskiego prawa zasady korzystania z symboli jednostek samorządu terytorialnego nie są w sposób pełny uregulowane. Taka sytuacja może powodować ograniczenie praw jednostek samorządu terytorialnego w sprawach decydowania o ich symbolach. Przede wszystkim widoczny jest brak jasnych regulacji dotyczących kryteriów i zasad wydawania zezwoleń na używanie symboli jednostek samorządu terytorialnego. Jednakże brak jasnych regulacji w tej materii nie oznacza, że symboli jednostek samorządu terytorialnego można używać w sposób dowolny.

¹ S. Gardocki, *Symbole gmin w polskim prawie administracyjnym* [w:] *Samorząd gminny w III Rzeczypospolitej. Doświadczenia i perspektywy*, red. M. Klimek, J. Czerw, B. Więckiewicz, Lublin 2013, s. 78.

Kompetencje jednostek samorządu terytorialnego do przyjęcia uchwał

Ustanowienie symboli przez jednostki samorządu terytorialnego określone zostało w ustawie z 21 grudnia 1978 r. o odznakach i mundurach². Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.o.m. jednostki samorządu terytorialnego mogą ustanawiać w drodze uchwały organu stanowiącego własne herby, flagi, emblematy oraz inne insygnia i symbole. Zastrzeżono przy tym, że wzory wspomnianych symboli muszą być ustanawiane zgodnie z zasadami heraldyki³, weksylologii⁴ i miejscową tradycją historyczną. Wymagają także zaopiniowania przez ministra właściwego do spraw administracji publicznej w terminie 3 miesięcy od złożenia wniosku o jej wydanie. Wymóg ten należy interpretować ściśle, tzn. uzyskanie pozytywnej opinii ministra właściwego do spraw administracji publicznej to warunek *sine qua non* podjęcia przez radę gminy uchwały o ustanowieniu herbu i legalności posługiwania się nim⁵. Opiniowanie uchwał organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego w zakresie ustanawianie herbów wymaga specjalistycznej wiedzy, dlatego ustawodawca słusznie upoważnił ministra właściwego do spraw administracji publicznej do powołania w drodze rozporządzenia Komisji Heraldycznej jako organu opiniodawczo-doradczego. W skład takiej komisji powołuje się osoby wyróżniające się wysokim poziomem wiedzy z zakresy heraldyki, weksylologii, przedstawicieli organizacji, których statutowe cele związane są z heraldyką i weksylologią oraz przedstawicieli jednostek samorządu terytorialnego⁶.

Należy podkreślić, że tylko pozytywna opinia ministra właściwego do spraw administracji wydana w oparciu o stanowisko kompetentnego w tej dziedzinie organu, jakim jest Komisja Heraldyczna, realizuje cel, jaki przyświeca ustawo-

² Dz.U. z 2016 r., poz. 38 ze zm. (dalej: u.o.m).

³ Heraldyka jest nauką pomocniczą historii badająca początki, rozwój, znaczenie prawne oraz zasady kształtowania herbów. Heraldyka zrodziła się z powstałej pod koniec XII w. praktycznej potrzeby opisywania i rysowania herbów oraz czuwania nad ich poprawnością. *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 2, Warszawa 1995, s. 736. W tym przedmiocie zob. M. Gumowski, *Herby miast polskich*, Warszawa 1960; K. Kuczyński, *Polskie herby ziemiańskie*, Warszawa 1993; A. Znamierowski, *Insygnia, symbole i herby polskie*, Warszawa 2003.

⁴ Weksylologia to nauka pomocnicza historii zajmująca się badaniem dziejów flag, bander, sztandarów, chorągwi, proporców oraz objaśnianiem znaczeń barw i znaków. *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 6, Warszawa 1996, s. 687. W tym przedmiocie zob. A. Znamierowski, *Flagi świata. Ilustrowany przewodnik*, Warszawa 2002.

⁵ M. Adamczyk, *Czy Gmina X może legalnie posługiwać się swoim herbem? Czy Gmina X musi opracować na nowo wzór herbu i zwrócić się do Komisji Heraldycznej o opinię, i wprowadzić nową uchwałę Rady Gminy X?*, http://samorzad.pap.pl/palio/html.ru...ication/doc&_CheckSum=1962678620 (10.03.2017).

⁶ S. Gardocki, *Symbole gmin...*, s. 80.

dawcy wprowadzającemu przedmiotową regulację, czyli ustanowienie przez radę gminy takich wzorów herbu, flagi i innych symboli, które byłyby zgodne z zasadami heraldyki, weksylologii i miejscową tradycją historyczną. Zawarta w takiej opinii specjalistyczna wiedza jest niezbędna do podjęcia przez radę gminy świadomej uchwały w tym zakresie. Podjęcie uchwały nieopowiedzone wystąpieniem o tę opinię powoduje, że rzeczowa uchwała wydana bez zachowania wymaganego trybu narusza prawo⁷.

Przywołany powyżej art. 3 ust. 1 u.o.m. mówi jedynie o prawie jednostki samorządu terytorialnego do ustanowienia własnego herbu, ale należy do prawo widzieć w kontekście postanowień ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym⁸. W myśl art. 18 ust. 2 pkt 13 u.s.g. stwierdzono, że do wyłącznej właściwości rady gminy należy m.in. podejmowanie uchwał w sprawach herbu gminy. Herb jest uznawany za podstawowy symbol jednostki samorządu terytorialnego, będąc elementem ustroju, o którym mowa w art. 40 ust. 2 pkt 1 u.s.g. Herb spełnia istotną funkcję informacyjną, podkreślającą istnienie związku jednostki samorządu terytorialnego z określonym obszarem geograficznym i administracyjnym. Jest oznaczeniem rozpoznawalnym przez lokalną społeczność również ze względu na powszechność jego wykorzystania, np. może być wykorzystywany w oficjalnej korespondencji, komunikatach urzędowych oraz w zakresie transportu dla identyfikowania świadczonych usług.

Sprawy herbu gminy oraz zasady i warunki jego używania należą do regulacji statutowych poszczególnych gmin, stanowiąc załącznik do statutu w postaci wzoru graficznego herbu⁹. Kompetencje do spraw herbu odnoszą się nie tylko do nadawania nazwy, ale również określania zasad jej nadawania¹⁰. Jednak można dostrzec pewne wątpliwości dotyczące zakresu podejmowanych uchwał w sprawach np. herbu gminy. Przepisy prawa nie określają, czy gmina jest usprawioną jedynie do podejmowania uchwały w sprawie ustanowienia herbu, czy także określenia sposobu jego wykorzystania. Kwestia ta ma związek z określeniem podstaw prawnych do żądania przez gminę zaniechania bezprawnych naruszeń jej symbolu w postaci herbu. W literaturze podkreśla się, że zgodnie z domniemaniem kompetencji gminy jako jednostki samorządu terytorialnego, wyrażonej w art. 164 ust. 3 Konstytucji RP¹¹, należy uznać, że rada gminy posiada kome-

⁷ Wyrok NSA z 24 stycznia 2005 r., sygn. I OSK 767/04, CBOSA.

⁸ Dz.U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.

⁹ C. Marzysz [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2010, s. 74; wyrok WSAw Krakowie z 19 maja 2008 r., sygn. III SA/Kr 49/08, CBOSA.

¹⁰ Wyrok WSA we Wrocławiu z 5 grudnia 2006 r., sygn. III SA/Wr 383/06, CBOSA.

¹¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U.z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).

tencji do udzielania zezwoleń na wykorzystywanie herbów jednostek samorządu terytorialnego znajdujących się na ich terytorium¹². Należy jednak zauważyć, że w orzecznictwie sądów administracyjnych nie ma zgodności co do kompetencji gminy w zakresie określania zasad i warunków używania herbu. Jak wskazał NSA w wyroku z 24 marca 2009 r., określenie zasad i warunków używania herbu gminy pozostaje poza granicą upoważnienia ustawowego, ponieważ dotyczy sprawy, która nie jest związana z ustrojem jednostki samorządu terytorialnego. Nadto sąd wskazał, że art. 18 ust. 2 pkt 13 u.s.g. nie daje radzie gminy uprawnień do podejmowania uchwał we wszystkich sprawach związanych z herbem, a jedynie w sprawie jego ustanowienia¹³. W myśl tego stanowiska gmina nie ma prawa do wprowadzenia do statutu regulacji kompetencyjnych. Uchwała rady gminy w sprawie zasad używania herbu i flagi stanowi akt prawa miejscowego, mając charakter normatywny, abstrakcyjny, generalny i zewnętrzny. Ponadto rada gminy jest uprawniona do określania zasad oraz warunków używania herbu i flagi gminy, gdyż jest to konieczne dla prawidłowego funkcjonowania ustanowionego herbu i flagi. Zatem kompetencja do podjęcia uchwały w sprawie zasad używania herbu mieści się w szerszej kompetencji do jego ustanawiania¹⁴. Za takim stanowiskiem podąża powszechna praktyka, bowiem wiele jednostek samorządu terytorialnego uregulowało w uchwałach zasady korzystania ze swoich herbów i flag. Wydaje się to właściwe, ponieważ korzystanie z tych symboli np. w oficjalnych pismach, urzędowych komunikatach oraz dla identyfikowania usług świadczonych przez jednostkę samorządu terytorialnego stanowi cenną informację o istnieniu związku symboli z określonym obszarem administracyjnym i geograficznym¹⁵.

W celu użycia symboli jednostek samorządu terytorialnego, np. herbu, w celach komercyjnych należy uzyskać zgodę właściwej jednostki samorządu terytorialnego. Symbol stanowi jego dobro osobiste, którego naruszenie, np. użycie w sposób niegodny, może skutkować odpowiedzialnością cywilną. Zgodę na użycie herbu podejmuje każdorazowo rada gminy, przyjmując stosowną uchwałę w tym zakresie.

¹² K. Szczepanowska-Kozłowska [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2012, s. 626.

¹³ Sygn. II OSK 1453/08, CBOSA.

¹⁴ Wyrok WSA w Krakowie z 6 czerwca 2007 r., sygn. III SA/Kr 786/06, CBOSA; wyrok WSA w Krakowie z 19 maja 2008 r., sygn. III SA/Kr 49/08, CBOSA.

¹⁵ Można przyjąć, że symbole jednostek samorządu terytorialnego są wartościami w systemie reguł moralnych. Stanowią wyraz tożsamości oraz historii lokalnej. Związany z nimi szacunek jest wspólnym dobrem społeczności lokalnej. Zob. A.M. Kosińska, *Ochrona prawna hymnu narodowego jako elementu dziedzictwa narodowego – jej charakterystyka i funkcje*, „Przeгляд Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 5, s. 116 i n.

Ochrona symboli jednostek samorządu terytorialnego

Herb jako podstawowym symbol o ugruntowanej historii jest szczególnym znakiem rozpoznawczym jednostki samorządu terytorialnego, który zasługuje na prawną ochronę przed wszelkimi naruszeniami godzącymi w interes jednostek samorządu terytorialnego. Ochrony herbu jednostka samorządowa może domagać się na podstawie ustawy z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej¹⁶, ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹⁷, ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁸ oraz Kodeksu cywilnego¹⁹.

Analizując przepisy prawa własności przemysłowej, przyjąć należy, że herb jest chroniony przed jego wykorzystaniem przez przedsiębiorcę w jego znaku towarowym. Prawo ochronne na znak towarowy nie rozciąga się na działania dotyczące towarów ze znakiem, polegające w szczególności na ich oferowaniu do sprzedaży lub dalszym wprowadzaniu do obrotu towarów oznaczonych tym znakiem, jeżeli towary te zostały uprzednio wprowadzone do obrotu na terytorium Polski przez uprawnionego lub za jego zgodą. W konsekwencji wprowadzenie towarów ze znakiem towarowym do obrotu na terytorium Polski wyłącza możliwość skutecznego podniesienia roszczeń z tytułu naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy względem każdorazowego nabywcy towaru oznaczonego tym znakiem²⁰.

Zgodnie z art. 129¹ ust. 1 pkt 9 p.w.p. nie udziela się praw ochronnych na oznaczenie, które zawiera symbol Rzeczypospolitej Polskiej (godło, barwy lub hymn), znak sił zbrojnych, organizacji paramilitarnej lub sił porządkowych, reprodukcję polskiego orderu, odznaczenia lub odznaki honorowej, odznaki lub odznaki wojskowej bądź innego oficjalnego lub powszechnie używanego odznaczenia i odznaki, w szczególności administracji rządowej lub samorządu terytorialnego albo organizacji społecznej działającej w ważnym interesie publicznym, gdy obszar działania tej organizacji obejmuje cały kraj lub znaczną jego część, jeżeli zgłaszający nie wykaże się uprawnieniem, w szczególności zezwoleniem właściwego organu państwa albo organu samorządu terytorialnego, albo zgodą organizacji na używanie oznaczenia w obrocie. Wcześniej p.w.p. mówiło o nieudzielaniu praw ochronnych na oznaczenia, jeżeli zawierają m.in. herby polskich województw, miast lub miejscowości, jeżeli zgłaszający nie wykaże się upraw-

¹⁶ Dz.U. z 2013 r., poz. 1410 ze zm. (dalej: p.w.p.).

¹⁷ Dz.U. z 2016 r., poz. 666 ze zm. (dalej: pr.aut.).

¹⁸ Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm. (dalej: u.z.n.k.)

¹⁹ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r., poz. 380 ze zm.).

²⁰ T. Serafin, *Wyczerpanie praw własności intelektualnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2015, Seria Prawnicza. Prawo 16, s. 149.

nieniem, w szczególności zezwoleniem właściwego organu na używanie oznaczenia w obrocie. Taka sytuacja powodowała, że możliwość rejestracji nazw uzależniona była od zgody tylko w przypadku niektórych oznaczeń o charakterze geograficznym, zważywszy że w tym zakresie przepis odnosił się tylko do nazwy województwa, miast lub miejscowości²¹. Z tego wynikało, że p.w.p. nie obejmowało swoim zakresem nazw powiatów oraz gmin, które nie były jednocześnie nazwami miast i miejscowości. W doktrynie zauważono, że wcześniej obowiązujący przepis art. 131 ust. 2 pkt 2 p.w.p. pomijał herby powiatów ziemskich i gmin wiejskich, które wbrew tradycji heraldycznej obierały własne herby. W tym wyrażano pogląd o braku racjonalnych podstaw, aby stawiać na innym poziomie niż gminy, powiaty grodzkie i województwa²².

Z obowiązujących uregulowań w tej materii wynika, że ochrona ograniczona została do wykorzystania herbu jedynie w charakterze znaku towarowego²³. Aby móc korzystać z ochrony prawnej przewidzianej, jednostka samorządu terytorialnego musi zarejestrować swój herb jako znak towarowy. Kwestię tą rozwiązał NSA, który wskazał, że należy rozróżnić ochronę herbu jako dobra osobistego oraz ochronę ustanowioną przez prawodawcę dla herbu posiadającego charakter znaku towarowego²⁴. W tym przypadku system ochrony herbu oraz sposób udzielania zezwolenia na jego używanie w obrocie zostały przez ustawodawcę całościowo i w sposób kompletny unormowane na gruncie przepisów ustawy Prawo własności przemysłowej. System ten nie dopuszcza możliwości dokonywania jakichkolwiek modyfikacji czy też uzupełnień w drodze działalności uchwałodawczej gminy. Ustawa Prawo własności przemysłowej niewątpliwie czyni zadość rozwiązaniom unijnym, zawartym w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z 22 października 2008 r.²⁵, które mają na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych. W treści art. 3 ust. 2 pkt c dyrektywy PE i Rady uznano, że każde państwo członkowskie może postanowić, że znak towarowy nie zostanie zarejestrowany, a dokonana rejestracja będzie podlegać unieważnieniu, jeżeli znak towarowy zawiera odznaki, godło lub herb, które są przedmiotem interesu publicznego, chyba że na rejestrację uzyskano zezwolenie właściwych władz zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego²⁶.

²¹ K. Szczepanowska-Kozłowska [w:] *System prawa...*, s. 624 i n.

²² K. Woryna, *Herby miejskie w nowym prawie własności przemysłowej*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 7–8, s. 16.

²³ Wyrok WSA w Krakowie z 19 maja 2008 r., sygn. III SA/Kr 49/08, CBOSA.

²⁴ Wyrok NSA z 24 marca 2009 r., sygn. II OSK 1453/08, CBOSA.

²⁵ Dz.Urz UE L z 2008 r., nr 299, poz. 25.

²⁶ Zgodnie z postanowieniami Konwencji paryskiej z 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej (zmieniony Aktem sztokholmskim z 14 lipca 1967 r., Dz.U. z 1975 r., nr 9, poz. 51), wyłączone są od rejestracji herby, flagi oraz godła państwowe, a także urzędowe oznaczenia

Przy omawianiu ochrony symboli jednostek samorządu terytorialnego należy mieć na uwadze, że jednostka samorządu terytorialnego, posiadając osobowość prawną, uprawniona jest do zastosowania przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących osób prawnych, o ile ustawy samorządowe nie zawierają odmiennych regulacji. Wśród przepisów Kodeksu cywilnego odnoszących się do osób prawnych, a więc także do jednostek samorządu terytorialnego, znajduje się art. 43 k.c., który pozwala na odpowiednie stosowanie do osób prawnych przepisów o ochronie dóbr osobistych osób fizycznych²⁷. Bowiem dobra osobiste są atrybutem zarówno osób fizycznych, jak i osób prawnych, a także jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale wyposażonych w zdolność prawną²⁸.

W razie zatem naruszenia dóbr osobistych jednostki samorządu terytorialnego przysługują jej takie same środki ochronne, jak osobie fizycznej. Zatem herb gminy należy traktować jako jej dobro osobiste, ponieważ więź emocjonalna, jaka może łączyć osobę fizyczną z herbem, stanowiącym własność jej rodziny, uzasadnia zakwalifikowanie herbu jako dobra osobistego w rozumieniu art. 23 k.c., zaś wykorzystanie go przez inną osobę – jako naruszenie tego dobra²⁹. Według stanowiska SN herb jest nośnikiem jej tożsamości w zewnętrznym odbiorze i podobnie jak nazwa czy firma stanowi dobro osobiste osoby prawnej³⁰. Bowiem ze względu jednak na treść art. 43 k.c. również osoby prawne, w tym gmina, powiat oraz województwo³¹, mogą zasadnie domagać się ochrony przysługujących im dóbr osobistych. Zdaniem SN dobra osobiste osób prawnych powinny być rozumiane jako pewne wartości niemajątkowe, dzięki którym osoba prawna może funkcjonować zgodnie ze swym zakresem działań³². Odwołując się do treści art. 23 k.c., można uznać, że tak jak osoba fizyczna posiada nazwisko będące jej dobrem osobistym, tak osoba prawna, także jednostka samorządu teryto-

i stemple gwarancyjne stosowane przez państwa będące jej stronami. Konwencja nie wyłącza natomiast możliwości rejestracji herbów miast i innych jednostek terytorialnych. W. Kowalski [w:] *Konwencja Paryska o ochronie własności przemysłowej*, Warszawa 2008, s. 219 i n.

²⁷ Przepisy Kodeksu cywilnego nie zawierają analitycznej definicji dobra osobistego, dlatego są formułowane przez przedstawicieli doktryny. Za dobra osobiste można przyjąć prawnie uznane wartości niematerialne, ściśle związane z istnieniem i psychiką określonych osób fizycznych. J. Jacyszyn [w:] *Mala encyklopedia prawa*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2005, s. 357.

²⁸ A. Kawałko, H. Witczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 109.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 kwietnia 2002 r., sygn. I ACA 1399/01, OSA 2003, nr 2, poz. 6.

³⁰ Wyrok SN z 7 marca 2003 r., sygn. I CKN 100/01, Lex nr 83833.

³¹ Zob. art. 2 ust. 2 u.s.g., art. 2 ust. 2 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 814 ze zm.) oraz art. 6 ust. 2 ustawy z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2016 r., poz. 486 ze zm.).

³² Wyrok SN z 14 września 1986 r., sygn. II CR 295/86, Lex nr 3340.

rialnego, posiada np. nazwę oraz używane w obrocie oznaczenia indywidualizujące i identyfikujące, np. herb lub logotyp. Jak wskazuje SN, za istotne z punktu widzenia funkcjonowania osób prawnych dobra osobiste należy uznać szeroko rozumianą sferę identyfikacji osoby prawnej, dla której pierwszorzędne znaczenie ma nazwa oraz wykorzystywane przez nią znaki identyfikacyjne³³. Zatem jako dobro osobiste osoby prawnej można uznać znak w formie graficznej, którego osoba prawna używa do własnej identyfikacji. W szczególności takie graficzne oznaczenie osoby prawnej jest nośnikiem tożsamości w zewnętrznym odbiorze i podobnie jak nazwa czy firma, stanowi dobro osobiste osoby prawnej³⁴. Nie ma więc przeszkód, aby uznać, że również herb, który identyfikuje jednostkę samorządu terytorialnego, stanowi przysługujące jej dobro osobiste zasługujące na ochronę. Więż emocjonalna, jaka może łączyć osobę fizyczną z herbem stanowiącym własność jej rodziny, uzasadnia zakwalifikowanie herbu jako dobra osobistego w rozumieniu art. 23 k.c., a wykorzystywanie go przez inną osobę jest naruszeniem tego dobra³⁵. Jednocześnie należy zauważyć, że herbu rodzinnego nie można traktować inaczej niż herbu gminy, a więc nie można odmawiać mu statusu dobra osobistego³⁶. Wątpliwości pozostawia jednak kwestia, na ile jednostki samorządu terytorialnego uprawnione są do ustalania zasad oraz warunków wykorzystywania herbu³⁷.

Należy uznać, że w polskim systemie prawnym ochrona przyznana prawom do herbu może być realizowana na podstawie różnych przepisów prawnych, w tym art. 24 k.c.³⁸ W szczególności na podstawie tego przepisu, w wypadku gdy jednostka samorządu terytorialnego uzna, że osoba trzecia naruszyła jej dobra osobiste poprzez wykorzystanie herbu, może żądać zaniechania tego działania, chyba że nie jest ono bezprawne. W przypadku sporu sądowego to pozwany podmiot zobowiązany będzie do wykazania, że jego działanie nie było działaniem bezprawnym. Jednostka samorządu terytorialnego może również żądać, aby osoba trzecia podjęła czynności, które są niezbędne do usunięcia skutków naruszenia prawa do herbu, w szczególności by złożyła oświadczenie o odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie, np. jednostka samorządu terytorialnego może dochodzić zamieszczenia oświadczenia w prasie lokalnej. Tego typu roszczenie może być požądane ze względu na naruszenie dobra osobistego służącego

³³ Wyrok SN z 24 września 2008 r., sygn. II CSK 126/08, Lex nr 464461.

³⁴ Wyrok SN z 7 marca 2004 r., sygn. I CKN 100/01, Lex nr 83833.

³⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 kwietnia 2002 r., sygn. I ACa 1399/01, OSA 2003, nr 2, poz. 6.

³⁶ Wyrok WSAw Krakowie z 19 maja 2008 r., sygn. III SA/Kr 49/08, CBOSA.

³⁷ Wyrok NSA z 24 marca 2009 r., sygn. II OSK 1454/08, CBOSA.

³⁸ Wyrok WSAw Krakowie z 2 kwietnia 2009 r., sygn. III SA/Kr 786/08, CBOSA.

do identyfikacji jednostki samorządu terytorialnego w obrocie, a więc wtedy kiedy wiele osób mogło się zetknąć z wykorzystaniem oznaczenia, które wskazuje na związek z określoną wspólnotą samorządową. Dodatkowo nie można wykluczyć roszczenia jednostki samorządu terytorialnego o przyznanie przez sąd odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę lub na jej żądanie zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny³⁹. Należy jednak zauważyć, że w takiej sytuacji sąd będzie musiał ustalić nie tylko bezprawność działania, ale również winę sprawcy. Oceniając, czy w danej sprawie jednostce samorządu terytorialnego należy się zadośćuczynienie, sąd powinien ustalić m.in. stopień zawinienia sprawcy i jego zachowanie po dokonaniu naruszenia, ustalając zaś jego ewentualną kwotę, również motyw i skalę jego działania oraz poniesiony przez samorząd uszczerbek⁴⁰. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której naruszenie dobra osobistego jednostki samorządu terytorialnego skutkować będzie poniesieniem przez sprawcę wymiernej szkody majątkowej. Wówczas na podstawie ogólnych zasad samorząd będzie miał również prawo do dochodzenia odszkodowania od podmiotu, który naruszył przysługujące mu dobro osobiste. W zależności od konkretnego przypadku ochrona oznaczeń, które indywidualizują jednostki samorządu terytorialnego, nie musi być ograniczona tylko do przysługujących im dóbr osobistych. Jak już wcześniej wspomniano, ochrona prawa może wynikać także z innych ustaw.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że na podstawie regulacji Kodeksu cywilnego⁴¹ używanie herbu przez inny podmiot może prowadzić do żądania zaprzestania działania, usunięcia jego skutków, zadośćuczynienia pieniężnego, zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny⁴² bądź odszkodowania na zasadach ogólnych. Ochrona dóbr osobistych osoby prawnej zależy jednak od stwierdzenia faktu bezprawnego naruszenia danego dobra osobistego. Z kolei w prawie autorskim ochrona herbu jest ograniczona. Urzędowe symbole nie stanowią bowiem przedmiotu prawa autorskiego⁴³. W świetle prawa autorskiego sam wzór herbu należy zakwalifikować jako znak urzędowy, który został wyłączony spod ochrony prawnautorskiej na podstawie

³⁹ Zob. art. 448 k.c.

⁴⁰ Wyrok SN z 24 września 2008 r., sygn. II CSK 126/08, Lex nr 464461.

⁴¹ Zob. art. 24 k.c. w zw. z art. 43 k.c.

⁴² Zob. art. 448 k.c.

⁴³ Waloru urzędowego nie posiada logotyp indywidualizujący jednostkę samorządu terytorialnego, w efekcie czego logotyp należy uznać za utwór, jeżeli spełnia przesłanki z art. 1 ust. 1 pr.aut. Logotyp, tak samo jak herb, można zaliczyć do symboli jednostek samorządu terytorialnego, które stanowią dobro osobiste. Logo jednostek samorządu terytorialnego może zostać zarejestrowane jako znak towarowy.

art. 4 pkt 2 pr.aut. Ciekawą kwestią może być ochrona opracowania herbu, który został wykonany na zlecenie jednostki samorządu terytorialnego. W tej sytuacji projekt herbu jest niewątpliwie dziełem w rozumieniu prawa autorskiego, gdy powstaje w ramach zakontraktowanego procesu twórczego, w rezultacie którego dochodzi do przeniesienia autorskich praw majątkowych na jednostkę samorządu terytorialnego, oraz gdy stanowi odwzorowanie lub przetworzenie historycznego godła⁴⁴. Prawo autorskie reguluje bowiem autorskie prawa osobiste do utworu, które chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, jak i prawa majątkowe, które przyznają twórcy wyłączne prawa do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach używania oraz do wynagrodzenia za korzystanie z utworu. Prawo to może zostać przeniesione w drodze umowy na inny podmiot. Istotne jest zatem, czy na gminę przeniesione zostało majątkowe prawo autorskie do wzoru herbu. Z racji opracowania wzoru herbu podmiotowi przysługuje autorskie prawo osobiste do wykonanego utworu, czyli m.in. do jego autorstwa, jeśli wzór herbu spełnia przesłanki z art. 1 ust. 1 pr.aut., tj. stanowi przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia⁴⁵. Jeśli zaś inny podmiot przypisałaby sobie autorstwo herbu, to naruszyłby osobiste prawa twórcy. Jeśli twórca przeniesie na gminę majątkowe prawa autorskie na podstawie umowy o przeniesienie autorskich praw majątkowych, to do czasu ustanowienia herbu w drodze uchwały przez radę gminy herb podlega ochronie prawa autorskiego. W przypadku naruszenia jej uprawnień jako właściciela majątkowych praw autorskich przysługuje, stosownie do treści art. 79 pr.aut., prawo żądania zaniechania naruszenia, usunięcia jego skutków, naprawienia wyrządzonej szkody, zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na rzecz Funduszu Promocji Twórczości. Z dniem ustanowienia herbu w drodze uchwały przez radę gminy staje się on urzędowym symbolem gminy, który nie podlega ochronie prawa autorskiego.

⁴⁴ K. Woryna, *Herby miejskie...*, s. 19.

⁴⁵ Należy zauważyć, że do promocji jednostek samorządu terytorialnego mogą być wykorzystywane również slogany reklamowe, które kreują określony wizerunek jednostki. Ochrona sloganu na gruncie prawa autorskiego jest uzależniona również, jak w przypadku herbu, od spełnienia przesłanek z art. 1 ust. 1 pr.aut. Zdaniem SN kryterium oryginalności w przypadku sloganu będzie spełnione, gdy w sensie przedmiotowym zbliża się do nowości. Innymi słowy, gdy brak jest takich utworów (sloganów) wcześniejszych. Slogan reklamowy przy tym może być oryginalny, mimo że poszczególne słowa, z których się składa, nie odznaczają się oryginalnością, jednakże ich połączenie nosi znamiona twórczości. Oryginalności sloganu reklamowego można dopatrywać się bądź w jego formie wewnętrznej, która przejawia się w systemie powiązań, takich jak kompozycja, bądź w zewnętrznej formie. Wyrok SN z 4 marca 2002 r., sygn. V CKN 750/00, Lex nr 534851.

Natomiast w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jednostka samorządu terytorialnego może dochodzić zaprzestania korzystania z jej herbu w przypadku uznania, że wykorzystanie oznaczenia zagraża interesom gospodarczym gminy. Można się pokusić o stwierdzenie, że ze względu na identyfikacyjną funkcję takich oznaczeń ich ochrona to ochrona wizerunku, renomy oraz wiarygodności jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z art. 10 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Dotyczy to sytuacji, w której herbu używałby podmiot spoza obszaru jednostki samorządu terytorialnego. W razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji gmina, której interes został zagrożony lub naruszony, może żądać: 1) zaniechania niedozwolonych działań; 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań; 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych; 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych; 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego, jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony. Ponadto sąd może również na wniosek uprawnionego orzec o wyrobach, ich opakowaniach, materiałach reklamowych i innych przedmiotach bezpośrednio związanych z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności sąd może wydać werdykt o ich zniszczeniu lub zaliczeniu na poczet odszkodowania.

Podsumowanie

Z powyższej analizy dotyczącej używania i ochrony symboli jednostek samorządu terytorialnego można wysunąć wniosek, że symbole te jawią się jako bardzo ważny element ich tożsamości. W szczególności poprzez zasady tworzenia symboli niewątpliwie wpływają na świadomość mieszkańców, mając szczególnie wymiar identyfikacyjny, co może wiązać się tradycją, prestiżem czy renomą. Dlatego istotnym czynnikiem jest sposób korzystania z symboli i ochrony przed bezprawnym naruszeniem oraz naruszeniem niegodziwym. Dominującą rolę mają w tym względzie aspekty prawne, ale również mogą to być aspekty socjologiczne, psychologiczne i politologiczne. Przeprowadzona w tym zakresie analiza stanu prawnego w kontekście korzystania z symboli jednostek samorządu terytorialnego wskazuje na możliwość komercyjnego wykorzystania symboli

jednostek samorządu terytorialnego. Jednak jest ona ograniczona przez przepisy prawa. Sposoby korzystania z symboli jednostek samorządu terytorialnego uzależnione są od wymaganej zgody, która obowiązuje jedynie na terenie jednostki, a sposób ich wykorzystania nie może naruszać dóbr osobistych danej jednostki.

Bibliografia

- Gardocki S., *Symbole gmin w polskim prawie administracyjnym* [w:] *Samorząd gminny w III Rzeczypospolitej. Doświadczenia i perspektywy*, red. M. Klimek, J. Czerw, B. Więckiewicz, Lublin 2013.
- Gumowski M., *Herby miast polskich*, Warszawa 1960.
- http://samorząd.pap.pl/palio/html.ru...ication/doc&_Checksum=1962678620 (10.03.2017).
- Jacyszyn J. [w:] *Mała encyklopedia prawa*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 2005.
- Kawałko A., Witczak H., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2006.
- Kosińska A.M., *Ochrona prawna hymnu narodowego jako elementu dziedzictwa narodowego – jej charakterystyka i funkcje*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 5.
- Kowalski W. [w:] *Konwencja Paryska o ochronie własności przemysłowej*, Warszawa 2008.
- Kuczyński K., *Polskie herby ziemiańskie*, Warszawa 1993.
- Marzysz C. [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2010.
- Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 2, Warszawa 1995.
- Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 6, Warszawa 1996.
- Serafin T., *Wyczerpanie praw własności intelektualnej*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2015, Seria Prawnicza. Prawo 16.
- Szczepanowska-Kozłowska K. [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, Warszawa 2012.
- Woryna K., *Herby miejskie w nowym prawie własności przemysłowej*, „Samorząd Terytorialny” 2001, nr 7–8.
- Znamierowski A., *Flagi świata. Ilustrowany przewodnik*, Warszawa 2002.
- Znamierowski A., *Insignia, symbole i herby polskie*, Warszawa 2003.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Konwencja paryska z 20 marca 1883 r. o ochronie własności przemysłowej (zmieniona Aktem sztokholmskim z 14 lipca 1967 r. (Dz.U. z 1975 r., nr 9, poz. 51).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z 22 października 2008 r., Dz.Urz. UE L z 2008 r., nr 299, poz. 25.
- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r., poz. 380 ze zm.).
- Ustawa z 21 grudnia 1978 r. o odznakach i mundurach (Dz.U. z 2016 r., poz. 38 ze zm.).
- Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2016 r., poz. 446 ze zm.).
- Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.).
- Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2016 r., poz. 666 ze zm.).
- Ustawa z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz.U. z 2016 r., poz. 486 ze zm.).
- Ustawa z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 814 ze zm.).
- Ustawa z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2013 r., poz. 1410 ze zm.).

Orzecznictwo

Wyrok SN z 14 września 1986 r., sygn. II CR 295/86, Lex nr 3340.
Wyrok SN z 4 marca 2002 r., sygn. V CKN 750/00, Lex nr 534851.
Wyrok SN z 7 marca 2003 r., sygn. I CKN 100/01, Lex nr 83833.
Wyrok SN z 24 września 2008 r., sygn. II CSK 126/08, Lex nr 464461.
Wyrok SA w Katowicach z 10 kwietnia 2002 r., sygn. I ACa 1399/01, OSA 2003, nr 2, poz. 6.
Wyrok NSA z 24 stycznia 2005 r., sygn. I OSK 767/04, CBOSA.
Wyrok NSA z 24 marca 2009 r., sygn. II OSK 1453/08, CBOSA.
Wyrok WSA we Wrocławiu z 5 grudnia 2006 r., sygn. III SA/Wr 383/06, CBOSA.
Wyrok WSA w Krakowie z 6 czerwca 2007 r., sygn. III SA/Kr 786/06, CBOSA,
Wyrok WSA w Krakowie z 19 maja 2008 r., sygn. III SA/Kr 49/08, CBOSA.
Wyrok WSA w Krakowie z 2 kwietnia 2009 r., sygn. III SA/Kr 786/08, CBOSA.

Streszczenie

Artykuł jest analizą regulacji prawnych dotyczących symboli jednostek samorządu terytorialnego. Podstawowym symbolem jest herb, który jest częścią niematerialnego dziedzictwa kulturowego. Społeczność lokalna poprzez uczestnictwo w dziedzictwie herbu może realizować swoje prawa kulturowe. Artykuł prezentuje podstawy prawne ustanawiania herbów, a w szczególności podejmuje problematykę wykorzystywania herbu i jego ochronę w polskim prawie.

Słowa kluczowe: samorząd terytorialny, symbole jednostek samorządu terytorialnego, herb

USE AND PROTECTION OF THE SYMBOLS OF LOCAL GOVERNMENT UNITS

Summary

The article is an analysis of legal regulations concerning the symbols of local government units. The main symbol is a herb that is part of the intangible cultural heritage, the local community through participation in heritage coat of arms can realize their cultural rights. The article presents the legal basis for the establishment of coats of arms and, in particular, take the problem of the coat of arms and its protection in Polish law.

Keywords: local government, local government units symbols, arms.

GLOS Y

Anna Golonka

**GŁOSA DO WYROKU SĄDU APELACYJNEGO
W KATOWICACH Z 14 STYCZNIA 2016 ROKU (II AKA 493/15)**

Teza

„1. Silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami to takie, które w ocenach społecznych może zasługiwać na pewne zrozumienie z punktu widzenia zasad moralnych. Jest bowiem współmierne do wywołującej go przyczyny pochodzącej od pokrzywdzonego, którego zachowanie wywołało afektywną reakcję spełniającą znamiona czynu zabronionego określonego w art. 148 § 4 k.k. Afekt może być odpowiedzią na doznaną krzywdę osobistą.

2. Nie jest prawidłowym badanie okoliczności mogących stan wzburzenia spowodować tylko w oparciu o kryterium subiektywne dotyczące aparatu pojęciowego sprawcy i jego indywidualnego systemu wartości, który najwyraźniej jest zaburzony. Zdarzenia generujące wzburzenie, gdy poddać je ocenie, wymagają zastosowania kryterium zobiektywizowanego opartego o przyjęte powszechnie normy etyczne i zasady współżycia społecznego. Wymaganym jest również, co szczególnie istotne w kontekście «usprawiedliwienia» wzburzenia, by wspomnianym okolicznościom, które najczęściej dotyczą zachowań pokrzywdzonego, towarzyszyła cecha pewnej obiektywnej współmierności, adekwatności wzburzenia, które winno być «silne» w takim stopniu, że spowodowało w następstwie działania zmierzające do pozbawienia życia”¹.

Tezowane orzeczenie zostało wydane w następującym stanie faktycznym: „oskarżony K. S. wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 czerwca 2015 r. (sygn. XVI K 132/14) został uznany za winnego tego, że w nocy 3/4 stycznia 2014 r. w M., w mieszkaniu przy ul. [...], działając w zamiarze bezpośrednim pozbawienia życia P.H., zadając wymienionej uderzenia ostrymi narzędziami w okolice karku, szyi, głowy i twarzy oraz uciskając na jej szyję, spowodował

¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 stycznia 2016 r., sygn. II AKA 493/15, Lex nr 2023119.

u wymienionej obrażenia ciała w postaci: licznych ran kłutych, kłuto-ciętych, tłuczonych i tłuczono-ciętych karku, szyi, głowy i twarzy, w tym rany kłutej karku z uszkodzeniem V kręgu szyjnego i rdzenia kręgowego oraz następowym krwotokiem do kanału kręgowego, a także ucisku na szyję o charakterze dławienia ze złamaniem prawego rożka chrząstki tarczowatej, które to obrażenia skutkowały śmiercią P.H.”. Obrońca oskarżonego, wnosząc apelację od powyższej sentencji, podniósł w niej m.in. zarzut błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzekania, który miał istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku, poprzez przyjęcie, że K.S. w chwili czynu nie działał pod wpływem wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami.

Odnosząc się do problematyki objętej tezą postawioną przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w powołanym judykacie, należy już na wstępie zaznaczyć, że stanowi ona zagadnienie, które w swej istocie wykracza poza granice wyznaczone li tylko przepisami prawa. Dotyczy to w szczególności stanu silnego wzburzenia, stanowiącego jedno ze znamion uprzywilejowanego typu zabójstwa, o którym mowa w art. 148 § 4 k.k., potocznie zwanego zabójstwem w afekcie. Samo zaś usprawiedliwienie okoliczności, w których podjęty jest czyn będący przedmiotem prawnokarnego wartościowania, stanowi kategorię prawną. Wyraz temu dał także Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 14 stycznia 2016 r., wyrażając swoje stanowisko w kwestii „badania okoliczności mogących stan wzburzenia spowodować”.

Już na wstępie należy podzielić zapatrywanie wyrażone przez ten Sąd w odniesieniu do okoliczności mogących uzasadniać stan silnego wzburzenia, z zastrzeżeniem, że poprzedzone ono zostanie uwagami poczynionymi na temat stanu silnego wzburzenia, „wybuchu” jako najczęściej pojawiającego się przejawu reakcji emocjonalnej i dopiero na tej podstawie zostaną wyraźnie oddzielone subiektywne kryteria oceny afektu od obiektywnie występujących okoliczności usprawiedliwiających jego wystąpienie. Tego, ze zrozumiałych zresztą względów, Sąd Apelacyjny w Katowicach nie uczynił w swoim wyroku.

Po wtóre, pewne zastrzeżenia należy jednak zgłosić pod adresem powyższej sentencji *in fine*, a ściślej wymagania postawionego przez ten Sąd w glosowanym wyroku, aby wzburzenie było „«silne» w takim stopniu, że spowodowało w następstwie działania zmierzające do pozbawienia życia”.

Do tych kwestii, w odpowiedniej kolejności, wypada się odnieść, czemu jest poświęcone niniejsze opracowanie.

W tym miejscu warto przypomnieć, że typ uprzywilejowany zabójstwa, określony w art. 148 § 4 k.k. dla kwalifikacji zachowania z tego przepisu, wymaga spełnienia podstawowych przesłanek, jakimi są²: stan silnego wzburzenia

² Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 25 lutego 1998 r., sygn. II AKa 12/98, LexPolonica nr 343553.

sprawcy, popełnione pod jego wpływem zabójstwo, szczególna sytuacja motywacyjna, która uzasadnia powstanie tego stanu, wobec czego niejako „usprawiedliwia” ona działanie sprawcy³. Tym samym z zabójstwem w afekcie mamy do czynienia wówczas, gdy czynowi sprawcy towarzyszą „przeżycia emocjonalne górujące nad przeżyciami intelektualnymi i ta dominacja przeżyć emocjonalnych nie musi być wynikiem mankamentów występujących w psychice sprawcy”⁴. Sprawca takiego czynu zabronionego znajduje się więc w takim stanie psychicznym, w którym „kontrolna rola rozumu zostaje ograniczona w takim stopniu, że sprawca działa pod wpływem uczuć niehamowanych przez rozum”⁵.

Powyższe pozwala już *prima facie* dostrzec, że ustawodawca kary wyraźnie odróżnia stan silnego wzburzenia, potocznie zwany afektem⁶, od okoliczności, które taki stan mogą wywołać. Co więcej, stan silnego wzburzenia na ogół bywa utożsamiany z wybuchem stanowiącym reakcję emocjonalną na doznane bodźce (w omawianym kontekście przeważnie o charakterze negatywnym). To z kolei zmusza do postawienia pytania o rodzaj bodźców, których wystąpienie powinno zostać uwzględnione przy ocenie takiej reakcji, okres ich oddziaływania na psychikę sprawcy tudzież ewentualne znaczenie dla oceny prawnej zachowania sprawcy jego cech osobniczych. Zastrzec przy tym wypada z góry, że mowa w tym miejscu jedynie o zjawiskach niewykraczających poza typowe, jeżeli wolno tak to ująć⁷, zjawiska natury psychofizycznej, wobec czego i rodzaj reakcji będzie odpowiadał pojęciu „afektu fizjologicznego”⁸.

³ Tak też: *ibidem*.

⁴ Wyrok SN – Izba Karna z 31 marca 1988 r., sygn. I KR 63/88, LexPolonica nr 308507.

⁵ Wyrok SN z 9 lipca 1968 r., sygn. IV KR 110/68, OSNPG 1969, z. 1, poz. 8. Podobnie: SN w wyroku z 2 lutego 1973 r., sygn. IV KR 392/72, OSNPG 1973, z. 8, poz. 114.

⁶ Kwestia nomenklatury stanowi odrębne zagadnienie. Przeciwnicy utożsamiania stanu silnego wzburzenia z pojęciem afektu podkreślają, że ten pierwszy termin jest zakresowo szerszy. Por. Z. Hołda, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r. (II KR 116/72)*, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8, s. 1186; J. Witkowska, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami* [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom XIII*, Wrocław 2003, s. 214, a także: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 października 2008 r., sygn. II AKA 133/2008, KZS 2008, z. 11, poz. 51 i 58.

⁷ Rzecz dotyczy pojęcia tzw. normy psychicznej czy inaczej – „normalności”, która w naukach psychiatrii i psychologii klinicznej jest postrzegana przez pryzmat pewnych umownych kryteriów, które pozwalają na wyznaczenie modelowego, wzorcowego stanu psychicznego i tym samym mogą być one odnoszone do przeciętnych, typowych, najczęściej pojawiających się reakcji człowieka. Por. Z. Czaplą, *O pewnych wybranych kryteriach „normy” w nauce psychologii i psychiatrii* [w:] *Antropologia a medycyna i promocja zdrowia*, red. A. Malinowski, H. Stolarczyk, W. Lorkiewicz, Łódź 2000, s. 9–26.

⁸ Wypada zaznaczyć, że określenie odnoszące się do afektu fizjologicznego, jak i sam podział na podstawowe rodzaje afektu tj. fizjologiczny, patologiczny oraz na podłożu patologicznym był w literaturze przedmiotem krytyki. Por. H. Popławski, *Stan silnego wzburzenia a ograniczenie poczytalności*, „Nowe Prawo” 1980, z. 6, s. 39.

Osobnym zagadnieniem pozostają bowiem reakcje wykraczające poza fizjologicznie przeżywaną reakcję emocjonalną i prowadzące do nadania afektowi statusu reakcji nietypowej (patologicznej) bądź na podłożu patologicznym. Zaznaczyć przy tym wypada, że ich rozróżnienie bywa w praktyce kwestią niełatwą do jednoznacznego stwierdzenia, bowiem granica pomiędzy tymi stanami nie jest ostra (zwłaszcza gdy w grę wchodzi podłoże chorobowe, na tle którego mogła powstać nasilona reakcja emocjonalna). Powodem jest także brak jedno-myślności w kwestii definiowania tych stanów. Jedni przyjmują bowiem, że o przynależności afektu „do kategorii zjawisk bądź to fizjologicznych, bądź patologicznych decyduje wyłącznie sposób ich przeżywania, ich forma, a nie barwa, temat (treść)”⁹. Inni natomiast kładą nacisk na gwałtowny i nagły charakter afektu fizjologicznego, jego krótkotrwały czas i siłę reakcji¹⁰, względnie precyzują, że dotyczy on jedynie osób „zdrowych psychicznie”¹¹. Z tym ostatnim po-glądem nie sposób się zgodzić, skoro podłoże afektu, przesądzające o zasadności zdiagnozowania afektu na podłożu patologicznym, niekoniecznie musi wiązać się z chorobą psychiczną. Z kolei sam tylko przebieg, jego czas trwania, nagłe powstanie i ewentualnie siła reakcji na bodźce są przez ekspertów w dziedzinie psychiatrii uznawane także za przejawy stanu wyjątkowego¹². Zasadniczo jednak za podstawę rozróżnienia tych rodzajów afektu można uznać podłoże każdego z nich. Jak podkreślają specjaliści z zakresu psychiatrii, w przypadku stanów fizjologicznych „ich cechą znamioną jest bowiem taki system czynnościowej jedności psychicznej, w którym struktury związane z aktywnością najwyższych pięter układu nerwowego, tj. kory czołowej, przeważają nad strukturami wyzna-czanymi aktywnością niższych jego pięter (korą pozaczolową i układem podko-rowym) lub przynajmniej je równoważą”¹³. Zastrzegają oni wszakże, że jest to równowaga chwiejna, z możliwością wychyleń w obie strony¹⁴. Co się tyczy patologii, to na ogół przyjęło się za takową uznawać stan psychiczny odbiegają-

⁹ J. Kozarska-Dworska, M. Dworski, *Afekt patologiczny w teorii i praktyce sądowo-psychiatrycznej*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, nr 2, s. 72–75.

¹⁰ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 12–13.

¹¹ Argumentacją tego stanowiska jest brak konsekwencji wiązanych z następstwem poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej albo niepoczytalności, jaką jest ograniczenie w znacznym stopniu, bądź zniesieniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, które, według przedstawicieli tego poglądu, wykluczają afekt spod zjawisk „fizjologicznych”. Por. Z. Młynarczyk, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych: Glosa do wyroku z dnia 16 czerwca 1972 r. (II KR 64/72)*, „Nowe Prawo” 1973, z. 7–8, s. 1174. Podobnie: K. Mioduski, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1956, nr 1, s. 29.

¹² M. Jarosz, *Psychopatologia ogólna* [w:] *Podstawy psychiatrii. Podręcznik dla studentów*, red. M. Jarosz, Warszawa 1988, s. 54, 246.

¹³ J. Kozarska-Dworska, M. Dworski, *Afekt patologiczny...*, s. 73.

¹⁴ *Ibidem*.

cy od prawidłowego, wobec czego stan patologiczny przyjmuje się wtedy, gdy w zniekształconej wskutek (szeroko pojętych) czynników chorobowych świadomości pojawiają się wrażenia sprzeczne z tym, co zachodzi w obiektywnie istniejącej rzeczywistości, względnie wrażenia te są bardzo luźno z nią związane (np. omamy, iluzje)¹⁵. W orzecznictwie wyrażono zaś zapatrywanie, jakoby w afekcie (także tym fizjologicznym) „cała świadomość ulegała zaciemnieniu”¹⁶, z czym nie do końca sposób się zgodzić, skoro wprawdzie pole świadomości ulega wówczas pewnemu zawężeniu, niemniej jednak „zaciemnieniu” nie ulega *sensorium*¹⁷.

Nie powinno budzić wątpliwości, że afekt jako rodzaj przeżycia sam w sobie należy do zjawisk natury psychologicznej. Sposób jego przebiegu, podatność kumulowania emocji, sama siła czy gwałtowność (ewentualnego¹⁸) wybuchu będą w każdym wypadku miały charakter indywidualny. Nie uchybia to jednak nadawaniu stanowi silnego wzburzenia przymiotu kategorii prawnej¹⁹. Powodem tego jest nie tyle rozróżnienie tych dwóch pojęć, które – co do zasady²⁰ – traktuje się jako synonimiczne, ile wiązanie stanu silnego wzburzenia z czynnikami wpływającymi na jego powstanie, a w konsekwencji także na podjęty przez sprawcę czyn²¹. Słusznie więc wywiódł Sąd Najwyższy, że: „[s]tan z art. 148 § 2 kk [obecnie art. 148 § 4 k.k. – A.G.] – «działanie pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami» jest kategorią prawną. Stan ten składa się z dwóch części: pod wpływem silnego wzburzenia (szczególnie zachwianie równowagi psychicznej sprawcy – do oceny pożądane są opinie psychiatrów lub psychologa) i usprawiedliwionego okolicznościami (czyn zasługujące na odmienną, mniejszą ujemną ocenę w świetle zasad współżycia społeczne-

¹⁵ *Ibidem*, s. 74.

¹⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 31 marca 1978 r., sygn. IV KR 68/78, Lex nr 21761.

¹⁷ Por. J. Reykowski, *Emocje i motywacja* [w:] *Psychologia*, red. T. Tomaszewski, Warszawa 1975, s. 570.

¹⁸ W kwestii odejścia od konieczności zmanifestowania stanu silnego wzburzenia silnym wybuchem emocjonalnym por. np. P. Horoszowski, *Zabójstwo z afektu*, Warszawa 1947, s. 45–46. Autor ten zauważył, że „przeżycia uczuciowe nabierają znacznej siły i stają się gwałtownym zaburzeniem całego strumienia życia psychicznego”. Podobne stanowisko zajęła M. Budyn-Kulik, *Zabójstwo tyrana domowego. Studium karnoprawne i wiktymologiczne*, Lublin 2005, s. 172–173, a także: J. Pobocho, *Aspekty psychiatryczne, psychologiczne i prawne stanu silnego wzburzenia*, „Palestra” 1993, z. 7–8, s. 35–38.

¹⁹ Por. m.in. wyrok SN – Izba Karna z 8 września 1972 r., sygn. II KR 116/72, LexPolonica nr 358412; wyrok SN – Izba Karna z 12 maja 1988 r., sygn. II KR 92/88, LexPolonica nr 308508; wyrok SN – Izba Karna z 9 marca 1982 r., sygn. III KR 26/82, LexPolonica nr 309467.

²⁰ Takie podejście krytykowano. Por. Z. Hołda, *Glosa...*, s. 1186; J. Witkowska, *Zabójstwo...*, s. 214, a także: wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 października 2008 r., sygn. II AKa 133/2008, KZS 2008, z. 11, poz. 51, 58.

²¹ Por. także: S. Cora, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w świetle prawa i psychologii*, „Nowe Prawo” 1973, z. 7–8, s. 1035.

go)²². Z kolei wśród czynników, które najczęściej zwykło się uznawać za przyczyny mogące wywołać usprawiedliwiony stan silnego wzburzenia, wymienia się: uprzednie długotrwałe znęcanie się psychiczne lub fizyczne przez pokrzywdzonego nad sprawcą zabójstwa, uporczywe nękanie lub prowokowanie, ciężką obelgę²³, posądzenie o czyn hańbiący czy zdradę małżeńską²⁴. W orzecznictwie odrzucono jednak zawiedzioną miłość jako wystarczającą do przyjęcia kwalifikacji z art. 148 § 4 k.k.²⁵

Należy wobec tego podzielić zapatrywanie, w świetle którego „okoliczności usprawiedliwiających stan silnego wzburzenia nie można doszukiwać się w cechach charakteru sprawcy, w jego predyspozycjach psychicznych z powodu odchylenia od normy”²⁶. Muszą one leżeć niejako „poza sprawcą”²⁷, w zjawiskach zewnętrznych, na które silne wzburzenie i podjęte pod jego wpływem działanie jest reakcją. Z tego względu nie byłoby poprawne budowanie konstrukcji stanu silnego wzburzenia, o którym mowa w art. 148 § 4 k.k., wyłącznie w oparciu kryteria subiektywne, „dotyczące aparatu pojęciowego sprawcy i jego indywidualnego systemu wartości”²⁸. Przyczyny tego stanu, czyli „zdarzenia generujące wzburzenie”, winny wobec tego zostać poddane ocenie przy zastosowaniu kryterium zobiektywizowanego, „opartego o przyjęte powszechnie normy etyczne oraz zasady współżycia społecznego”²⁹. Ich obiektywny charakter wynika więc z tego, że jakkolwiek nie eksklupują one samego sprawcy zabójstwa, skoro prze-

²² Wyrok SN – Izba Karna z 9 marca 1982 r., sygn. III KR 26/82, LexPolonica nr 309467.

²³ Błahą obelgę jako bodziec wywołujący bardzo silną reakcję emocjonalną odrzucono np. w wyroku SN z 11 lutego 1958 r., sygn. III K 1336/57, z akceptującą w tym zakresie glosą K. Daszkiewicz, OSPiKA 1958, z. 9, poz. 240, s. 566–567.

²⁴ Por. wyrok SN z 6 kwietnia 1981 r., sygn. I KR 30/81, OSNPG 1981, z. 8–9, poz. 92; wyrok SN z 16 sierpnia 1968 r., sygn. II KR 90/68, OSNKW 1969, z. 3, poz. 29; wyrok SN z 30 listopada 1972 r., sygn. I KR 243/72, OSNKW 1973, z. 6, poz. 78; wyrok SN z 30 sierpnia 1972 r., sygn. I KR 118/72, OSP 1973/–, z. 5, poz. 101; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 marca 1995 r., sygn. II AKr 26/95, OSA 1996, z. 11–12, poz. 46.

²⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 13 lutego 1992 r., sygn. II AKr 4/92, OSAiSN 1992, z. 6, poz. 36 i z zastrzeżeniem, że nie daje to wystarczających podstaw do generalizowania danego wypadku (czyli odrzucenia na tej podstawie *in abstracto* każdej sytuacji). Podobnie por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 listopada 1977 r., sygn. III KR 330/77, Lex nr 64002.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 29 listopada 1994 r., sygn. II AKr 354/94, LexPolonica nr 303045.

²⁷ Por. wyrok SN – Izba Karna z 29 września 1971 r., sygn. II KR 186/71, LexPolonica nr 305524; wyrok SN – Izba Karna z 12 stycznia 1977 r., sygn. V KR 228/76, LexPolonica nr 305538; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 9 września 1992 r., sygn. II AKr 167/92, LexPolonica nr 420309.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 czerwca 2005 r., sygn. II AKA 151/2005, LexPolonica nr 409679.

²⁹ *Ibidem*. Podobnie SN w postanowieniu z 7 marca 2008 r., sygn. V KK 355/2007, LexPolonica nr 1900827.

stępstwo to zawsze pozostanie czynem godzącym w dobro prawne najwyższej wartości, jakim jest życie ludzkie, to jednak z punktu widzenia moralnego i społecznego mogą one wywołać pewne zrozumienie dla jego zachowania³⁰. O usprawiedliwieniu silnego wzburzenia nie decyduje więc żadną miarą to, jaką ewentualnie podatność, względnie „odporność” psychiczną ma sprawca ani to, jakie są cechy jego charakteru, ale to, jaka była przyczyna prowadząca do wywołania silnego wzburzenia, i to, czy „z punktu widzenia powszechnie aprobowanych norm moralnych jest ona – przynajmniej w pewnym zakresie – wybaczalna”³¹. Przeciwnie podejście prowadziłyby bowiem do niczym nieuzasadnionego „premiowania” sprawców skłonnych do zachowań impulsywnych, podejmowanych bez należytego przemyślenia, chociaż w skutkach niczym nieodbiegających od podobnych zachowań podjętych wszakże przez osoby mniej porywcze czy wręcz zazwyczaj skłonne do wyważonych reakcji. Nie jest jednak wykluczone, że pewne cechy osobnicze będą miały znaczenie dla końcowej oceny zachowania sprawcy (nie zaś dla samej jego kwalifikacji), w szczególności zaś, że będą one przedmiotem wnikliwej oceny sądu przeprowadzonej na etapie oceny stopnia zawinienia i związanej z tym decyzji o wymiarze adekwatnej kary lub innej sankcji karnej.

Natomiast w kontekście „usprawiedliwienia” stanu silnego wzburzenia nacisk kładzie się także na to, aby okolicznościom, w których dochodzi do zabójstwa, a które najczęściej „pochodzą” od pokrzywdzonego, towarzyszyła cecha pewnej obiektywnej współmierności, adekwatności wzburzenia³². Zwrócił na to uwagę także Sąd Najwyższy w wyroku z 25 sierpnia 1980 r. stwierdzając: „Nie można również uznać za usprawiedliwione silnego wzburzenia, gdy brak jest współmierności między nim a doznaną krzywdą, gdy zachodzi kłócząca się z zasadami współżycia społecznego dysproporcja między reakcją sprawcy a przyczyną, która reakcję tę wywołała”³³.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w glosowanym wyroku wypowiedział się również na temat intensywności emocji przeżywanych w stanie silnego wzburzenia, uznając, że winno ono być „«silne» w takim stopniu, że spowodowało w następstwie działania zmierzające do pozbawienia życia”. Takie sformułowa-

³⁰ Por. wyrok SA we Warszawie z 5 września 2006 r., sygn. II AKa 220/2006, LexPolonica nr 1909814. Podobnie: wyrok SN – Izba Karna z 25 sierpnia 1980 r., sygn. I KR 192/80, LexPolonica nr 357591.

³¹ Postanowienie SN – Izba Karna z 7 marca 2008 r., sygn. V KK 355/2007, LexPolonica nr 1900827.

³² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 10 czerwca 2005 r., sygn. II AKa 151/2005, LexPolonica nr 409679.

³³ Por. wyrok SN – Izba Karna z 25 sierpnia 1980 r., sygn. I KR 192/80, LexPolonica nr 357591, podobnie: wyrok SN – Izba Karna z 19 stycznia 1970 r., sygn. I KR 208/69, LexPolonica nr 360435.

nie nasuwa pewną uwagę odnoszącą się do „stopnia” silnego wzburzenia. Wydaje się ono nie najlepsze, a to z racji możliwego skojarzenia ze stopniem ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, który, gdy jest znaczny, uzasadnia stosowanie art. 31 § 2 k.k., czyli uznanie, że sprawca *tempore criminis* miał ograniczoną w znacznym stopniu poczytalność. To zaś, zasadniczo, gdy afekt był jedynym powodem zmniejszenia poczytalności sprawcy zabójstwa niezależnie od stopnia nasilenia reakcji emocjonalnej przemawia za stosowaniem art. 148 § 4 k.k. Przeciwnie podejście, zwłaszcza prowadzące do stosowania kwalifikacji złożonej, w której powołano by się na art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. (wobec zasadności uniknięcia uwzględnienia tej samej okoliczności dwukrotnie w kwalifikacji prawnej, czyli jako podstawy zastosowania typu uprzywilejowanego zabójstwa oraz przyczyny poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej) prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego gorszego traktowania sprawcy zabójstwa w afekcie, u którego emocje osiągnęły poziom prowadzący do zmniejszenia jego poczytalności, względem tego, u którego afekt nie wystąpił z taką intensywnością. Oczywiście powyższe może nasuwać i taki wniosek, że wzburzenie winno być w stopniu mniejszym niż konieczny do przyjęcia poczytalności zmniejszonej, jednak dostatecznie silnym, aby uzasadniało (przy spełnieniu pozostałych przesłanek określonych w tym przepisie) stosowanie art. 148 § 4 k.k. Takie wnioskowanie nie znajduje jednak żadnego odzwierciedlenia w tekście ustawy, wobec czego prowadziłoby ono do niczym nieuprawnionej wykładni zawężającej.

Swoją drogą, warto byłoby zastanowić się w tym miejscu nad samą „siłą wzburzenia”, jaka winna charakteryzować stan sprawcy zabójstwa, aby uzasadniało to stosowanie art. 148 § 4 k.k. Sąd Apelacyjny w Katowicach w przedmiotowym orzeczeniu trafnie przyjął, że powinna ona wiązać się z takim oddziaływaniem emocji, że prowadziło ono w następstwie do podjęcia czynu, o którym mowa w tym przepisie. Tego zresztą wymaga wprost art. 148 § 4 k.k. wobec postawionego wymagania, aby zabójstwo było popełnione – *lege verbis* – „pod wpływem” stanu silnego wzburzenia. Jak jednak rozumieć silne wzburzenie, skoro ustawodawca nie pokusił się w tej mierze o żadne doprecyzowanie, w szczególności takie, jak chociażby to, na które wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w swoim wyroku, pisząc o „stopniu” siły.

Z całą pewnością więc ocenie będzie podlegała tutaj intensywność emocji (nie zaś jej stopień), która, jak proponowano w literaturze przedmiotu, może odznaczać się przymiotem silnej albo bardzo silnej³⁴. W dalszym ciągu jednak nie pozwala to na stworzenie w miarę skonkretyzowanego kryterium oceny za-

³⁴ Tak: K. Buchała, *Przypisanie zachowania popełnionego w stanie niepoczytalności (poczytalności umniejszonej) spowodowanej odurzeniem się lub silnym afektem*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 1–2, s. 240.

chowania dla potrzeb ewentualnego stosowania art. 148 § 4 k.k. Co więcej, kryterium takie – jak się zdaje – w ogóle trudno byłoby nakreślić w jakiś jeden sposób, generalnie ujęty. Nie da się bowiem stworzyć jednolitego wzorca emocji, podobnie jak nie ma możliwości dokonania wiarygodnego testu pozwalającego na np. procentowe wyliczenie „siły” reakcji emocjonalnej. Z całą pewnością jednak daje się, i to z powodzeniem, określić, czy reakcja emocjonalna sprawcy zabójstwa miała *in concreto* taki przebieg, że możliwe i uzasadnione jest twierdzenie, że w danym wypadku silne wzburzenie u tego sprawcy faktycznie osiągnęło taki poziom, że „emocje biorą zdecydowaną przewagę nad intelektem przy wyraźnym ograniczeniu kontrolującej działalności rozumu”³⁵. Należy zatem w pełni podzielić stanowisko wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z 25 sierpnia 1980 r., z którego wynika, że okoliczności rozważanego wypadku „nie mogą być rozważane w abstrakcji, muszą one wynikać z konkretnych ustaleń w danej sprawie (...) kryteria oceny, czy silne wzburzenie jest usprawiedliwione konkretnymi okolicznościami danej sprawy, wywodzą się z przesłanek psychologicznych i moralnych oraz zasad współżycia społecznego, które sąd powinien każdorazowo ustalić jako podstawę do przypisania oskarżonemu zabójstwa w postaci uprzywilejowanej”³⁶.

Natomiast osobnym zagadnieniem, które na zakończenie warto również poruszyć w tym miejscu, jest uzewnętrzniony charakter wybuchu jako przesłanka pozwalająca na ewentualne przypisanie sprawcy odpowiedzialności z art. 148 § 4 k.k. W tym względzie przed laty panowała wyjątkowa zgodność co do tego, że stan silnego wzburzenia jako reakcja o najwyższym stopniu natężenia emocjonalnego winien być uzewnętrzniony i w odpowiedni sposób „zamanifestowany”³⁷.

Z czasem jednak wraz z rozwojem wiedzy psychologicznej zaczęto odchodzić od sztywno zakreślonego wymagania, aby stan silnego wzburzenia u sprawcy zabójstwa przybierał każdorazowo postać uzewnętrznionego wybuchu afektywnego. Jak bowiem sygnalizowano w piśmiennictwie prawnokarnym, zdarzają się przypadki, w których u sprawcy zabójstwa popełnionego w afekcie „odpowiednio ukształtowane procesy wewnętrzne i struktura osobowości nie dopuszczają do tej formy wyrażenia przeżyć afektywnych”³⁸, jakiej z reguły spodziewa-

³⁵ Wyrok SN – Izba Karna z 11 grudnia 1978 r., sygn. II KR 268/78, LexPolonica nr 363475.

³⁶ Por. wyrok SN – Izba Karna z 25 sierpnia 1980 r., sygn. I KR 192/80, LexPolonica nr 357591, a także: wyrok SN z 14 grudnia 1973 r., sygn. III KR 303/73, OSNKW 1974, z. 4, poz. 66.

³⁷ Por. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1982, s. 484; M. Siewierski [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 1971, s. 347.

³⁸ Por. S. Cora, *Zabójstwo pod wpływem silnego...*, s. 1030.

libyśmy w takiej sytuacji, czyli silnie zaznaczającej się (uzewnętrznionej) eksplozji afektywnej. Nie bez znaczenia pozostaje przy tym to, że nie u każdego człowieka jednakowe jest prawdopodobieństwo gwałtownej reakcji na bodźce, opartej na silnym wybuchu emocjonalnym³⁹. Wobec tego, jak słusznie dostrzegł Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 10 marca 1994 r.: „Silne wzburzenie może być wynikiem długotrwałego procesu emocjonalnego sprawcy, narastania napięcia [...] zewnętrzne reakcje [...] wystąpienia silnego wzburzenia mogą być różne. Reakcje te zależne są od stanu psychicznego, osobowości. Pozorny spokój nie może stanowić przeszkody do stwierdzenia takiego stanu”⁴⁰. Godzi się jednak dodać, że w orzecznictwie sądowym nadal panuje przekonanie o tym, że „[n]ie można przyjąć, że oskarżony działał w stanie silnego wzburzenia, skoro takowe nie było dostrzegalne przez nikogo z nim się stykającego w ciągu blisko miesiąca czasu od wykrycia niewierności żony do dnia zabójstwa”⁴¹. W świetle aktualnej wiedzy psychologicznej, pogląd taki wydaje się jednak dalece wątpliwy, a z całą pewnością niedający się do obrony *in abstracto*, nawet jeżeli w konkretnej sprawie mógł on znaleźć uzasadnienie.

Bibliografia

- Andrejew I., Kubicki L., Waszczyński J., *System prawa karnego*, t. IV, cz. 1: *O przestępstwach w szczególności*, Warszawa–Wrocław–Kraków, Gdańsk–Łódź 1985.
- Buchała K., *Przypisanie zachowania popełnionego w stanie niepoczytalności (poczytalności umniejszonej) spowodowanej odurzeniem się lub silnym afektem*, „Studia Prawnicze” 1988, z. 1–2.
- Budyn-Kulik M., *Zabójstwo tyrana domowego. Studium karnoprawne i wiktymologiczne*, Lublin 2005.
- Cora S., *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w świetle prawa i psychologii*, „Nowe Prawo” 1973, z. 7–8.
- Czapla Z., *O pewnych wybranych kryteriach „normy” w nauce psychologii i psychiatrii [w:] Antropologia a medycyna i promocja zdrowia*, red. A. Malinowski, H. Stolarczyk, W. Lorkiewicz, Łódź 2000.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982.
- Hołda Z., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1972 r. (II KR 116/72)*, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8.
- Horoszowski P., *Zabójstwo z afektu*, Warszawa 1947.
- Jarosz M., *Psychopatologia ogólna [w:] Podstawy psychiatrii. Podręcznik dla studentów*, red. M. Jarosz, Warszawa 1988.

³⁹ I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, *System prawa karnego*, t. IV, cz. 1: *O przestępstwach w szczególności*, Warszawa–Wrocław–Kraków, Gdańsk–Łódź 1985, s. 350.

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10 marca 1994 r., sygn. II AKr 13/94, KZS 1994, z. 3, poz. 16.

⁴¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 15 czerwca 1993 r., sygn. II AKr 97/93, LexPolonica nr 414289.

- Kozarska-Dworska J., Dworski M., *Afekt patologiczny w teorii i praktyce sądowo-psychiatrycznej*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1978, nr 2.
- Mioduski K., *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1956, nr 1.
- Młynarczyk Z., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w sprawach karnych: Glosa do wyroku z dnia 16 czerwca 1972 r. (II KR 64/72)*, „Nowe Prawo” 1973, z. 7–8.
- Pobocho J., *Aspekty psychiatryczne, psychologiczne i prawne stanu silnego wzburzenia*, „Palestra” 1993, z. 7–8.
- Popławski H., *Stan silnego wzburzenia a ograniczenie poczytalności*, „Nowe Prawo” 1980, z. 6.
- Reykowski J., *Emocje i motywacja* [w:] *Psychologia*, red. T. Tomaszewski, Warszawa 1975.
- Siewierski M. [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny – komentarz*, Warszawa 1971.
- Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1982.
- Witkowska J., *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami* [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego. Tom XIII*, Wrocław 2003.

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest teza postawiona przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 14 stycznia 2016 r. i wynikające z niej zagadnienia dotyczące stanu silnego wzburzenia jako jednego ze znamion uprzywilejowanego typu zabójstwa, jakim jest zabójstwo w afekcie określone w art. 148 § 4 k.k. Sąd Apelacyjny w Katowicach w swoim judykacie odniósł się do kryteriów oceny stanu silnego wzburzenia, jak również przyczyn, które mogą usprawiedliwić afekt. Ponadto tezą wyroku objęto kwestie dotyczące siły wybuchu emocjonalnego, jaką powinien cechować afekt, aby mógł mieć znaczenie dla prawnokarnej oceny zachowania sprawcy. Zagadnienia wobec tego uczyniono także meritem niniejszego opracowania, w którym co do zasady wyrażono stanowisko akceptujące większą część tezy postawionej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 14 stycznia 2016 r.

Słowa kluczowe: silne wzburzenie, afekt fizjologiczny, zabójstwo w afekcie

GLOSS TO THE JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL IN KATOWICE ON 14 JANUARY 2016. (II AKA 493/15)

Summary

Subject of the study is a thesis put forward by the Katowice Court of Appeal in its judgment on 14 January 2016 and included therein issues concerning crime of passion in Polish Criminal Law (Article 148 § 4 Criminal Code of Poland). Katowice Court of Appeal in its judgment referred to criteria of assessment of the state of strong affection, as well as causes which can justify this affect. Moreover, the thesis of the judgment covered certain questions about the strength of the emotional explosion, which should feature the affect that it could have any implications for criminal law and assessment of the behavior of the perpetrator. Therefore, these issues also have been done the merits of this study, in which, in principle was expressed the position of accepting most of the arguments put forward by the Katowice Court of Appeal in its judgment of 14 January 2016.

Keywords: extreme emotional agitation, physiological affect, crime of passion, aggravated manslaughter

Grzegorz Maroń

**GŁOSA DO WYROKU FEDERALNEGO SĄDU APELACYJNEGO
DLA 4. OKRĘGU Z 25 MAJA 2017 ROKU
W SPRAWIE *INTERNATIONAL REFUGEE ASSISTANCE PROJECT
V. TRUMP*, 857 F. 3D 554 (4TH CIR. 2017)**

Wprowadzenie

Stanowiącym przedmiot glosy orzeczeniem¹ Sąd Apelacyjny dla 4. Okręgu utrzymał w mocy postanowienie federalnego Sądu Okręgowego (tzw. nakaz wstępny – *preliminary injunction*)² wstrzymujące na terenie całych Stanów Zjednoczonych wejście w życie art. 2(c) rozporządzenia nr 13780 prezydenta USA Donalda Trumpa z 6 marca 2017 r.³ Uznał, że wskazany przepis, czasowo ograniczający obywatelom sześciu państw zamieszkanych głównie przez ludność muzułmańską możliwość uzyskania wizy wjazdowej do USA, jest prawdopodobnie⁴ niekonstytucyjny jako naruszający konstytucyjną zasadę „nieustana-

¹ W przypisach glosowane orzeczenie oznaczam jako: *I.R.A.P. v Trump*. Po złożeniu artykułu do druku Sąd Najwyższy USA 26 czerwca 2017 r. zgodził się rozpoznać sprawę oraz częściowo wstrzymał wykonanie nakazu wstępnego do czasu jego ostatecznej merytorycznej oceny, planowanej na jesień 2017 r. W międzyczasie prezydent Trump 24 września 2017 r. wydał nowe rozporządzenie regulujące politykę migracyjną państwa, które zastąpiło rozporządzenie z marca 2017 r. W konsekwencji Sąd Najwyższy 10 października umorzył postępowanie jako bezprzedmiotowe (*moot*) i unieważnił (*vacate*) zaskarżony wyrok. Zob. *I.R.A.P. v Trump*, 582 U.S._ (2017).

² *International Refugee Assistance Project v. Trump*, No. 17-361, 2017 WL 1018235 (D. Md. Mar. 16, 2017).

³ Exec. Order No. 13780, “Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States”, 82 Fed. Reg. 13209 (Mar. 6, 2017).

⁴ Sądy, wstrzymując wejście w życie czy zawieszając moc obowiązującą przepisów prawnych bądź decyzji prawnych w procedurze *temporary restraining order* lub *preliminary injunction*, nie przesądzają niekonstytucyjności czy nielegalności kontrolowanych aktów. Wystarczy uprawdopodobnienie ich niekonstytucyjności (nielegalności). Rzadko jednak zdarza się, aby właściwe orzeczenie *ad meritum* zmieniło poprzednią ocenę konstytucyjności kontrolowanego aktu. Dla większej czytelności glosy będą stanowisko przywoływanych sądów o prawdopodobnej niekonsty-

wiania religii” wyrażoną w pierwszej poprawce do ustawy zasadniczej (*Establishment Clause*)⁵. W ocenie sądu odwoławczego rozporządzenie nie miało na celu ochrony bezpieczeństwa narodowego, ale było motywowane religijną niechęcią do muzułmanów. Wyrok zapadł stosunkiem głosów 10 do 3. Orzeczenie wraz z zdaniem polemicznymi (*concurrency*) i odrębnymi (*dissent*) liczy ponad 200 stron⁶.

I

27 stycznia 2017 r. prezydent USA Donald Trump – zaledwie tydzień po objęciu urzędu – wydał rozporządzenie nr 13769⁷ (*Executive Order*) zawieszające na okres 90 dni wjazd do USA obywatele siedmiu państw zamieszkiwanych w większości przez wyznawców islamu (Irak, Iran, Libia, Somalia, Sudan, Syria, Jemen)⁸. Celem aktu była ochrona Amerykanów przed atakami terrorystycznymi ze strony cudzoziemców z wymienionych krajów. Ponadto przewidywał on m.in. ograniczenie liczby przyjmowanych uchodźców w roku 2017, zakaz przyjmowania uchodźców z Syrii oraz preferencyjne traktowanie wniosków wizowych ze strony osób doświadczających religijnego prześladowania i stanowiących religijną mniejszość w swojej ojczyźnie. Federalny Sąd Okręgowy dla Zachodniego Dystryktu Waszyngtonu postanowieniem z 3 lutego 2017 r. czasowo wstrzymał wejście niektórych postanowień aktu w życie na całym terytorium USA⁹. Prezydent wniósł apelację od postanowienia i jednocześnie wniosek o odroczenie jego mocy wiążącej (*stay*) do czasu rozpoznania środka odwoławczego. Sąd Apelacyjny dla 9. Okręgu orzeczeniem z 9 lutego 2017 r. wniosku nie uwzględnił, przyjmując, że Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął prawdopodobieństwo sukcesu procesowego powodów (*in concreto* stan Waszyngton i stan Minnesota). Rozporządzenie uznano za pogwałcające prawa umocowane w konstytucyjnej zasadzie rzetelnego procesu (*Due Process Clause*) i ewentualnie też naruszające *Establishment Clause*¹⁰.

tucyjności rozporządzenia prezydenta Trumpa przedstawiał w kategoriach „niekonstytucyjności”, a nie „wskazań za niekonstytucyjnością”.

⁵ *Establishment Clause* zasadniczo stanowi odpowiednik art. 25 Konstytucji RP, czyli wyraża zasadę rozdziału Kościoła od państwa i religijnej neutralności państwa.

⁶ Tekst orzeczenia dostępny na stronie internetowej sądu: <http://coop.ca4.uscourts.gov/171351.P.pdf>

⁷ Akt ten nazywam „rozporządzeniem”, a nie „zarządzeniem”, gdyż na gruncie polskiego systemu źródeł prawa stanowiłby on akt normatywny powszechnie obowiązujący.

⁸ Executive Order 13769, „Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States” 82 Fed. Reg. 8977 (Jan. 27, 2017).

⁹ *Washington v. Trump*, No. C17-0141JLR, 2017 WL 462040 (W.D. Wash. Feb. 3, 2017).

¹⁰ *Washington v. Trump*, 847 F.3d 1151 (9th Cir. 9 February 2017). Sąd Apelacyjny 17 marca odmówił ponownego rozpoznania w pełnym składzie wniosku o zawieszenie postanowienia Sądu Okręgowego.

Dwa inne federalne sądy okręgowe również rozpoznawały wnioski o wstępny nakaz zawieszający wejście rozporządzenia w życie. 3 lutego 2017 r. Sąd Okręgowy dla Massachusetts odmówił wstępnego nakazu, nie uznając aktu prezydenta za sprzeczny z zasadą równego traktowania (*Equal Protection Clause*), zasadą rzetelnego procesu i *Establishment Clause*¹¹. Z kolei Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Wirginii 13 lutego 2017 r. przyznał wstępny nakaz – uznając rozporządzenie za niezgodne z *Establishment Clause* – ale objął nim tylko obszar stanu Wirginia¹².

Prezydent Trump, nie czekając na pełną i finalną sądową ocenę konstytucyjności rozporządzenia, 6 marca 2017 r. wydał drugie rozporządzenie (*Executive Order 13780*), którym uchylił i zastąpił to z 27 stycznia. Nowe rozporządzenie wprowadzało dla obywateli tych samych co poprzednio 6 państw (wyłączono Irak) zakaz wjazdu do USA przez okres 90 dni. Zakaz uzasadniano względami bezpieczeństwa państwowego. Czas 90 dni miał posłużyć władzy wykonawczej na modyfikację dotychczasowych procedur kontroli i weryfikacji osób starających się o wizę wjazdową na teren Stanów Zjednoczonych pod kątem sprawdzenia, czy osoby te nie stanowią zagrożenia terrorystycznego. Prezydent w oparciu o raport Sekretarza Bezpieczeństwa Wewnętrznego przygotowany po konsultacjach z Sekretarzem Stanu i Dyrektorem Wywiadu Narodowego miał podjąć dalsze działania w zakresie polityki imigracyjnej.

Potrzebę lepszej kontroli obywateli wymienionych państw starających się o wjazd do USA uzasadniono w akcie sytuacją panującą w ich ojczyznach. „Każde z tych państw jest sponsorem terroryzmu, w znacznym stopniu jest infiltrowane przez organizacje terrorystyczne albo na części jego obszarów toczą się konflikty. Każda z tych okoliczności ogranicza gotowość lub zdolność obcych władz do przekazywania albo weryfikowania ważnych informacji odnośnie do osób chcących udać się do Stanów Zjednoczonych. Ponadto znacząca obecność w każdym z tych państw organizacji terrorystycznych, ich członków i innych osób podatnych na [oddziaływanie] tych organizacji zwiększa ryzyko, że warunki te będą wykorzystywane do umożliwienia aktywistom czy sympatykom tych organizacji podróży do Stanów Zjednoczonych”¹³. Za państwa sponsorujące terroryzm uznano Iran, Sudan i Syrię. W przypadku Syrii i Iranu wskazano też, że tamtejsze władze nie współpracują z USA w zwalczaniu terroryzmu. Jemen, Libię i Syrię przedstawiono jako państwa, na których terytoriach toczą się konflikty zbrojne. Ponadto zwrócono uwagę, iż władze Libii, Somalii i Syrii są w praktyce niezdolne do skutecznego przeciwdziałania terroryzmowi. W świetle tych okoliczności uznano, że zachodzi ryzyko, iż przy aktualnych procedurach

¹¹ *Louhghalam v. Trump*, No. 17-10154-NMG, 2017 WL 479779 (D. Mass. Feb. 3, 2017).

¹² *Aziz v. Trump*, No. 1:17-cv-116 (LMB/TCB), 2017 WL 580855 (E.D. Va. Feb. 13, 2017).

¹³ *I.R.A.P. v Trump*.

wizowych prawo wjazdu do USA mogą uzyskać osoby zamierzające przeprowadzić zamachy terrorystyczne lub w inny sposób naruszyć bezpieczeństwo narodowe Stanów Zjednoczonych.

Nowe rozporządzenie nie przewidywało całkowitego zakazu przyjmowania uchodźców z Syrii ani też nie uprzywilejowywało członków religijnych mniejszości. W ogóle nie odnosiło się ono *expressis verbis* do kwestii religijnych.

Podstawę prawną wydania rozporządzenia stanowił 8 U.S.C. §§ 1182(f) oraz 8 U.S.C. § 1185(a)(1). Zgodnie z pierwszym z przepisów „[g]dy Prezydent uzna, że wjazd jakichkolwiek cudzoziemców lub klasy cudzoziemców do Stanów Zjednoczonych byłby szkodliwy dla interesów Stanów Zjednoczonych, może zawiesić – na okres jaki uzna za konieczny – wjazd wszystkich cudzoziemców czy jakiegokolwiek klasy cudzoziemców jako imigrantów czy nieimigrantów, lub nałożyć ograniczenia wjazdu cudzoziemców, jakie uzna za właściwe”.

II

Pozew przeciwko rozporządzeniu prezydenta z 6 marca wniosło do Federalnego Sądu Okręgowego dla Dystryktu Maryland sześć osób fizycznych (obywatele Stanów Zjednoczonych lub uprawnieni do stałego pobytu na terytorium Stanów Zjednoczonych) posiadający przebywających w wymienionych państwach członków rodziny starających się o wjazd do USA oraz trzy organizacje (dwie zapewniające pomoc prawną i opiekę uchodźcom, a jedna skupiająca uczonych i studentów orientalistyki).

Sąd Okręgowy 16 marca 2017 r. wydał wstępny nakaz wstrzymujący wejście aktu w życie na terenie całych Stanów Zjednoczonych¹⁴. W ocenie sądu rozporządzenie, jakkolwiek „pozornie religijnie neutralne”, było jednak skierowane przeciwko muzułmanom z powodu ich religii, a w związku z tym naruszało *Establishment Clause*. U podstaw takiej interpretacji kontrolowanego aktu stały w głównej mierze wypowiedzi Trumpa z okresu kampanii wyborczej. Sąd wskazał też, że mniejsza jest szansa powodów na zakwestionowanie legalności rozporządzenia jako niezgodnego z § 1152(a)(1)(A), zakazującego dys-

¹⁴ *International Refugee Assistance Project v. Trump*, No. 17-361, 2017 WL 1018235 (D. Md. Mar. 16, 2017). Dzień wcześniej federalny Sąd Okręgowy dla Dystryktu Hawajów wydał *temporary restraining order* wstrzymujący wejście rozporządzenia w życie na całym terytorium USA. *Hawaii v. Trump*, No 1:17-cv-00050-DKW-KSC (D. Haw., Mar. 15, 2017). Następnie sąd okręgowy 29 marca zmienił *temporary restraining order* na *preliminary injunction*. Z kolei Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Wirginii orzeczeniem z 24 marca 2017 r. oddalił wniosek o wydanie wstępnego nakazu wobec rozporządzenia prezydenta. *Sarsour v. Trump*, 2017 Westlaw 1113305 (E.D.Va. Mar. 24, 2017).

kryminacji ze względu na narodowość przy przyznawaniu wiz imigracyjnych. Orzeczenie Sądu Okręgowego utrzymał w mocy Sąd Apelacyjny dla 4. Okręgu. Wyrok sądu odwoławczego z 25 maja 2017 r. stanowi przedmiot niniejszej glosy.

Sąd Apelacyjny ograniczył przedmiot rozpoznania wyłącznie do zgodności rozporządzenia z konstytucyjną zasadą nieustanawiania religii, wyłączając poza zakres rozważań zgodność aktu z przepisami ustawowymi. W pierwszej kolejności rozstrzygnął dwie kwestie proceduralne, potwierdzając legitymację procesową powodów (*standing*) w myśl art. 3 Konstytucji¹⁵ oraz uznając, że przedmiot sprawy podlega kontroli sądowej, nie stanowiąc przykładu tzw. *consular non-reviewability*.

Następnie w zasadniczej części swoich rozważań poddał ocenie spełnienie czterech przesłanek warunkujących możliwość wydania wstępnego nakazu sądowego. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego do wydania *preliminary injunction* jako „drastycznego i ekstraordynaryjnego środka”¹⁶ konieczne jest, aby powód wykazał prawdopodobieństwo korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia sprawy co do meritum, poniesienia nieodwracalnej szkody w przypadku braku nakazu, że rachunek konkurencyjnych racji („słuszności”) obu stron przechyla się na jego korzyść oraz iż nakaz jest w interesie publicznym¹⁷. Zwykle, tak jak i w przedmiotowej sprawie, głównym przedmiotem sporu jest spełnienie przez powodów pierwszego z wymogów.

Sąd odwoławczy wskazał, że precedensem stanowiącym sądowy wzorzec kontrolny w odniesieniu do działań władzy wykonawczej w sprawach polityki imigracyjnej jest, nieuwzględniony przez Sąd Okręgowy, wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Kleindienst v. Mandel*¹⁸. Sąd Najwyższy uznał wówczas, iż nieprzyznanie belgijskiemu marksście Ernestowi Mandelowi wizy umożliwiającej mu wjazd do USA celem wygłoszenia kilku wykładów nie naruszało umocowanego w pierwszej poprawce do Konstytucji prawa do informacji grupy amerykańskich profesorów będących powodami w sprawie. W orzeczeniu tym wyraźnie podkreślono, że kompetencją legislatywy i egzekutywy jest określanie

¹⁵ Za Sądem Okręgowym przyjął, że co najmniej troje z osób wnoszących pozew ma legitymację procesową czynną do kwestionowania konstytucyjności rozporządzenia na gruncie *Establishment Clause*. Sędzia Steven Agge w zdaniu odrębnym przedstawił argumenty przemawiające jego zdaniem przeciwko uznaniu legitymacji procesowej po stronie powodów. *I.R.A.P. v Trump* (Agge, J., dissent).

¹⁶ *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*, 561 U.S. 139, 165 (2010).

¹⁷ *Winter v. Nat. Res. Defense Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20 (2008).

¹⁸ 408 U.S. 753 (1972). Zwraca uwagę, że taki sam rażący błąd popełnił Sąd Apelacyjny dla 9. Okręgu w sprawie *Washington v. Trump*, uznając, iż precedens *Mandel* dotyczy wyłącznie indywidualnych decyzji wizowych, a nie aktów normatywnych egzekutywy w sprawach imigracji. Wykładnia taka jawnie kłóci się zarówno z orzecznictwem Sądu Najwyższego, jak i z dotychczasowym – sprzeczny z prezydenturą Trumpa – orzecznictwem federalnych sądów apelacyjnych, w tym Sądu Apelacyjnego dla 9. Okręgu.

polityki imigracyjnej państwa. Władza wykonawcza, reglamentując prawo wjazdu do USA wobec cudzoziemców, w granicach delegacji udzielonej przez Kongres, nie narusza Konstytucji, jeśli tylko działała „na podstawie *prima facie* legitymowanego i w dobrej wierze argumentu” (*facially legitimate and bona fide reason*). W takim przypadku sądom nie wolno „spoglądać poza realizację tej uznaniowej decyzji ani kontrolować jej poprzez wyważanie jej uzasadnienia z interesami [powodów] z Pierwszej Poprawki”¹⁹.

Sąd Najwyższy, a za nim pozostałe sądy, wielokrotnie konsekwentnie stosowały standard „*prima facie* uzasadnionego i w dobrej wierze argumentu” w sprawach odmowy przyznania wizy cudzoziemcom czy szerzej konstytucyjności postanowień prawa imigracyjnego²⁰. W dotychczasowym *case law* cytowane sformułowanie interpretowano w ten sposób, że wykazanie, iż kwestionowane działanie władzy (akt normatywny, indywidualna decyzja) jest „*prima facie* legitymowane” – czyli *expressis verbis* uzasadnione ważnymi racjami – kończyło sądowe rozumowanie i skutkowało wydaniem orzeczenia na korzyść władzy (pozwanych). Jakkolwiek w orzecznictwie co prawda wskazywano, że legislatura i egzekutywa nie mają dowolności w kwestii prawa imigracyjnego²¹, to jednak w praktyce przywołanie powszechnie uznawanych racji za tym prawem (np. względy bezpieczeństwa) przesądzało o jego konstytucyjności.

Sąd odwoławczy odszedł jednak od utrwalonej wykładni precedensu *Mandel*. Posiłkując się wybiórczo i wyrwanymi z kontekstu cytatami z orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie *Kerry v. Din* przyjął, że jeśli powód zademonstruje rzekomą złą wiarę pozwanej władzy w sposób wystarczająco szczegółowy, to sąd może w swych rozważaniach wyjść poza samo kontestowane działanie władzy, oceniając jeszcze raz i bardziej wnikliwie jego „*prima facie* legitymowane” racje. Innymi słowy, podanie w wątpliwość dobrej wiary pozwanej władzy uprawnia sąd do analizowania celu kontestowanego aktu normatywnego (ewentualnie indywidualnej decyzji) nie tylko w oparciu o jego brzmienie. Sąd ma wówczas możliwość „wyjścia poza” (*looking behind*) tekst aktu i sięgnięcie np.

¹⁹ *Mandel*, 408 U.S. 770.

²⁰ *Kerry v. Din*, 576 U.S. ___, 135 S. Ct. 2128, 2131 (2015). Sąd uznał, że nie naruszono praw powódki – amerykańskiej obywatelki – umocowanych w *Due Process Clause* poprzez odmówienie jej afgańskiemu mężowi wizy bez odpowiedniego wyjaśnienia tej decyzji. Według Sądu Najwyższego władza nie musiała ujawnić faktów stojących u podstaw decyzji. Zob. też *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977). Sąd nie zakwestionował przepisów ustawowych przyznających inny status na gruncie prawa imigracyjnego dziecku pozamałżeńskiemu w zależności od tego, czy obywatelem lub osobą z prawem stałego pobytu był ojciec, czy matka dziecka. Pomimo dwóch wątpliwych kryteriów – płci i statusu związku, w którym dziecko przyszło na świat – sąd uznał, iż to nie do judykatury należy weryfikowanie polityki imigracyjnej państwa, ale do Kongresu. Nie podzielił stanowiska powoda, że preferowanie biologicznych matek nieślubnych dzieci narusza prawa z zasady rzetelnego procesu.

²¹ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695 (2001); *I.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 941 (1983).

do jego historii legislacyjnej i implementacji, kontekstu historycznego, sekwencji działań prowadzących do jego przyjęcia. Sąd Apelacyjny co prawda stwierdził, że zwykle powodom będzie trudno w sposób wiarygodny i szczegółowy wykazać złą wiarę pozwanego, ale *in concreto* uznał, iż ma to miejsce.

W jego ocenie powodowie wiarygodnie i szczegółowo wykazali, że władza w złej wierze posłużyła się deklarowanym – i na pierwszy rzut oka legitymowanym – celem rozporządzenia w postaci „ochrony Narodu przed działalnością terrorystyczną cudzoziemców wpuszczonych do Stanów Zjednoczonych”. Skoro według sądu racjonalnie uprawdopodobniono, że u podstaw wydania rozporządzenia nie stały względy bezpieczeństwa państwa, lecz było ono motywowane religijnie, to jego konstytucyjność zależy od zgodności z *Establishment Clause*.

Do oceny rozporządzenia pod kątem niesprzeczności z zasadą nieustanawiania religii zastosowano tzw. trzelementowy test Lémona. Celem zaliczenia testu władza musi wykazać, że jej kontestowane działanie ma świecki cel, jego głównym skutkiem nie jest ani sprzyjanie, ani przeszkadzanie religii oraz nie prowadzi ono do nadmiernego powiązania władzy z religią²². Świecki cel musi być przy tym „prawdziwy, a nie udawany, i „nie jedynie drugorzędny wobec celu religijnego”²³.

Sąd Apelacyjny przyjął, że prezydent Trump, wydając rozporządzenie, kierował się w pierwszej kolejności niechęcią wobec grupy religijnej, jaką stanowią muzułmanie. W ten sposób prezydent chciał zdaniem sądu wypełnić obietnicę wyborczą o zakazaniu wpuszczania wyznawców islamu do USA, ukrywając awersję wobec nich pod zakazem adresowanym do państw muzułmańskich. Deklarowany cel aktu w postaci względów bezpieczeństwa narodowego uznano za zmyślony dla potrzeb wymogów prawnych i w ramach strategii procesowej w obliczu przewidywanych możliwych procesów sądowych. Wnioski takie sąd oparł głównie na wypowiedziach Trumpa i jego współpracowników, z których większość padła w okresie kampanii wyborczej i przed zaprzysiężeniem. Uznając te wypowiedzi za prawnie relewantne do oceny późniejszych działań Trumpa jako prezydenta USA, sąd jednocześnie zbagatelizował negatywne konsekwencje takiego stanowiska dla wolności słowa. W moralizatorskim tonie ogłosił, że w „zakresie, w jakim nasze rozumowanie zniechęca do kampanijnych obietnic potępiania i wykluczania całych religijnych grup, to uważamy, że jest to mile widziane ograniczenie”²⁴.

Za pozornością, względnie drugorzędnością, świeckiego celu rozporządzenia przemawia zdaniem sądu odwoławczego także kilka innych okoliczno-

²² *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-13 (1971).

²³ *McCreary Cty., Ky. v. Am. Civil Liberties Union of Ky.*, 545 U.S. 844, 864 (2005).

²⁴ *I.R.A.P. v Trump* (p. 68).

ści. Sąd wskazał w tej kwestii na podobieństwa pomiędzy rozporządzeniami z 27 stycznia i 6 marca 2017 r. Podniósł, że pierwsze rozporządzenie wydano bez opinii Agencji ds. Bezpieczeństwa. Przywołał okoliczność, iż prezydent Trump polecił Sekretarzowi ds. Bezpieczeństwa Wewnętrznego, aby zbierał dane o honorowych zabójstwach (*honor killings*) popełnianych w USA przez cudzoziemców. Nadmieniał, że raport Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego ujawniony po 6 marca wskazuje na to, iż rozporządzenie będzie nieskuteczne, gdyż większość urodzonych za granicą ekstremistów radykalizuje się kilkanaście lat po przyjeździe do USA. Zatem nowa procedura weryfikacji osób starających się o wizę nie zmniejszy istotnie zagrożenia terrorystycznego. Odwołał się do opinii byłych funkcjonariuszy bezpieczeństwa narodowego, zdaniem których rozporządzenie nie służy bezpieczeństwu narodowemu, skoro żaden Amerykanin nie został na terytorium USA zamordowany przez obywatela któregoś z sześciu państw objętych aktem w ostatnich 40 latach. Wytknął, że w samym tekście rozporządzenia podano przykłady tylko dwóch Irakijczyków – czyli państwa nieobjętego drugim rozporządzeniem – i Somalijczyka, którzy dopuścili się aktów terroru w USA.

W świetle powyższego sąd skonkludował, że „[r]ozporządzenie na poziomie swego tekstu operuje ogólnymi słowami o narodowym bezpieczeństwie, ale wzięte kontekstualnie ocieka religijną nietolerancją, niechęcią i dyskryminacją”²⁵. Zachodzą zatem w ocenie sądu podstawy do uznania aktu prezydenta za sprzeczny z *Establishment Clause*.

Łatwiej Sądowi Apelacyjnemu przyszło ustalić spełnienie trzech pozostałych warunków wydania wstępnego nakazu. Bazując na *case law*, przyjął, że wykazanie prawdopodobieństwa naruszenia rozporządzeniem praw z pierwszej poprawki do Konstytucji przesądza o ryzyku poniesienia przez powodów nieodwracalnej szkody na skutek wejścia w życie aktu. W końcu sąd odwoławczy uznał, iż wyważenie konkurencyjnych interesów, tj. ochrona konstytucyjnych praw powodów oraz ochrona interesu publicznego w postaci bezpieczeństwa państwa, przemawia na korzyść tych pierwszych. Konkluzję taką sąd powtórnie oparł na zakwestionowaniu związku pomiędzy rozporządzeniem a bezpieczeństwem narodowym. W jego ocenie bezpieczeństwo narodowe „wydaje się być *post hoc* drugorzędnym uzasadnieniem działania władzy wykonawczej zakorzenionej w religijnej niechęci i obliczonym na odgrodzeniu muzułmanów od tego państwa. Pozostajemy nieprzekonani o tym, że art. 2 (c) ma więcej wspólnego z narodowym bezpieczeństwem niż wykonanie obietnicy prezydenta odnośnie do zakazania muzułmanom wjazdu do USA”²⁶. Wręcz przeciwnie, zdaniem sądu

²⁵ *I.R.A.P. v Trump* (p. 12). Podobnie w zdaniu polemicznym sędziego James Wynn rozporządzenie określił „jawną krywdzącą dyskryminacją przeciwko muzułmanom” (p. 94).

²⁶ *Ibidem* (p. 75).

to właśnie utrzymanie w mocy wstępnego nakazu służy interesowi publicznemu, jakim jest ochrona konstytucyjnych praw. W alarmującym tonie sąd stwierdził, że w sytuacji, gdy „władza zajmuje stronę w kwestiach religijnych, to nieuchronnym tego rezultatem jest nienawiść, brak szacunku, a nawet pogarda wobec tych po złej stronie barykady. Niewłaściwie zaangażowanie się władzy w religię prowadzi do zniszczenia władzy i degradacji religii, zachęca do prześladowania mniejszości religijnych i niewierzących, sprzyja wrogości i podziałom w naszym pluralistycznym społeczeństwie. Ryzyko tych szkód jest szczególnie wyraźne w tej sprawie, gdzie najwyższy wybieralny urzędnik w państwie wydał rozporządzenie nasączone niechęcią i skierowane przeciwko pojedynczej grupie religijnej”²⁷.

Finalnie Sąd Apelacyjny potwierdził zasadność objęcia zakresem nakazu całego terytorium USA. Zauważył, że powodowie pochodzą z różnych stanów, prawo imigracyjne ze swej natury ma charakter uniwersalny i powinno obowiązywać lub nie obowiązywać jednakowo na całym obszarze Stanów Zjednoczonych, a zawężenie nakazu tylko do powodów nie zapobiegnie szkodom z tytułu obowiązywania rozporządzenia sprzecznego z *Establishment Clause*. Sąd odwoławczy skorygował natomiast wstępny nakaz w ten sposób, że z zakresu jego mocy wiążącej wyłączył osobiście prezydenta, czym uczynił zadość klarownemu stanowisku w tej materii wyrażonemu w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

III

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego oraz towarzyszące mu rozumowanie należy ocenić krytycznie. Reglamentuje ono kompetencje władzy wykonawczej w zakresie polityki imigracyjnej w sposób dotychczas nieznanym amerykańskiej praktyce orzeczniczej, a co ważniejsze, niemający umocowania w wiążących precedensach Sądu Najwyższego.

Na przestrzeni ostatnich 65 lat Sąd Najwyższy konsekwentnie reprezentował postawę „uszanowania” (*deference*) wyłącznej kompetencji legislatywy i – działającej w ramach ustawodawstwa Kongresu – władzy wykonawczej w zakresie polityki zagranicznej, w tym imigracyjnej. Oznaczało to, że administracji rządowej przysługiwał bardzo szeroki zakres swobody i uznaniowości w sprawach imigracyjnych. Politykę imigracyjną traktowano za „podstawowy atrybut suwerenności”²⁸, „powierzoną wyłącznie politycznym gałęziom władzy, szeroko wyjętą spod sądowej kontroli i ingerencji”²⁹, zarazem stanowiącą „nieodłączną

²⁷ *Ibidem* (p. 76).

²⁸ *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 210 (1953). Podobnie *Mandel*, 408 U.S. 765.

²⁹ *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 589 (1952). Podobnie *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1976).

część władzy wykonawczej suwerena”³⁰. Jak podkreślał Sąd Najwyższy: „Nic w strukturze naszej władzy czy w tekście naszej Konstytucji nie upoważnia nas do sądowej kontroli za pomocą standardów, które wymagałyby od nas zrównania naszego politycznego osądu z tym będącym udziałem Kongresu”³¹. O ile sądy do pewnego stopnia uznawały pewne prawa cudzoziemców przebywających już, choćby nielegalnie, na terytorium USA, o tyle cudzoziemcy znajdujący się poza granicami USA nie mogli liczyć na przychyłność judykatury³².

Doktryna sędziowskiego szacunku (*judicial deference*) dotyczyła zwłaszcza tych przypadków, gdy egzekutywa u podstaw swoich decyzji (zarówno tworzenia, jak i stosowania prawa) wskazywała względy bezpieczeństwa państwa. Dla Sądu Najwyższego „jest oczywiste i bezdyskusyjne, że żaden interes władzy nie jest bardziej nieodparty niż bezpieczeństwo Narodu”³³. Szczególnie po zamachach 11 września 2001 r. Sąd Najwyższy przypominał doniosłość „interesu władzy w zapobieżeniu wjazdu [do USA] niepożądanych osób”³⁴, a „interes władzy w zwalczaniu terroryzmu” określał mianem „pilnego celu najwyższej rangi”³⁵.

Zakwestionowanie przez Sąd Apelacyjny bezpieczeństwa narodowego jako celu stojącego u podstaw rozporządzenia prezydenta jest rezultatem wybiórczej i jednostronnej interpretacji faktów.

Działania prawne ograniczające możliwość wjazdu do USA obywateli Iraku, Syrii, Libii, Jemenu i Somalii podejmowała w latach 2015–2016 administracja prezydenta Baracka Obamy, swoją politykę imigracyjną uzasadniając również względami bezpieczeństwa państwa³⁶. Na zagrożenia terrorystyczne związane z wymienionymi państwami wskazał Departament Stanu, Departament Bezpieczeństwa Wewnętrznego i inne służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo także przed 20 stycznia 2017 r., czyli datą zaprzysiężenia Trumpa. Sąd odwoławczy podkreślając, że rozporządzenie z 27 stycznia wydano bez opinii Agencji ds. Bezpieczeństwa – co nie było prawnym wymogiem – zdaje się zapomnieć, iż ocenia rozporządzenie z 6 marca, którego wydanie poprzedzono już takim zaopiniowaniem. Sąd dał też wiarę ocenom odnośnie do narodowego bezpieczeństwa

³⁰ *U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 542-43 (1950).

³¹ *Harisiades*, 342 U.S. 590.

³² *Leng May Ma v. Barber*, 357 U.S. 185, 187 (1958); *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 32 (1982).

³³ *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280, 307 (1981).

³⁴ *U.S. v. Flores-Montano*, 541 U.S. 149, 152 (2004).

³⁵ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 28 (2010).

³⁶ Zob. U.S. Department of State, *Country Reports on Terrorism 2015*, <https://www.state.gov/documents/organization/258249.pdf>; Department of Homeland Security, *United States Begins Implementation of Changes to the Visa Waiver Program*, <https://pre-view.dhs.gov/news/2016/01/21/united-states-begins-implementation-changes-visa-waiver-program>; *DHS Announces Further Travel Restrictions for the Visa Waiver Program*, <https://preview.dhs.gov/news/2016/02/18/dhs-announces-further-travel-restrictions-visa-waiver-program>.

autorstwa funkcjonariuszy administracji poprzedniego prezydenta, spośród których wielu otwarcie sprzeciwia się prezydentowi Trumpowi. Zignorował natomiast, a co najmniej sceptycznie odniósł się do oceny bezpieczeństwa narodowego przedstawionej przez urzędujących Prokuratora Generalnego i Sekretarza Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Sąd bez dostępu do informacji służb wywiadowczych skrytykował prezydenta za to, że ten nie wskazał w rozporządzeniu przykładów osób pochodzących z wymienionych państw, które zaangażowały się w działalność terrorystyczną w USA. Uznał, iż prezydent nie wykazał, aby rozporządzenie było niezbędne do zachowania bezpieczeństwa narodowego. Tyle tylko, że prezydent nie miał obowiązku wyjaśniania, dlaczego rozporządzenie stanowi konieczną reakcję na istniejące niebezpieczeństwa. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, iż prezydent nie jest zobligowany do ujawnienia powodów „uznania obywateli konkretnego państwa za szczególne zagrożenie”, a nawet gdyby głowa państwa powody te ujawniła, to „sąd jest źle wyposażony do ustalenia ich prawdziwości i całkowicie niezdolny do oceny ich adekwatności”³⁷. W sprawach wizowych „nie jest rolą sądu badanie i weryfikowanie uzasadnień decyzji prawodawczej”³⁸.

Żadnym faktem dotyczącym bezpieczeństwa wprost podanym w rozporządzeniu nie zaprzeczono. Powodowie podczas procesu przyznali, że gdyby inny kandydat wygrał prezydenckie wybory w 2016 r. i wydał takie samo rozporządzenie to, nie kwestionowałiby go. Pełnomocnik powodów stwierdził nawet, iż jego zdaniem takie rozporządzenie byłoby wówczas konstytucyjne (!).

Sąd odwoławczy niedostatecznie zwrócił uwagę na to, że zakres zastosowania weryfikowanego rozporządzenia był istotnie węższy od tego z 27 stycznia 2017 r. Nie odnosił się on do obywateli wymienionych państw, którzy w dniu wyznaczonego wejścia aktu życie (16 marca 2017 r.) już przebywali na terytorium USA lub mieli ważną wizę. Nie obejmował też osób z prawem stałego pobytu na terytorium USA lub dysponujących innymi niż wiza ważnymi dokumentami uprawniającymi do wjazdu do Stanów Zjednoczonych, posiadających podwójne obywatelstwo i podróżujących na paszporcie innego niż wymienione państwo czy legitymujących się wizą dyplomatyczną. Rozporządzenie nie dotyczyło też cudzoziemców którym przyznano azyl, uchodźców, których już przyjęto do USA, oraz osób objętych ochroną w myśl Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur. Ponadto rozporządzenie upoważniało urzędników konsularnych oraz Komisarza do Spraw Ceł i Ochrony Granic do przyznania wizen czy prawa wjazdu w indywidualnych przypadkach. Zasadniczo zatem rozporządzenie dotyczyło jedynie tych obywateli wymienionych państw, którzy nie posiadali wizen, lecz liczyli na jej uzyskanie w okresie 90 dni obowiązywania aktu.

Sąd zignorował argument pozwanych, że rozporządzenie dotyczy zaledwie ułamka państw muzułmańskich, a w podanych sześciu państwach muzułmań-

³⁷ *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Comm.*, 525 U.S. 471, 491 (1999).

³⁸ *Fiallo*, 430 U.S. 799.

skich obejmuje także wyznawców innych niż islam religii oraz ateistów i agnostyków. Uznał to tłumaczenie administracji prezydenta za bezprzedmiotowe w ocenie celu rozporządzenia. Stwierdził, iż w przeciwnym wypadku „złapałibyśmy się w pętlę analitycznej, gdzie rozporządzenie zawsze pozytywnie przeszłoby kontrolę [konstytucyjności]”. Rozumowanie to budzi poważne obiekcje. Racjonalna argumentacja pozwanych – zgodnie z którą fakt, że rozporządzenie odnosi się do kilku i wcale nie największych pod względem populacji muzułmańskich państw – podważająca rzekomo religijne motywy wydania zaskarżonego aktu, została odrzucona przez sąd, gdyż jej uwzględnienie najprawdopodobniej doprowadziłoby do korzystnego dla pozwanych orzeczenia. Retoryka ta może robić wrażenie, iż sąd, przystępując do rozpoznania sprawy, już *a priori* przyjął za preferowane rozstrzygnięcie przeciwne, które następnie *de facto* zapadło.

Dokonana przez sąd odwoławczy wykładnia precedensu *Mandel* nie przekonuje. W dotychczasowej praktyce orzeczniczej „*prima facie* neutralne rozporządzenia pozytywnie przechodziły sadową weryfikację”³⁹. Tymczasem Sąd Apelacyjny w oparciu o wybiórczo cytowany fragment orzeczenia w sprawie *Kerry v. Din*⁴⁰ przyjął, że precedens *Mandel* formułuje wymóg „dobrej wiary” a nie „*prima facie* dobrej wiary” w odniesieniu do działań władzy w zakresie polityki imigracyjnej. Gdyby rzeczywiście interpretacja sądu odwoławczego była prawidłowa, to we wszystkich trzech analogicznych sprawach rozpoznawanych przez Sąd Najwyższy (*Mandel*, *Fiallo* i *Din*) powinny zapaść inne orzeczenia, niż te wydane. Powodowie w wymienionych sprawach również bowiem podnosili złą wiarę pozwanego, przywołując szczegółowo okoliczności stanu faktycznego za tym przemawiające. W sprawie *Mandel* zastrzeżenia co do dobrej wiary pozwanych były tego typu, że sędzia Marshall w zdaniu odrębnym do wyroku przywołane przez Prokuratora Generalnego racje za odmową przyznania wizy Ernestowi Mandelowi nazwał „fikcją” („lipą”, „ściemą”, ang. *sham*)⁴¹. W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego zakładano, iż brak dobrej wiary po stronie władzy musi być już na pierwszy rzut oka (*facially*), a nie wywodzony z czegoś innego niż kontrolowane zachowanie władzy. Trzy wskazane precedensy Sądu Najwyższego zakazywały poszukiwania przez sądy dowodów złej wiary poza samym tekstem decyzji wizowej konsula czy urzędnika konsularnego lub tekstem aktu normatywnego⁴².

³⁹ *I.R.A.P. v Trump* (Niemeyer, J., dissent, p. 165).

⁴⁰ Według Sądu Najwyższego władza spełniła wymóg „*prima facie* legitymowanego i w dobrej wierze argumentu za swoim działaniem, gdy poinformowała, że jej (powódki) mąż nie otrzymał zgody na wjazd do kraju na podstawie § 1182(a)(3)(B). Wymagając od władzy czegoś więcej, Sąd Apelacyjny popełnił błąd”. *Din*, 135 S. Ct. 2140–41 (Kennedy, J., concurring in judgment).

⁴¹ *Mandel*, 408 U.S. 778 (Marshall, J., dissenting).

⁴² Zob. też *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388, 394–95 (1983). Sąd wskazał na „niechęć do przypisywania niekonstytucyjnych motywów stanom, zwłaszcza wówczas, gdy wiarygodny świecki cel za stanowym programem może być wyprowadzony wprost z ustawy”.

Umocowania w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i też innych sądów nie znajduje również stanowisko sądu odwoławczego, zgodnie z którym wypowiedzi udzielone przez daną osobę podczas kampanii wyborczej mogą posłużyć do oceny konstytucyjności późniejszego aktu prawnego wydanego przez tę samą osobę już jako organu władzy publicznej. „Naiwne byłoby niedostrzeganie tego, że obietnice z okresu kampanii wyborczej są – zgodnie z długą demokratyczną tradycją – najmniej wiążącą formą ludzkich zobowiązań”⁴³.

Niebezpiecznym precedensem jest kwestionowanie treściowo jednoznacznego i tekstowo religijnie neutralnego rozporządzenia prezydenta na podstawie tego, co powiedział jako kandydat do urzędu prezydenckiego. Podejście takie przyznaje sądom możliwość uznaniowego stwierdzenia niekonstytucyjności wielu aktów normatywnych czy indywidualnych decyzji władzy, z którymi się nie zgadzają. Zachodzi obawa, że sądy będą dobierały te wypowiedzi z kampanii, które są im potrzebne dla pożądanego przez siebie rozstrzygnięcia partykularnej sprawy. Realna staje się też groźba równi pochyłej. Nic nie stałoby wówczas na przeszkodzie, aby sądy sięgały do jeszcze wcześniejszych wypowiedzi osób, które następnie objęły urząd publiczny, np. z okresu działalności zawodowej czy aktywności uczelnianej (*regressus ad infinitum*). Do zakwestionowania konkretnego działania funkcjonariusza publicznego wystarczy im, że znajdą jedną jego wypowiedź z czasów, gdy występował jako osoba prywatna, przeczącą oficjalnym racjom stojącym u podstaw tego działania. Formalne racje zostaną wtedy nazwane pretekstem. Prawnicy zaczną drobiazgowo przeglądać fakty z życia osób pełniących funkcje publiczne „w poszukiwaniu dowodu – fobii czy –izmu, gdzie prefiks zależy od tego, co jest przedmiotem konstytucyjnej kontroli danego dnia”⁴⁴.

Ocena wpływu tych wcześniejszych wypowiedzi i zachowań na późniejsze działania funkcjonariusza jest „sędziowską psychoanalizą głębi serc”, przed którą przestrzega Sąd Najwyższy⁴⁵. Oceniając legalność działań władzy wykonawczej, sądy nie mogą uciekać się do „komentarzy czynionych przez funkcjonariuszy dla mediów”⁴⁶.

Rozumowanie Sądu Apelacyjnego doprowadziłoby do decyzyjnego ubezwłasnowolnienia prezydenta Trumpa w zakresie polityki imigracyjnej czy szerszej polityki zagranicznej w odniesieniu do państw muzułmańskich. Sędzia Alex Kozinski z Sądu Apelacyjnego dla 9. Okręgu w zdaniu odrębnym do orzeczenia *Washington v Trump* trafnie i przenikliwie zauważył, że „[n]awet jeśli dawne

⁴³ *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765, 780 (2002).

⁴⁴ *Washington v. Trump*, No. 17-35105 (9th Cir. March 17, 2017) (Kozinski, J., dissenting from the denial of reconsideration en banc).

⁴⁵ *McCreary*, 545 U.S. 862.

⁴⁶ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 623–24 n.52 (2006).

wypowiedzi polityka byłyby całkowicie jasne i spójne, to wykorzystywanie ich do stwierdzenia konkretnego naruszenia Konstytucji doprowadzi do absurdalnego rezultatu, mianowicie, iż działania polityczne wybranego funkcjonariusza będą na zawsze zakładnikiem nierozważnych deklaracji kandydata. Jeśli sąd uzna, że kampanijne kościotrupy zabraniają funkcjonariuszowi realizowania innym razem konstytucyjnych, politycznych działań, to co może on uczynić, aby naprawić ten błąd? Ma stanąć i wyrzec się wszystkiego («tylko żartowałem») i spróbować ponownie. A może potrzebujemy również, aby sąd stał na straży szczerości tej *mea culpa* – przebijając się do «głębi serca» funkcjonariusza publicznego, aby odgadnąć, czy rzeczywiście zmienił swoje zdanie?»⁴⁷.

Glosowane orzeczenie osłabia wolność słowa, tłumiąc swobodę mowy politycznej w okresie kampanii wyborczej. Tymczasem przedmiotowa wolność znajduje „pełne i najbardziej pilne zastosowanie w kampanii do politycznych urzędów”⁴⁸.

Niespotykane dotychczas w amerykańskim orzecznictwie było stosowanie zasady nieustanawiania religii do kwestii polityki zagranicznej i imigracyjnej. Przywołane przez Sąd Apelacyjny orzeczenia Sądu Najwyższego, w których stwierdzono niekonstytucyjność działań władzy ze względu na ich religijny cel dotyczyły innych kategorii spraw. Sąd Najwyższy sięgał przy tym w swych rozważaniach do zewnętrznych – wobec kontrolowanego działania władzy – źródeł nie w poszukiwaniu religijnego celu, ale dla jego potwierdzenia, podejrzanego na podstawie bezpośrednio samego kontestowanego działania, jak: prezentacja Dekalogu w budynku sądów⁴⁹, odmawianie modlitwy przez uczniów szkoły publicznej z udziałem trenera przed meczem szkolnej drużyny⁵⁰, wymóg nauczania w szkole ewolucjonizmu razem z teorią kreacjonizmu⁵¹, rozpoczynanie każdego dnia nauki w szkołach publicznych od minuty medytacji lub modlitwy⁵².

Jeżeli można szukać prawnie relewantnej analogii pomiędzy sprawą, w kontekście której zapadło glosowane orzeczenie, a sprawami rozpoznawanymi przez Sąd Najwyższy z zastosowaniem *Establishment Clause* – i przywołanymi przez sąd odwoławczy – to jest nią sprawa *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*⁵³. Sąd Najwyższy stwierdził wówczas niekonstytucyjność prawa stanowego, które wyodrębniło okręg szkolny obejmujący obszar religijnej enklawy zamieszkiwanej przez ortodoksyjnych żydów. Uznał, że prawodawca, określając granice okręgu szkolnego, kierował się celami i kryteriami

⁴⁷ *Washington v. Trump*, No. 17-35105 (9th Cir. March 17, 2017) (Kozinski, J., dissenting).

⁴⁸ *McCutcheon v. Fed. Election Comm'n*, 134 S. Ct. 1434, 1441 (2014).

⁴⁹ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

⁵⁰ *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

⁵¹ *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

⁵² *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985).

⁵³ 512 U.S. 687 (1994).

religijnymi. Co jednak istotne, sędzia Kennedy na gruncie tej sprawy wskazał, iż religijnie determinowane kształtowanie terytorium okręgu szkolnego było „wyraźne” (*explicit*)⁵⁴. Tymczasem rozporządzenie prezydenta Trumpa *prima facie* jest religijnie neutralne.

Jakkolwiek zasadnie Sąd Apelacyjny twierdzi, że świecki cel ma być pierwszorzędny, to zarazem myli się, sugerując, iż religijna motywacja nie może odgrywać jakiegokolwiek roli w działalności władzy publicznej. Cel świecki nie musi być „wyłączny”⁵⁵. Prawnie relewantny jest cel aktu normatywnego, „a nie możliwe religijne motywy” tych, którzy ten akt wydali czy uchwalili⁵⁶. Zarzucanie przez sąd odwoławczy, że prezydent, wydając drugie rozporządzenie, kierował się pragmatyką procesową, nie przemawia przeciwko niemu. Zmiana polityki „w celu uniknięcia pozwu jest akceptowanym celem”⁵⁷.

Zastosowanie *Establishment Clause* do spraw polityki zagranicznej mogłoby istotnie wpłynąć na dwustronne kontakty USA z różnymi państwami wyznaniowymi na świecie, reglamentując dotychczasową szeroką swobodę prezydenta w tej materii⁵⁸.

Sąd Apelacyjny całkowicie przemilczał wprowadzony przez Prokuratora Generalnego we wrześniu 2002 r. – po zamachach terrorystycznych z 11 września roku poprzedniego – program narodowego bezpieczeństwa (*National Security Entry-Exit Registration System* – NSEERS⁵⁹), pomiędzy którym a rozpatrywaną sprawą zachodzą istotne podobieństwa. Program wymagał, aby mężczyźni cudzoziemcy powyżej 16. roku życia niebędący imigrantami pochodzący z 25 konkretnych państw stawili się do rejestracji i oddania odcisków palców. Wśród 25 wspomnianych państw aż 24 było państwami muzułmańskimi. Listę państw zamieszkiwanych przez głównie wyznawców islamu uzupełniała Korea Północna. Cudzoziemcy wnieśli liczne pozwy do sądów federalnych, twierdząc, że NSEERS jest niekonstytucyjny, dyskryminując ich ze względu na ich religię, etniczność, gender i rasę. Podnosili też, iż program był motywowany niechęcią wobec muzułmanów. Sąd Apelacyjny dla 2. Okręgu, sięgając do precedensów *Fiallo* i *Mandel*, oddalił powództwa. Nie podzielił zarzutu, że u podstaw programu stała antymuzułmańska niechęć. Wskazał, iż NSEERS nie odnosi się do muzułmanów z niewymienionych państw, zarazem obejmuje też niemuzułmanów z danych państw. Zgodnie z prawdą zauważył, że „główne zagrożenie ata-

⁵⁴ *Grumet*, 512 U.S. 729.

⁵⁵ *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 680-81 & n.6 (1984); *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589, 602 (1988).

⁵⁶ *Bd. of Educ. v. Mergens*, 496 U.S. 226, 249 (1990).

⁵⁷ *ACLU of Ky. v. Rowan County*, 513 F. Supp. 2d 889, 904 (E.D.Ky. 2007).

⁵⁸ *American Insurance Association v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 414 (2003).

⁵⁹ Program został zakończony 23 grudnia 2016 r. przez prezydenta Obamę w ostatnich dniach jego urzędowania.

kami terrorystycznymi pochodzi od radykalnych grup islamistycznych⁶⁰. Ataki z 11 września zostały ułatwione poprzez naruszenie przepisów imigracyjnych przez cudzoziemców głównie z krajów muzułmańskich⁶¹. Sąd odmówił też oceny NSEERS pod kątem jego „skuteczności i mądrości”, gdyż „nie ma sposobu ustalenia, czy program wzmacniający monitorowanie cudzoziemców przeważał albo zmniejszył ataki”⁶².

Nawet jeśli uwzględnić wypowiedzi Trumpa z okresu kampanii wyborczej i przed zaprzysiężeniem, to wynika z nich, że zamierzeniem późniejszego prezydenta było zwiększenie względów bezpieczeństwa, a nie dyskryminowanie muzułmanów z powodu *per se* ich religii. Fakt, iż sześć państw objętych rozporządzeniem zamieszkuje głównie ludność muzułmańska nie jest dowodem, że akt prezydenta był motywowany religijnie. Jak zauważono w jednym z *amicus brief* przedłożonym w sprawie, konsekwentnie stosowane rozumowanie sądu musiałoby doprowadzić do uznania, iż przywileje będące udziałem weteranów też są wątpliwe konstytucyjne, rzekomo faworyzując mężczyzn, skoro 85% weteranów jest płci męskiej (*argumentum ad absurdum*)⁶³.

Krytyczna ocena głosowanego orzeczenia bynajmniej nie jest równoznaczna z pozytywną merytoryczną oceną samego rozporządzenia prezydenta Trumpa⁶⁴. Na gruncie omawianej sprawy prawnie relewantne nie było jednak to, czy rozporządzenie stanowiło jedyny ani nawet najlepszy sposób ochrony bezpieczeństwa narodowego⁶⁵. Prezydent, podejmując działania w zakresie bezpieczeństwa narodowego, nie musi stosować środków najmniej restrykcyjnych⁶⁶. „Mądrość politycznych wyborów” dokonywanych przez prezydenta nie powinna być przedmiotem rozważań sądu⁶⁷, ale poddawana ocenie obywateli w akcie wybor-

⁶⁰ Według niektórych szacunków od zamachów 11 września 2001 r. ponad 150 Amerykanów zostało zamordowanych w 52 aktach islamskiego terroru lub motywowanych islamem zabójstw honorowych w USA, <https://www.thereligionofpeace.com/attacks/american-attacks.aspx>. Zob. też: <https://www.facebook.com/notes/anna-tomerlin/islamic-jihadist-muslim-terrorist-attacks-on-us-1801-2017/135450889824819/>.

⁶¹ *Rajah v. Mukasey*, 544 F.3d 427, 439 (2d Cir. 2008). Podobnie: *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65 (1st Cir. 2006); *Ali v. Gonzales*, 440 F.3d 678 (5th Cir. 2006); *Ahmed v. Gonzales*, 447 F.3d 433 (5th Cir. 2006); *Zafar v. U.S. Att'y Gen.*, 461 F.3d 1357 (11th Cir. 2006); *Shaybob v. Att'y Gen.*, 189 Fed. Appx. 127, 129-30 (3d Cir. 2006); *Hadayat v. Gonzales*, 458 F.3d 659 (7th Cir. 2006); *Malik v. Gonzales*, 213 Fed.Appx. 173 (4th Cir. 2007); *Adenwala v. Holder*, 341 F. App'x 307 (9th Cir. 2009).

⁶² *Mukasey*, 544 F.3d 439.

⁶³ <https://www.ca4.uscourts.gov/docs/pdfs/17-1351/17-1351-amicusbrief-faclj.pdf?sfvrsn=4>.

⁶⁴ Zob. A. Corinthios, *How Many Terrorist Attacks in the U.S. Have Been Carried Out by Immigrants from the 7 Banned Muslim Countries?*, <http://people.com/politics/donald-trump-refugee-muslim-ban-terrorist-attack-us-statistics/>.

⁶⁵ *I.R.A.P. v. Trump* (Shedd, J., dissent, p. 187).

⁶⁶ *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386, 395 (4th Cir. 2005).

⁶⁷ *Sale v. Haitian Ctrs. Council, Inc.*, 509 U.S. 155, 165 (1993).

czym. Niebezpieczne jest wyrażone przez sędziego Dennisa Shedda w zdaniu odrębnym do wyroku przekonanie, że sąd oparł rozstrzygnięcie na „swojej własnej ocenie mądrości rozporządzenia”, a nie jego konstytucyjności⁶⁸. Równie niebezpieczny jest poważniejszy zarzut sformułowany – podobnie w zdaniu odrębnym – przez sędziego Paula Niemeyera, iż sąd kierował się chęcią uzyskania „politycznie pożądanego rezultatu”⁶⁹. Znamienny i wymowny pozostaje fakt, że w gronie 10 sędziów głosujących za orzeczeniem 6 było nominowanych przez prezydenta Obamę, 4 przez prezydenta Clintona, z kolei 3 sędziów, którzy złożyli zdanie odrębne, pochodziło z nominacji prezydenta Busha. Nie po raz pierwszy i zapewne nie ostatni sąd z pozycji strażnika Konstytucji wszedł w rolę recenzenta i cenzora działalności politycznej.

Bibliografia

- Corinthios A., *How Many Terrorist Attacks in the U.S. Have Been Carried Out by Immigrants from the 7 Banned Muslim Countries?*, <http://people.com/politics/donald-trump-refugee-muslim-ban-terrorist-attack-us-statistics> (1.08.2017).
- Department of Homeland Security, *United States Begins Implementation of Changes to the Visa Waiver Program*,
- Department of State, *Country Reports on Terrorism 2015*, <https://www.state.gov/documents/organization/258249.pdf> (1.08.2017).
- DHS Announces Further Travel Restrictions for the Visa Waiver Program*.
- Exec. Order No. 13780, “Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States,” 82 Fed. Reg. 13209 (Mar. 6, 2017).
- <https://preview.dhs.gov/news/2016/01/21/united-states-begins-implementation-changes-visa-waiver-program> (1.08.2017).
- <https://preview.dhs.gov/news/2016/02/18/dhs-announces-further-travel-restrictions-visa-waiver-program> (1.08.2017).
- <https://www.ca4.uscourts.gov/docs/pdfs/17-1351/17-1351-amicusbrief-acjl.pdf?sfvrsn=4> (1.08.2017).
- <https://www.facebook.com/notes/anna-tomerlin/islamic-jihadist-muslim-terrorist-attacks-on-us-1801-2017/135450889824819/U.S.> (1.08.2017).
- <https://www.thereligionofpeace.com/attacks/american-attacks.aspx> (1.08.2017).
- International Refugee Assistance Project v. Trump*, No. 17-361, 2017 WL 1018235 (D. Md. Mar. 16, 2017).

Streszczenie

Omawiany wyrok odnosi się do konstytucyjności rozporządzenia prezydenta Donalda Trumpan nr 13780 częściowo i czasowo ograniczającego obywatelom sześciu krajów, w większości

⁶⁸ *I.R.A.P. v Trump* (Shedd, J., dissent, p. 181).

⁶⁹ *I.R.A.P. v Trump* (Niemeyer, J., dissent, p. 165).

muzułmańskich, możliwość wjazdu do USA. Federalny Sąd Apelacyjny dla 4. Okręgu orzekł, że rozporządzenie, jakkolwiek uzasadniane względami bezpieczeństwa narodowego, narusza pierwszą poprawkę do ustawy zasadniczej, gdyż skutkuje religijną nietolerancją i dyskryminacją muzułmanów. Stanowisko sądu jest nieprzekonujące. Po pierwsze, sąd niewłaściwie zinterpretował orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawach polityki imigracyjnej. Po drugie, w sposób nieuprawniony wziął pod uwagę wypowiedzi Donalda Trumpa z okresu kampanii wyborczej, aby na ich podstawie stwierdzić, że literalnie jednoznaczne i religijnie neutralne rozporządzenie było motywowane niechęcią do wyznawców islamu. Po trzecie, sąd błędnie zastosował w danej sprawie precedensy dotyczące konstytucyjnej zasady nieustanawiania religii (*Establishment Clause*). Zdaniem autora federalny Sąd Apelacyjny zamiast działać jako strażnik Konstytucji postawił się na stanowisku recenzenta i cenzora działalności politycznej.

Słowa kluczowe: prawo imigracyjne, terroryzm, islamofobia, orzecznictwo, Donald Trump, USA

GLOSS TO THE JUDGMENT OF THE FEDERAL COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT OF 25 MAY 2017 IN THE CASE INTERNATIONAL REFUGEE ASSISTANCE PROJECT V. TRUMP

Summary

The reviewed judgment refers to constitutionality of President Donald Trump's Executive Order No. 13780, "Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States". The given legal act places temporary limits on travel to the U.S. from six predominantly Muslim countries, while the screening and vetting procedures would be reviewed. Federal Court of Appeals for the Fourth Circuit ruled that Executive Order, although "in text speaks with vague words of national security", actually "in context drips with religious intolerance, animus, and discrimination", thus violates the Establishment Clause of the First Amendment. The Court's opinion is unconvincing. Firstly, the Court wrongly applied U.S. Supreme Court case law on immigrant policy. Secondly, the Court unduly considered statements made by Donald Trump during the presidential campaign to conclude that an unambiguous and religiously neutral Order was motivated by anti-islam animus. Thirdly, the Court misapplied the Establishment Clause jurisprudence to the given case. In the Author's view, federal Court of Appeal instead of acting as a guardian of the Constitution, put itself in the position of a reviewer and censor of political activity.

Keywords: immigration law, terrorism, islamophobia, case law, Donald Trump, USA

SPRAWOZDANIA

Magdalena Komar-Zabłocka

**SPRAWOZDANIE Z OGÓLNOPOLSKIEJ
KONFERENCJI „RZYMSKIE KORZENIE PROCESU KARNEGO”,
RZESZÓW, 19–20 PAŹDZIERNIKA 2017 ROKU, WYDZIAŁ PRAWA
I ADMINISTRACJI UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO**

19–20 października 2017 r. odbyła się w Rzeszowie ogólnopolska konferencja naukowa pt. „Rzymskie korzenie procesu karnego”, zorganizowana we współpracy dwóch zakładów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego – Zakładu Prawa Karnego Procesowego kierowanego przez dr. hab. P.K. Sowińskiego, prof. UR, oraz Zakładu Prawa Rzymskiego kierowanego przez dr. hab. R. Świrgoń-Skok, prof. UR.

Konferencja miała odpowiedzieć na pytanie o wpływ prawa rzymskiego na obecny kształt instytucji prawa karnego procesowego, w mniejszym zaś stopniu również prawa karnego materialnego. W konferencji wzięli udział przedstawiciele 9 ośrodków akademickich z całej Polski, zarówno romaniści, jak i procesualiści.

Obrady odbyły się w czterech sesjach, po dwie w każdy dzień konferencji. Panelowi otwierającemu konferencję przewodniczyła prof. zw. dr hab. K. Dudka z UMCS w Lublinie, która zwróciła uwagę, że przedmiotowe obrady są pierwszym krokiem w kierunku wzajemnego zrozumienia przedstawicieli tych dwóch jakże odległych dyscyplin naukowych, tj. prawa rzymskiego oraz prawa karnego procesowego.

Pierwszy referat pt. *De accusationibus et inscriptionibus (D. 48, 2)*. *Kilka uwag o wzajemnej zależności rzymskiego crimen i rzymskiej accusatio* wygłosił prof. zw. dr hab. K. Amielińczyk (UMCS). Prelegent z uznaniem odniósł się do próby powiązania współczesnego procesu karnego z jego rzymskim odpowiednikiem, wskazując jednak na trudności z tym związane. Wskazał na niewytworzenie przez autorów antycznych rozbudowanych teorii prawa, definicji i bardziej pragmatyczne podejście do instytucji prawnych. Trudności w studiach potęguje brak źródeł poznania lub ich szczątkowość. Prelegent zwrócił uwagę na tożsamość obecnego w *Digestach* pojęcia *crimen* zarówno dla oznaczenia skargi oskarżycielskiej, jak i całego procesu. Referent przedstawił także budowę skargi

oskarżycielskiej oraz zasady rządzące prawem oskarżyciela do dysponowania skargą, w tym związaną z tym zasadą *res iudicata* rozumianą w specyficzny sposób, bowiem obowiązującą tylko oskarżyciela, który „wcześniej” oskarżał.

Tematem kolejnego wystąpienia były *Rzymskie źródła zasady ne bis in idem*. Prof. nadzw. dr hab. M. Rogalski z Uczelni Łazarskiego w Warszawie zwrócił uwagę, że z czasów rzymskich wywodzi się wiele paremii znanych współczesnym systemom prawnym. Wśród nich znajduje się zasada *ne bis in idem*, której rozwój przypada w czasach rzymskich. Profesor przytoczył koncepcję Ulpiana, który twierdził, że rzecz osądzoną przyjmuje się za prawdę, bez względu na to, czy oskarżony został skazany, czy niewinny. W czasach starożytnego Rzymu dostrzegano ponadto materialną i formalną prawomocność wyroku, która oznaczała ustalenie stanu prawnego między stronami i jednocześnie oznaczała zakaz prowadzenia procesu z powodu tego samego przestępstwa. Prelegent skonstatawał, że zasada ta przetrwała do obecnych czasów, pomimo że przez wieki podlegała licznym modyfikacjom (np. w Wielkiej Brytanii wyraża ją koncepcja *rule against double jeopardy* zakazująca podwójnego karania za to samo przestępstwo, a w Polsce znajduje swe odbicie w połączeniu z zasadą *res iudicata*).

Jako kolejny referat wygłosił prof. zw. dr hab. J. Skorupka (Uniwersytet Wrocławski) – *Summum ius summa iniuria jako motto ostatnich zmian procedury karnej*. Myślą przewodnią referatu była odpowiedź na pytanie, czy prawo może mieć dowolną, nawet najbardziej niemoralną zawartość, a to w kontekście przepisów wprowadzonych ustawą z 11 marca 2016 r., a konkretnie przepisów: art. 168a k.p.k. dotyczącego wykorzystania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, art. 237a wprowadzającego możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli oraz art. 168b umożliwiającego wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej.

Pierwszą sesję zamknął referat dr hab. M. Dyjakowskiej, prof. KUL, pt. *Zasada ignorantia iuris nocet i jej znaczenie dla odpowiedzialności karnej*. Prelegentka wyjaśniła pochodzenie i znaczenie tej zasady w poszczególnych źródłach prawa rzymskiego oraz w kolejnych epokach, a także jej wpływ na odpowiednie uregulowania w Kodeksach karnych z 1932, 1969 oraz 1997 r.

Podsumowaniem pierwszej sesji była gorąca dyskusja, której kanwę stanowiły wcześniejsze wystąpienia. Zwracano przy tej okazji uwagę na zróżnicowanie instytucji prawa rzymskiego w różnych okresach historycznych oraz potrzebę chronologicznego ich przedstawiania. Głos w dyskusji zabrali, m.in. profesoro- wie: E. Kruk (UMCS), J. Skorupka, K. Dudka, M. Rogalski, P.K. Sowiński, a także K. Amiełańczyk i K. Woźniewski (UG).

Sesję drugą rozpoczęło wystąpienie prof. zw. dr hab. K. Dudki (UMCS) pt. *Zmiana pozycji stron w postępowaniu karnym*, które poświęcone zostało pozycji pokrzywdzonego w rzymskim oraz we współczesnym polskim procesie kar-

nym. W referacie porównano skrajnie różne podejścia do tego uczestnika procesu, który w rzymskim procesie nie budził większego zainteresowania z uwagi na specyficzne pojmowanie istoty przestępstwa, podczas gdy współcześnie znacznie szerzej uwzględnia się jego prawnie chronione interesy, nadając mu liczne uprawnienia (np. poprzez nadanie statusu strony w postępowaniu przygotowawczym czy też przyznając rolę oskarżyciela na etapie postępowania sądowego).

Następnie *Skargowy model procesu karnego w perspektywie jego rzymskich korzeni* omówił dr D. Gil (Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie). W oparciu o postępowanie przed trybunałami – *questiones perpetuae* porównał on przebieg procesu karnego z nowożytnym jego odpowiednikiem w aspekcie zasady skargowości oraz wskazał na pewne podobieństwa porównywanych instytucji, takie jak wymogi formalne skargi czy konsekwencje niestawiennictwa oskarżyciela w tym postępowaniu.

Ostatni referat pierwszego dnia konferencji, pt. *Zasada kontrydiktoryjności w rzymskim procesie karnym*, wygłosił dr A Chmiel (UMCS). Prelegent przedstawił zasadę zwaną zasadą równości stron procesowych przed *questiones perpetuae* w postępowaniu kognicyjnym oraz w okresie cesarstwa, wskazując na pozytywne i negatywne aspekty tej zasady w poszczególnych okresach.

Drugi dzień konferencji rozpoczęło wystąpienie dr hab. E. Gajdy, prof. USz, pt. *Ecclesiastica sanctio w prawie poklasycznym? Uwagi wstępne*, w którym prelegentka omówiła reżim prawny stosowania kar dla czynów o charakterze homoseksualnym.

Przesłuchaniu świadka w rzymskim procesie karnym na tle obecnie obowiązujących rozwiązań karnoprocessowych poświęcony był z kolei referat dr hab. E. Kruk z UMCS w Lublinie. Referentka dokonała porównania pojęcia świadka oraz warunków, jakie musiał spełniać zeznający, a także zaprezentowała sposoby i taktykę przesłuchań z perspektywy rozwiązań antycznych i współczesnych.

Na szczególną rolę *Przedstawiciela społecznego jako amicus curie w postępowaniu sądowym* zwrócił w swoim referacie dr hab. K. Woźniewski, prof. UG, wskazując na cechy wspólne i różnicujące tę instytucję w oparciu m.in. o kryterium wykształcenia prawniczego, charakter prawny czy też sposobu dopuszczenia do procesu.

Wybrane zagadnienia dotyczące *Pozycji procesowej oskarżonego* omówiła dr M. Mozgawa-Saj z UMCS. Autorka swój referat oparła na dostępnych źródłach prawnych, mowach obrończych Cycerona oraz tych ustępach Pisma Świętego, które traktowały o procesie Jezusa z Nazaretu. W wystąpieniu prelegentka zwróciła uwagę na odmienne podejście do kwestii obrony w procesie rzymskim, gdzie oczekiwano od tej strony aktywnego zbijania zarzutów oskarżenia. Ta ostatnia kwestia skłoniła dr hab. P.K. Sowińskiego, prof. UR, do po-

stawienia pytania, jak potoczyłaby się nasza historia, gdyby Jezus podjął skuteczną obronę przed prokuratorem Judei Poncjuszem Piłatem.

Ostatnią, czwartą sesję konferencji otworzył referat dr E. Loski (UKSW) nt. utrudniania procesu karnego przez oskarżyciela w prawie rzymskim. Przeanalizowano tu możliwość oskarżenia o tzw. kalumnię, znowę procesową (tzw. *praevaricator*) oraz porzucenie sporu.

Dr hab. A. Golonka, prof. UR, wygłosiła referat pt. *Ewolucja wybranych zagadnień instytucji prawa karnego materialnego*, natomiast mgr W. Niemiec (UG) zaprezentowała referat pt. *Rzymska geneza nieważności orzeczeń*, w którym przedstawiła zasady rządzące instytucją stwierdzenia nieważności orzeczeń w procesie antycznym oraz te ich elementy, które przeniknęły do Kodeksów postępowania karnego z 1928 r., 1969 r. i 1997 r.

Temat przedostatniego referatu, który zaprezentował mgr W. Kosior (UR), brzmiał *D. 48, 2, 3, pr., i art. 332 § 1 k.p.k, uwagi prawnoporównawcze*. Prelegent przedstawił wymogi, jakie musiał spełniać antyczny akt oskarżenia, i omówił te jego elementy, które znalazły swoje odbicie w Kodeksach postępowania karnego z lat 1928, 1969 i 1997. Konferencję zakończył referat mgr B. Zalewskiego (UMCS) pt. *Historyczne znaczenie zasady In poenalibus causis benignius interpretandum est*, w którym autor odniósł się do genezy stosowania wykładni łagodniejszej dla podsądnych.

Tę część konferencji zwieńczyła dyskusja, w której udział wzięli prelegenci ostatniej sesji oraz prof. zw. dr hab. M. Zabłocka i prof. zw. dr hab. K. Dudka.

Konferencję podsumowała moderatorka ostatniego panelu, a jednocześnie współorganizatora dr hab. R. Świrgoń-Skok, prof. UR, która podziękowała gościom za przybycie oraz aktywny udział w wydarzeniu. Wyrażono przy tej okazji wolę kontynuowania tego typu interdyscyplinarnych spotkań naukowych, zapowiadając, że następna konferencja poświęcona będzie problematyce dowodowej w ujęciu prawa procesowego karnego i cywilnego oraz źródłom rzymskim.

Karol Piękoś**SYSTEM OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA W EUROPIE
ORAZ AUSTRALII I OCEANII. KONTEKST UNIWERSALNY,
SPECYFIKA REGIONALNA, UWARUNKOWANIA
REALIZACYJNE.****Z OKAZJI 60. ROCZNICY TRAKTATÓW RZYMSKICH,
25. ROCZNICY PODPISANIA TRAKTATU O UNII EUROPEJSKIEJ
I 30. ROCZNICY UTWORZENIA AUSTRALIJSKIEJ KOMISJI
PRAW CZŁOWIEKA, WARSZAWA, 24–25 KWIECZNIA 2017 ROKU**

24 i 25 kwietnia 2017 r. odbyła się „IX Międzynarodowa Konferencja Naukowa Systemy ochrony praw człowieka w Europie oraz w Australii i Oceanii. Kontekst uniwersalny – specyfika regionalna – uwarunkowania realizacyjne”. Jest to największe tego typu wydarzenie w Polsce, które dotyczy praw człowieka i jest organizowane w cyklicznie. Organizatorem tego przedsięwzięcia był Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach (Instytut Prawa, Ekonomii i Administracji) oraz Stowarzyszenie Parlamentarzystów Polskich (Zarząd Główny). Kierownikiem naukowym konferencji był prof. dr hab. J. Jaskiernia. Na konferencji obowiązywały trzy języki oficjalne: polski, angielski oraz rosyjski.

Obrady rozpoczęły się 24 kwietnia o godzinie 8:00. W budynku Sejmu RP odbyła się rejestracja uczestników, zaś o 9:00 miała miejsce oficjalna ceremonia otwarcia konferencji. Przybyłych gości przywitał prof. dr hab. J. Jaskiernia, który pełni funkcję dyrektora Instytutu Prawa i Ekonomii i Administracji UJK oraz jest marszałkiem Stowarzyszenia Parlamentarzystów Polskich. Wystąpienie powitalne wygłosił prorektor UJK w Kielcach prof. dr hab. B. Zbroińska. Na ceremonii otwarcia pojawił się również L. DeBono, prezydent Europejskiego Stowarzyszenia Parlamentarzystów Państw Członkowskich Rady Europy. Po tym wystąpieniu swoje przemówienia mieli również liczni goście honorowi.

Wystąpienia uczestników konferencji zostały umiejscowione w 18 zespołach dyskusyjnych oraz 3 sesjach plenarnych. W konferencji wzięło udział ponad 150 uczestników z wielu państw. Pierwsza sesja plenarna dotyczyła ochrony praw człowieka w Australii i Oceanii na tle uniwersalnych tendencji ochrony praw człowieka. Obradom przewodniczył dr hab. A. Bisztyga, prof. UZ.

Pierwsze wystąpienie zatytułowane *Prawa i losy człowieka na zakrętach dziejowych w Europie oraz Australii i Oceanii* wygłosił prof. dr hab. W. Pomykało, który pełni funkcję prezesa w Fundacji Innowacja. Następnie głos zabrał prof. dr hab. K. Complak z Uniwersytetu Wrocławskiego, którego wystąpienie dotyczyło modeli ustrojowych państw Oceanii i ochrony praw człowieka. W pierwszej sesji plenarnej głos zabrali również prof. dr hab. T. Iwiński z Wyższej Szkoły Bezpieczeństwa z wystąpieniem *Wyzwania migracyjno-uchodźcze: standardy prawa międzynarodowego, a doświadczenia europejskie i australijskie*; prof. nadzw. dr hab. M. Stefaniuk, która pełni funkcję prodziekana Wydziału Prawa i Administracji na UMCS w Lublinie, z wystąpieniem *Commonwealth Ombudsman, rola i zadania*; prof. dr hab. G. Grabowska, która jest dziekanem Wydziału Nauk Społecznych i Administracji w Wyższej Szkole Menadżerskiej w Warszawie, z wystąpieniem *Unia Europejska wobec ochrony praw człowieka w Australii i Oceanii*; oraz prof. dr hab. L. Pastusiak z Akademii Finansów i Biznesu VISTULA w Warszawie z wystąpieniem *Co wynika z polityki zagranicznej prezydenta Donalda Trumpa?*

Po przerwie uczestnicy konferencji udali się na obrady 18 zespołów dyskusyjnych. W zespołach dyskusyjnych brali również czynny udział pracownicy i studenci Uniwersytetu Rzeszowskiego. Prof. nadzw. dr hab. S. Grabowska z Instytutu Nauk o Polityce przewodniczyła obradom w 7. zespole dyskusyjnym zatytułowanym „Ochrona praw społeczno-gospodarczych”. Obrady w 3. zespole dyskusyjnym „Instytucje ochrony praw człowieka w Australii i Oceanii” prowadził prof. nadzw. dr hab. R. Grabowski, pracownik Instytutu Nauk o Polityce.

Czynny udział w konferencji wzięli udział trzej studenci z Instytutu Nauk o Polityce Uniwersytetu Rzeszowskiego. D. Wicherek podczas obrad 7. zespołu dyskusyjnego wygłosił referat zatytułowany *Rola Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w polskim porządku prawnym*. Kolejnym prelegentem z Instytutu Nauk o Polityce był D. Boratyn, który brał udział w 12. zespole dyskusyjnym – „Ochrona praw i wolności politycznych gdzie wygłosił referat: Prawo do wolności słowa w Internecie – mowa nienawiści, hejt”. W 11. zespole dyskusyjnym „Prawo do sądu i organizacja wymiaru sprawiedliwości” referat pt. *Respektowanie ochrony praw człowieka w europejskim nakazie aresztowania* wygłosił K. Piękoś.

W pierwszym dniu obrad zaplanowana została wycieczka po Sejmie RP. Podczas zwiedzania budynku uczestnicy konferencji mogli dokładnie zapoznać się ze szczegółami funkcjonowania legislatury w Polsce, jak i dowiedzieć się, jak działa parlament RP. Jest ważne miejsce uchwalania ustaw, które mają istotny wpływ na poszanowanie praw człowieka. Pierwszy dzień obrad zakończył się uroczystą kolacją.

We wtorek 25 kwietnia miała miejsce druga sesja plenarna. W czasie obrad uczestnicy poruszali kwestię zwiększania efektywności ochrony praw człowieka

w obszarze Australii i Oceanii. Tego samego dnia odbyła się również trzecia sesja plenarna, której temat brzmiał: *Nowe wyzwania i rozwiązania w obszarze praw człowieka*. W tej części konferencji pojawili się licznie prelegenci z naukowych ośrodków zagranicznych m.in. z Ukrainy, Rosji i Słowacji. Konferencję zakończyła uroczysta ceremonia.

Niewątpliwie tak duże wydarzenie zrzeszające badaczy z wielu państw służy wypracowaniu oraz analizowaniu przestrzegania istotnych praw człowieka. Konferencja cieszyła się sporym zainteresowaniem nie tylko środowiska akademickiego, ale i świata polityki czy instytucji, które czuwają nad przestrzeganiem prawa. Praktyczny wymiar tego wydarzenia ma bardzo istotny wpływ na podążanie w kierunku zwiększania zakresu ochrony praw człowieka oraz służy integracji osób, które badają oraz zabiegają o poszanowanie tych niezbywalnych wartości.

AFILIACJE

LIDIA BRODOWSKI – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

TOMASZ CHŁOPECKI – adiunkt, Wyższa Szkoła Prawa im. Heleny Chodkowskiej, Wrocław

ANNA GOLONKA – profesor nadzwyczajny, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

MAGDALENA KOMAR-ZABŁOCKA – asystent, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

ANETA KOWALCZYK – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

ONDREJ KUBÍK – JUDr. PhDr. PhD., Faculty of Law, Pan-European University, Bratislava

DAGMARA KUŹNIAR-KWIATEK – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

ANNA MARCINKOWSKA – prokurator Prokuratury Rejonowej w Krośnie

GRZEGORZ MAROŃ – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

ANNA OPAR – doktor nauk prawnych, Państwowa Wyższa Szkoła w Sanoku

KAROL PIĘKOŚ – Wydział Socjologiczno-Historyczny, Uniwersytet Rzeszowski

PETER POLÁK – doc. JUDr. PhD., Faculty of Law, Pan-European University, Bratislava

MAGDALENA PRZĄDKA-LESZCZYŃSKA – aplikant adwokacki

MILAN SUDZINA – JUDr. PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta

SŁAWOMIR ZWOLAK – asystent, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski

