

PRAWO 23

ZESZYTY NAUKOWE
UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO

NR 102

SERIA
PRAWNICZA

PRAWO 23

pod redakcją naukową
RENATY ŚWIRGOŃ-SKOK



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2018

Redaktor naczelny
RENATA ŚWIRGOŃ-SKOK

Redaktorzy tematyczni
dr hab. prof. nadzw. ELŻBIETA FERET, dr hab. prof. UR JAN OLSZEWSKI;
dr hab. prof. UR VIKTORIYA SERZHANOVA; dr hab. prof. UR PIOTR SOWIŃSKI

Redaktor statystyczny
AGATA JANAS

Sekretarz redakcji
GRZEGORZ MAROŃ

Rada naukowa
ELŻBIETA URA, prof. dr hab. Stanisław Pieprzny (Uniwersytet Rzeszowski) – Przewodniczący;
Prof. dr hab. Elżbieta Ura (Uniwersytet Rzeszowski); Prof. dr hab. Stanisław Sagan (Uniwersytet Rzeszowski); doc. JUDr. Dobrovičová Gabriela, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice; Uniwersytet Rzeszowski); Prof. h.c.doc. JUDr. Mária Bujňáková (Pavol Jozef Šafárik University in Košice; Uniwersytet Rzeszowski); doc. JUDr. Mária Kiovská, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice); Prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Masaryk University – Czech Republic); Prof. dr hab. Marina Karaseva-Sentsova (Voronezh State University – Russia); Prof. univ. dr. Ioan Leş (Lucian Blaga University of Sibiu – Romania); Assoc. Prof. PhD. Ioan Ganfalean (University „1 Decembrie 1918” of Alba Iulia – Romania); Lect. PhD. Miruna Mihaela Tudorascu (University „1 Decembrie 1918” of Alba Iulia – Romania); Víctor Hugo Ramírez Lavalle (Universidad Iberoamericana Puebla – Mexico); Professor Dr. Lecturer Irene Bajo Garcia (Universidad de Alicante – Spain)

Opracowanie redakcyjne i korekta
BERNADETA LEKACZ

Opracowanie techniczne
EWA KUC

Łamanie
TOMASZ TWARDOWSKI

Projekt okładki
JERZY TOMALA

© Copyright by
Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2018

ISSN 1643-0484 ISSN 1730-3508

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

1611

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. 17,25; ark. druk. 16,75; zlec. red. 113/2018

Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego

SPIS TREŚCI

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

PRAWO I MEDYCYNA

JAN CIECHORSKI	
Odpowiedzialność szpitala psychiatrycznego za działania władcze	11
AGNIESZKA FIUTAK	
Kolizja w obowiązku udzielenia pomocy przez lekarza	28
ANNA JACEK	
Przesłanki udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej po wejściu w życie przepisów ustawy „apteka dla aptekarza”	38
ANNA MARCINKOWSKA	
Analiza obecnych rozwiązań ustawowych w zakresie ochrony pracowników medycznych jak funkcjonariuszy publicznych	51
JOLANTA PACIAN	
Przewinienie zawodowe farmaceuty. Uwagi w kontekście zawodu farmaceuty i statusu samorządu zawodowego	66
JOANNA PAŚKIEWICZ	
Problematyka odpowiedzialności zawodowej personelu medycznego – wybrane aspekty.....	80
KATARZYNA WARDAK, MAŁGORZATA NAGÓRSKA	
Kształcenie podyplomowe pielęgniarek i położnych	95
ANNA WOJTCZYK	
Czy w przetargu nieograniczonym można zapewnić bezpieczeństwo pacjentom? Analiza orzecznictwa	105

ARTYKUŁY

KATARZYNA CIUĆKOWSKA	
Klauzule <i>rebus sic stantibus</i> w kontekście umów kredytowych z walutą obcą	119
JUSTYNA GRUSZA	
Znowelizowana ustawa o grach hazardowych w świetle prawa unii europejskiej	132

MATEUSZ IMIOŁ	
Eksperyment medyczny w ujęciu etycznym	147
EWA JĘDRZEJEWSKA	
Uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości	161
MAGDALENA KOMAR-ZABŁOCKA	
Zasady i warunki przesłuchania w trybie art. 308 § 2 k.p.k.	173
ANNA MARCISZ-DYNIA	
Efektywność prawa Unii Europejskiej w praktyce – wybrane zagadnienia	185
ARTUR POTOCKI	
Zależność samorządowych instytucji kultury w aspektach prawnoadministracyjnych	197
MACIEJ S. RATAJCZAK	
Konsorcjum w prawie zamówień publicznych – solidarność czynna i bierna wobec osób trzecich – w postępowaniu i na etapie realizacji umowy	210
PIOTR K. SOWIŃSKI	
Kształtowanie się instytucji dobrowolnego poddania się karze w trybie art. 338a i 387 k.p.k. Kilka uwag na tle zmian z lat 1997–2016	229
MILAN SUDZINA	
Vklad do katastra nehnuteľností slovenskej republiky (začatie vkladového konania) Wpis prawa w rejestrze nieruchomości Republiki Słowackiej (wszczęcie procedury wpisu)	244
MILAN SUDZINA	
Vklad do katastra nehnuteľností Slovenskej republiky (návrh na vklad) Wpis do rejestru nieruchomości Republiki Słowackiej (wpis prawa)	253
Afiliacje	266

CONTENTS

LAW AND MEDICINE

JAN CIECHORSKI	
Responsibility of the psychiatric hospital for action	11
AGNIESZKA FIUTAK	
Conflict with the doctor's duty to provide assistance	28
ANNA JACEK	
Conditions for granting permission to operate a pharmacy after the come into force of the provisions of the Act „Pharmacy for a pharmacist”	38
ANNA MARCINKOWSKA	
Comments on current statutory solutions in the penal and legal protection over medical professionals as public officers	51
JOLANTA PACIAN	
Professional Misconduct of a Pharmacist. Comments in the Context of the Profession of a Pharmacist and the Status of Professional Self-Government	66
JOANNA PAŚKIEWICZ	
Problems of professional responsibility of medical personnel – selected aspects	80
KATARZYNA WARDAK, MAŁGORZATA NAGÓRSKA	
Postgraduate education of nurses and midwives	95
ANNA WOJTCZYK	
Is it possible to ensure the safety in the competitive bidding?	105

ARTICLES

KATARZYNA CIUĆKOWSKA	
Clauses <i>rebus sic stantibus</i> in the context of credit agreements with foreign currency	119
JUSTYNA GRUSZA	
Amended act on gambling in the light of European Union law	132

MATEUSZ IMIOŁ	
Medical experiments in ethical	147
EWA JĘDRZEJEWSKA	
Entitlement to free conversion of the right of perpetual usufruct into the property right	161
MAGDALENA KOMAR-ZABŁOCKA	
The terms and conditions of the interview in the procedure of art. 308 § 2 of the Criminal Procedure Code.....	173
ANNA MARCISZ-DYNIA	
The effectiveness of the law of the European Union in practice – selected issues.....	185
ARTUR POTOCKI	
The dependence of self-government cultural institutions in the administrative law aspects.....	197
MACIEJ S. RATAJCZAK	
Consortium in the provisions of the public procurement law – joint and several liability – in the procurement procedure and performance of the contract.....	210
PIOTR K. SOWIŃSKI	
Shaping the voluntary institution of the baptism in article 338a and 387 k.p.k. Some remarks on the background of change in the year 1997–2016.....	229
MILAN SUDZINA	
Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (beginning of insert proceedings).....	244
MILAN SUDZINA	
Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (proposal for insert).....	253
Affiliations	266

PRAWO I MEDYCYNĄ

Jan Ciechorski**ODPOWIEDZIALNOŚĆ SZPITALA PSYCHIATRYCZNEGO
ZA DZIAŁANIA WŁADCZE****Zagadnienia ogólne**

Celem niniejszego opracowania jest określenie charakteru przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego, a w konsekwencji wskazanie podstawy prawnej dochodzenia ewentualnych roszczeń z tym związanych. Staralem się udzielić odpowiedzi na następujące pytanie: Czy przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 23 i 24 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (zatrzymanie w trybie art. 28 tej ustawy), a także zastosowanie przymusu bezpośredniego może być kwalifikowane jako wykonywanie władzy publicznej? Powyższe w sposób oczywisty wpływa na wybór kwalifikacji prawnej omawianego postępowania szpitala psychiatrycznego.

Podstawą wszelkich działań w medycynie jest zgoda pacjenta, co nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości, skoro niekwestionowaną naczelną zasadą udzielania świadczeń zdrowotnych jest poszanowanie autonomii pacjenta¹. Ewentualne naruszenie prawa do samostanowienia pacjenta stanowi przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotu wykonującego działalność leczniczą². Odpowiedzialność ta jest ponoszona na zasadach przewidzianych w przepisach o odpowiedzialności deliktowej Kodeksu cywilnego.

¹ Określa się ją jako zasadę prawa medycznego obok zasad: dobra chorego, ochrony godności człowieka – pacjenta oraz odpowiedzialności za czyn wyrządzający szkodę pacjentowi. P. Dzienis [w:] *Leksykon prawa medycznego, 100 podstawowych pojęć*, red. A. Górski, Warszawa 2012, s. 282–283.

² Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 160 ze zm.) jest nim podmiot leczniczy (przedsiębiorca, samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, jednostki budżetowe tworzone przez określone naczelne i centralne organy administracji rządowej spełniające ustawowe wymogi, instytuty badawcze, fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej, posiadające osobowość prawną jednostki organizacyjne stowarzyszeń, osoby prawne i jednostki organizacyjne Kościołów i związków wyznaniowych, jednostki wojskowe – w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą) oraz lekarz lub pielęgniarka wykonujący zawód w ramach praktyki zawodowej.

Wskutek reform ustrojowych państwa przeprowadzonych w 1998 r. doszło również do radykalnych zmian w funkcjonowaniu systemu opieki zdrowotnej. Najważniejsze z nich to uzyskanie przez zakłady opieki zdrowotnej osobowości prawnej, przyporządkowanie tych zakładów poszczególnym jednostkom samorządu terytorialnego, a także wprowadzenie w miejsce finansowania poprzez budżetowanie uzyskiwania przychodów przez te placówki medyczne na podstawie umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawieranych z publicznym dysponentem składek na ubezpieczenie zdrowotne (do 2004 r. były to regionalne kasy chorych, a następnie Narodowy Fundusz Zdrowia). Ta przebudowa całego systemu opieki zdrowotnej (a szerzej: ochrony zdrowia) wywarła oczywisty wpływ na zasady ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej przez zakłady opieki zdrowotnej. Zgodnie art. 35b nieobowiązującej ustawy z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej³ samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego uzyskały osobowość prawną⁴ Uzyskanie samodzielności przez te zakłady w obrocie cywilnoprawnym uniemożliwiało dalsze traktowanie tych podmiotów jako *stationes fisci* i ponoszenie odpowiedzialności za szkody powstałe w wyniku ich działania przez Skarb Państwa na podstawie art. 417 (w brzmieniu sprzed 1 września 2004 r.).

Zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie szeroko omówiono odpowiedzialność deliktową szpitala. Obecnie powszechnie przyjmuje się, iż w przypadku tzw. błędu w sztuce medycznej czy też zwykłego niedbalstwa jest to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (art. 430 k.c.) przy koniecznym zawinieniu pracownika szpitala (art. 415 k.c.), natomiast w zakresie szkód wyrządzonych wskutek wadliwej organizacji udzielania świadczeń zdrowotnych podmiot ten ponosi odpowiedzialność za własne postępowanie, tzw. wina organizacyjna (art. 415 k.c., ewentualnie za postępowanie swego organu na podstawie art. 416 k.c.⁵). Jak trafnie stwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 7 marca 2008 r.⁶,

³ T.j. Dz.U. z 2007 r., nr 14, poz. 89 ze zm.

⁴ Wbrew poglądom wyrażanym w orzecznictwie (wyrok SA w Krakowie z 12 lipca 2011 r., sygn. I ACa 569/11, OSA 6/2012) oraz w doktrynie (M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 15 i 53) wejście w życie ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 160 ze zm.) nie miało wpływu na status prawny tych jednostek.

⁵ Jak wskazał SA w Łodzi w wyroku z 28 lutego 2018 r., sygn. I ACa 902/17, LEX nr 2478531: „Odpowiedzialność zakładu leczniczego za zakażenia pacjentów oparta jest na konstrukcji winy anonimowej lub organizacyjnej, co wynika ze specyfiki działania jednostek organizacyjnych, z którym to działaniem wiąże się szkoda. Konstrukcja ta pozwala zerwać personalną więź między działaniem lub zaniechaniem prowadzącym do powstania szkody a zarzutem niewłaściwego zachowania się, poprzestając na ustaleniu, że niewątpliwie zawinił organ lub któryś z pracowników osoby prawnej. Tym samym wina zostaje odniesiona do dostrzeżonych wadliwości w działaniu zespołu ludzi lub funkcjonowaniu określonej struktury organizacyjnej”.

⁶ Sygn. I ACa 910/07, LEX nr 465070.

„samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, uzyskujące osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, ponoszą odpowiedzialność deliktową jak każda osoba prawna na podstawie art. 415, 416, 429 i 430 k.c.” Powszechnie odrzuca się w orzecznictwie ponoszenie tej odpowiedzialności kwalifikowanej jako wykonywanie władzy publicznej. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 18 sierpnia 2006 r.⁷ uznał: „Działalność usługowa w zakresie służby zdrowia nie jest działalnością z zakresu imperium. Jeśli jest ona wykonywana przez specjalnie do tego celu zakład opieki zdrowotnej, posiadający osobowość prawną, to przepis dawnego art. 420¹ § 2 k.c. nie daje wystarczających podstaw do uznania pracownika takiej jednostki za osobę działającą na zlecenie organów jednostek samorządu terytorialnego lub ich związków. W konsekwencji nie można rozstrzygać sprawy na podstawie dawnego art. 417 k.c. Prowadzi to do wniosku, że kwestię odpowiedzialności rozstrzygać należy na zasadach ogólnych, określonych w art. 430 k.c. w związku z art. 415 k.c.” Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z 13 maja 2005 r.⁸ przyjął, iż „spełniając zadania publiczne, a do takich należy opieka zdrowotna wykonywana ze środków publicznych, zakłady opieki zdrowotnej utworzone przez organy administracji nie stają się organami władzy, gdyż nie kształtują w drodze przymusu sytuacji prawnej pacjentów. Dlatego odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej w reżimie deliktowym opiera się na przepisach art. 416 k.c., ewentualnie w związku z art. 429 i 430 k.c.”

Wydaje się, że tak radykalne stanowisko nie jest dogmatycznie uzasadnione. Można wskazać przepisy art. 29 ust. 2 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, który ustanawia kompetencję dla szpitala (*verba legis*: również innego zakładu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w rodzaju całodobowe i stacjonarne świadczenia zdrowotne) do zatrzymania pacjenta pomimo żądania jego wypisania zgłaszanego przez jego opiekuna ustawowego, jeżeli stan zdrowia tego pacjenta wymaga dalszego udzielania świadczeń zdrowotnych. W takim przypadku szpital ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia sądu opiekuńczego właściwego ze względu na miejsce udzielania świadczeń zdrowotnych. Zatrzymanie to może trwać do czasu wydania w sprawie orzeczenia przez sąd opiekuńczy. Niestety w komentarzach do ustawy o działalności leczniczej nie poddano analizie kwalifikacji prawnej tego zatrzymania. W mojej ocenie należy uznać, iż w tym zakresie szpital dokonujący takiego zatrzymania – odmowy wypisania pacjenta – wykonuje czynności władcze⁹.

⁷ Sygn. I ACa 620/06, LEX nr 269609.

⁸ Sygn. I CK 662/04, LEX nr 301781.

⁹ Uzasadnienie powyższej tezy będzie wynikać z dalszej części opracowania, z twierdzeń dotyczących wykonywania władzy publicznej przez szpital psychiatryczny, które to *per analogiam* można odnieść do odmowy wypisania ze szpitala w trybie art. 29 ust. 2 ustawy o działalności leczniczej.

Psychiatria jest szczególną dziedziną medycyny, w której często dochodzi do przełamania woli osoby z zaburzeniami psychicznymi. Ustawa z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego¹⁰ wprost przewiduje uprawnienie do podejmowania czynności wbrew woli pacjenta w następujących sytuacjach:

- przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego w trybie nagłym (art. 23 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy),
- zatrzymanie w szpitalu psychiatrycznym (art. 28 ustawy),
- przymusowe leczenie oraz
- stosowanie przymusu bezpośredniego.

Poza zakresem tematycznym niniejszego opracowania pozostaje stosowanie środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym sprawcy, który *tempore criminis* był w stanie niepoczytalności.

Przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego

Na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego może nastąpić w dwóch trybach: nagłym (art. 23 ust. 1 i art. 24 ustawy) oraz wnioskowym (art. 29 ust. 1 ustawy). Poza zakresem niniejszych rozważań pozostaje przyjęcie w trybie wnioskowym, gdyż wówczas następuje ono na podstawie postanowienia sądu opiekuńczego, który podejmuje wiążącą uczestnika decyzję po przeprowadzeniu przewidzianego w przepisach ustawy postępowania, a samo przyjęcie ma charakter wyłącznie wykonawczy. W konsekwencji w przypadku przyjęcia bez zgody w trybie wnioskowym szpital nie kształtuje samodzielnie sytuacji prawnej i faktycznej osoby tak przyjmowanej, tym samym nie może ponosić odpowiedzialności za zgodność z prawem tego przyjęcia. W doktrynie przesłanki przyjęcia w trybie nagłym dzieli się na medyczne (psychiatryczne) oraz behawioralne¹¹. Do pierwszych z nich zalicza się chorobę psychiczną (w przypadku art. 23) oraz zaburzenie psychiczne (art. 24 ustawy). Co prawda w judykaturze podnosi się w ślad za nauką psychiatrii, iż pojęcie „choroba psychiczna” jest pojęciem anachronicznym, a prawidłowym określeniem jest „zaburzenie psychiczne”¹². Powyższe zastrzeżenia można zni-

¹⁰ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 882 ze zm. (dalej: ustawa).

¹¹ S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień*, Warszawa 1995, s. 34–39; J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r.*, I ACa 361/13, OSP 4/2015.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 marca 2016 r., sygn. II AKz 53/16, LEX nr 2229232, w którym wskazano, że „osoba chora psychicznie to osoba wykazująca zaburzenia psychotyczne. W obecnie obowiązujących systemach diagnostycznych zrezygnowano z pojęcia «choroba psychiczna», uznając, że stosowanie tego terminu jest anachronizmem, który «może być przyczyną poważnych nieporozumień i nadużyć» (S. Puzyński – Psychiatria polska t. XLI, 2007,

welować, posługując się ustawowym synonimem choroby psychicznej, mianowicie zaburzeniem psychotycznym.

Aby mogło dojść do przyjęcia bez zgody na podstawie art. 23 ustawy, w czasie przyjęcia musi zostać stwierdzona choroba psychiczna. Jak wskazuje się w literaturze, powinno to mieć charakter niewątpliwy¹³. Wobec tak stawianego wymogu można zgłosić uzasadnione zastrzeżenia, iż postulowana pewność zdiagnozowania zaburzenia psychotycznego będzie w zasadzie zachodziła w dwóch przypadkach: 1) jeżeli osoba przyjmowana wcześniej była leczona psychiatrycznie z diagnozą zaburzeń psychotycznych lub 2) gdy objawy są na tyle ewidentne, że pozwalają już w czasie badania podczas przyjęcia postawić taką diagnozę. Wydaje się, iż takie przypadki należeć będą do rzadkości. Tym samym realizacja stawianego wymogu pewności stwierdzenia choroby psychicznej prowadziłoby do drastycznego ograniczenia tego typu przyjęcia. Wydaje się, iż należy ograniczyć ten wymóg do bardzo wysokiego prawdopodobieństwa istnienia choroby psychicznej, której to przyjęcie dotyczy. Nie można przy tym zapominać, iż badanie dokonywane przy przyjęciu odbywa się w specyficznych warunkach izby przyjęć, gdzie lekarz często nie może poświęcić pacjentowi odpowiedniej ilości czasu, tym samym diagnoza „przyjęciowa” z definicji będzie weryfikowana późniejszym badaniem w warunkach oddziału. Natomiast odmiennie ustawodawca ujął omawianą przesłankę przy przyjęciu w trybie art. 24 ust. 1 ustawy. Nie jest bowiem wymagana pewność stawianej diagnozy przy przyjęciu w zakresie wskazania konkretnej przyczyny, a jedynie zachodzenie wątpliwości co do ich charakteru. Innymi słowy, osoba przyjmowana na tej podstawie musi cierpieć na zaburzenia psychiczne w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy, jednak nie można stwierdzić w czasie przyjęcia, czy zaburzenia te mają charakter psychotyczny. W konsekwencji przyjąć należy, że niepewność diagnozy stanowi cechą konstrukcyjną przyjęcia w trybie art. 24 ustawy.

Jak już wskazałem, drugą grupę przesłanek tworzą przesłanki behawioralne dotyczące zachowania osoby przyjmowanej bez zgody przed tym przyjęciem. Ustawodawca w tym przypadku nie wprowadził różnic pomiędzy przyjęciem na podstawie art. 23 ust. 1 i art. 24 ust. 1. W obu przypadkach konieczne jest stwierdzenie, iż jej dotychczasowe zachowanie wskazuje, że ze względu na cho-

s. 299–308); aktualnie preferowany jest termin «zaburzenie psychiczne» obejmujący wszystkie zaburzenia przebiegające z objawami psychotycznymi: omamami, urojeniami, ciężkimi zaburzeniami nastroju i emocji”. Można podzielić powyższe zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego, jednak podkreślić należy, że zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 1 ustawy zaburzenie psychiczne jest określeniem zbiorczym obejmującym zarówno zaburzenia psychotyczne, jak i upośledzenie psychiczne, a także inne zakłócenia czynności psychicznych. Zaaprobowanie cytowanego poglądu prowadziłoby do zatarcia różnicy między przesłankami psychiatrycznymi przyjęcia na podstawie art. 23 ust. 1 a art. 24 ust. 1 ustawy.

¹³ J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2012, s. 236.

robę psychiczną (odpowiednio: zaburzenie psychiczne) zagraża bezpośrednio swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. W orzecznictwie trafnie zauważa się, że w omawianych przepisach nie jest konieczne dokonanie przez osobę, której przyjęcie dotyczy, czynu zagrażającego swojemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, a wystarcza samo bezpośrednie zagrożenie takim postępowaniem¹⁴. Lekarz realizujący przyjęcie w omawianych trybach dokonuje ustaleń dotyczących zaistnienia przesłanek behawioralnych na podstawie wywiadu przeprowadzonego z pacjentem oraz informacji uzyskanych od innych osób: rodziny pacjenta (jeżeli towarzyszy mu podczas przyjęcia), zespołu Ratownictwa Medycznego (jeżeli był przewieziony karetką), a nawet policjantów (w przypadku asysty Policji), Co prawda lekarz, dokonując tych ustaleń, powinien krytycznie oceniać przekazywane mu wiadomości, jednak nie można wymagać, aby w tym celu „przeprowadzał postępowanie wyjaśniające”¹⁵. Również i w tym przypadku nie sposób wprowadzać obowiązku, aby ustalenia dotyczące przesłanki behawioralnej zawsze były zgodne z rzeczywistością, ponieważ szpital nie może ponosić odpowiedzialności chociażby za celowe przekazanie fałszywych informacji przez osoby zainteresowane przyjęciem danej osoby do szpitala psychiatrycznego.

Wyżej omówione przesłanki przyjęcia można określić jako merytoryczne przesłanki przyjęcia bez zgody do szpitala psychiatrycznego w trybie nagłym. Z kolei wymogi formalne takiego przyjęcia zostały określone w przepisach art. 23 ust. 2–5 ustawy (w przypadku przyjęcia na obserwację mają one wprost zastosowanie na podstawie odesłania zawartego w art. 24 ust. 3 ustawy). Aby przyjęcie to było zgodne z powołanymi przepisami, musi go dokonać lekarz psychiatra po uzyskaniu w miarę możliwości opinii drugiego lekarza psychiatry lub psychologa (art. 23 ust. 2). Lekarz ten obowiązany jest poinformować pacjenta o przyczynach przyjęcia oraz przysługujących mu prawach (art. 23 ust. 3 ustawy). Z kolei w art. 23 ust. 4 zd. 1 ustawy wprowadzono kontrolę wewnętrzną tego przyjęcia, której dokonuje ordynator/lekarz kierujący oddziałem poprzez jego zatwierdzenie w terminie do 48 godzin od chwili przyjęcia. W przypadku niezatwierdzenia przyjęcia bez zgody ma on obowiązek podjęcia decyzji o wypisaniu pacjenta ze szpitala. W sytuacji zatwierdzenia na kierownika szpitala psy-

¹⁴ Jak stwierdził Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 23 listopada 2016 r., sygn. I ACa 1155/15, LEX nr 2188830: „W świetle powołanego już art. 23 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego brak jest podstaw do łączenia oceny zaistnienia zagrożenia z rozmiarem poniesionych przez osobę pokrzywdzoną obrażeń, zwłaszcza skoro ustawodawca niejako «penalizuje» już samo zaistnienie zagrożenia – jego ryzyka, a nie jego faktyczne zaistnienie”.

¹⁵ Tak słusznie stwierdził Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 17 listopada 2016 r., sygn. I ACa 838/16, LEX nr 2185531: „Trzeba bowiem wskazać, że lekarz decydujący o przyjęciu do szpitala nie prowadzi dochodzenia w celu ustalenia prawidłowości zdarzeń wynikających z wywiadu uzyskanego od osób, które przewożą agresywnego pacjenta do szpitala”.

chiatrycznego został nałożony obowiązek powiadomienia o tym fakcie sądu opiekuńczego miejscowo właściwego ze względu na siedzibę szpitala w terminie 72 godzin od przyjęcia. Wszystkie wyżej opisane czynności muszą zostać odnotowane w dokumentacji medycznej pacjenta (art. 23 ust. 5 ustawy).

W przypadku przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby za zgodą przewidzianą w art. 22 ust. 1 ustawy, która to osoba ją cofnęła, a jej zachowanie wskazuje, że zachodzą okoliczności uzasadniające jej przyjęcie w trybie art. 23 ust. 1 ustawy, może ona zostać zatrzymana w szpitalu psychiatrycznym. Do tego zatrzymania mają zastosowanie przepisy art. 23 ust. 2–3 ustawy. Analizując art. 28 ustawy, nie można pomijać ograniczeń zeń wynikających, a dotyczących zastosowania zatrzymania w szpitalu psychiatrycznym. Po pierwsze, może ono dotyczyć wyłącznie pacjenta przyjętego za zgodą, po drugie, muszą zaistnieć zarówno przesłanki medyczne, jak i behawioralne przyjęcia w trybie art. 23 ust. 1 ustawy. Taka redakcja tego przepisu wyłącza jego zastosowanie wobec osób przyjętych na obserwację (art. 24 ustawy) nawet po zdiagnozowaniu u obserwanta zaburzeń psychiatrycznych.

Przymus bezpośredni

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego taksatywnie określa formy przymusu bezpośredniego, które mogą być użyte wobec pacjenta. Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 ustawy przez przymus bezpośredni należy rozumieć: 1) przytrzymanie (którym jest doraźne, krótkotrwałe unieruchomienie osoby z użyciem siły fizycznej); 2) przymusowe zastosowanie leków (przez co należy rozumieć doraźne lub przewidziane w planie postępowania leczniczego wprowadzenie leków do organizmu osoby – bez jej zgody); 3) unieruchomienie (obezwładnienie osoby z użyciem pasów, uchwytów, prześcieradeł lub kaftana bezpieczeństwa); 4) izolację (umieszczenie osoby pojedynczo w zamkniętym i odpowiednio przystosowanym pomieszczeniu).

Ustawodawca wskazał także przyczyny, w razie zaistnienia których przymus bezpośredni może być użyty. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy może to nastąpić wyłącznie w przypadkach wyraźnego dopuszczenia jego zastosowania w przepisach ustawy oraz gdy osoba z zaburzeniami psychicznymi:

- 1) dopuszcza się zamachu przeciwko:
 - życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby, lub
 - bezpieczeństwu powszechnemu, lub
- 2) w sposób gwałtowny niszczy lub uszkadza przedmioty znajdujące się w jej otoczeniu, lub
- 3) poważnie zakłóca lub uniemożliwia funkcjonowanie zakładu leczniczego lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej.

Przy czym zastosowanie przymusu bezpośredniego w formie unieruchomienia lub izolacji może nastąpić wyłącznie w przypadkach określonych w pkt 1 i 2.

Od 1 stycznia 2018 r.¹⁶ wprowadzono rudymentarne zmiany w zasadach stosowania przymusu bezpośredniego zgodnie z ustawą o ochronie zdrowia psychicznego. Przede wszystkim ustawodawca wprost dopuścił stosowanie przymusu bezpośredniego w innych szpitalach niż tylko psychiatryczne. Nadto radykalnie zaostrzył wymogi dotyczące przedłużenia stosowania przymusu: każdorazowe przedłużenie zastosowania unieruchomienia lub izolacji wymaga opinii lekarza specjalisty psychiatrii, natomiast po dwukrotnym przedłużeniu o dalszym stosowaniu tych form przymusu może zdecydować wyłącznie specjalista psychiatra (po uzyskaniu opinii drugiego specjalisty psychiatrii).

Przepisom tym można postawić zarzut sprzeczności z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa poprzez wprowadzenie obowiązków zasadniczo niemożliwych do realizacji. Przy obecnej zbyt małej liczbie lekarzy psychiatrów nie sposób wykonać wprowadzonych wymogów. Może to powodować nieprzestrzeganie tych obowiązków, co rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. Wydaje się, że prawodawca nie miał świadomości, iż *expressis verbis* przyznając szpitalom niepsychiatrycznym uprawnienie do stosowania przymusu bezpośredniego, jednocześnie poddał je wymogom dotyczącym przedłużania jego stosowania, ponieważ w tym zakresie przepisy ustawy nie rozróżniają (*lege non distinguente*) szpitali psychiatrycznych od niepsychiatrycznych.

Przymusowe leczenie

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego w art. 33 dopuszcza przeprowadzenie wobec osoby przyjętej bez zgody niezbędnych czynności leczniczych mających na celu usunięcie przyczyn przymusowego przyjęcia. Już z brzmienia tego przepisu wynikają ograniczenia w jego stosowaniu. Po pierwsze, wprowadzono kryterium niezbędności podejmowanych czynności leczniczych. Nadto muszą być one nakierowane na uzyskanie celu w postaci usunięcia przyczyn przyjęcia bez zgody. W konsekwencji poza zakresem przedmiotowym omawianego uprawnienia pozostaje leczenie schorzeń somatycznych. Do tych przypadków (innych niż zaburzenia psychotyczne) będą miały zastosowanie przepisy ustawy z 5 grudnia 1996r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty¹⁷. Jednocześnie ze wskazanego kryterium niezbędności wynika ograniczenie interwencji medycznych do wyłącznie takich, które są konieczne do uzyskania celu, o jakim

¹⁶ Ustawa z 24 listopada 2017 r. o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2439).

¹⁷ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 617 ze zm.

wcześniej była mowa. Podkreślić należy, iż celem tym nie jest wyleczenie pacjenta, a uzyskanie takiej poprawy, która pozwala na uzasadnioną prognozę, że po wypisaniu ze szpitala pacjent nie będzie stanowił źródła bezpośredniego zagrożenia dla swego życia lub życia bądź zdrowia innych osób. Kolejnym ograniczeniem w podejmowaniu przymusowego leczenia jest wyłączenie osób z zaburzeniami psychicznymi przyjętych na obserwację w trybie art. 24 ust. 1, co zostało wprost wskazane w art. 33 ust. 4 ustawy. W przypadku tych osób interwencja medyczna jest możliwa jako zastosowanie przymusu bezpośredniego w postaci przymusowego podania leku oczywiście po spełnieniu przesłanek zawartych w art. 18 ust. 1 ustawy. Natomiast udzielanie świadczeń zdrowotnych innych niż z zakresu psychiatrii jest możliwe na zasadach ogólnych określonych w przepisach ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

Zaznaczyć należy, że omawiany przymus leczenia nie ma zastosowania do świadczeń zdrowotnych o podwyższonym ryzyku określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 24 kwietnia 2012 r. w sprawie wykazu świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko¹⁸. Powołane rozporządzenie do takich zabiegów zalicza: 1) punkcję podpotyliczną lub lędźwiową w celu pobrania płynu mózgowo-rdzeniowego lub podania leków oraz 2) leczenie elektrowstrząsami. W tych przypadkach konieczna jest dodatkowa zgoda pacjenta, co uniemożliwia wykonanie tych świadczeń na podstawie uprawnienia do przymusowego leczenia. Powyższe świadczenia mogą być wykonane bez zgody pacjenta wyłącznie po uzyskaniu wcześniejszej zgody zastępczej sądu.

Odpowiedzialność za wykonywanie władzy publicznej

Wyżej opisane czynności, do których wykonywania uprawniony jest szpital psychiatryczny na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, uzasadniają rozważenie, czy właściwa jest ich kwalifikacja jako wykonywanie władzy publicznej, a w konsekwencji czy szpital korzystający z przyznanych mu kompetencji może ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 417 k.c.

Artykuł 417 § 1 k.c. wymienia następujące przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody wynikające z wykonywania władztwa publicznego:

- wykonywanie władzy publicznej powierzonej w przepisach ustaw,
- niezgodność z prawem jej wykonywania,
- szkoda powstała przy wykonywaniu tych czynności,
- adekwatny związek przyczynowy między wykonywaniem władzy publicznej a powstałą szkodą.

Podstawową przesłanką jest oczywiście samo uznanie danych czynności za działania władcze. Wykonywanie władzy publicznej stanowi *criterium divisionis*

¹⁸ Dz.U. z 2012 r., poz. 494.

szczególnej odpowiedzialności podmiotów ją wykonujących od pozostałych przypadków ponoszenia odpowiedzialności deliktowej. Zgodnie z rudymenarnym w tym zakresie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 18 grudnia 2001 r.¹⁹ przez podmioty wykonujące władzę publiczną należy uznawać nie tylko organy władzy w znaczeniu konstytucyjnym, a więc władzę ustawodawczą, sądowniczą i wykonawczą, ale również inne podmioty, które wykonują tę władzę w wyniku powierzenia lub przekazania im tych zadań. Jak wskazał Trybunał w powołanym judykacie: „Wykonywanie władzy publicznej dotyczy wszelkich form działalności państwa, samorządu terytorialnego i innych instytucji publicznych, które obejmuje bardzo zróżnicowane formy aktywności. Wykonywanie takich funkcji łączy się z reguły, chociaż nie zawsze, z możliwością władczego kształtowania sytuacji jednostki. Dotyczy to obszaru, na którym może dojść do naruszenia praw i wolności jednostki ze strony władzy publicznej”.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie²⁰ trafnie wskazuje się, iż wymienione na wstępie czynności podejmowane bez zgody pacjenta stanowią dotkliwą i głęboką ingerencję w podstawowe prawa i wolności jednostki. Jak oczywiście słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 14 października 2016 r.²¹, odpowiedzialność odszkodowawcza nie wiąże się z każdym działaniem będącym wykonywaniem władzy publicznej, a jedynie tylko z takim, które jest naruszeniem konstytucyjnych praw i wolności, konstytucyjnych zasad wykonywania władzy publicznej, a także obowiązków zawartych w przepisach ustawowych oraz aktach wykonawczych. W konsekwencji należy odróżnić szkody wyrządzone w ramach wykonywania przyznaných uprawnień od szkód powstałych w rezultacie naruszenia przyznaných kompetencji. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z 23 maja 2013 r.²²: „Zachowanie niezgodne z prawem to takie zachowanie sprzeczne z porządkiem prawnym, polegające na sprzeczności z zakresem kompetencji organu, sposobem jego postępowania i treścią rozstrzygnięcia wynikającego z wzorca ustawowego a jego działaniem rzeczywistym”.

¹⁹ Sygn. SK 18/00, OTK 2001/8/256.

²⁰ M. Balicki, *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1; J. Ciechorski, *Odpowiedzialność szpitala psychiatrycznego za śmierć pacjenta w wyniku samobójstwa w świetle orzecznictwa*, „Prawo i Medycyna” 2016, nr 4; *idem*, *Glosa do postanowienia SN z 6.08.2014 r.*, V CSK 145/14, „Glosa” 2016, nr 2; *idem*, *Glosa do wyroku SA w Białymstoku z 21.03.2014 r.*, I ACa 834/14, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 1; *idem*, *Glosa do wyroku SA w Katowicach z 27.06.2013 r.*, I ACa 361/13, OSP 2015, nr 4; *idem*, *Glosa do postanowienia SN z 11.05.2012 r.*, II CSK 678/11, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 1–2; *idem*, *Glosa do wyroku SA w Szczecinie z 31.01.2013 r.*, I ACa 766/12, „Palestra” 2014, nr 10; *tenże*, *Przyjęcie osoby bez jej zgody do szpitala psychiatrycznego na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – uwagi w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, EPS 2018, nr 4.

²¹ Sygn. I CSK 707/15, LEX nr 2151401.

²² Sygn. I ACa 44/13, LEX nr 1400477.

Z uwagi na szczególnie charakter omawianego przepisu trzeba przesłanki w nim wymienione wyklądać w sposób ścisły. Powyższe twierdzenie dotyczy również interpretacji niezgodności z prawem. Tym samym omawianej niezgodności z prawem nie należy utożsamiać z bezprawnością w rozumieniu cywilnoprawnym, która stanowi niewątpliwie szerszą kategorię obejmującą nie tylko – jak w przypadku niezgodności z prawem – sprzeczność z normami prawa stanowionego, ale i z zasadami współżycia społecznego. Uwzględnienie tychże zasad będzie możliwe wówczas, gdy dany przepis wprost odsyła do ocen pozaprawnych. Zaznaczyć trzeba, że w doktrynie oraz orzecznictwie prezentowane są także odmienne stanowiska.

Nie powinno budzić wątpliwości, iż zakres przedmiotowy art. 417 § 1 k.c. obejmuje wyłącznie takie naruszenie przepisów prawa przy wykonywaniu władzy publicznej, które wyrządziło szkodę. Jednak szkodę tę należy ujmować szeroko poprzez objęcie nią zarówno szkody majątkowej, jak i krzywdy. Za przyjęciem krzywdy jako objętej obowiązkiem reparatornym za działania niezgodne z prawem przy wykonywaniu władzy publicznej przemawia brak wskazania w art. 448 k.c. zasady odpowiedzialności, której indemnizacja w nim przewidziana dotyczy. Uważam, iż brak jest podstaw do zawężania jego zastosowania do zasady winy. Takie też stanowisko zaprezentował Sąd Najwyższy w postanowieniu z 31 sierpnia 2017 r.²³, wskazując, że „artykuł 448 k.c. przewidujący zadośćuczynienie pieniężne w razie naruszenia dóbr osobistych nie odnosi się do zasad odpowiedzialności sprawcy i nie sposób z treści samego przepisu art. 448 k.c. wywieść winy jako przesłanki tej odpowiedzialności”. Zaś zgodnie z zasadą *lege non distinguente* skoro ustawodawca nie wprowadził ograniczeń w odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych, nie jest właściwe wprowadzanie takiego ograniczenia w drodze wykładni. Za możliwością ponoszenia odpowiedzialności na podstawie art. 448 k.c. w przypadku niezgodnych z prawem działań władczych opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 26 marca 2017 r.²⁴, uznając: „Odpowiedzialność Skarbu Państwa na podstawie art. 448 k.c. za wyrządzenie krzywdy przy wykonywaniu władzy publicznej nie jest zależna od winy, czyli iż oparta jest na przesłance niezgodności z prawem”. Jeszcze wyraźniej wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 14 października 2016 r.²⁵, trafnie podkreślając, iż „wynikający z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP i art. 417 k.c. obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działania władzy publicznej obejmuje także szkodę niemajątkową (krzywdę) w ujęciu art. 448 k.c.” Reasumując, przyjąć trzeba, że obowiązek indemnizacji za nie-

²³ Sygn. V CSK 590/16, LEX nr 2401838.

²⁴ Sygn. II CSK 320/16, LEX nr 2288090.

²⁵ Sygn. I CSK 707/15, LEX nr 2151401.

zgodne z prawem wykonywanie uprawnień władczych obejmuje wszystkie szkody, jakich doznał dany podmiot poddany temu oddziaływaniu.

Ostatnią przesłanką odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej jest adekwatny związek przyczynowy między powstałą szkodą a sprzecznym z prawem wykonywaniem czynności władczych. Pomiedzy tymi zdarzeniami konieczny jest taki związek kauzalny, w którym normalną przyczyną szkody jest naruszenie prawa przez podmiot wykonujący władzę publiczną. Niezgodne z prawem wykonywanie działań władczych musi stanowić konieczną przesłankę powstania szkody. Tym samym nie każde naruszenie przepisów przy wykonywaniu uprawnień władczych będzie skutkowało odpowiedzialnością odszkodowawczą. Powyższe twierdzenie wprost wynika z delimitacyjnej roli związku przyczynowego wprowadzonej bezpośrednio w art. 361 k.c. Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w powoływanym już wyroku z 14 października 2016 r.: „Bezprawność działania oznacza naruszenie przez władzę publiczną przepisów prawa, ale tylko takie naruszenie, które stanowiło warunek konieczny do powstania szkody i którego normalnym następstwem w danych okolicznościach jest powstanie szkody”.

Kwalifikacja czynności podejmowanych w szpitalu psychiatrycznym bez zgody pacjenta

Powyższe przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej należy odnieść do wyżej opisanych działań szpitala psychiatrycznego wykonywanych bez zgody pacjenta. Jak już wcześniej wskazałem, zarówno przyjęcie bez zgody do tego szpitala, zatrzymanie, leczenie bez zgody, jak i zastosowanie przymusu bezpośredniego należy traktować jako działania władcze, ponieważ w sposób jednostronny kształtują sytuację prawną i faktyczną pacjenta. Jednocześnie nie można pomijać okoliczności, iż czynności wyżej opisane służą nie tylko dobru osoby, wobec której są wykonywane, chociaż w piśmiennictwie podkreśla się, że „paradoks etyczny postępowania psychiatrycznego polega na tym, że psychiatrzy muszą przejściowo ograniczyć upośledzoną już autonomię psychicznie chorej jednostki, aby uwolnić ją od patologicznych barier i ułatwić odbudowę psychologicznej i fizycznej wolności”²⁶. Czynności te są również przedsięwzięte w interesie ogólnym. Jak się wskazuje, z przesłanek behawioralnych wynika stwarzanie bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia innych osób²⁷, nie tylko dla życia własnego osoby, której dotyczą. Nadto podnosi się, że

²⁶ S. Dąbrowski, L. Kubicki, *Ustawa o ochronie...*, s. 47.

²⁷ J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 21 marca 2014 r., sygn. I ACa 834/13*, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 1, s. 189–190.

„*police power* (władza policyjna) dotyczy obowiązku władzy zapewnienia ochrony obywatelom np. przed niebezpiecznymi zachowaniami chorych psychicznie, jednak zapewnienie tej ochrony odbywa się kosztem wolności osobistej pacjenta. Dlatego też podejmowanie decyzji o przymusowej hospitalizacji wiąże się każdorazowo z dylematem : prawo jednostki *versus* konieczność leczenia”²⁸.

Pierwsza ze wskazanych wyżej przesłanek jest niewątpliwie spełniona, gdyż kompetencje do takiego postępowania zostały wprost wyrażone w przepisach ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Aby szpital psychiatryczny ponosił odpowiedzialność na podstawie surowego reżimu określonego w art. 417 § 1 k.c., postępowanie osób, za które ponosi odpowiedzialność, musi naruszać wymogi formalne lub materialne przewidziane w przepisach ustawy dla poszczególnych zakresów podejmowanych działań. Wśród naruszenia wymogów materialnych przyjęcia bez zgody lub zatrzymania należy wymienić niestwierdzenie choroby psychicznej (art. 23 ust. 1 oraz art. 28 ustawy) lub zaburzenia psychicznego (art. 24 ustawy), a także brak podstaw do przyjęcia, iż zachodzą przesłanki behawioralne tego postępowania, czyli bezpośredniego zagrożenia dla życia osoby, wobec której czynności te są wykonywane, lub życia lub zdrowia innych ludzi. Naruszenie wymogów formalnych będzie miało miejsce wówczas, gdy przyjęcia bez zgody (zatrzymania) dokona lekarz niebędący psychiatrą, ordynator/ lekarz kierujący oddziałem nie zatwierdzi tego przyjęcia lub zatwierdzi z naruszeniem terminu określonego w art. 23 ust. 4 zd. 1 ustawy, ewentualnie nie nastąpi natychmiastowe nakazanie wypisania ze szpitala w przypadku niezatwierdzenia przyjęcia bez zgody, niezawiadomienie lub zawiadomienie naruszające termin wskazany w art. 23 ust. 4 zd. 2 ustawy przez kierownika szpitala psychiatrycznego. W przypadku zaś wykonywania przymusu bezpośredniego przesłanki merytoryczne zostały wskazane w art. 18 ust. 1 ustawy, tym samym ich naruszeniem będzie jego zastosowanie przy ich braku lub zastosowanie unieruchomienia albo izolacji, jeżeli pacjent poważnie zakłóca lub uniemożliwia funkcjonowanie szpitala (art. 18 ust. 6 ustawy). Natomiast naruszenie wymogów formalnych zastosowania przymusu bezpośredniego będzie miało miejsce wówczas, kiedy podjęcie decyzji o zastosowaniu przymusu bezpośredniego nastąpi przez inną osobę niż lekarz lub pielęgniarkę. Jednak należy podkreślić, iż niezgodne z prawem będzie zadecydowanie o jego zastosowaniu przez pielęgniarkę w sytuacji, gdy istnieje obiektywna możliwość natychmiastowego podjęcia tej decyzji przez lekarza (art. 18a ust. 6 ustawy).

Zastosowanie przymusu bezpośredniego należy uznać za bezprawne w następujących przypadkach: niezaprzestania stosowania przymusu pomimo niezatwierdzenia przez lekarza lub zatwierdzenia dalszego stosowania przymusu

²⁸ T. Popławski, A. Kejna, J. Rymaszewska, *Hospitalizacja bez zgody pacjenta jako źródło odczuwania przymusu*, „Psychiatria Polska” 2005, nr 1, s. 152.

przez lekarza bez osobistego badania pacjenta (art. 18a ust. 7 ustawy), naruszenia zasady proporcjonalności ustanowionej w art. 18 ust. 8 zd. 2 ustawy, nieodebrania osobie, wobec której stosowany jest przymus, przedmiotów niebezpiecznych, jeżeli wskutek tego osoba ta wyrządziła sobie krzywdę, braku sprawdzania co 15 minut stanu fizycznego pacjenta przez pielęgniarkę (art. 18a ust. 3 ustawy). Dalsze możliwe naruszenia związane są z podejmowaniem decyzji o przedłużeniu stosowania przymusu bezpośredniego: po pierwsze, jego przedłużeniem na okresy dłuższe niż 6-godzinne (art. 18a ust. 8 ustawy), po drugie, przedłużeniem przez lekarza stosowania przymusu bez uzyskania opinii lekarza psychiatry (art. 18a ust. 8 w zw. z ust. 10 ustawy), po trzecie, przedłużeniem stosowania przymusu powyżej 16 godzin przez lekarza niebędącego psychiatrą (art. 18a ust. 9 ustawy), po czwarte, nieuzyskaniem przez lekarza psychiatrę opinii innego psychiatry przy przedłużeniu przymusu powyżej 16 godzin (art. 18a ust. 9 w zw. z ust. 10 ustawy), niezawiadomieniem ordynatora/lekarza kierującego oddziałem o przymusie, który trwa powyżej 24 godzin (art. 18 ust. 11 ustawy).

W przypadku podjęcia leczenia bez zgody pacjenta na podstawie art. 33 ustawy jego bezprawność może zaistnieć w trzech zakresach: 1) przeprowadzenia leczenia wbrew zakazowi zawartemu w art. 33 ust. 4 ustawy, czyli wobec osoby przyjętej na obserwację w trybie art. 24 ust. 1 ustawy; 2) przekroczenia granic przymusowego leczenia – co oznacza podjęcie leczenia w szerszym zakresie niż tylko w celu usunięcia przyczyn przyjęcia bez zgody; 3) podjęcia czynności, na wykonanie których wymagana jest dodatkowa zgoda pacjenta.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż niepodjęcie przymusowych działań wobec osoby, która wypełnia przesłanki takiego postępowania, też będzie skutkowało odpowiedzialnością odszkodowawczą szpitala psychiatrycznego, jeżeli tylko zaniechanie spowoduje szkodę u tej osoby lub też u osób trzecich.

W przypadku działań władczych wykonywanych przez szpital psychiatryczny szkodą będzie z reguły krzywda pacjenta polegająca na naruszeniu jego prawa do autonomii, poczucia godności, prawa do samostanowienia. Nie można zapominać, iż przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym stanowi w istocie pozbawienie wolności, a co najmniej jej ograniczenie. Może to skutkować poczuciem bezradności, osamotnienia czy ogólnie krzywdy.

Skutki przyjęcia odpowiedzialności szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 417 k.c.

Zakwalifikowanie przymusowego przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, zatrzymania, leczenia bez zgody oraz zastosowania przymusu bezpośredniego jako wykonywania władztwa publicznego wywołuje daleko idące implikacje.

Przede wszystkim odpowiedzialność za niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej jest niezależna od winy danego podmiotu czy też jego pracowników, ponieważ ma ona charakter obiektywny. Tym samym nie jest konieczne zawinienie pracowników szpitala psychiatrycznego.

Drugą konsekwencją uznania tego postępowania za działania władcze w rozumieniu art. 417 § 1 k.c. jest możliwość ponoszenia przez ten podmiot odpowiedzialności na zasadzie słuszności (art. 417² k.c.). Przesłanki ponoszenia odpowiedzialności za tzw. szkody legalne są takie jak we wcześniej omówione z art. 417 § 1 z tą różnicą, że brak jest bezprawności postępowania podmiotu wykonującego władzę publiczną. Ustawodawca nie wprowadził innych przesłanek tej odpowiedzialności, w konsekwencji nie mogą podzielić stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z 27 listopada 2014 r.²⁹, w którym stwierdził on: „W sytuacji, gdy szkoda pozostaje w związku ze zgodnym z prawem zachowaniem osoby prawnej, która ma określony budżet i obowiązek wykonywania świadczeń zdrowotnych na rzecz innych osób, brak podstaw, aby nawet w drodze analogii można było stosować art. 417² k.c.”. Takie twierdzenie nie jest prawidłowe, ponieważ wprowadza przesłanki nieznanie ustawie. Nadto razi stanowczością i generalizacją. W żaden sposób nie można odrzucić *a limine* możliwości ponoszenia odpowiedzialności za szkody legalne przez szpital psychiatryczny³⁰.

Podsumowanie

Reasumując powyższe rozważania, podnieść trzeba, iż szpital psychiatryczny może ponosić odpowiedzialność zarówno na zasadzie niezgodności z prawem w przypadku wykonywania wyżej analizowanych czynności władczych, które podejmowane są bez zgody pacjenta, oraz na zasadach ogólnych w pozostałych sytuacjach przyjęcia do szpitala psychiatrycznego i udzielania świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki psychiatrycznej. Przyjąć należy, że przyjęcie bez zgody, zatrzymanie w szpitalu psychiatrycznym, leczenie bez zgody oraz zastosowanie przymusu bezpośredniego stanowią klasyczne przejawy wykonywania władzy publicznej przez osobę prawną³¹.

²⁹ Sygn. IV CSK 141/14, LEX nr 16500298.

³⁰ Szerzej : J. Ciechorski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., IV CSK 141/14*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 1.

³¹ Podobnie: B. Janiszewska, A. Wnukiewicz-Kozłowska, *O odszkodowawczych aspektach przymusowej hospitalizacji psychiatrycznej*, „Prawo i Medycyna” 2016, nr 2. Odmienne, według mnie nietrafnie: Z. Banaszczyk, *O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych*, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 4.

Bibliografia

- Balicki M., *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 1.
- Ciechorski J., *Glosa do postanowienia SN z 11.05.2012 r.*, II CSK 678/11, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 1–2.
- Ciechorski J., *Glosa do postanowienia SN z 6.08.2014 r.*, V CSK 145/14, „Glosa” 2016, nr 2.
- Ciechorski J., *Glosa do wyroku SA w Białymstoku z 21.03.2014 r.*, I ACa 834/14, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 1.
- Ciechorski J., *Glosa do wyroku SA w Katowicach z 27.06.2013 r.*, I ACa 361/13, OSP 2015, nr 4.
- Ciechorski J., *Glosa do wyroku SA w Szczecinie z 31.01.2013 r.*, I ACa 766/12, „Palestra” 2014, nr 10.
- Ciechorski J., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 21 marca 2014 r.*, sygn. I ACa 834/13, „Prawo i Medycyna” 2015, nr 1.
- Ciechorski J., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 czerwca 2013 r.*, sygn. I ACa 361/13, OSP 2015, nr 4.
- Ciechorski J., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r.*, IV CSK 141/14, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 1.
- Ciechorski J., *Odpowiedzialność szpitala psychiatrycznego za śmierć pacjenta w wyniku samobójstwa w świetle orzecznictwa*, „Prawo i Medycyna” 2016, nr 4.
- Ciechorski J., *Przyjęcie osoby bez jej zgody do szpitala psychiatrycznego na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – uwagi w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, EPS 2018, nr 4.
- Dąbrowski S., Kubicki L., *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień*, Warszawa 1995.
- Dercz M., Rek T., *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Duda J., *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2012.
- Dzienis P. [w:] *Leksykon prawa medycznego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Górski, Warszawa 2012.
- Popławski T., Kejna A., Rymaszewska J., *Hospitalizacja bez zgody pacjenta jako źródło odczuwania przymusu*, „Psychiatria Polska” 2005, nr 1.

Streszczenie

Na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego szpital psychiatryczny może dokonać w określonych przypadkach przyjęcia pacjenta bez jego zgody. W uzasadnionych sytuacjach może być zastosowany nawet przymus bezpośredni w celu dokonania tego przyjęcia. W moim przekonaniu kompetencję tę należy traktować jako wykonywanie władzy publicznej przez szpital psychiatryczny, ponieważ w sposób jednostronnie władczy określa on prawa i obowiązki takiego pacjenta. W konsekwencji za ewentualne szkody wyrządzone poprzez to przyjęcie powinien ponieść odpowiedzialność na podstawie art. 417 k.c. albo art. 417² k.c. Nie ma bowiem żadnych podstaw, aby tak głęboką ingerencję w podstawowe prawa człowieka nie kwalifikować jako wykonywania władzy publicznej.

Słowa kluczowe: przyjęcie bez zgody do szpitala psychiatrycznego, wykonywanie władzy publicznej, przymus bezpośredni, odpowiedzialność za wykonywanie władzy publicznej

RESPONSIBILITY OF THE PSYCHIATRIC HOSPITAL FOR ACTION

Summary

Under the Mental Health Act, a psychiatric hospital may, in certain cases, admission a patient without his consent. In justified situations, even direct coercion may be applied to make this admission. In my opinion, this competence should be treated as the exercise of public authority by a psychiatric hospital, because in a one-sided ruling manner it defines the rights and obligations of such a patient. Consequently, for any damage caused by this acceptance should be liable under Art. 417 k.c. or art. 417² k.c. There is no basis for such a deep interference in basic human rights that does not qualify as the exercise of public authority.

Keywords: Admission without consent to a psychiatric hospital, exercise of public authority, direct coercion, responsibility for the exercise of public authority

Agnieszka Fiutak

KOLIZJA W OBOWIĄZKU UDZIELENIA POMOCY PRZEZ LEKARZA

Wprowadzenie

Działanie dla dobra pacjenta wiąże się z obowiązkiem ratowania życia lub zdrowia zawartym w prawie polskim. Zgodnie z art. 30 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹ lekarz ma obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. W niniejszym artykule poruszona zostanie kwestia wystąpienia kolizji w obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej.

Obowiązek udzielania pomocy

Obowiązek udzielenia pomocy jest podstawowym obowiązkiem lekarza. Do obowiązku udzielenia pomocy przez lekarza odnosi się także art. 69 KEL², według którego „lekarz nie może odmówić udzielenia pomocy lekarskiej w przypadkach nie cierpiących zwłoki, jeśli pacjent nie ma możliwości uzyskania jej ze strony instytucji powołanych do udzielania pomocy”. W literaturze wskazuje się,

¹ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 617 ze zm. (dalej: u.z.l.l.d.). Obowiązek udzielenia pomocy znajduje się również w art. 12 ust. 1 ustawy z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 123 ze zm.). Zgodnie z nim pielęgniarka i położna są obowiązane do udzielenia pomocy w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować stan nagłego zagrożenia zdrowotnego. Podobna regulacja zawarta jest w art. 6 ustawy z 20 lipca 1950 r. o zawodzie felczera (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1618 ze zm.), który zakazuje felczerowi (starszemu felczerowi) odmowy udzielenia pomocy choremu w nagłych wypadkach do czasu przybycia lekarza.

² Kodeks Etyki Lekarskiej, http://www.nil.org.pl/__data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf (4.06.2018).

że niebezpieczeństwo następstw wynikających z art. 30 u.z.l.l.d. nie musi być bezpośrednie. Chodzi o możliwość ich spowodowania przez zwłokę w udzieleniu pomocy³.

Obowiązek udzielenia pomocy przez lekarza związany jest z obowiązkiem udzielenia świadczenia zdrowotnego wynikającym z art. 15 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁴ i z art. 69 KEL⁵ oraz koresponduje z art. 7 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶. Obowiązek udzielenia pomocy dotyczy stanów nagłych, które zagrażają życiu lub zdrowiu. W świetle art. 3 pkt 8 ustawy z 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym⁷ pod pojęciem stanu nagłego zagrożenia zdrowotnego rozumie się „stan polegający na nagłym lub przewidywalnym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała albo utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych i leczenia”⁸.

Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że „w stanach nagłych, tj. w stanach nagłego zagrożenia zdrowia polegających na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych lub leczenia, świadczenia opieki zdrowotnej są udzielane świadczeniobiorcy niezwłocznie (art. 19 ust. 1 w związku z art. 5 pkt 33 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w związku z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym). Z przywołanej definicji stanu nagłego wynika, że chodzi o przypadek, w odniesieniu do którego istnieje niemożność (przeciwwskazanie) odłożenia (przesunięcia) w czasie pomocy lekarskiej, mogącej według wiedzy i doświadczenia medycznego zapobiec powstaniu u pacjenta niekorzystnych skutków (zagrożenia) dla jego życia i zdrowia. Należy więc uznać, że w pojęcie stanu nagłego obejmuje swoim zakresem pomoc lekarską,

³ A. Dyszlewska-Tarnawska, *Komentarz do art. 30 [w:] Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015, s. 378. Por. L. Kubicki, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 13; wyrok SA w Warszawie z 29 sierpnia 2006 r., sygn. I ACa 310/06, OSA 2009, nr 3, poz. 10.

⁴ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 160 ze zm.

⁵ Zob. wyrok SN z 25 marca 2004 r., sygn. II CK 207/03, Legalis; E. Zielińska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 555.

⁶ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1318 ze zm.

⁷ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2195 ze zm.

⁸ A. Dyszlewska-Tarnawska, *Komentarz do art. 30*, s. 379; E. Zielińska, [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 557; *eadem*, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 351.

która ma zapobiec ciężkim (poważnym) skutkom. W kontekście ziszczenia się przesłanek realizacji świadczenia w trybie określonym w art. 19 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych istotne znaczenie ma więc «natychmiastowość» i «bezpośredniość» zagrożenia, które uzasadniają niezwłoczne udzielenie pomocy poprzez natychmiastowe udzielenie świadczenia⁹. Uznać można, że stany nagle dotyczą sytuacji, których nie można przewidzieć, np. udar mózgu, zawał serca, wypadek drogowy. Artykuł 30 u.z.l.l.d. nie dotyczy zabiegów, które wprawdzie ratują życie, jednak są stosowane u chorych leczonych przewlekłe, wymagających regularnego poddawania się zabiegom medycznym¹⁰.

Obowiązek z art. 30 u.z.l.l.d. dotyczy każdego lekarza i każdej sytuacji, a lekarz nie może uwolnić się od spełnienia tego obowiązku, twierdząc, że jest na urlopie, nie ma czasu, ma inne zajęcia, jest po godzinach pracy, odpoczywa, ma innych pacjentów w ambulatorium. Warunkiem niezbędnym przy ewentualnej odpowiedzialności lekarza za nieudzielenie pomocy jest obecność lekarza w pobliżu osoby potrzebującej pomocy (w tym samym czasie i miejscu lub w bliskiej odległości).

Zgodnie z wykładnią logiczną przepisów odnoszących się do obowiązku udzielenia pomocy należy wysnuć wniosek, że lekarz znajdzie się w sytuacji, gdy powinien udzielić pomocy bezzwłocznie, tzn. bez zbędnej zwłoki, np. gdy jest w sklepie, na przedstawieniu w teatrze i w pewnym momencie słyszy wezwanie: „Czy jest na sali lekarz?“, widzi osobę, która straciła przytomność, zaśląbla i wymaga natychmiastowej pomocy, jest świadkiem wypadku drogowego. Wówczas ma obowiązek zgłosić się i udzielić pomocy. Jeżeli tak nie postąpi, może narazić się na odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy.

Okręgowy sąd lekarski uznał za winnego lek. med. N.S. za to, że nie postąpił zgodnie z zasadą lekarską udzielenia pierwszej pomocy, tj. nie zbadał osobiście pokrzywdzonego i odjechał z miejsca wypadku przed przybyciem karetki pogotowia. Stan faktyczny przedstawiał się następująco: 21 lipca 1998 r. lekarz, jadąc samochodem, potrącił małego, który doznał złamania podudzia lewego, następnie zbiegł z miejsca wypadku, nie udzielając pierwszej pomocy. Sąd orzekł karę nagany.

Lekarz, aby móc stwierdzić, że pacjent znajduje się w sytuacji, o której mowa w art. 30 u.z.l.l.d., powinien osobiście sprawdzić stan pacjenta. Lekarz musi kierować się zasadą *in dubio pro patiente*¹¹ (w razie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść pacjenta).

⁹ Wyrok NSA z 19 kwietnia 2012 r., sygn. II GSK 318/11, Legalis. Zob. też: wyrok SA w Łodzi z 26 stycznia 2017 r., sygn. I ACa 960.16, www.orzeczenia.ms.gov.pl (20.09.2018).

¹⁰ Zob. wyrok SN z 4 stycznia 2007 r., sygn. V CSK 396/06, Biul. SN 2007, nr 4, s. 15.

¹¹ W. Daszkiewicz, P. Daszkiewicz, *Podstawy prawne roszczeń o zapłatę za świadczenia medyczne w stanach nagłych*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 1, s. 30.

Zdaniem okręgowego sądu lekarskiego lekarz, odmawiając udzielenia pomocy bez obiektywnej oceny stanu zdrowia pacjenta, ponosi odpowiedzialność za możliwe niekorzystne skutki w opóźnieniu postępowania leczniczego wynikłe z takiej odmowy. Przedmiotem rozstrzygnięcia sądu była sprawa o precedensowym charakterze. 7 lipca 2000 r. w godzinach wieczornych zaśląbla 82-letnia kobieta. Jej syn zwrócił się o pomoc do mieszkającej w pobliżu lekarki. Ta odmówiła udania się do chorej, twierdząc, że jest chora, a następnie wyjaśniając, iż wypiła w domu alkohol. Okręgowy sąd lekarski stanął na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie „fachowa ocena stanu ogólnego pacjentki i udzielenie porady rodzinie o potrzebie bardzo pilnego przewiezienia jej do szpitala nie wykraczały poza fizyczną wydolność lekarza w dniu zdarzenia. Lekarz w swoim działaniu powinien kierować się zasadą służebności swego zawodu jako zasadą naczelną”. Naczelny Sąd Lekarski podzielił stanowisko sądu I instancji i uznał, że „obwiniona nie udowodniła, aby stan jej zdrowia czy trzeźwości wyłączały możliwość zrealizowania nałożonych przepisami na nią, jako lekarza, powinności niesienia pomocy ciężko chorym, bez względu na efekt tej pomocy oraz służebnej roli lekarza w stosunku do chorych i ich rodzin. Kategoryczną odmową udania się do mieszkania, w którym leżała nieprzytomna matka skarżącego, który przybiegł do obwinionej, jako lekarza po pomoc, naruszyła ona obowiązek etyczny określony w art. 7 KEL, a jej zachowanie pozostawało w sprzeczności z art. 30 u.z.l.l.d.”. Sąd, uznając lekarzkę winną naruszenia art. 30 u.z.l.l.d. i art. 7 KEL, wymierzył jej karę upomnienia.

Uznaje się, że pomoc lekarska przy braku stosownego wyposażenia, sprzętu, leków może zostać ograniczona do zabezpieczenia osoby potrzebującej tej pomocy np. poprzez zapewnienie bezpiecznej pozycji¹². Chodzi o posiadaną wiedzę specjalistyczną i doświadczenie lekarza udzielającego pomocy. Inna osoba, tzw. Laik, może poprzestać na wezwaniu służ ratunkowych, ewentualnie na wykonaniu najprostszych czynności ratunkowych.

Lekarz, uchybiając obowiązkowi udzielenia pomocy, naraża się na odpowiedzialność cywilną, zawodową, ewentualnie służbową oraz karną na zasadach ogólnych z art. 162 k.k.¹³ W przypadku odpowiedzialności karnej lekarz może również odpowiadać za skutek wynikający z zaniechania udzielenia pomocy, np. powstanie uszczerbku na zdrowiu (art. 156, 157 k.k.) czy też nieumyślne spowodowanie śmierci (art. 155 k.k.), ewentualnie za sam fakt narażenia osoby potrzebującej pomocy na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.)¹⁴.

¹² E. Zielińska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 566.

¹³ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2204 ze zm.), dalej: k.k.

¹⁴ Por. postanowienie SN z 14 czerwca 1956 r., sygn. IV KO 17/55, OSNCK 1956, nr 4, poz. 51.

Wyjątki od obowiązku udzielenia pomocy

Przepis dotyczący obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej nie zawiera żadnej klauzuli wyłączającej. Nie oznacza to jednak, że lekarz zawsze poniesie odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy. Obowiązek udzielenia pomocy przez lekarza może napotkać pewne przeszkody w realizacji¹⁵. Wymienia się trzy sytuacje, które dotyczą przede wszystkim lekarza – niegwaranta¹⁶.

Pierwsza sytuacja zachodzi, gdy lekarz nie jest zdolny do udzielenia pomocy ze względu na chorobę lub stan psychofizyczny – w takim przypadku osobie potrzebującej pomocy mogłoby grozić dodatkowe niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia, np. lekarz nadużył alkoholu w czasie wolnym od pracy. Będąc w stanie upojenia alkoholowego, znajduje się w sytuacji, która uniemożliwia jemu prawidłową ocenę i może narazić pacjenta na dodatkowe niebezpieczeństwo. Podobna sytuacja zaistnieje, gdy lekarz ze względu na chorobę nie jest w stanie racjonalnie podejmować decyzji. W takim przypadku zastosowanie ma rzymska zasada, że nikt nie ma obowiązku czynić więcej niż może (*ultra posse nemo obligatur*).

Drugim odstępstwem jest okoliczność, gdy lekarz, pielęgniarka, będąc w trakcie udzielania pomocy jednej osobie, która wymaga natychmiastowej interwencji medycznej, odmawia udzielenia pomocy kolejnej, np. w sytuacji, gdy uczestniczy w wypadku drogowym, gdzie jest kilku poszkodowanych, lekarz udziela pomocy jednej osobie, a w wypadku jest poszkodowanych np. troje. Spełnienie równoległe obowiązku w stosunku do kilku osób jest niemożliwe pod względem fizycznym; lekarz udziela pomocy, stosując zasady segregacji medycznej (*triage*)¹⁷. W takiej sytuacji mamy do czynienia z kolizją obowiązków (interesów), która jest podstawą okoliczności wyłączających bezprawność czynu lekarza. Kolizja obowiązków może również być wynikiem sytuacji, gdy lekarz opiekuje się małym dzieckiem, osobą niepełnosprawną, chorą, nieporadną i nie ma możliwości zastąpienia go w tej czynności.

Trzecią okolicznością wyłączającą obowiązek jest położenie, gdy lekarz, udzielając pomocy, musiałby narazić siebie samego na utratę życia lub zdrowia.

¹⁵ E. Zielińska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 570. Por. P. Konieczniak, *Udział w proteście zbiorowym jako przewinienie zawodowe lekarza*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 2, s. 88.

¹⁶ A. Fiutak, *Prawo w medycynie*, Warszawa 2016, s. 41–43.

¹⁷ System „zakłada nadanie każdemu z poszkodowanych określonego priorytetu określającego kolejność udzielania pomocy/ewakuacji. Poszkodowani zostają oznaczeni poprzez nadanie odpowiedniego koloru (czerwony, żółty, zielony, czarny) w zależności od oceny stanu dokonanej na podstawie prostych parametrów, takich jak możliwość chodzenia, obecność oddechu, czas nawrotu kapilarnego, stan świadomości”. System TRIAGE, <http://www.centrumtriage.pl/system-triage.html> (4.06.2018).

Narażenie takie musi wynikać z sytuacji lub otoczenia, w jakich się oni znajdują, udzielając pomocy, np. osoba biorąca udział w zdarzeniu grozi lekarzowi napaścią, w płonącym mieszkaniu znajduje się poszkodowany. Lekarz, udzielając pomocy, powinien zadbać o własne bezpieczeństwo. Jeżeli zaistnieje sytuacja, gdy lekarz stwierdzi, że zastosowanie technik i metod minimalizujących ryzyko dla jego życia i zdrowia są niewystarczające i jest przekonany, iż udzielenie pomocy w konkretnej sytuacji oznacza jednocześnie poświęcenie jego własnego zdrowia lub życia, może powstrzymać się od udzielenia pomocy, powołując się na stan wyższej konieczności¹⁸. Wykonuje tylko czynności niezbędne, np. zapewnia bezpieczną pozycję.

Odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy

Artykuł 162 k.k. penalizuje nieudzielenie pomocy osobie znajdującej się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu¹⁹. Do zaistnienia odpowiedzialności lekarza za przestępstwo określone w art. 162 k.k. niezbędne jest spełnienie trzech warunków: po pierwsze, „lekarz musi być świadomy niebezpieczeństwa grożącego pacjentowi”, po drugie, mając świadomość istnienia niebezpieczeństwa, podejmuje decyzję o nieudzieleniu pomocy, i po trzecie, nie ciążył na nim szczególny obowiązek prawny troszczenia się o tego właśnie pacjenta²⁰.

Zachowaniem lekarza, które mogłoby zostać zakwalifikowane jako nieudzielenie pomocy, jest przypadek lekarki zatrudnionej w przychodni, do której zwrócił się o pomoc pracownik sąsiadującego z przychodnią zakładu przemysłowego. W zakładzie zasłabł, tracąc przytomność, jeden z pracowników. Jego kolega poprosił o pomoc lekarkę z przychodni. Ta jednak odmówiła udzielenia pomocy, twierdząc, że nie może opuścić miejsca pracy, pomimo iż miała świadomość, że stan pacjenta jest poważny, a w przychodni w tym czasie było kilku innych lekarzy. Poleciała wezwać karetkę. Pacjent zmarł na krótko po przyjeździe karetki. Lekarka poniosła wyłącznie odpowiedzialność zawodową (nie poniosła odpowiedzialności karnej), gdzie sąd lekarski uznał ją za winną naruszenia art. 12 u.z.l. z 1950 r. (obecnie art. 30 u.z.l.d.) oraz art. 2 KEL²¹.

Sąd Najwyższy stwierdził, że lekarz nie może, odmawiając udzielenia pomocy, usprawiedliwiać się, że nie ma czasu, ma własne zajęcia, jest zmęczony,

¹⁸ E. Zielińska [w:] *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 572–575.

¹⁹ Zob. M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2005, s. 108–119.

²⁰ *Ibidem*, s. 114.

²¹ *Ibidem*, s. 114–115.

jest późna pora, nie może też zasłaniać się tym, że w poradni oczekują pacjenci pod warunkiem, że nie naraziłby ich na niebezpieczeństwo²².

Zwolnienie lekarza z odpowiedzialności za nieudzielenie pomocy może nastąpić pod warunkiem, że lekarz osobiście sprawdził stan pacjenta i uznał, że pozwala on bez ryzyka na pogorszenie na oczekiwanie przybycia osoby lub odpowiednich służb do udzielenia pomocy. Zastosowanie może mieć wówczas art. 162 § 2 k.k., który stanowi, że „nie popełnia przestępstwa, kto nie udziela pomocy, do której jest konieczne poddanie się zabiegowi lekarskiemu albo w warunkach, w których możliwa jest niezwłoczna pomoc ze strony instytucji lub osoby do tego powołanej”.

Inaczej przedstawia się odpowiedzialność lekarza-gwaranta. Zgodnie z art. 2 k.k. „odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. Źródłem obowiązku lekarza-gwaranta jest umowa zawarta przez lekarza z pacjentem lub z podmiotem leczniczym, na mocy której lekarz zobowiązuje się do świadczenia określonych usług zdrowotnych. Lekarzem gwarantem jest lekarz, który ma szczególny prawny obowiązek zapobiegania negatywnym skutkom dla danego pacjenta lub grupy pacjentów, np. lekarz w karetce pogotowia²³.

Lekarz-gwarant, nie udzielając pomocy, może ponieść odpowiedzialność z art. 160 § 2 lub 3 k.k.²⁴ Przedmiotem występku określonego w 160 k.k. jest życie lub zdrowie konkretnego człowieka. Warunkiem zaistnienia przestępstwa jest przeniesienie przez sprawcę człowieka za stanu bezpiecznego dla jego życia lub zdrowia w stan narażenia go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Przestępstwo to może być popełnione zarówno przez działanie, jak i zaniechanie.

Jeżeli w wyniku niewypełnienia obowiązku udzielenia pomocy przez lekarza-gwaranta pacjent doznał uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia lub nastąpiła

²² Postanowienie SN z 14 czerwca 1956 r., sygn. IV KO 17/55, OSN 1956, nr 4, poz. 51.

²³ Por. L. Kubicki, *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1, s. 4; A. Zoll, *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1, s. 181; M. Filar, *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 41; J. Kulesza, *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy, a lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 66; *idem*, *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 1, s. 104; *idem*, *O ewolucji lekarskiego obowiązku pomocy a tle obowiązku ogólnoludzkiego*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2, s. 101; *idem*, *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323c niemieckiego kodeksu karnego*, Łódź 2008.

²⁴ Art. 162 § 2 k.k.: „Jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

śmierć pacjenta, lekarz ponosi odpowiedzialność za popełnienie przestępstwa skutkowego przeciwko życiu i zdrowiu, np. za nieumyślne spowodowanie śmierci (art. 155 k.k.), uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia (art. 156, 157 k.k.).

Lekarz za nieudzielenie pomocy może także ponieść odpowiedzialność zawodową²⁵. Sąd lekarski może orzec karę: upomnienia, nagany, karę pieniężną, zawieszenie w prawie do wykonywania zawodu lekarza na okres od roku do 5 lat, pozbawienia prawa wykonywania zawodu, zakazu pełnienia funkcji kierowniczych w jednostkach organizacyjnych ochrony zdrowia na okres od roku do 5 lat, ograniczenia zakresu czynności w wykonywaniu zawodu lekarza na okres od 6 miesięcy do 2 lat.

Okręgowy sąd lekarski ukarał upomnieniem lek. B.A. za to, że „jako lekarz pogotowia ratunkowego (Oddział Pomocy Doraźnej), wezwana do domu pacjentka lat 61 (z wieloletnią chorobą niedokrwienną), w dniu 2 czerwca 2000 r. o godz. 9.00 nie przeprowadziła wywiadu lekarskiego ze szczególną starannością, nie wyciągnęła z niego stosownych wniosków, co skutkowało nieprawidłowo postawionym rozpoznaniem i postępowaniem leczniczym, a w konsekwencji zgonem pacjentki”.

W niniejszej sprawie sąd ustalił, że pacjentka uskarżała się na bóle w klatce piersiowej po stronie lewej, miała niedociśnienie i przeżyła już dwa zawały. Według ustaleń sądu pacjentka powinna być uznana za pacjenta wysokiego ryzyka, w związku z czym niewystarczające było postępowanie lekarza ograniczone jedynie do podania leku podwyższającego ciśnienie i przeciwbólowego. Pacjentka powinna zostać przewieziona na izbę przyjęć szpitala i poddana bardziej szczegółowym badaniom, przede wszystkim powinna mieć wykonane podstawowe badanie, jakim jest EKG.

Podsumowanie

Lekarz ma obowiązek udzielenia pomocy w sytuacji, gdy osoba znajduje się w stanie niecierpiącym zwłoki i grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Tylko w nielicznych przypadkach lekarz może odstąpić od udzielenia pomocy. Są to sytuacje, gdy lekarz nie jest zdolny do udzielenia pomocy ze względu na chorobę lub stan psychofizyczny, wystąpiła kolizja obowiązków albo gdy udzielając pomocy, musiałby narazić siebie samego na utratę życia lub zdrowia.

Brak udzielenia pomocy medycznej naraża lekarza na odpowiedzialność karną, cywilną, zawodową czy pracowniczą.

²⁵ Szerzej o relacji odpowiedzialności karnej do zawodowej: E. Zielińska, *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001, s. 87–156.

Bibliografia

- Daszkiewicz W., Daszkiewicz P., *Podstawy prawne roszczeń o zapłatę za świadczenia medyczne w stanach nagłych*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 1.
- Filar M., Krześ S., Marszałkowska-Krześ E., Zaborowski P., *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2005.
- Filar M., *Odpowiedzialność karna lekarza za zaniechanie udzielenia świadczenia zdrowotnego (nieudzielenie pomocy)*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3.
- Fiutak A., *Prawo w medycynie*, Warszawa 2016.
- Kodeks Etyki Lekarskiej, http://www.nil.org.pl/_data/assets/pdf_file/0003/4764/Kodeks-Etyki-Lekarskiej.pdf (4.06.2018).
- Konieczniak P., *Udział w proteście zbiorowym jako przewinienie zawodowe lekarza*, „Prawo i medycyna” 1999, nr 2.
- Kubicki L., *Obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1.
- Kubicki L., *Obowiązek udzielania pomocy lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 13.
- Kulesza J., *Brak zgody pacjenta na zabieg leczniczy, a lekarski obowiązek udzielenia pomocy*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2.
- Kulesza J., *Lekarski obowiązek pomocy na tle obowiązku ogólnoludzkiego (art. 162 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2006, nr 1.
- Kulesza J., *O ewolucji lekarskiego obowiązku pomocy a tle obowiązku ogólnoludzkiego*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2.
- Kulesza J., *Przestępstwo nieudzielenia pomocy w niebezpieczeństwie art. 162 k.k. na tle uwag dotyczących § 323c niemieckiego kodeksu karnego*, Łódź 2008.
- System TRIAGE, <http://www.centrumtriage.pl/system-triage.html> (4.06.2018).
- Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2014.
- Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015.
- Zielińska E., *Odpowiedzialność zawodowa lekarza i jej stosunek do odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2001.
- Zoll A., *Prawo lekarza do odmowy udzielenia świadczeń zdrowotnych i jego granice*, „Prawo i Medycyna” 2003, nr 1.

Streszczenie

Działanie dla dobra pacjenta wiąże się z obowiązkiem ratowania życia lub zdrowia zawartym w prawie polskim. Zgodnie z art. 30 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry lekarz ma obowiązek udzielenia pomocy lekarskiej w każdym przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki. Jednocześnie nie można od lekarza oczekiwać, że w każdej sytuacji będzie narażał swoje zdrowie czy życie. Wyjątkami są zdarzenia, gdy lekarz nie jest zdolny do udzielenia pomocy ze względu na chorobę lub stan psychofizyczny, wystąpiła kolizja obowiązków albo gdy udzielając pomocy, musiałby narazić siebie samego na utratę życia lub zdrowia.

Słowa kluczowe: obowiązek udzielenia pomocy, lekarz, nieudzielenie pomocy, rozstrój zdrowia, uszkodzenie ciała

CONFLICT WITH THE DOCTOR'S DUTY TO PROVIDE ASSISTANCE

Summary

Acting for the benefit of a patient is part of the obligation to preserve life or health set out under Polish law. Pursuant to Article 30 of the Act on the Professions of Doctor and Dentist of 5 December 1996, a doctor is obliged to provide medical assistance whenever a delay in granting it could result in the risk of loss of life, serious bodily injury or serious health disorder, and in other urgent cases. At the same time, a doctor cannot be expected to put his or her health or life at risk in every situation. Exceptions are events where a doctor is unable to provide assistance due to illness or a psychophysical condition, where there is a conflict of responsibilities, or where a doctor providing assistance would have to expose himself or herself to the loss of life or health.

Keywords: obligation to give assistance, doctor, not granting assistance, an impairment to health, bodily injury

Anna Jacek

**PRZESŁANKI UDZIELANIA ZEZWOLENIA
NA PROWADZENIE APTEKI OGÓLNODOSTĘPNEJ
PO WEJŚCIU W ŻYCIE PRZEPISÓW USTAWY
„APTEKA DLA APTEKARZA”**

Wprowadzenie

25 czerwca 2017 r. weszły w życie przepisy ustawy „apteka dla aptekarza”¹. Jak wskazał projektodawca, celem tej ustawy miało być określenie „zasad dotyczących równomiernego rozmieszczenia aptek ogólnodostępnych i zagwarantowanie pacjentom równego dostępu do usług farmaceutycznych”². W związku z tym w projekcie ustawy sprecyzowano w szczególności przesłanki demograficzno-geograficzne warunkujące uzyskanie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. Ponadto w projekcie ustawy wskazano m.in., że uprawnienie do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej posiadają wyłącznie farmaceuci, którzy mają prawo wykonywania zawodu, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą oraz wspólnicy spółek osobowych z wyłącznym udziałem farmaceutów. Należy podkreślić, iż projektodawca dopuścił również wyjątek odnośnie do udzielania zezwoleń przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z pominięciem przesłanek demograficzno-geograficznych poprzez możliwość wyrażenia zgody przez Ministra Zdrowia na udzielanie przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego zezwolenia na prowadzenie apteki ze względu na ważny interes pacjentów i konieczność zapewnienia im dostępu do produktów leczniczych. W powyższej przedstawionej sytuacji wymagana jest także pozytywna opinia burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce planowanej lokalizacji apteki.

¹ W celu poprawy czytelności w tytule i treści artykułu przyjęto uproszczenie: ustawa „apteka dla aptekarza” w miejsce aktu prawnego: ustawa z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2017 r., poz. 1015).

² Uzasadnienie do druku sejmowego nr 1126, [dhttp://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1126](http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1126) (21.02.2018).

Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że możliwość prowadzenia apteki ogólnodostępnej wyłącznie przez aptekarza określały przepisy ustawy z 10 października 1991 r. o środkach farmaceutycznych, materiałach medycznych, aptekach, hurtowniach i nadzorze farmaceutycznym³. Artykuł 33 tej ustawy określał, iż podjęcie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia apteki ogólnodostępnej wymagało uzyskania koncesji, którą mógł otrzymać wyłącznie farmaceuta. Rzecznik Praw Obywatelskich złożył stosowny wniosek do Trybunału Konstytucyjnego w związku z wątpliwościami m.in. co do zgodności art. 33 ust. 2 ustawy o środkach farmaceutycznych z zasadą swobody działalności gospodarczej wyrażoną w art. 6 Konstytucji. W tym miejscu należy zaznaczyć, że wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczyły w szczególności możliwości uzyskania koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia aptek tylko przez osoby będące farmaceutami. Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z 20 sierpnia 1992 r.⁴ uznał, że „ustawa zacieśniła [...] w istotny sposób krąg podmiotów, które mogą obecnie ubiegać się o koncesje na prowadzenie apteki. Zacieśniona została w ten sposób proklamowana przez ustawę z dnia 23 grudnia 1988 r. zasada wolności w sferze podejmowania działalności gospodarczej”, i stwierdził niezgodność art. 33 ust. 2 ustawy o środkach farmaceutycznych z art. 6 Konstytucji.

Powracając do prac legislacyjnych dotyczących projektu ustawy „apteka dla aptekarza”, należy też zaznaczyć, że w opiniach sporządzonych przez Biuro Analiz Sejmowych wskazywano na wątpliwości odnośnie do zgodności projektu ustawy „apteka dla aptekarza” w kontekście udzielania zezwoleń na prowadzenie apteki ogólnodostępnej wyłącznie na rzecz osób fizycznych lub spółek osobowych z wyłącznym udziałem osób fizycznych z art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 22 Konstytucji⁵ określającym zasadę swobody działalności gospodarczej. Ponadto na negatywne skutki procedowanej ustawy wskazywały Związek Przedsiębiorców i Pracodawców oraz Związek Pracodawców Aptecznych PharmaNET w ocenie skutków regulacji do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo farmaceutyczne⁶. Procedowanie nad projektem ustawy „apteka dla aptekarza” zostało jednak zakończone. Przepisy ustawy weszły w życie 25 czerwca 2017 r. i mają zastosowanie do udzielania zezwoleń na prowadzenie apteki ogólnodostępnej po 25 czerwca 2017 r.

³ Dz.U. z 1991 r., nr 105, poz. 452 (dalej: ustawa o środkach farmaceutycznych).

⁴ Sygn. K 4/92, ZU 1992, nr 22.

⁵ Zob. opinia P. Kościelnego z 23 marca 2017 r. dotycząca poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne (druk sejmowy nr 1126) (uzupełnienie opinii BAS-WAL-2678/16 z 9 stycznia 2017 r.), <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=1126> (21. 02.2018).

⁶ http://www.pharmanet.org.pl/uploads/OSR%20-%20Komplet_5857edb572cd3.pdf (21.02.2018).

Celem głównym niniejszego artykułu jest ocena, czy przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” mogą stanowić reglamentację swobody działalności gospodarczej oraz czy przesłanki demograficzno-geograficzne warunkujące uzyskanie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej zapewniają pacjentom równy dostęp do usług farmaceutycznych. Zanim jednak nastąpi analiza i ocena założonego celu opracowania, konieczne jest jasne i przejrzyste przedstawienie przesłanek, które stanowiły podstawę do udzielania zezwoleń na prowadzenie apteki ogólnodostępnej do dnia wejścia przepisów ustawy „apteka dla aptekarza”.

Przesłanki udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej do dnia wejścia przepisów ustawy „apteka dla aptekarza”

Na wstępie należy podkreślić, iż art. 75 ust. 1 pkt 17 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁷ wskazuje, że wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie regulowanym przepisami ustawy z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne⁸, w tym prowadzenia apteki, wymaga uzyskania przez przedsiębiorcę zezwolenia. Przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie zawierają jednak legalnej definicji zezwolenia. W odniesieniu do zezwolenia na prowadzenie apteki należy stwierdzić, że jest „wyłącznie stosunkiem administracyjnym opartym na decyzji administracyjnej, w której organ administracyjny przyznaje prawo do prowadzenia przedmiotowej działalności gospodarczej oznaczonemu podmiotowi spełniającemu wymagania wynikające z przepisów prawa”⁹. W nauce prawa administracyjnego przyjmuje się, że zezwoleniem będzie „każda czynność podmiotu administrującego, niezależnie od tego, jak została nazwana i w jakim stopniu akt woli wyrażony w imieniu władzy publicznej został sformalizowany, a nawet od tego, jaką formę prawną przyjmie. Wybór przez ustawodawcę takiej czy innej formy prawnej, w jakiej odbywa się wyrażenie woli organu władzy publicznej, aby dane zachowania w określonej sytuacji i przez osoby charakteryzujące się oznaczonymi prawem cechami uznane zostały za prawnie dopuszczalne, jest jedynie kwestią przyjęcia takiej lub innej konwencji terminologicznej lub metody (techniki) regulowania działalno-

⁷ Dz.U. z 2017 r., poz. 2168.

⁸ Dz.U. z 2017 r., poz. 2211 (dalej: pr.farm.).

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 1 czerwca 2007 r., sygn. VII SA/Wa/367/07. Podobne stanowisko zajął WSA w Warszawie w wyroku z 3 października 2005 r., sygn. I SA/Wa/1539/04, wskazując, że zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej jest „co do zasady, wyłączone z obrotu cywilnoprawnego”. Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych (23.02.2018).

ści instytucji publicznych odpowiedzialnych za realizację lub ochronę tych dóbr i wartości, którym ma służyć ustanowienie wymogu uzyskania akceptacji przez te instytucje danego typu zachowań¹⁰. Przykładowo zdaniem T. Kocowskiego zezwolenie jest „decyzją, której istotą jest uchylenie względnego zakazu prowadzenia określonej działalności przez uprawniony organ administracji publicznej w stosunku do indywidualnie oznaczonego adresata”¹¹. Z kolei A. Błaś wyraża pogląd, że zezwolenie jest „formą aktu administracyjnego ustalającego uprawnień w sferze prawa administracyjnego lub wyrażającego zgodę na dokonanie przedsięwzięcia lub podjęcie czynności dopuszczalnej normami prawa administracyjnego”¹². Natomiast K. Majewska-Otawska twierdzi, iż zezwolenia są formą władczego wkraczania państwa w swobodę (wolność) działalności gospodarczej, która zagwarantowana jest przez państwo w Konstytucji (art. 20). Ingerencja państwa nie może jednak być dowolna, oparta na subiektywnych przesłankach. Granice jej wyznacza art. 22 Konstytucji, stanowiąc, że może ona mieć miejsce tylko w drodze ustawy oraz ze względu na ważny interes publiczny. Istotne jest, że oba konstytucyjne warunki powinny być spełnione kumulatywnie¹³. Powyższe stanowiska prowadzą do ustalenia, iż zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej to zindywidualizowana decyzja administracyjna wydana na wniosek przedsiębiorcy, stanowiąca jednocześnie rodzaj zezwolenia na prowadzenie określonego rodzaju działalności gospodarczej.

Należy zaznaczyć, że z przepisów pr.farm. wynika, iż podstawą prowadzenia apteki ogólnodostępnej jest udzielenie zezwolenia przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. Udzielone zezwolenie jest konstytutywną decyzją administracyjną. W literaturze wskazuje się, że „decyzje konstytutywne tworzą, zmieniają lub uchylają stosunki prawne, a zmiana określonej sytuacji prawnej następuje z mocy decyzji administracyjnej”¹⁴. Konstytutywność decyzji wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego oznacza, iż wydana decyzja powoduje „nabycie prawa” do prowadzenia apteki ogólnodostępnej przez przedsiębiorcę. W tym miejscu należy również dodać, że wojewódzki inspektor farmaceutyczny

¹⁰ D.R. Kijowski, *Zezwolenia i koncesje* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. VII, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 384. Zob. też: *idem*, *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Białystok 2000.

¹¹ T. Kocowski [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Niemiec, Warszawa 2013, s. 305–306.

¹² A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publicznej* [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010, s. 333.

¹³ K. Majewska-Otawska, *Zezwolenia w świetle prawa działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, R. LXIV, z. 2, s. 107.

¹⁴ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008, s. 196.

posiada również kompetencję do odmowy udzielenia zezwolenia, zmiany lub cofnięcia oraz stwierdzenia wygaśnięcia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

Przepisy pr.farm. obowiązujące do 24 czerwca 2017 r. nie zawierały żadnych ograniczeń odnośnie do osób uprawnionych do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. Artykuł 99 ust. 4 pr.farm. wskazywał, iż uprawnionymi do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej są osoby fizyczne, osoby prawne oraz niemające osobowości prawnej spółki prawa handlowego. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej nie musiał być farmaceutą. Przepisy pr.farm. obliowały jednak przedsiębiorców, którzy zamierzali uzyskać zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej, do zatrudnienia kierownika apteki, którym mógł być wyłącznie farmaceuta posiadający co najmniej 5-letni staż pracy w aptece albo 3-letni staż pracy w aptece i specjalizację z zakresu farmacji aptecznej. L. Ogiegło słusznie wskazuje, że „kierownik apteki ponosi odpowiedzialność za prowadzenie apteki i daje gwarancję jej należytego prowadzenia. Jeśli osoba fizyczna ubiegająca się o zezwolenie jest farmaceutą i ma kwalifikacje wymagane od kierownika apteki, to nie musi dodatkowo zatrudniać kierownika apteki”¹⁵. Z przepisów pr.farm. wynika, iż podmiot prowadzący aptekę powinien dawać rękojmię należytego prowadzenia apteki nie tylko przy uzyskiwaniu zezwolenia na prowadzenie apteki, ale też przez cały okres posiadania zezwolenia na prowadzenie apteki¹⁶.

Zatrudnienie kierownika dającego „rękojmię należytego prowadzenia apteki” jest podstawą do uznania, iż rękojmię taką dawać będzie podmiot prowadzący aptekę ogólnodostępną lub osoba zwracająca się z wnioskiem o wydanie odpowiedniego zezwolenia na jej prowadzenie. Natomiast brak rękojmi należytego prowadzenia apteki może stanowić podstawę do cofnięcia przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w obowiązujących aktach prawnych nie sformułowano legalnej definicji rękojmi należytego prowadzenia apteki. Jak słusznie zauważa M. Kulesza: „Dla udzielenia odpowiedzi w przedmiocie rękojmi należytego prowadzenia apteki można skorzystać z dorobku orzecznictwa odnoszącego się do rękojmi należytego wykonywania zawodu, tym bardziej że Naczelny Sąd Administracyjny kilkakrotnie stwierdzał, iż orzecznictwo dotyczące poszczególnych zawodów, w których wymagana jest rękojmia prawidłowego wykonywania zawodu, znajduje zastosowanie ogólnie do pojęcia «rękojmi»

¹⁵ *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015, System Informacji Prawnej Legalis (21.02.2018).

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 23 października 2015 r., sygn. VI SA/Wa1070/15, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych (22.02.2018).

z uwzględnieniem cech szczególnych danego zawodu (chodzi nie tylko o wiedzę i wysokie kwalifikacje, ale o sumiennosc i rzetelnosc)¹⁷. W dotychczasowym orzecznictwie Naczelnego Sąd Administracyjny i Sąd Najwyższy przez pojęcie rękojmi należytego wykonywania zawodu należy rozumieć całość cech, zdarzeń i okoliczności dotyczących danego zawodu, składających się na jego wizerunek jako osoby zaufania publicznego¹⁸. „Na wizerunek ten składają się cechy charakteru, jak: szlachetność, prawosc, uczciwosc, sumiennosc, a o nieskazitelności charakteru świadczą takie przymioty osobiste, jak: uczciwosc w życiu prywatnym i zawodowym, uczynność, pracowitość, poczucie odpowiedzialności za własne słowa i czyny, stanowczość, odwaga cywilna, samokrytycyzm, umiejętność zgodnego współżycia z otoczeniem. Na rękojmię składają się dwa elementy: cechy charakteru i dotychczasowe zachowanie”¹⁹. Należy stwierdzić, iż rękojmia należytego prowadzenia apteki ma na celu ochronę interesów samorządu aptekarskiego oraz pacjentów przed korzystaniem z usług nierzetelnych farmaceutów.

Złożenie wniosku przez przedsiębiorcę oraz załączników w celu udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej do wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego²⁰ stanowi wszczęcie postępowania administracyjnego. Jak zauważa T. Kocowski: „Złożenie wniosku wprowadza pewną nową relację między organem, do którego wniosek został złożony, a przedsiębiorcą, wnioskodawcą i potencjalnym adresatem zezwolenia. Zastosowanie przez organ administracji norm prawa administracyjnego polegać będzie w tej sytuacji na wszczęciu procedury jego wydania”²¹. Wojewódzki inspektor farmaceutyczny będzie zatem uprawniony do oceny, czy wnioskodawca spełnia przesłanki wymagane do udzielenia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. Ponadto powyższy organ może również wezwać wnioskodawcę do uzupełnienia w wyznaczonym terminie brakujących dokumentów wymaganych do udzielenia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej pod rygorem pozostawienia wniosku przedsiębiorcy bez rozpoznania. W powyższym kontekście należy wskazać, że

¹⁷ M. Kulesza, *Opinia prawna odnośnie do rękojmi należytego prowadzenia apteki*, „Biuletyn Informacyjny Okręgowej Izby Aptekarskiej w Warszawie” 2004, nr 2, s. 27.

¹⁸ Wyrok NSA w Warszawie z 13 sierpnia 1999 r., sygn. II SA 879/99, LEX nr 46610.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 19 maja 2016 r., sygn. VISA/Wa 2796/15. Podobne stanowisko zajął NSA w wyroku z 20 kwietnia 2001 r., sygn. akt II SA 959/00, Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych (22.02.2018).

²⁰ Na podstawie art. 100 ust. 2 pr.farm. jest to tytuł prawny do pomieszczeń apteki ogólnodostępnej, np. umowa cywilnoprawna (np. najmu) czy też inny udokumentowany tytuł własności lokalu, plan i opis techniczny pomieszczeń przeznaczonych na aptekę sporządzony przez osobę uprawnioną, opinia Państwowej Inspekcji Sanitarnej o lokalu.

²¹ T. Kocowski, *O zezwoleniach policyjnych i reglamentacyjnych* [w:] *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 353.

stwierdzenie rękojmi należytego prowadzenia apteki ogólnodostępnej przez okręgową radę aptekarską następuje na wniosek wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego. W tym przypadku wniosek wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego jest rozpoznany przez właściwą miejscowo okręgową izbę aptekarską w trybie art. 106 k.p.a. Natomiast stanowisko właściwej miejscowo okręgowej rady aptekarskiej w sprawie rękojmi należytego prowadzenia apteki podejmowane jest w formie uchwały. Przed podjęciem uchwały okręgowa rada aptekarska bada, czy nie zachodzą negatywne przesłanki, które mogą świadczyć o braku rękojmi należytego prowadzenia apteki ogólnodostępnej, np. farmaceuta nie posiada wymaganego stażu pracy bądź też farmaceuta został prawomocnie ukarany za postępowanie objęte odpowiedzialnością zawodową.

Za udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej pobiera się opłatę skarbową w wysokości pięciokrotnego minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę²².

Przesłanki udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej po wejściu w życie przepisów ustawy „apteka dla aptekarza”

Dokonując oceny celu głównego opracowania, należałoby rozpocząć od znalezienia odpowiedzi na pytanie: Czy przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” mogą stanowić reglamentację swobody działalności gospodarczej? Poszukując odpowiedzi na powyższe pytanie, na wstępie należy wskazać, że „statuowana wprost w art. 20 i 22 Konstytucji RP wolność działalności gospodarczej stanowi zarówno zasadę konstytucyjną, jak i podmiotową wolność podstawową. W obu znaczeniach wolność ta stanowi jeden z elementów (filarów, fundamentów) statuowanego przez Konstytucję RP modelu ustroju gospodarczego”²³. W wyroku z 8 lipca 2008 r. Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko odnośnie do treści swobody działalności gospodarczej, określając, że „wolność działalności gospodarczej” oznacza swobodę działalności jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji niepaństwowych (czy też – szerzej – niepublicznych) mających prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, o zakresie i formach

²² Minimalne wynagrodzenie za pracę od 1 stycznia 2018 r. wynosi 2100 zł brutto (rozporządzenie Rady Ministrów z 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r.; Dz.U. z 2017 r., poz. 1747). Opłata za udzielenie zezwolenia na prowadzenie apteki to 10 500 zł.

²³ K. Zaradkiewicz [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, System Informacji Prawnej Legalis (24.02.2018).

tego udziału, w tym swobodnym podejmowaniu działań faktycznych i prawnych. Obejmuje ona osoby fizyczne i inne podmioty korzystające z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi²⁴.

Odnosnie do przedmiotu wolności gospodarczej należy przywołać stanowisko K. Mełgieś, która wskazuje, że „przedmiot wolności gospodarczej stanowi zespół swobód. Są to zwłaszcza: swoboda w zakresie podejmowania działalności gospodarczej, wyboru sposobu jej wykonywania, jak również swoboda w wyborze formy organizacyjno-prawnej, w zakresie dystrybucji własnych towarów czy swoboda w podjęciu decyzji o jej zawieszeniu lub zakończeniu”²⁵. Analiza zasady wolności działalności gospodarczej prowadzi do stwierdzenia, że zasada ta obejmuje zespół norm konstytucyjnych wyznaczających władzom publicznym, w szczególności samemu ustawodawcy, zakazy arbitralnej ingerencji w sferę zachowań podmiotów gospodarczych. Należałoby z niej jednak wywnioskować również nakazy podejmowania takich działań, które mają na celu ochronę wolności gospodarczej.

Wolność działalności gospodarczej nie ma charakteru bezwzględnego, może zostać ograniczona ze względu na ważny interes publiczny, który usprawiedliwia jej ustawowe ograniczenia, co wynika z treści art. 22 Konstytucji²⁶. „Art. 22 Konstytucji RP pełni dwojaką funkcję: z jednej strony traktować go należy jako wyrażenie zasady ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej (i w tym zakresie stanowi on konkretyzację ogólniejszych zasad, wyrażonych w art. 20), z drugiej strony – może on stanowić podstawę do konstruowania prawa podmiotowego, przysługującego każdemu, kto podejmuje działalność gospodarczą”²⁷. Na ograniczenia w zakresie korzystania ze swobody działalności gospodarczej zezwala także art. 31 ust. 3 Konstytucji ze względu na enumeratywnie wskazane w artykule dobra: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowie, moralność publiczną, a także prawa i wolności innych osób oraz ze względu na konieczność ich wprowadzenia w demokratycznym państwie bez naruszenia jej istoty wolności i praw. W powyższym przypadku ograniczenie swobody działalności gospodarczej może być określone w ustawie. Jak wskazuje L. Garlicki: „Artykuł 31 ust. 3 dopuszcza ustanawianie ograniczeń korzystania z wolności i praw tylko pod warunkiem, że jest to konieczne dla realizacji jednej z sześciu wartości w nim wymienionych. Łączna analiza tych wartości prowadzi do wniosku, że wyrażają one koncepcję interesu publicznego jako ogólnego wyznacznika granic wolności i praw jednostki”²⁸.

²⁴ Sygn. K 46/07, OTK ZU 2008, nr 6A/104.

²⁵ K. Mełgieś, *Działalność regulowana jako forma reglamentacji wolności gospodarczej – uwagi konstrukcyjne*, „Studia Gdańskie. Wizje i Rzeczywistość” 2010, t. VII, s. 321.

²⁶ Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

²⁷ Wyrok TK z 2 grudnia 2002 r., sygn. SK 20/01, OTK ZU 2002, nr 7A, poz. 89. Podobne stanowisko zajął TK w wyroku z 27 lutego 2014 r., sygn. P 31/13, OTK ZU 2014, nr 2A, poz. 16.

²⁸ L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 22.

Odnosząc się do ograniczenia swobody działalności gospodarczej, należy wskazać, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16 października 2014 r. wyraził pogląd, że „zakres znaczeniowy pojęcia «ważny interes publiczny» [określony w art. 22 Konstytucji – przyp. A.J.] jest szerszy niż zakres normowania art. 31 ust. 3 Konstytucji”²⁹. Konstatując powyższy wyrok Trybunału Konstytucyjnego, należy przyjąć, że art. 22 Konstytucji należy uznać za *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ograniczenie swobody działalności gospodarczej jest dopuszczalne, jeżeli zostało wprowadzone zgodnie z zasadą proporcjonalności. W wyroku z 26 kwietnia 1995 r. Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko odnośnie do zasady proporcjonalności, wskazując, że rozważania dotyczące tej kwestii powinny obejmować udzielenie odpowiedzi na trzy pytania: „1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków; 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela”³⁰. W kontekście zasady proporcjonalności należy również stwierdzić, że istotne jest zrównanie obciążeń wynikających z rozważanego ograniczenia wolności gospodarczej z korzyściami związanymi z ważnym interesem publicznym.

Powracając do realizacji celu głównego artykułu, którym jest znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” mogą stanowić reglamentację swobody działalności gospodarczej, należy wskazać, iż reglamentacja w ujęciu słownikowym to „wydzielanie towarów w okresie ich niedoboru na rynku, sprzedawanie tylko określonej ich liczby pojedynczym klientom”³¹. B. Chludziński trafnie wskazuje, że „główną przesłanką, jaką kieruje się prawodawca, decydując o ustawowym ograniczeniu wolności działalności gospodarczej, jest wzgląd na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny”³². W kontekście przepisów ustawy „apteka dla aptekarza” należałoby przyjąć, że przesłanką, która dopuszcza ustanawianie ograniczeń korzystania z wolności i praw, jest zdrowie. Nie ulega jednak żadnej wątpliwości, że przepisy pr.farm. odpowiednio chronią zdrowie poprzez obowiązek zatrudniania na stanowisku kierownika apteki ogólnodostępnej farmaceuty, który powinien posiadać rękojmię należytego prowadzenia apteki ogólnodostępnej. Przepisy pr.farm. określają również obowiązek organizacji pracy kierownika

²⁹ Sygn. SK 20/12, OTK ZU 2014, nr 9A, poz. 102.

³⁰ Sygn. K 11/94.

³¹ A. Markowski, R. Pawelec, *Język. polski. Popularny słownik wyrazów obcych i trudnych*, Warszawa 2007, s. 741.

³² B. Chludziński, *Pojęcie działalności gospodarczej i formy jej reglamentacji*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2006, t. III: *Debiuty* (red. K. Kamińska), s. 50.

apteki polegający m.in. na przyjmowaniu, wydawaniu, przechowywaniu i identyfikacji produktów leczniczych i wyrobów medycznych, prawidłowym sporządzaniu leków recepturowych i leków aptecznych oraz udzielaniu informacji o produktach leczniczych.

Odnosnie do przepisów ustawy „apteka dla aptekarza” należy wskazać, że powyższa regulacja zmienia w szczególności zasady udzielania zezwoleń na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. W art. 99 ust. 4 pr.farm. ustawodawca wskazał, że prawo do uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej posiadają farmaceuci legitymujący się prawem wykonywania zawodu, prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą lub spółka jawna lub spółka partnerska, której przedmiotem działalności jest wyłącznie prowadzenie aptek i w której wspólnikami (partnerami) są wyłącznie farmaceuci posiadający prawo wykonywania zawodu. Przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” zawierają też zakaz udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki w przypadku, gdy wnioskodawca, wspólnik bądź partner spółki będącej wnioskodawcą prowadzi sam lub przez swoich wspólników/partnerów co najmniej cztery apteki ogólnodostępne lub jest związany korporacyjnie lub kapitałowo z innymi podmiotami prowadzącymi co najmniej cztery apteki ogólnodostępne. W tym miejscu należy także zaznaczyć, że w przepisach ustawy „apteka dla aptekarza” ustawodawca sprecyzował zakaz udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w przypadku, gdy podmiot ubiegający się o zezwolenie prowadzi na terenie województwa więcej niż 1% aptek ogólnodostępnych albo podmioty przez niego kontrolowane w sposób bezpośredni lub pośredni, w szczególności podmioty zależne w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, prowadzą łącznie więcej niż 1% aptek na terenie województwa. Trzeba wskazać, że przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” określają reglamentację działalności gospodarczej. W tym kontekście należy podkreślić, że o możliwość udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki mogą wnioskować wyłącznie osoby posiadające wykształcenie farmaceutyczne. Nie ulega również wątpliwości, że reglamentację działalności gospodarczej stanowią przesłanki demograficzno-geograficzne, których spełnienie jest jednym z warunków udzielenia zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej.

Celem niniejszego artykułu nie była ocena celowości wprowadzonych przez ustawodawcę ograniczeń przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego co do liczby aptek prowadzonych przez podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie apteki, jednak należy zauważyć, że dwukrotnie w przepisach ustawy „apteka dla aptekarza” wprowadzono ograniczenia ilościowe w postaci limitu czterech aptek oraz posiadania ponad 1% aptek w województwie. W takiej sytuacji powstaje zbieg dotyczący ograniczeń w liczbie prowadzonych aptek przez podmiot ubiegający się o zezwolenie na prowadzenie apteki

Ustawodawca określił także, iż uzyskanie zezwolenia na prowadzenie apteki jest uzależnione od liczby mieszkańców w danej gminie oraz odległości planowanej lokalizacji apteki. W powyższym kontekście należy wskazać na art. 99 ust. 3b pr.farm., w którym określono, że zezwolenie na prowadzenie apteki ogólnodostępnej będzie wydawane w przypadku, gdy na dzień złożenia wniosku liczba mieszkańców danej gminy w przeliczeniu na jedną aptekę ogólnodostępną wynosi co najmniej 3 tys. osób, a odległość od miejsca planowanej lokalizacji apteki do najbliższej funkcjonującej apteki ogólnodostępnej, liczona pomiędzy wejściami do izb ekspedycyjnych aptek, w linii prostej wynosi co najmniej 500 m. Ustawodawca dopuścił jednak wyjątek odnośnie do udzielania zezwolenia przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z pominięciem powyższych ograniczeń demograficzno-geograficznych.

Udzielenie zezwolenia przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego na prowadzenie apteki następuje po wyrażeniu zgody przez Ministra Zdrowia ze względu na ważny interes pacjentów i konieczność zapewnienia im dostępu do produktów leczniczych. Należy dodać, że wydanie zgody przez Ministra Zdrowia uzależnione jest od wydania pozytywnej opinii wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce planowanej lokalizacji apteki. W powyższym kontekście należy wskazać, że kryterium „ważnego interesu pacjentów i konieczności zapewnienia im dostępu do produktów leczniczych”, które umożliwia Ministrowi Zdrowia wyrażenie zgody na udzielanie przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z pominięciem ograniczeń demograficzno-geograficznych określonych w art. 99 ust. 3b pr.farm., jest zbyt ogólne i może powodować dużą swobodę w podejmowaniu decyzji przez Ministra Zdrowia. Należy również dodać, że określone przez ustawodawcę ograniczenia demograficzno-geograficzne mogą spowodować, że w części miast lub nowych osiedli nie będą mogły powstać żadne nowe apteki. Skutkiem wprowadzonych przez ustawodawcę zmian może być ograniczenie powstawania nowych aptek, co w efekcie może skutkować wzrostem cen na produkty lecznicze, wyroby medyczne oraz środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego. Ocenę, czy przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” mogły wpłynąć na zmniejszenie liczby aptek ogólnodostępnych lub na wzrost cen na produkty lecznicze, można będzie jednak przeprowadzić w perspektywie znacznie dłuższego czasu jej obowiązywania.

Podsumowanie

Jak stwierdzono na wstępie niniejszego artykułu, jego celem głównym była ocena, czy przepisy ustawy „apteka dla aptekarza” mogą stanowić reglamentację swobody działalności gospodarczej oraz czy przesłanki demograficzno-

-geograficzne warunkujące uzyskanie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej zapewniają pacjentom równy dostęp do usług farmaceutycznych. Po przeprowadzonej analizie przepisów ustawy „apteka dla aptekarza” należy wskazać, że stanowią one reglamentację swobody działalności gospodarczej z uwagi na to, iż zawierają ograniczenia podmiotowe oraz demograficzno-geograficzne dotyczące uzyskania zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej. Odnosząc się do oceny zapewnienia pacjentom równego dostępu do usług farmaceutycznych w kontekście przesłanek demograficzno-geograficznych, wyraża się, że określone przez ustawodawcę ograniczenia gwarantują równy dostęp do usług farmaceutycznych pacjentom. W tym kontekście należy wskazać, iż kryteria ważnego interesu pacjentów i konieczności zapewnienia im dostępu do produktów leczniczych umożliwiające wyrażanie zgody przez Ministra Zdrowia na wydawanie zezwolenia przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z pominięciem ograniczeń demograficzno-geograficznych są zbyt ogólne oraz powinny zostać uszczegółowione *de lege ferenda* przez ustawodawcę.

Bibliografia

- Błaś A., *Prawne formy działania administracji publicznej* [w:] *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2010.
- Chłodziński B., *Pojęcie działalności gospodarczej i formy jej reglamentacji*, „*Studia Iuridica Toruniensia*” 2006, t. III: *Debiuty* (red. K. Kamińska).
- Garlicki L., *Komentarz do art. 31* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.
- Kijowski D.R., *Pozwolenia w administracji publicznej. Studium z teorii prawa administracyjnego*, Białystok 2000.
- Kijowski D.R., *Zezwolenia i koncesje* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. VII, red. R. Hausser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012.
- Kocowski T. [w:] *Materialne prawo administracyjne*, red. M. Niemiec, Warszawa 2013.
- Kocowski T., *O zezwoleniach policyjnych i reglamentacyjnych* [w:] *Dynamiczne rozumienie zadania publicznego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi*, red. J. Supernat, Wrocław 2009.
- Markowski A., Pawelec R., *Język polski. Popularny słownik wyrazów obcych i trudnych*, Warszawa 2007.
- Majewska-Otawska K., *Zezwolenia w świetle prawa działalności gospodarczej*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 2002, R. LXIV, z. 2.
- Melgieś K., *Działalność regulowana jako forma reglamentacji wolności gospodarczej – uwagi konstrukcyjne*, „*Studia Gdańskie. Wizje i Rzeczywistość*” 2010, t. VII.
- Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2015.
- Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Warszawa 2008.
- Zaradkiewicz K., *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek Warszawa 2016.

Streszczenie

W niniejszym artykule dokonano oceny przepisów ustawy „apteka dla aptekarza” w kontekście zasady swobody działalności gospodarczej oraz poddano analizie przesłanki demograficzno-geograficzne warunkujące udzielanie zezwolenia na prowadzenie apteki ogólnodostępnej w kontekście zapewnienia pacjentom równego dostępu do usług farmaceutycznych. W artykule przedstawiono definicję oraz formę udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki. W dalszej części omówiono i poddano analizie zasadę swobody działalności gospodarczej oraz możliwość jej ograniczenia w odniesieniu do przepisów ustawy „apteka dla aptekarza”. Artykuł zawiera także analizę i ocenę ograniczeń podmiotowych oraz demograficzno-geograficznych dotyczących udzielania zezwolenia na prowadzenie apteki. W podsumowaniu zwrócono uwagę, że kryteria „ważnego interesu pacjentów” i „konieczności zapewnienia im dostępu do produktów leczniczych” umożliwiające wyrażanie zgody przez ministra zdrowia na udzielanie zezwolenia przez wojewódzkiego inspektora farmaceutycznego na prowadzenie apteki ogólnodostępnej z pominięciem ograniczeń demograficzno-geograficznych są zbyt ogólne i wymagają uszczegółowienia przez ustawodawcę.

Słowa kluczowe: aptekarz, prawo, zezwolenie, przedsiębiorca, działalność gospodarcza

CONDITIONS FOR GRANTING PERMISSION TO OPERATE A PHARMACY AFTER THE COME INTO FORCE OF THE PROVISIONS OF THE ACT „PHARMACY FOR A PHARMACIST”

Summary

This article evaluates the provisions of the pharmacy for a pharmacist in the context of the principle of economic activity freedom, and analyzes the demographic-geographical premises conditioning granting a license to operate a pharmacy, with regard to an equal access of patients to pharmaceutical services. The article presents the nature, definition and the form of permission to operate a pharmacy. In the further part of the paper, the principle of economic activity freedom and the possibility of limiting it regarding the provisions of the “pharmacy for a pharmacist” act were discussed and analyzed. The article also contains an analysis and assessment of subjective and demographic-geographical limitations regarding the permission to operate a pharmacy. In the summary, it was noted that the criteria of patients’ important and necessary interest in being provided with access to medicinal products, allowing the health minister to consent to grant through the voivodship pharmaceutical inspector a permit to operate a generally accessible pharmacy excluding demographic- geographical limitations, are too general and require detailing by the legislator.

Keywords: pharmacist, law, permission, entrepreneur, economic activity

Anna Marcinkowska

**ANALIZA OBECNYCH ROZWIĄZAŃ USTAWOWYCH
W ZAKRESIE OCHRONY PRACOWNIKÓW MEDYCZNYCH
JAK FUNKCJONARIUSZY PUBLICZNYCH**

Analiza obecnych rozwiązań ustawowych

Nie trzeba nikogo przekonywać do tego, iż pracownicy medyczni potrzebują szczególnej ochrony prawnokarnej w związku z wykonywanymi przez siebie czynnościami medycznymi. Co pewien czas media informują opinię publiczną o kolejnych atakach na załogi karetok pogotowia, personel podmiotów leczniczych oraz o niszczeniu mienia będącego wyposażeniem różnego rodzaju placówek medycznych. Powtarzające się ataki tego typu wymogły działanie ze strony środowisk medycznych, które przejawiało się w utworzeniu przez Naczelną Izbę Lekarską i Naczelną Izbę Pielęgniarek i Położnych systemu „Monitorowanie agresji w ochronie zdrowia”¹. Celem tego systemu jest umożliwienie lekarzom i pielęgniarkom zgłaszania przypadków agresji w miejscach pracy. Liczba zgłoszeń wskazuje na coroczny znaczący wzrost tego typu ataków, co wynika także z danych Komendy Głównej Policji. Lekarze i pielęgniarki spotykają się z prawie każdym rodzajem agresji, choć najczęściej ma ona charakter agresji werbalnej. Zdaniem lekarzy nawet dostępne dane statystyczne nie są w pełni adekwatne i skala zjawiska jest znacznie większa². Z badań przeprowadzonych przez Uniwersytet Medyczny w Białymstoku wynika, że kontakt z agresją wykazało 90% lekarzy, 86% położnych i 96% pielęgniarek. Wprawdzie w badaniach tych uwzględniono wszelkie źródła agresji, w tym nawet pochodzące od współpracowników, to jednak niezależnie od grupy zawodowej najczęściej agresja pochodziła ze strony pacjentów wobec odpowiednio: 86% lekarzy, 74% położnych i 92% pielęgniarek³.

¹ www.agresja.hipokrates.org/# (18.06.2018).

² Za: Z. Brzezina, *Przypadki agresji w szpitalach zdarzają się codziennie*, www.medexpress.pl/przypadki-agresji-w-szpitalach-zdarzaja-sie-codziennie/68019 (18.06.2018).

³ E. Krajewska-Kułać, K. Kowalczyk, A. Kułać-Bejda, A. Guzowski, W. Kułać, *Różne barwy przemocy*, t. II, Białystok 2016, s. 173 i n. Odnośnie do form agresji ze strony pacjentów to

Nie budzi wątpliwości, że istnieje konieczność objęcia personelu medycznego ochroną prawnokarną, gdyż w tym wypadku ochrona ta dotyczy najważniejszych czynności związanych z ratowaniem życia i zdrowia. Ochrona ta powinna odpowiadać wadze, jaka jest związana z obowiązkami nałożonymi na zawody medyczne, a szczególnie obowiązkowi udzielenia pomocy pacjentowi, które są przewidziane w art. 30 ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty (dalej: u.z.l.l.d.) i art. 15 ustawy o działalności leczniczej (dalej: u.d.l.). Dotychczasowe orzecznictwo i piśmiennictwo wyrażało pogląd, że obowiązki te mają charakter bezwzględny, ponieważ chodzi tutaj o ochronę fundamentalnego etycznego obowiązku ratowania życia i zdrowia, gdy życie i zdrowie jest bezpośrednio zagrożone i istnieją realne możliwości udzielenia pomocy. O charakterze tego obowiązku świadczy np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 28 lipca 2016 r.⁴, w którym stwierdzono, że lekarz, ratując życie i zdrowie, działa interesie społecznym, a wykonując takie czynności, nie powinien mieć na względzie żadnych innych okoliczności poza stanem zdrowia pacjenta, takich jak tożsamość chorego czy też to, kto pokryje koszty leczenia. Obowiązek ten ma więc charakter absolutnie nadrzędny i dla zapewnienia prawidłowości jego realizacji wymagane jest posiadanie odpowiednio szerokiej ochrony.

Impulsem do poruszenia tego tematu było także postanowienie Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 2016 r. (sygn. I KZP 24/15), które dotyczyło zakresu prawnokarnej ochrony lekarza jako funkcjonariusza publicznego. Stan faktyczny rozpatrywany w tym orzeczeniu dotyczył lekarza, który został znieważony przez osobę, która miała domagać się od niego wypisania karty zgony członka rodziny (a więc czynności o charakterze administracyjnym), a po odmowie publicznie zarzucać mu brak umiejętności i spowodowanie śmierci tej osoby. Lekarz przebywał wtedy w pomieszczeniach szpitalnego oddziału ratunkowego (SOR-u), pełniąc dyżur jako członek karetki pogotowia i pozostając w gotowości do podjęcia czynności medycznych. Prokurator odmówił wszczęcia postępowania przygotowawczego w tej sprawie, uznając, że dopuszczono się co najwyżej czynu ściganego z oskarżenia prywatnego z art. 216 k.k., a nie czynu z art. 226 k.k. polegającego na znieważeniu funkcjonariusza publicznego, który jest ścigany

w badaniu wyszczególniono osiem rodzajów zachowań, tj. podniesiony głos, pogróżki, szantaż, próbę uderzenia, groźną postawę, zachowanie wulgarne przy współpracownikach, zachowanie wulgarne przy pacjentach oraz atak, uderzenie. Warto odnotować, że w wypadku formy agresji określonej jako „atak, uderzenie” dane te wyniosły: 10% dla lekarzy, 14% dla położnych i 28% dla pielęgniarek.

⁴ Sygn. V ACa 3/16, LEX nr 2182319. Wyrok ten dotyczył kosztów leczenia w warunkach przymusu ustawowego, których pacjent nie był w stanie ponieść, oraz rozumienia art. 115 k.k.w. Podobne stanowisko zajął SA we Wrocławiu z 27 marca 2014 r. (sygn. I ACa 82/14, LEX nr 1785800) z zastrzeżeniem konieczności zachowania odpowiedniego trybu, gdy zostaną przekroczone finansowe limity ustalone ze świadczeniodawcą.

z urzędu. Rozpoznając zażalenie na odmowę wszczęcia dochodzenia, Sąd Rejonowy zwrócił się do Sądu Najwyższego o udzielenie odpowiedzi na pytanie dotyczące ochrony prawnokarnej lekarza. Oceniając ten stan faktyczny, Sąd Najwyższy uznał, że ochrona praw należna funkcjonariuszowi publicznemu, która została przyznana lekarzowi w art. 44 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty i art. 5 ustawy z 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (dalej: u.p.r.m.), nie obejmuje sytuacji innych niż udzielenie pomocy doraźnej, tj. udzielenie pierwszej pomocy i podejmowanie medycznych czynności ratunkowych lub pomocy lekarskiej wtedy, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych wypadkach niecierpiących zwłoki. Uznano również, że wykonanie tych czynności polega na działaniu, które zmierza bezpośrednio do ich wykonania, od chwili odebrania zindywidualizowanego wezwania do ich udzielenia albo od chwili podjęcia przez lekarza stosownych działań z własnej inicjatywy. Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że ochrona prawna nie obejmuje okresu pełnienia przez lekarza dyżuru w szpitalnym oddziale ratunkowym, jeśli polega on tylko na oczekiwaniu na wezwanie do wyjazdu załogi karetki pogotowia.

W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Najwyższy powołał się na definicje istniejące w prawie medycznym i powiązanie art. 44 z art. 30 u.z.l.l.d., który stanowi o obowiązku udzielenia pomocy lekarskiej, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, a także na kolejne źródło ochrony prawnej lekarza, tj. art. 5 u.p.r.m. Przepis ten chroni osobę udzielającą pierwszej pomocy, kwalifikowanej pierwszej pomocy oraz podejmującą medyczne czynności ratunkowe zdefiniowane w u.p.r.m. Oceniając poprawność legislacyjną tych przepisów, Sąd Najwyższy uznał, że taki sposób regulacji jest stosowny i nie budzi zasadniczych zastrzeżeń z punktu widzenia techniki prawodawczej, a przepisy te powinny być odczytywane literalnie, tj. zgodnie z dyrektywą języka ogólnego, i dotyczą odcinka czasowego, gdy lekarz świadczy pomoc doraźną lub wykonuje obowiązki określone w art. 30 u.z.l.l.d. Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że nie można w takim wypadku zastosować wykładni rozszerzającej, gdyż byłoby to niezgodne z literalnym brzmieniem normy, która nie chroni wszystkich czynności wykonywanych przez lekarza w ramach stosunku pracy, a zwłaszcza czynności o charakterze administracyjnym, a za taką czynność należy uznać wypisanie karty zgonu. Można stwierdzić, że Sąd Najwyższy nie miał innego wyjścia, orzekając o stosunkowo wąskim zakresie ochrony lekarza i innych pracowników medycznych wykonujących swoje obowiązki zgodnie z u.p.r.m., powołując się przede wszystkim na taką, a nie inną wolę ustawodawcy.

Z dotychczasowego orzecznictwa warto także zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach (sygn. VI Ka 773/17)⁵. W judykacie tym dokonano interpretacji znamienia „w związku z pełnieniem czynności”, które to znamię zostało zinterpretowane szeroko. Orzekający sąd uznał, że wystarczające było, iż pokrzywdzona była członkiem załogi karetki pogotowia i udzielała pomocy medycznej oskarżonemu. W opisanej sytuacji wystarczające było powiązanie agresywnego zachowania napastnika z interwencją medyczną pokrzywdzonej. Dla karnej odpowiedzialności nie miało znaczenia to, że oskarżony swoim zachowaniem wymusił przerwanie czynności medycznych, i to, że na skutek tego pokrzywdzona czasowo powstrzymała się od kontynuowania udzielania oskarżonemu pomocy. W wyroku tym zajęto słuszne stanowisko, że tam, gdzie sprawca swoją agresję kieruje wobec pracownika medycznego i powoduje chwilowe odstąpienie od czynności leczniczych, to mimo tego odstąpienia ochrona prawno-karna pracownika medycznego trwa dalej. Analiza powyższych orzeczeń prowadzi do wniosku, że orzecznictwo sądowe konsekwentnie wypowiada się co do realizacji znamion art. 222 k.k. i aktualna jest linia orzecznicza przedstawiona jeszcze w wyroku Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r. (sygn. II KK 176/09), gdzie dokonano wykładni przestępstwa z art. 226 § 1 k.k., a zwłaszcza znamienia „podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”⁶.

Komentowane przepisy nasuwają jednak szereg wątpliwości, zwłaszcza jeżeli się porówna zakres ochrony lekarza i pielęgniarki, który jest znacznie szerszy. W art. 11 ust. 2 ustawy o zawodzie pielęgniarki i położnej (dalej: u.z.p.p.) wymieniono szereg sytuacji, kiedy pielęgniarcze jako funkcjonariuszowi publicznemu przysługuje ochrona, który to przepis obejmuje w zasadzie zdecydowanie większą ilość sytuacji i czynności związanych z wykonywaniem tego zawodu. Ochrona ta obejmuje również część czynności, które można określić jako administracyjne, z wyjątkiem działań *stricte* administracyjnych, np. związanych z przyjęciem pacjenta na oddział. Ochroną objęto np. realizację zleceń lekarskich w procesie diagnostyki, leczenia i rehabilitacji, a w przypadku położnej – nawet świadczeń zapobiegawczych, kierowanie na konieczne badania, sprawowanie opieki nad matką i noworodkiem i inne. Zakresem ochrony objęto więc nawet część czynności, które wchodzą w zakres czynności dotyczących planowania i sprawowania opieki pielęgnacyjnej nad pacjentem, rozpoznawania warunków i potrzeb zdrowotnych pacjenta oraz problemów pielęgnacyjnych. Oczywiście

⁵ LEX nr 2449902.

⁶ LEX nr 584034 wraz z glosą J.B. Stefańskiej, OSP 2011/2/17. Zob. uchwała SN z 20 czerwca 2012 r., sygn. I KZP 8/12, OSNKW 2012/7/71 oraz wyrok TK z 12 lutego 2015 r., sygn. SK 70/13, OTK – A 2015/2/14, który dotyczył zbadania zgodności z Konstytucją art. 226 § 1 k.k. w zakresie, w jakim penalizował znieważenie funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej dokonane niepublicznie.

ochroną objęta jest także całość świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych i leczniczych. Dlatego można sobie zadać pytanie, dlaczego w podobny sposób nie sformułowano przepisów związanych z ochroną prawnokarną lekarza, zwłaszcza że wystarczające byłoby nawiązanie do definicji czynności medycznych wskazanych w u.d.l.

Wygląda, jakby ustawodawca z tylko sobie znanych powodów stał na stanowisku, że pracownicy medyczni nie zasługują na taki zakres ochrony, jaki posiadają np. nauczyciele w art. 63 ustawy z 26 stycznia 1982 r. – Karta nauczyciela⁷, który statuuje, że nauczyciel podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych korzysta z ochrony przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych. Przepis ten jest prosty do interpretacji pod kątem określenia znamion przestępstw z art. 222, 223, 224 i 226 k.k. Obecne regulacje w zakresie ochrony prawnokarnej pracownika medycznego zupełnie nie odnoszą się do unormowań związanych ze stosunkiem pracy, skupiając się na charakterze wykonywanych czynności.

W tym miejscu konieczne jest zwrócenie uwagi na art. 15a u.d.l., który wszedł w życie w 1 grudnia 2017 r.⁸ W przepisie tym wprowadzono ochronę prawną przewidzianą dla funkcjonariuszy publicznych dla osób wykonujących zawód medyczny, udzielających świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym. Przepis ten sformułowano dość szeroko, gdyż chroni osoby wykonujące wszystkie zawody medyczne. Jeżeli chodzi o pojęcie zawodu medycznego, to zdefiniowane jest ono w art. 2 ust.1 pkt 2 u.d.l., gdzie za osobę wykonującą zawód medyczny uznano osobę uprawnioną na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osobę legitymującą się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie bądź określonej dziedzinie medycyny⁹.

Definicja zawodu medycznego z jednej strony wpisuje się w dotychczasowe ustalenia tego pojęcia na podstawie różnych aktów prawa medycznego, ale z drugiej rodzi problemy interpretacyjne, co podnosiła już niejednokrotnie dok-

⁷ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1189 w brzmieniu: „Osoba wykonująca zawód medyczny udzielająca świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym korzysta z ochrony prawnej przewidzianej w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2017 r., poz. 2204) dla funkcjonariuszy publicznych”.

⁸ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 160. Artykuł 15a wprowadzono ustawą z 27 października 2017 r. o podstawowej opiece zdrowotnej (Dz.U. z 2017 r., poz. 2217).

⁹ Definicji zawodu medycznego nie należy utożsamiać z definicją personelu medycznego. Zob. wyrok WSA w Lublinie z 13 grudnia 2011 r., sygn. III SA/Lu 653/11, LEX nr 1102241. Podobnie: wyrok SA w Lublinie z 17 stycznia 2018 r., sygn. III AUa 547/17, LEX nr 2440806, w którym nie uznano za osobę wykonującą zawód medyczny salowej. Za zawody medyczne uznano natomiast psychoanalityka i neuroterapeutę – wyrok NSA w Warszawie z 22 października 2013 r., sygn. I FSK 1682/12, LEX nr 1386054; wyrok WSA w Szczecinie z 8 października 2013 r., sygn. I SA/Sz 464/13, LEX nr 1382020.

tryna. Problemy te związane są z brakiem regulacji o charakterze ogólnym, która odnosiłaby się do wszystkich zawodów medycznych, ale z koniecznością sięgania do innych ustaw i rozporządzeń¹⁰. Należą do nich: ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (art. 3 ust.1), ustawa o konsultantach w ochronie zdrowia (art. 10 ust. 3) czy też rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności dla potrzeb rynku pracy oraz zakresu jej stosowania¹¹. Mimo pojawiających się wątpliwości co do sposobu klasyfikowania większość autorów przyjmuje, że do zawodów medycznych zalicza się lekarza i lekarza dentyzę, farmaceutę, pielęgniarkę i położną, ratownika medycznego i ratownika, diagnostę laboratoryjnego, felczera i fizjoterapeutę¹² i to właśnie te zawody korzystają z ochrony przewidzianej w tym przepisie.

Definicja świadczenia zdrowotnego zawarta jest w art. 10 pkt 2 u.d.l. oraz w art. 5 pkt 40 ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych¹³. Mimo istnienia definicji legalnej świadczenia zdrowotnego wielość różnych czynności we wzajemnej relacji między pacjentem a pracownikiem medycznym powodowała, że i w tym przypadku pojawiły się wątpliwości co do zakresu tego pojęcia. Jak słusznie zauważył R. Kubiak, definicja ta ma charakter systemowy i stanowi podstawę do interpretacji innych unormowań medyczno-prawnych. Uznaje się, że świadczeniem takim są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia, a także inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania, a zwłaszcza mające charakter profesjonalny¹⁴. Powyższy pogląd akcentuje element terapeutyczny w szerokim rozumieniu, który zawiera profilaktykę, diagnostykę i rehabilitację medyczną, a więc te czynności, które są ukierunkowane na ochronę życia lub zdrowia ludzkiego i wykonywane zgodnie z zasadami wiedzy medycznej przez wykwalifikowane osoby. R. Kubiak zalicza do tych czynności również wydawanie opinii i orzeczeń lekarskich oraz ordynowanie leków i wystawianie recept jako immamentnie związane z zawodem lekarza oraz czynności lekarskie o charakterze nieterapeutycznym (np. pobieranie krwi i innych wydzielin w postępowaniu karnym na mocy art. 74 k.p.k.). Autor ten zalicza również do definicji

¹⁰ Z. Banaszczyk [w:] *System prawa medycznego*, t. I: *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 662 i n.

¹¹ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 227.

¹² Z. Banaszczyk [w:] *System prawa medycznego*, t. I: *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2018, s. 662 i n.

¹³ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1938. Zob. wyrok WSA w Warszawie z 26 kwietnia 2018 r., sygn. VII SA/Wa 2184/17, LEX nr 2500633.

¹⁴ R. Kubiak, *Prawo medyczne*, Warszawa 2017, s. 20–22. Autor ten powołuje się też na: M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012.

świadczenia zdrowotnego zabiegi chirurgii estetycznej, sterylizacji i zabiegi adaptacyjne polegające na zmianie płci jako ujęte w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego¹⁵. Odnośnie do sterylizacji i chirurgii estetycznej występują różne poglądy co do tego, czy działania takie należy zaliczyć do świadczeń zdrowotnych. Przy szerszym ujęciu opisywanej problematyki słuszne jest uznanie, że podstawowe znaczenie powinien mieć ich cel, który powinien się wyrażać w poprawie komfortu życia¹⁶.

Uzasadnienie ustawy wprowadzającej ten przepis ochronny nie zawiera żadnych treści świadczących o tym, dlaczego korzystanie z ochrony prawnej przewidzianej w Kodeksie karnym dla funkcjonariuszy publicznych dotyczy tylko osób udzielających świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym, a nie na jego terenie. Dochodzi więc do paradoksalnej sytuacji, że osoba wykonująca zawód medyczny w zakładzie leczniczym podlega mniejszej ochronie prawnej niż osoba wykonująca te same czynności poza nim. Można się tylko domyślać, że ustawodawca uznał, że lekarz lub pielęgniarka korzystają z wystarczającej ochrony, pracując w zakładzie leczniczym, na mocy dotychczasowych przepisów, tj. na podstawie art. 44 u.z.l.l.d. i art. 11 u.z.p.p. Prawdopodobnie ustawodawcy chodziło też o zwiększenie ochrony zawodów medycznych działających w podstawowej opiece zdrowotnej jako „punktu wejścia pacjentów do systemu opieki zdrowotnej”¹⁷, gdzie istnieje możliwość udzielania świadczeń np. w miejscu zamieszkania pacjenta.

Takie rozwiązanie ustawowe spowodowało, że w pierwszym rzędzie należy ustalić zakres czynności w ramach stosunku pracy, w trakcie których doszło do ataku na pracownika medycznego, natomiast wszelkie inne okoliczności są bez znaczenia. Do okoliczności tych należy zaliczyć pozostawanie w ramach dyżuru medycznego¹⁸ lub w innej gotowości do udzielania świadczeń zdrowotnych, rodzaju uprawiania praktyki zawodowej (indywidualnej lub grupowej), jej formy, w tym posiadania osobowości prawnej i szeregu innych oraz miejsca ataku. Następnie należy rozważyć, czy doszło do wyczerpania znamion przestępstwa

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2295. Adekwatnie będą to wszystkie inne świadczenia gwarantowane, których dotyczą odrębne rozporządzenia Ministra Zdrowia, tj. z zakresu ratownictwa medycznego, programów zdrowotnych, rehabilitacji leczniczej, podstawowej opieki zdrowotnej, leczenia stomatologicznego, świadczeń wysokospecjalistycznych, leczenia uzdrowiskowego, opieki psychiatrycznej i leczenia uzależnień i innych.

¹⁶ Odmienne: B. Sygít, D. Wąsik, *Leksykon prawa medycznego*, Warszawa 2017, s. 207 z zastrzeżeniem, iż ustalenia dotyczące celu poprawy i ratowania zdrowia powinny być dokonane w każdym przypadku indywidualnie.

¹⁷ <https://legislacja.rcl.gov/docs//2/12293658/12403159/.../dokument304135.pdf> (18.06. 2018).

¹⁸ Zob. art. 95 u.d.l.

z części ogólnej Kodeksu karnego, mając na uwadze, że atak na funkcjonariusza publicznego będzie miał miejsce, gdy występuje on jako podmiot czynności wykonawczej. Konieczne jest wtedy wykazanie powiązania, iż atak (np. naruszenie nietykalności cielesnej z art. 222 k.k.) miał miejsce w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych, podobnie jak w wypadku art. 223 k.k., który penalizuje użycie broni palnej, noża lub innego podobnie niebezpiecznego przedmiotu albo środka obezwładniającego. Te same uwagi należy odnieść do art. 224 § 2 k.k., tj. do stosowania przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia funkcjonariusza publicznego do przedsięwzięcia lub zaniechania prawnej czynności służbowej, oraz innych tego typu przepisów.

Dla ustalenia, czy do popełnienia przestępstwa doszło „poza zakładem medycznym”, należy najpierw ustalić, co uznamy za zakład medyczny. Pojęcie zakładu medycznego wydaje się znaczeniowo najszersze, zawierające w sobie wszystkie formy udzielania świadczeń medycznych. W u.d.l. słowo „zakład” pojawia się jako:

- zakład leczniczy (szpital)¹⁹, w którym podmiot leczniczy wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczeń szpitalnych (art. 2 ust. 1 pkt 9),
- zakład opieki zdrowotnej jako jednostka tworzona przez podmiot tworzący (art. 2 ust. 1 pkt 6),
- zakład leczniczy jako zespół składników majątkowych, którego podmiot leczniczy wykonuje określony rodzaj działalności leczniczej (art. 2 ust. 1 pkt 14),
- zakład leczniczy jako jednostka lokalna w rozumieniu art. 42 ust. 4 ustawy z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej,
- samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej jako podmiot leczniczy (art. 4 ust. 1 pkt 2),
- zakład leczniczy jako forma wykonywania działalności leczniczej, gdy indywidualna praktyka lekarska może być wykonywana na podstawie umowy z podmiotem leczniczym prowadzącym ten zakład – podobny zapis dotyczy praktykowania zawodu pielęgniarki (art. 5 ust. 2 pkt 1),
- samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej odnośnie do jego utworzenia i prowadzenia jako podmiot leczniczy (art. 6 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 pkt 3).

Kolejne pojęcie zakładu leczniczego w u.d.l. pojawia się jako miejsce udzielania ambulatoryjnych świadczeń zdrowotnych (pomieszczenia zakładu leczniczego), jako jednostki udzielające świadczeń zdrowotnych inne niż szpitalne (zakłady opiekuńczo-lecznicze, pielęgnacyjno-opiekuńcze, rehabilitacji leczni-

¹⁹ Pojęcie to należy odnieść także do szpitala uzdrowiskowego. Zob. ustawa z 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych (Dz.U. z 2012 r., poz. 651) oraz wyrok NSA w Warszawie z 16 listopada 2017 r., sygn. II FSK 2733/15, LEX nr 24112561.

czej) oraz zakłady badań diagnostycznych. Następnie regulacje dotyczące zakładu leczniczego pojawiają się jako określenia odnoszące się do wykonywania praktyki lekarskiej przez lekarza i pielęgniarkę oraz konieczności posiadania regulaminu organizacyjnego podmiotu wykonującego działalność leczniczą, a przede wszystkim solidarnej odpowiedzialności za szkodę i w zakresie różnych działań administracyjnych. Osobne przepisy dotyczą samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej (SP ZOZ) oraz sposobu przekazywania środków publicznych, w tym dotacji.

Powyższy przegląd u.d.l. wskazuje, że w systemie prawa w zasadzie nie występuje pojęcie zakładu medycznego, natomiast stosowane jest pojęcie zakładu leczniczego. Dlatego należy sobie zadać pytanie, jaka jest wzajemna relacja obu tych pojęć i dlaczego ustawodawca użył pojęcia prawie niewystępującego zamiast takiego, które jest powszechnie uznane i nie sprawia problemów interpretacyjnych. Uprawnione jest wysnucie wniosku, że pojęcie zakładu medycznego jest tożsame z pojęciem zakładu leczniczego. Przemawia za tym definicja słownikowa, która za zakład uznaje przedsiębiorstwo lub jego część, które świadczy jakieś usługi, lub instytucję zaspokajającą określone potrzeby społeczne w dziedzinie nauki, kultury i zdrowia²⁰. Jeżeli chodzi o definicję zawartą w art. 2 u.d.l., to pojęcie zakładu leczniczego nabrało nowego brzmienia od 15 lipca 2016 r., kiedy to uznano, iż zakład to zespół składników majątkowych, za pomocą którego podmiot leczniczy wykonuje określony rodzaj działalności leczniczej. Jeżeli przyjmiemy, że pojęcia „zakład leczniczy” i „zakład medyczny” są tożsame, to można dojść do wniosku, że każdy z podmiotów leczniczych, które to pojęcie jest znaczeniowo węższe, będzie zarówno zakładem leczniczym, jak i zakładem medycznym. Atak na pracownika medycznego na tym terenie nie będzie penalizowany na mocy art. 15a u.d.l. i konieczne będzie sięgnięcie do innych przepisów zapewniających ochronę prawnokarną. Dlatego ten nowy przepis budzi wiele zastrzeżeń z punktu widzenia poprawnej legislacji oraz wykładni celowościowej, której zastosowanie nie może prowadzić do wykładni rozszerzającej, która wykracza poza sens przepisu ustalony na podstawie analizy językowej tekstu, co stanowiłoby złamanie zasady *nullum crimen sine lege stricte*²¹.

Trzeba się też zastanowić, co ustawodawca rozumie pod pojęciem ochrony prawnej i dlaczego ustawowo nie stwierdza się, że ochrona ta ma charakter prawnokarny. Otóż pojęcia te były poddane analizie w postanowieniu Sądu Najwyższego z 7 września 2000 r.²² Sąd Najwyższy uznał wtedy, że pojęcia te są tożsame, i powołał się w tym zakresie na poprzednio obowiązujący Kodeks kar-

²⁰ E. Sobol, L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2010, s. 1256.

²¹ *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015, s. 66.

²² Sygn. I KZP 26/00, LEX nr 42359.

ny, gdzie pojecie „ochrona prawna” było odnośnie do ochrony dotyczącej funkcjonariuszy publicznych. Uznano, że „zakres ochrony prawnej” jest szerszy i nie odnosi się do odpowiedzialności karnej sprawcy, która jest domeną Kodeksu karnego, lecz odnośnie do oznaczonych osób posiadających szczególne uprawnienia.

Nowe rozwiązania ustawowe

Od 26 czerwca 2018 r. obowiązuje zmiana ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym²³. Przewidziano w niej kolejny przepis, który rozszerzył ochronę pracowników medycznych, w brzmieniu: „osoba udzielająca pierwszej pomocy albo kwalifikowanej pierwszej pomocy, osoba wchodząca w skład zespołu ratownictwa medycznego, osoba udzielająca świadczeń zdrowotnych w szpitalnym oddziale ratunkowym, dyspozytor medyczny podczas wykonywania swoich zadań oraz wojewódzki koordynator ratownictwa medycznego wykonujący zadania, o których mowa w art. 29 ust. 5, korzystają z ochrony przewidzianej w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, dla funkcjonariuszy publicznych”. Jak wynika z uzasadnienia tego aktu prawnego, jednym z jego celów jest rozszerzenie katalogu osób, którym będzie przysługiwała ochrona przewidziana dla funkcjonariuszy publicznych, o wymienione osoby w celu zapobieżenia sytuacjom, w których osoby wzywające zespół ratownictwa medycznego oraz pacjenci szpitalnych oddziałów ratunkowych i osoby im towarzyszące bezkarnie znieważają, grożą lub fizycznie atakują personel medyczny. Przepis ten stanowi więc uzupełnienie dla art. 15a u.d.l. i w pewnym sensie naprawia braki z zakresie przedmiotu ochrony tam przewidzianej.

Rozwiązaniem art. 5 ust. 1 u.p.r.m. znacznie rozszerza zakres ochrony. Przysługuje ona obecnie całemu zespołowi ratownictwa medycznego. Zgodnie z regułami wykładni za zespół ratownictwa medycznego należy uznać jednostkę systemu, o której mowa w art. 3 pkt 10 w zw. z art. 32 ust.1 pkt 2 u.p.r.m. Nie ma znaczenia, czy będzie to zespół podstawowy, czy specjalistyczny lub lotniczy²⁴. Konieczne jednak będzie, by zespół ratownictwa posiadał stosowne oznaczenie w systemie Państwowego Ratownictwa Medycznego oraz umundurowanie zgodnie z art. 38 u.p.r.m.²⁵ Niestety, takie sformułowanie art. 5 ust. 1 oznacza, że

²³ Ustawa z 10.05.2018 r. o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r., poz. 1115), prawo.sejm.gov.pl/sap (18.06.2018).

²⁴ Zob. art. 34–37 u.p.r.m. W skład zespołu będzie wchodził także kierownik posiadający uprawnienia do kierowania pojazdem uprzywilejowanym zgodnie z warunkami określonymi w rozdziale XVI ustawy z 5 stycznia 2011 r. o kierujących pojazdami (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 978).

²⁵ Szczegółowe kwestie w zakresie oznaczania systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego i umundurowania członków ratownictwa medycznego zawarte są w rozporządzeniu Ministra

ochroną nie są objęte osoby, które nie udzielają pierwszej pomocy lub kwalifikowanej pierwszej pomocy, a udzielają świadczeń zdrowotnych w ramach jednostek współpracujących z systemem Państwowego Ratownictwa Medycznego, tj. centrów urazowych oraz innych wyspecjalizowanych jednostek organizacyjnych szpitali w rozumieniu art. 32 ust. 2 u.p.r.m. Problematyczne jest również, czy z ochrony takiej będą korzystać osoby wykonujące czynności medyczne, działające jako jednostki współpracujące z systemem Państwowego Ratownictwa Medycznego na podstawie art. 15 tego aktu prawnego. Wymieniono tu jednostki organizacyjne Państwowej Straży Pożarnej, jednostki ochrony przeciwpożarowej włączone do krajowego systemu ratowniczo-gaśniczego, podmioty uprawnione do wykonywania ratownictwa górskiego na podstawie przepisów ustawy z 18 sierpnia 2012 r. o bezpieczeństwie i ratownictwie w górach i na zorganizowanych terenach narciarskich, podmioty uprawnione do wykonywania ratownictwa wodnego na podstawie przepisów ustawy z 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych, inne jednostki podległe lub nadzorowane przez MSW i MON i społeczne organizacje ratownicze. W art. 5 ust. 1 u.p.r.m. nie można jednak znaleźć podstaw do rozszerzenia tej ochrony na te osoby, które wykonują inne zadania, w tym nawet udzielają świadczeń zdrowotnych niezwiązanych z pierwszą pomocą. Ochrona będzie przysługiwała jedynie osobom działającym w ramach wymienionych powyżej jednostek i organizacji przy udzielaniu pierwszej pomocy lub kwalifikowanej pierwszej pomocy. Rozszerzająca interpretacja znamion ochronnych stałaby w sprzeczności z funkcją celowościową wykładni ustawy, gdyż należy założyć, że ustawodawca działa racjonalnie.

W niektórych sytuacjach możliwe jest sięgnięcie do innych ustaw, które przewidują taką ochronę osób wykonujących czynności w ramach współpracy z systemem Państwowego Ratownictwa Medycznego. Na przykład ustawa z 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej przewiduje w art. 27 ochronę przewidzianą dla funkcjonariuszy publicznych, strażaków jednostek ochrony przeciwpożarowej i członków ochotniczej straży pożarnej biorących udział w działaniu ratowniczym lub wykonujących inne zadania związane z ochroną przeciwpożarową²⁶. Ochrona ta przewidziana jest również dla osób fizycznych które zostały zobowiązane do udziału w działaniu ratowniczym zgodnie z art. 25 ust. 2, który to przepis dotyczy oprócz osób fizycznych również instytucji, organizacji i przedsiębiorców. W wypadku ratownika górskiego i ratownika narciarskiego ochrona przewiduje też całość wykonywania działań ratowniczych – na podstawie art. 11 ustawy z 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie i ratownictwie w gó-

Zdrowia z 18 października 2010 r. i rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 28 października 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 1843).

²⁶ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 620.

rach i na zorganizowanych terenach narciarskich²⁷. Także ratownik wodny w wypadku prowadzenia działań ratowniczych korzysta z ochrony, która dotyczy całości tych działań, które zgodnie z art. 13 ustawy o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych trwają od przyjęcia zgłoszenia, przez dotarcie na miejsce wypadku, udzielenie kwalifikowanej pierwszej pomocy, zabezpieczenie miejsca wypadku, ewakuację osób, po transport osób i poszukiwanie osób zaginionych na obszarze wodnym²⁸.

Do grona osób chronionych na podstawie tego przepisu nie będzie można zaliczyć członków organizacji ratowniczych działających społecznie, np. w formie stowarzyszenia, fundacji czy też organizacji pozarządowej działającej na podstawie ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie²⁹, o ile wykonywane czynności nie stanowiłyby pierwszej pomocy lub kwalifikowanej pierwszej pomocy, lub działanie te nie stałyby w związku z medycznymi czynnościami ratunkowymi. W takich sytuacjach ochrona będzie przysługiwać na mocy dotychczasowego art. 5 u.p.r.m.³⁰

Krokiem w dobrym kierunku jest to, że ustawodawca nie określił miejsca wykonywania czynności ratowniczych. W wypadku zespołu ratownictwa medycznego, który wykonuje czynności ratownicze, nie będzie miało znaczenia miejsce ich wykonywania – czy będzie to miejsce pobytu pacjenta, czy też w specjalnym pojeździe lub w szpitalnym oddziale ratunkowym. Oczywiście dotyczy to osób udzielających pierwszej pomocy lub kwalifikowanej pierwszej pomocy zgodnie z definicjami zawartą w art. 3 u.p.r.m. Dochodzi do pewnego zdublowania ochrony osób udzielających świadczeń zdrowotnych poza zakładem leczniczym, gdyż gdy lekarz lub ratownik medyczny zostanie zaatakowany np. w domu pacjenta lub w innym miejscu, to ochrona ta będzie przysługiwała zarówno na mocy art. 15a u.d.l., jak i art. 5. ust. 1 u.p.r.m. Po wejściu w życie nowelizacji ochroną jest objęte udzielanie wszystkich świadczeń zdrowotnych w szpitalnym oddziale ratunkowym bez względu na ich rodzaj i charakter.

Odnosnie do pozostałych osób objętych nowelizacją art. 5 u.p.r.m., tj. dyspozytora medycznego i wojewódzkiego koordynatora ratownictwa medycznego, to także tutaj należy sięgnąć do definicji zawartych w u.p.r.m. Zgodnie za art. 11 ust. 3 ratownik medyczny może wykonywać zadania dyspozytora medycznego, natomiast warunki wykonywania czynności dyspozytora medycznego określa art. 6 i n. Z kolei zadania lekarza koordynatora wymienione są w art. 29 u.p.r.m. Jeżeli chodzi o członków zespołu ratownictwa medycznego, to podlegają oni ochronie, o ile wykonują wszelkie świadczenia zdrowotne w szpitalnym oddziale ratunkowym oraz w każdej innej sytuacji, gdy wchodzi w skład zespołu ratow-

²⁷ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 450.

²⁸ T.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 656.

²⁹ T.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 450.

³⁰ Zob. Społeczne Stowarzyszenie Ratownicze, www.ratownicy.com.pl (20.06.2018).

nictwa medycznego. Odnośnie do definicji świadczenia zdrowotnego aktualna będzie w tym wypadku szersza definicja tego pojęcia, która znacznie wykracza poza czynności wymienione w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 20 kwietnia 2016 r. w sprawie medycznych czynności ratunkowych i świadczeń zdrowotnych innych niż medyczne czynności ratunkowe, które mogą być udzielane przez ratownika medycznego³¹.

Takie ujęcie znamion ochrony prawnokarnej nie jest łatwe do stosowania w praktyce i będzie rodzić problemy interpretacyjne.

Podsumowanie

Dalej pozostaje otwarta kwestia, dlaczego przepisy zawierające klauzulę ochronną personelu medycznego mają być umieszczone w aż trzech ustawach (nie licząc Kodeksu karnego). Rozwiązanie takie stoi w sprzeczności z zasadami prawidłowej legislacji. Wydaje się, że bardziej racjonalne byłoby opracowanie takiego przepisu zawierającego klauzulę ochronną, która obejmowałaby poszczególne zawody medyczne i byłaby zawarta wyłącznie w jednym akcie prawnym, np. w u.d.l. Istnieje również konieczność objęcia kompleksową ochroną osób zaangażowanych zawodowo i społecznie w strukturze ratownictwa medycznego, która obejmowałaby również osoby aktywne w organizacjach pozarządowych działających w wypadku klęsk żywiołowych. W tym wypadku odpowiednia klauzula ochronna powinna obejmować pracowników medycznych i osoby im przybrane tam, gdzie dochodzi do sytuacji kryzysowej i zagrożenia dla życia i zdrowia, zwłaszcza że istnieje już system, który pozwala organizacjom pozarządowym uczestniczyć w zarządzaniu kryzysowym na podstawie ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. System zarządzania kryzysowego ściśle kooperuje z Państwowym Systemem Ratownictwa Medycznego, w skład którego wchodzi organizacje realizujące ważne cele społeczne, takie jak stowarzyszenia i fundacje³². Organizacje te mogą wykonywać zadania publiczne zlecane przez kompetentne organy państwa, a na mocy odpowiednich umów podejmuje współpracę ze służbami ratowniczymi (np. OSP, GOPR, TOPR, WOPR). Dlatego istnieje postulat objęcia szeroką ochroną członków tych organizacji, która odnosiłaby się nie tylko do udzielania pomocy i kwalifikowanej pierwszej pomocy, ale również wszystkich czynności, które w sytuacjach kryzysowych podejmowane są dla ratowania życia ludzkiego, a więc całego jej cyklu.

³¹ Dz.U. z 2016 r., poz. 587 ze zm.

³² J. Trocha, *Działalność organizacji pozarządowych na rzecz systemu zarządzania kryzysowego w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Obronność. Zeszyty Naukowe” 2014, nr 4(12), s. 105–115. W ustawie o działalności pożytku publicznego przewidziano, że sferą zadań publicznych dla działalności pożytku publicznego, która jest prowadzona przez organizacje pozarządowe, jest także ochrona i promocja zdrowia, w tym działalności leczniczej w rozumieniu u.d.l. (art. 4 ust.1 pkt 6).

Bibliografia

- Banaszczyk Z. [w:] *System prawa medycznego*, t. I: *Instytucje prawa medycznego*, red. M. Safian, L. Bosek, Warszawa 2018.
- Brzezin Z., *Przypadki agresji w szpitalach zdarzają się codziennie*, www.medexpress.pl (18.06.2018).
- Dercz M., T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Krajewska-Kułał E., Kowalczyk K., Kułał-Bejda A., Guzowski A., Kułał W., *Różne barwy przemocy*, t. II, Białystok 2016,
- Kubiak R., *Prawo medyczne*, Warszawa 2017.
- Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015.
- Sobol E., Drabik L., Kubiak-Sokół A., Wiśniakowska L., *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2010.
- Sygit B., Wąsik D., *Leksykon prawa medycznego*, Warszawa 2017.
- Trocha J., *Działalność organizacji pozarządowych na rzecz systemu zarządzania kryzysowego w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Obronność. Zeszyty Naukowe” 2001, nr 4(12).

Streszczenie

W artykule poddano analizie stan prawny związany z ochroną prawnokarną pracowników medycznych, ze szczególnym uwzględnieniem zawodów lekarza, ratownika medycznego, pielęgniarki i położnej. Przedstawiono orzecznictwo dotyczące ataków na personel medyczny ze strony pacjentów i innych osób w trakcie udzielania im pierwszej pomocy. Celem artykułu było również wyjaśnienie podstawowych pojęć związanych z opisem czynów zabronionych, które zawarte są w ustawach regulujących zawody medyczne. Zajęto się także najnowszymi rozwiązaniami w systemie prawa medycznego, które zaczęły obowiązywać od 26 czerwca 2018 r. i których celem było zwiększenie ochrony pracowników medycznych, oraz przedstawiono postulaty mające na celu zrjonalizowanie i uproszczenie tej ochrony. Ochrona ta obecnie ma skomplikowany charakter, co powoduje trudności w określeniu znamion przestępstwa, i nie obejmuje wielu sytuacji, w których byłaby potrzebna.

Słowa kluczowe: pracownik medyczny, znieważenie, ochrona prawnokarna, ratownictwo medyczne, lekarz

COMMENTS ON CURRENT STATUTORY SOLUTIONS IN THE PENAL AND LEGAL PROTECTION OVER MEDICAL PROFESSIONALS AS PUBLIC OFFICERS

Summary

This paper presents an analysis of the legal status of the penal and legal protection over medical professionals with particular emphasis on the profession of physician, paramedic, nurse and midwife. The article discusses case law regarding attacks on medical personnel from patients and other persons during first aid procedures. The aim of the article is also to explain the basic concepts related to prohibited acts, as specified in the laws governing medical professions. Another

there is the latest change in the medical legal system, which involves solutions applicable as of 26/06/2018 aimed at increasing the protection of medical employees. Subsequent sections of this paper include postulates of rationalizing and simplifying this protection as it is currently overcomplicated, which makes it difficult to identify the features of a crime. What is more, many situations are, in fact, inadequately protected.

Keywords: medical professional, insult, criminal law protection, emergency medical care, physician

Jolanta Pacian

**PRZEWINIENIE ZAWODOWE FARMACEUTY.
UWAGI W KONTEKŚCIE ZAWODU FARMACEUTY I STATUSU
SAMORZĄDU ZAWODOWEGO**

Wprowadzenie

Odpowiedzialność zawodowa jest odpowiedzialnością wewnątrz korporacyjną – w obrębie samorządowej korporacji zawodowej farmaceutów, czyli izb aptekarskich. O odpowiedzialności zawodowej farmaceutów stanowią przepisy ustawy z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich¹. Celem opracowania jest omówienie przewinienia zawodowego na podstawie stanowiska doktryny i orzecznictwa. Taka próba ujęcia tematu jest ponadto zwróceniem szczególnej uwagi na nieprecyzyjny zakres tego terminu poprzez odniesienie do wolnego zawodu farmaceuty i zawodu zaufania publicznego oraz obowiązkową przynależność do samorządu zawodowego w kontekście praw i obowiązków. Członkowie izb podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki zawodowej i deontologii oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu. Postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej toczy się niezależnie od postępowania karnego lub postępowania dyscyplinarnego dotyczącego tego samego czynu.

Przesłanka przewinienia zawodowego

Najwięcej niejasności wzbudza przesłanka przewinienia zawodowego, bowiem owo kryterium „przepisów związanych z wykonywaniem zawodu” jest nieprecyzyjne i nieraz mogą pojawić się wątpliwości, czy określony przepis je spełnia. Należy zważyć, iż podstawę skazania za przewinienie zawodowe może stanowić wyłącznie przepis, który jest skierowany do farmaceutów. I może wy-

¹ Ustawa z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1496 ze zm.).

stąpić również odwrotna sytuacja, tj. taki przepis, który nie jest kierowany do farmaceutów lub nie jest jasne, czy jest do nich kierowany – nie może stanowić podstawy odpowiedzialności zawodowej. Jak wskazuje praktyka, przedmiotem skarg są przede wszystkim uchybienia w realizacji recept, popełnianie błędów w recepturze czy zła organizacja pracy w aptece. Jednak w porównaniu z liczbą składanych skarg jedynie nieliczne z nich kwalifikowane są przez rzeczników odpowiedzialności zawodowej i wydawane są wnioski o ukaranie². Artykuł 2a ust. 1 pkt 7 ustawy z 1991 r. o izbach aptekarskich nakłada także na farmaceutów obowiązek czuwania nad prawidłowym przebiegiem farmakoterapii, a w § 2 ust. 2 rozporządzenia z 18 października 2002 r. w sprawie wydawania z apteki produktów leczniczych i wyrobów medycznych³ przewidziano dla farmaceutów obowiązek sprawdzenia prawidłowości wystawienia recepty oraz przeliczenia przepisanej na recepcie ilości produktu leczniczego i sprawdzenia, czy ilość ta odpowiada ilości leku, którą osoba realizująca receptę może wydać zgodnie z odrębnymi przepisami. Co więcej, farmaceuta realizujący receptę ma obowiązek sprawdzenia, czy ilość leku zapisanego na recepcie związana z formą opakowań, w których lek jest wprowadzany do obrotu, nie spowoduje wydania leku w ilości przekraczającej potrzeby trzymiesięcznej kuracji. W takim przypadku powinien wydać tylko taką ilość opakowań danego leku możliwych do wydzielenia, które nie przekroczą ilości leku przeznaczonego do trzymiesięcznej kuracji⁴.

Przyjmuje się w doktrynie podział odpowiedzialności dyscyplinarnej na:

- odpowiedzialność dyscyplinarną *sensu stricto* za przewinienia dyscyplinarne, tj. czyny naruszające zasady deontologii zawodowej i zasady wykonywania danej profesji,
- odpowiedzialność dyscyplinarną *sensu largo*, czyli ponadto za przewinienia dyscyplinarne wypełniające znamiona przestępstwa i wykroczenia.

G. Rejman przewinienie zawodowe definiuje jako „czyn zabroniony w prawie dyscyplinarnym zawierający pewien ujemny ładunek dla stosunków społecznych, których dana służba dotyczy, zagrożony karami dyscyplinarnymi dla danej dziedziny prawa. Właściwymi do jego rozpoznania są komisje dyscyplinarne lub sądy dyscyplinarne”⁵.

E. Warzocha w sposób bardzo wąski określa granice przewinienia zawodowego, twierdząc, że „przewinieniami są wszelkie stany faktyczne przedstawiające działania (zaniechania), które są zawinione [...], a więc zależne od jego woli

² Szerzej na ten temat: E. Kokot, S. Poździech., M. Mikos, A. Czupryna, *Odpowiedzialność zawodowa farmaceutów*, „Prawo i Medycyna” 2004, 4 (17), s. 88–97.

³ Rozporządzenia z 18 października 2002 r. w sprawie wydawania z apteki produktów leczniczych i wyrobów medycznych (Dz.U. z 2002 r., nr 183, poz. 1531).

⁴ Uchwała SN z 26 października 2011 r., sygn. III CZP 58/11, OSNC 2012/5/59.

⁵ G. Rejman, *Odpowiedzialność karna*, Warszawa 1991, s. 39.

i możliwości zachowania się”⁶. Trudno zgodzić się jednak z tym poglądem, zwążywszy że nie każde naruszenie obowiązków służbowych wyczerpuje zakres przedmiotowy przewinienia służbowego, a tym bardziej nie zawsze tylko takie, które jest zawionie. Niewątpliwie zabrakło jeszcze istotnej przesłanki, którą jest pozostawanie w związku z wykonywanym zawodem. Sam element zawinienia nie może przesądzać o kwalifikacji takiego zachowania.

Natomiast T. Bojarski stoi na stanowisku, że przewinieniami dyscyplinarnymi są wszelkie czyny stanowiące naruszenie zasad wykonywania pewnych obowiązków lub reguł postępowania związanych z daną służbą lub wykonywanym zawodem. Czyny te są określane, jak reguły postępowania w tych sprawach, oddzielnie dla każdej służby, zawodu lub statusu, a tym samym niemożliwe jest istnienie jednej definicji przewinienia zawodowego. Do przewinień zawodowych Bojarski zalicza: przewinienia służbowe, nienależyte wykonywanie zawodu, rażące naruszenie prawa, uchybienie godności zawodu⁷. Dlatego też tę tezę należy uznać za najbardziej trafną z uwagi na szerokie ujęcie przewinień zawodowych związanych ze specyfiką każdego obowiązku służbowego charakterystycznego dla danego zawodu.

Odpowiedzialność zawodowa nie może być uzależniona ani od rozmiarów czy charakteru skutku, ani od samego skutku. Priorytetem jest natomiast to, czy doszło do naruszenia standardów postępowania i zaistnienia chociażby abstrakcyjnego zagrożenia dla jakiegokolwiek z dóbr przy ciężarze tego naruszenia⁸.

Na jakościowy standard postępowania zgodnego z należytą starannością powinny się składać łącznie: najlepszy sposób postępowania w rozumieniu optymalnego w danej sytuacji i zgodnego z *lege artis* oraz najlepszy w danej sytuacji, a także zgodny z praktyką medyczną w danej sytuacji.

M. Boratyńska i P. Konieczniak twierdzą, że „działa z należytą starannością ten, kto zarówno przestrzega owych reguł zobiektywizowanych, będących pochodną aktualnego stanu wiedzy specjalistycznej (medycznej i pozamedycznej), ale także wiedzy potocznej i zdrowego rozsądku, jak – też jednocześnie – działa z takim natężeniem uwagi, jakiego wymaga obecna sytuacja”⁹. Według T. Wiśniewskiego „staranność ogólnie wymagana to staranność normalna, przeciętna, ale w pozytywnym tego słowa znaczeniu. Dlatego też orzecznictwo sądów sięga do wzorców typu zawodowego (staranność dobrego farmaceuty, adwokata, lekarza, kierowcy, nauczyciela itp.). Należy stwierdzić jednoznacznie, że od staran-

⁶ E. Warzocha, *Niektóre zagadnienia odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów sądów powszechnych*, „Nowe Prawo” 1988, nr 1, s. 52.

⁷ T. Bojarski, *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3, s. 100 i n.

⁸ E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, Kraków 2014, s. 84 i n.

⁹ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Standardy wykonywania zawodu lekarza* [w:] *Prawo medyczne*, red. L. Kubicki, Wrocław 2003, s. 42.

ności laika wyróżnia ją niewątpliwie nie wyższy stopień dbałości, lecz odmienność obiektywnego wzorca¹⁰. Niejednokrotnie w praktyce odpowiedzialność zawodowa wyprzedza odpowiedzialność karną, cywilną czy pracowniczą, ponieważ występuje już tam, gdzie prawo karne nie przewiduje jeszcze żadnych sankcji. Ta cecha wskazuje na wzmocniony charakter odpowiedzialności zawodowej¹¹ i jej nowatorską rolę w systemie prawnym.

Przynależność do samorządu zawodowego jako determinant odpowiedzialności zawodowej farmaceuty

Odpowiedzialność zawodowa farmaceuty nieodzownie związana jest z przynależnością do samorządu zawodowego. Co więcej, charakter zawodu farmaceuty i jego kwalifikacja do kategorii wolnych zawodów i zawodów zaufania publicznego w pewnym wymiarze wyznaczają granice odpowiedzialności za przewinienie zawodowe. Zaliczenie zawodu farmaceuty do kategorii wolnych zawodów z jednej strony skutkuje poszerzeniem zakresu przedmiotowego terminu „przewinienie zawodowe”, bowiem ważnymi cechami właściwymi wykonywaniu wolnego zawodu są: misja wykonywania zawodu, przestrzeganie reguł deontologicznych, zapewnienie klientom tajemnicy zawodowej i zaufania oraz ponoszenie szczególnej odpowiedzialności z racji sposobu wykonania zlecenia.

Z drugiej strony natomiast taka przynależność determinuje większą ochronę na gruncie prawa, a tym samym zwiększoną odpowiedzialność za naruszenie przepisów związanych z wykonywanym zawodem. Chociaż czasem, jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z 5 marca 1998 r., „konkretne okoliczności postępowania w sprawie odpowiedzialności zawodowej aptekarza mogą wskazywać na to, że prawo obwinionego do obrony nie zostało ograniczone, chociaż kwalifikacja prawna zarzuconego przewinienia zawodowego nie była wystarczająco skonkretyzowana”¹².

Można przywołać tezę sformułowaną przez J. Szczepańskiego, według którego zawód jest systemem czynności prac, który jest wewnątrznie spójny, skierowany na wytwarzanie jakiegoś przedmiotu czy usług zaspokajających określone potrzeby¹³. Szczepański na użytek definicji pojęcia zawodu podał cztery elementy. Są nimi:

¹⁰ T. Wiśniewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, LEX/el. 2016.

¹¹ Uchwała TK z 17.03.1993 r. w sprawie wykładni art. 41 w związku z art. 15 pkt 1 ustawy z dnia 17.03.1989 r. o izbach lekarskich oraz art. 23 a Kodeksu karnego, „Gazeta Lekarska” 1993, nr 4, s. 4.

¹² Wyrok SN z 5 marca 1998 r., sygn. III SZ 8/97, OSNP 1999/7/259.

¹³ J. Szczepański, *Czynniki kształtujące zawód i strukturę zawodową* [w:] *Socjologia zawodów*, red. A. Sarapaty, Warszawa 1965, s. 11 i n.

- system czynności wewnętrznie spójny, oparty na określonej wiedzy i umiejętnościach, skierowany na wytwarzanie pewnego przedmiotu czy usług zaspakajających potrzeby,
- czynności czy prace wykonywane są przez pracownika systematycznie lub trwale,
- wykonywanie tych czynności jest podstawą ekonomicznego bytu pracownika,
- czynności te i związane z nimi konsekwencje są podstawą prestiżu i pozycji społecznej pracownika¹⁴.

Tak szerokie ujęcie zawodu pozwala na powiązanie również specyfiki zawodu farmaceuty z charakterem wykonywanych przez niego czynności, a tym samym poczynienie odniesienia do nierozzerwalnego związku z wykonywaniem czynności zawodowych.

Zatem zgodnie z ustawą z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich wykonywanie zawodu farmaceuty w aptece lub hurtowni środków farmaceutycznych polega na produkcji, dystrybucji, sporządzaniu, przechowywaniu, wydawaniu, sprawdzaniu tożsamości i jakości środków farmaceutycznych oraz udzielaniu informacji o środkach farmaceutycznych i kierowaniu apteką lub hurtownią.

Tym samym utrata prawa wykonywania zawodu skutkuje pozbawieniem przynależności do korporacji zawodowej i brakiem możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności zawodowej. Otóż zgodnie z art. 18a ustawy o izbach aptekarskich farmaceuta traci prawo wykonywania zawodu w razie ubezwłasnowolnienia całkowitego lub częściowego, utraty praw publicznych oraz pozbawienia prawa wykonywania zawodu.

Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania¹⁵ w dziale Specjaliści ds. zdrowia wymienia farmaceutów: „228 Farmaceuci, 2281 Farmaceuci bez specjalizacji lub w trakcie specjalizacji, 228101 Farmaceuta, 2282 Farmaceuci specjaliści, 228201 Farmaceuta – specjalista analityki farmaceutycznej, 228202 Farmaceuta – specjalista bromatologii, 228203 Farmaceuta – specjalista farmacji aptecznej, 228204 Farmaceuta – specjalista farmacji klinicznej, 228205 Farmaceuta – specjalista farmacji przemysłowej, 228206 Farmaceuta – specjalista farmacji szpitalnej, 228207 Farmaceuta – specjalista farmakologii, 228208 Farmaceuta – specjalista leku roślinnego, 228209 Farmaceuta – specjalista mikrobiologii i biotechnologii farmaceu-

¹⁴ *Ibidem*, s. 16.

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz.U. z 2014 r., poz. 1145).

tycznej, 228210 Farmaceuta – specjalista toksykologii, 228211 Farmaceuta – specjalista zdrowia publicznego, 228212 Farmaceuta – specjalista zdrowia środowiskowego, 228290 Pozostali farmaceuci specjaliści”.

K. Wojtczak idzie jeszcze dalej, twierdząc, że „zawodem jest osobiste wykonywanie wewnętrznie spójnego zbioru czynności (zadań), wymagających określonych kwalifikacji (wiedzy i/lub umiejętności), systematycznie i odpłatnie, na podstawie i w granicach obowiązującego porządku prawnego”¹⁶. Tak więc następną cechą, za pomocą której definiuje się zawód, jest posiadanie pewnych kwalifikacji. Ustawy nakładają na wykonujących dany zawód kryteria, jakim muszą odpowiadać.

Charakterystyczne jest zgodnie z art. 2b ustawy o izbach aptekarskich, że kwalifikacje do wykonywania zawodu farmaceuty zostały określone w sposób typowy dla przedstawicieli zawodów medycznych, tj. kwalifikacje takie posiada osoba, która:

- ukończyła w Rzeczypospolitej Polskiej co najmniej 5-letnie studia na kierunku farmacja w szkole wyższej, obejmujące co najmniej 6-miesięczną praktykę zawodową w aptece, i uzyskała tytuł magistra farmacji albo
- ukończyła w Rzeczypospolitej Polskiej przed 1 maja 2004 r. 4-letnie lub 5-letnie studia na kierunku farmacja w szkole wyższej i uzyskała tytuł magistra farmacji, albo
- posiada dyplom wydany przez państwo inne niż państwo członkowskie Unii Europejskiej, potwierdzający ukończenie co najmniej 5-letnich studiów na kierunku farmacja w szkole wyższej, obejmujących co najmniej 6-miesięczną praktykę zawodową w aptece, uznany w Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z odrębnymi przepisami za równoważny z dyplomem i tytułem magistra farmacji uzyskiwanym w Rzeczypospolitej Polskiej, albo
- posiada kwalifikacje uzyskane w państwie członkowskim Unii Europejskiej, potwierdzające ukończenie kształcenia spełniającego wymagania określone w przepisach prawa Unii Europejskiej oraz potwierdzone dokumentami, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie ust. 2 albo w ust. 3, uznane w Rzeczypospolitej Polskiej za równoważne z dyplomem i tytułem magistra farmacji uzyskiwanym w Rzeczypospolitej Polskiej.

Zawód farmaceuty jako wolny zawód, zawód zaufania publicznego i zawód medyczny

Polska doktryna konstruuje definicję wolnych zawodów. Ustawodawca uzależnił wykonywanie zawodów medycznych od spełnienia materialnych i formalnych przesłanek, dokonując tym samym ich reglamentacji prawnej, „a także

¹⁶ K. Wojtczak, *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999, s. 50 i n.

wskazanie organów właściwych do jednostronnego rozstrzygnięcia i egzekwowania podległych reglamentacji zachowań”. Za J. Filipkiem¹⁷ można podać kryteria, które mają ułatwić odróżnienie wolnych zawodów od pozostałych zawodów. Pierwszym kryterium, które uznaje Filipek za charakterystyczne dla wolnych zawodów, jest posiadanie wysokich kwalifikacji zawodowych. Po przesłedzeniu ustaw regulujących poszczególne wolne zawody wydaje się, że do wysokich kwalifikacji należy zaliczyć nie tylko wiedzę poświadczoną np. dyplomem ukończenia wyższych studiów weterynaryjnych czy dyplomem ukończenia szkoły pielęgniarstwa lub szkoły położnych, ale i nabyte umiejętności. Wymóg wysokich kwalifikacji niekoniecznie musi się odnosić do ukończenia uczelni wyższej. W odniesieniu do zawodu farmaceuty to ustawa o izbach aptekarskich wymaga do uzyskania prawa samodzielnego wykonywania tego zawodu odbycia rocznej praktyki w aptece. Do tego należałoby dodać również obowiązek stałego sumiennego wykonywania czynności zawodowych wypowiedziany wprost przez ustawodawcę (art. 21 ustawy o izbach aptekarskich, zgodnie z którym członkowie samorządu aptekarskiego są obowiązani m.in. przestrzegać zasad etyki i deontologii zawodowej, godnie zachowywać się i sumiennie wykonywać swoje obowiązki zawodowe).

Ponadto należy przywołać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 października 1999 r., w którym Trybunał wskazał, że „w odniesieniu do wolnych zawodów treścią wolności wykonywania zawodu jest stworzenie sytuacji prawnej, w której: po pierwsze, każdy mieć będzie swobodny dostęp do wykonywania zawodu, warunkowany tylko talentami i kwalifikacjami; po drugie, mieć będzie następnie rzeczywistą możliwość wykonywania swojego zawodu oraz – po trzecie, nie będzie przy wykonywaniu zawodu poddany rygorom podporządkowania, które charakteryzują świadczenie prac”¹⁸. W świetle powyższego zawód farmaceuty spełnia te wszystkie kryteria, bowiem jego wykonywanie uzależnione jest zarówno od posiadania odpowiednich kwalifikacji, jak i prawnie nieskrępowanego sposobu wykonywania zawodu oraz obowiązku uczestnictwa w strukturach samorządowych i korporacyjności osób wykonujących wolny zawód.

Należy ponadto zauważyć, że obowiązujące przepisy prawa nie statuują również wprost definicji legalnej pojęcia zawodu medycznego. Artykuł 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o działalności leczniczej¹⁹ stanowi, że osoba wykonująca zawód medyczny to osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się nabyciem fachowych

¹⁷ J. Filipek, *Prawo administracyjne*, Kraków 1995, s. 152 i n.

¹⁸ Wyrok TK z 19 października 1999 r., sygn. SK 4/99.

¹⁹ Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1638 ze zm.).

kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny. Jest to jednak regulacja bardzo ogólna i nie wymaga wykształcenia medycznego. Doprecyzowanie tego terminu znajdujemy także w treści indywidualnej interpretacji podatkowej z 17 lutego 2014 r.²⁰, w której organ wskazał, iż „pojęcie «osoba wykonująca zawód medyczny» obejmuje osoby wykonujące zawody, których status jest określony ustawowo, jak i zawody, które nie mają na gruncie obowiązującego prawa takiego uregulowania. Pojęcie «wykonywanie zawodu medycznego» należy odnieść do osób, które fachowo, stale i w celach zarobkowych zajmują się wykonywaniem zajęcia mającego związek z medycyną i które mają odpowiednie kwalifikacje. Przez kwalifikacje należy rozumieć zasób wiedzy i umiejętności wymaganych do udzielania świadczeń zdrowotnych”.

W kontekście powyższego optymalna wydaje się być propozycja D. Karwowskiej, według której osobą wykonującą zawód medyczny jest osoba legitymująca się wykształceniem medycznym, która systematycznie i odpłatnie (w uzasadnionych przypadkach bezpłatnie) podejmuje i prowadzi działania medyczne stanowiące osobiste oddziaływanie na organizm pacjenta, odpowiadające wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, na podstawie kwalifikacji i umiejętności zdobytych w wyniku kształcenia i nabytych uprawnień.

Co więcej, osoby wykonujące zawody medyczne z racji posiadania prawa wykonywania zawodu, co nieodzownie wiąże się z przynależnością do samorządu zawodowego, zobowiązane są do zachowania tajemnicy zawodowej. Tajemnica ta jednak nie ma charakteru bezwzględnego. W wyjątkowych sytuacjach osoby wykonujące zawód medyczny mogą być zwolnione z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Do takich przypadków należą sytuacje, w których pacjent zwolni z takiego obowiązku, gdy tak stanowią przepisy szczególne, gdy występuje stan zagrożenia dla życia lub zdrowia pacjenta oraz gdy jest to niezbędne dla kontynuowania procesu leczniczego. Charakter tajemnicy zawodowej niekiedy wykracza poza krąg osób wykonujących zawody medyczne. Niemniej jak słusznie zauważa A. Jendrzewska, przepisy aktów prawnych rangi ustawy w takich sytuacjach muszą przewidywać związanie tych osób taką tajemnicą²¹.

W Konstytucji nie znajdujemy definicji pojęcia „zawód zaufania publicznego”, tak jak definicji wolnego zawodu. Z pełną odpowiedzialnością jednak można stwierdzić, że wolny zawód to też zawód zaufania publicznego pod warunkiem, że obowiązujące akty prawne dokonują takiej klasyfikacji tegoż zawodu. Natomiast zawód zaufania publicznego to zawód wykonywany w celu realiza-

²⁰ IPTPP1/443-855/13-4/MW.

²¹ A. Jendrzewska, *Tajemnice publicznoprawne zawodów medycznych w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych – zagadnienia wybrane* [w:] *Jawność i jej ograniczenia. Znaczenie orzecznictwa*, t. IV, red. G. Szpor, M. Jaśkowska, Warszawa 2014, s. 103.

cji dobra publicznego. W nauce prawa wśród cech tego zawodu widzi się to, iż wykonuje się go nie dla zysku, ale w celu zaspokojenia interesu publicznego²². Tak więc zawód farmaceuty to przede wszystkim działanie dla dobra publicznego, jakim jest ochrona zdrowia i życia, w najszerszej rozumianym tego słowa zakresie.

Omawiając tematykę zawodów zaufania publicznego, warto zapoznać się także z orzeczeniem Sądu Najwyższego z 29 maja 2001 r., gdyż właśnie w nim została poruszona bardzo istotna kwestia dotycząca interpretacji tego terminu. Sąd Najwyższy, wprawdzie w kontekście adwokatów, przychylił się do stanowiska, iż status osoby wykonującej zawód zaufania publicznego może nadawać tylko ustawa. Ale ta teza ze względu na charakter tego orzeczenia ma niewątpliwie odniesienie również do innych zawodów. Zdaniem Sądu Najwyższego statusu zawodu zaufania publicznego nie można wywodzić z treści ustawy²³.

Zatem Sąd Najwyższy, wyrażając swój pogląd na temat statusu zawodu adwokata, wprowadził dodatkowy element, jeśli chodzi o rozumienie zawodu zaufania publicznego i samorządów zawodowych – mianowicie jeśli ustawa nie stanowi wprost, iż określony zawód jest zawodem zaufania publicznego, to zawód taki nie posiada takiego przymiotu²⁴. Trudno wprawdzie zgodzić się z tym stanowiskiem, zważywszy na fakt, że pewne przesłanki ściśle determinują zakres przedmiotowy pojęcia „zawód zaufania publicznego”. Zatem dokonując zrekonstruowania pojęcia zawodu zaufania publicznego w oparciu o istniejące korporacje prawa publicznego, do kluczowych elementów zaliczymy: 1) świadczenie usług w sytuacji zagrożenia dóbr traktowanych jako dobra ogólnospołeczne; 2) realizowanie istotnych wartości i potrzeb społecznych; 3) przyjmowanie informacji dotyczących życia osobistego, a nawet intymnego; 4) obowiązek zachowania tajemnicy; 5) legitymowanie się zasadami etycznymi. Z dokładnej analizy aktualnego ustawodawstwa wynika, iż w obowiązującym prawie niezwykle rzadko posługujemy się pojęciem zawodu zaufania publicznego²⁵. W kontekście powyższego zawód farmaceuty z pewnością powinien być kwalifikowany jako zawód zaufania publicznego.

Co więcej, teza powyższa znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 2 lipca 2007 r., w którym sprecyzowano, że zawód zaufania publicznego to zawód polegający na obsłudze osobistych potrzeb ludzkich, wią-

²² Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 117.

²³ Wyrok SN z 29 maja 2001 r., sygn. I CKN 1217/98, OSNC 2002/1/3.

²⁴ Zob. P. Sarnecki, „Palestra” 2002, 5–6, s. 185.

²⁵ Zob. E. Tkaczyk, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6, s. 61–78; M. Kulesza, *Pojęcie zawodu zaufania publicznego [w:] Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, oprac. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002, s. 27.

żący się z przyjmowaniem informacji dotyczących życia osobistego i zorganizowany w sposób uzasadniający przekonanie społeczne o właściwym dla interesów jednostki wykorzystywaniu tych informacji przez świadczących usług²⁶.

Rola samorządu zawodowego w sprawowaniu kontroli nad wykonywaniem zawodu farmaceuty

Państwo wprowadziło kontrolę na wykonywaniem zawodów medycznych, w tym także zawodu farmaceuty, poprzez powołanie instytucji samorządów zawodowych sprawujących nad nimi pieczę. Status samorządu zawodowego określa prawa i obowiązki jego członków. Co więcej, w Konstytucji w art. 17 ust. 1 wyraźnie mówi się, iż pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodowych – w granicach interesu publicznego i w celu jego ochrony – sprawuje samorząd zawodowy. Zatem zasadna wydaje się teza, że to również status samorządu zawodowego w sposób pośredni wyznacza granice terminu „przewinienie zawodowe”. Także w odniesieniu do innych samorządów zawodowych (np. lekarzy oraz pielęgniarek i położnych czy farmaceutów) podstawowe zasady odpowiedzialności zawodowej wyznacza ustawa. Jest to rozwiązanie zrozumiałe, ponieważ samorząd zawodowy nie jest zwykłym, dobrowolnym stowarzyszeniem, a przynależność doń (i podleganie orzecznictwu sądów korporacyjnych) jest przymusowa z mocy tejże samej ustawy. Nie można prowadzić praktyki farmaceutycznej, nie należąc do samorządu. Członkowie samorządu zawodowego aptekarzy zobowiązani są przestrzegać zasad etyki zawodowej oraz uchwał organów samorządu zawodowego, czyli prawa korporacyjnego (art. 21 KEA: aptekarz wypełnia obowiązki z najwyższą starannością, kierując się uchwałami i postanowieniami władz oraz dobrze rozumianymi zadaniami i interesami samorządu)²⁷. Warto podkreślić, że sporne jest, czy „etyka aptekarska” dotyczy wyłącznie postępowania aptekarza w kontekście wykonywania zawodu, czy też wszelkiego postępowania. Według tej drugiej bardziej przekonywującej interpretacji przewinieniem zawodowym jest czyn naruszający zasady „deontologii zawodowej”, ale także czyn naruszający zasady „etyki ogólnej”. Lista „przepisów związanych z wykonywaniem zawodu aptekarza” jest dość pokaźna, ale zamknięta.

Natomiast lista „zasad etyki aptekarskiej” jest otwarta i tu nie obowiązuje znana w prawie karnym zasada *nullum crimen sine lege*. W literaturze występuje pogląd, że przewinienie zawodowe „musi naruszać konkretny przepis KEA”, ale

²⁶ Wyrok TK z 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05.

²⁷ Uchwała nr VI/25/2012 VI Krajowego Zjazdu Aptekarzy z 22 stycznia 2012 r. w sprawie przyjęcia Kodeksu Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej, www.nia.org.pl/kodeks-etyki/ (30.11.2017).

jest on bezpodstawny z uwagi chociażby na fakt, że nieuchwalenie kodeksu etyki zawodowej wcale nie oznaczałoby tego, że aptekarzy nie obowiązują żadne zasady etyczne. Ponadto sama zawiniona niestaranność farmaceuty już stanowi przewinienie zawodowe, nawet jeśli pacjent nie doznał żadnej szkody na osobie (albo też gdy związek między niestarannością a szkodą nie daje się dowieść). W sytuacji, gdy farmaceuta omyłkowo wydał pacjentowi lek nieadekwatny do rozpoznanej choroby, co jednak nie wpłynęło na dalsze losy pacjenta, nie będzie to przestępstwem ani deliktem, ale będzie to niewątpliwie przewinienie zawodowe.

Jak słusznie zauważa J. Ciapała, „akty wewnętrzne samorządów stanowią – co do zasady – ograniczenia wolności, przy czym dyskurs powinien koncentrować się na argumentach, które ze względów aksjologicznych lub prakseologicznych uzasadniają takie ograniczenia”²⁸. Tak więc ograniczenia wynikające z aktów prawa wewnętrznego, a KEA niewątpliwie do nich należy, są konieczne dla ochrony życia i zdrowia, pomimo że stanowią w pewnym wymiarze faktyczne lub potencjalne ograniczenia pewnych przywilejów farmaceutów. Zatem widać wyraźnie, że to samorząd zawodowy przez swoje uprawnienia określa granice odpowiedzialności zawodowej farmaceutów, sprawując nadzór nad wykonywaniem zawodu.

Chociaż obowiązek przynależności do samorządu zawodowego jest już pewnym ograniczeniem szeroko pojmowanej wolności wykonywania zawodu, to jednak charakter wolnego zawodu wyznacza granice tych ograniczeń. Na samorządzie zawodowym spoczywają dwa obowiązki. Pierwszy dotyczy nadzoru, który powinien obejmować czynności dotyczące oceny wykonywania zawodu i postaw etycznych, drugi natomiast – kierowania się interesem publicznym, który priorytetowo musi być chroniony, w związku z obowiązkową przynależnością do samorządu. Ważny interes publiczny został zdefiniowany w art. 22 Konstytucji²⁹, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Co więcej, na organach samorządu zawodowego jako korporacji zawodowej określającej prawa i obowiązki członków spoczywa obowiązek działalności prawodawczej w zakresie realizacji zadań samorządowych, spraw ustrojowych, kodyfikowania norm etycznych. Ta rola prawodawcza z pewnością wyznacza standardy wykonywania zawodu oraz podnoszenia związanych z jego wykonywaniem kwalifikacji, a także zasady, tryb kontrolowania i nadzorowania czynności zawodowych. Efektywne sądownictwo dyscyplinarne to przejaw dbałości o pieczę nad należytym wykonywaniem zawodu oraz prawidłowa gwarancja wykonywanych czynności przez członków samorządu zawodowego. To przede

²⁸ J. Ciapała, *Wpływ aktów prawnych samorządów zawodowych i gospodarczych na konstytucyjne wolności działalności gospodarczej oraz wyboru i wykonywania zawodu. Uwagi w kontekście konstytucyjnego statusu samorządów*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22, s. 205.

²⁹ Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja RP (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).

wszystkim również prawidłowo funkcjonujący samorząd zawodowy, który skutecznie chroni zarówno farmaceutów przed popełnieniem przewinienia zawodowego, jak i tym samym adresatów ich usług.

Samorząd zawodowy, stojąc na straży praworządności, dba o właściwy poziom prawa wewnętrznego i jego zgodność z normami dekodowanymi w wszelkich aktach prawa wewnętrznego, a tym samym prawidłowe wykonywanie przepisów związanych z wykonywanym zawodem farmaceuty. Regulacje prawa korporacyjnego nie mogą być sprzeczne pod względem prakseologicznym z normami powszechnie obowiązującymi. Te pierwsze mają za zadanie jedynie dookreślać treść norm powszechnie obowiązujących. Niekiedy jednak działania samorządu mogą wykraczać poza prawo wewnętrzne, a zwłaszcza wówczas, gdy jest to uzasadnione potrzebami należytego wykonywania zawodów zaufania publicznego³⁰. Nie można jednak nigdy z tego powodu dochodzić w praktyce do ograniczeń w egzekwowaniu odpowiedzialności zawodowej za przewinienie zawodowe farmaceuty.

Samorząd zawodowy ma również obowiązek kontrolowania, czy standardy etyczne są przestrzegane oraz czy są stosowane na właściwym poziomie. Poziom przestrzegania zasad etyki zawodowej jest wyznacznikiem statusu samorządu zawodowego. Ta teza znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 lutego 2001 r., w którym Trybunał orzekł, że „nie jest możliwa precyzyjna typizacja czynów zabronionych. Są one ustawowo niedookreślone z uwagi na obiektywną niemożność stworzenia katalogu zachowań zagrażających należytemu wykonywaniu obowiązków służbowych czy zachowaniu godności zawodu [...] a w przypadku postępowania dyscyplinarnego nie jest możliwe ustawowe dookreślenie zachowań podlegających penalizacji”³¹.

Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że przewinienie zawodowe jako pojęcie autonomiczne może niekiedy swoim zakresem obejmować zachowania, których penalizowanie jest niezasadne z uwagi na fakt, że przekroczenie normy prawnej jest bagatelne. Dlatego też przy ocenie stopnia zawinienia zawsze należy uwzględniać nie tylko aspekt normatywny konstrukcji danego przewinienia, ale także uwarunkowania zawodowe i etyczne. Specyfika postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej farmaceutów wymaga zachowania wysokich standardów, których stosowanie nieodrodnie związane jest z przynależnością do korporacji zawodowej. Jest to najbardziej typowy sposób realizacji konstytucyjnego obowiązku. Bez tych możliwości zawód farmaceuty przestaje być wolnym zawodem, a zaufanie publiczne, o którym stanowi Konstytucja, staje się łącznie

³⁰ Wyrok TK z 23 kwietnia 2008 r., sygn. akt SK 16/07, OTK ZU 2008, nr 3A, poz. 45.

³¹ Wyrok TK z 27 lutego 2001 r., sygn. K 22/00, OTK-A 2001, nr 3, poz. 48.

fikcją. Celem takiego postępowania jest m.in. zapewnienie należytego funkcjonowania samorządu zawodowego, a także wykonywania zawodu, aby farmaceuci wykonywali zawód w sposób zgodny z prakseologią i etyką zawodową, a osoby, które nie zapewniają tych gwarancji, zostały pozbawione prawa do wykonywania zawodu. Obowiązkowy charakter tej przynależności korporacyjnej oraz charakter zawodu farmaceuty jako wolnego zawodu, zawodu zaufania publicznego i przede wszystkim zawodu medycznego determinują istotę przewinienia zawodowego.

Bibliografia

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Bojarski T., *Kilka uwag na temat relacji między odpowiedzialnością dyscyplinarną a karną*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 3.
- Boratyńska M., Konieczniak P., *Standardy wykonywania zawodu lekarza [w:] Prawo medyczne*, red. L. Kubicki, Wrocław 2003.
- Ciapała J., *Wpływ aktów prawnych samorządów zawodowych i gospodarczych na konstytucyjne wolności działalności gospodarczej oraz wyboru i wykonywania zawodu. Uwagi w kontekście konstytucyjnego statusu samorządów*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22.
- Filipek J., *Prawo administracyjne*, Kraków 1995.
- Jendrzewska A., *Tajemnice publicznoprawne zawodów medycznych w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych – zagadnienia wybrane [w:] Jawność i jej ograniczenia. Znaczenie orzecznictwa*, t. IV, red. G. Szpor, M. Jaśkowska, Warszawa 2014.
- Kokot E., Poździoch S., Mikos M., Czupryna A., *Odpowiedzialność zawodowa farmaceutów*, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 4(17).
- Kulesza M., *Pojęcie zawodu zaufania publicznego [w:] Zawody zaufania publicznego a interes publiczny – korporacyjna reglamentacja versus wolność wykonywania zawodu*, oprac. S. Legat, M. Lipińska, Warszawa 2002.
- Rejman G., *Odpowiedzialność karna*, Warszawa 1991.
- Sarnecki P., „Palestra” 2002, nr 5-6.
- Szczepański J., *Czynniki kształtujące zawód i strukturę zawodową [w:] Socjologia zawodów*, red. A. Sarapaty, Warszawa 1965.
- Tkaczyk E., *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 6.
- Warzocha E., *Niektóre zagadnienia odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów sądów powszechnych*, „Nowe Prawo” 1988, nr 1.
- Wiśniewski T. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga trzecia. Zobowiązania*, red. J. Gudowski, LEX/el 2016.
- Wojtczak K., *Zawód i jego prawna reglamentacja*, Poznań 1999.
- Zielińska E., *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry*, Kraków 2014.

Streszczenie

Celem opracowania jest omówienie przewinienia zawodowego na podstawie stanowiska doktryny i orzecznictwa. Taka próba ujęcia tematu jest ponadto zwróceniem szczególnej uwagi na nieprecyzyjny zakres tego terminu poprzez odniesienie do wolnego zawodu farmaceuty i zawodu zaufania publicznego

oraz obowiązkową przynależność do samorządu zawodowego w kontekście praw i obowiązków. Odpowiedzialność zawodowa farmaceuty nieodzownie związana jest z przynależnością do samorządu zawodowego. Na samorządzie zawodowym spoczywają dwa obowiązki. Pierwszy dotyczy nadzoru, który powinien obejmować czynności dotyczące oceny wykonywania zawodu i postaw etycznych, drugi natomiast kierowania się interesem publicznym, który priorytetowo musi być chroniony, w związku z obowiązkową przynależnością do samorządu. Specyfika postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej farmaceutów wymaga zachowania wysokich standardów, których stosowanie nieodzownie związane jest z przynależnością do korporacji zawodowej.

Słowa kluczowe: przewinienie zawodowe, farmaceuta, odpowiedzialność zawodowa

PROFESSIONAL MISCONDUCT OF A PHARMACIST. COMMENTS IN THE CONTEXT OF THE PROFESSION OF A PHARMACIST AND THE STATUS OF PROFESSIONAL SELF-GOVERNMENT

Summary

The aim of the paper is to discuss professional misconduct on the basis of doctrine and jurisdiction. Furthermore, such an approach to the subject draws special attention to the imprecise scope of this term by reference to a pharmacist as a free profession and a profession of public trust, as well as obligatory membership of professional self-government in the context of rights and duties. Professional responsibility of a pharmacist is indispensably connected with obligatory membership of professional self-government. The professional self-government is assigned two duties: the first one pertains to supervision which should encompass evaluation of the way the profession is practised, as well as ethical attitudes. The other duty refers to being guided by the public interest which must be protected as a priority, in connection with obligatory membership of professional self-government. The specific features of conduct with respect to professional responsibility of pharmacists demand compliance with high standards which are indispensably connected with membership of a professional association.

Keywords: professional misconduct, pharmacist, professional responsibility

Joanna Pańkiewicz

PROBLEMATYKA ODPOWIEDZIALNOŚCI ZAWODOWEJ PERSONELU MEDYCZNEGO – WYBRANE ASPEKTY

Cele opracowania i problemy badawcze

Powszechnie używany jest zwrot „personel medyczny” na określenie osób pracujących w medycynie, jednak pojęcie to nie zostało zdefiniowane w ustawach. Zakres tego pojęcia jest istotny z punktu widzenia konsekwencji prawnych, począwszy od prawa podatkowego, skończywszy na regulacjach w zakresie odpowiedzialności zawodowej. Jest to istotne także dla analizy, czy istniejące przepisy prawne regulujące zasady wykonywania określonych zawodów medycznych regulują wykonywanie danego zawodu w sposób kompletny, czy też istnieją przesłanki do objęcia regulacją ustawową pozostałych zawodów medycznych, czy też całego personelu medycznego. Z kolei uregulowanie ustawowe niektórych zawodów medycznych wskazuje na istotną cechę regulacji – tworzenie samorządu zawodowego, którego regulacjom podlegają członkowie tworzący dany samorząd. Powstaje zatem pytanie, czy z punktu widzenia odpowiedzialności zawodowej członków samorządu zawodowego wykonujących zawód medyczny delikt dyscyplinarny winien być wyraźnie określony aktem samorządu zawodowego. Odpowiedź na te pytania pozwoli na skonstruowanie propozycji co do regulacji prawnych.

Definicja pojęcia „personel medyczny”

Aby przedstawić problematykę odpowiedzialności zawodowej personelu medycznego, wybrane zagadnienia, należy najpierw skupić się na pojęciu „personel medyczny”, które funkcjonuje w języku potocznym. Ale czy ma ono swoje odzwierciedlenie w przepisach prawnych? Analizując szereg ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów medycznych, nie sposób natrafić na wyrażenie „personel medyczny”, natomiast pojawia się tam wyrażenie „osoba wykonu-

jąca zawód medyczny” czy też „pracownik wykonujący zawód medyczny”. W ustawie o działalności leczniczej z 15 kwietnia 2011 r. osoba wykonująca zawód medyczny została zdefiniowana jako osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny¹. Z kolei w art. 2a ust. 2 ustawy Prawo farmaceutyczne z 6 września 2011 r. definiuje się osobę wykonującą zawód medyczny jako lekarza, lekarza dentyście, farmaceutę, felczera (starszego felczera), pielęgniarkę, położną, diagnostę laboratoryjnego, ratownika medycznego lub technika farmaceutycznego, o którym mowa w art. 91 ust. 1 tej ustawy, a w odniesieniu do obowiązków wynikających z art. 24 tej ustawy – także lekarza weterynarii². Natomiast pracownik wykonujący zawód medyczny określany jest jako osoba wykonująca zawód medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o działalności leczniczej, która jest zatrudniona w ramach stosunku pracy w podmiocie leczniczym lub która bierze bezpośredni udział w wykonywaniu zadań Państwowej Inspekcji Sanitarnej polegających na sprawowaniu zapobiegawczego i bieżącego nadzoru sanitarnego, prowadzeniu działalności zapobiegawczej i przeciwepidemicznej w zakresie chorób zakaźnych i innych chorób powodowanych warunkami środowiska oraz prowadzeniu działalności oświatowo-zdrowotnej³.

Analizując wskazane powyżej definicje ustawowe, można dojść do wniosku, że elementem wspólnym dla tych definicji jest udzielanie świadczeń zdrowotnych, które z kolei jest definiowane jako działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania⁴.

W języku potocznym zwykło się przyjmować, że personel medyczny to osoby wykonujące zawód medyczny, jak przede wszystkim lekarze, dentyści, pielęgniarki, położne, położnicy, ratownicy medyczni, a także przyjęło się rozróżniać personel medyczny średniego czy niższego stopnia.

W jednym z wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie można spotkać się ze stanowiskiem, że pojęcia „personelu medycznego” nie można utożsamiać z definicją „zawodu medycznego” zawartą w u.d.l.⁵ Sąd analizował zakres tego pojęcia dla potrzeby określenia, czy można zakwalifikować

¹ Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. z 2011 r., nr 112, poz. 654 ze zm.), dalej: u.d.l.

² Ustawa z 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2001 r., nr 126, poz. 1381 ze zm.).

³ Ustawa z 8 czerwca 2017 r. o sposobie ustalania najniższego wynagrodzenia zasadniczego pracowników wykonujących zawody medyczne zatrudnionych w podmiotach leczniczych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1473).

⁴ Zob. art. 2 ust. 1 u.d.l.

⁵ Tak: WSA w Lublinie w wyroku z 13 grudnia 2011 r., sygn. III SA/Lu 653/11.

pracę salowej na oddziale psychiatrycznym i leczenia uzależnień, pozostającą w bezpośrednim kontakcie z pacjentami, za pracę o szczególnym charakterze, a co się z tym wiązało – czy przysługuje jej prawo do emerytury pomostowej, gdzie w załączniku do ustawy zamieszczono wykaz prac o szczególnym charakterze⁶. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie wydał kilkadziesiąt wyroków w sprawie uznania za personel medyczny instruktora terapii zajęciowej, psychologa, sanitariusza i salową w szpitalu psychiatrycznym. Z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie wynika, że uznał on, iż z definicji osoby wykonującej zawód medyczny można wywieść, że jest nią zarówno osoba uprawniona do udzielania świadczeń zdrowotnych na podstawie odrębnych przepisów prawa, jak i osoba legitymująca się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny. Według Sądu racjonalizm ustawodawcy nakazuje przyjąć, że definiując to pojęcie, miał on świadomość, że są takie zawody medyczne, których wykonywanie regulują odrębne przepisy, a także są i takie zawody medyczne, dla których nie ma takich przepisów⁷.

W podobny sposób wypowiedział się Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi w interpretacji podatkowej indywidualnej z 17 lutego 2014 r., gdzie uznał, iż pojęcie „osoba wykonująca zawód medyczny” obejmuje osoby wykonujące zawody, których status jest określony ustawowo, jak i zawody, które nie mają na gruncie obowiązującego prawa takiego uregulowania. Pojęcie „wykonywanie zawodu medycznego” należy odnieść do osób, które fachowo, stale i w celach zarobkowych zajmują się wykonywaniem zajęcia mającego związek z medycyną i które mają odpowiednie kwalifikacje. Przez kwalifikacje należy rozumieć zaś osobę wiedzy i umiejętności wymaganych do udzielania świadczeń zdrowotnych⁸.

W jednym zaś z wyroków Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie analizowano kwestie uznania, czy zawód psychoanalityka jest wykonywaniem zawodu medycznego, co było istotne z kolei dla wyrażenia stanowiska, czy przysługuje od takich świadczeń zwolnienie z podatku VAT. Otóż Sąd wyraził pogląd, że psychoanaliza jest metodą leczenia, przy czym posłużył się tutaj definicjami psychoanalizy ze słowników języka polskiego i wyrazów obcych, z których wynika, że psychoanaliza została zdefiniowana jako metoda rozpoznawania i leczenia zaburzeń psychicznych oraz emocjonalnych polegająca na analizie, odkrywaniu, interpretacji i rozwiązywaniu konfliktów osobowości nie-

⁶ Ustawa z 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych (Dz.U. z 2008 r., nr 237, poz. 1656 ze zm.). W załączniku nr 2 do tej ustawy zamieszczono wykaz prac o szczególnym charakterze, wśród których znalazły się prace personelu medycznego oddziałów psychiatrycznych i leczenia uzależnień w bezpośrednim kontakcie z pacjentami zgodnie z przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

⁷ Zob. wyrok WSA w Szczecinie z 8 października 2013 r., sygn. I SA/Sz 464/13.

⁸ Zob. interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z 17 lutego 2014 r., IPTPP1/443-855/13-4/MW.

uświadamianych sobie przez pacjenta, a wywołujących te zaburzenia. W konsekwencji Sąd uznał, że skoro jest to metoda leczenia, to mieści się ona w pojęciu udzielania świadczenia zdrowotnego. W odniesieniu natomiast do nabycia fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny Sąd stwierdził, że wobec braku regulacji prawnych skoro nie jest zabronione ich przyznawanie na podstawie polskich przepisów prawa, to certyfikaty przyznawane przez stowarzyszenia, organizacje zrzeszające lub zajmujące się psychoanalizą, jej nauczaniem stanowią dokumenty potwierdzające nabycie kwalifikacji psychoanalityka. Sąd uznał zatem, że psychoanalityk pomimo tego, że brak jest regulacji ustawowych dotyczących wykonywania tego zawodu, jest osobą wykonującą zawód medyczny, o którym to zawodzie jest mowa w u.d.l., ponieważ udziela świadczeń w zakresie opieki medycznej, które służą przywracaniu i poprawie zdrowia.

Pewną pomocą dla ustalenia, czy mamy do czynienia z zawodem medycznym, może nam służyć również rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13 czerwca 2017 r. w sprawie specjalizacji w dziedzinach mających zastosowanie w ochronie zdrowia. Otóż wymienia się tam dziedziny mające zastosowanie w ochronie zdrowia, w których może być uzyskiwany tytuł specjalisty. Są to takie dziedziny, jak epidemiologia, fizyka medyczna, inżynieria medyczna, neurologopedia, promocja zdrowia i edukacja zdrowotna, psychologia kliniczna, zdrowie publiczne, zdrowie środowiskowe, mikrobiologia, toksykologia, przemysł farmaceutyczny, radiofarmacja, surdologopedia, psychoseksuologia, embriologia kliniczna⁹.

Reasumując powyższe, można pokusić się o stwierdzenie, że osoba wykonująca zawód medyczny to przede wszystkim osoba, która jest uprawniona na podstawie przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych, a także która legitymuje się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub określonej dziedzinie medycyny. Do osób wykonujących zawód medyczny zaliczyć również można osobę, która bierze udział w wykonywaniu zadań Państwowej Inspekcji Sanitarnej w zakresie zapobiegawczego i bieżącego nadzoru sanitarnego, działalności zapobiegawczej i przeciwepidemicznej w zakresie chorób zakaźnych i innych chorób powodowanych warunkami środowiska oraz działalności oświatowo-zdrowotnej.

Odpowiedzialność zawodowa osób wykonujących zawód medyczny

Zawody medyczne mogą być regulowane przepisami prawa, jak np. lekarz, lekarz dentyista, farmaceuta, felczer, pielęgniarka, położna, diagnosta laboratoryjny, ratownik medyczny, technik farmaceutyczny, lekarz weterynarii, psycho-

⁹ Zob. rozporządzenie Ministra Zdrowia z 13 czerwca 2017 r. w sprawie specjalizacji w dziedzinach mających zastosowanie w ochronie zdrowia (Dz.U. z 2017 r., poz. 1217).

log¹⁰, fizjoterapeuta. Wśród zawodów medycznych nieregulowanych przepisami prawa można wyróżnić m.in. psychoanalityka, sanitariusza, psychoterapeutę, dietetyka, specjalistę promocji zdrowia i edukacji zdrowotnej, audiofonologa, logopedę, optometrystę, epidemiologa, kosmetologa, toksykologa, czy też elektroradiologa¹¹. Należy jednak pamiętać, że w praktyce mogą występować inne zawody, które można będzie określać jako zawód medyczny przy spełnieniu oczywiście przesłanek wynikających z art. 2 ust. 1 u.d.l.

Z uwagi na fakt, iż nie wszystkie zawody medyczne są regulowane przepisami prawa, nie zawsze zatem można mówić o odpowiedzialności zawodowej, która jest związana z faktem popełnienia przewinienia zawodowego, przy czym kwestie oceny, czy doszło do popełnienia przewinienia zawodowego, kwestie kompetencji orzeczniczych i związanych z egzekucją orzeczeń wydawanych w takich sprawach zostały zastrzeżone przez ustawodawcę dla samorządu zawodowego.

Wśród tych zawodów, których wykonywanie zostało uregulowane ustawowo i które posiadają jednocześnie samorząd ustawowy, wymienić należy przede wszystkim lekarzy, ponadto pielęgniarki i położne, fizjoterapeutów, psychologów, diagnostów laboratoryjnych, farmaceutów i weterynarzy¹². W aktach prawnych regulujących wykonywanie tych zawodów określono odpowiedzialność zawodową osób wykonujących wskazane zawody lub też odpowiedzialność dyscyplinarną. Ta ostatnia występuje w ustawie regulującej wykonywanie zawodu psychologa i diagnosty laboratoryjnego.

Analizując zakres odpowiedzialności zawodowej i dyscyplinarnej w znaczeniu użytym przez ustawodawcę w poszczególnych ustawach, można dojść do wniosku, że zakres pojęciowy odpowiedzialności zawodowej i dyscyplinarnej jest zbieżny, związany z odpowiedzialnością za naruszenie przepisów o wykonywaniu danego zawodu oraz z odpowiedzialnością za zachowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii danego zawodu. Wskazuje na to treść art. 36 ust. 1 ustawy o samorządzie pielęgniarek i położnych, gdzie członkowie samorządu podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki zawodowej

¹⁰ Zob. też: D. Karkowska, *Zawody medyczne*, Warszawa 2012.

¹¹ Zob. rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz.U. z 2014 r., poz. 1145), załącznik do rozporządzenia.

¹² Zob. ustawa z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 168); ustawa z 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 916); ustawa z 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 505); ustawa z 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz.U. z 2001 r., nr 73, poz. 763); ustawa z 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej (Dz.U. z 2001 r., nr 100, poz. 1083); ustawa z 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich (Dz.U. z 1991 r., nr 41, poz. 197 ze zm.); ustawa z 21 grudnia 1990 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych (Dz.U. z 1990 r., nr 8, poz. 27).

lub przepisów dotyczących wykonywania zawodu, zwane dalej „przewinieniem zawodowym”. Analogicznie kwestię tę traktuje przepis art. 85 ust. 1 ustawy o zawodzie fizjoterapeuty. Podobnie kwestię tę reguluje przepis art. 45 ustawy o izbach aptekarskich, który uzupełnia ten zakres jeszcze o zasady deontologii zawodowej, jak analogicznie przepis art. 45 ustawy o zawodzie lekarza weterynarii. Z kolei zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy o diagnostyce laboratoryjnej diagności laboratoryjni podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za zawinione nienależyte wykonywanie czynności diagnostyki laboratoryjnej oraz za sprzeczne z zasadami etyki zawodowej lub przepisami dotyczącymi wykonywania czynności diagnostyki laboratoryjnej. Natomiast w przepisie art. 20 ustawy o zawodzie psychologa ustawodawca wprowadził odpowiedzialność dyscyplinarną za zawinione naruszenie obowiązków zawodowych oraz za czyny sprzeczne z zasadami etyki określonymi w Kodeksie Etyki Zawodowej, a także za uprzejme uchylenie się od płacenia składek członkowskich.

Częścią wspólną w zakresie odpowiedzialności za wykonywanie zawodu medycznego jest podleganie przez wszystkie osoby wykonujące zawód medyczny ogólnej odpowiedzialności karnej oraz cywilnej. Odpowiedzialność karna regulowana, przede wszystkim w Kodeksie karnym, sprowadza się zazwyczaj do odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci pacjenta, nieumyślne spowodowanie uszczerbku na zdrowiu, nieumyślne narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia lub wystąpienia uszczerbku na zdrowiu, za zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, chociaż w grę wchodzić może także odpowiedzialność za np. fałszowanie dokumentacji medycznej, łapownictwo – w razie świadczenia usług zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych czy oszustwo w przypadku np. wyłudzenia z Narodowego Funduszu Zdrowia nienależnych środków finansowych publicznych za udzielanie fikcyjnych świadczeń zdrowotnych. Charakter odpowiedzialności karnej to głównie represyjność kary, w przeciwieństwie do odpowiedzialności cywilnej. Niekiedy pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby wykonującej zawód medyczny wymaga wykazania naruszenia zasad ostrożności, jakie były w danym przypadku wymagane do przestrzegania, a które obejmują wiedzę zawodową, doświadczenie, standardy postępowania medycznego. Naruszenie tych zasad ostrożności, o których mowa jest w razie odpowiedzialności karnej za przestępstwa nieumyślne, bardzo często koreluje z odpowiedzialnością cywilną i naruszeniem zasady należytej staranności, zasady wiedzy właściwej dla danego zawodu, zasadami wynikającymi z etyki zawodowej. Charakterystyczne dla odpowiedzialności karnej jest to, że sprawca odpowiada za własny czyn, a nie za czyn innej osoby.

Odpowiedzialność cywilna sprowadza się natomiast do odpowiedzialności kontraktowej lub deliktowej, przy czym istotą każdej z nich jest głównie odpowiedzialność o charakterze majątkowym. Pierwsza z nich wynika z faktu zawar-

cia pomiędzy pacjentem a osobą wykonującą zawód medyczny swoistej umowy, zazwyczaj ustnej, w oparciu o którą osoba wykonująca zawód medyczny zobowiązuje się do podejmowania wobec pacjenta działań z należytą starannością, zgodnie z zasadami wiedzy właściwej dla danego zawodu medycznego oraz etyką zawodową. Niewykonanie tej zawartej umowy czy też wykonanie jej w sposób nienależyty pociągać może za sobą właśnie odpowiedzialność kontraktową, a gdy szkoda została wyrządzona przez zachowanie określone jako czyn niedozwolony, to wówczas mamy do czynienia z odpowiedzialnością deliktową. Mówiąc o odpowiedzialności cywilnej, należy mieć na uwadze, że ustawodawca przewidział nie tylko odpowiedzialność cywilną za czyn własny, ale również wprowadził odpowiedzialność za cudzy czyn; taka odpowiedzialność oparta jest na zasadzie ryzyka. Zgodnie bowiem z art. 429 k.c. ten, kto powierza wykonanie czynności drugiemu, jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba że nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takiej działalności.

Mając na uwadze najważniejsze cechy odpowiedzialności karnej i cywilnej, a także odpowiedzialności zawodowej, wyraźnie ta ostatnia ukształtowana jest na wzór odpowiedzialności karnej. Świadczą o tym przepisy odsyłające, które znajdują się w każdej z wymienionych powyżej ustaw regulujących wykonywanie zawodu medycznego z wyjątkiem ustawy o zawodzie psychologa. Przepisy te odsyłają do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu karnego, chociaż z zakresu odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu karnego ustawodawca wyłączył przepisy o oskarżycielu prywatnym, przedstawicielu społecznym, postępowaniu przygotowawczym oraz środkach przymusu z wyjątkiem przepisów o karze pieniężnej, a także przepisy rozdziałów I–III i art. 53 k.k.¹³

Składka samorządowa

Przynależność do samorządu zawodowego charakteryzuje się koniecznością wykonywania obowiązków, jakie zostały nałożone przez ustawodawcę na członków samorządu zawodowego, przy czym zakres tych obowiązków wiąże się z przepisami normującymi wykonywanie poszczególnych zawodów, ale także z zasadami etyki zawodowej. Jednym z obowiązków, rozmaicie przez ustawo-

¹³ Zob. art. 62 ustawy o zawodzie lekarza weterynarii, art. 70a ustawy o diagnostyce laboratoryjnej, art. 62 ustawy o izbach aptekarskich, art. 88 ustawy o samorządzie pielęgniarek i położnych, art. 135 ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, art. 112 ustawy o izbach lekarskich.

dawcę określanym, jest obowiązek uiszczania składki członkowskiej. Co ciekawe, tylko w jednej ustawie, mianowicie w ustawie o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów, w art. 20 ustawodawca wprost przewidział możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności zawodowej/dyscyplinarnej psychologa za uporczywe uchylanie się od płacenia składek członkowskich. W pozostałych ustawach takiego przepisu bezpośrednio mówiącego o odpowiedzialności zawodowej w razie niepłacenia składki członkowskiej nie ma. Są za to, a jakże, przepisy przewidujące obowiązek uiszczania składki członkowskiej. W ustawie dotyczącej fizjoterapeutów wprost został przewidziany obowiązek regularnego opłacania składki. W ustawie odnoszącej się do samorządu pielęgniarek i położnych również istnieje wprost zdefiniowany obowiązek uiszczania składki samorządowej. W ustawie o izbach lekarskich nie ma takiego przepisu, podobnie w ustawach dotyczących lekarzy weterynarii i izb aptekarskich. W ustawach tych jedynym przepisem, który odnosi się do niepłacenia składki członkowskiej w terminie, jest przepis wskazujący na to, że nieopłacone w terminie składki członkowskie i koszty postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹⁴.

W przypadku zatem pociągnięcia do odpowiedzialności dyscyplinarnej psychologa za uporczywe niepłacenie składki członkowskiej podstawą materialnoprawną odpowiedzialności jest właśnie art. 20 ustawy o zawodzie psychologa. Powstaje jednak pytanie, jaką podstawę materialnoprawną odpowiedzialności za niepłacenie składki członkowskiej należy wskazać w przypadku takiego zachowania lekarza, pielęgniarki i położnej, farmaceuty czy fizjoterapeuty i czy w ogóle za taki rodzaj zachowania można podlegać odpowiedzialności zawodowej. Pytanie to jest tym bardziej zasadne, ponieważ w ustawie o zawodzie lekarza weterynarii ustawodawca wprowadził art. 18, gdzie w ust. 1 pkt 5 mowa jest o skreśleniu lekarza weterynarii z rejestru członków okręgowej izby lekarsko-weterynaryjnej w przypadku nieuiszczania składki członkowskiej przez okres dłuższy niż rok. Kwestią dodatkową jest to, jakie niezbędne elementy powinno zawierać orzeczenie skazujące, czy powinno ono obejmować dokładne określenie przypisanego obwinionemu czynu oraz jego kwalifikację prawną, czy też w odniesieniu do wskazania kwalifikacji prawnej nie jest konieczne powołanie się na konkretną normę będącą źródłem odpowiedzialności zawodowej.

Kwestią tą zajął się w jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy, rozpoznając kasację od orzeczenia Naczelnego Sądu Lekarskiego utrzymującego w mocy orzeczenie Okręgowego Sądu Lekarskiego. Otóż dwóch lekarzy zostało uznanych za winnych popełnienia przewinienia zawodowego polegającego na tym, że uchylali się od obowiązku wspierania samorządu zawodowego poprzez

¹⁴ Zob. art. 116 ustawy o izbach lekarskich.

dobrowolne nieregulowanie obowiązkowych składek za kilkuletni okres. Za ten czyn Okręgowy Sąd Lekarskich wymierzył im kary pieniężne w wysokości nieznacznie przewyższającej wysokość nieuiszczonych składek. Podstawą przypisania odpowiedzialności zawodowej stał się art. 59 zd. 1 Kodeksu Etyki Lekarskiej¹⁵. Przepis ten stanowi, że lekarze powinni solidarnie wspierać działalność swego samorządu, którego zadaniem jest zapewnienie lekarzom należnej pozycji w społeczeństwie. Podejmując krytykę działania organów samorządu lekarskiego, winni przeprowadzić ją przede wszystkim w środowisku lekarskim lub na łamach pism lekarskich.

Obwinieni lekarze nie zgadzali się ze stanowiskiem Okręgowego Sądu Lekarskiego, toteż wnieśli odwołania do Naczelnego Sądu Lekarskiego, zarzucając, że Okręgowy Sąd Lekarski utożsamiał powinność wspierania działalności samorządu z przewinieniem zawodowym jako naruszeniem etyki lekarskiej, a tego w istocie rzeczy nie dotyczą unormowania KEL. Ponadto zarzucili oni, że wniosek o ukaranie wniosła Okręgowa Izba Lekarska, która występowała niejako jako strona postępowania, skoro pokrzywdzonym w sprawie miał być samorząd lekarski. Spowodowało to w ocenie obwinionych lekarzy, że strona pokrzywdzona była sędzią we własnej sprawie. Naczelny Sąd Lekarski zmienił zaskarżone orzeczenie, ale nie po myśli obwinionych lekarzy. Jedynie sprecyzował, że przypisane obwinionym czyny stanowią naruszenie art. 59 zd. 1 KEL. Od tego orzeczenia została wniesiona kasacja do Sądu Najwyższego, w której zarzucono rażące naruszenie prawa, tj. art. 59 zd. 1 KEL, poprzez nieprawidłowe uznanie, że nieregulowanie składek stanowi przewinienie zawodowe określone w tym przepisie, a w konsekwencji ukaranie obwinionego pomimo braku przesłanek prawnych do ukarania za taki czyn. Ponadto zarzucono naruszenie art. 89 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 2 ustawy o izbach lekarskich poprzez brak wskazania kwalifikacji prawnej czynu oraz wobec niewskazania w uzasadnieniu orzeczenia faktycznej podstawy prawnej, mając na uwadze, że przepisy KEL nie stanowią aktu prawnego i nie mogą być samodzielną podstawą wydania orzeczenia. Zarzucono w końcu naruszenie art. 63 pkt 1 i 2 ustawy o izbach lekarskich poprzez prowadzenie postępowania, pomimo iż czyn zarzucony obwinionemu nie zawiera znamion czynu zabronionego, ponieważ w ustawie tej oraz w KEL brak jest przepisu sankcjonującego nieregulowanie obowiązkowych składek.

W postanowieniu z 11 lutego 2016 r.¹⁶ wydanym w tej sprawie Sąd Najwyższy zajął bardzo kontrowersyjne stanowisko. Otóż zgodził się on oczywiście z tym, że według przepisu art. 89 ust 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 2 ustawy o izbach lekarskich orzeczenie skazujące powinno zawierać m.in. dokładne określenie

¹⁵ Zob. Kodeks Etyki Lekarskiej przyjęty uchwałą Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z 14 grudnia 1991 r. (dalej: KEL).

¹⁶ Zob. postanowienie SN z 11 lutego 2016 r., sygn. SDI 71/15.

przypisanego obwinionemu czynu oraz jego kwalifikację prawną, zaś w uzasadnieniu należy wskazać podstawę prawną orzeczenia. Oznacza to konieczność wskazania w orzeczeniu konkretnego przepisu lub przepisów, których znamiona zostały wyczerpane przez przypisane zachowanie lekarza. W praktyce oznaczałoby to zatem konieczność wskazania jako podstawy prawnej kwalifikowania danego zachowania jako przewinienie zawodowe przede wszystkim przepisu art. 53 ustawy o izbach lekarskich, który stanowi, że członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, zwane dalej „przewinieniem zawodowym”. Tymczasem w dalszej części wyroku Sąd Najwyższy uznał, że jednak nie jest to bezwzględnie konieczne, ponieważ stwierdził, że wymogi art. 89 ustawy o izbach lekarskich zostały mimo wszystko spełnione, ponieważ sentencja orzeczenia Naczelnego Sądu Lekarskiego zawiera wyraźne ustalenie, że przewinienie naruszało jedną z form deliktu dyscyplinarnego określonego w art. 53 ustawy o izbach lekarskich wobec naruszenia „zasad etyki lekarskiej”, co stanowiło „przewinienie zawodowe”. I chociaż w sentencji nie wymieniono wprost art. 53 tej ustawy, to jednak wskazano wszystkie znamiona czynu w niej określone¹⁷. Sąd uznał, że brak wskazania art. 53 ustawy o izbach lekarskich w sentencji orzeczenia jest wprawdzie uchybieniem, ale tylko o charakterze formalnym, które nie ma wpływu na treść orzeczenia.

Z tym poglądem Sądu Najwyższego nie sposób się jednak zgodzić. Podkreślić bowiem należy, że przepis art. 53 ustawy o izbach lekarskich wskazuje, że przewinienie zawodowe może polegać na samym naruszeniu zasad etyki zawodowej, ale także na naruszeniu zasad etyki zawodowej i przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, jak również na samym naruszeniu przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza¹⁸. Jest to swego rodzaju podstawa materialnoprawna do pociągania do odpowiedzialności zawodowej lekarza, ogólna podstawa materialnoprawna. Obie te podstawy materialnoprawne mają charakter blankietowy, zatem dla wykazania pełnego opisu przewinienia zawodowego wymagają każdorazowo uzupełnienia ich treści. Jest to spowodowane tym, że nie można skatalogować deliktów dyscyplinarnych na wzór przestępstw czy wykroczeń, które są kazuistycznie opisywane w ustawach, ponieważ nie jest to obiektywnie możliwe z uwagi na ewentualną mnogość zachowań, zwłaszcza z zakresu deliktów dotyczących etyki zawodowej¹⁹. Uzupełnianie kwalifikacji

¹⁷ Tak: SN w postanowieniu z 11 lutego 2016 r., sygn. SDI 71/15.

¹⁸ Por. uchwała TK z 17 marca 1993 r., sygn. W. 16/92, w której Trybunał uznał, że normy prawne powinny posiadać legitymację aksjologiczną, a normy etyczne nie potrzebują legitymacji jurydycznej.

¹⁹ Zob. wyrok SN z 8 czerwca 2009 r., sygn. SDI 4/09. W wyroku tym Sąd uznał, że do zastosowania odpowiedzialności dyscyplinarnej nie jest wystarczające ogólne obwinienie notariusza o zachowanie sprzeczne z prawem, powagą lub godnością zawodu, bez skonkretyzowania sprzecz-

prawnej przewinienia zawodowego konkretnym przepisem tworzyć będzie podstawę szczególną materialnoprawną odpowiedzialności zawodowej.

Skoro przewinieniem zawodowym może być czyn, który narusza zasady etyki zawodowej lub też przepisy związane z wykonywaniem zawodu lekarza, to w dalszej kolejności należy powiązać tę ogólną podstawę materialnoprawną z art. 53 ustawy o izbach lekarskich z konkretnym przepisem z KEL lub innym przepisem samorządu lekarskiego albo też z konkretnym przepisem regulującym wykonywanie zawodu lekarza. Dopiero tak wskazana kwalifikacja prawna spełniać będzie wymogi art. 89 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 pkt 1 dotyczące wymogów orzeczenia skazującego, a w zakresie uzasadnienia takiego orzeczenia – art. 89 ust. 3 pkt 2 ustawy o izbach lekarskich²⁰. Tego rodzaju pogląd prawny został niejednokrotnie wypowiedziany przez Sąd Najwyższy w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej. Wystarczy wskazać chociażby wyrok Sądu Najwyższego z 15 lipca 2010 r., w którym stwierdził on, że materialnoprawna podstawa przypisania odpowiedzialności dyscyplinarnej, tak jak każdej odpowiedzialności represyjnej, musi być oparta w przepisie rangi ustawowej, a jedynie ewentualnie uzupełniona o przepisy podustawowe albo zawarte w uchwałach organów korporacyjnych²¹. Analogicznie w innym wyroku, z 23 stycznia 2008 r., Sąd stwierdził w sprawie dyscyplinarnej sędziego, że „artykuł 107 § 1 ustawy z dnia 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, stanowi materialną podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziego i zawiera generalne znamiona deliktu dyscyplinarnego, których konkretyzacja następuje w wyroku sądu dyscyplinarnego i powinna mieć postać jednoznacznego określenia tego deliktu jako przewinienia służbowego lub uchybienia godności urzędu oraz odpowiednio: precyzyjnego wskazania naruszonych przez sędziego norm konkretnego aktu prawnego albo dokładnego opisu jego zachowania przynoszącego ujmę pełnionemu urzędowi”²². Również w wyroku z 29 października 2009 r. Sąd Najwyższy powielił powyższy pogląd, uznając, że materialnoprawną podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej o charakterze represyjnym jest przepis art. 80 ustawy Prawo o adwokaturze, a w konsekwencji, że „uregulowania zawarte w Zbiorze zasad etyki adwokackiej i godności zawodu nie mogą stanowić samoistnej, ma-

ności czynu z wyraźnie wskazanym przepisem prawa bądź zachowaniem określonym w przepisach regulujących wykonywanie zawodu notariusza albo powszechnie przyjmowanym standardom w sferze ogólnych zasad etycznych i moralnych związanych z zawodem notariusza.

²⁰ Podobnie: A. Bojańczyk, *O orzeczeniach skazujących w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy i obowiązku płacenia składek członkowskich na rzecz samorządu zawodowego lekarzy, uwagi na tle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2016 r. sygn. SDI 71*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 1.

²¹ Zob. wyrok SN z 15 lipca 2010 r., sygn. SDI 12/10.

²² Zob. wyrok SN z 23 stycznia 2008 r., sygn. SNO 89/07, OSNKW 2008, z. 5, poz. 37. Analogiczne wyroki SN: z 24 października 2013 r., sygn. SNO 25/13, OSNSD 2013, poz. 36; z 24 maja 2011 r., sygn. SNO 19/11, OSNSD 2011, poz. 3.

materialnoprawnej podstawy odpowiedzialności dyscyplinarnej o charakterze represyjnym”²³. Reasumując zatem, w przypadku zarzutu popełnienia przewinienia zawodowego polegającego na niepłaceniu składki członkowskiej przez lekarza w kwalifikacji prawnej zgodnej z wymogami art. 89 ustawy o izbach lekarskich należałoby podać zarówno art. 53 ustawy o izbach lekarskich, jak i odpowiedni przepis KEL lub innych uchwał organów samorządu lekarskiego.

Kolejną kwestią wymagającą ustosunkowania się jest zagadnienie, czy podstawą materialnoprawną szczególną w odniesieniu do niepłacenia składki samorządowej przez lekarza może być przepis art. 59 zd. 1 KEL. Wskazać bowiem należy, że w treści przepisów ustawy o izbach lekarskich, która jako jedyny akt rangi ustawowej odnosi się do składek członkowskich, nie ma wprost statuowanego obowiązku uiszczania składki członkowskiej, tak jak to ma miejsce w przypadku ustaw dotyczących samorządu psychologów, fizjoterapeutów czy w pewnym zakresie również lekarzy weterynarii.

Obowiązek uiszczania składki członkowskiej można wyprowadzić z różnych przepisów ustaw samorządowych, często w połączeniu z określonymi przepisami kodeksu etyki zawodowej. W przypadku lekarzy ustawa o izbach lekarskich odnosi się do składek członkowskich w przepisie art. 39 ust. 1 pkt 11, gdzie mowa jest o kompetencji Naczelnej Rady Lekarskiej do ustalania wysokości składki członkowskiej, ponadto w przepisie art. 25 pkt 7 dającym Okręgowej Radzie Lekarskiej uprawnienie do zbierania składki członkowskiej, art. 38 pkt 9, zgodnie z którym Krajowy Zjazd Lekarzy ustala zasady podziału składki członkowskiej, oraz art. 116 stanowiącym, że nieopłacone w terminie składki członkowskie i koszty postępowania w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Z kolei w KEL nie ma przepisu, który w jakikolwiek sposób odnosiłby się do kwestii składek członkowskich.

Z przepisów ustawy o izbach lekarskich wynika, że zadaniem samorządu lekarzy jest m.in. ustanawianie zasad etyki lekarskiej i dbanie o ich przestrzeganie, zaś członkowie izby lekarskiej są zobowiązani do przestrzegania zasad etyki lekarskiej, przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza i muszą stosować się do uchwał organów izb lekarskich²⁴. Na podstawie art. 53 ustawy o izbach lekarskich członkowie izb lekarskich podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki lekarskiej oraz przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza, zwane dalej „przewinieniem zawodowym”. Przynależność lekarza do samorządu zawodowego jest obowiązkowa, co wynika z art. 6 ust. 1 ustawy o izbach lekarskich, który stanowi, że lekarz zamierzający wykonywać zawód, któremu okręgowa rada lekarska przyznała prawo wykony-

²³ Zob. wyrok SN z 29 października 2009 r., sygn. SDI 22/09, OSN-SD 2009, poz. 132.

²⁴ Zob. art. 5 i 8 ustawy o izbach lekarskich.

wania zawodu, zostaje równocześnie wpisany na listę członków tej izby lekarskiej. Oznacza to w konsekwencji obowiązek przestrzegania zasad etyki lekarskiej, przepisów związanych z wykonywaniem zawodu lekarza i przepisów wynikających z uchwał samorządu lekarskiego. Należy także mieć na uwadze, że podstawą finansowej działalności każdego samorządu zawodowego jest składka członkowska uiszczana przez jego członków²⁵.

Zgodnie z powołanymi powyżej przepisami Naczelna Rada Lekarska uchwala wysokość składki członkowskiej w oparciu o art. 39 ust. 1 pkt 11 ustawy o izbach lekarskich²⁶. Uchwała taka jest podejmowana w ramach upoważnienia ustawowego. Jest to prawo wewnętrzne obowiązujące członków danego samorządu zawodowego, zatem jego nieprzestrzeganie może być kwalifikowane jako delikt zawodowy zgodnie z dyspozycją art. 53 ustawy o izbach lekarskich.

Sąd Najwyższy w omawianym postanowieniu z 11 lutego 2016 r. uznał, że obowiązek uiszczenia składek samorządowych wynika z art. 59 zd. 1 KEL, który to przepis stanowi, że lekarze powinni solidarnie wspierać działalność swego samorządu, którego zadaniem jest zapewnienie lekarzom należytej pozycji w społeczeństwie. Wydaje się, że taki pogląd jest do zaakceptowania, chociaż z zastrzeżeniem, że odpowiedniejszą kwalifikacją prawną byłoby powołanie przepisu art. 76 zd. 1 KEL w zw. z odpowiednim przepisem uchwały Naczelnej Rady Lekarskiej dotyczącym określenia składki członkowskiej. Przepis art. 76 KEL stanowi bowiem, że w wypadkach nieprzewidzianych w KEL należy się kierować zasadami wyrażonymi w uchwałach władz samorządu lekarskiego, orzecznictwie sądów lekarskich oraz dobrymi obyczajami przyjętymi przez środowisko lekarskie.

Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, że w tych przypadkach, w których przepis ustawy regulującej wykonywanie danego zawodu przewiduje wprost obowiązek uiszczania składki członkowskiej lub też wprowadza wprost odpowiedzialność za niepłacenie składki członkowskiej, dla przypisania obwinionemu czynu wystarczy wskazać w kwalifikacji prawnej ogólną podstawę materialnoprawną odpowiedzialności za zachowania sprzeczne z zasadami etyki lub przepisami normującymi wykonywanie danego zawodu w połączeniu z tym właśnie naruszonym przepisem regulującym kwestię uiszczania składki członkowskiej.

²⁵ W przypadku lekarzy taka podstawa prawna zawarta jest w art. 114 ust. 2 pkt 1 ustawy o izbach lekarskich.

²⁶ Zob. uchwała nr 27/14/VII Naczelnej Rady Lekarskiej z 5 września 2014 r. w sprawie wysokości składki członkowskiej.

W pozostałych przypadkach, gdy w ustawach regulujących wykonywanie zawodu ustawodawca nie zawarł wprost przepisu dotyczącego obowiązku uiszczania składki członkowskiej, obowiązek taki należy wyprowadzać z tych przepisów, które wydane na podstawie delegacji ustawowej przez odpowiednie organy samorządu zawodowego, normują kwestie związane z obowiązkiem uiszczania składki samorządowej²⁷.

Z wymienionych w niniejszym artykule ustaw regulujących wykonywanie zawodu medycznego tylko samorząd zawodowy psychologów nie ma uchwalonego zbioru zasad etycznych. Co więcej, pomimo już kilkunastoletniego okresu obowiązywania tej ustawy nadal nie doszło do powstania trwałych struktur samorządu zawodowego ani na szczeblu ogólnokrajowym, ani na szczeblu lokalnym²⁸. W takiej sytuacji pociąganie do odpowiedzialności zawodowej psychologa za zachowanie sprzeczne z zasadami etyki czy za zawinione naruszenie obowiązków służbowych jest praktycznie niemożliwe. Pozostaje w tym zakresie możliwość pociągania do odpowiedzialności karnej lub wykroczeniowej w przypadku, gdy zachowanie stanowi przestępstwo lub wykroczenie, albo też do odpowiedzialności cywilnej. Natomiast odpowiedzialność za uporczywe niepłacenie składki członkowskiej nie podlega żadnemu reżimowi odpowiedzialności, skoro brak jest organów samorządu zawodowego, które mogłyby dokonać określenia chociażby wysokości składki członkowskiej.

Bibliografia

- Bojańczyk A., *O orzeczeniach skazujących w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności zawodowej lekarzy i obowiązku płacenia składek członkowskich na rzecz samorządu zawodowego lekarzy, uwagi na tle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2016 r. sygn. SDI 71*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 1.
- Karkowska D., *Zawody medyczne*, Warszawa 2012.
- Kodeks Etyki Lekarskiej, uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z 14 grudnia 1991 r.

²⁷ Por. Kodeks Etyki Lekarza Weterynarii, uchwała nr 3/200/VII Nadzwyczajnego VII Krajowego Zjazdu Lekarzy Weterynarii z 26 stycznia 2008 r.; Kodeks Etyki Zawodowej Pielęgniarki i Położnej Rzeczypospolitej Polskiej, uchwała z 9 grudnia 2003 r. IV Krajowego Zjazdu Pielęgniarek i Położnych; Zasady Etyki Zawodowej Fizjoterapeuty, uchwała Krajowego Zjazdu Fizjoterapeutów nr 20/I KZF/2016; Kodeks Etyki Aptekarza Rzeczypospolitej Polskiej, uchwała Krajowego Zjazdu Aptekarzy z 22 stycznia 2012 r. nr VI/25/2012; Kodeks Etyki Diagnosty Laboratoryjnego, uchwała Nr 31/2014 Czwartego Krajowego Zjazdu Diagnostów Laboratoryjnych z 6 grudnia 2014 r.

²⁸ Ustawa o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów uchwalona została 8 czerwca 2001 r., ale weszła w życie dopiero 1 października 2006 r. z wyjątkiem art. 62 ust. 1 tej ustawy, który dawał kompetencję Ministrowi Pracy do powołania Komitetu Organizacyjnego Izby Psychologów. W 2007 r. zaczęła wprawdzie funkcjonować Regionalna Izba Psychologów Województwa Podlaskiego, ale po pewnym czasie zaprzestała działalności.

Uchwała nr 27/14/VII Naczelnej Rady Lekarskiej z 5 września 2014 r. w sprawie wysokości składki członkowskiej.

Kodeks Etyki Lekarza Weterynarii, uchwała nr 3/200/VII Nadzwyczajnego VII Krajowego Zjazdu Lekarzy Weterynarii z 26 stycznia 2008 r.

Kodeks Etyki Zawodowej Pielęgniarki i Położnej Rzeczypospolitej Polskiej, uchwała z 9 grudnia 2003 r. IV Krajowego Zjazdu Pielęgniarek i Położnych,

Streszczenie

W niniejszym artykule podjęto próbę analizy zakresu pojęciowego zwrotu „personel medyczny” w aspekcie potrzeby regulowania ustawowo pozostałych zawodów związanych z medycyną. Wskazano także na jeden z obowiązków, jakie wiążą się z przynależnością do samorządu zawodowego, tj. uiszczanie składki samorządowej. Przedstawiono również problematykę określoności przewinienia zawodowego polegającego na niepłaceniu składki samorządowej oraz porównano istniejące w tym zakresie regulacje ustawowe.

Słowa kluczowe: personel medyczny, samorząd, składka członkowska, przewinienie zawodowe, zawód medyczny

PROBLEMS OF PROFESSIONAL RESPONSIBILITY OF MEDICAL PERSONNEL – SELECTED ASPECTS

Summary

This article attempts to analyze the conceptual scope of the term “medical staff” in the aspect of the need to regulate other professions related to medicine. It also indicates one of the duties associated with belonging to the professional self-government, i.e. the payment of self-government contributions. The problem of the specificity of professional misconduct consisting in the non-payment of the self-government fee was also presented, as well as the statutory regulations in this area were compared.

Keywords: medical staff, local government, membership fee, professional misconduct, medical profession

Katarzyna Wardak, Małgorzata Nagórska

KSZTAŁCENIE PODYPLOMOWE PIELĘGNIAREK I POŁOŻNYCH

Wprowadzenie

W ciągu ostatnich lat kształcenie przed- i podyplomowe pielęgniarek i położnych w Polsce przeszło istotną transformację. Aktualnie kształcenie w zawodzie pielęgniarki i zawodzie położnej realizowane jest w systemie szkolnictwa wyższego na podstawie przepisów ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i ustawy o zawodach pielęgniarki i położnej¹.

Zawód pielęgniarki i położnej to zawód regulowany, medyczny i samodzielny, wymagający ciągłego, ustawicznego kształcenia i doskonalenia, polegający głównie na spełnianiu ról zawodowych związanych bezpośrednio z funkcjami zawodowymi wynikającymi z misji i celów zawodu. Pielęgniarka to osoba posiadająca wymagane kwalifikacje potwierdzone odpowiednimi dokumentami. Wykonuje działania wymagające umiejętności obserwacji, rzetelnej oceny stanu chorego, rozpoznania potrzeb zdrowotnych, problemów pielęgnacyjnych, sprawuje opiekę pielęgnacyjną w stosunku do człowieka chorego i jego rodziny. Położna to osoba posiadająca wymagane kwalifikacje potwierdzone odpowiednimi dokumentami, udzielająca świadczeń zdrowotnych, a w szczególności świadczeń pielęgnacyjnych, zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, z zakresu promocji zdrowia i edukacji zdrowotnej w ramach opieki nad kobietą, kobietą ciężarną, rodzącą i położnicą oraz noworodkiem.

Celem opracowania jest przedstawienie systemu kształcenia podyplomowego personelu pielęgniarskiego, który podnosząc kompetencje, dostosowuje się do rynku pracy w kraju i poza jego granicami. W artykule sformułowano problemy badawcze w postaci pytań: Czy zainteresowanie kształceniem podyplomowym środowiska zawodowego pielęgniarek i położnych ulega zwiększeniu na przestrzeni lat? Czy formy doskonalenia zawodowego pielęgniarek i położnych wpływają na ich status społeczno-zawodowy?

¹ Ustawa z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (t.j. Dz.U. nr 174, poz. 1039).

Kształcenie pielęgniarek i położnych

Kształcenie pielęgniarek i położnych prowadzone jest przez uczelnie publiczne i niepubliczne na poziomie: studiów I stopnia kończących się uzyskaniem tytułu licencjata pielęgniarstwa/położnictwa i studiów II stopnia kończących się uzyskaniem tytułu magistra pielęgniarstwa/położnictwa.

Zawody pielęgniarki, położnej, podobnie jak lekarza, lekarza dentystry, farmaceuty, lekarza weterynarii i architekta, to tzw. zawody regulowane, sektorowe, w których uznanie kwalifikacji odbywa się w sposób automatyczny pod warunkiem posiadania przez wnioskodawcę dokumentów poświadczających kwalifikacje albo na zasadzie praw nabytych.

Do unijnego systemu prawnego regulującego uznawanie kwalifikacji zawodowych, kształcenia tych grup zawodowych oraz podejmowania i prowadzenia przez nie praktyki zawodowej należy aktualnie dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych.

Kształcenie podyplomowe

Podstawę prawną kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych stanowią: ustawa z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. z 2016 r., poz. 1251), rozporządzenie Ministra Zdrowia z 30 września 2016 r. w sprawie kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych (Dz.U. poz. 1761) i rozporządzenie Ministra Zdrowia z 12 grudnia 2013 r. w sprawie wykazu dziedzin pielęgniarstwa oraz dziedzin mających zastosowanie w ochronie zdrowia, w których może być prowadzona specjalizacja i kursy (Dz.U. z 2013 r., poz. 1562).

Zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami pielęgniarki i położne mogą korzystać z kształcenia podyplomowego w czterech formach: kursu specjalizacyjnego zwanego specjalizacją, kursu kwalifikacyjnego, kursu specjalistycznego i kursu dokształcającego. Od 1 maja 2017 r. postępowania kwalifikacyjne dopuszczające do specjalizacji, kursu kwalifikacyjnego, specjalistycznego i dokształcającego oraz składanie wniosków o dopuszczenie do egzaminu państwowego są przeprowadzane za pośrednictwem Systemu Monitorowania Kształcenia Pracowników Medycznych (SMK).

Szkolenie specjalizacyjne ma celu uzyskanie przez pielęgniarki lub położne specjalistycznych kwalifikacji w określonej dziedzinie pielęgniarstwa lub dziedzinie mającej zastosowanie w ochronie zdrowia i uzyskanie tytułu specjalisty w tej dziedzinie. Specjalizację kończy egzamin państwowy. Ramowy program

szkolenia specjalizacyjnego obejmuje: blok ogólny zawodowy, wspólny dla wszystkich specjalizacji niezależnie od kształcenia, i blok specjalistyczny właściwy dla dziedziny będącej przedmiotem specjalizacji.

Kurs kwalifikacyjny ma celu uzyskanie przez pielęgniarkę lub położną specjalistycznych kwalifikacji do udzielania określonych świadczeń zdrowotnych wchodzących w zakres danej dziedziny pielęgniarstwa lub dziedziny mającej zastosowanie w ochronie zdrowia.

Kurs specjalistyczny ma na celu uzyskanie przez pielęgniarkę lub położną kwalifikacji do wykonywania określonych czynności zawodowych przy udzielaniu świadczeń pielęgnacyjnych, zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych lub rehabilitacyjnych. Cieszy się ciągle największym zainteresowaniem.

Kurs doszkalaćcy ma na celu pogłębienie i aktualizację wiedzy oraz umiejętności zawodowych pielęgniarek lub położnych. Jest to najkrótsza forma kształcenia podyplomowego i nie ma ramowych programów – organizatorzy sami przygotowują ofertę edukacyjną.

Na podstawie art. 74 ust. 2 ustawy z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej i rozporządzenia Ministra Zdrowia z 2013 r.² specjalizacje dla pielęgniarek mogą być prowadzone w dziedzinach pielęgniarstwa: anestezyjologicznego, intensywnej opieki, chirurgicznego, geriatrycznego, internistycznego, onkologicznego, operacyjnego, opieki długoterminowej, opieki paliatywnej, pediatrycznego, psychiatrycznego, ratunkowego, rodzinnego, w ochronie zdrowia pracujących.

Specjalizacja dla położnych może być prowadzona w dziedzinach pielęgniarstwa: ginekologiczno-położniczego, rodzinnego. Specjalizacja dla pielęgniarek i położnych może być prowadzona w dziedzinie pielęgniarstwa: epidemiologicznego, neonatologicznego.

Kursy kwalifikacyjne dla pielęgniarek mogą być prowadzone w dziedzinach pielęgniarstwa: anestezyjologicznego i intensywnej opieki, chirurgicznego, diabetologicznego, geriatrycznego, internistycznego, kardiologicznego, nefrologicznego z dializoterapią, neonatologicznego, neurologicznego, onkologicznego, operacyjnego, opieki długoterminowej, opieki paliatywnej, pediatrycznego, psychiatrycznego, ratunkowego, rodzinnego, środowiska nauczania i wychowania, transplantacyjnego oraz w ochronie zdrowia pracujących. Kursy kwalifikacyjne dla położnych mogą być prowadzone w dziedzinach pielęgniarstwa: anestezyjologicznego i intensywnej opieki w położnictwie i ginekologii, operacyjnego, rodzinnego. Kurs kwalifikacyjny dla pielęgniarek i położnych może być prowadzony w dziedzinie pielęgniarstwa epidemiologicznego.

Ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej oraz Kodeks Etyki Zawodowej, nakładając obowiązek kształcenia ustawicznego, wpływają na liczbę wysoko wykwalifikowanych pielęgniarek i położnych. Centrum Kształcenia Podyplomowego Pielę-

² Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 12 grudnia 2013 r. w sprawie wykazu dziedzin pielęgniarstwa oraz dziedzin mających zastosowanie w ochronie zdrowia, w których może być prowadzona specjalizacja i kursy kwalifikacyjne (Dz.U. poz. 1562).

gniarek i Położnych zwraca uwagę na stały wzrost osób podejmujących kształcenie podyplomowe na przestrzeni lat. Szkolenie specjalizacyjne np. w 2005 r. podjęło 40 osób, a 2009 r. już 83, natomiast kursy specjalistyczne odpowiednio 410 i 714 osób. Dane Naczelnej Izby Pielęgniarek i Położnych z 2016 r. wskazują łączną liczbę osób, które podejmują wybrane formy kształcenia podyplomowego (tabela 1).

Tabela 1. Liczba pielęgniarek i położnych, które ukończyły szkolenia/kursy w 2016 r.

Rodzaj kształcenia	Pielęgniarki	Położne	Łączna liczba pielęgniarek i położnych [%]	Łączna liczba pielęgniarek i położnych [%]
Szkolenia specjalizacyjne	8365	630	8995	13
Kursy kwalifikacyjne	4892	384	5276	8
Kursy specjalistyczne	39 663	7070	46 733	69
Kursy dokształcające	4801	2168	6969	10
Łącznie	57 721	10 252	67 973	100

Źródło: *Sprawozdanie z realizacji Kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych za 2016 rok*, Centrum Kształcenia Podyplomowego Pielęgniarek i Położnych, Warszawa 2017.

Organizatorami kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych mogą być dwie grupy podmiotów. Pierwsza grupa obejmuje jednostki, które są uprawnione na podstawie odrębnych przepisów do prowadzenia kształcenia podyplomowego. Są to: medyczne szkoły wyższe, szkoły prowadzące działalność dydaktyczną i badawczą w dziedzinie nauk medycznych, medyczne jednostki badawczo-rozwojowe. Druga grupa podmiotów uprawnionych obejmuje jednostki, które uzyskają wpis do rejestru podmiotów prowadzących kształcenie podyplomowe na podstawie wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwą okręgową radę pielęgniarek i położnych lub Naczelną Radę Pielęgniarek i Położnych.

Osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę mogą odbywać szkolenia na swój wniosek, na podstawie skierowania wydanego przez pracodawcę do organizatora szkolenia lub bez skierowania wydanego przez pracodawcę. Pielęgniarka lub położna może się starać wtedy o przyznanie urlopu bezpłatnego i zwolnienia z części dnia pracy bez zachowania prawa do wynagrodzenia.

Pielęgniarki i położne, które chcą uczestniczyć w szkoleniu, muszą posiadać wymagane dokumenty i staż: w przypadku specjalizacji – 2 lata pracy w zawodzie w okresie ostatnich 5 lat, w przypadku kursów kwalifikacyjnych – co najmniej 6-miesięczny staż pracy w zawodzie, w kursach specjalistycznych po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego, bez potrzeby wykazania się stażem pracy. Pielęgniarki i położne posiadające co najmniej stopień naukowy doktora zależnie od dorobku naukowego i zawodowego mogą być zwolnione przez Ministra Zdrowia z obowiązku odbywania specjalizacji w części lub całości³.

³ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 30 września 2016 r. w sprawie kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych (Dz.U. poz. 1761).

Sprawnie funkcjonujący system opieki zdrowotnej w istotny sposób wpływa na codzienne życie obywateli danego kraju. Aby można było zapewnić opiekę terapeutyczną na wysokim poziomie, nie może zabraknąć w systemie wykwalifikowanego personelu pielęgniarskiego. Zapewniając pacjentom należyłą opieką, trzeba pamiętać o posiadanych kwalifikacjach, ale też o liczebności personelu pielęgniarskiego i jego strukturze wieku. Pielęgniarki są najliczniejszą grupą spośród zawodów medycznych⁴. Zauważalna jest tendencja podnoszenia poziomu przygotowania do pełnienia funkcji zawodowych, ale niepokojące stają się prognozy dotyczące liczby pracujących pielęgniarek i położnych w kraju. Z opracowanej prognozy odnoszącej się do liczby zarejestrowanych i zatrudnionych pielęgniarek i położnych w latach 2016–2030 wynika, że w całym kraju zmniejszeniu ulegnie wskaźnik zatrudnionych pielęgniarek na 1000 mieszkańców (tabela 2). Wskaźnik ten w bezpośredniej opiece nad pacjentem dla Polski w 2017 r. wynosił 5,2, gdzie np. Szwajcaria posiada wskaźnik 17,5, Norwegia – 16,9, Dania – 15,5, a Niemcy – 13,1. Nastąpi brak prostej zastępowalności pokoleniowej pielęgniarek i położnych spowodowany dużą różnicą między liczbą osób nabywających uprawnienia emerytalne a liczbą osób nabywających uprawnienia do wykonywania zawodu⁵.

Tabela 2. Prognoza dotycząca liczby zarejestrowanych i zatrudnionych pielęgniarek i położnych w latach 2016–2030

ROK	Liczba mieszkańców w tys.			Liczba zarejestrowanych ^{*1}			Wskaźnik zarejestrowanych pielęgniarek na 1 tys. mieszkańców	Wskaźnik zarejestrowanych położnych na 1 tys. kobiet
	M	K	RAZEM	Pielęgniarek	położnych	RAZEM		
2016	18 568	19 800	38 368	239 958	30 523	270 481	6,25	1,54
2020	18460 ^{*2}	19677 ^{*2}	38 137 ^{*2}	216 363	28 355	244 718	5,67	1,44
2025	18 272 ^{*2}	19 469 ^{*2}	37 741 ^{*2}	183 660	25 857	209 517	4,87	1,33
2030	18 001 ^{*2}	19 183 ^{*2}	37 185 ^{*2}	148 963	22 704	171 667	4,01	1,18

Źródło: ^{*1} Centralny Rejestr Pielęgniarek i Położnych – obejmuje tylko osoby, które nie uzyskały jeszcze wieku emerytalnego (60 – Kobiety, 65 – Mężczyźni) – stan na 31.12. danego roku

^{*2} Prognoza liczby ludności GUS. 2016

⁴ *Zabezpieczenie społeczeństwa polskiego w świadczenia pielęgniarek i położnych*, Raport Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych, Warszawa 2017; GUS, *Mały Rocznik Statystyczny Polski 2016*, Warszawa 2017.

⁵ *Zabezpieczenie społeczeństwa polskiego...*

Po ukończeniu właściwych form kształcenia podyplomowego położna lub pielęgniarka specjalista z tytułem licencjata lub magistra uzyskuje dodatkowe kwalifikacje zawodowe oraz uprawniające do zajmowania wielu stanowisk, np. kierownik komórki organizacyjnej przedsiębiorstwa podmiotu leczniczego, przełożona lub naczelną pielęgniarek i położnych, nauczyciel akademicki – pracownik naukowo-dydaktyczny lub pracownik naukowy.

Od 1 stycznia 2016 r. pielęgniarki i położne posiadają nowe uprawnienia, których zakres i warunki realizacji zawarte zostały w ustawie z 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej. W ramach samodzielnego wykonywania świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych pielęgniarka i położna posiadające dyplom ukończenia studiów II stopnia na kierunku pielęgniarstwo lub położnictwo oraz pielęgniarka i położna posiadające tytuł specjalisty w dziedzinie pielęgniarstwa mają prawo samodzielnie: ordynować leki zawierające określone substancje czynne z wyłączeniem leków zawierających substancje bardzo silnie działające, środki odurzające i substancje psychotropowe oraz środki spożywcze specjalnego przeznaczenia żywieniowego, w tym wystawiać na nie recepty, oraz ordynować określone wyroby medyczne, w tym wystawiać na nie zlecenia albo recepty, jeżeli ukończyły kurs specjalistyczny w tym zakresie.

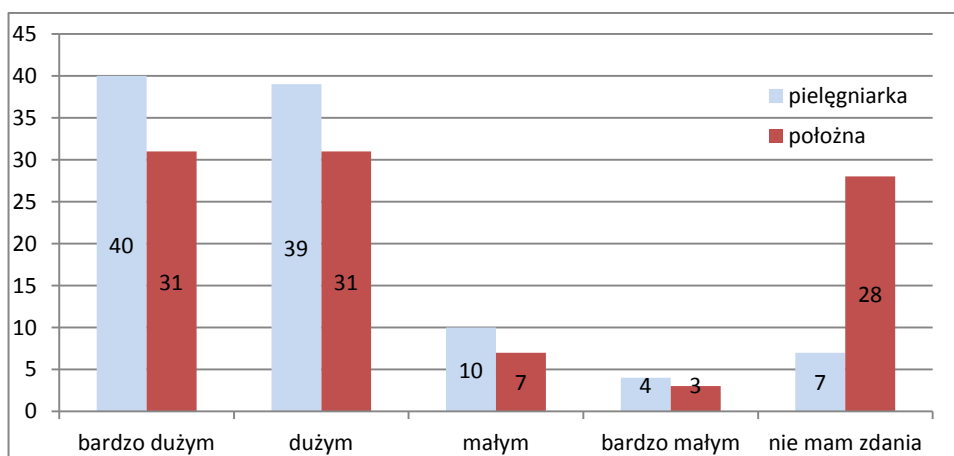
W oparciu o zmiany w systemie kształcenia pielęgniarek i położnych po 1999 r., które dotyczyły form studiów, tj. licencjackich, magisterskich i doktorskich, nie pominięto osób, które już posiadały dyplom pielęgniarki lub położnej, umożliwiając uzupełnienie kształcenia na studiach pomostowych. Dlatego od roku akademickiego 2004/2005 wprowadzone zostały tzw. studia pomostowe, „licencjat uzupełniający”.

Współczesny system kształcenia personelu pielęgniarstwa daje możliwość podnoszenia kompetencji na każdym szczeblu. Nie ma znaczenia, kiedy uzyskano prawo wykonywania zawodu; istotne jest osiągnięcie celów, które są zgodne z potrzebami osób, dla których powstał. System polityki edukacyjnej jest utworzony zarówno przez instytucje powołane do kształcenia i opieki, jak i administrację wspierającą działalność systemu. W Międzynarodowych Standardach Klasyfikacji Kształcenia (International Standard Classification of Education – ISCED) termin „kształcenie wyższe” objął swym zasięgiem także wyższe szkolnictwo zawodowe, dlatego kształcenie personelu pielęgniarstwa odbywać się może na poziomie akademickim i w wyższych szkołach zawodowych⁶.

⁶ *Selekcyjna funkcja szkolnictwa wyższego w krajach Europy Zachodniej*, red. M. Cylkowska-Nowak, Poznań 2004, s. 271.

Zdaniem I. Wrońskiej „odpowiedni poziom kształcenia pielęgniarek i położnych ma ogromne znaczenie w ustawicznym rozwoju. Jeżeli system kształcenia w Polsce będzie realizowany na wysokim poziomie i będzie stale unowocześniany, to jakość świadczonych usług będzie również wyższa”⁷.

Wykształcenie zawsze różnicowało szanse życiowe, obecnie zaczyna też decydować o statusie pracy zarobkowej. Wzrost świadomości zawodowej pielęgniarek i położnych znajduje obecnie odzwierciedlenie w motywacji do zdobywania nowych kwalifikacji w wyniku doskonalenia zawodowego⁸. Pomimo że specjalizacja jest najdłuższą formą kształcenia, każdego roku wzrasta liczba pielęgniarek i położnych realizujących tę formę szkolenia. Nabywane w procesie kształcenia kwalifikacje mają pozytywny wpływ na ocenę własnej osoby i jej przynależnej do grupy zawodowej. W oparciu o sondaż przeprowadzony przez Centrum Kształcenia Podyplomowego Pielęgniarek i Położnych w 2011 r. w ramach trzeciej części badań dotyczącej pozycji zawodowej i społecznej pielęgniarek oraz położnych wśród 6858 osób, w tym 67% kobiet i 33% mężczyzn, pozycja społeczna personelu pielęgniarskiego jest średnia. Respondenci oceniają pozycje pielęgniarek i położnych na poziomie średnim (odpowiednio: 43 i 35% ankietowanych). Na poziomie bardzo wysokim i wysokim pozycję pielęgniarek i położnych oceniło w sumie 38 i 30% osób (rysunek 1).



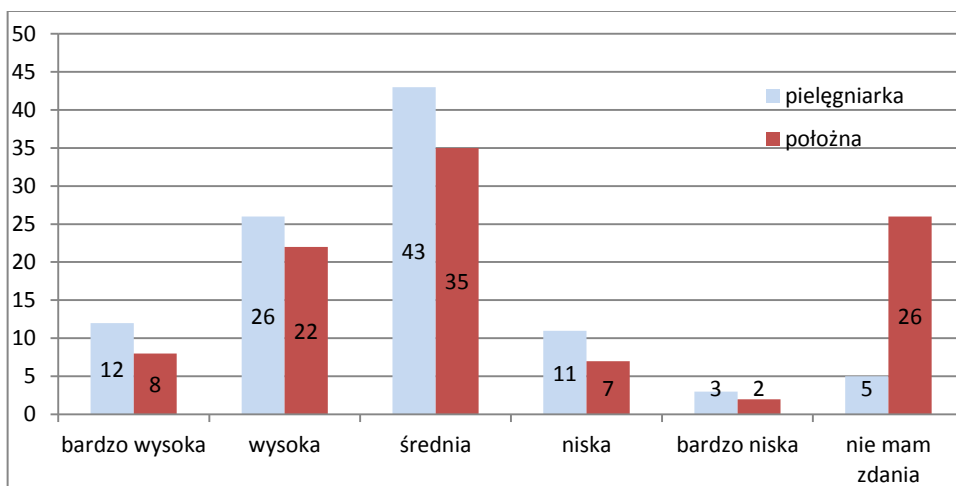
Rysunek 1. Ocena pozycji społecznej pielęgniarki i położnej

Źródło: https://ecitydoc.com/.../pozycja-spoeczna-pielgniarek-polożnych-w-opinii-pacjentow_cpkpip (5.11.2017).

⁷ I. Wrońska, J. Mariański, *Wartości życia młodzieży*, Lublin 1999, s. 62.

⁸ I. Wrońska, *O nowy wymiar edukacji uniwersyteckiej pielęgniarek [w:] Kształcenie i doskonalenie zawodowe pielęgniarek i położnych. Standardy opieki w pielęgniarstwie. Wdrażanie programów promocji zdrowia. Materiały konferencyjne*, Poznań 1999.

Na wzmocnienie tej pozycji zdaniem respondentów duży wpływ ma samodzielność zawodowa, na którą m.in. składa się wykonywanie bez zlecenia lekarskiego niektórych świadczeń zdrowotnych oraz indywidualna lub grupowa praktyka pielęgniarska. Nie bez wpływu pozostaje też kształcenie podyplomowe (rysunek 2).



Rysunek 2. Wpływ kształcenia podyplomowego na wzmocnienie pozycji społecznej.

Źródło: <https://ecitydoc.com/.../pozycja-spoeczna-pielgniarek-położnych-w-opinii-pacjentow>, ck ppiip (5.11.2017).

Ze względu na holistyczną formę opieki świadczonej wobec podopiecznych pielęgniarki i położne aktywnie uczestniczą w kształceniu podyplomowym. Nowe kompetencje powodują zdaniem pacjentów wzmocnienie pozycji społecznej pielęgniarek i położnych. Maleje liczba pielęgniarek i położnych z powodu coraz mniejszej liczby wybierających zawód, pracy za granicą (już w latach 2004–2009 OIPIP wydały 12 668 zaświadczeń potwierdzających kwalifikacje polskich pielęgniarek i położnych i liczba ta nie maleje) i sukcesywnie osiąganego wieku emerytalnego (według Naczelnej Izby Pielęgniarek i Położnych do 2020 r. zabraknie w systemie ochrony zdrowia 33% pielęgniarek i 22% położnych).

Podsumowanie

Kształcenie podyplomowe w obecnie stało się zarówno potrzebą, jak i ustawowym obowiązkiem⁹. Zdobywanie wiedzy zawodowej jest formą aktywną, dynamiczną i w znacznym stopniu zależną od procesu kształcenia. O jego efek-

⁹ M. Bancerowski, *Aspekty prawne wykonywania zawodu pielęgniarki i położnej w świetle aktualnych zmian legislacyjnych w ochronie zdrowia*, „Sztuka Pielęgniownia” 2013, nr 3(7), s. 10–11.

tach na uniwersytetach i szkołach wyższych świadczą zmiany zachowania jednostki, które polegają na nabywaniu w trakcie uczenia się kompetencji z zakresu wiedzy, umiejętności oraz kompetencji społecznych. Powstająca nowa infrastruktura na pewno przyczynia się do realizacji zamierzonych celów, ale nie można w tym procesie zapomnieć o ludziach, którzy będą kształtowali odpowiedzialne postawy wśród studentów, doskonalili jakość kształcenia i jakość świadczonej opieki zarówno na poziomie studiów, jak i kształcenia podyplomowego¹⁰.

Bibliografia

- Bancerowski M., *Aspekty prawne wykonywania zawodu pielęgniarki i położnej w świetle aktualnych zmian legislacyjnych w ochronie zdrowia*, „Sztuka Pielęgowania” 2013, nr 3(7).
- Fryc D., *Droga do zawodu okiem nauczyciela akademickiego*, „Magazyn Pielęgniarki i Położnej” 2010, nr 1–2.
- GUS, *Mały Rocznik Statystyczny Polski 2016*, Zakład Wydawnictw Statystycznych, Warszawa 2017.
- Selekcyjna funkcja szkolnictwa wyższego w krajach Europy Zachodniej*, red. M. Cyłkowska-Nowak, Poznań 2004.
- Wrońska I., *O nowy wymiar edukacji uniwersyteckiej pielęgniarek. [w:] Kształcenie i doskonalenie zawodowe pielęgniarek i położnych. Standardy opieki w pielęgniarstwie. Wdrażanie programów promocji zdrowia. Materiały konferencyjne*, Poznań 1999.
- Wrońska I., Mariański J., *Wartości życia młodzieży*, Lublin 1999.
- Zabezpieczenie społeczeństwa polskiego w świadczenia pielęgniarek i położnych*, Raport Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych, Warszawa 2017.

Streszczenie

W artykule podjęto tematykę kształcenia podyplomowego personelu pielęgniarskiego, ponieważ zawód pielęgniarki i położnej to zawód regulowany, medyczny i samodzielny. Wymaga on ciągłego, ustawicznego kształcenia i doskonalenia. Celem opracowania było przedstawienie systemu kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych, które podnosząc kompetencje, dostosowują się do rynku pracy w kraju i poza jego granicami. W artykule skupiono się na omówieniu form podnoszenia kwalifikacji i zwróceniu uwagi, czy zainteresowanie kształceniem podyplomowym środowiska zawodowego pielęgniarek i położnych ulega zwiększeniu na przestrzeni lat oraz czy formy doskonalenia zawodowego pielęgniarek i położnych wpływają na ich status społeczno-zawodowy. Zgodnie z aktualnie obowiązującymi regulacjami pielęgniarki i położne mogą korzystać z kształcenia podyplomowego w czterech formach: kursu specjalizacyjnego zwanego specjalizacją, kursu kwalifikacyjnego, kursu specjalistycznego i kursu doszkalającego.

Słowa kluczowe: formy kształcenia, personel pielęgniarski

¹⁰ D. Fryc, *Droga do zawodu okiem nauczyciela akademickiego*, „Magazyn Pielęgniarki i Położnej” 2010, nr 1–2, s. 16–17.

POSTGRADUATE EDUCATION OF NURSES AND MIDWIVES

Summary

The paper discusses the subject of postgraduate education of nursing staff, since the profession of nurse and midwife is regulated, medical and independent profession. It requires life-long, continuous education and improvement. The aim of the paper was to present the system of post-graduate education of nurses and midwives, who adapt to the labour market in the country and abroad by improving competences. The paper discusses the forms of raising qualifications and draws attention to whether the interest in postgraduate education of the professional environment of nurses and midwives is increased over the years and whether the forms of professional development of nurses and midwives affect their social and professional status. According to the regulations currently in force, nurses and midwives can benefit from postgraduate education in four forms: a specialization course called a specialization, a qualification course, a specialist course and an additional training course.

Keywords: forms of education, nursing staff

Anna Wojtczyk

**CZY W PRZETARGU NIEOGRANICZONYM
MOŻNA ZAPEWNIĆ BEZPIECZEŃSTWO PACJENTOM?
ANALIZA ORZECZNICTWA**

Zapewnienie bezpieczeństwa pacjentom przebywającym w podmiocie leczniczym jest bardzo istotną kwestią, szczególnie ze względu na używany w procesie leczenia asortyment produktów. Świadczenie usług medycznych przez jednostki sektora ochrony zdrowia wymaga dokonywania zakupów określonego asortymentu, m.in. produktów leczniczych, wyrobów medycznych oraz odpowiedniej aparatury i sprzętu medycznego. Jednocześnie na dysponentach środków publicznych, a takimi są podmioty lecznicze, ciąży odpowiedzialność za dokonywanie wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny, tak by uzyskać najlepsze efekty z danych nakładów zgodnie z art. 44 ustawy o finansach publicznych¹. Należy podkreślić, że wydatkowanie środków publicznych uwarunkowane jest przede wszystkim rachunkiem ekonomicznym².

Narzędziem dokonywania efektywnych zakupów są procedury zamówień publicznych. Często poważną barierą jest stworzenie prawidłowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Ważnym elementem SIWZ jest opis przedmiotu zamówienia, który powinien wskazywać rzeczywiste potrzeby zamawiającego, a jednocześnie musi on być zgodny z obowiązującymi przepisami³. Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, musi mieć na uwadze, że jest uprawniony do zakupu dóbr, które są niezbędne do zrealizowania powierzonych mu zadań, ale winien mieć także na względzie umożliwienie złożenia oferty jak najszerszemu kręgowi wykonawców⁴.

¹ Ustawa z 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2077 ze zm.).

² R. Golał, *Zamówienia publiczne w sferze kultury*, Warszawa 2008, s. 12–14. Zob. też: P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 135.

³ O zasadach w prawie zamówień publicznych zob. A. Sołtysińska, *Komentarz do art. 18 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, LEX, stan prawny na 1 stycznia 2016 r. (1.10.2018).

⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 245.

Należy się zastanowić, czy tak sformalizowana procedura zakupu wyrobów medycznych i produktów leczniczych pozwala na zachowanie bezpieczeństwa pacjentów. W niniejszym opracowaniu poddano rozważaniom zależność pomiędzy bezpieczeństwem człowieka korzystającego z usług zdrowotnych a stosowaniem rygorystycznych przepisów dotyczących ekonomii zakupów i racjonalnym uzasadnieniem potrzeb zamawiającego (a pośrednio pacjenta). Zamierzeniem rozważań zawartych w artykule jest przede wszystkim wskazanie konkretnych zagrożeń, jakie czekają na wydatkujących publiczne środki z przeznaczeniem na leki i sprzęt medyczny.

Niniejsza publikacja opiera się w głównej mierze na stanowiskach wyrażanych w orzecznictwie sądowym i sądowno-administracyjnym dotyczącym bezpośrednio zapewnienia bezpieczeństwa pacjentom w kontekście dokonywania zakupów środków i narzędzi niezbędnych w procesie leczenia. Punktem wyjścia jest analiza przepisów prawa regulujących udzielanie świadczeń zdrowotnych oraz dokonywanie zamówień publicznych.

Obowiązek zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa

Zgodnie z przepisami ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁵ oraz ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁶ pacjent ma prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, a lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej. Ustawodawca również w ustawie o działalności leczniczej⁷ nakłada na podmioty lecznicze obowiązek zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa.

Z drugiej strony szpitale obowiązują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych⁸ nakazujące opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W związku z tym w zakresie zapewnienia pacjentom bezpieczeństwa można wskazać dwa główne obszary, w których zamawiający (podmiot leczniczy) ma

⁵ Ustawa z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1318 ze zm.).

⁶ Ustawa z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 125).

⁷ Ustawa z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 160).

⁸ Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej: Pzp.

wpływ na kupowany produkt. To opis przedmiotu zamówienia mający źródło w jego uzasadnionych potrzebach⁹, ale jednocześnie nienaruszający zasady konkurencyjności oraz prawidłowa ocena złożonych ofert.

Przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia

Podstawowa zasada stosowana przy opisie przedmiotu zamówienia zawarta jest w art. 29 Pzp, który nakazuje eliminację z określenia przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań lub parametrów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, a więc np. wskazywać na konkretny wyrób lub wykonawcę¹⁰. Należy bowiem pamiętać, jak podkreślił Sąd Okręgowy w Poznaniu¹¹, rozpatrując granice swobody opisu przedmiotu zamówienia, że „Prawo zamówień publicznych chroni z jednej strony interes zamawiającego (interes publiczny), z drugiej nakazuje przestrzegać zasady równego traktowania potencjalnych wykonawców i uczciwej konkurencji. Formułując SIWZ, zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”.

Opisując przedmiot zamówienia na dostawę wyrobów medycznych, leków itp., zamawiający powinien się kierować własnymi potrzebami wynikającymi ze specyfiki i z zakresu wykonywanych zabiegów, a mając na względzie przepisy Pzp powinien posiadać uzasadnienie merytoryczne, *stricte* medyczne. Jest to weryfikowane w trakcie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (KIO). Orzecznictwo stoi na stanowisku, że zamawiający może wymagać wyższych parametrów w zależności od wykonywanych procedur medycznych. Przykładowo Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa wymagania techniczne stawiane dostarczonym towarom zgodnie ze swoimi potrzebami i swoją wiedzą¹².

W przypadku wyrobów medycznych o cechach wyrobu nie stanowi jedynie jego ogólne przeznaczenie, ale właściwości wynikające z zastosowania danego komponentu. Zastosowanie danego wyrobu medycznego to nie uzyskanie odpowiedniego efektu, ale umożliwienie osobie (lekarzowi) dokonującej zabiegu doboru właściwego według jej oceny i wiedzy medycznej środka w celu uzyska-

⁹ L. Bogacz, M. Łempicka, G. Pylński, *Prawo zamówień publicznych komentarz*, Bydgoszcz–Warszawa 2006, s. 152.

¹⁰ M. Stachowiak, *Komentarz do art. 29 [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, stan prawny na 1 października 2017 r. (1.10.2018).

¹¹ Wyrok SO w Poznaniu z 11 sierpnia 2006 r., sygn. IX Ga 137/06.

¹² Wyrok SO w Warszawie z 9 września 2003 r., sygn. V Ca 1477/03.

nia działania leczniczego. Nie może zatem być kwestionowane uprawnienie zamawiającego do opisanego wyrobu o różnych cechach i składzie, jeśli ma ono zapewniać lekarzowi wykonującemu zabiegi dobór właściwego według oceny danego lekarza odpowiedzialnego za prawidłową realizację zabiegu środka służącego jego wykonaniu¹³.

W zdecydowanej większości orzeczeń, czy to sądowych, czy organów właściwych do rozpoznawania odwołań¹⁴, zamawiający jest w stanie obronić uzasadniony opis przedmiotu zamówienia. „Argumentacja medycznego zapotrzebowania na konkretne parametry sprzętu wynikała z wniosków bezpośrednich użytkowników i osób stosujących kupowany materiał”¹⁵. „Należy mieć na względzie, że przedmiotem zamówienia jest specyficzny produkt, który dla wykonania określonych czynności przez operujących musi spełniać wskazane przez nich wymagania”¹⁶.

Naruszenie zasady konkurencyjności

Przykładem ujęcia specyfiki działalności zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia jest zakup leków do programów terapeutycznych. Opisane poniżej sprawy dotyczyły zakupów w trybie przetargu nieograniczonego leków stosowanych w programach lekowych na oddziałach reumatologii, obejmujących zastosowanie produktu leczniczego etanercept. W omawianych przykładach odwołujący się wykonawcy zarzucali zamawiającemu właśnie naruszenie zasady konkurencyjności.

Na polskim rynku zarejestrowane i dopuszczone do obrotu są dwa leki z substancją czynną etanercept: Enbrel i Benepali. Lek Benepali jest lekiem biopodobnym do leku Enbrel. Lek Benepali występuje wyłącznie w dawce 50 mg, a lek Enbrel także w dawce 25 mg¹⁷.

Zamawiający skonstruował dwa pakiety: w jednym etanercept w dawkach 50 mg i 25 mg przeznaczony dla pacjentów już leczonych i kontynuacji leczenia (tu zaoferować można było tylko Enbrel) oraz drugi, w którym znalazł się etanercept w dawce 50 mg przeznaczony dla nowych pacjentów (w tym pakiecie można zaoferować zarówno Enbrel, jak i Benepali). Odwołujący zażądał wydzielenia z pierwszego pakietu do osobnego pakietu leku etanercept w dawce 25 mg.

¹³ Wyrok KIO z 21 października 2011 r., sygn. KIO 2165/11.

¹⁴ KIO, która od 5 grudnia 2007 r. zastąpiła dotychczas rozpatrujące odwołania Zespoły Arbitrów.

¹⁵ Wyrok ZA z 21 czerwca 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-1428/05.

¹⁶ Wyrok SO w Krakowie z 8 marca 2006 r., sygn. II Ca 166/06.

¹⁷ Wyrok KIO z 11 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 580/17.

Zamawiający jednak wskazał, że istnieje uzasadniona potrzeba i konieczna jest dostępność leku w dawkach standardowych 50 mg oraz mniejszych 25 mg ze względu na możliwość redukcji dawek u pacjentów z długo utrzymującą się remisją choroby, co w przypadku chorych leczonych w oddziale zamawiającego stanowi możliwość utrzymania chorych w terapii z jednoczesną redukcją kosztów przewlekłego leczenia. Nadto zauważył, że z uwagi na potencjalną immunogenność i związane z tym zwiększone ryzyko działań niepożądanych oraz konieczność monitorowania tych działań wskazane jest, aby obie dawki leku pochodziły od tego samego producenta. Warunek ten zdaniem zamawiającego umożliwi kontynuację terapii lekiem biologicznym w przypadku, gdy pacjent w sposób skuteczny był leczony dotychczas stosowanym lekiem, oraz pozwoli na bezpieczną dla pacjenta modyfikację dawki leku w przypadku, gdy będzie to uzasadnione medycznie.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sprawie odwołujący dokonuje próby zakwestionowania prawa zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia uwzględniającego jego wewnętrzne potrzeby poprzez wymuszenie na zamawiającym zmiany SIWZ polegającej na możliwości oferowania różnych leków (odmiennych) w zakresie takich samych dawek leków. Zatem zmiana ta polegałaby w istocie na zrównaniu dwóch różnych leków (biologicznego i generycznego), które w praktyce byłyby w ramach tej samej terapii podawane pacjentom zamiennie w zależności od dawki przyjętej przez lekarza.

Z powyższego wynika dla zamawiającego, że żądania odwołującego w sposób bezpośredni ingerują w proces leczenia pacjenta, który jest zarezerwowany przez ustawodawcę wyłącznie do kompetencji osób posiadających stosowne kwalifikacje. Nadto lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością. Metoda leczenia, w tym ustalanie odpowiednich leków i ich dawkowania, zależy od wielu czynników indywidualnych warunkowanych schorzeniem pacjenta oraz jego stanem zdrowia. Powyższe wskazuje, że udzielanie świadczeń zdrowotnych, w tym decyzja co do formy i sposobu leczenia, należy do wyłącznej kompetencji lekarza. Wobec tego brak jest podstaw do narzucenia przez wykonawcę sposobu leczenia. Z proponowanym przez odwołującego sposobem modyfikacji SIWZ wiąże się niezwykle istotna okoliczność dotycząca ustalenia odpowiedzialności w sytuacjach niepożądanych. Zaspokojenie żądań odwołującego naraża pacjenta na utratę możliwości leczenia (w przypadku wystąpienia ciężkich działań niepożądanych) i zniweczenie dotychczasowych skutków terapii w wypadku wystąpienia immunogenności lub spełnienia się któregośkolwiek z kryteriów wyłączenia z programu lekowego, jak również prowadzi do ustalenia wyłącznej odpowiedzialności lekarza oraz zamawiającego, bowiem brak

będzie jednoznacznego ustalenia, lek którego producenta wywołał niepożądane skutki (skoro były stosowane jednocześnie w tej samej terapii).

KIO stwierdziła, że podział zamówienia na zakup leku etanercept na dwa wyżej opisane pakiety daje lekarzom zamawiającego opcję nie tylko jednorodnego stosowania leczenia tylko oryginałem, ale także leczenia generykiem. W ocenie Izby prawo konkurencji nie jest prawem bezwzględny nawet w kontekście przepisów Pzp, ponieważ należy zawsze uwzględniać potrzeby zamawiającego uzasadnione specyfiką zamówienia. Skoro nowo wprowadzony program lekowy NFZ umożliwia w przypadku przewlekle chorych stosowanie nie tylko dawki 50 mg, ale również 25 mg leku z etanerceptem, to dla leczonych dotychczas lekiem oryginalnym nie powinno być wykluczone, a może wręcz wskazane dalsze leczenie lekiem oryginalnym. Tym bardziej że ani odwołujący, ani zamawiający nie są w stanie udowodnić porównywalnego skutku terapeutycznego leku biologicznego i biopochodnego z substancją etanercept (Enbrel i Benepali), ponieważ lek generyczny (Benepali) został dopuszczony do obrotu w styczniu 2017 r. Dla Izby przekonująca okazała się argumentacja lekarzy zamawiającego, że o rodzaju stosowanego leku decyduje ostatecznie lekarz w zależności od przebiegu terapii i stanu zdrowia pacjenta. Słusznie więc zamawiający zapobiega skutkom przetargu, chroniąc lekarzy i pacjentów przed koniecznością łączenia w terapii poszczególnego pacjenta leku generycznego Benepali 50 mg i leku oryginalnego Enbrel 25 mg. W tej sytuacji racjonalne wydaje się zagwarantowanie stosowania leku oryginalnego zarówno w dawce 50 mg, jak i 25 mg. Odwołujący, domagając się wykreślenia z pakietu dawki leku 50 mg i pozostawienia w nim tylko dawki leku 25 mg, zmierza do sytuacji, gdzie poszczególnemu pacjentowi można podawać na przemian lek biologiczny i lek biopodobny, a nie jak oczekuje zamawiający, lek tego samego producenta.

Zamawiający w prowadzonym postępowaniu w jednej z pozycji SIWZ¹⁸ postawił wymóg zaferowania leku zawierającego substancję czynną etanercept w dawce 50 mg z jednoczesnym warunkiem, aby w Charakterystyce Produktu Leczniczego zaferowany produkt nie wymagał dodatkowego monitorowania. I znowu jeden z wykonawców złożył odwołanie od treści specyfikacji, zarzucając zamawiającemu, iż opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że możliwe jest złożenie oferty wyłącznie na lek o nazwie handlowej Enbrel.

Zgodnie z regulacjami unijnymi, które weszły w życie w 2012 i 2013 r., wszystkie leki biologiczne, które zostały dopuszczone do obrotu w Unii Europejskiej po 1 stycznia 2011 r., wymagają dodatkowego monitorowania. Faktycznie jedynym lekiem biologicznym zawierającym substancję czynną etanercept, dopuszczonym do obrotu w Unii Europejskiej przed 1 stycznia 2011 r., jest Enbrel i w związku z tym tylko ten produkt nie wymaga dodatkowego monitorowania.

¹⁸ Wyrok KIO z 30 sierpnia 2017 r., sygn. KIO 1718/17.

Uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego opierało się na tym, że jest on jednym z większych szpitali klinicznych w Polsce, posiadającym dobre efekty lecznicze leczenia zamawianym lekiem. Dla zasadnego procesu leczenia jest uprawniony do określenia metod i środków zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, w tym sposobu stosowania leku. Decyzja podjęta na Komitecie Terapeutycznym przez odpowiednich specjalistów pochodzących spośród pracowników zamawiającego wskazywała, iż przy opracowywaniu SIWZ należy unikać leków, które wymagają dodatkowego monitorowania, ponieważ może to powodować konieczność ponoszenia dodatkowych nierefundowanych kosztów.

Zamawiający podkreślił, że taki wymóg oznacza, że dany lek winien być monitorowany jeszcze staranniejsze niż inne, a zatem jego stosowanie może wymagać większego nakładu pracy i zwiększonych kosztów, czyli czynników, których zamawiający ma prawo unikać. Nadto zamawiający podał, że nie można się zgodzić z odwołującym w zakresie stanowiska co do braku praktycznych różnic w stosowaniu produktu o nazwie Enbrel i produktu o nazwie Benepali, ponieważ mimo tego, że są one lekami biopodobnymi, to produktu Benepali nie można podać pacjentom o masie poniżej 62,5 kg.

Oceniając opisaną wyżej sytuację, KIO uznała, że zamawiający wprowadzić nie ograniczył konkurencji wprost, używając nazw własnych wskazujących na konkretny produkt, ale dokonał tego poprzez określone sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które wskazało na konkretny lek. Co istotne, Izba podkreśliła, że dokonując oceny postawionych zarzutów, miała na względzie także fakt, iż zamówienie dotyczy bardzo ważnego z punktu widzenia społecznego przedmiotu zamówienia – zakupu leku do leczenia ciężkich schorzeń pacjentów w ramach programów terapeutycznych i chemioterapii. Niewątpliwie w takich sytuacjach prawidłowe zastosowanie właściwego leku może mieć bezpośredni wpływ na zdrowie i życie ludzkie. Izba zauważa, że chociaż prawo zamówień publicznych nie rozgranicza co do zasady wymagań dotyczących sposobu opisu przedmiotu zamówienia ze względu na ważne potrzeby społeczne, to jednak organ orzekający winien mieć tę kwestię na względzie. Zdaniem Izby niewątpliwie odmiennie w takich sytuacjach należy odczytywać i oceniać opis przedmiotu zamówienia w świetle potrzeby pełnego otwarcia się na konkurencję np. przy opisie na nabycie np. samochodów, robót budowlanych itp. niż leków do programów terapeutycznych i do chemioterapii. Oczywiście dla odwołującego jest to tylko produkt, który w ramach swojej działalności chce sprzedać. Natomiast ze strony zamawiającego jest potrzeba nabycia leku, którym będzie możliwe kontynuowanie długiej terapii pacjentów zakwalifikowanych do danego programu lekowego oraz potrzeba takiego prowadzenia terapii, aby poprawiać stan zdrowia pacjentów. Niewątpliwy i niekwestionowany przez odwołującego jest fakt, iż zamawiający od ponad 7 lat dokonuje leczenia pacjentów lekiem Enbrel

z dobrymi efektami. Natomiast zamawiający nie ma żadnego doświadczenia w leczeniu pacjentów lekiem Benepali. Zamawiającym jest szpital kliniczny posiadający zespół do badań klinicznych skupiający szereg naukowców z tej branży. To w wyniku rekomendacji Komitetu Terapeutycznego szpitala została wydana rekomendacja, aby przy zakupie leków kierować się również brakiem potrzeby dodatkowego monitorowania stanu zdrowia pacjentów.

Na marginesie powyższych rozważań i oceny stanu faktycznego Izba wskazała, że zamawiający nie mogą tak opisywać przedmiotu zamówienia, aby utrudniać dostęp do stosowania w leczeniu szpitalnym leków tzw. zamienników, ale z drugiej strony nieprawidłowa byłaby też sytuacja, by wejście na rynek danego leku-zamiennika, zwykle nawet z tego powodu tańszego, eliminowało ze szpitali możliwość leczenia pacjentów lekami sprawdzonymi zarówno co do działania, jak i niekorzystnego oddziaływania na pacjentów. Dlatego też zamknięte placówki lecznicze powinny tak opisywać dane zamówienie (dzielić je na części), aby mieć możliwość nabycia leku o sprawdzonym działaniu i pewnej partii leku-zamiennika wchodzącego na rynek po to, aby nabierać doświadczenia co do leczenia pacjentów tym lekiem.

Jakość jako kryterium oceny ofert

W zakresie zapewnienia bezpieczeństwa używanych wyrobów medycznych (sprzętu jednorazowego użytku, aparatury medycznej itp.) zamawiający ma możliwość stosowania kryterium jakości. Niestandardowym przykładem zastosowania kryterium jakości jest poniższa sprawa¹⁹. Zamawiający prowadził postępowanie na dostawę staplerów i ładunków (magazyneków) do nich. Do SIWZ wprowadził oprócz ceny dodatkowe kryterium „jakość” opisane jako wymóg posiadania minimum 5 publikacji (daty publikacji 2000–2014) w czasopiśmie o wskaźniku Impact Factor minimum 2, dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków do nich.

W ocenie Izby produkty w postaci staplera wraz z ładunkiem objęte przedmiotem zamówienia stanowią wyrób medyczny szczególnego znaczenia z uwagi na jego zastosowanie w procedurach chirurgicznych wymagających najwyższych cech jakościowych. Według uznania Izby znaczenie jakości wyrobu medycznego należy rozpatrywać zarówno w aspekcie jego bezpieczeństwa, jak i skuteczności działania. Zdaniem KIO z przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia²⁰ wynika

¹⁹ Wyrok KIO z 3 lutego 2016 r., sygn. KIO 86/2016.

²⁰ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 10 marca 2011 r. w sprawie szczegółowych warunków, jakim powinna odpowiadać ocena kliniczna wyrobów medycznych lub aktywnych wyrobów medycznych do implantacji – § 9 ust. 1 (Dz.U. z 2011 r., nr 63, poz. 331).

jednoznacznie, że piśmiennictwo naukowe, podobnie jak dane pochodzące z badań klinicznych czy doświadczeń z używania wyrobu, służy do weryfikacji danych klinicznych w zakresie oceny wyrobu medycznego.

Z tego należy wnioskować, że zamawiający słusznie ustanowił dodatkowe kryterium jakościowe opierające się na stanowiskach i ocenach najwyższych autorytetów naukowych w dziedzinie medycyny wyrażonych w minimum 5 publikacjach. Jednocześnie Izba przyjęła zapatrywanie, że niezłożenie wykazu publikacji nie ogranicza udziału wykonawców w przedmiotowym przetargu. Powyższy dokument ma znaczenie jedynie pomocnicze, służące zamawiającemu do dokonania oceny pod względem kryterium, co do którego poprawności Izba nie ma wątpliwości.

Etap oceny złożonych ofert

Równie istotną czynnością zamawiającego co opisanie przedmiotu zamówienia jest ocena złożonych ofert pod kątem ich zgodności z wymogami zamawiającego ujętymi w SIWZ. Ustalenia we wskazanej sprawie są następujące²¹. Szpital ogłosił przetarg na zakup sprzętu medycznego – mikrocewników, dzięki którym możliwe jest m.in. przeprowadzanie zabiegów neurochirurgicznych przy użyciu kleju tkankowego. Przetarg wygrała firma, która twierdziła, że oferowane przez nią cewniki spełniają oczekiwania szpitala.

Zgodnie z SIWZ uczestnicy przetargu byli zobowiązani do złożenia formularza ofertowego, specyfikacji cenowo-asortymentowej, dokumentów potwierdzających dopuszczenie wyrobu do obrotu i używania oraz oznakowania znakiem CE, kart katalogowych z opisami technicznymi w języku polskim, ewentualnie katalogów w języku angielskim.

Wykonawca zaferował w przetargu sprzęt o nazwie S. jako mikrocewniki do selektywnej infuzji kleju tkankowego. W złożonych materiałach model ten został scharakteryzowany jako cewnik infuzyjny o pojedynczym świetle, wykorzystywany do embolizacji z użyciem histoakrylu (kleju tkankowego). Do oferty dołączono formularz zgłoszenia mikrocewnika do rejestru wyrobów medycznych z 2007 r. opisujący sprzęt jako wyrób medyczny jednorazowego użycia do różnego przeznaczenia klasy III, umożliwiający dostęp do krętych naczyń krwionośnych i kontrolowaną miejscową infuzję czynników diagnostycznych, takich jak środki kontrastowe, oraz spiral do naczyń obwodowych i mózgowych.

Oferta została zaakceptowana jako zgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ przez członka komisji przetargowej – neurochirurga P.B. W czasie rea-

²¹ Wyrok SA w Warszawie z 4 marca 2015 r., sygn. I ACa 515/14.

lizacji umowy zawartej z wykonawcą doszło do poważnego zdarzenia. U pacjentki, 21-letniej kobiety, miał zostać przeprowadzony planowany zabieg neurochirurgiczny przy użyciu cewnika. W trakcie zabiegu mikrocewnik pękł, co spowodowało niekontrolowane rozlanie się kleju w mózgu pacjentki. Po 10 dniach pacjentka zmarła.

Pojawia się w tym miejscu pytanie o bezpieczeństwo zastosowanego sprzętu. Przede wszystkim należy zauważyć z punktu widzenia niniejszych rozważań, że wybrana oferta okazała się różnić od wytycznych zawartych w SIWZ. Sąd stwierdził brak właściwych mechanizmów kontrolnych na etapie dokonywania zakupu wyrobów medycznych. Szpital, przeprowadzając postępowanie przetargowe, nie żądał od oferentów załączenia instrukcji używania. Zgodnie z ustawą o wyrobach medycznych (art. 90) użytkownicy wyrobów medycznych są obowiązani m.in. do przestrzegania instrukcji używania dostarczonej przez wytwórcę. Trudno zresztą wyobrazić sobie staranny dobór wyrobów medycznych bez zapoznania się z instrukcją. Bezsownie pozwana spółka złożyła w postępowaniu przetargowym ulotkę, która wprowadzała szpital w błąd i była przy tym rażąco sprzeczna z treścią ostrzeżeń, jakie producent zamieszcza w instrukcji użycia.

Gdyby przy tym uczestniczący w komisji przetargowej neurochirurg P.B. przed złożeniem oświadczenia, że oferta spółki spełnia wymagania zawarte w SIWZ, przeczytał starannie ofertę, to powinien dostrzec, że tzw. krótki opis w formularzu zgłoszenia do rejestru wyrobów medycznych wspomina wyłącznie o infuzji czynników diagnostycznych, takich jak środki kontrastowe. Milczy natomiast na temat infuzji klejów, które niewątpliwie nie zaliczają się do czynników diagnostycznych.

Na marginesie lekarz neurochirurg nie zapoznał się z instrukcją użycia mikrocewnika, który zamierzał wykorzystać w zabiegu. Operacja pacjentki została zaplanowana, a mikrocewniki S. zostały zakupione przez szpital kilka miesięcy wcześniej. Był czas na sprawdzenie sprzętu, zapoznanie się z instrukcją, którą lekarz (użytkownik) jest obowiązany znać. W instrukcji producent informował, że nie przeprowadzał badań dotyczących bezpieczeństwa i skuteczności stosowania mikrocewnika z takimi roztworami, użycie kleju może prowadzić do rozrwania mikrocewnika, wycieku kleju i udaru u pacjenta, a nawet jego zgonu. Jednak spółka zajmująca się sprzedażą mikrocewników w Polsce informowała w ulotkach, że mogą one być używane do podawania kleju tkankowego.

Wymaganie złożenia kart katalogowych z opisami technicznymi w języku polskim pozwalało na wyczerpujące zapoznanie się z charakterystyką sprzętu, spełniało wymóg starannego działania i stanowiło dostateczne zabezpieczenie interesów zamawiającego i przyszłych pacjentów pod warunkiem rzetelnego i profesjonalnego postępowania oferentów.

Podsumowanie

Zachowanie bezpieczeństwa pacjentów jest priorytetowym zadaniem podmiotów leczniczych. Należy sobie uświadomić, że bezpieczeństwo pacjenta zależy nie tylko od wiedzy i doświadczenia personelu, ale również w dużym stopniu od jakości używanych produktów. Zakupy sprzętu, leków i innych środków wykorzystywanych w trakcie udzielania pacjentom świadczeń zdrowotnych to element działalności, na który podmiot leczniczy ma wpływ.

Na szczególną uwagę zasługuje również wyrok²², gdzie w uzasadnieniu sąd wyraźnie wskazał, że zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zawarty w przepisie art. 29 ust. 2 Pzp, nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego przedmiotów nieodpowiadających jego potrzebom zarówno co do jakości, funkcjonalności, jak i warunków bezpieczeństwa.

Przed wszystkim zamawiający, konstruując opis przedmiotu zamówienia, powinien więc wykazać, że wskazane wymogi mają źródło w uzasadnionych potrzebach zdeterminowanych obowiązkiem zapewnienia bezpieczeństwa pacjentom. Rozważenia przez zamawiającego wymaga, w którym miejscu opisanych wymagań jest granica pomiędzy istotnymi a nieistotnymi cechami, parametrami, funkcjonalnościami kupowanych produktów, tak aby mieć pewność, że potrzeby zamawiającego zostaną zrealizowane przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji.

Należy podkreślić, że zachowanie ustawowych zasad przy opisie przedmiotu zamówienia nie wiąże się z koniecznością nabycia przez zamawiającego dostaw czy usług nieodpowiadających jego potrzebom²³. Jednak w przypadku ograniczenia kręgu ewentualnych wykonawców przez określenie przedmiotu zamówienia zamawiający powinien wskazać uzasadnienie takiego ograniczenia, mając na uwadze w szczególności specyfikę swojej działalności.

Od zamawiającego wymaga się należytej staranności zarówno przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, jak i przy ocenie złożonych ofert. Ten ostatni element jest równie ważny i powinien być dokonany szczególnie wnikliwie, tak by wyeliminować potencjalnie niebezpieczne produkty. Dążenie do spełnienia określonych wymagań i dokonanie zakupów sprzętu o zaplanowanej jakości dostosowanej do uzasadnionych potrzeb jest istotne, ponieważ ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo pacjentów.

²² Wyrok SO w Warszawie z 21 kwietnia 2011 r., sygn. III C 1161/09. Identycznie KIO w wyroku z 30 grudnia 2014 r., o sygn. KIO 2643/14.

²³ J. Pieróg, *Prawo zamówień...*, s. 248.

Bibliografia

- Bogacz L., Lempicka M., Pyliński G., *Prawo zamówień publicznych komentarz*, Bydgoszcz–Warszawa 2006.
- Golat R., *Zamówienia publiczne w sferze kultury*, Warszawa 2008.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Sołtysińska A., *Komentarz do art. 18 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, LEX.
- Stachowiak M., *Komentarz do art. 29* [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX.
- Szustakiewicz P., *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007.

Streszczenie

Podjęta w opracowaniu problematyka dotyczy dokonywania zakupów leków i wyrobów medycznych przez szpitale. Bezpieczeństwo pacjenta zależy w dużym stopniu od jakości używanych produktów. Celem zamawiających są zakupy przedmiotów odpowiadających ich potrzebom oraz wyeliminowanie potencjalnie niebezpiecznych produktów. Możliwości, jakie oferuje Prawo zamówień publicznych, omówiono na przykładzie orzecznictwa sądów i organów właściwych do rozpoznawania odwołań.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo pacjentów, zamówienia publiczne

IS IT POSSIBLE TO ENSURE THE SAFETY IN THE COMPETITIVE BIDDING?

Summary

Undertaken issues in this thesis pertain to purchase medicines and medical devices by hospitals. Patient's safety depends on quality of used products. The intent of contracting authority are purchases objects responding to their needs and elimination potential dangerous products. Opportunities which offer public procurement law discussed by the Bar's judicature and institutions responsible for recognition appeals.

Keywords: patient safety, public auction

ARTYKUŁY

Katarzyna Ciućkowska

KLAUZULE *REBUS SIC STANTIBUS* W KONTEKŚCIE UMÓW KREDYTOWYCH Z WALUTĄ OBcą

Wprowadzenie

W związku z popularnymi do niedawna umowami kredytu we frankach szwajcarskich zawieranymi na cele mieszkaniowe i napotykanymi obecnie przez kredytobiorców problemami ze spłatą tych kredytów kwestia oceny skutków wpływu zmiany okoliczności istniejących w chwili zawarcia umowy na treść i sposób wykonania zobowiązania w zmienionych okolicznościach stanowi w ostatnim czasie przedmiot zainteresowania zarówno ze strony ustawodawcy, który co jakiś czas zapowiada ustawowe rozwiązanie tej kwestii, jak i ze strony przedstawicieli doktryny i judykatury, którym przyszło się zmierzyć z rozważanym problemem nie tylko w kontekście czysto teoretycznym, ale także praktycznym, o czym świadczą pojawiające się procesy sądowe odnoszące się do tej problematyki.

Jednym z poszukiwanych przez kredytobiorców rozwiązań zaistniałej sytuacji, obok kwestionowania poszczególnych postanowień umownych jako klauzul abuzywnych czy w sporadycznych przypadkach powoływania się na nieważność umowy, pozostaje rozważenie zwrócenia się do sądu o zastosowanie zawartej w art. 357¹ k.c. klauzuli nadzwyczajnej zmiany stosunków czy wyrażonej w art. 358¹ § 3 k.c. waloryzacji sądowej. Okolicznością, która ma uzasadniać ingerencję sądu w treść łączącej strony umowy, ma być w tym przypadku drastyczny wzrost kursu franka szwajcarskiego powodujący znaczny wzrost zobowiązania kredytobiorców w stosunku do istniejącego w chwili zawierania umowy. Problem jest dość złożony i wielopłaszczyznowy. Przede wszystkim pojawia się w tym przypadku pytanie natury ogólnej, czy klauzula może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do umów, w których ostateczna wysokość świadczenia nie była znana stronom w chwili powstania zobowiązania, a uzależniona od kursu waluty obcej. Z drugiej strony cel mieszkaniowy, na jaki środki pieniężne uzyskane z kredytu zostały przeznaczone, nie pozwala na przyjęcie, że wysokość

ostatecznego świadczenia była w pełni podana przez strony ryzyku kursowego, nie chodzi tu bowiem o cel typowo inwestycyjny i nastawiony na zysk, a o zaspokojenie jednej z podstawowych potrzeb społeczeństwa.

Złożoności problemu dodaje fakt, że występujące na polskim rynku umowy kredytu zawierane na cele mieszkaniowe, w których pojawia się waluta obca, nie są jednorodne. Co więcej, umowy te odbiegają swym kształtem od typowego kredytu w walucie obcej. W przypadku spotykanych w obrocie gospodarczym umów kredytowych na cele mieszkaniowe waluta obca pełni dwojaką rolę, a mianowicie: klauzuli waloryzacyjnej – jak w kredycie waloryzowanym (indeksowanym) kursem waluty obcej – lub waluty zobowiązania, a zatem wyrażenia świadczenia pieniężnego w walucie obcej, jak dzieje się to w umowie kredytu walutowego czy kredytu denominowanego¹.

Niniejsze opracowanie przybliży zagadnienia dotyczące tego tematu, nawiązuje do aksjologicznych i historycznych podstaw klauzul *rebus sic stantibus* oraz rozważa przesłanki ich zastosowania w kontekście umów kredytowych zawieranych w walutach obcych i waloryzowanych walutą obcą. Celem artykułu jest nie tylko zaprezentowanie rozważań dotyczących możliwości zastosowania instytucji klauzuli *rebus sic stantibus* i waloryzacji sądowej do umów kredytowych, ale także zwrócenie uwagi na sposób postrzegania tych klauzul w relacji z zasadą *pacta sunt servanda*.

Pojęcie umowy kredytu z walutą obcą

Umowa kredytu została uregulowana w ustawie Prawo bankowe² w art. 69 ust. 1, gdzie wskazano, że w umowie kredytu bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Z zarysowanych elementów przedmiotowo istotnych umowy kredytu wyłaniają się jej cechy charakterystyczne pozwalające zaliczyć ją do umów konsensualnych, dwustronnie zobowiązujących i odpłatnych, których przedmiotem jest świadczenie pieniężne. Przy czym udzielającym kredytu bankowego może być wyłącznie podmiot o prawnym statusie banku, a środki pieniężne oddane są do dyspozycji kredytobiorcy z przeznaczeniem na

¹ W przypadku kredytu denominowanego trzeba jednak zaznaczyć, że jego konstrukcja jest trochę bardziej skomplikowana i pewne kontrowersje budzi możliwość uznania w nim waluty obcej za walutę zobowiązania, o czym szerzej w dalszej części.

² Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1988 ze zm.).

określony cel, co statuuje jej celowość. Odpłatność wyraża się w tym, że kredytobiorca ma obowiązek nie tylko zwrócić kwotę wykorzystanego kredytu, ale także zapłacić odsetki.

Ustawodawca nie reguluje w sposób szczególny umów kredytu zawieranych w walucie obcej, chociaż w art. 69 ust. 2 pkt 4a Prawa bankowego przy okazji wskazania niezbędnych elementów treści umowy kredytu posługuje się pojęciem umowy o kredyt denominowany lub indeksowany, nie przedstawiając jednak definicji tych pojęć. W tym zakresie – czerpiąc wiedzę z praktyki zawierania umów kredytu na cele mieszkaniowe – można wyróżnić następującego typu umowy kredytu, w których pojawia się waluta obca: kredyt walutowy, kredyt denominowany oraz kredyt waloryzowany (indeksowany) kursem waluty obcej. Umowy te mają różną postać, a kryterium wyróżniające stanowi odpowiedź na pytanie, czy waluta obca określa przedmiot świadczenia, czy pełni tylko rolę klauzuli waloryzacyjnej. Powyższe pozostaje istotne z perspektywy wyrażonych w Kodeksie cywilnym zasad, którym podlegają świadczenia pieniężne. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na regulacje zawarte w art. 358 i 358¹ k.c., wyrażające zasadę nominalizmu, dopuszczalność zastrzeżenia świadczenia pieniężnego w walucie obcej oraz stosowania klauzul waloryzacyjnych.

W przypadku kredytu walutowego przedmiot świadczenia stanowi suma pieniężna wyrażona w walucie obcej. Zatem kredyt udzielany jest w walucie innej niż polski złoty, w praktyce najczęściej w euro lub we franku szwajcarskim, i w tej też walucie kredytobiorca dokonuje spłaty rat kapitałowo-odsetkowych, zwracając bankowi sumę nominalną udzielonego kredytu (kapitał) wraz z odsetkami oraz ewentualnie innymi opłatami i prowizjami³. Kredyt walutowy stanowi zatem klasyczną postać umowy, w której świadczenie pieniężne zostało określone w walucie obcej. Przypomnieć w tym miejscu tylko należy, że dopiero od 24 stycznia 2009 r., czyli po wejściu w życie nowelizacji art. 358 k.c.⁴, strony mają swobodę w wyrażaniu świadczenia pieniężnego w walucie obcej. Obowiązująca do tamtego czasu zasada walutowości zastrzegająca, że zobowiązania pieniężne na terenie Polski mogą być wyrażone tylko w polskich złotych. Przy czym zasada ta doznawała szeregu ograniczeń i modyfikowana była m.in. regulacjami zawartymi w prawie dewizowym. Konstatując, w odniesieniu do umów zastrzegających świadczenie pieniężne w walucie obcej zawartych przed 24 stycznia 2009 r. należałoby każdorazowo zweryfikować, czy przepisy szczególnie dopuszczały możliwość zawarcia tego typu umowy kredytu⁵.

³ *Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami*, Raport Rzecznika Finansowego, Warszawa 2016, s. 8, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Raport_RF_Kredyty_walutowe.pdf (26.06.2017).

⁴ Ustawa z 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo dewizowe (Dz.U. nr 228, poz. 1506).

⁵ Szerzej: J. Czabański, *Walutowe klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów hipotecznych. Analiza problemu*, „Palestra” 2016, nr 6, s. 67–68.

Kredyt waloryzowany (indeksowany) kursem waluty obcej ma postać umowy z klauzulą waloryzacyjną. W tym przypadku przedmiot świadczenia pieniężnego stron został wyrażony w walucie polskiej, co oznacza, że bank przedstawił kredytobiorcy środki pieniężne do dyspozycji w polskich złotych, w walucie krajowej kredytobiorca również spłaca kredyt. Istnienie w umowie klauzuli waloryzacyjnej oznacza jednak, że kredytobiorca nie spełnia świadczenia w wartości nominalnej powiększonej o odsetki, a w wysokości odpowiadającej równowartości waluty obcej, o którą waloryzowany jest kredyt, powiększonej o należne odsetki. Waloryzacja może następować w różnym momencie; najczęściej na dzień uruchomienia kredytu kwota kapitału zostaje przeliczona na walutę obcą, co stanowi następnie podstawę ustalenia wysokości rat kapitałowo-odsetkowych. Wysokość kolejnych rat kapitałowo-odsetkowych określana jest zatem w walucie obcej, ale ich spłata dokonywana jest w walucie polskiej po przeliczeniu według kursu wymiany walut na dany dzień⁶. Zawarta w umowach klauzula waloryzacyjna ma stanowić odpowiedź na obowiązującą w prawie cywilnym zasadę nominalizmu i poprzez odniesienie świadczenia pieniężnego wyrażonego w polskich złotych do innej waluty daje bankowi gwarancję spełnienia przez kredytobiorcę w przyszłości świadczenia odpowiadającego jego wartości realnej, a nie nominalnej. Zastosowanie waloryzacji umownej w umowie kredytowej może wynikać bezpośrednio z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów, a także art. 358¹ § 2 k.c. Pojawiają się jednak głosy, że zastosowanie klauzuli walutowej w umowach kredytu pozostaje sprzeczne z naturą zobowiązania, a zatem niedozwolone⁷.

Zastanawiającą konstrukcję prezentuje kredyt denominowany w walucie obcej. W tym przypadku walutą zobowiązania jest waluta obca, jednak bank uruchamia kredyt w polskich złotych, a spłata rat kapitałowo-odsetkowych następuje również w polskich złotych po przeliczeniu według kursu wymiany walut na dany dzień⁸. Przyjęte rozwiązanie polegające na innym ustaleniu przez strony świadczenia, jakie ma spełnić bank (postawić do dyspozycji kredytobiorcy środki pieniężne w walucie obcej), a innym sposobie spełnienia tego świadczenia przez bank (stawia do dyspozycji środki pieniężne w walucie polskiej) w mojej ocenie może stanowić podstawę do formułowania istnienia pozorności takiego

⁶ *Analiza prawna...*, s. 9.

⁷ Wynika to z tego, że na podstawie typowej umowy kredytu w polskich złotych kredytobiorca zobowiązuje się zwrócić kwotę wykorzystanego kredytu, oczywiście wraz z odsetkami i prowizją. Z kolei w przypadku umowy kredytu waloryzowanego kredytobiorca oddaje inną kwotę kapitału, niż ta, którą otrzymał. Co więcej, strony nie znają ostatecznej kwoty kapitału, która zostanie zwrócona. Zob. szerzej: J. Czabański, *Walutowe klauzule...*, s. 65–68, który nie konstruuje wprawdzie poglądu o nieważności umowy, a uznaje, że z tego powodu umowę kredytu z klauzulą waloryzacyjną należy traktować jako umowę nienazwaną.

⁸ *Analiza prawna...*, s. 9.

postanowienia, jak też nieważności na podstawie art. 58 § 2 k.c. jako sprzecznego z zasadami uczciwości w obrocie, rzetelności czy lojalności. Z drugiej jednak strony w literaturze wskazuje się na konieczność kwalifikowania tego typu umowy jako umowy w walucie obcej, wskazując, że waluta pełni w rzeczywistości w umowie klauzulę waloryzacyjną i jako taka winna być uznawana⁹.

Rozwój klauzuli *rebus sic stantibus*

Rozwinięte w XIX w. zasady prawa umów wyrażające ich wolność i autonomię woli stron pozostają fundamentem funkcjonowania współczesnego rynku, a także powszechnymi, podstawowymi i niekwestionowanymi zasadami prawnymi dotyczącymi kontraktów¹⁰. Szeroko rozumiana wolność kontraktowania stanowi, że co do zasady nikt nie może zmusić drugiego podmiotu do zawarcia umowy¹¹. Autonomia woli stron daje im swobodę w decydowaniu o związaniu się stosunkiem prawnym, wyborze kontrahenta czy kształtowaniu treści postanowień umownych. Zgodne oświadczenia woli tworzą między podmiotami je składającymi wyjątkowo silny węzeł prawny nakładający na nie przede wszystkim obowiązek dotrzymania postanowień umownych. „Świętość umowy” – wyrażająca się w zasadzie *pacta sunt servanda* – gwarantuje pewność obrotu gospodarczego oraz stabilność prawa.

Nie sposób jednak pominąć faktu, że wola zawarcia umowy, jak i ostateczna treść postanowień umownych determinowane są uwarunkowaniami ekonomicznymi¹². Racjonalnie myślące podmioty, decydując się na zawarcie umowy, rozważają możliwość jej wykonania, biorąc pod uwagę znane im okoliczności istniejące w chwili jej zawarcia oraz te, które mogą przewidzieć w przyszłości. Obowiązująca zasada *pacta sunt servanda* wymusza rozważenie przez strony wszelkich okoliczności, które mogą wpłynąć na możliwość dotrzymania postanowień umownych. Zasada *pacta sunt servanda* doznawać musi zatem pewnych ograniczeń w sytuacji wystąpienia okoliczności, których strony w chwili zawie-

⁹ Zob. J. Czabański, *Walutowe klauzule...*, s. 72.

¹⁰ Szerzej: A. Rosenberg, *Contract's Meaning and the Histories of Classical Contract Law*, „McGill Law Journal” 2013, no. 59, s. 165–207; M.J.V. Cantorias, *The Underpinnings of Contractual Relations – When Can a Promise Be Broken?*, „Arellano Law and Policy Review” 2007, no. 2(8), s. 99–127.

¹¹ Por. J.J. Szczerbowski, *Klauzule generalne w kodeksie Napoleona [w:] System polityczny, prawo, konstytucja i ustroj Królestwa Polskiego 1815–1830. W przededniu dwusetnej rocznicy powstania unii rosyjsko-polskiej*, red. L. Mażewski, Radzymin 2013, s. 181 i n.

¹² Tak: J. Rajska, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 3, s. 4–9.

rania umowy nie były w stanie przewidzieć, a które istotnie wpływają na zakres ich świadczeń. Chodzi tu o okoliczności mające charakter zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych, które wykroczyły poza autonomię i wolność stron przy zawieraniu umowy, a zatem nie były objęte ich wolą, czyli intencją wiązania się stron umową w razie zajścia takich zdarzeń (teoria „braku woli”)¹³.

Klauzulę *rebus sic stantibus* odnajduje się jako regułę płynącą z zasad słuszności i sprawiedliwości¹⁴. Podaje się, że ostateczny kształt klauzula przybrała w XVII w., którą wyrażała następująca formuła: *Est regula quae ex bono etiam et aequo descendit, ut contractus debeat intelligi rebus in eodem statu manentibus (sic stantibus)* (Jest regułą wynikającą ze słuszności, że zobowiązanie powinno być rozumiane na tle niezmiennych okoliczności)¹⁵. Pod koniec XVII w. klauzula było powszechnie znana i stosowana przez sądy¹⁶. Koniec VIII w. i ostatecznie wiek XIX to jednak wspomniany wyżej rozkwit klasycznej teorii umowy kładącej nacisk na indywidualną autonomię stron i wolność zawarcia umowy. Koncepcja *pacta sunt servanda* pozostawała spójna z hasłami wyrażającymi zasady liberalizmu gospodarczego¹⁷. Pozwalająca na swobodną ocenę sędziowską umowy według reguł słuszności i sprawiedliwości klauzula *rebus sic stantibus* nie przystawała z kolei ani do koncepcji „świętości umowy”, ani reguł pozytywizmu prawniczego. Jak wskazuje się w literaturze, renesans klauzuli *rebus sic stantibus* przypada na okres po I wojnie światowej. Na skutek wojny wieloletnia stabilizacja gospodarcza w Europie została przerwana i pojawiła się

¹³ Do teorii „braku woli” nawiązuje koncepcja teorii wspólnej woli, według której strony milcząco zastrzegły klauzulę *rebus sic stantibus*, a zatem można mówić o wspólnej woli stron co do konieczności rozwiązania umowy, gdyż strony by jej nie zawarły, gdyby mogły przewidzieć wystąpienie zaistniałych okoliczności. Zob. A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus; waloryzacja świadczeń pieniężnych)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 1, s. 11.

¹⁴ Badania historyczne wskazują, że jej koncepcję rozwinęli glosatorzy i komentatorzy, czerpiąc ze źródeł rzymskich. Jakkolwiek klauzula ta nie została sformułowana wprost w źródłach rzymskich, tak podejmowane przez glosatorów i komentatorów badania z wykorzystaniem metody dedukcyjnej, w których odwoływali się do konkretnych spraw uwzględniających wpływ zmiany stosunków czy norm prawa rzymskiego regulujących wpływ zmian okoliczności na zobowiązanie (np. odwołanie darowizny), dawało możliwość stworzenia ram klauzuli *rebus sic stantibus*. Zob. A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w prawie polskim (Na tle prawa niektórych państw obcych)*, Warszawa 1992, s. 14–23. A. Brzozowski zauważa także, że inna metoda, którą posługiwali się glosatorzy i komentatorzy, polegała na odwoływaniu się do nielicznych formułek (za przykład podaje zasadę, według której skuteczność pewnych oświadczeń np. stypulacji, uzależniona była od niezmienności jakiegoś stanu rzeczy, czy formułą odnoszącą się do umowy prawnie niemożliwej do wykonania). *Ibidem*, s. 15.

¹⁵ *Ibidem*, s. 16, który cytuje za K. Przybyłowskim, *Klauzula rebus sic stantibus w rozwoju historycznym*, „Pamiętnik Historyczno-Prawny” 1926, t. III, nr 1, s. 3.

¹⁶ A.T. Saliba, *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, „Murdoch University Electronic Journal of Law” 2001, no. 3, pkt 11.

¹⁷ Por. *ibidem*, pkt 13.

potrzeba poszukiwania uzasadnienia dla zweryfikowania postanowień umowy w związku z nieprzewidzianą zmianą stosunków¹⁸. Renesans klauzuli trwa do czasów współczesnych.

Za uzasadnieniem zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* można formułować zarówno argumenty moralne, ekonomiczne, gospodarcze, jak i prawne¹⁹. W teorii prawa wykształciło się szereg koncepcji uzasadniających zastosowanie klauzuli²⁰. Wśród nich najbardziej popularna pozostaje teoria sprawiedliwości. Wskazuje się w niej, że nie byłoby sprawiedliwe rozwiązanie, według którego jedna ze stron umowy zgodnie z prawem uzyskuje korzyść, podczas gdy druga strona z powodów przez siebie niezawinionych popada w ciężką sytuację. Nie można uznać za sprawiedliwe żądanie od jednej ze stron bezwzględnego spełnienia świadczenia kosztem sytuacji zagrażających jej egzystencji, podczas gdy z drugiej strony przyznane zostaje nienależne i nieoczekiwane przysporzenie będące rezultatem przypadku²¹. Zachwiana nadzwyczajną zmianą okoliczności pierwotna równowaga świadczeń stron nie może się ostać z punktu widzenia reguł sprawiedliwości.

Większość współczesnych porządków prawnych dopuszcza możliwość korekty zobowiązania w związku ze zmianą okoliczności. Można w tym zakresie wskazać wykształcone na gruncie orzecznictwa administracyjnego francuskie *imprevision*, niemiecką koncepcję *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, włoską *rebus sic stantibus* zawartą art. 1467 Codice Civile, angielską *frustration* czy amerykańską *impracticability*²².

Klauzula *rebus sic stantibus* i jej przesłanki w prawie polskim

W Kodeksie zobowiązań klauzula *rebus sic stantibus* znalazła swoje miejsce w art. 269, którego brzmienie było następujące: „Gdyby z powodu nadzwyczajnych wypadków, jako to: wojny, zarazy, zupełnego nieurodzaju i innych klęsk żywiołowych, świadczenie było połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie mogły przewidzieć przy zawarciu umowy, sąd może, jeżeli uzna ta za konieczne według zasady dobrej

¹⁸ *Ibidem*, pkt 13. Zob. też: A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula...)*, s. 6.

¹⁹ Szerzej opisuje je A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w prawie...*, s. 32–33.

²⁰ Przywołuje się tu m.in. „teorię uczciwości i sumiennosci”, „teorię siły wyższej”, „teorię nieprzewidywalności”, „teorię ekwiwalentu”, „teorię nadużycia prawa”, „teorię wspólnej woli stron”. Wskazane teorie szczegółowo opisuje A. Brzozowski w: *ibidem*, s. 30–54.

²¹ *Ibidem*, s. 34–36.

²² Szerzej: A. Małarewicz, *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań – cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 12.

wiary, po rozważeniu interesów obu stron, oznaczyć sposób wykonania, wysokość świadczenia lub nawet rozwiązać umowę”. Wypada zaznaczyć, że powołana regulacja wprost odsyłała do zasady dobrej wiary, a wskazane w powołanym przepisie kategorie zdarzeń nadzwyczajnych nie stanowiły katalogu zamkniętego, jednak miały charakter zdarzeń „katastroficznych”. Jak podaje A. Brzozowski, do grupy nadzwyczajnych wypadków – na gruncie Kodeksu zobowiązań – nie zaliczano przypadków ogólnego pogorszenia się warunków gospodarczych i materialnych, uznawano je bowiem za naturalne przejawy fluktuacji życia gospodarczego. W ten sposób orzecznictwo Sądu Najwyższego nie uznawało kryzysu ekonomicznego, niepomysłnego stanu gospodarczego kraju czy faktycznej zwyżki wartości złotego za sytuacje uzasadniające ingerencję sądu w stosunek umowny²³.

W Kodeksie cywilnym z 1964 r. nie znalazł się odpowiednik art. 269 k.z., ustawodawca tym samym zrezygnował z klauzuli *rebus sic stantibus* na rzecz rygoryzmu płynącego z zasady *pacta sunt servanda* i zasady nominalizmu. Dopiero w noweli do Kodeksu cywilnego z 28 lipca 1990 r. wprowadzono do Kodeksu cywilnego klauzulę *rebus sic stantibus* w art. 357¹, którą uzupełniono tzw. małą klauzulą *rebus sic stantibus* odnoszącą się do waloryzacji sądowej w art. 358¹.

Wzajemna relacja klauzul kształtuje się następująco: przesłanką zastosowania art. 357¹ k.c. stanowi nadzwyczajna zmiana stosunków, z kolei art. 358¹ k.c. określa wpływ istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza na świadczenia stron. Na uwagę zasługuje, że zdarzenia uzasadniające zastosowanie klauzul nie muszą już mieć charakteru katastroficznego, jak miało to miejsce w regulacji wynikającej z Kodeksu zobowiązań. Chodzi zatem o okoliczności wychodzące poza zakres typowego ryzyka umownego, a ponadto obiektywne i niezależne od stron²⁴. Biorąc pod uwagę czas, w którym klauzula została przywrócona do prawa prywatnego (zmiany polityczne i okres przeobrażeń społeczno-gospodarczych), nie można wykluczyć, że odnosić się ona będzie mogła także do okoliczności mających swoje źródło w stosunkach gospodarczych, oczywiście takich, którym można przypisać walor nadzwyczajności, nieprzewidywalności i powszechności.

Jeżeli chodzi o wpływ nadzwyczajnej zmiany okoliczności na konkretny stosunek zobowiązaniowy, to należy zaznaczyć, że regulacje z art. 357¹ k.c. i art. 358¹ § 3 k.c. znajdują zastosowanie tylko wówczas, kiedy świadczenie jest możliwe do spełnienia, jednak wiąże się to z nadmierną trudnością lub groźbą rażącej straty. Należy mieć na uwadze, że przy braku możliwości spełnienia świadczenia w następstwie nadzwyczajnych zdarzeń w grę wchodzić będzie instytucja niemożliwości następczej i skutki z niej wynikające. Co oczywiste, z instytucji niemożliwości następczej nie można skorzystać w sytuacji, kiedy świadczenie

²³ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula..., s. 13–14.*

²⁴ *Ibidem*, s. 32.

może zostać spełnione przez dłużnika, mimo że z bardzo dużymi trudnościami i z dużym poświęceniem z jego strony. Rygoryzm prawny w tym zakresie w pewnej mierze łagodzi regulacje dotyczące klauzul *rebus sic stantibus*.

Istotna w kontekście omawianej problematyki umów kredytowych z walutą obcą jest przesłanka przewidywalności. Wypada zwrócić uwagę, że ma ona znaczenie wyłącznie w przypadku dużej klauzuli *rebus sic stantibus*. W przypadku waloryzacji sądowej nie jest ona badana. Wynika to z tego, że zmiana wartości pieniądza stanowi zjawisko powszechne, dlatego wprowadzenie wymogu jego nieprzewidzenia znacznie ograniczyłoby możliwość korzystania z tej instytucji.

Drastyczny wzrost kursu waluty obcej jako podstawa do uruchomienia klauzul *rebus sic stantibus*

Zmiana siły nabywczej pieniądza pozostaje ściśle powiązana z zasadą nominalizmu. Pojawia się zatem pytanie, czy w sytuacji, gdy strony przewidziały w umowie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej celem uniknięcia ryzyka nieuchronnej utraty realnej wartości pieniądza, dopuszczalne pozostaje dalsze kształtowanie stosunku prawnego w drodze waloryzacji sądowej. Wydaje się, że nie ma ku temu przeszkód. Podstawowe kryterium w tym zakresie stanowić będzie fakt istotności przy zmianie siły nabywczej pieniądza oraz okoliczność, że z roszczeniem występuje inny podmiot niż profesjonalista. W tym kontekście zastrzeżona przez strony klauzula waloryzacyjna w związku z istotną zmianą siły nabywczej pieniądza może pozostawać niewydolna (a zatem nie spełnia w wystarczającym stopniu swej funkcji waloryzacyjnej) czy też w związku ze spadkiem siły nabywczej pieniądza stanowić nadmierną dolegliwość, mając charakter nie tyle urealniaszący wartość pieniądza, co wręcz wzbogacający drugą stronę²⁵.

Ten drugi przypadek można zaobserwować w umowach kredytu z walutą obcą. Trzeba tu jednak mieć na uwadze, że odnosić się on będzie wyłącznie do umów kredytu indeksowanych kursem waluty obcej, gdyż w tego typu umowach waluta obca pełni funkcję klauzuli waloryzacyjnej. Zmianę siły nabywczej pieniądza w tym przypadku będzie się oceniało w związku z drastycznym wzrostem kursu waluty obcej. W odniesieniu natomiast do kredytu walutowego czy denominowanego zmiana siły nabywczej pieniądza wywołana zmianą kursu waluty obcej nie powinna wpłynąć na wzajemne świadczenia stron, gdyż walutą zobowiązania nie pozostaje w tym przypadku polski złoty. Niemniej w związku z dość skomplikowaną konstrukcją umowy kredytu denominowanego, powiązaną z ryzykiem kursowym, a także wątpliwościami co do możliwości uznania w tej umowie waluty obcej za walutę zobowiązania nie można wykluczyć takiej możliwości.

²⁵ Por. wyrok SN z 22 września 2011 r., sygn. V CNP 74/10, LEX 960545; wyrok SA w Krakowie z 22 sierpnia 2012 r., sygn. I ACa 714/12, LEX 1216281.

W przypadku małej klauzuli *rebus sic stantibus* nieistotne pozostaje przewidywanie przez strony, iż do zmiany siły nabywczej pieniądza może dojść. Ważne w tym przypadku jest to, żeby taka zmiana miała charakter istotny i wpływała na świadczenia stron w konkretnym zobowiązaniu. Strona dochodząca ukształtowania stosunku prawnego w nowych okolicznościach obowiązana jest wykazać zarówno fakt, że zmiana siły nabywczej pieniądza ma charakter istotny, jak i związek przyczynowy pomiędzy tym zdarzeniem a świadczeniami stron w konkretnej umowie. Zwrócić należy jednak uwagę, że na podstawie art. 13 ustawy wprowadzającej do Kodeksu cywilnego klauzule *rebus sic stantibus*²⁶ stosowanie art. 358¹ § 3 k.c. wyłączone zostało w odniesieniu do kredytów bankowych. W konsekwencji umowy kredytowe nie będą podlegać waloryzacji sądowej niezależnie od tego, kto wystąpi z żądaniem zmian umowy na tej podstawie.

Co do zastosowania dużej klauzuli *rebus sic stantibus* do umów kredytu z walutą obcą podzielić należy pogląd, że nie można wykluczyć, iż zmiana kursu waluty może stanowić zdarzenie możliwe do zakwalifikowania jako nadzwyczajna zmiana stosunków²⁷. Mając na uwadze poczynione powyżej rozważania dotyczące aktualnego spojrzenia judykatury i doktryny na funkcję klauzuli *rebus sic stantibus* i odniesienie jej nie tyle do zdarzeń katastroficznych, co wykraczających poza zakres typowego ryzyka umownego, istotne pozostaje stwierdzenie, czy zmiana kursu franka szwajcarskiego w aktualnym zakresie była przewidywana przez strony. Trudno tu formułować jednoznaczne stanowisko, a ocena powinna przede wszystkim zależeć od okoliczności konkretnej sprawy. Zwrócić jednak należy uwagę, że orzecznictwo bardzo niechętnie dopuszcza możliwość uznania, iż nawet drastyczna zmiana kursu waluty obcej w umowie kredytu nie była objęta możliwością przewidzenia jej zaistnienia przez strony. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 24 maja 2012 r.²⁸: „jest oczywiste, że biorący kredyty, zwłaszcza długoterminowy z przeliczeniem zobowiązań okresowych (rat spłacanego kredytu) według umówionej waluty (klauzula walutowa), ponosi ryzyko, polegające albo na płaceniu mniejszych rat w walucie kredytu, albo większych, niż to wynika z obliczenia w tej walucie, gdyż na wysokość każdej raty miesięcznej wpływa wartość kursowa waluty kredytu w stosunku do waluty waloryzacji tego kredytu”. Sąd Najwyższy w powołanym orzeczeniu stwierdził, że podobne ryzyko ponosić będzie również kredytodawca, który „wprawdzie ma osiągnąć tylko zwrot kwoty udzielonego kredytu z odsetkami, ale w razie zawarcia klauzuli walutowej może poszczególne raty mieć większe po przeliczeniu, albo mniejsze, zależnie od różnic kursowych”²⁹.

²⁶ Ustawa z 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1990 r., nr 55, poz. 321).

²⁷ L. Bosek, B. Lackoroński, *Ustawowa waloryzacja zobowiązań. Uwagi na tle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o pomocy tzw. frankowiczom*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 6(32), s. 23.

²⁸ Wyrok SN z 24 maja 2012 r., sygn. II CSK 429/11, LEX 1243007.

²⁹ W podobnym tonie wypowiada się SA w Łodzi w wyroku z 16 marca 2016 r., sygn. I ACa 1362/15, LEX 2017716; SA w Katowicach w wyroku z 6 marca 2015 r., sygn. I ACa 565/14, LEX 1668587; SA w Warszawie w wyroku z 25 kwietnia 2014 r., sygn. I ACa 1502/1, LEX 1459094.

Trudno nie zgodzić się z zaprezentowaną argumentacją. Szczególnie w przypadku kredytu denominowanego, który ma charakter wybitnie spekulacyjny i poddany jest ryzyku kursowemu, należała staranność kredytobiorcy wymagała skalkulowania przez niego wariantu niekorzystnego kursu waluty obcej i jego wpływu na umowę oraz zakres świadczenia z tego tytułu. Nie można jednak pominąć faktu, że celem uzyskanych z kredytu środków pieniężnych było ich przeznaczenie na zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych. W tych okolicznościach konstatacja, że wysokość ostatecznego świadczenia kredytobiorcy była w pełni poddana ryzyku kursowemu, nie może się ostać. Wydaje się, że argument celu mieszkaniowego uzyskanych z kredytu środków pieniężnych, a także fakt występowania po stronie kredytobiorcy nieprofesjonalnego uczestnika obrotu (konsumenta) nakazuje ostrożną ocenę, czy kredytobiorca przewidywał lub mógł przewidzieć radykalny wzrost kursu waluty obcej i wpływ tego zdarzenia na świadczenia stron w umowie kredytu. Powiązane to powinno być z przyjętym obiektywnym miernikiem staranności konsumenta-kredytobiorcy. W tym kontekście można wprawdzie powołać się na innych kredytobiorców, którzy kalkulując ryzyko, nie zdecydowali się na zaciągnięcie kredytu z walutą obcą, a w walucie krajowej, godząc się na wyższe koszty takiego kredytu, jednak nie można pominąć kwestii – na co wskazuje J. Czabański – że dla pewnych osób kredyt z walutą obcą był jedynym rozwiązaniem, gdyż kredyt w walucie polskiej był dla nich nieosiągalny ze względu na brak zdolności kredytowej³⁰.

Okoliczność, że aktualnie wartość świadczenia kredytobiorcy znacznie przekracza wartość nieruchomości, na jaką środki z kredytu zostały przeznaczone, nie powinna zostać pominięta przy ocenie, czy klauzula *rebus sic stantibus* może znaleźć zastosowanie. W tym zakresie nie sposób nie zauważyć przywoływanych wcześniej argumentów płynących z zasad słuszności i sprawiedliwości, a przemawiających za ingerencją sądu w stosunek zobowiązaniowy w przypadku zaistnienia nadzwyczajnej zmiany stosunków.

Podsumowanie

Reasumując podjęte rozważania, wypada postawić wniosek, że istnieje możliwość zastosowania dużej klauzuli *rebus sic stantibus* do umów kredytowych z walutą obcą. Z kolei w związku z treścią art. 13 ustawy z 28 lipca 1990 r. wprowadzającej do Kodeksu cywilnego klauzule nie ulega wątpliwości, że stosowanie przepisu art. 358¹ § 3 k.c. zostało wyłączone w odniesieniu do kredytów bankowych. Odrębny problem stanowi ocena, czy zaszły przesłanki z art. 357¹ k.c., które uzasadniać będą ingerencję sądu w stosunek zobowiązaniowy. W tym

³⁰ J. Czabański, *Walutowe klauzule...*, s. 63.

zakresie trudno o jednoznaczną odpowiedź. Wynika to chociażby z oceny, czy aktualny poziom kursu walut już stanowi sytuację nadzwyczajną, czy też pozostaje jeszcze na poziomie objętym przewidywaniem lub możliwością przewidywania stron w chwili zawierania umowy. Ocena miernika staranności kredytobiorcy i zakresu, w jakim winien on przewidzieć sytuację wzrostu kursu waluty obcej, powinna być dokonana przez pryzmat zobiektywizowanych przesłanek, a cel mieszkaniowy umowy kredytu nie daje podstaw do uznania, że strony podały umowę w pełni ryzyku kursowemu.

Bibliografia

- Analiza prawna wybranych postanowień umownych stosowanych przez banki w umowach kredytów indeksowanych do waluty obcej lub denominowanych w walucie obcej zawieranych z konsumentami*. Raport Rzecznika Finansowego, Warszawa 2016.
- Bosek L., Lackoroński B., *Ustawowa waloryzacja zobowiązań. Uwagi na tle ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o pomocy tzw. frankowiczom*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 6(32).
- Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus; waloryzacja świadczeń pieniężnych)*, „Studia Prawa Prywatnego” 2008, nr 1.
- Brzozowski A., *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania w prawie polskim (Na tle prawa niektórych państw obcych)*, Warszawa 1992.
- Cantorias M.J.V., *The Underpinnings of Contractual Relations – When Can a Promise Be Broken?*, „Arellano Law and Policy Review” 2007, no. 2(8).
- Czabański J., *Walutowe klauzule waloryzacyjne w umowach kredytów hipotecznych. Analiza problemu*, „Palestra” 2016, nr 6.
- Malarewicz A., *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań – cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2005, nr 12.
- Przybyłowski K., *Klauzula rebus sic stantibus w rozwoju historycznym*, „Pamiętnik Historyczno-Prawny” 1926, t. III, nr 1.
- Rajski J., *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 3.
- Rosenberg A., *Contract’s Meaning and the Histories of Classical Contract Law*, „McGill Law Journal” 2013, no. 59.
- Saliba A.T., *Rebus sic stantibus: A Comparative Survey*, „Murdoch University Electronic Journal of Law” 2001, no. 3.
- Szczerbowski J.J., *Klauzule generalne w kodeksie Napoleona [w:] System polityczny, prawo, konstytucja i ustrój Królestwa Polskiego 1815–1830. W przededniu dwusetnej rocznicy powstania unii rosyjsko-polskiej*, red. L. Mażewski, Radzymin 2013.

Streszczenie

Niniejszy artykuł dotyka problematyki możliwości zastosowania klauzul *rebus sic stantibus* do umów kredytowych z walutą obcą. W tym zakresie zdania są podzielone, a judykatura i doktryna nie dają jednoznacznej odpowiedzi. Autor, poszukując rozwiązania problemu, przedstawia kontekst historyczny klauzul *rebus sic stantibus* oraz zasady *pacta sunt servanda*, a także ich

aktualne relacje. Obserwowany od jakiegoś czasu rozkwit klauzuli *rebus sic stantibus* i osłabienie zasady *pacta sunt servanda* daje podstawy do postawienia tezy, że stosowanie tej klauzuli do umów kredytowych z walutą obcą nie jest wykluczone.

Słowa kluczowe: *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, umowy kredytowe, nadzwyczajna zmiana stosunków

CLAUSES *REBUS SIC STANTIBUS* IN THE CONTEXT OF CREDIT AGREEMENTS WITH FOREIGN CURRENCY

Summary

This article deals with issues of application *rebus sic stantibus* clauses to credit agreements with foreign currency. In this regard opinions are divided and as well doctrine as judicature cannot give a clear answer. The author in looking for a solution of the problem presents the historical context of *rebus sic stantibus* clause and *pacta sunt servanda* rule, describing their mutual relations. Observed for some time revival of *rebus sic stantibus* clause and weakening of the *pacta sunt servanda* rule gives the basis for thesis that adaptation this clause to credit agreements with foreign currency is not excluded.

Keywords: *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda*, credit agreements, frustration

Justyna Grusza**ZNOWELIZOWANA USTAWA O GRACH HAZARDOWYCH
W ŚWIELE PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ****Wprowadzenie**

W doktrynie i w judykaturze wielokrotnie poruszany był temat zgodności ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych z prawem Unii Europejskiej. Po jej wejściu w życie w pierwotnej wersji powstał problem, który koncentrował się wokół zagadnienia, czy przepisy, a mianowicie art. 6 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w zakresie gier na automatach, ograniczające możliwość ich prowadzenia jedynie na podstawie udzielonej koncesji na prowadzenie kasyna, są przepisami technicznymi w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego¹, a jeżeli tak, to czy wobec faktu nienotyfikowania tych przepisów Komisji Europejskiej sądy karne w sprawach o przestępstwo skarbowe określone w art. 107 § 1 k.k.s. uprawnione są w oparciu o art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (dalej: Konstytucja) do odmowy ich stosowania jako niezgodnych z prawem unijnym².

Sąd Najwyższy 19 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. I KZP 17/16³ podjął uchwałę w składzie siedmiu sędziów o następującej treści: „Kolizja prawa krajowego z prawem unijnym, w świetle zasady bezpośredniego stosowania prawa Unii Europejskiej (art. 91 ust. 3 Konstytucji), może prowadzić do zastąpienia przepisów krajowych uregulowaniami prawa unijnego albo do wyłączenia normy prawa krajowego przez bezpośrednio skuteczną normę prawa Unii Europej-

¹ Dz.Urz. WE L 204 z 21 lipca 1998 r. ze zm.

² M. Bik, R. Kamionowski, D. Obrepalski, K. Ryszard, *Gry hazardowe, Komentarz do ustawy o grach hazardowych*, Warszawa 2013, s. 42–43.

³ Uchwała SN w składzie siedmiu sędziów z 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 17/16.

skiej. W konsekwencji, norma niestosowania krajowego przepisu technicznego, którego projektu nie notyfikowano Komisji Europejskiej, wynikająca z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.Urz. WE L 204 z 21.07.1998 r., ze zm.), wyłącza możliwość zastosowania w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. przepisu art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2015 r., poz. 612) w pierwotnym brzmieniu. Natomiast art. 6 ust. 1 tej ustawy mógł i może nadal stanowić uzupełnienie normy blankietowej zawartej w art. 107 § 1 k.k.s., o ile okoliczności faktyczne konkretnej sprawy pozwalają na ustalenie, że przepis ten ma zastosowanie i został naruszony”.

Powyższe prowadzi do konkluzji, że przepis art. 6 ust. 1. ustawy o grach hazardowych nie wchodził w zakres pojęcia przepisów technicznych w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 22 czerwca 1998 r., zaś przepis art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych został uznany za przepis techniczny. W związku z tym nie mógł być zastosowany w sprawie o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s.

Zaznaczyć jednak należy, iż niemożność stosowania tego przepisu dotyczy jego brzmienia obowiązującego przed 3 września 2015 r. – czyli przed datą wejścia w życie ustawy z 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych⁴. Z tą bowiem datą wszedł w życie znowelizowany art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, którego projekt został notyfikowany Komisji Europejskiej (nr powiadomienia 2014/0537/PL). Tym samym problem braku notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych został rozwiązany. Ustawodawca dostrzegł jednak potrzebę ponownej nowelizacji ustawy o grach hazardowych, tym razem już w większym zakresie niż poprzednio.

Nowelizacja ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych

Prezydent RP podpisał ustawę z 15 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw⁵ zmieniającą dotychczasową ustawę o grach hazardowych. Nowelizacja miała wnieść do porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej istotne zmiany, jeżeli chodzi o działalność w zakresie gier hazardowych. Większość nowych przepisów weszła w życie 1 kwietnia 2017 r., zaś pozostała część – 1 lipca 2017 r.

⁴ Dz.U. z 2015 r., poz. 1201.

⁵ Ustawa z 15 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 88).

Przy pracach nad nowelizacją ustawy o grach hazardowych ustawodawca postanowił nie popełnić tego samego błędu. W związku z tym wszystkie nowe przepisy zostały przedłożone do wglądu Komisji Europejskiej.

Funkcjonujące od niedawna nowe przepisy pozornie łagodzą poprzednio obowiązującą ustawę. Z drugiej strony prowadzą do silnej kontroli państwa w wielu obszarach, chociażby w obszarze gier na automatach. Można co prawda urządzać gry na automatach poza tzw. kasynami gier, ale prawo do oferowania gier na automatach poza nimi ma być kontrolowane przez państwo. Co ważne, monopolem państwa objęte zostało prowadzenie gier hazardowych w internecie.

Jedną z kluczowych zmian znowelizowanych przepisów jest możliwość blokowania dostępu do nielegalnych stron internetowych oraz utrudnianie płatności na rzecz podmiotów oferujących gry hazardowe w internecie niezgodnie z ustawą. Ministerstwo Finansów prowadzi specjalny rejestr stron internetowych nielegalnie oferujących gry hazardowe.

W zamyśle ustawodawcy nowe przepisy miały doprowadzić do zmniejszenia tzw. szarej strefy, zwłaszcza w obszarze gier na automatach i w internecie. Po ponad roku funkcjonowania znowelizowanej ustawy o grach hazardowych można ocenić pierwsze efekty tego zabiegu legislacyjnego. Przed wejściem w życie nowelizacji udział nielegalnie działających bukmacherów szacowany był na 90% rynku. Blokowanie stron internetowych nielegalnie działających bukmacherów spowodowało blisko dwukrotny wzrost przychodów innych firm⁶.

Pomimo wielu pozytywnych aspektów wprowadzonych zmian należy zwrócić uwagę, że rozszerzenie monopolu państwa na prowadzenie gier hazardowych może być pożytywane jako ograniczenie zagwarantowanej przez prawo unijnej swobody przedsiębiorczości i przepływu usług.

Celem publikacji jest przede wszystkim scharakteryzowanie wymagań, jakie stawia ustawodawstwo unijne przepisom krajowym w zakresie hazardu. Efektem przeprowadzonej analizy ma być próba oceny, czy znowelizowana ustawa o grach hazardowych, obecnie obowiązująca w porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej, jest zgodna z prawem Unii Europejskiej.

Ustawodawstwo unijne a hazard

Problematyka hazardu jest dla Unii Europejskiej zagadnieniem stosunkowo nowym, gdyż pojawiła się dopiero w latach 90. XX w.⁷ Jest to zagadnienie złożone, wielowątkowe i trudne do uregulowania na poziomie wspólnoty, bowiem nie jest wskazane ustanowienie całkowitej swobody w branży hazardowej. Za

⁶ <http://e-play.pl/potezne-uderzenie-w-hazardowa-szara-strefe/> (15.05.2018).

⁷ G. Skowronek, *Prawne aspekty hazardu*, Wrocław 2012, s. 92.

takim stwierdzeniem przemawia niebezpieczeństwo, jakie niesie za sobą hazard. Może on przybrać formę patologii społecznej, dlatego istnieje potrzeba kontroli tej branży przez każde państwo członkowskie niejako we własnym zakresie. Jednak nawet w takim przypadku musi się to odbywać z poszanowaniem norm unijnych.

Podstawę prawną Unii Europejskiej stanowią dwa traktaty – Traktat Unii Europejskiej (dalej: TUE) i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE). Oba mają taką samą moc prawną. TFUE organizuje funkcjonowanie Unii i określa dziedziny, granice i warunki wykonywania jej kompetencji. Celem TFUE jest zjednoczenie rynków gospodarczych wszystkich państw członkowskich oraz stworzenie wspólnego rynku europejskiego. Służą temu określone swobody: swoboda przedsiębiorczości, swoboda usług, kapitału i towarów. W kontekście działalności hazardowej szczególne znaczenie ma swoboda przedsiębiorczości oraz swoboda usług⁸.

Artykuł 49 TFUE stanowi o swobodzie przedsiębiorczości. Jest ona gwarantowana obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej i oznacza, że mają oni równe prawo do podejmowania i prowadzenia działalności na własny rachunek, nie tylko we własnym państwie, ale też w innych państwach członkowskich. Prawo to obejmuje również tworzenie przez obywateli danego państwa członkowskiego agencji, oddziałów lub filii ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego. Przy czym warunki prowadzenia tej działalności w danym państwie członkowskim mają być takie same dla każdego obywatela Unii Europejskiej niezależnie od tego, z jakiego państwa on pochodzi. Jest to poniekąd konkretyzacja zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową⁹.

Prawo prowadzenia działalności gospodarczej przyznane zostało osobom prawnym i osobom fizycznym – obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej. Z zastrzeżeniem określonych wyjątków i warunków zapewnia ono możliwość podjęcia wszelkiego rodzaju działalności o charakterze samozatrudnienia i prowadzenie jej na terytorium któregośkolwiek innego państwa członkowskiego. Obywatele państw członkowskich mogą swobodnie utworzyć własne przedsiębiorstwo, założyć agencję, oddział lub filię na terytorium każdego państwa, które przynależy do Unii Europejskiej¹⁰.

Oznacza to, że w rozumieniu przepisów TFUE jednostka prowadzi działalność gospodarczą w więcej niż jednym państwie członkowskim, w szczególności

⁸ M.M. Lewandowicz, *E-hazard. Studium z komparatystyki prawniczej*, Warszawa 2013, s. 17.

⁹ M. Szwarc Kuczer [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I: *Art. 1–89*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, WKP 2012, art. 49, Lex.

¹⁰ Wyrok TS z 30 listopada 1995 r., sprawa C-55/94 Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.

poprzez założenie agencji, oddziału czy filii – w przypadku spółek, a w przypadku osób wykonujących wolne zawody – poprzez stworzenie drugiego ośrodka prowadzenia działalności¹¹.

Pojęcie prowadzenia działalności gospodarczej w rozumieniu TFUE jest bardzo szerokie. Obywatele państw członkowskich mają prawo uczestniczenia na stałych i trwałych podstawach w życiu gospodarczym państwa członkowskiego innego niż państwo pochodzenia w sferze działalności o charakterze samozatrudnienia¹².

Środki krajowe zastosowane w celu ograniczenia lub uczynienia mniej atrakcyjnym wykonywania określonej działalności gospodarczej muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, być uzasadnione bezwzględny wymaganiami interesu ogólnego oraz mają być proporcjonalne, czyli odpowiednie do zrealizowania zamierzonego celu i nie mogą wykraczać poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia¹³.

Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wynika, że swoboda przedsiębiorczości nakłada na państwa członkowskie obowiązek znoszenia wszelkich ograniczeń podejmowania i prowadzenia działalności na własny rachunek przez obywateli innych państw członkowskich. Państwa członkowskie mogą wprowadzić określone restrykcje, ale jedynie wówczas, jeżeli jest to usprawiedliwione istotnym interesem publicznym¹⁴.

Swoboda przedsiębiorczości z pewnością przyczynia się do wzajemnych powiązań gospodarczych wewnątrz Unii Europejskiej. Każdy obywatel państwa członkowskiego Unii może prowadzić swoją działalność w dowolnie obranym państwie członkowskim Unii. Jednak wskazać należy, że czynności podejmowane w ramach swobody przedsiębiorczości muszą mieć charakter trwały. Oznacza to, że przedsiębiorca ma dążyć do stałego zintegrowania z rynkiem państwa przyjmującego¹⁵. Wymagana jest więc stała obecność w państwie przyjmującym. Jeżeli podjęcie określonej działalności nie stanowi przedmiotu żadnych regulacji w państwie przyjmującym, obywatel każdego innego państwa członkowskiego jest uprawniony do rozpoczęcia i prowadzenia tam tego rodzaju działalności. Z drugiej strony jeżeli podjęcie lub prowadzenie określonej działalności uzależnione jest w państwie przyjmującym od spełnienia określonych warunków, obywatel innego państwa członkowskiego zamierzający prowadzić taką działalność musi co do zasady spełnić te warunki¹⁶.

¹¹ Wyrok TS z 12 lipca 1984 r., sprawa 107/83 *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*.

¹² A. Doliwa-Klepacka [w:] *Wybór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, red. M. Zdanowicz, Białystok 2007, s. 438.

¹³ *Ibidem*, s. 440.

¹⁴ M. Szwarz Kuczer, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I: *Art. 1–89*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, WKP 2012, art. 49, LEX.

¹⁵ M.M. Lewandowicz, *E-hazard...*, s. 23.

¹⁶ Wyrok TS z 30 listopada 1995 r., sprawa C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

W art. 56 TFUE wskazano na swobodę świadczenia usług. Artykuł 57 TFUE definiuje pojęcie usługi w prawie unijnym. Usługami w rozumieniu Traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza działalność o charakterze przemysłowym, handlowym, działalność rzemieślniczą oraz wykonywanie wolnych zawodów. Świadczący usługę może w celu spełnienia świadczenia wykonywać przejściowo działalność w państwie członkowskim świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli. A więc zasada przedsiębiorczości wymusza prowadzenie działalności na terenie państwa przyjmującego w sposób stały, natomiast zasada swobody usług pozwala na krótkotrwale świadczenie na terenie państwa przyjmującego.

Aby dana usługa korzystała ze swobód zagwarantowanych w TFUE, musi posiadać pewne cechy. Musi być transgraniczna. Oznacza to, że usługodawca musi mieć siedzibę w innym kraju członkowskim niż to, do którego przynależy usługobiorca. Swoboda świadczenia usług charakteryzuje się również tymczasowym charakterem. Usługa to świadczenie wykonywane za wynagrodzeniem, a więc musi być odpłatna¹⁷.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS) przepisy art. 49, 56 i 57 TFUE mają bezpośredni skutek w porządkach prawnych państw członkowskich. Innymi słowy, normy prawa wspólnotowego stanowią podstawę prawną dla działań organów państw członkowskich. TS w sprawie 6/64 Flaminio Costa v. E.N.E.L. wskazał, że w przeciwieństwie do innych traktatów międzynarodowych TUE¹⁸ stworzył swój własny system prawny, który z chwilą wejścia w życie Traktatów stał się integralną częścią systemów prawa państw członkowskich i który ich sądy mają obowiązek stosować. Poprzez stworzenie Unii o nieograniczonym okresie trwania, posiadającej swoje własne instytucje, osobowość, zdolność prawną i zdolność występowania na arenie międzynarodowej, państwa członkowskie ograniczyły swoją suwerenność i stworzyły organ prawa, który wiąże zarówno obywateli, jak i ich państwa. Wprowadzenie do prawodawstwa każdego z państw członkowskich przepisów wspólnotowych uniemożliwia przyznanie pierwszeństwa późniejszym regulacjom poszczególnych państw członkowskich przed systemem prawnym Unii Europejskiej. Prawo wywodzące się z Traktatów Unii Europejskiej nie może wobec swojego specjalnego i pierwotnego charakteru zostać uchylone przez przepisy prawa krajowego

¹⁷ E. Skrzydło-Tefelska [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I: *Art. 1–89*, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, WKP 2012, art. 57, LEX.

¹⁸ Orzeczenie pochodzi z 1964 r., dlatego w samym orzeczeniu Trybunał posługuje się innym nazewnictwem Traktatów (Traktat EWG), a sama Unia Europejska jest nazywana wspólnotą. Pomimo upływu lat orzeczenie w swej treści wciąż pozostaje aktualne, jeżeli chodzi o wyjaśnienie zasady bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego.

niezależnie od sposobu ich sformułowania. Państwa członkowskie muszą się liczyć z faktem, że przekazanie przez nie ze swoich krajowych systemów prawnych do systemu prawa Unii Europejskiej praw i zobowiązań powstałych na mocy Traktatów niesie ze sobą stałe ograniczenie ich suwerenności.

Zobowiązanie państwa członkowskiego wynikające z TFUE, które nie jest uzależnione od żadnych warunków ani też w odniesieniu do jego wykonania lub skutku nie zależy od przyjęcia jakiegokolwiek środka przez państwo członkowskie czy Komisję Europejską, jest zupełne w znaczeniu prawnym. W konsekwencji może wywoływać bezpośredni skutek w sferze relacji pomiędzy państwami członkowskimi a jednostkami. Zobowiązanie takie staje się integralną częścią systemu prawnego państw członkowskich i tym samym formuje część ich własnego prawa i dotyczy bezpośrednio ich obywateli. Prawa indywidualne zostały wykreowane na korzyść obywateli i sądy krajowe są zobowiązane je chronić¹⁹.

Konkludując, prawo dotyczące hazardu nie jest zharmonizowane na poziomie Unii Europejskiej. Hazard należy do dziedzin, w których pomiędzy państwami członkowskimi istnieją znaczne rozbieżności dotyczące wartości moralnych, religijnych i kulturalnych. Dzieje się tak dlatego, że jest to obszar wymagający szczególnego nadzoru ze strony władz państwowych z uwagi na daleko idący wpływ gier hazardowych na życie społeczne²⁰. Hazard może być silnie uzależniający, może przybrać formę patologii społecznej. Zaś państwo ma chronić przed uzależnieniem i negatywnymi konsekwencjami z tego wynikającymi. W związku z powyższym to do każdego państwa członkowskiego z osobna należy ocena w tej dziedzinie według własnej skali wartości wymogów związanych z ochroną danych interesów.

Orzecznictwo TSUE dotyczące monopolu państw członkowskich w działalności hazardowej

W kwestii hazardu 22 czerwca 2017 r. zapadł ważny wyrok TSUE – C-49/16, Unibet International Ltd. v. Nemzeti Adó – es Vamhivatal Kozponti Hivatal²¹. Wyrok ten ma duże znaczenie dla oceny zgodności znowelizowanej ustawy

¹⁹ Wyrok TS z 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 Flamingo Costa v. E.N.E.L.

²⁰ M. Taborowski [w:] *Skutki braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych dla wymiaru sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Taborowski, Warszawa 2016, s. 15.

²¹ Wyrok TSUE z 22 czerwca 2017 r. w sprawie C-49/16 mającej za przedmiot wniosek o wydanie na podstawie art. 267 TFUE orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez sąd administracyjny i pracy dla miasta stołecznego Budapeszt postanowieniem z 9 grudnia 2015 r., które wpłynęło do Trybunału 27 stycznia 2016 r., w postępowaniu Unibet International Ltd. v. Nemzeti Adó – es Vamhivatal Kozponti Hivatal.

o grach hazardowych z prawem Unii Europejskiej i z tego względu zasadne jest dokonanie jego analizy.

Unibet International Ltd. (dalej: spółka Unibet) jest spółką z siedzibą na Malcie. Jej działalność polega na urządzaniu gier losowych online. W tym celu dysponuje zezwoleniami wydanymi przez wiele państw członkowskich. Latem 2014 r. przeprowadzono w spółce Unibet kontrolę zawartości stron internetowych prowadzonych w języku węgierskim. Węgierski organ podatkowy stwierdził, że strony te umożliwiają dostęp do treści stanowiących gry losowe w rozumieniu przepisów węgierskich o urządzaniu gier losowych, podczas gdy spółka Unibet nie dysponowała wymaganym na Węgrzech zezwoleniem.

Z uwagi na to naruszenie węgierski organ podatkowy wydał dwie decyzje, na mocy których początkowo nakazał zablokowanie dostępu do stron internetowych spółki Unibet z terytorium Węgier, a następnie wymierzył tej spółce grzywnę.

Spółka Unibet zaskarżyła obie decyzje do sądu administracyjnego i pracy dla miasta stołecznego Budapeszt. Zażądała ich uchylecia, ponieważ przepisy węgierskie będące ich podstawą prawną były sprzeczne z art. 56 TFUE. Spółka Unibet wskazała, że wymogi sformułowane w tych przepisach prawnych spowodowały, iż jest ona w praktyce pozbawiona możliwości uzyskania statusu koncesjonariusza, który stanowi przesłankę wydania otrzymania zezwolenia na urządzenie gier losowych online. Zdaniem spółki Unibet znalazła się ona w sytuacji niemożliwości zawarcia umowy koncesji bez względu na to, która z dwóch procedur przewidzianych w przepisach krajowych zostałaby zastosowana.

Spółka Unibet podniosła, że minister gospodarki nie ogłosił przetargu w ramach postępowania o udzielenie koncesji, pozbawiając ją w ten sposób możliwości uczestniczenia w pierwszej z procedur. Odnosząc się do drugiej z procedur, spółka wskazała, że nie miała możliwości przedstawienia ministrowi oferty w celu zawarcia umowy koncesji zastrzeżonej dla „wiarygodnych” operatorów w rozumieniu przepisów węgierskich, gdyż nie spełniała kryteriów prawnych warunkujących jej kwalifikację jako „wiarygodnego” operatora gier losowych w rozumieniu przepisów krajowych.

Sąd odsyłający powziął wątpliwość, czy w świetle orzecznictwa Trybunału dotyczącego wykładni art. 56 TFUE w dziedzinie gier losowych przepisy krajowe takie jak przepisy węgierskie, które nie tworzą monopolu na rynku gier losowych i które gwarantują podmiotom działającym na tym rynku teoretyczną możliwość wejścia na węgierski rynek gier losowych, ale których stosowanie wciąż uniemożliwia podmiotom działającym na tym rynku oferowanie swoich usług, mogą być zgodne z postanowieniami tego artykułu. Sąd ten zmierzał w ten sposób również do ustalenia, czy w świetle art. 56 TFUE brak przepisów

szczegółowych dotyczących warunków technicznych wymaganych w celu uzyskania zezwolenia na urządzenie gier losowych online może uzasadniać praktyczne wykluczenie operatora gier losowych z postępowania przetargowego nawet wówczas, gdy przepisy krajowe przewidują, że udzielenie zezwolenia jest teoretycznie możliwe. Ponadto zwrócił się zapytaniem, czy taki brak szczegółowych przepisów technicznych może uzasadniać stosowanie przez właściwe organy sankcji administracyjnych wobec operatorów gier losowych, którzy w praktyce nie mogli uzyskać wymaganych zezwoleń na urządzenie gier losowych online.

Odpowiadając na pytania Sądu, TSUE na wstępie zaznaczył, że art. 56 TFUE wymaga zniesienia jakichkolwiek ograniczeń swobody świadczenia usług, nawet gdy ograniczenia te są stosowane bez różnicy zarówno w stosunku do krajowych usługodawców, jak i usługodawców z innych państw członkowskich, jeżeli są one w stanie zakazać działalności usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim, gdzie zgodnie z przepisami świadczy on takie same usługi, utrudnić ją lub uczynić ją mniej atrakcyjną²².

TSUE orzekał już w tym względzie, że przepisy krajowe, które zakazują urządzania gier losowych bez zezwolenia uprzednio wydanego przez organy administracyjne, stanowią ograniczenie swobody świadczenia usług gwarantowanej na mocy art. 56 TFUE²³.

Tym samym TSUE stwierdził, że przepisy krajowe, takie jak rozpatrywane w przedmiotowym postępowaniu, które ustanawiają system koncesji i zezwoleń na urządzenie gier losowych, stanowią ograniczenie swobody świadczenia usług w rozumieniu art. 56 TFUE. Jednak należało zbadać, czy ograniczenie to może być uzasadnione.

Bezsporne jest, że do każdego państwa członkowskiego należy dokonanie oceny, czy w kontekście założonych przez niego zgodnych z prawem celów konieczny jest całkowity lub częściowy zakaz działalności w zakresie urządzania gier losowych, czy też wyłącznie jej ograniczenie i ustanowienie w tym celu mniej lub bardziej ścisłych zasad kontroli. Przy czym konieczność i proporcjonalność przyjętych w ten sposób środków musi być oceniana wyłącznie w świetle założonych celów oraz poziomu ochrony, jaki pragną zapewnić dane władze krajowe.

System koncesji i zezwoleń na urządzenie gier losowych powinien być oparty na obiektywnych, niedyskryminujących i znanych z góry kryteriach zakreśla-

²² Podobnie w wyroku z 2009 r. *Liga Portuguesa de Futebol Profissional i Bwin International*, C-42/07, EU:C:2009:519, pkt 51 i przytoczone tam orzecznictwo.

²³ Podobnie w wyroku z 30 kwietnia 2014 r., *Pfelger i in.*, C-390/12, EU:C:2014:281, pkt 39 i przytoczone tam orzecznictwo.

jących ramy uznania władz krajowych po to, by nie korzystały one z niego w sposób arbitralny²⁴. Co więcej, organy publiczne, które udzielają koncesji, są związane przestrzeganiem obowiązku przejrzystości.

W przedmiotowej sprawie Węgry powoływały się w sposób ogólny na cele polegające na ochronie konsumentów, dotyczące zagrożeń dla porządku publicznego oraz zdrowia publicznego w celu uzasadnienia środków rozpatrywanych w postępowaniu głównym.

TSUE orzekł, że w tym przypadku powoływanie się na cel interesu ogólnego nie wystarcza, aby uzasadnić różnicę w traktowaniu zagranicznej spółki od rodzimej. Takie działanie zostało uznane za dyskryminację. Ponadto przepisy dotyczące uzyskania zezwolenia na prowadzenie gier hazardowych na Węgrzech nie były precyzyjne. Zostało to poczytane jako utrudnienie kandydatury spółek z innych państw członkowskich Unii Europejskiej.

Rozwiązania prawne dotyczące hazardu w innych krajach Unii Europejskiej

W Wielkiej Brytanii podstawowymi aktami regulującymi działalność hazardową są Gambling Act UK 2005 oraz Gambling (Licensing and Advertising) Act 2014²⁵. Ustawy te mają na celu zapobieganie uprawianiu hazardu jako źródłu przestępstw lub innych zaburzeń związanych z hazardem. Wprowadzono zasady uczciwej gry hazardowej w celu ochrony nieletnich i innych osób wymagających opieki przed wykorzystaniem przez branżę hazardową²⁶. Ustawa po raz pierwszy zalegalizowała hazard internetowy. Prawo brytyjskie w odróżnieniu do wielu innych państw europejskich zezwala firmom hazardowym na reklamowanie się w telewizji i radiu²⁷. Z tego też względu ustawodawstwo hazardowe Wielkiej Brytanii jest uznawane za liberalne.

W ustawie Gambling Act UK 2005 utworzono Komisję ds. Gier Hazardowych, która jest organem licencyjnym. Zadaniem Komisji jest sprawowanie bieżącej kontroli nad prowadzoną działalnością, a także tworzenie kodeksów postępowania. Istnieją dwa rodzaje licencji – na prowadzenie działalności oraz licencje osobiste, które muszą posiadać wszystkie osoby zatrudnione na stanowiskach kierowniczych. O licencję mogą się starać także przedsiębiorcy z innych

²⁴ Podobnie w wyroku z 4 lutego 2016 r., Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo.

²⁵ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/17/contents/enacted> (3.10.2018).

²⁶ J.H. Rende, *Gambling and the Services Directive: The Way to a More Open Gambling Policy?*, czerwiec 2010 r., <http://amo.uvt.nl/show.cgi?fid=106285> (3.10.2018).

²⁷ A. Litter, C. Fijnaut, *The Regulation of Gambling – European and National Perspectives*, Leiden 2007, s. 19.

państw. Działalność przedsiębiorców wbrew wskazaniom kodeksu postępowania może być podstawą cofnięcia licencji bądź nałożenia kary pieniężnej.

W Niemczech początkowo ustawodawstwo dotyczące rynku hazardowego pozostawało w gestii landów, jednak dostrzeżono potrzebę uchwalenia jednego aktu wobec piętrzących się wątpliwości, czy licencja udzielona przez jeden land może obowiązywać w innym landzie. Najpierw uchwalono ustawę Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland (Lotteriestraatsvertrag). Nie obowiązywała ona długo, ponieważ uznano ją za niezgodną z prawem unijnym – swobodą przedsiębiorczości i swobodą świadczenia usług. W styczniu 2008 r. weszła w życie ustawa Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland „Glücksspielstaatsvertrag”.

Podobnie jak w innych państwach cCzłonkowskich Unii Europejskiej celem ustawy jest zapobieganie uzależnieniom od hazardu i wykorzystywaniu gier i zakładów do popełniania przestępstw, jak również ochrona konsumentów i nieletnich. Jedną z najważniejszych regulacji jest zakaz reklamowania usług hazardowych za pomocą internetu, telewizji i innych środków komunikacji. Co istotne, w ogóle nie można oferować usług hazardowych w internecie. Rozwiązanie to było poddane pod rozwałę dotyczącą zgodności z zasadą swobody przedsiębiorczości zarówno przez Komisję Europejską, jak i przez sądy krajowe.

Urządzanie gier i zakładów wzajemnych objęte jest monopolem landów. Monopol państwowy stanowi zagrożenie wolności chronionych prawem unijnym, jednak ograniczenia te mogą być uzasadnione ochroną nadrzędnych interesów społecznych²⁸.

Z orzecznictwa sądów krajowych wynika, że środki prawne zastosowane w Niemczech są proporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu, czyli ochrony nadrzędnych interesów społecznych. Pomimo tego przepisy obowiązujące w Niemczech są powszechnie oceniane jako surowe.

Podobnie restrykcyjne regulacje dotyczące hazardu zawiera ustawodawstwo francuskie. We Francji do prowadzenia działalności hazardowej wymagana jest specjalne zezwolenie. Monopol państwowy dotyczy prowadzenia kasyn naziemnych, a także w internecie. Aby prowadzić kasyno, należy uzyskać koncesję.

Francja należy do państw, które ograniczają możliwość prowadzenia gier hazardowych przez internet, jednak na skutek postępowania prowadzonego przez Komisję Europejską i pod naciskiem lobby bukmacherskiego w czerwcu 2010 r. weszła w życie ustawa z 12 maja 2010 r. nr 2010–476 relative à l’ouverture à la régulation du secteur des jeux d’argent et de hasard en ligne²⁹, która otworzyła we Francji rynek zakładów wzajemnych. Rynek otworzono jedynie na internetowe zakłady wzajemne, internetowe zakłady sportowe i gry zarządzane online.

²⁸ M.M. Lewandowicz, *E-hazard...*, s. 97–99.

²⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022204510&dateTexte=20170728> (4.10.2018).

Na mocy ustawy hazardowej utworzono organ regulacyjny zwany ARJEL, który jest organem licencyjnym i odpowiada za prawidłowe wykonywanie przepisów ustawowych. Nadzoruje rynek internetowy gier i zakładów wzajemnych.

Przedsiębiorcy chcący prowadzić działalność hazardową we Francji muszą spełnić wiele warunków mających zapewnić konsumentom bezpieczeństwo. Istnieje obowiązek zaznajamiania konsumentów z zagrożeniami wynikającymi z uprawiania hazardu, w szczególności z ryzykiem uzależnienia. Podmiot prowadzący działalność w sektorze gier i zakładów jest poddawany gruntownej analizie. Bada się strukturę organizacyjną i własnościową przedsiębiorstwa. Ma to zapewnić ochronę porządku publicznego. Rynek jest objęty kontrolą i wprowadzono procedury mające przeciwdziałać praniu pieniędzy oraz prowadzeniu za pomocą hazardu działalności przestępczej.

Regulacje hazardowe obowiązujące we Francji zostały przez rząd nieco złagodzone, ponieważ uznano, że umożliwienie społeczeństwu udziału w ściśle kontrolowanej grze bardziej się przyczyni do utrzymania porządku publicznego niż utrzymywanie zakazów prowadzących do rozwoju „szarej strefy” w hazardzie, co zdaje się być uzasadnione³⁰.

Analizując rozwiązania prawne w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, należy stwierdzić, że każde państwo posiada własny pomysł na politykę działalności hazardowej. Niemniej dostrzegalne są pewne tendencje wspólne wszystkim krajom – potrzeba ograniczania i kontrolowania tej branży z uwagi na ochronę konsumenta i porządku publicznego.

Podsumowanie

Obecnie obowiązująca w Rzeczypospolitej Polskiej znowelizowana ustawa o grach hazardowych wskazuje wprost na monopol państwa w działalności hazardowej, także w internecie. Jest to ograniczenie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Niemniej polski ustawodawca uznał, że ograniczenia te można uznać za dopuszczalne w świetle unijnego prawa, bo służą realizacji uzasadnionego interesu publicznego. Ponadto nie stanowią żadnej dyskryminacji i pozostają zgodne z prawem wspólnotowym.

Uszczegóławiając pojęcie uzasadnionego interesu publicznego, wskazać należy, że głównym zagrożeniem są patologie społeczne, jakie niesie ze sobą hazard. Uzależnienie od hazardu jest o tyle groźne, że może doprowadzić do roztrwonienia całego majątku osoby uzależnionej, a tym samym zagraża jej rodzinie³¹. W związku z tym godzi w podstawową wartość, jaką jest dobro rodziny.

³⁰ M.M. Lewandowicz, *E-hazard...*, s. 104–106.

³¹ L.V. Williams, D.S. Siegel, *The Economics of Gambling*, Oxford 2013, s. 453.

Zatem zasadne jest ograniczanie przez państwo działalności hazardowej. Ponadto jednym z celów wprowadzonych zmian było ograniczenie szarej strefy, która również za pomocą internetu rozwijała się w bardzo szybkim tempie³².

Nie wiadomo jednak, czy Trybunał uznałby takie uzasadnienie ograniczenia swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług jako proporcjonalne do osiągnięcia zamierzonych celów, które postawił sobie polski ustawodawca. Kwestię proporcjonalności krajowego ustawodawstwa dotyczącego hazardu do norm wspólnotowych TSUE rozważa odrębnie wobec każdego z państw członkowskich.

Zgodnie z ww. ustawą o koncesję lub zezwolenie mogą się ubiegać wyłącznie podmioty, które udokumentują legalność źródeł pochodzenia kapitału, niezaleganie z zapłatą podatków stanowiących dochód budżetu państwa oraz z zapłatą należności celnych, a także niezaleganie z zapłatą składek na ubezpieczenia społeczne oraz na ubezpieczenie zdrowotne. W przypadku zamiaru organizowania niektórych gier lub zakładów wzajemnych istnieją również dodatkowe warunki ubiegania się o koncesję lub zezwolenie, jak zgodność z właściwymi przepisami regulującymi przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu i dotyczącymi prowadzenia rachunkowości. Wszystkie te wymogi są uszczegółowione zarówno w samej ustawie o grach hazardowych, jak i w innych ustawach, do których odsyłają stosowne przepisy.

Ponadto jeżeli liczba zezwoleń lub koncesji, które zamierza wydać dany organ, podlega ograniczeniu, organizowany jest przetarg. Szczegółowe warunki przetargu określone są każdorazowo w drodze rozporządzenia.

Zaznaczenia wymaga, że ustawodawca każdorazowo przewiduje regulacje, które stosuje się odpowiednio do podmiotów, które nie mają miejsca zamieszkania lub siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zbędne jest przytaczanie całości przepisów z uwagi na fakt, że są obszerne. Tytułem przykładu można wskazać na art. 57b ustawy o grach hazardowych, w którym wskazano, iż w przypadku, gdy wymagane jest przedłożenie zaświadczeń dokumentujących spełnienie warunków określonych w art. 34 ust. 1, podmioty, które nie mają siedziby lub miejsca zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przedkładają też wystawione przez właściwe władze państwa ich siedziby lub miejsca zamieszkania aktualne dokumenty stanowiące odpowiedniki dokumentów wymienionych w przedmiotowej ustawie.

Mając na uwadze powyższe, uznać należy, że przepisy krajowe obowiązujące aktualnie w Rzeczypospolitej Polskiej są jasne, czytelne i nie wydają się być dyskryminujące.

Jedynie jeden wymóg, którego spełnienia żąda ustawodawca, wydaje się być niedookreślony, a mianowicie wymóg udokumentowania legalności źródeł pochodzenia kapitału. Ustawodawca wskazuje tylko na dokumenty, które

³² Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw, druk nr 795, 1 sierpnia 2016 r.

„w szczególności” potwierdzają legalność źródeł pochodzenia kapitału. W przypadku akcjonariusza (wspólnika) będącego osobą fizyczną, reprezentującego co najmniej 10% kapitału zakładowego spółki, jest to zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego o pokryciu udziałów lub akcji z ujawnionych źródeł przychodów. Natomiast w przypadku akcjonariuszy (wspólników) będących osobami prawnymi jest to sprawozdanie finansowe sporządzone w sposób określony w odrębnych przepisach. Brak jest informacji na temat pozostałych dokumentów, które wskazują na legalność źródeł pochodzenia kapitału, co może rodzić wiele wątpliwości. Uzasadnione jest oczekiwanie uściślenia tego wymogu przez ustawodawcę. Nie ma to jednak żadnego znaczenia w kontekście prawa Unii Europejskiej i zasady niedyskryminacji, ponieważ dotyczy to wszystkich podmiotów ubiegających się o koncesję lub zezwolenie na urządzenie gier hazardowych – zarówno z Rzeczypospolitej Polskiej, jak i z innych państw członkowskich.

Podnieść należy, że dopiero po kilku latach obowiązywania znowelizowanej ustawy o grach hazardowych obowiązująca w tym zakresie praktyka wykaże, w jakim kierunku wykreuje się orzecznictwo będące owocem przedstawionych sądom problemów prawnych na tle obowiązywania tej ustawy.

Bibliografia

- Bik M., Kamionowski R., Obrepalski D., Ryszard K., *Gry hazardowe, Komentarz do ustawy o grach hazardowych*, Warszawa 2013.
- Doliwa-Klepcka A. [w:] *Wybór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, red. M. Zdanowicz, Białystok 2007.
- Lewandowicz M.M., *E-hazard, Studium z Komparatystyki prawniczej*, Warszawa 2013.
- Litter A., Fijnaut C., *The Regulation of Gambling – European and National Perspectives*, Leiden 2007.
- Rende J.H., *Gambling and the Services Directive: the way to a more open gambling policy?*, June 2010.
- Skrzydło-Tefelska E. [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I: Art. 1–89, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, WKP 2012, LEX.
- Skowronek G., *Prawne aspekty hazardu*, Wrocław 2012.
- Szwarc Kuczer M. [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I: Art. 1–89, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, WKP 2012, LEX.
- Taborowski M. [w:] *Skutki braku notyfikacji przepisów technicznych ustawy o grach hazardowych dla wymiaru sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Taborowski, Warszawa 2016.
- Williams L.V., Siegel D.S., *The Economics of Gambling*, Oxford 2013.

Streszczenie

W artykule podjęto tematykę zgodności znowelizowanej ustawy z 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych z prawem Unii Europejskiej. Opisano regulacje na poziomie Wspólnoty dotyczące tematyki hazardu. Pokróćce przedstawiono najważniejsze zmiany, jakie przyniosła

nowelizacja ustawy o grach hazardowych. Następnie dokonano analizy najnowszego orzecznictwa TSUE, które nawiązuje do wprowadzenia monopolu państwa w branży hazardowej w kontekście zgodności z prawem Unii Europejskiej. Z orzecznictwa wynika, że nie jest wskazane ustanowienie całkowitej swobody w branży hazardowej, bowiem hazard niesie ze sobą wiele niebezpieczeństw. Jednak każde ograniczenie musi mieć swoje uzasadnienie, środki użyte do osiągnięcia celu muszą być proporcjonalne, zaś przepisy przejrzyste i niedyskryminujące. Przedstawiono rozwiązania prawne dotyczące hazardu w innych krajach Unii Europejskiej. Efekt rozważań to ocena, czy obecnie obowiązujące w Rzeczypospolitej Polskiej regulacje dotyczące hazardu spełniają te kryteria.

Słowa kluczowe: hazard, prawo Unii Europejskiej, swoboda przedsiębiorczości, swoboda przepływu usług, monopol Państwa, koncesje i zezwolenia, zarządzanie gier

AMENDED ACT ON GAMBLING IN THE LIGHT OF EUROPEAN UNION LAW

Summary

The scope of the article is the analysis of the amended Polish Gambling Act of November 19, 2009 and its compliance with the law of the European Union. The article elaborates on the statutory framework on gambling on the EU level, as well as the most important changes in the Polish law. The author refers to the latest case law of the Court of Justice of the European Union in an attempt to analyze the link between state monopoly in the context of gambling and compliance with EU law. The article tackles the issue whether the current gambling regulations in Poland meet the criteria set out by the EU.

Keywords: gambling, European Union law, freedom of establishment, freedom to provide services, state monopoly, concessions and permits, organizing games

Mateusz Imiol**EKSPERYMENT MEDYCZNY W UJĘCIU ETYCZNYM**

Etyka lekarska swoje źródła znajduje już w starożytności. Rodowód wielu przysięg lekarskich w akademickich ośrodkach Europy wywodzi się od najstarszej znanej przysięgi zwanej hipokratesową¹. 20 września 2003 r. Nadzwyczajny VII Krajowy Zjazd Lekarzy uchwalił zmiany w Kodeksie Etyki Lekarskiej, przyjmując w nich tekst przysięgi lekarskiej². Tekst przyrzeczenia oparty jest przede wszystkim na tekstach przysięgi Hipokratesa³ i Deklaracji genewskiej⁴. Nawiązuje więc zarówno do przysięg składanych przez absolwentów w V w. p.n.e., jak i przez absolwentów uczelni medycznych, takich jak np. Akademia Krakowska, w XV w. n.e., aż po absolwentów, którzy zaczęli swój zawód po

¹ A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 188.

² Treść przysięgi przyjęta na Nadzwyczajnym VII Krajowym Zjeździe Lekarzy 20 września 2003 r.:

„Przyjmuję z szacunkiem i wdzięcznością dla moich Mistrzów nadany mi tytuł lekarza i w pełni świadomy związanych z nim obowiązków przyrzekam:

- obowiązki te sumiennie spełniać,
- służyć życiu i zdrowiu ludzkiemu od chwili poczęcia,
- według najlepszej wiedzy przeciwdziałać cierpieniu i zapobiegać chorobom, a chorym nieść pomoc bez żadnych różnic, takich jak: rasa, religia, narodowość, poglądy polityczne, stan majątkowy i inne, mając na celu wyłącznie ich dobro i okazując należyne im szacunek, nie nadużywać ich zaufania i dochować tajemnicy lekarskiej nawet po śmierci chorego,
- strzec godności stanu lekarskiego i niczym jej nie splamić, a do kolegów lekarzy odnosić się z należną im życzliwością, nie podważając zaufania do nich, jednak postępując bezstronnie i mając na względzie dobro powierzonych mi chorych,
- stale poszerzać swą wiedzę lekarską i podawać do wiadomości świata lekarskiego wszystko to, co uda mi się wynaleźć i udoskonalić”.

³ Przysięga Hipokratesa, napisana w starożytności, doczekała się kilku tłumaczeń na język polski. Przywołane tłumaczenie: Hipokrates, *Wybór pism*, tłum. M. Wesoły, Warszawa 2008, s. 54–55.

⁴ World Medical Association, *Handbook of Declarations*. Published by the World Medical Association. Inc. 1985. Printed in England by Inkon Printers Limited. Farnborough, Hampshire, s. 3 (tłum. dr med. J. Jaroszewski). Przedruk: „Gazeta Lekarska” 1990, lipiec, s. 3.

1948 r.⁵ Najistotniejsze elementy wskazanych norm o charakterze deontologicznym to zobowiązanie lekarza do poświęcenia swojego życia w służbie ludzkości, praktykowania medycyny z poszanowaniem świadomości i godności człowieka oraz traktowanie zdrowia pacjenta jako podstawowego prawa, które zawsze należy mieć na względzie⁶.

Gdy w 1796 r. E. Jannier przeprowadzał doświadczenia z pierwszą szczepionką przeciwko ospie⁷, prawdopodobnie nie myślał o prawach pacjentów w dzisiejszym tego słowa znaczeniu. Nie było komisji etycznej czy kodeksu postępowania, które czuwałyby nad etyką badań nad ospą. Jednak postęp medycyny oraz wzrost świadomości i rozwój wartości społecznych zaczęły wyznaczać nie tylko możliwości terapeutyczne osiągnięte w etycznie kontrowersyjny sposób, ale – coraz bardziej w naszych czasach – zasady etyczne i przepisy prawne towarzyszące nowym odkryciom⁸. Podstawowa różnica pomiędzy wyznaczaniem etycznych i prawnych granic eksperymentowania na ludziach polega na tym, że prawo takie granice wyznaczyć musi, zaś na polu etyki żywe są spory, gdzie takie granice wytyczyć⁹.

Rozwój medycyny w dziedzinie nowych technologii medycznych niewątpliwie stanowi istotne wyzwanie dla prawodawcy. Ryzyko i nieprzewidywalność eksperymentów medycznych z udziałem człowieka oraz bolesne doświadczenia II wojny światowej niejako wymusiły stworzenie norm prawnych, które mają gwarantować bezpieczeństwo i autonomię osób poddanych doświadczeniom lekarskim. Tak określone standardy prawne muszą spełniać zdecydowanie wyższe wymagania niż te, które dedykowane są dla tradycyjnych zabiegów medycznych¹⁰.

Międzynarodowe źródła eksperymentu medycznego

Kodeks Norymberski

Obecnie za sformalizowane uniwersalne kodeksy etyczne będące podstawą do tworzenia regulacji krajowych uważa się: Kodeks Norymberski (The Nurem-

⁵ M. Hamankiewicz, *Przyrzeczenie lekarskie jako Preambula do Kodeksu etyki lekarskiej*, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8, s. 25.

⁶ Często powtarzane zdanie: The health of my patient will be my first consideration, będące parafrazą łacińskiej sentencji: *Salus aegoti suprema lex* (Dobro chorego najwyższym prawem). Zob. A. WnukiewiczKozłowska, *Eksperyment medyczny...*, s. 192.

⁷ M. Friedman, G. Friedland, *Dziesięć największych odkryć w medycynie*, Warszawa 2000, s. 99.

⁸ J. Brusilo, *Badania kliniczne (eksperymenty medyczne) w kontekście wartości personalistycznych* [w:] *Nauka – etyka – wiara 2007 NEW '07. Konferencja Chrześcijańskiego Forum Pracowników Nauki. Rogów 18–21 października 2007*, red. A. Kryszczuk, Warszawa 2007, s. 34–53.

⁹ B. Brożek, M. Soniewicka, J. Stelmach, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 218.

¹⁰ M. Puk, *Eksperyment medyczny w świetle Kodeksu etyki lekarskiej. Zagadnienia problemowe*, „Medyczna Wokanda” 2015, nr 7, s. 93.

berg Code)¹¹ oraz Deklarację helsińską (Ethical Principles For Medical Research Involving Human Subjects)¹². Szczególnie istotną regulacją w kontekście dalszych rozważań nad etycznym ujęciem eksperymentu medycznego jest dziesięć postanowień wskazanego Kodeksu Norymberskiego, którego powstanie było odpowiedzią na eksperymenty medyczne prowadzone w nazistowskich Niemczech przez lekarzy w obozach koncentracyjnych. Określał on dziesięć zasad przeprowadzania badań medycznych i ponownie zabraniał wykonywania badań na osobach pozbawionych zdolności do wyrażania prawnej zgody na udział w tych badaniach, w tym także na dzieciach¹³. Pomimo że norymberskie zasady etyczne były ówczesnie jednymi z najbardziej zaawansowanych na świecie, to nie doprowadziły jednak do zapobiegnięcia przeprowadzaniu nieetycznych badań.

Deklaracja helsińska

Mimo swej trafności Kodeks ten okazał się dziełem niewystarczającym, dlatego też Światowe Stowarzyszenie Lekarzy (World Medical Association) rozszerzyło te zasady w tzw. Deklaracji helsińskiej z 1964 r. Deklaracja ta, wielokrotnie później uzupełniana¹⁴, stanowi najlepszą wykładnię etyczną zasad postępowania lekarzy w trakcie biomedycznych badań naukowych prowadzonych na ludziach¹⁵ i uważa się ją za podstawę większości współczesnych wytycznych do prowadzenia tego typu badań. W pkt 3 dokument ten statuuje fundamentalną zasadę, zgodnie z którą Deklaracja genewska WMA zobowiązuje lekarza do

¹¹ „British Medical Journal” 1996, no. 7070, vol. 313, s. 1448, <http://www.cirp.org/library/ethics/nuremberg/> (8.01.2017).

¹² Po przyjęciu Kodeksu Norymberskiego World Medical Association podjęło kroki celem stworzenia zbioru zasad medycznych dla lekarzy. W 1954 r. po wieloletnich pracach WMA przyjęło Zbiór Zasad dla Prowadzących Badania lub Eksperymenty. Dokument ten poprawiano na przestrzeni kolejnych 10 lat i ostatecznie uchwalono w 1964 r. jako Deklarację helsińską (DH). WMA Declaration of Helsinki – Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects/> (8.01.2018).

¹³ W. Galewicz, *Etyczne aspekty badań z udziałem ludzi*, Antologia Bioetyki, t. III, Kraków 2011, s. 11.

¹⁴ Deklaracja helsińska była zmieniana przez: 29. Zgromadzenie Ogólne WMA w Tokio w październiku 1975 r., następnie 35. Zgromadzenie Ogólne WMA w Wenecji w październiku 1983 r., 41. Zgromadzenie Ogólne WMA w Hongkongu we wrześniu 1989 r., 48. Zgromadzenie Ogólne WMA w Somerset West w październiku 1996 r., 52. Zgromadzenie Ogólne WMA w Edynburgu w październiku 2000 r., 53. Zgromadzenie Ogólne WMA w Waszyngtonie w październiku 2002 r. (dodana Nota Wyjaśniająca do § 29), 55. Zgromadzenie Ogólne WMA w Tokio w październiku 2004 r. (dodana Nota Wyjaśniająca do § 30), 59. Zgromadzenie Ogólne WMA w Seulu w październiku 2008 r. Ostatnia zmiana została dokonana przez 64. Zgromadzenie Ogólne WMA w Fortaleza w październiku 2013 r.

¹⁵ S. Raszeja, *Ocena eksperymentu medycznego*, „Gazeta Lekarska” 1999, nr 2, s. 12.

przestrzegania zasady „Zdrowie mojego pacjenta będzie moją główną troską” (The health of my patient will be my first consideration), a Międzynarodowy Kodeks Etyki Lekarskiej wskazuje, że „lekarz, udzielając pacjentowi pomocy medycznej, winien działać w jego najlepszym interesie” (A physician shall act in the patient’s best interest when providing medical care). Ponadto Deklaracja zawiera bardziej złożoną zasadę dotyczącą wyrażania zgody na prowadzenie badań na ludziach. Dopuszcza ona wyrażanie zgody na te badania przez opiekunów prawnych, a tym samym umożliwia prowadzenie badań z udziałem dzieci¹⁶. Deklaracja helsińska stanowi zwięzłe streszczenie etyki badań naukowych. W ostatnich latach opracowano inne, dużo bardziej szczegółowe dokumenty dotyczące etyki badań naukowych – o charakterze ogólnym¹⁷ (np. Rada ds. Międzynarodowych Organizacji Naukowo-Medycznych – Międzynarodowe Wskazówki Etyczne w zakresie Badań Biomedycznych z Udziałem Ludzi¹⁸ w 1993 r., zmienione w 2003 r.¹⁹) oraz na temat zagadnień szczegółowych (np. Rada Bioetyczna w Nuffield – Etyka Badań Naukowych Związanych z Ochroną Zdrowia w Krajach Rozwijających Się w 2002 r.²⁰).

Dobra Praktyka Kliniczna

Omawiając międzynarodowe normy o charakterze deontologicznym, należy również wspomnieć o ICH²¹ GCP, która jest międzynarodowym standardem dotyczącym zasad prawidłowego prowadzenia badań klinicznych, tzw. Dobrej Praktyki Klinicznej (*Good Clinical Practice*). Pierwotna wersja GCP została przyjęta przez kraje członkowskie Wspólnoty Europejskiej (Unię Europejską),

¹⁶ Rozdział dotyczący świadomej zgody (*Informed Consent*) w pkt 25–32 statuuje zasady dotyczące wyrażania świadomej i dobrowolnej zgody na badanie medyczne (*medical research*).

¹⁷ Zob. Z.A. Bhutta, *Ethics in International Health Research: A Perspective from the Developing World*, „Bulletin of the World Health Organization” 2002, no. 80, s. 114–120.

¹⁸ Porównanie regulacji CIOMS i Deklaracji helsińskiej zob. T. Lemmens, D. Sprumont, H. Nys, J. Singh, K.C. Glass, *CIOMS’ Placebo Rule and the Promotion of Negligent Medical Practice*, „European Journal of Health Law” 2004, no. 11, s. 153–174.

¹⁹ Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Geneva 2002, <https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/01/WEB-CIOMS-EthicalGuidelines.pdf> (8.01.2017).

²⁰ Nuffield Council on Bioethics, *The Ethics of Research Related to Healthcare in Developing Countries*, Nuffield 2002, http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/07/HRRDC_Follow-up_Discussion_Paper.pdf (8.01.2018).

²¹ ICH – The International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use (Międzynarodowa Rada Harmonizacji Wymagań Technicznych dla Rejestracji Produktów Leczniczych Stosowanych u Ludzi), https://www.ich.org/fileadmin/Public_Web_Site/ICH_Products/Guidelines/Efficacy/E6/E6_R1_Guideline.pdf (8.01.2017).

Japonię i Stany Zjednoczone Ameryki Północnej 17 stycznia 1997r.²² Z uwagi jednak na szereg innowacji w dziedzinie badań klinicznych oczekiwano aktualizacji Zasad Dobrej Praktyki Klinicznej, której ostatecznie dokonano 9 listopada 2016 r. Przyjęta obecnie wersja ICH GCP weszła w życie 14 czerwca 2017 r.²³ ICH GCP to nic innego jak obowiązujący standard etyczny i naukowy, którego celem jest zagwarantowanie ochrony praw i zachowania bezpieczeństwa uczestników badania klinicznego oraz uzyskania wiarygodnych wyników eksperymentu. Zasady GCP określają sposób planowania i prowadzenia badania klinicznego, reguły monitorowania przebiegu badania, sposób przeprowadzenia analizy uzyskanych danych i prezentacji wyników. Nadrzędnym celem GCP osiąganym dzięki wyraźnemu określeniu sposobu prowadzenia i monitorowania każdego z elementów badania klinicznego jest bezpieczeństwo pacjentów postrzegane jako bezpieczeństwo indywidualne uczestników badania oraz potencjalnych, przyszłych beneficjentów ocenianej metody diagnostycznej lub leczniczej.

Europejskie regulacje dotyczące problematyki eksperymentu medycznego

Problematyka eksperymentu medycznego była również wielokrotnie poruszana przez europejskiego prawodawcę. Jednym z pierwszych dokumentów regulujących wskazaną tematykę była rekomendacja R(90)3 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie badań medycznych na istotach ludzkich przyjęta w 6 lutego 1990 r. na 443. sesji Delegatów Ministrów²⁴. Ma ona charakter zalecenia i zawiera niewiążące wskazówki dotyczące prawodawstwa lub stosowania prawa w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Zakres użytego w niej pojęcia eksperymentu medycznego został co prawda ograniczony jedynie dla jej celów, jednak jest on bardzo szeroki. Wskazany dokument stanowi, że „w celu stosowania niniejszych zasad badania medyczne oznaczają wszelkie leczenie i eksperymentowanie dokonywane na istotach ludzkich, którego celem bądź jednym z celów jest wzrost wiedzy medycznej”. Tak ujęty eksperyment medyczny obejmuje wszelkie badania z udziałem człowieka oraz proces leczenia pacjenta, jeżeli celem tych postępowań ma być wzrost wiedzy medycznej. W ten sposób rekomendacja implikuje dwa rodzaje eksperymentu medycznego – badawczy i terapeutyczny²⁵.

²² W Polsce dokument ten wprowadzono rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie Dobrej Praktyki Klinicznej wydanym 9 maja 2012 r. (Dz.U. z 2012 r., poz. 489).

²³ Zasady Prawidłowego Prowadzenia Badań Klinicznych (Good Clinical Practice) to jeden z dwóch (obok Deklaracji helsińskiej) zbiorów międzynarodowych wytycznych, na który powołuje się Kodeks Etyki Lekarskiej (w art. 41a rozdziału II: Badania naukowe i eksperymenty biomedyczne).

²⁴ Tekst Rekomendacji: [https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearch Services/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c07db](https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804c07db) (5.10.2018).

²⁵ A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny...*, s. 30–31.

Nieustający postęp naukowy doprowadził do powstania nowego rodzaju produktów leczniczych tworzonych w oparciu o terapię genową (*Gene Therapy Medicinal Products*), somatyczną terapię komórkową (*Cell Therapy Medicinal Products*)²⁶ lub inżynierię tkankową (*Tissue Engineered Products*)²⁷. Stanowią one produkty lecznicze terapii zaawansowanej – ATMP (*Advanced Therapy Medicinal Products*). Leczenie eksperymentalne wspierane stosowaniem wskazanych produktów leczniczych zmusiło europejskiego prawodawcę do wzmoczenia działalności prawodawczej regulującej tę tematykę. Efektem powyższego było przyjęcie rozporządzenia (WE) nr 1394/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 listopada 2007 r. w sprawie produktów leczniczych terapii zaawansowanej i zmieniające dyrektywę 2001/83/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 726/2004²⁸. Zgodnie ze Sprawozdaniem Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady²⁹ celem rozporządzenia ATMP było zapewnienie wysokiego stopnia ochrony zdrowia ludzkiego oraz swobodnego przepływu ATMP w Unii Europejskiej. Podstawą przedmiotowego rozporządzenia jest wymóg uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu przed wprowadzeniem do obrotu ATMP. Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu można z kolei uzyskać wyłącznie wtedy, gdy w drodze naukowej oceny jakości, skuteczności i profilu bezpieczeństwa zostanie wykazane, że korzyści przewyższają ryzyko. Wniosek o dopuszczenie do obrotu należy przedłożyć Europejskiej Agencji Leków, a ostateczną decyzję podejmuje Komisja.

Etyczna strona eksperymentu medycznego na przykładzie Stanów Zjednoczonych

W Stanach Zjednoczonych pierwszy kodeks etyki badań naukowych (Kodeks Norymberski) był przez pewien czas prawie nieznaną, a jeżeli znany, to traktowany jako irrelevantny. Sądzono, że zawarte w nich zabezpieczenia były

²⁶ Produkty lecznicze terapii genowej oraz somatycznej terapii komórkowej definiuje szczegółowo dyrektywa 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 6 listopada 2001 r. w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0083> (4.10.2018).

²⁷ Zob. A.K. Bock, E. Rodriguez-Cerezo, *Human Tissue-engineered Products: Potential Socio-economic Impacts of a New European Regulatory Framework for Authorisation, Supervision and Vigilance*, Technical Report EUR 21838 EN, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/advtherapies/docs/adopted_amendments_20070130_en.pdf (4.10.2018).

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32007R1394> (5.10.2018).

²⁹ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady z 28 marca 2014 r. zgodnie z art. 25 rozporządzenia (WE) nr 1394/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie produktów leczniczych terapii zaawansowanej i zmieniającego dyrektywę 2001/83/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 726/2004, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A52014DC0188> (4.06.2018).

potrzebne jako odpowiedź na zbrodnie totalitarnego reżimu faszystowskich Niemiec, ale w zastosowaniu do eksperymentów prowadzonych w krajach demokratycznych są zbędne³⁰. Jednak w latach 50. i 60. XX w. w wielu badaniach na terenie Stanów Zjednoczonych udokumentowano udział dzieci, które były poddawane działaniu promieniowania jonizującego i radioaktywnych izotopów. W latach 1943–1973 badacze z Massachusetts Institute of Technology i Harvard University przeprowadzali badania na upośledzonych umysłowo dzieciach żyjących w państwowych placówkach opiekuńczych. Dzieciom podawano radioaktywny jod (131 I), radioaktywny wapń i żelazo³¹. Badanie było przeprowadzone bez wiedzy i zgody rodziców³². Nie był to jedyny przypadek kontrowersyjnych etycznie eksperymentów na ludziach na terytorium Stanów Zjednoczonych. Wystarczy wspomnieć, że w latach 1956–1971 prowadzono doświadczenia na intelektualnie upośledzonych podopiecznych szkoły stanowej Willowbrook w stanie Nowy Jork, podczas których kilkuset z nich świadomie zakażono wirusowym zapaleniem wątroby³³, a w badaniu z 1963 r. 22 chronicznie chorym i intelektualnie niedorozwiniętym pacjentom The Jewish Chronic Disease Hospital w Nowym Jorku wstrzyknięto żywe komórki rakowe³⁴. Jednak dopiero rozgłos badań nad syfilisem w latach 1932–1972 w Tuskegee w stanie Alabama³⁵, w wyniku

³⁰ *Ibidem*, s. 11.

³¹ The Thyroid Studies: A Follow-up Report on the Use of Radioactive Maternals in Human Subject Research that Involved Residents of State-operated Facilities within the Commonwealth of Massachusetts from 1943 through 1973. The Working Group on Human Subject Research, Boston, Mass. 1994.

³² R.D. Boss, *Etyka badań w pediatrii: opracowanie zasad i praktyka*, „Pediatria po Dyplomie” 2011, vol. 15, nr 2, s. 66.

³³ Zob. H. Beecher, *Ethics and Clinical Research*, „The New England Journal of Medicine” 1966, vol. 274, no. 24, s. 1359; S. Krugman, *The Willowbrook Hepatitis Studies Revisited: Ethical Aspects*, „Review of Infectious Diseases” 1986, vol. 8, no. 1, s. 157–162.

³⁴ Zob. J. Katz, A.M. Capron, E. Swift Glass, *The Jewish Chronic Disease Hospital Case* [w:] *Ethical and Regulatory Aspects of Clinical Research. Readings and Commentary*, red. E.J. Emanuel, Baltimore–London 2003, s. 11–15.

³⁵ Celem eksperymentów wspieranych przez Publiczną Służbę Zdrowia Stanów Zjednoczonych (United States Public Health Service) miało być prześledzenie rozwoju kiły nieleczzonej, a także ustalenie domniemanych różnic w przebiegu tej choroby u czarnoskórych i białych. Udział w badaniach brało 600 czarnoskórych mężczyzn, ubogich farmerów, w tym 399 chorych na kiłę i 201 niezarażonych, którzy tworzyli grupę kontrolną. Osoby uczestniczące w eksperymentach zwerbowano, oferując im bezpłatne oględziny lekarskie, darmowe posiłki, a także ubezpieczenie na wypadek śmierci (50 \$ dla rodziny). Chorzy uczestnicy badań nie zdawali sobie sprawy z przyczyny swoich objawów (byli przekonani, że leczy się ich na „złą krew”), nie otrzymywali także żadnych leków. Eksperyment w Tuskegee miał początkowo trwać 6–9 miesięcy, przeciągnął się jednak na 40 lat. Kolejni badacze nie widzieli powodu, aby go zaprzestać, nawet po tym, gdy około 1946 r. stało się już jasne, że skutecznym lekiem na syfilis jest penicylina. Co więcej, jeden z nich miał wówczas powiedzieć, że po tym odkryciu „taka okazja” (do obserwowania postępów

których śmierć poniosło blisko 100 uczestników, doprowadził do podjęcia kroków w kierunku stworzenia regulacji etycznych i prawnych, które miały w przyszłości zapobiec podobnym przypadkom. W efekcie w 1979 r. Narodowa Komisja do spraw Ochrony Uczestników Badań Biomedycznych i Behawioralnych powołana przez Kongres Stanów Zjednoczonych w celu określenia podstawowych pryncypiów etycznych, które powinny być przestrzegane w badaniach biomedycznych i behawioralnych, opublikowała tzw. Raport z Belmont³⁶, który szybko uznany został przez społeczność międzynarodową za jeden z kamieni milowych współczesnej etyki badawczej³⁷. Dokument ten stwierdza, że każde badanie biomedyczne z udziałem ludzi musi być zaprojektowane i prowadzone zgodnie z trzema fundamentalnymi zasadami: zasadą szacunku dla osoby, zasadą dobroczynienia oraz zasadą sprawiedliwości (*Respect for Persons, Beneficence, Justice*). Raport ten podkreśla ponadto, że podstawową powinnością badaczy wobec uczestników niezdolnych do świadomego decydowania o sobie, mającą umocowanie w każdej z tych zasadach, jest obowiązek zapewnienia im szczególnej ochrony przed krzywdzącym, instrumentalnym i niesprawiedliwym traktowaniem³⁸.

Normy deontologiczne dotyczące eksperymentu medycznego w Polsce

W Polsce za pierwszy kodeks deontologiczny uchodzi „Zbiór zasad deontologii lekarskiej” przyjęty na Walnym Zebraniu Naczelnej Izby Lekarskiej 16 czerwca 1935 r.³⁹ Zbiór ten ogłoszony powtórnie po II wojnie światowej, w 1947 r., obowiązywał do 1950 r., czyli do rozwiązania przez władze komunistyczne izb lekarskich. Z oczywistych względów Zbiór ten nie regulował tematyki leczenia eksperymentalnego. Od momentu likwidacji izb lekarskich do 1967 r. w Polsce przez 17 lat nie funkcjonował formalnie żaden kodeks deontologiczny,

kiły nieleczonej) już się nie powtórzy. Kres obserwacjom położył dopiero przeciek do prasy (demaskatorskie artykuły na pierwszych stronach gazet „Washington Star Magazine” oraz „New York Times”). Zob. A.M. Brandt, *Racism and Research: The Case Of the Tuskegee Syphilis Study*, „The Hastings Center Report” no. 8(6), s. 21–29.

³⁶ The National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, *The Belmont Report, Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*, Washington, DC 1979, <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html> (8.01.2018).

³⁷ J. Różyńska, *Standard minimalnego ryzyka*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 2, s. 5–6.

³⁸ Zob. Raport belmoncki: *Etyczne zasady i wytyczne dotyczące badań z udziałem ludzi*, Narodowa Komisja Ochrony Osób Uczestniczących w Badaniach Biomedycznych i Behawioralnych (USA), http://bioethics.uniongraduatecollege.edu/nih-grants/curriculum/pdf/Belmont_Report-Polish.pdf (8.01.2017).

³⁹ Zbiór zasad deontologii lekarskiej z 1935 r., http://www.medycyna.org.pl/moodle/file.php/1/zasoby_serwisu/prawo/Zbior_zasad.pdf (8.01.2018).

zaden zbiór profesjonalnych norm powinności zawodowej⁴⁰. Dopiero w 1984 r. delegaci Polskiego Towarzystwa Lekarskiego uchwalili Zbiór zasad etyczno-deontologicznych polskiego lekarza⁴¹. Co istotne z punktu widzenia leczenia eksperymentalnego, dokument ten zawierał rozdział III zatytułowany „Lekarz wobec nauk medycznych”, wprowadzający zasady postępowania lekarza w przypadku stosowania nowych metod leczenia⁴². Wprowadzenie powyższych norm deontologicznych stanowiło próbę odnalezienia równowagi pomiędzy ochroną praw człowieka a badaniami medycznymi o charakterze eksperymentalnym, tak aby z jednej strony umożliwić nauce rozwój, z drugiej zaś zapewnić każdej jednostce możliwość korzystania z dobrodziejstw nowych odkryć przy poszanowaniu godności.

17 maja 1989 r. weszła w życie ustawa o izbach lekarskich⁴³. Lekarze w Polsce odzyskali swój samorząd, czyli właściwie umocowanie izb lekarskich. Po przedłożeniu przez komisję powołaną do opracowania kodeksu etyki lekarskiej stosownego projektu oraz po burzliwych dyskusjach na Nadzwyczajnym II Krajowym Zjeździe Izb Lekarskich 13–14 grudnia 1991 r. został przyjęty Kodeks Etyki Lekarskiej (dalej: KEL)⁴⁴. Znowelizowano go następnie podczas Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Izb Lekarskich 12–14 grudnia 1993 r. oraz ostatnio 20 września 2003 r. na Nadzwyczajnym VII Krajowym Zjeździe Lekarzy⁴⁵. Podstawowym zadaniem KEL było ustanowienie norm obowiązujących wszystkich lekarzy w zakresie etyki i deontologii lekarskiej. Zawarte w nim postanowienia są wytyczną do oceny zachowania lekarza, a co za tym idzie – stają się podstawą do oceny, czy przestrzegane są ustawowo zagwarantowane prawa pacjenta.

⁴⁰ Zob. A. Tulczyński, *Historia i ewolucja kodeksów etycznych* [w:] *Etyka i deontologia lekarska*, red. T. Kielanowski, Warszawa 1985, s. 195.

⁴¹ http://www.medycyna.org.pl/moodle/file.php/1/zasoby_serwisu/prawo/Zbior_zasad.pdf (8.01.2018).

⁴² Zasada 29. stanowiła, że „lekarz może i powinien podejmować i wprowadzać nowe metody rozpoznawcze, lecznicze lub zapobiegawcze, opracowane i sprawdzane przez upoważnione do tego ośrodki naukowo-badawcze”. Z kolei zasada 30. była bezpośrednim nawiązaniem do podziału na eksperyment leczniczy i eksperyment badawczy. Zgodnie z jej treścią „zastosowanie nowej metody (rozpoznawczej, leczniczej lub zapobiegawczej) względnie nowego leku, dotąd w praktyce nie sprawdzonych lub będących w okresie prób, może mieć dwojaki charakter: a. jako próba zastosowania nowej metody albo nowego leku w celu poprawienia zdrowia lub ratowania życia chorego, b. jako próba zastosowania nowej metody lub nowego leku w celu zdobycia nowych wiadomości naukowych, niezbędnych do rozwoju wiedzy i praktyki medycznej”.

⁴³ Ustawa z 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 1989 r., nr 30, poz. 158). Akt został uchylony na mocy ustawy z 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. z 2009 r., nr 219, poz. 1708).

⁴⁴ http://www.nil.org.pl/_data/assets/pdf_file/0004/99454/KODEKS-ETYKI-LEKARSKIEJ.pdf (8.01.2018).

⁴⁵ T. Biesaga, *Kodeks Etyki Lekarskiej*, „Medycyna Praktyczna” 2006, nr 9, s. 22.

Po wejściu w życie KEL powstał spór dotyczący mocy prawnej i stosowania omawianego dokumentu w orzecznictwie sądów powszechnych. Został on ostatecznie rozstrzygnięty przez Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 7 października 1992 r.⁴⁶, w którym wskazano, że KEL nie jest źródłem prawa w rozumieniu Konstytucji, ale ponieważ został uchwalony przez Krajowy Zjazd Lekarzy na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 2 i art. 33 pkt 1 ustawy z 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich, które upoważniają samorząd lekarzy do ustanowienia dla wszystkich lekarzy zasad etyki i deontologii, to stanowią one podstawę do orzekania o odpowiedzialności lekarzy przed sądami dyscyplinarnymi za postępowanie sprzeczne z zasadami etyki i deontologii lekarskiej. W związku z tym Trybunał uznał, że nie mogą one być pomijane w procesie stosowania prawa, są bowiem normami etycznymi inkorporowanymi do systemu obowiązującego prawa przez ustawę o izbach lekarskich, dookreślającymi treść norm prawnych.

Problematyka badań naukowych i eksperymentów biomedycznych została uregulowana w rozdziale II KEL, w art. 41a–51. Przepisy te wyznaczają mającą moralną postawę lekarza, a fakt ich naruszenia implikuje pociągnięcie członka izby lekarskiej do odpowiedzialności zawodowej i wymierzenie mu kary, niekiedy nawet polegającej na pozbawieniu prawa wykonywania zawodu⁴⁷.

Regulacja art. 41a KEL statuuje wymóg, aby eksperyment medyczny był zgodny z KEL oraz ogólnie przyjętymi zasadami etyki badań naukowych, czyli regułami dobrej praktyki klinicznej (GCP)⁴⁸. Eksperymenty medyczne z udziałem człowieka mogą być przeprowadzane przez lekarza, o ile służą poprawie zdrowia pacjenta biorącego udział w doświadczeniu lub wnoszą istotne dane poszerzające zakres wiedzy i umiejętności lekarskich. Przy czym lekarz przeprowadzający eksperyment leczniczy powinien być przeświadczony, że spodziewane korzyści dla pacjenta przeważają w istotny sposób nad nieuniknionym ryzykiem (art. 42 KEL)⁴⁹. W art. 42a KEL zastrzeżono jednocześnie, że lekarz, przeprowadzając eksperyment leczniczy, nie może narażać pacjenta na ryzyko w istotnym stopniu większe niż to, które grozi osobie niepoddanej temu eksperymentowi (ust. 1), zaś przeprowadzając eksperyment badawczy, może podejmować wyłącznie ryzyko minimalne (ust. 2)⁵⁰. Kolejne regulacje KEL dotyczą

⁴⁶ Postanowienie TK z 7 października 1992 r., sygn. U 1/92, OTK 1992/2/38.

⁴⁷ M. Puk, *Eksperyment medyczny...*, s. 94.

⁴⁸ R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009, s. 300.

⁴⁹ Z treści wskazanego artykułu wynika, iż zachowanie odpowiednich proporcji pomiędzy spodziewanymi korzyściami eksperymentu leczniczego dla pacjenta a ryzykiem podlega uznaniu samego lekarza-eksperymentatora („powinien być przeświadczony”). Rozstrzyga więc odczucie subiektywne lekarza, lecz oczywiście przy przyjęciu jego pełnej racjonalności obejmującej spełnienie podstawowych kryteriów obiektywnych, na które składają się takie czynniki, jak aktualna wiedza medyczna, doświadczenie i przyjęta praktyka lekarska. Zob. M. Puk, *Eksperyment medyczny...*, s. 98.

⁵⁰ Pomimo że KEL nie definiuje wprost eksperymentu medycznego, lecz wskazuje w art. 42a na jego dychotomiczny podział. W zależności od tego, czy punkt ciężkości zostanie położony na

problematyki zgody na udział w eksperymencie. Artykuły 43 i 44 KEL są wyrazem zasady, zgodnie z którą poddawany eksperymentowi człowiek z racji swej przyrodzonej godności uprawniony jest do świadomego uczestnictwa w eksperymencie. W związku z tym musi on mieć zapewnione niezbędne minimum poznania tego, na co wyraża zgodę, oraz swobodę podjęcia decyzji. Warunkiem podjęcia świadomej zgody jest wszechstronne poinformowanie uczestnika o przebiegu eksperymentu oraz ewentualnym ryzyku z nim związanym⁵¹. Wątpliwości w doktrynie budzi regulacja art. 45 KEL, która statuuje nakaz poprzedzenia eksperymentów na człowieku badaniami *in vitro* i *in vivo* na zwierzętach⁵². Wątpliwości te jednak nie wydają się w pełni uzasadnione. Na potwierdzenie tego należy wskazać na regulację zawartą we francuskim Kodeksie Deontologii Lekarskiej⁵³, głoszącą konieczność poprzedzenia zastosowania u ludzi nowych metod terapeutycznych odpowiednimi badaniami biologicznymi, uzupełniając w komentarzu, że chodzi o badania toksykologiczne, farmakologiczne, laboratoryjne oraz próby na zwierzętach⁵⁴. Dopuszczalność przeprowadzania eksperymentów na zwierzętach przewiduje również włoski Kodeks Deontologii Medycznej⁵⁵.

Podsumowanie

Nie ulega wątpliwości, że wszyscy przeprowadzający działania o charakterze eksperymentalnym na ludziach powinni się kierować zasadą, że uczestnikiem i przedmiotem ich czynności badawczych jest człowiek, który mimo

leczeniu pacjenta albo poszerzaniu wiedzy naukowej, będziemy mieli do czynienia z eksperymentem leczniczym (terapeutycznym) albo badawczym (naukowym, poznawczym).

⁵¹ Zob. A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny...*, s. 210–2011; T. Ślipko, *Granice życia. Dylematy współczesnej bioetyki*, Warszawa 1998, s. 228.

⁵² Wątpliwości w zakresie wskazanej regulacji dotyczą przede wszystkim niejako narzucenia lekarzom w KEL konieczności poprzedzenia badań na człowieku badaniami na zwierzętach. Wskazuje się, że taka konieczność winna wynikać z konkretnego przypadku, nie zaś być ogólnie określona w KEL. Zob. M. Puk, *Eksperyment medyczny...*, s. 100. M. Sośniak wskazuje wręcz, że eksperymenty na zwierzętach pełnią funkcje swoistego alibi wobec później podjętych działań na ludziach. Jego zdaniem eksperymenty na ludziach nie mogą zostać zastąpione eksperymentami na zwierzętach. Zob. szerzej: M. Sośniak, *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych na ludziach*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 5, s. 39.

⁵³ Francuski Kodeks Deontologii Lekarskiej – Décret no 95–1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000555170&categorieLien=id> (8.01.2018).

⁵⁴ T.M. Zielonka, *Na marginesie Kodeksu Etyki Lekarskiej*, „Gazeta Lekarska” 2002, nr 9, <http://www.oil.org.pl/xml/nil/gazeta/numery/n1997/n199711/n19971113> (8.01.2018).

⁵⁵ W art. 47 włoski Kodeks Deontologii Medycznej przewiduje, że postęp medycyny opiera się na badaniach naukowych, w tym tych przeprowadzanych na ludziach i zwierzętach. Jednak w art. 50 precyzuje warunki przeprowadzania takiego eksperymentu. Zob. włoski Kodeks Deontologii Medycznej – *Codice di Deontologia Medica*, <https://portale.fnomceo.it/fnomceo/showArticolo.2puntOT?id=115184> (8.01.2018).

„instrumentalizacji” w eksperymencie dalej pozostaje podmiotem różnym całkowicie od organizmów roślinnych i zwierzęcych⁵⁶. Człowiek ma status osoby, jest z natury bytem – celem, dlatego osoba nigdy nie może być wykorzystywana jako środek do jakichkolwiek innych celów, w tym naukowych. Osobie przysługuje bowiem szczególna wartość etyczna, którą nazywamy godnością. Naczelną normą etyczną regulującą uczestnictwo w eksperymentach medycznych będzie zawsze godność każdej osoby ludzkiej⁵⁷. Z drugiej jednak strony należy mieć na uwadze, iż nieodłącznym elementem rozwoju społeczeństwa i podwyższenia jakości życia jest przeprowadzanie różnorodnych badań naukowych, w tym eksperymentów medycznych. Pogodzenie rozwoju i indywidualnych potrzeb naukowych w oparciu o zagwarantowanie i zaspokojenie potrzeb jednostki stanowi zatem idealny punkt odniesienia do rozwoju globalnego prawa.

Bibliografia

- Beecher H., *Ethics and Clinical Research*, „The New England Journal of Medicine” 1966, vol. 274, no. 24
- Bhutta Z.A., *Ethics in International Health Research: A Perspective from the Developing World*, „Bulletin of the World Health Organization” 2002, no. 80.
- Biesaga T., *Kodeks Etyki Lekarskiej*, „Medycyna Praktyczna” 2006, nr 9.
- Biesaga T., *Warunek świadomej zgody i etyczne granice eksperymentu*, „Bioetyczne Zasady Pediatrii” 2007, z. 4.
- Bioetyka personalistyczna*, red. T. Biesaga, Kraków 2006.
- Bock A.K., Rodriguez-Cerezo E., *Human Tissue-engineered Products: Potential Socio-economic Impacts of a New European Regulatory framework for Authorisation, Supervision and Vigilance*, Technical Report EUR 21838 EN.
- Boss R.D., *Etyka badań w pediatrii: opracowanie zasad i praktyka*, „Pediatria po Dyplomie” 2011, vol. 15, nr 2.
- Brandt A.M., *Racism and Research: The Case Of the Tuskegee Syphilis Study*, „The Hastings Center Report” no. 8(6).
- Brożek B., Soniewicka M., Stelmach J., Załuski W., *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.
- Emanuel E.J., *Ethical and Regulatory Aspects of Clinical Research. Readings and Commentary*, Baltimore–London 2003.
- Friedman M., Friedland G., *Dziesięć największych odkryć w medycynie*, Warszawa 2000.

⁵⁶ A. Szostek wskazuje, że „natura człowieka odróżnia go od innych bytów nie tylko w sensie czysto opisowym, ale i aksjologicznym; z racji tego, kim jest, człowiek jest cenniejszy niż inne byty na ziemi. Cennaść tę [...] określa się mianem godności osobowej”. A. Szostek, *Wokół godności, prawdy i miłości: rozważania etyczne*, Lublin 1998, s. 46, cyt. za: G. Hołub SDB, *Personalizm a inne propozycje bioetyki* [w:] *Bioetyka personalistyczna*, red. T. Biesaga, Kraków 2006, s. 19.

⁵⁷ T. Biesaga, *Warunek świadomej zgody i etyczne granice eksperymentu*, „Bioetyczne Zasady Pediatrii” 2007, z. 4, s. 28.

- Galewicz W., *Etyczne aspekty badań z udziałem ludzi*, Antologia Bioetyki t. III, Kraków 2011.
- Hamankiewicz M., *Przyrzeczenie lekarskie jako Preambula do Kodeksu etyki lekarskiej*, „Medyczna Wokanda” 2016, nr 8.
- Kędziora R., *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywaniem czynności medycznych*, Warszawa 2009.
- Kielanowski T., *Etyka i deontologia lekarska*, Warszawa 1985.
- Krugman S., *The Willowbrook Hepatitis Studies Revisited: Ethical Aspects*, „Review of Infectious Diseases” 1986, vol. 8, no. 1.
- Lemmens T., Sprumont D., Nys H., Singh J., Glass K.C., *CIOMS' Placebo Rule and the Promotion of Negligent Medical Practice*, „European Journal of Health Law” 2004, no. 11.
- Puk M., *Eksperyment medyczny w świetle Kodeksu etyki lekarskiej. Zagadnienia problemowe*, „Medyczna Wokanda” 2015, nr 7.
- Raszeja S., *Ocena eksperymentu medycznego*, „Gazeta Lekarska” 1999, nr 2.
- Różyńska J., *Standard minimalnego ryzyka*, „Prawo i Medycyna” 2011, nr 2.
- Sośniak M., *Uwarunkowania prawne dopuszczalności eksperymentów medycznych na ludziach*, „Państwo i Prawo” 1985, nr 5.
- Ślipko T., *Granice życia. Dylematy współczesnej bioetyki*, Warszawa 1998.
- Wesoły M., *Hipokrates, Wybór pism*, Warszawa 2008.
- Wnukiewicz-Kozłowska A., *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004.
- Zielonka T.M., *Na marginesie Kodeksu Etyki Lekarskiej*, „Gazeta Lekarska” 2002, nr 9.

Streszczenie

Artykuł zawiera kompleksową analizę eksperymentu medycznego z udziałem człowieka w świetle aktów prawa międzynarodowego, takich jak Kodeks Norymberski czy też Deklaracja helsińska, jak również polskich regulacji w postaci KEL. Analiza uwzględnia charakter prawny wskazanych aktów oraz ich umiejscowienie w systemie prawnym. Przedstawiono rys historyczny mający wpływ na powstanie aktów międzynarodowych w temacie eksperymentów medycznych oraz poruszono problem ich rozwoju, poczynając od Kodeksu Norymberskiego. Szczególne zainteresowanie autora wzbudziły regulacje KEL oraz wykładnia norm etycznych w nim sformułowanych oparta na porównaniu ich treści z uniwersalnymi kodeksami etycznymi mającymi zasięg międzynarodowy.

Słowa kluczowe: eksperyment medyczny, kodeks etyki lekarskiej, Kodeks Norymberski, Deklaracja helsińska, Dobra Praktyka Kliniczna

MEDICAL EXPERIMENTS IN ETHICAL

Summary

The article contains a comprehensive analysis of a medical experiment. The analysis is based on regulations of international law as well as Polish legal regulations. The article approaches the issue of legal character of medical experiment and its position in the legal system. The author

also presents the historical background of the medical experiment and the evolution of the regulation of international law. The author's particular interest is the interpretation of ethical standards contained in the Code of Medical Ethics in comparison with universal international codes of ethics.

Keywords: medical experiment, Code of Medical Ethics, The Nuremberg Code, Declaration of Helsinki, good clinical practice

Ewa Jędrzejewska

**UPRAWNIENIE DO NIEODPŁATNEGO PRZEKSZTAŁCENIA
PRAWA UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO
W PRAWO WŁASNOŚCI NIERUCHOMOŚCI**

Wprowadzenie

Instytucja użytkowania wieczystego została wprowadzona do polskiego porządku prawnego ustawą z 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach¹. Wówczas przedmiotem użytkowania wieczystego mogły być tereny państwowe, które mogły zostać oddane osobom prawnym i osobom fizycznym w użytkowanie wieczyste. Później instytucja użytkowania wieczystego została uregulowana w księdze drugiej ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny². W chwili wejścia w życie ustawy, jak i obecnie, w myśl art. 232 k.c., przedmiotem użytkowania wieczystego mogły być grunty stanowiące własność Skarbu Państwa, a położone w granicach administracyjnych miast, oraz grunty Skarbu Państwa położone poza tymi granicami, lecz włączone do planu zagospodarowania przestrzennego miasta i przekazane do realizacji zadań jego gospodarki, a także grunty stanowiące własność jednostek samorządu terytorialnego lub ich związków. Jak wskazuje się w doktrynie, instytucja użytkowania wieczystego miała istotne znaczenie w praktyce obrotu, ciesząc się zainteresowaniem jako forma taniego, długotrwałego sposobu korzystania z gruntu³.

W myśl art. 233 k.c. w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego oraz przez umowę o oddanie gruntu Skarbu Państwa lub gruntu należącego do jednostek samorządu terytorialnego bądź ich związków w użytkowanie wieczyste użytkownik może korzystać z gruntu z wyłączeniem innych osób. W tych samych granicach użytkownik wieczysty może swoim pra-

¹ Ustawa z 14 lipca 1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. z 1969 r., nr 22, poz. 159 ze zm.).

² Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.).

³ E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001.

wem rozporządzać. Porównując zakres uprawnień użytkownika wieczystego z uprawnieniami właściciela określonymi w art. 140 k.c., stwierdzić należy, że oba te podmioty mają prawo do korzystania z rzeczy i rozporządzania swoim prawem. O ile jednak właściciel może wykonywać swoje uprawnienia w granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego, o tyle użytkownika wieczystego ogranicza dodatkowo umowa o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste. To umowa określa takie elementy, jak czas trwania użytkowania wieczystego (40–99 lat), opłata roczna oraz sposób zagospodarowania gruntu. W tym zakresie dodatkowo aktualnie zastosowanie mają przepisy ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami⁴. O znaczeniu prawa użytkowania wieczystego przesądza nie tylko zakres uprawnień przyznanych użytkownikowi wieczystemu, ale również usytuowanie tego prawa w systematyce praw rzeczowych po prawie własności, a przed ograniczonymi prawami rzeczowymi. Prawo użytkowania wieczystego podlega także konstytucyjnej ochronie prawnej stosownie do art. 64 Konstytucji⁵, który obok własności wymienia też inne prawa majątkowe, którym Konstytucja zapewnia ochronę prawną opartą na równości⁶.

Za E. Gniewkiem wskazać należy, że „istniejąca od 1961 r. w ustawodawstwie polskim instytucja użytkowania wieczystego upowszechniła się i w obrocie prawnym występuje w skali masowej, choć z różnym natężeniem w poszczególnych regionach kraju. Zakres jej zastosowania uległ znacznemu rozszerzeniu podmiotowemu w 1990 r. wraz z uwłaszczeniem osób prawnych zarządzających mieniem państwowym (i komunalnym) oraz z możliwością ustanowienia użytkowania wieczystego na rzecz wszelkich osób fizycznych i prawnych”⁷. Na istotną rolę i funkcję w gospodarce rynkowej tego prawa zwrócił uwagę również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 kwietnia 2000 r. (sygn. K 8/98), w którym podkreślił, że prawo to jest aktualnie „sprawnym narzędziem gospodarki rynkowej, dostępnym dla wszystkich podmiotów na równych zasadach, konkurującym w obrocie z prawem własności”⁸.

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że użytkowanie wieczyste zostało ukształtowane w polskim porządku prawnym jako prawo rzeczowe usytuowane między prawem własności a ograniczonymi prawami rzeczowymi. Mimo zbliżonego do prawa własności charakteru prawnego użytkownik wieczysty w trakcie trwania użytkowania jest zobowiązany do uiszczania na rzecz właściciela nieruchomości opłat rocznych. Właściciel może dokonywać kontroli sposobu wykorzystania gruntu zgodnie z celem określonym w umowie,

⁴ Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 2147).

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁶ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX 2013.

⁷ E. Gniewek, *O przyszłości użytkowania wieczystego*, „Rejent” 1999, nr 2(94), s. 12.

⁸ Wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, Dz.U. z 2000 r., nr 28, poz. 352.

a także po upływie terminu, na jaki zostało ustanowione prawo użytkowania wieczystego, do podjęcia decyzji o przedłużeniu lub odmowie przedłużenia użytkowania wieczystego. Istotną cechą prawa użytkowania wieczystego jest to, że użytkownik wieczysty uiszcza jedynie pierwszą opłatę, która stanowi 15–25% ceny nieruchomości gruntowej, a następnie przez cały czas trwania umowy – opłatę roczną według stawki uzależnionej od określonego w umowie celu, na jaki nieruchomość gruntowa została oddana.

Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości

Z chwilą wejścia w życie ustawy z 4 września 1997 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności⁹ pojawiła się w polskim porządku prawnym administracyjnoprawna możliwość dokonania przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności. Przepisy tej ustawy miały zastosowanie do osób fizycznych, które nabyły prawo użytkowania wieczystego przed 31 października 1998 r., a także do osób fizycznych będących ich następcami prawnymi, którzy złożyli wniosek do 31 grudnia 2000 r. Jednak wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 12 kwietnia 2000 r. art. 1 ust. 2a ustawy z 4 września 1997 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego przysługującego osobom fizycznym w prawo własności został uznany za niezgodny z art. 2 Konstytucji, a art. 5, art. 5a, art. 6 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 powołanej wyżej ustawy zostały uznane za niezgodne z art. 2, art. 165 ust. 1 oraz art. 167 ust. 1 i 2 Konstytucji¹⁰.

Kolejną ustawą regulującą problematykę przekształcenia prawa użytkowania wieczystego we własność była ustawa z 26 lipca 2001 r. o nabywaniu przez użytkowników wieczystych prawa własności nieruchomości¹¹. W pierwotnym brzmieniu ustawa ta przyznawała osobom fizycznym będącym 26 maja 1990 r. oraz w dniu wejścia w życie ustawy użytkownikami wieczystymi lub współużytkownikami wieczystymi nieruchomości położonych na obszarach Państwa Polskiego, wymienionych w dekreście z 6 września 1951 r. o ochronie i uregulowaniu własności osadniczych gospodarstw chłopskich na obszarze Ziemi Odzyskanych zabudowanych na cele mieszkaniowe lub stanowiących nieruchomości rolne roszczenie o nieodpłatne nabycie prawa własności tych nieruchomości. Ustawa ta kilkakrotnie była przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego.

⁹ Ustawa z 4 września 1997 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności (Dz.U. nr 123, poz. 781 ze zm.).

¹⁰ Wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, Dz.U. z 2000 r., nr 28, poz. 352.

¹¹ Ustawa z 26 lipca 2001 r. o nabywaniu przez użytkowników wieczystych prawa własności nieruchomości (Dz.U. nr 113, poz. 1209 ze zm.).

Następnie 13 października 2005 r. weszła w życie ustawa z 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości¹². W pierwotnym swym brzmieniu ustawa ta przyznawała prawo do żądania przekształcenia prawa użytkowania wieczystego osobom fizycznym będącym w dniu wejścia w życie ustawy użytkownikami wieczystymi nieruchomości zabudowanych na cele mieszkaniowe lub zabudowanych garażami albo przeznaczonych pod tego rodzaju zabudowę oraz nieruchomości rolnych oraz osobom fizycznym i prawnym będącym właścicielami lokali, których udział w nieruchomości wspólnej obejmuje prawo użytkowania wieczystego, i spółdzielniom mieszkaniowym będącym właścicielami budynków mieszkalnych lub garaży, a także następcom prawnym powyższych osób. 1 stycznia 2008 r. krąg podmiotów uprawnionych do żądania przekształcenia został rozszerzony poprzez wprowadzenie do art. 1 ust. 1a, zgodnie z którym z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości mogą wystąpić również osoby fizyczne będące w dniu wejścia w życie ustawy użytkownikami wieczystymi nieruchomości niezależnie od jej przeznaczenia, jeżeli użytkowanie wieczyste uzyskały:

- w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej na rzecz Skarbu Państwa na podstawie innych tytułów przed 5 grudnia 1990 r.,
- na podstawie art. 7 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. nr 50, poz. 279)¹³.

Następnie ustawodawca ustawą z 28 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw¹⁴ zmienił art. 1 ust. 1 ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości, wskazując, że z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego nieruchomości w prawo własności mogą wystąpić osoby fizyczne i prawne będące 13 października 2005 r. użytkownikami wieczystymi nieruchomości. W wyniku rozpoznania wniosków o zbadanie zgodności ww. przepisu z Konstytucją wyrokiem z 10 marca 2015 r. (sygn. K 29/13) Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 1 ust. 1 i 3 ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości w zakresie, w jakim przyznaje uprawnienie do przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności osobom fizycznym i prawnym, które nie miały tego uprawnienia przed dniem wejścia w życie ustawy z 28 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o gospodarce

¹² Ustawa z 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości (Dz.U. nr 175, poz. 1459 ze zm.).

¹³ Ustawa z 7 września 2007 r. o zmianie ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 191, poz. 1371).

¹⁴ Ustawa z 28 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 187, poz. 1110).

nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 187, poz. 1110), jest niezgodny z Konstytucją. W związku z tym należy stosować art. 1 ust. 1 i 3 ustawy w brzmieniu sprzed powołanej wyżej nowelizacji.

Aktualnie zatem na podstawie przepisów ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności w brzmieniu sprzed nowelizacji z 28 lipca 2011 r. osoby fizyczne będące w dniu wejścia w życie ustawy użytkownikami wieczystymi nieruchomości zabudowanych na cele mieszkaniowe lub zabudowanych garażami albo przeznaczonych pod tego rodzaju zabudowę oraz nieruchomości rolnych mogą wystąpić z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego tych nieruchomości w prawo własności. Przez nieruchomość rolną rozumie się nieruchomość rolną w rozumieniu Kodeksu cywilnego z wyłączeniem nieruchomości przeznaczonych w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego albo w decyzji o warunkach zabudowy na cele inne niż rolne. Ponadto z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego nieruchomości, o którym mowa w ust. 1, w prawo własności nieruchomości mogą również wystąpić osoby fizyczne i prawne będące właścicielami lokali, których udział w nieruchomości wspólnej obejmuje prawo użytkowania wieczystego, oraz spółdzielnie mieszkaniowe będące właścicielami budynków mieszkalnych lub garaży. Przepis art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy stosuje się także do osób, które prawo użytkowania wieczystego albo udział w tym prawie uzyskały po dniu wejścia w życie ustawy (13 października 2005 r.). Wobec tego, że wnioskodawcy nie spełniali wymogów przywołanych wyżej przepisów, organ I instancji odmówił przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności. W myśl art. 1 ust. 3 ustawy z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości mogą też wystąpić osoby fizyczne będące następcami prawnymi osób, o których mowa w ust. 1, oraz osoby fizyczne i prawne będące następcami prawnymi osób, o których mowa w ust. 2.

Podmioty uprawnione do żądania nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości

Obok prawa żądania odpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego ustawodawca przewidział także dla pewnej grupy podmiotów uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego. W myśl art. 5 ustawy przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości następuje nieodpłatnie na rzecz:

- osób fizycznych, o których mowa w art. 1 ust. 1a, lub ich następców prawnych,

- spółdzielni mieszkaniowych lub ich następców prawnych będących użytkownikami wieczystymi lub współużytkownikami wieczystymi nieruchomości, które uzyskały użytkowanie wieczyste w sposób określony w art. 1 ust. 1a pkt 1 lub pkt 2.

Stosownie do art. 1 ust. 1a ustawy z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości mogą wystąpić również osoby fizyczne będące 13 października 2005 r. użytkownikami wieczystymi nieruchomości, jeżeli użytkowanie wieczyste uzyskały:

- w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej na rzecz Skarbu Państwa na podstawie innych tytułów przed 5 grudnia 1990 r.,
- na podstawie art. 7 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. nr 50, poz. 279).

Wobec powyższego stwierdzić należy, że uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości zostało przyznane dwóm kategoriom podmiotów, a mianowicie osobom fizycznym (lub ich następcom prawnym), które w 13 października 2005 r. były użytkownikami wieczystymi nieruchomości i uzyskały je w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej na rzecz Skarbu Państwa na podstawie innych tytułów przed 5 grudnia 1990 r. albo na podstawie art. 7 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy, a także spółdzielniom mieszkaniowym (lub ich następcom prawnym) będącym użytkownikami wieczystymi lub współużytkownikami wieczystymi nieruchomości), które uzyskały użytkowanie wieczyste w zamian na wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej na rzecz Skarbu Państwa na podstawie innych tytułów przed 5 grudnia 1990 r. albo na podstawie art. 7 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy.

Jak wskazuje R. Skwarło, uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia przysługuje wówczas, gdy użytkowanie wieczyste zostało przyznane w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej, czyli jako swoista forma odszkodowania (rekompensaty)¹⁵. Podobny pogląd prezentowany jest w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, podkreślając, że uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia prawa związane jest z osobą, która uzyskała prawo użytkowania wieczystego w zamian za utraconą własność, a nie z samym prawem użytkowania wieczystego, a co za tym idzie – nie każdy użytkownik wieczysty może skorzystać z preferencyjnego trybu przekształcenia prawa, ale tylko ten, który uzyskał użytkowanie wieczyste w zamian za utratę własności

¹⁵ R. Skwarło, *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Komentarz*, LEX/el. 2007.

nieruchomości¹⁶. Niewątpliwie zgodzić się należy, że nieodpłatne przekształcenie stanowi pewien rodzaj rekompensaty za utratę prawa własności i w rezultacie jego przywrócenie bez dodatkowych nakładów.

Wśród podmiotów uprawnionych do nieodpłatnego przekształcenia prawa własności nieruchomości na szczególną uwagę zasługuje kategoria następców prawnych osób fizycznych należących do pierwszej wspomnianej przez mnie kategorii uprawnionych. Wydaje się, że pojęcie „następca prawny” jest jasne językowo i nie budzi wątpliwości, jednak na gruncie ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności występują rozbieżności interpretacyjne co do tego sformułowania. Konieczne zatem jest ustalenie sensu tego wyrażenia na gruncie wspomnianej ustawy.

W doktrynie prawa cywilnego pojęcie „następstwo prawne” wiąże się z nabyciem pewnego prawa podmiotowego. Następstwo prawne występuje jedynie w przypadku pochodnego nabycia prawa podmiotowego, którego to konieczną przesłanką jest istnienie tego prawa u poprzednika. Brak natomiast następstwa prawnego w przypadku nabycia pierwotnego, do którego dochodzi niezależnie od faktu istnienia danego prawa u poprzednika, które mogło w ogóle nie istnieć¹⁷.

Sukcesja czy też następstwo prawne polega na wstąpieniu w ogół praw i obowiązków przez nabywcę ogółu praw lub też jedynie w część praw i obowiązków. Może ona zatem przybrać postać sukcesji uniwersalnej, która polega na wstąpieniu w ogół praw i obowiązków zbywcy przez nabywcę, lub też sukcesji singularnej, która polega na wstąpieniu w część praw i obowiązków zbywcy. Z sukcesją uniwersalną mamy do czynienia np. w przypadku dziedziczenia, natomiast z sukcesją singularną w przypadku przejścia z jednego podmiotu prawa na drugi ściśle określonych praw, np. na podstawie umowy sprzedaży, darowizny itp.¹⁸ O ile pojęcie „następstwo prawne” na gruncie prawa cywilnego i prawa administracyjnego nie jest tożsame, albowiem doktryna prawa administracyjnego wiąże następstwo prawne z pojęciem uprawnień i obowiązków publicznoprawnych, a nie pojęciem praw podmiotowych¹⁹, o tyle nie należy tracić z pola widzenia faktu, że w przepisie art. 5 pkt 1 ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności mamy do czynienia z następcą prawnym w rozumieniu cywilistycznym. Ustawa stanowi bowiem o uprawnieniu do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości na rzecz określonej kategorii osób fizycznych lub ich następców prawnych. Zatem uprawnienie to jest związane ze statusem użytkownika wieczystego, który jest albo osobą fizyczną, która nabyła prawo użytkowania wie-

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 19 marca 2014 r., sygn.. I SA/Wa 910/13, Legalis.

¹⁷ E. Gniewek [w:] *Podstawy prawa cywilnego*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 174–175.

¹⁸ Wyrok WSA w Łodzi z 24 marca 2015 r., sygn. II SA/Łd 1151/14, LEX nr 1792586.

¹⁹ E. Szczygłowska, *Sukcesja uprawnień i obowiązków administracyjnych*, Warszawa 2009, s. 37.

czystego w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej na rzecz Skarbu Państwa na podstawie innych tytułów przed 5 grudnia 1990 r. lub na podstawie art. 7 dekretu z 26 października 1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy, albo następcą prawnym takiej osoby.

Zwrot „następca prawny” nie został zdefiniowany w ustawie. Ze względu na wyjątkowość instytucji nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności pojęcie „następca prawny” wyrażone w art. 5 pkt 1 ustawy nie jest jednolicie rozumiane zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie.

Z jednej bowiem strony wskazuje się, że pojęcie to odnosi się zarówno do następcy prawnego pod tytułem ogólnym, jak i następcy prawnego pod tytułem szczególnym²⁰. Pogląd ten również wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 2 czerwca 2016 r., w którym wskazał, że „użyte w powołanym przepisie pojęcie «następca prawny» nie zawiera żadnego innego dodatkowego określenia, wyznacznika ani ograniczenia, stąd należy przyjąć, że następcą prawnym jest każdy podmiot, który nabył prawo od poprzednika w sposób legalny, bez względu na charakter tytułu [...]. Zawężenie znaczenia pojęcia następców prawnych w rozumieniu tego przepisu wyłącznie do pewnego tylko kręgu nie znajduje żadnego uzasadnienia prawnego; nie pozwala na to ani literalne odczytanie przepisu, ani żadna z metod wykładni prawa, brak bowiem ku temu jakichkolwiek wskazań”²¹.

Zgodnie z innym stanowiskiem pojęcie „następca prawny” określone w art. 5 ustawy znajduje zastosowanie wyłącznie do nabycia pod tytułem ogólnym, czyli w ramach sukcesji uniwersalnej. Taki pogląd był wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie sądownoadministracyjnym. W wyroku z 27 listopada 2008 r. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że „wykładnia celowościowa art. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości (Dz.U. Nr 175, poz. 1459) wskazuje w sposób niezbity, iż nie istnieją żadne racjonalne przyczyny, aby traktować na zasadach preferencyjnych w odniesieniu do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności następcę prawnego w drodze sukcesji syngularnej dotychczasowego użytkownika wieczystego, któremu oddano nieruchomość w użytkowanie wieczyste w zamian za wywłaszczenie”²². Podobne stanowisko było później wielokrotnie prezentowane przez sądy administracyjne²³.

²⁰ K. Sokołowski, „Następca prawny” w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 2, s. 85–105; *idem*, *Glosa krytyczna do wyroku NSA z dnia 27 listopada 2008 r.*, I OSK 1687/07, OSP 2009, nr 9, poz. 99.

²¹ Wyrok NSA z 24 czerwca 2014 r., sygn. I OSK 284/14, LEX nr 2106431.

²² Wyrok NSA z 27 listopada 2008 r., sygn. I OSK 1687/07, OSP 2009, nr 9, poz. 99.

²³ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 22 sierpnia 2014 r., sygn. II SA/Kr 945/14, LEX nr 1502395; wyrok WSA w Warszawie z 22 lutego 2013 r., sygn. I SA/Wa 1295/12, LEX nr 1323489.

Wydaje się, że dla ustalenia intencji ustawodawcy co do kategorii podmiotów objętych prawem do żądania nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości istotne znaczenie ma cel wprowadzenia tej instytucji. Już w uzasadnieniu projektu ustawy wskazuje się, że pewna grupa użytkowników wieczystych lub ich następców prawnych nabędzie prawo do nieodpłatnego przekształcenia, jednak jest to uzasadnione szczególną sytuacją tych osób²⁴. Tą szczególną sytuacją jest m.in. okoliczność uzyskania prawa użytkowania wieczystego w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa. Zatem nieodpłatne przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności miałyby nastąpić jako pewnego rodzaju ekwiwalent za wcześniejszą utratę prawa własności wskutek wywłaszczenia lub przejęcia nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa. Uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego nie przysługuje zatem każdemu użytkownikowi wieczystemu, a tylko temu, który należy do grupy określonej w art. 1 ust. 1a ustawy. Jeśli zatem zbycie prawa użytkowania wieczystego przez uprawnionego użytkownika wieczystego w drodze np. umowy sprzedaży następuje przed realizacją uprawnienia wynikającego z art. 5 ustawy, na nabywcę przechodzi wyłącznie prawo użytkowania wieczystego, natomiast nie nabywa on innych uprawnień, które były związane ściśle z osobą użytkownika wieczystego. W przeciwieństwie natomiast do sukcesji singularnej, w przypadku sukcesji uniwersalnej w drodze spadkobrania spadkobierca wchodzi w ogół praw i obowiązków zmarłego, zatem również uzyskuje on prawo do żądania nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego, które przysługiwało spadkodawcy. Taki pogląd wyraził wielokrotnie Naczelny Sąd Administracyjny, uznając, że „pojęcie następcy prawnego, w rozumieniu art. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości, należy rozumieć jako odnoszące się do sukcesji generalnej, a nie singularnej”²⁵. Także w doktrynie można znaleźć podobny pogląd podkreślający, że „ze względu na wyjątkowość nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego i cel, jaki przyświecał ustawodawcy w tym zakresie, należy [...] przyjąć, że komentowany przepis przyznaje uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia wyłącznie następcom w drodze sukcesji uniwersalnej”²⁶.

²⁴ Projekt ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości wraz z uzasadnieniem, druk nr 3668, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3668/\\$file/3668.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3668/$file/3668.pdf) (7.10.2018).

²⁵ Wyrok NSA z 30 czerwca 2016 r., sygn. I OSK 2284/14, LEX nr 2106441; wyrok NSA z 27 listopada 2008 r., sygn. I OSK 1752/07, LEX nr 526558; wyrok NSA z 17 listopada 2010 r., sygn. I OSK 128/10, LEX nr 787109.

²⁶ A. Grabowska-Toś, P. Wancke, *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis.

Podsumowanie

Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości umożliwia wymienionym w niej użytkownikom wieczystym odpłatne przekształcenie przysługującego im prawa w prawo własności nieruchomości. Ustawodawca przewidział także możliwość nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności, co stanowi wyjątek od zasady odpłatności przekształcenia. Stwierdzić należy, że celem instytucji nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości jest niwelowanie negatywnych skutków dokonanego wywłaszczenia lub przejęcia nieruchomości, wobec czego jest ono ściśle związane z osobą uprawnioną do żądania nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności, nie zaś z samym prawem użytkowania wieczystego. Stąd też uprawnienie to może dotyczyć jedynie podmiotów wywłaszczonych lub ich następców prawnych. Uznać przy tym należy, że pojęcie „następca prawny” użyte w art. 5 ustawy o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości odnosi się do następców prawnych pod tytułem ogólnym (sukcesja uniwersalna). Tylko bowiem w takiej sytuacji następca prawny wstępuje w ogół praw i obowiązków swego poprzednika, zatem również w prawo do żądania nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego. Dokonanie przez użytkownika wieczystego, któremu przysługuje uprawnienie do nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności, przeniesienia w drodze czynności cywilnoprawnej prawa użytkowania wieczystego nie powoduje przeniesienia na rzecz następcy prawnego pod tytułem szczególnym prawa do żądania nieodpłatnego przekształcenia użytkowania wieczystego w prawo własności.

Także sam cel ustawy wskazuje na takie rozumienie następstwa prawnego, bowiem dla nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości konieczne jest, by użytkowanie wieczyste zostało nabyte w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości gruntowej. Dotyczy to zatem sytuacji, kiedy prawo rzeczowe zostało utracone przez dany podmiot wbrew jego woli, a w zamian za utracone prawo na rzecz tego podmiotu zostało ustanowione prawo użytkowania wieczystego, co jest wyrazem szczególnej ochrony praw rzeczowych zagwarantowanych w Konstytucji.

Bibliografia

- Gniewek E. [w:] *Podstawy prawa cywilnego*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011.
Gniewek E., *Kodeks cywilny. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe. Komentarz*, Kraków 2001.

- Gniewek E., *O przyszłości użytkowania wieczystego*, „Rejent” 1999, nr 2(94).
- Grabowska-Toś A., Wancke P., *Ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX 2013.
- Skwarło R., *Przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Komentarz*, LEX/el. 2007.
- Sokołowski K., „Następca prawny” w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 2.
- Szczygłowska E., *Sukcesja uprawnień i obowiązków administracyjnych*, Warszawa 2009.

Streszczenie

Aktualnie obowiązujące przepisy umożliwiają określonym kategoriom podmiotów wystąpienie z żądaniem przekształcenia prawa użytkowania wieczystego tych nieruchomości w prawo własności. Uprawnienie to ma co do zasady charakter odpłatny. Ustawodawca przewidział wyjątek od tej zasady, wprowadzając możliwość nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności. Powiązał on to uprawnienie z określoną grupą podmiotów, uzasadniając to wcześniejszym uzyskaniem prawa użytkowania wieczystego w zamian za wywłaszczenie lub przejęcie nieruchomości na rzecz Skarbu Państwa. O ile przesłanka ta nie budzi wątpliwości, o tyle wiele kontrowersji wzbudza pojęcie „następca prawny” uprawnionych podmiotów użyte w art. 5 ustawy.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie aktualnych regulacji prawnych związanych z administracyjnoprawną możliwością przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości. Analizie został poddany katalog podmiotów uprawnionych do żądania nieodpłatnego przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości, ze szczególnym uwzględnieniem następców prawnych uprawnionych podmiotów.

Słowa kluczowe: prawo użytkowania wieczystego, przekształcenie prawa użytkowania wieczystego w prawo własności nieruchomości, następca prawny, wywłaszczenie, przejęcie nieruchomości

ENTITLEMENT TO FREE CONVERSION OF THE RIGHT OF PERPETUAL USUFRUCT INTO THE PROPERTY RIGHT

Summary

The current regulations allow specific categories of entities to lodge an application to convert the right of perpetual usufruct of these properties into property right. This entitlement is, in principle, payable. The legislator provided an exception to this principle by introducing the possibility of transforming the right of perpetual usufruct into a right of ownership free of charge. The legislator linked this right with a specific group of entities, justifying this by obtaining the perpetual usufruct right in exchange for expropriation or taking over the property for the benefit of the State Treasury. While this premise does not raise any doubts, much of the controversy arises from the notion of "legal successor" of authorized entities, used in art. 5 of the Act.

The purpose of this article is to present current legal regulations related to the administrative and legal possibility of transforming the right of perpetual usufruct into the property right. The catalog of entities entitled to request a free transformation of the right of perpetual usufruct into the property right was analyzed, with particular reference to legal successors of authorized entities.

Keywords: right of perpetual usufruct, conversion of the right of perpetual usufruct into the property right, successor title, expropriation, intentness of real estate

Magdalena Komar-Zabłocka**ZASADY I WARUNKI PRZESŁUCHANIA
W TRYBIE ART. 308 § 2 K.P.K.****Wprowadzenie**

Postępowanie karne stanowi ogół czynności dokonywanych przez uczestników procesu¹. Tak ujmując ten skomplikowany proces, należy zwrócić szczególną uwagę na liczne stosunki procesowe, jakie zachodzą pomiędzy uczestnikami procesu a jego organami. Ustawodawca prawnie reguluje dynamicznie pojawiające się, wygasające oraz przekształcające się stosunki procesowe, które ostatecznie prowadzą do realizacji norm prawa karnego materialnego. Tę dynamikę szczególnie zaobserwować można na etapie postępowania przygotowawczego, którego celem jest ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo; wykrycie i w razie potrzeby ujęcie sprawcy; zebranie danych stosownie do art. 213 i 2014 k.p.k.; wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody, a także zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu (art. 297 § 1 k.p.k.²). Z powyższego wyliczenia zauważyć można ogromną rolę czynności dowodowych na etapie postępowania przygotowawczego. Przeprowadzanie tych czynności jest dopuszczalne w zasadzie dopiero w toku postępowania karnego, które rozpoczyna się po formalnym wszczęciu śledztwa i dochodzenia³. Do wszczęcia postępowania przygotowawczego dochodzi na podstawie postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego, jeśli zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa (postępowanie przygotowawcze w fazie *in rem* – art. 303 k.p.k.). Jednak z uwagi na wspomnianą dynamikę zmieniających się okoliczności towarzyszących danej sprawie zdarzają się sytuacje, w których oczekiwanie na formalne wszczęcie postępowania karnego ze względów celowościowych nie jest wskazane, a wręcz szkodliwe. Te sytuacje ustawodawca

¹ T. Grzegorzcyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 41.

² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2017 r., poz. 1904 ze zm.).

³ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. Z. Gostyński, Warszawa 2004, s. 351.

określa mianem „niecierpiących zwłoki”. Zwłoka bowiem mogłaby doprowadzić do utraty, zniekształcenia lub zniszczenia śladów i dowodów przestępstwa. Przeciwdziałać temu może wyłącznie szybkie działanie⁴. Zatem ze względów pragmatycznych⁵ ustawodawca zezwala organom procesowym w drodze wyjątku na wykonywanie czynności procesowych jeszcze przed formalnym wszczęciem postępowania przygotowawczego⁶. W związku z takim odstępstwem ustawodawcy od formalizmu przeprowadzanych czynności procesowych szczególnego znaczenia nabierają czynności przeprowadzane z udziałem osoby podejrzanej. Trzeba pamiętać, iż w omawianym układzie faktycznym nie mamy formalnej decyzji o pociągnięciu do odpowiedzialności osoby w charakterze podejrzanego, od której to przecież zależy prawidłowy bieg postępowania, skuteczność ścigania karnego oraz poprawność zabezpieczenia interesów i praw osoby ściganej⁷. Warto zatem przyjrzeć się warunkom przeprowadzenia dochodzenia w niezbędnym zakresie, a w ich ramach przeprowadzenia przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego⁸, tym bardziej iż jest to instytucja wyjątkowa i nie

⁴ *Ibidem*.

⁵ Choć w literaturze znajdziemy pogląd odmienny stanowiący, iż wykonywanie czynności procesowych przed formalnym wszczęciem postępowania nie wynika z braku czasu do wydania postanowienia wszczynającego postępowanie przygotowawcze. Wszakże w wielu wypadkach nie ma przeszkód, aby przed podjęciem czynności niecierpiących zwłoki Policja wydała postanowienie o wszczęciu dochodzenia, które nie wymaga uzasadnienia i może zostać zamieszczone w protokole z art. 304a k.p.k. (art. 325e § 1 k.p.k.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 741–742.

⁶ Jak zauważa J. Grajewski, podjęcie czynności „w niezbędnym zakresie” stanowi faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego, bowiem art. 308 k.p.k. nie określa wymienionych w nim czynności terminem „dochodzenie w niezbędnym zakresie”, jak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym czynił to art. 267 i 276 d.k.p.k. A zatem podjęcie czynności wskazanych w art. 308 k.p.k. to nic innego jak realizacja celów postępowania przygotowawczego wskazanych w art. 297 § 1 pkt 1, 2 i 5 k.p.k. Grajewski akcentuje swego rodzaju sztuczność używania nazwy „czynności w niezbędnym zakresie” z uwagi na brzmienie art. 308 § 6 k.p.k., w którym mowa o umorzeniu przez prokuratora „postępowania” w razie zaistnienia negatywnych wyników dokonanych czynności, a nie „czynności procesowych w niezbędnym zakresie”. Ponadto akcentuje, iż ustawodawca nakazuje zaliczać czas trwania śledztwa lub dochodzenia od dnia pierwszej czynności. J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2008, s. 31.

⁷ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 624.

⁸ Warto zwrócić uwagę, iż instytucja postępowania w niezbędnym zakresie wywodzi się z tzw. dochodzenia przedśledczego unormowanego w art. 245⁸ § 2 k.p.k. z 1928 r. Wówczas dotyczyło tylko spraw, w których obowiązkiem było prowadzenie śledztwa. Zakres dochodzenia był ograniczony wyłącznie do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa oraz ujawnienia i ujęcia podejrzanego, którego co do zasady nie można było przesłuchać. M. Kowalski, *Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 1, s. 33. Obecnie „późniejsze wydanie postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia nie odgrywa roli decyzji wszczynającej proces karny, lecz jedynie przekształca postępowanie karne z fazy dochodzenia zabezpieczającego ślady i dowody przestępstwa w formę postępowania przygotowawczego właściwą dla danego rodzaju sprawy”. W. Grzeszczyk, *Komentarz do art. 308 Kodeksu postępowania karnego*, LEX, stan prawny na 18 lutego 2014 r.

podlega wykładni rozszerzającej. Oznacza to brak prawnej możliwości podjęcia i kontynuowania postępowania w niezbędnym zakresie przy braku któregokolwiek z wymagań przewidzianych w art. 308 k.p.k.

Przesłanki przesłuchania

Artykuł 308 k.p.k. wyodrębnia następujące przesłanki przeprowadzenia czynności procesowych w ramach postępowania w niezbędnym zakresie:

- istnienie podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego,
- zaistnienie wypadku niecierpiącego zwłoki, a więc uzasadnionej obawy utraty, zniekształcenia lub zniszczenia śladów i dowodów przestępstwa w przypadku bezczynności organów ścigania,
- dokonanie czynności procesowych w granicach koniecznych do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem,
- przeprowadzenie czynności procesowych w niezbędnym zakresie.

Podstawą podjęcia czynności, o których mowa w art. 308 k.p.k., jest zaistnienie podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego. Organy procesowe, działając w oparciu o zasadę legalizmu, mają obowiązek prowadzenia postępowania, gdy „zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa” (art. 303 k.p.k.), a kontynuowanie postępowania przeciwko osobie jest możliwe w razie zaistnienia dostatecznego podejrzenia, że czyn popełniła określona osoba (art. 313 § 1 k.p.k.). Ponadto zaistnienie przeszkód procesowych (np. braku odpowiedniego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa, braku przestępstwa, przedawnienia karalności i innych z art. 17 k.p.k.) wyłącza możliwość stosowania instytucji z art. 308 k.p.k.⁹ Natomiast w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu, ale na wniosek, a także w tych, które dotyczą ściągania osób legitymujących się immunitetem, do chwili otrzymania wniosku lub zezwolenia władzy, od których ustawa uzależnia ściganie, organy procesowe są uprawnione do dokonywania czynności niecierpiących zwłoki w celu zabezpieczenia śladów i dowodów, jak również czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy wniosek będzie złożony lub zezwolenie będzie wydane (art. 17 § 2 k.p.k.).

Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego Kodeksu postępowania karnego podejmowano wysyłki w celu rozstrzygnięcia, jak należy traktować wypadek niecierpiący zwłoki. Otóż wskazywano, iż wypadek ten zachodzi wówczas, gdy istnieje obawa zniekształcenia lub utraty śladów i dowodów przestępstwa

⁹ B. Szyprowski, *Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11, s. 141.

oraz występuje prawdopodobieństwo niezwłocznego spełnienia się tej obawy¹⁰. Innymi słowy – beczynność organów procesowych w sytuacjach niecierpiących zwłoki może uniemożliwić dalszy prawidłowy tok postępowania karnego, w szczególności w niekorzystny sposób wpłynąć na realizację zasady prawdy materialnej. Za taką wykładnią tego przepisu zdaje się też opowiadać Sąd Najwyższy jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego Kodeksu postępowania karnego¹¹, który stwierdził, iż „okoliczność, czy w konkretnej sytuacji zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki [...] jest sprawą ocenną, przy czym ocena, czy taki wypadek zachodzi, należy do organów prowadzących postępowanie przygotowawcze, które muszą brać pod uwagę m.in. możliwość wcześniejszego porozumienia się osoby, która będzie przesłuchana, ze świadkami lub innymi osobami uczestniczącymi w przestępstwie, co może grozić porozumieniem tych osób i utrudnieniem w ten sposób dotarcia do prawdy”¹².

Warunek konieczności zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa odnosi się do tych śladów czy dowodów, które mogą mieć znaczenie w dalszym procesie¹³, a ich zabezpieczenie ma być niezbędne z uwagi na obawę ich utraty, zniekształcenia lub zniszczenia¹⁴. Z charakteru tych czynności wynika, iż chodzi przede wszystkim o zabezpieczenie dowodów na miejscu przestępstwa¹⁵ przed ich zatarciem lub zniekształceniem poprzez naniesienie np. nowych przez osoby trzecie lub w wyniku opadów atmosferycznych czy też tych z ciała ofiary i sprawcy przestępstwa¹⁶ albo dokonania czynności, których nie uda się powtórzyć (np. przesłuchania pokrzywdzonego dotkliwie pobitego).

Artykuł 308 k.p.k. nie określa ściśle czynności procesowych, których można dokonywać w niezbędnym zakresie. Przykładowo (na co wskazuje użycie zwrotu „zwłaszcza”) uprawnione jest dokonanie oględzin (art. 207 k.p.k.), w razie potrzeby z udziałem biegłego, przeszukania (pomieszczeń i innych miejsc w celu wykrycia albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym, jeśli istnieje przypuszczenie, że tam się znajdują – art. 219 § 1 k.p.k.; osoby, jej odzieży i podręcznych przedmiotów – art. 219 § 2 k.p.k.) lub czynności wymienionych w art. 74 § 2 pkt 1 w stosunku do osoby podejrzanej (zatem chodzi tu o oględziny zewnętrzne ciała oraz inne badania niepołączo-

¹⁰ S. Wyciszczak, *Dochodzenie w niezbędnym zakresie*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12, s. 954–955.

¹¹ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 13, poz. 96 ze zm.).

¹² Wyrok SN z 3 maja 1983 r., sygn. I KR 74/83, OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35. Por. postanowienie SN z 11 kwietnia 2012 r., sygn. II KK 313/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 96.

¹³ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. Z. Gostyński, Warszawa 2004, s. 352.

¹⁴ *Postępowanie karne. Część szczególna*, red. J. Skorupka, Warszawa 2013, s. 49.

¹⁵ S. Kalinowski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 1961, s. 118.

¹⁶ M. Kowalski, *Czynności w niezbędnym zakresie...*, s. 40.

ne z naruszeniem integralności ciała, pobranie odcisków, fotografowanie oraz okazanie w celach rozpoznawczych innych osobom¹⁷), jak również przedsięwzięcie wobec niej innych niezbędnych czynności, nie wyłączając pobrania krwi, włosów i wydzielin organizmu (art. 308 § 1 k.p.k.), oraz przesłuchanie w charakterze podejrzanego (art. 308 § 2 k.p.k). Do czynności, które mogą być podjęte w niezbędnym zakresie, a nie są wymienione w omawianym przepisie, należy zatrzymanie osoby podejrzanej, przesłuchanie świadka (w sytuacji grożącej świadkowi śmiercią lub gdy oczkuje się od niego wskazania śladów i dowodów wymagających pilnego zabezpieczenia), pobranie próby pisma, użycie elektronicznego urządzenia do badania zawartości alkoholu, tymczasowe zajęcie mienia ruchomego osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi obawa jego usunięcia¹⁸. Nie jest możliwe natomiast dokonanie czynności, które wymagają decyzji prokuratora, przykładowo otwarcia zwłok¹⁹.

Przesłuchanie przed postanowieniem o przedstawieniu zarzutów

Czynnością o szczególnie doniosłym znaczeniu, którą można dokonać w wypadkach niecierpiących zwłoki w ramach czynności określonych w art. 308 § 1 k.p.k., tylko wówczas, gdy opóźnienie mogłoby spowodować zatarcie śladów lub dowodów przestępstwa, jest przesłuchanie osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego jeszcze przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 308 § 2 k.p.k.). Jest to o tyle przełomowy etap postępowania, iż mamy od tej pory do czynienia z podejrzanym²⁰, a co za tym idzie – z postępo-

¹⁷ Do innych badań niepołączonych z naruszeniem integralności ciała zaliczyć można pobranie próbek głosu, odcisków nie tylko palców, ale też dłoni, czerwieni wargowej, badania antropologiczne. Możliwe jest także pobranie próbek zapachu w oparciu o art. 308 § 1 k.p.k., natomiast nie jest możliwe przeprowadzenie badania osmologicznego w formie ekspertyzy, gdyż wiąże się to z uprzednim wydaniem postanowienia o powołaniu biegłego i następczym wydaniem opinii biegłego. *Postępowanie karne. Część szczególna*, red. J. Skorupka, Warszawa 2013, s. 50. Por. wyrok SN z 12 stycznia 2000 r., sygn. IV KKN 269/99, LEX nr 51139. W orzecznictwie Sądu Najwyższego zaakceptowano pogląd, że „w wypadkach niecierpiących zwłoki (art. 308 k.p.k.) powołanie biegłego może nastąpić w innej formie niż pisemne postanowienie, także np. w rozmowie telefonicznej, choć musi ono być w dalszym toku postępowania potwierdzone we właściwej formie”. Por. wyrok SN z 27 kwietnia 2009 r., sygn. V KK 379/08, LEX nr 507949 z głosem częściowo krytyczną A. Kiełtyki, LEX/el. 2009.

¹⁸ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. Z. Gostyński, Warszawa 2004, s. 354–356.

¹⁹ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 743.

²⁰ Artykuł 71 § 1 k.p.k. stanowi, iż podejrzanym jest nie tylko osoba, co do której wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów, ale też której bez wydania takiego postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego, co się odbywa podczas postępowania w niezbędnym zakresie (art. 308 § 2 k.p.k.).

waniem przygotowawczym w fazie *in personam*²¹. Przepis ten zasadniczo zmienia pozycję osoby podejrzanej w zakresie jej sytuacji procesowej. Do tego momentu bowiem jako osobie niebędącej stroną przysługiwały jej uprawnienia nadane przez ustawę w wybranych kwestiach na podstawie art. 299 § 2 k.p.k. (np. możliwość zażalenia postanowień i zarządzeń wydanych w postępowaniu przygotowawczym naruszające ich prawa – art. 302 k.p.k., możliwość ustanowienia pełnomocnika, jeśli wymagają tego jej interesy w toczącym się postępowaniu – art. 87 § 2 k.p.k.). Również w rezultacie przekształcenia osoby podejrzanej w podejrzanego zmienia ulega charakter składanych przez nią oświadczeń (z zeznań w wyjaśnienia²²). Trzeba nadto przyznać, iż złożone w tych warunkach wyjaśnienia są o tyle szczególne, gdyż złożone na bardzo wczesnym etapie postępowania, właściwie w warunkach niedających możliwość rzetelnego przygotowania obrony, a także z tego względu, iż „mają charakter tymczasowy i prowizoryczny, ponieważ wymagają następczego wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów”²³.

Decyzję o przesłuchaniu osoby podejrzanej podejmuje, tak jak przy pozostałych czynnościach wynikających z art. 308 k.p.k., organ procesowy. Przesłuchanie w tym trybie będzie zatem uzasadnione wtedy, gdy w konkretnych okolicznościach istnieje obawa utrudniania przez osobę podejrzaną postępowania karnego, np. poprzez kontaktowanie się ze świadkami czy współsprawcami przestępstwa, a w konsekwencji wpływanie i ustalanie treści składanych oświadczeń (zeznań, wyjaśnień) w dalszym toku postępowania, chociaż możliwe jest przesłuchanie, jeśli niebezpieczeństwo zatarcia, zniekształcenia czy utraty dowodów pochodzi ze strony osób trzecich lub również innych obiektywnych okoliczności²⁴. Działanie organu procesowego „z zaskoczenia” oraz pewien pośpiech charakteryzujący postępowanie w niezbędnym zakresie nie zwalnia organu procesowego od poinformowania osoby przesłuchiwanej o treści zarzutu. Ustawodawca bowiem nawet w takich okolicznościach, gdy zwłoka w wykonywaniu czynności dowo-

²¹ Ryzykowny wydaje się być wyrażony w orzecznictwie pogląd, iż „za wszczęcie postępowania karnego *in personam* należy uważać każdą czynność uprawnionego organu skierowaną wyraźnie na ściganie danej osoby z powodu określonego przestępstwa, a nie dopiero wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów”. Por. wyrok SN z 24 marca 1970 r., sygn. V KRN 52/70, OSNKW 1970, nr 7–8, poz. 77. Stanowisko takie jest przede wszystkim sprzeczne z legalną definicją podejrzanego przyjętą przez ustawodawcę w art. 71 § 1 k.p.k. oraz z niebudzącym wątpliwości wskazaniem ustawodawcy, kogo uznaje się za stronę w postępowaniu przygotowawczym (art. 299 k.p.k.).

²² Szerzej na ten temat zeznań oskarżonego złożonych uprzednio w charakterze świadka: R. Koper, *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 2, s. 23 i n.

²³ M. Klejnowska, *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004, s. 229.

²⁴ Z. Młynarczyk, *Przedstawienie zarzutów, badanie wniosków dowodowych, niektóre czynności dowodowe oraz zaznajomienie z materiałami postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 7–8, s. 137.

dowych mogłaby prowadzić do skierowania postępowania na niewłaściwy tor, nie czyni żadnych ustępstw w zakresie zaznajomienia z zarzutami. Uproszczona forma postępowania nie może się odbywać kosztem podstawowych praw podejrzanego. Taki stan rzeczy wynika z prawa do informacji procesowej. Podejrzany musi zostać poinformowany, na jakiej podstawie i z jakich przyczyn staje się osobą pociąganą do odpowiedzialności karnej. Znajomość zarzutu, choćby tylko w tej niesformalizowanej postaci, warunkuje skuteczną i realną obronę. W orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego potwierdza się przekonanie, iż „nie tylko formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych, która skierowana jest na ściganie określonej osoby, czyni ją podmiotem prawa do obrony”²⁵. Kwestię tę rozstrzyga Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z listopada 1950 r.²⁶ w art. 6 ust. 3 lit. b i c, z godnie z którym „każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony” oraz „bronienia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę”. Europejski Trybunał Praw Człowieka na tej podstawie wskazał na chwilę, z którą powstaje obowiązek zapewnienia dostępu do obrońcy, jako „prowadzenie pierwszych czynności postępowania przygotowawczego”, którymi mogą być wstępne etapy przesłuchań prowadzonych przez Policję²⁷.

Trzeba pamiętać, że dyspozycja art. 308 § 2 k.p.k. choć zezwala na odstępstwo od reguł rządzących przedstawieniem zarzutów dokonywanych w trybie art. 313 k.p.k. w zw. z § 137 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 7 kwietnia 2016 r. – Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury²⁸, na które składają się czynności sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jego niezwłocznego ogłoszenia oraz przesłuchania podejrzanego²⁹, to odstępstwo to ma z uwagi na treść art. 308 § 3 k.p.k. przemijający charakter w odniesieniu do spraw wymienionych w tym przepisie.

Dodać trzeba, iż w ramach przesłuchania podejrzanego w trybie czynności wynikających z art. 308 k.p.k. pouczenie o prawie żądania podania mu ustnie podstaw zarzutów lub sporządzenia uzasadnienia na piśmie (art. 313 § 3 w zw. z art. 308 § 2 k.p.k.) stanowi jeden z elementów czynności przedstawienia zarzutów, jednak nie stanowi o skuteczności tej czynności, a pełni rolę uzupełniającą, warunkującą podjęcie skutecznej obrony³⁰.

²⁵ Wyrok TK z 20 maja 2014 r., sygn. SK 13/13, OTK-A 014, nr 5, poz. 54; wyrok SN z 9 lutego 2004 r., sygn. V KK 194/03, OSNKW 2004, nr 4, poz. 42.

²⁶ Dz.U. nr 61, poz. 284 ze zm.

²⁷ Wyrok ETPC z 27 listopada 2008 r., sygn. 36391/02 w sprawie *Salduz v. Turcja*.

²⁸ Dz.U. z 2017 r., poz. 1206 ze zm.

²⁹ R.A. Stefański, *Czynności przedstawienia zarzutów*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8, s. 20.

³⁰ *Ibidem*, s. 20–21.

Postępowanie w niezbędnym zakresie odbywa się, zanim zostanie wydane postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Ekwiwalentem tej czynności przy „uproszczonym” przedstawieniu zarzutów jest wpisanie czynu do protokołu przesłuchania podejrzanego (art. 308 § 2 i art. 325g § 2 k.p.k.³¹). Zatem przedstawienie zarzutów odbywa się w tej sytuacji ustnie i od tego momentu osobę podejrzaną traktuje się jak podejrzanego³². Protokół przesłuchania podlega odczytaniu przed sądem tak jak każdy protokół przesłuchania podejrzanego w wypadkach określonych w art. 389 i 391 § 2 k.p.k.³³ Nie można w tym miejscu pominąć terminu, w jakim organ procesowy ma sposobność do przesłuchania osoby podejrzaney w charakterze podejrzanego. Otóż ustawodawca przewiduje możliwość przesłuchania w trybie art. 308 § 2 k.p.k. tylko w ciągu 5 dni od podjęcia pierwszej czynności procesowej w ramach postępowania w niezbędnym zakresie (art. 308 § 5 k.p.k.). Termin wskazany w § 5 art. 308 k.p.k. jest terminem stanowczym dla organu procesowego, gdyż ma na celu przyspieszenie postępowania, zatem jego przekroczenie zdaje się nie powodować bezskuteczności czynności, a jego naruszenie można uznać za rażące naruszenie obowiązków procesowych przez organ z konsekwencjami wynikającymi z art. 20 § 2 k.p.k.³⁴

W wypadkach, w których prowadzenie śledztwa jest obowiązkowe³⁵, gdyż wszczęto postępowanie w fazie *in personam* w oparciu o art. 308 § 2 k.p.k., naj-

³¹ *Ibidem*, s. 21.

³² P.K. Sowiński słusznie zauważa, iż nie jest poprawne zamiennie stosowanie pojęć „wydanie” i „sporządzenie” postanowienia o przedstawieniu zarzutów. „Wydanie” bowiem wiąże się z uzewnętrznieniem lub ogłoszeniem jakiejś kwestii, natomiast „sporządzenie” oznacza wykonanie lub przygotowanie czegoś. Artykuł 71 § 1 k.p.k. wiąże wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów z realizacją prawa podejrzanego do informacji procesowej w zakresie, w jakim ogłasza się mu treść zarzutów. Artykuł 308 § 2 k.p.k. *expressis verbis* stanowi, że mimo niesporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów przesłuchanie rozpoczyna się od informacji o treści zarzutu. P.K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012, s. 67. Taką interpretację podkreśla stanowisko judykatury w postanowieniu SN z 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 31/07, LEX nr 262649. Orzeczono w nim, iż „wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów nie można utożsamiać z jego sporządzeniem, gdyż wydanie postanowienia oznacza zarazem jego uzewnętrznienie. [...] gdyby rzeczywiście wyrazy «sporządzenie» i «wydanie» miały mieć tożsame znaczenie, to nic nie stało na przeszkodzie, by ustawodawca w art. 313 k.p.k. użył właśnie słowa «wydanie», skoro pojęciem tym operuje np. w art. 71 § 1 k.p.k., art. 249 § 2 k.p.k. czy art. 308 § 2 k.p.k. Skoro tak nie postąpił, to oznacza, iż termin «sporządzenie» ma inne znaczenie”.

³³ T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003, s. 782.

³⁴ *Ibidem*, s. 784.

³⁵ Artykuł 309 k.p.k. stanowi, w jakich sprawach prowadzi się śledztwo. I są to sprawy, w których rozpoznanie w I instancji należy do właściwości sądu okręgowego; o występki – gdy osobą podejrzaną jest sędzia, prokurator, funkcjonariusz Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Służby Celno-Skarbowej lub Centralnego Biura Antykorupcyjnego; o występki – gdy osobą podejrzaną jest funkcjonariusz Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej, finansowego organu

później w terminie 5 dni od dnia przesłuchania prokurator wydaje postanowienia o przedstawieniu zarzutów albo w razie braku warunków do jego sporządzenia wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania w stosunku do osoby przesłuchanej (art. 308 § 3 i 4 k.p.k.). Z kolei w wypadkach, w których prowadzi się dochodzenie, gdzie postanowienie o przedstawieniu zarzutów nie jest wymagane, uzyskanie takiego postanowienia prokuratora „autoryzującego” niejako ustne przedstawienie zarzutów nie jest wymagane, chyba że w toku dalszych czynności podejrzany zostaje tymczasowo aresztowany (art. 325g § 1 *in fine* k.p.k.)³⁶.

W tym miejscu warto rozważyć scenariusz, kiedy to między ustnym przedstawieniem zarzutów a dniem wydania przez prokuratora postanowienia potwierdzającego ustne przedstawienie zarzutów pojawią się takie okoliczności, które w znaczny sposób zmieniają obraz czynu, co zobliguje do modyfikacji ustnie przedstawionych zarzutów. Wówczas jeśli osobie przesłuchanej w charakterze podejrzanego w trybie art. 308 § 2 k.p.k. należy zarzucić popełnienie czynu w zmienionej postaci lub należy go zakwalifikować z innego przepisu albo należy dodatkowo przedstawić zarzut popełnienia czynu, który nie był objęty informacją o treści zarzutu, wydaje się postanowienie o przedstawieniu zarzutów obejmujące te zmodyfikowane elementy, z którymi podejrzany ma prawo się zapoznać z powołaniem się na art. 314 k.p.k.³⁷

Ważką przesłanką przesłuchania osoby podejrzanego w trybie art. 308 § 2 k.p.k. jest to, iż w chwili dokonywania tej czynności organ musi posiadać takie dane, które uzasadniają dostateczne podejrzenie, że czyn popełniła osoba podejrzana (art. 313 § 1 k.p.k.).

Stan podejrzenia, jaki zachodzi między przesłuchaniem w charakterze podejrzanego a wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jest stanem przejściowym, a ta osobliwa sytuacja podejrzanego nie wpływa zasadniczo na zakres jego praw od dnia przesłuchania w porównaniu z wachlarzem uprawnień, jakie przysługują podejrzanemu objętemu postanowieniem o przedstawieniu zarzutów³⁸. Przede wszystkim zatem obowiązkiem organu procesowego jest pouczenie go przed przesłuchaniem o jego uprawnieniach wynikających z art. 300 k.p.k., a więc: do składania wyjaśnień, do odmowy składania wyjaśnień lub odmowy odpowiedzi na pytania, do informacji o treści zarzutów i ich zmianach, do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub docho-

postępowania przygotowawczego lub organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego w zakresie spraw należących do właściwości tych organów lub o występki popełnione przez tych funkcjonariuszy w związku z wykonywaniem czynności służbowych; o występki, w których nie prowadzi się dochodzenia; o występki, w których prowadzi się dochodzenie, jeżeli prokurator tak postanowi ze względu na wagę lub zawilość sprawy.

³⁶ P.K. Sowiński, *Uprawnienia...*, s. 76.

³⁷ *Ibidem*, s. 79; *Postępowanie karne. Część szczególna*, red. J. Skorupka, Warszawa 2013, s. 53.

³⁸ P.K. Sowiński, *Uprawnienia...*, s. 77.

dzenia, do korzystania z pomocy obrońcy, do końcowego zaznajomienia się z materiałami postępowania przygotowawczego, o uprawnieniach wynikających z przepisów art. 23a § 1 k.p.k. (możliwości skierowania sprawy do postępowania mediacyjnego), art. 72 § 1 k.p.k. (prawa do skorzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeśli nie włada w wystarczającym stopniu językiem polskim), art. 156 § 5 i 5a k.p.k. (możliwości udostępnienia akt postępowania przygotowawczego, sporządzania odpisów lub kopii oraz wydania uwierzytelnionych odpisów lub kopii, a w razie złożenia wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania o możliwości udostępnienia akt w części zawierających treść dowodów dołączonych do wniosku), art. 301 k.p.k. (możliwości przesłuchania podejrzanego z udziałem obrońcy), art. 335 k.p.k. (możliwości złożenia przez prokuratora wniosku o skazanie bez rozprawy), art. 338a § 1 i 387 k.p.k. (możliwości do złożenia wniosku o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego lub wniosku o dobrowolne poddanie się karze) oraz o obowiązkach i konsekwencjach wskazanych w art. 74, art. 75, art. 133 § 2, art. 18 i art. 19 k.p.k. Pouczenie musi być pisemne, a otrzymanie pouczenia podejrzanego potwierdza pismem. Przesłuchiwany podejrzanego powinien być również pouczony o prawie żądania podania ustnie podstaw zarzutów lub sporządzenia uzasadnienia na piśmie (art. 313 § 3 k.p.k.)³⁹. Godnym uwagi uprawnieniem podejrzanego z art. 308 § 2 k.p.k. jest prawo domagania się wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów najpóźniej w ciągu 5 dni od dnia jego przesłuchania⁴⁰. Warto w tym miejscu zauważyć, iż wydane przez prokuratora postanowienie o przedstawieniu zarzutów w trybie art. 308 § 3 po przekroczeniu tego terminu⁴¹ powinno skutkować ogłoszeniem go podejrzanemu z zachowaniem wymogów określonych w art. 313 § 1 k.p.k.

³⁹ D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2016, s. 78; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, s. 782. Odmiennie: M. Kowalski, *Czynności w niezbędnym zakresie...*, s. 46.

⁴⁰ P.K. Sowiński, *Uprawnienia...*, s. 77.

⁴¹ W doktrynie niejednogłośnie wypowiedziano się co do charakteru tego terminu. Oczywiście jest, iż z uwagi na treść art. 122 § 2 k.p.k. termin ten nie ma charakteru terminu zawitego. Za tym, iż jest to termin prekluzyjny, opowiedzieli się: S. Łagodziński, *Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i jej prawnokarne skutki*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 4, s. 116; J. Skorupka, *Czynności legalne warunkowo w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2, s. 75. Za instrukcyjnym charakterem tego terminu opowiada się np. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, s. 784. M. Klejnowska nie wyklucza takiego kompromisowego rozstrzygnięcia i przyjęcia, iż ten 5-dniowy termin ma charakter prekluzyjny tylko dla wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów na podstawie art. 308 § 3 w zw. z art. 313 k.p.k., które to postanowienie zatwierdza przesłuchanie przeprowadzone w wypadku niecierpiącym zwłoki. Po upływie tego terminu przewiduje się możliwość wydania postanowienia na podstawie art. 313 k.p.k., ale wyklucza się wówczas możliwość skorzystania z protokołu przesłuchania podejrzanego w dochodzeniu w niezbędnym zakresie, w przeciwieństwie do innych dowodów zebranych w trybie art. 308 § 1 k.p.k. M. Klejnowska, *Oskarżony...*, s. 230.

W razie braku przesłanek do przedstawienia zarzutów prokurator wydaje postanowienie o umorzeniu postępowanie w stosunku do osoby przesłuchanej w ramach postępowania w niezbędnym zakresie, a więc podejrzanego. Przesłuchiwany traci status podejrzanego, gdyż dochodzi do umorzenia postępowania w fazie *in personam*. Kontynuowane postępowanie przygotowawcze będzie się toczyć „w sprawie” albo „przeciwko osobie” – innemu podejrzanemu, choć może toczyć się też przeciwko dotychczasowemu podejrzanemu po uprzednim wznowieniu postępowania w trybie art. 327 § 2 lub 328 k.p.k.⁴²

Podsumowanie

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy w zasadzie pozytywnie ocenić obecnie funkcjonujące w procesie uregulowanie przez ustawodawcę postępowania w niezbędnym zakresie. Czynności dokonane w tym krótkim czasie mają częstokroć istotne znaczenie dowodowe oraz wartość procesową, co pozwala na ich późniejsze wykorzystanie przed sądem. Wobec pewnej „ulotności” dowodów zabezpieczanych na etapie dochodzenia ich powtórzenie w późniejszych fazach procesu jest często niemożliwe, stąd tak duże znaczenie należy przypisać prawidłowości czynności podjętych na tym etapie postępowania. Czasem szybka reakcja organów procesowych, o czym była już mowa, kieruje postępowanie na właściwy tor i zapobiega zniekształceniu obrazu czynu. Wydaje się też, iż na tym etapie w sposób właściwy zagwarantowano prawo do obrony osoby podejrzanego, wobec której statusu narosło tyle kontrowersji. Choć można mieć pewne wątpliwości co do ograniczeń przedmiotowo-temporalnych wprowadzonych przez art. 308 k.p.k., to ich rola jest oczywista – służą one powstrzymaniu organów wymienionych w § 1 tego przepisu przed nadmierną dezygnacją oraz łamaniem podstawowych gwarancji procesowych podejrzanego.

Bibliografia

- Grajewski J., *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2008.
Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003
Grzegorzczak T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009.
Grzeszczyk W., *Komentarz do art. 308 Kodeksu postępowania karnego*, LEX stan prawny na 18 lutego 2014 r.
Kalinowski S., *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 1961.
Klejnowska M., *Oskarżony jako osobowe źródło informacji o przestępstwie*, Kraków 2004.
Kodeks postępowania karnego. Komentarz, red. J. Skorupka, Warszawa 2015.

⁴² P.K. Sowiński, *Uprawnienia...*, s. 78–79.

- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. Z. Gostyński, Warszawa 2004.
- Koper R., *Prawo do obrony osoby podejrzanej*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 2.
- Kowalski M., *Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 1.
- Łagodziński Ł., *Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i jej prawnokarne skutki*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 4.
- Młynarczyk Z., *Przedstawienie zarzutów, badanie wniosków dowodowych, niektóre czynności dowodowe oraz zaznajomienie z materiałami postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 7–8.
- Postępowanie karne. Część szczególna*, red. J. Skorupka, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Czynności legalne warunkowo w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2.
- Sowiński P.K., *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012.
- Stefański R.A., *Czynności przedstawienia zarzutów*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.
- Szyprowski B., *Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11.
- Świecki D., *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2016.
- Wyciszczak S., *Dochodzenie w niezbędnym zakresie*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 12.

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest czynności przesłuchania w ramach prowadzenia dochodzenia w niezbędnym zakresie. Dokonano analizy przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego, procedury przesłuchania w tym trybie oraz terminów prowadzenia czynności w niezbędnym zakresie. Dla uzupełnienia tej problematyki nie sposób byłoby pominąć omówienia prawnych podstaw prowadzenia czynności faktycznego wszczęcia postępowania.

Słowa kluczowe: dochodzenia, podejrzany, przesłuchanie, zarzuty

THE TERMS AND CONDITIONS OF THE INTERVIEW IN THE PROCEDURE OF ART. 308 § 2 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

Summary

The article discusses the interrogation activities as part of conducting the investigation to the necessary extent. The author analyzes the premises of a suspect person's (the person against whom the decision on the submission of charges has not been issued yet) interrogation as a suspect, the procedure of interrogation in this procedure and the time limits for carrying out activities to the necessary extent. To complement this issue, the article discusses the legal basis for conducting the actual act of initializing criminal proceedings.

Keywords: investigation, suspect, hearing, charges

Anna Marcisz-Dynia**EFEKTYWNOŚĆ PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ W PRAKTYCE
– WYBRANE ZAGADNIENIA****Wprowadzenie**

Problematyka dostępu jednostki do sądów europejskich wywołuje od wielu lat żywą dyskusję, której podłożem są poważne problemy w zakresie działania krajowego systemu wymiaru sprawiedliwości. Skutkują one poczuciem krzywdy licznej grupy obywateli. W tej sytuacji w odczuciu społecznym to europejski wymiar sprawiedliwości ma dokonać tego, co nie zostało zrealizowane przez państwo¹. Zwraca się uwagę, że współcześnie jednostka ma więcej środków i instrumentów ochrony swoich praw, pomimo tego dostęp do wymiaru sprawiedliwości nie jest lepszy niż – przykładowo – 20 lat temu. Zwiększeniu możliwości korzystania z różnych środków i instrumentów ochrony nie towarzyszy bowiem przejrzystość umożliwiająca wybór konkretnego środka i ocenę jego skuteczności². Przejawia się to w występującej coraz silniej dysfunkcjonalności instrumentów, którymi operujemy na szczeblu zarówno krajowym, jak i pozakrajowym. Można wyrazić obawę, że niepewność sytuacji prawnej wywołana przez niespójne rozwiązania utrudnia nawet odpowiedź na pytania podstawowej natury: do kogo kierować nasze skargi i jak należy rozumieć gwarancje przyjęte w systemie, skoro niepewność występuje na poziomie interpretacji zasad oraz poszczególnych kategorii praw podmiotowych. W konsekwencji taki stan rzeczy musi osłabiać przewidywalność prawa i możliwych rozstrzygnięć wydanych na szczeblu rozmaitych instancji krajowych lub międzynarodowych³.

¹ H. Izdebski, H. Machińska, *Dostęp obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2005, s. 7.

² E. Łętowska, *Perspektywy zmian w dostępie obywatela do europejskiego wymiaru sprawiedliwości* [w:] *Dostęp obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, red. H. Izdebski, H. Machińska, Warszawa 2005, s. 132.

³ M. Safjan, *Meandry systemu ochrony praw podstawowych. O rzeczywistości realnej i wirtualnej* [w:] *Dostęp obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, red. H. Izdebski, H. Machińska, Warszawa 2005, s. 120.

Celem niniejszego opracowania jest przeanalizowanie podstawowych kwestii dotyczących zasady efektywności prawa unijnego, która w założeniu ma zwiększyć efektywność stosowania prawa unijnego przez sądy i organy administracyjne państw członkowskich. Analizie poddano w tym zakresie bogate orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Prawo unijne ma wpływ na wszystkie dziedziny życia, a efektywność stosowania tego prawa w wąskim znaczeniu jest interpretowana jako uprawnienie jednostek do podnoszenia przed sądem spraw z powołaniem się na akty prawa unijnego. Jest to pojęcie złożone, dlatego też omówione zostaną tylko niektóre jego kwestie.

Efektywność ochrony prawnej

Trybunał Sprawiedliwości (wraz z Sądem) jest jedną z najważniejszych instytucji Unii Europejskich. Pełniąc jednocześnie funkcje sądu konstytucyjnego, administracyjnego, cywilnego i międzynarodowego, w istotny sposób wpływa na kształt systemu prawa europejskiego oraz pośrednio też na krajowe porządki prawne państw członkowskich Unii Europejskiej⁴.

Powszechnie przyjęty jest pogląd, że sentencje wyroków Trybunału Sprawiedliwości (TSUE) w początkowym okresie funkcjonowania Wspólnot wywarły ogromne znaczenie dla ochrony sądowej jednostki. Jak zauważa J. Sozański, „pomimo że w systemie prawa unijnego nie uznaje się precedensów ani wytycznych praktyki sądowej, to orzeczenia Trybunału stanowią trwałą wartość i w sferze interpretacji prawa, i dla traktowania (rozwiązania) innych spraw”⁵.

Jest rzeczą interesującą, że mimo iż orzeczenia TSUE nie mają prawnego charakteru precedensu (kategorii właściwej dla systemu *common law*), w praktyce cechuje je moc prawotwórcza⁶. W procesie zapewnienia efektywnej ochrony prawnej, a tym samym w kształtowaniu pozycji osób fizycznych i prawnych w postępowaniach przed sądami unijnymi *sensu largo*, podstawową rolę odgrywają fundamentalne zasady związane ze stosowaniem prawa Unii Europejskiej.

Konsekwentny kierunek linii orzeczniczej doprowadził do ugruntowania takich zasad prawa unijnego, jak: zasada skutku bezpośredniego, zasada nadrzędności, czyli pierwszeństwa prawa unijnego, zasada efektywności, efektywnej ochrony sądowej, a także zasada odszkodowawcza. Zasady te zostały wyinterpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości i jako tzw. ogólne zasady prawa wspólnotowego stanowią integralną część unijnego porządku prawnego.

⁴ A. Łazowski, *Europejskie Trybunały*, „Gazeta Prawna” 1999, nr 7, s. 31.

⁵ J. Sozański, *Typy orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości WE a sądy krajowe*, „Prawo Unii Europejskiej” 2003, nr 5, s. 38.

⁶ A. Łazowski, *Europejskie Trybunały*, s. 31.

Wśród zasad ogólnych tego prawa wymienione zasady zajmują miejsce szczególne ze względu na funkcje, jakie pełnią w systemie prawa unijnego i prawa wewnętrznego państw członkowskich. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zasady te, po pierwsze, określają charakter prawny relacji między systemem prawa unijnego a systemem prawa krajowego, po drugie, określają pozycję i zadania sądów państw członkowskich w procesie wykładni i stosowania prawa należącego do obu tych systemów. W sytuacji, gdy przepisy prawa unijnego nie określają wprost charakteru prawnej relacji między prawem unijnym a prawem krajowym oraz kompetencji sądów państw członkowskich w zakresie rozpoznawania i rozstrzygania spraw unijnych, lukę tę wypełniają powyższe zasady w kształcie nadanym im przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu⁷.

Efektywność jest uznawana za zasadę warunkującą realizację bezpośredniego skutku i prymatu prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości uważa ją za warunek zapewnienia odpowiedniej ochrony podmiotom korzystającym z prawa Unii Europejskiej⁸. Dla określenia tej zasady Trybunał posługuje się takimi terminami, jak *effectiveness*, *useful effect*, a nawet *effect utile*. Mimo podstawowego znaczenia w prawie unijnym treść zasady efektywności prawa nie została wyjaśniona przez TSUE⁹.

Jak zauważa A. Wróbel, pojęcie efektywności w rozumieniu prawa unijnego jest sporne i wieloznaczne. Można wyróżnić szersze i węższe pojęcie efektywności. W szerszym znaczeniu oznacza obowiązek państwa członkowskiego do zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowemu w wewnętrznym porządku prawnym, w węższym zaś – obowiązek sądów państw członkowskich efektywnego stosowania i wykładni prawa wspólnotowego (zapewnienia efektywnej ochrony roszczeń opartych na prawie wspólnotowym)¹⁰.

Uznaje się, że podstawą prawną zasady efektywności prawa unijnego jest art. 10 TWE (obecnie treść zastąpiona art. 4 ust. 3 TUE)¹¹. Przepis ten stanowi,

⁷ A. Wróbel, *Zasady ogólne (podstawowe) prawa Unii Europejskiej [w:] Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 81.

⁸ K. Kowalik-Bañczyk, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego – wprowadzenie i wyrok ETS z 16.12.1976 r. w sprawie 45/76 Comet BV przeciwko Produktschap voor Siergewassen*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, s. 54.

⁹ Na ten temat zob. D. Miąsik, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego [w:] Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 315.

¹⁰ A. Wróbel, *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 1, s. 38.

¹¹ Artykuł 4 ust 3 TUE zawiera tzw. klauzulę lojalności, czyli szczerzej współpracy, z której Trybunał wywodzi konieczność pełnej współpracy między organami wspólnotowymi i krajowymi – co tworzy szczególne obowiązki m.in. po stronie sądów krajowych. Zob. orzeczenia: sprawa 45/76 *Comet v. Productschap voor Siergewassen*, Zb. Orz. TS 1976, s. 2043; sprawa C-213/89

że państwa członkowskie podejmują wszelkie właściwe środki ogólne lub szczególne w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z tego Traktatu lub z działań instytucji Unii. Z art. 4 ust. 3 TUE wynika generalnie zobowiązanie państw członkowskich do zapewnienia skuteczności zawartej przez nie umowy międzynarodowej, jaką jest Traktat. Państwa są zobowiązane przestrzegać postanowień Traktatu oraz wydanego na jego podstawie prawa wtórnego. Jednocześnie art. 4 ust. 3 TUE obliuguje je do wdrażania i stosowania prawa unijnego na swoim terytorium. W ten sposób art. 4 ust. 3 TUE nakładał na państwa obowiązek zapewnienia przestrzegania nakazów wynikających z prawa unijnego przez organy państwa oraz podmioty indywidualne znajdujące się na jego terytorium. Z drugiej strony obliuguje państwa członkowskie do poszanowania praw, które prawo wspólnotowe przyznaje innym podmiotom, oraz do zapewnienia tym prawom ochrony prawnej¹².

W orzecznictwie TSUE widać wyraźną tendencję do przenoszenia ciężaru zapewnienia poszanowania prawa unijnego na sądy państw członkowskich. Trybunał stwierdził, iż sądy krajowe należy uznać za sądy właściwe dla prawa wspólnotowego, spoczywa na nich obowiązek zapewnienia, aby prawo unijne było przestrzegane i stosowane w krajowych systemach prawnych. Sądy krajowe nazwane zostały nawet powszechnymi sądami prawa wspólnotowego. To właśnie sądy krajowe są ogólnie właściwe do rozstrzygania spraw na podstawie prawa unijnego, podczas gdy sądy wspólnotowe są właściwe do rozstrzygania spraw wyraźnie przekazanych im na mocy prawa wspólnotowego. Sądy krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej są określane jako sądy pierwszego i niejednokrotnie ostatniego kontaktu z prawem unijnym¹³.

Tak więc to sądy są tymi organami, do których należy w państwach członkowskich ochrona praw podmiotowych jednostek. Jako organy niezależne od władzy ustawodawczej lub wykonawczej sądy są władne zapewnić ochronę uprawnieniom wynikającym z prawa unijnego, których jednostki zostały pozbawione w wyniku zachowania ustawodawcy lub organów administracji¹⁴.

Z orzecznictwa wynika, że Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej przypada główna rola kreatora kierunku zasady efektywności. Wystarczy wskazać na rozstrzygnięcia Trybunału zapadłe w sprawach *Wilhelm i inni v. Federalny Urząd Kartelowy*¹⁵, *Administracja Finansów Państwowych v. Simmenthal Sp. A.*¹⁶

Factortame and Others, Zb. Orz. TS 1990, s. I-2433; sprawy połączone C-6 i 9/90 *Francovich*, Zb. Orz. TS 1991, s. I-5357.

¹² D. Miąsik, *Zasada efektywności...*, s. 316–317.

¹³ W. Postulski, *Jednolite i efektywne stosowanie prawa wspólnotowego przed sądami państw członkowskich*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 6, s. 31.

¹⁴ D. Miąsik, *Zasada efektywności...*, s. 324.

¹⁵ Orzeczenie w sprawie 14/64 *Walt Wilhelm i inni v. Federalny Urząd Kartelowy*, Zb. Orz. TS 1963, s. 1.

czy *Królowa v. Sekretarz Stanu ds. Transportu ex parte Factortame Ltd. i inni*¹⁷, a także w sprawach takich jak: *N.V. Algemene Transporten Expeditie Onderneming, Van Gend & Loos v. Holenderska Administracja Podatkowa, Flaminio Costa v. ENEL*, aby wykazać, jaką odgrywa ono rolę dla całego systemu funkcjonowania Unii Europejskiej.

W pierwszej sprawie TSUE wyraźnie zaakcentował: „Traktat EWG ustanowił swój własny system prawny, zintegrowany z systemami prawnymi państw członkowskich, który musi być stosowany przez ich sądy, byłoby niezgodne charakterem tego systemu, gdyby zezwolić państwom członkowskim na wprowadzenie lub utrzymywanie środków prawnych, które byłyby zdolne w jakikolwiek sposób ograniczyć efektywność Traktatu w praktyce”¹⁸.

Z kolei w sprawie *Simmenthal* Trybunał uznał: „jeżeli aktom prawnym w dziedzinie, na którą rozciąga się kompetencja prawotwórcza Wspólnoty, przyznana zostałaby pewna skuteczność, prowadziłyby to do zanegowania efektywności zobowiązań zaciągniętych przez państwa członkowskie na podstawie Traktatu, co z kolei oznaczałoby postawienie pod znakiem zapytania podstaw Wspólnoty”¹⁹.

Natomiast w sprawie *Factortame* sędziowie orzekli: „zadaniem sądów wewnętrznych wynikającym z zasady współpracy ustanowionej przez artykuł 5 [obecnie art. 4 ust 3 TUE – przyp. A.M.D.] Traktatu o EWG jest zapewnienie ochrony prawnej, którą zainteresowane osoby wywodzą z bezpośredniej skuteczności postanowień prawa wspólnotowego. Wszelkie normy prawa wewnętrznego oraz praktyka ustawodawcza administracyjna lub sądowa, które mogłyby wpłynąć na efektywność prawa wspólnotowego poprzez ograniczenie kompetencji sądu wewnętrznego stosującego prawo wspólnotowe do uchylenia w razie konieczności przepisów wewnętrznych, które mogłyby pozbawić, chociaż przejściowo, normę wspólnotową mocy obowiązującej i skuteczności, są niezgodne z wymogami właściwymi dla samego prawa wspólnotowego”²⁰.

Efektywność prawa unijnego nie może być zapewniona wyłącznie przez niestosowanie norm krajowych, które są sprzeczne z normami unijnymi. Konieczna jest również – dla jednolitego i rzeczywistego stosowania prawa unijne-

¹⁶ Orzeczenie w sprawie 106/77 *Administracja Finansów Państwowych v. Simmenthal Sp. A.*, Zb. Orz. TS 1978, s. 629.

¹⁷ Orzeczenie w sprawie C-213/89 *Królowa v. Sekretarz Stanu ds. Transportu ex parte Factortame LTD i inni*, Zb. Orz. TS 1990, s. 1–2433.

¹⁸ *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo. Wydanie nowe z Suplementem*, wybór i red. W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, Warszawa 2005, s. 40 (dalej: *Orzecznictwo*).

¹⁹ *Ibidem*, s. 47–48.

²⁰ *Ibidem*, s. 51–52.

go w państwach członkowskich – gwarancja odpowiedniej kontroli sądowej ze strony sądów krajowych oraz możliwość usuwania przez nie szkodliwych skutków naruszeń norm wspólnotowych. Przyjmuje się, iż skuteczność prawa unijnego powinna być jednakowa i jednakowo zapewniona niezależnie od tego, o jaką dziedzinę prawa krajowego chodzi. Wydaje się również, iż sędzia winien z urzędu czuwać nad zachowaniem skuteczności norm wspólnotowych²¹.

Istotne jest więc, iż obok zasady efektywności podnosi się warunek jednolitego stosowania prawa unijnego we wszystkich sytuacjach i wobec wszystkich jego podmiotów, ponieważ brak jednolitości stanowiłby barierę w zachowaniu istoty efektywności.

Prawo unijne oparte jest na zasadzie jednolitości, tzn. musi funkcjonować jednakowo we wszystkich państwach członkowskich. Tym samym choć stosowanie prawa unijnego jest zadaniem sądów krajowych, to interpretacja tego prawa pozostaje zarezerwowana dla Trybunału Sprawiedliwości. W przeciwnym razie gdyby kompetencje interpretacyjne należały do sądów najwyższych (sądów konstytucyjnych), nie udało się zachować jednolitości rozumienia prawa unijnego, a to zburzyłoby ponadnarodową (integracyjną) istotę tego prawa²².

Zachowanie zasady jednolitości stosowania prawa unijnego sprowadza się do kilku wymogów. D. Kornobis-Romanowska dokonuje ich wyliczenia. Pierwszym jest nadanie prawu Unii jednakowego sensu we wszystkich państwach członkowskich. Oznacza to, że wszystkie elementy normy unijnej muszą mieć takie same znaczenie dla wszystkich jej adresatów. Drugim warunkiem jest, by prawo unijne było wiążące w jednakowym stopniu dla wszystkich swoich adresatów. Trzecim natomiast jest skuteczność norm unijnych od momentu ich wejścia w życie przez cały czas ich pozostawania w mocy²³.

Zasada jednolitego stosowania prawa unijnego nie jest zasadą bezwzględną. Doznaje ona pewnych ograniczeń. W doktrynie podkreśla się, że choć wymaganie jednolitego prawa unijnego jest fundamentalne, nie ma ono przewagi nad innymi zasadami prawa wspólnotowego, takimi jak kompetencja sądów krajowych w sprawach proceduralnych. Co więcej, zasada ta nie jest na tyle elementarna, aby mogła być równa z takimi zasadami, jak zasada skutku bezpośredniego, zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego bądź zasada dostępu do sądu²⁴.

Zasada efektywności pełni istotne funkcje w systemie unijnej ochrony prawnej, w szczególności zaś uzasadnia ograniczenie zasady autonomii proceduralnej państw członkowskich, stanowi podstawę prawną dla ustanowienia roz-

²¹ K. Kowalczyk-Bańczyk, *Zasada efektywności...*, s. 54–55.

²² L. Garlicki, *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej a sądy [w:] Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, red. E. Popławska, Warszawa 2000, s. 199.

²³ D. Kornobis-Romanowska, *Kompetencje wspólnotowe sądów krajowych – przegląd zagadnienia [w:] Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2003, s. 17–19.

²⁴ Por. W. Postulski, *Jednolite i efektywne stosowanie...*, s. 33.

czeń obywateli Unii Europejskiej niemających oparcia w wyraźnym przepisie prawa unijnego (np. roszczenie odszkodowawcze typu *Francovich*), uzasadnia określenie przez Trybunał Sprawiedliwości obowiązków sądów państw członkowskich w zakresie wykładni i stosowania prawa wspólnotowego, stanowi dyrektywę interpretacyjną dla sądów państw członkowskich w tym zakresie²⁵.

W połączeniu z zasadą bezpośredniego skutku zasada efektywności ma zagwarantować podmiotom prywatnym możliwość wyegzekwowania uprawnień zawartych w poszczególnych normach prawa unijnego. Przy ich dochodzeniu przed sądem krajowym zastosowanie znajdują krajowe przepisy proceduralne, co jest określane jako tzw. zasada autonomii proceduralnej²⁶.

Autonomia proceduralna państw członkowskich wyraża się najogólniej tym, że państwo członkowskie ma pewien z założenia szeroki zakres swobody w ustawowym kształtowaniu właściwości sądów (ustroju sądów) i procedur (sądowych i pozasądowych) służących ochronie praw opartych na prawie unijnym. W węższym znaczeniu autonomia proceduralna może być relatywizowana do procesu sądowego stosowania prawa i ujmowana jako swoboda sądów państw członkowskich w zakresie stosowania krajowych przepisów procesowych przy rozpoznawaniu spraw opartych na prawie wspólnotowym²⁷.

Zakres autonomii proceduralnej państw członkowskich stale się zmniejsza wskutek – po pierwsze – rosnącej aktywności prawodawczej Unii Europejskiej w obszarze zagadnień proceduralnych (ograniczenie autonomii proceduralnej w zakresie stanowienia prawa), a po drugie – aktywności orzeczniczej TSUE ustanawiającego zasady korzystania przez sądy krajowe z kompetencji do stosowania i wykładni krajowych przepisów proceduralnych (ograniczenie autonomii proceduralnej w zakresie sądowego stosowania prawa)²⁸.

TSUE na podstawie art. 10 TWE (obecnie art. 4 ust 3 TUE) sformułował pewne wymagania, jakim powinno odpowiadać postępowanie przed sądami krajowymi stosującymi prawo unijne, aby ochrona praw jednostki była efektywna.

W praktyce Trybunału można wyodrębnić trzy fazy, w których TSUE w różny sposób określał relację pomiędzy prawem unijnym a krajowymi regułami proceduralnymi. Fazę pierwszą cechowała swoista niechęć Trybunału do ingerencji w wewnętrzne przepisy proceduralne państw członkowskich oraz skłanianie się ku dominacji krajowego prawa proceduralnego wobec braku odpowiednich reguł na płaszczyźnie prawa unijnego²⁹.

²⁵ A. Wróbel, *Autonomia proceduralna...*, s. 38.

²⁶ K. Kowalik-Bańczyk, *Zasada efektywności...*, s. 55.

²⁷ A. Wróbel, *Autonomia proceduralna...*, s. 39.

²⁸ *Ibidem*, s. 39–40.

²⁹ Zob. sprawa 33/76 *Rewe v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Zb. Orz. TS 1976, s. 1989.

Pewna przewaga krajowych przepisów proceduralnych miała być jednak ograniczona dwoma warunkami. Po pierwsze, Trybunał uznał, iż „reguły proceduralne określone w prawie krajowym nie mogą być mniej korzystne niż te, które odnoszą się do podobnych roszczeń wynikających z prawa krajowego” (zasada równoważności czy niedyskryminacji)³⁰. Po drugie, „reguły proceduralne określone w prawie krajowym nie będą stosowane, jeśli miałyby to powodować, że wykonywanie praw wynikających z prawa unijnego, które sądy krajowe mają obowiązek chronić, byłoby w praktyce niemożliwe” (zasada praktycznej możliwości)³¹.

W późniejszej fazie swej praktyki orzeczniczej Trybunał określał zasadę pierwszeństwa prawa unijnego, kładąc przy tym większy nacisk na konieczność spełnienia przez krajowe przepisy proceduralne warunków adekwatności i efektywności, a nie tylko praktycznej możliwości. Z orzecznictwa TSUE wynikało, iż w pewnych okolicznościach sądy krajowe powinny zapewnić dostępność określonego środka prawnego niezależnie od tego, czy w prawie krajowym taki środek został przewidziany. Innymi słowy, jeśli zastosowanie przepisów krajowych miałyby uniemożliwić lub nadmiernie utrudnić zapewnienie skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z prawa unijnego, sądy krajowe powinny zapewnić środki szczególne³². Omawiana faza orzecznictwa TSUE charakteryzuje się więc dość daleko idącym interwencjonizmem w imię zapewnienia efektywności prawu unijnemu.

Taka praktyka orzecznicza TSUE wywołała jednak krytykę wskazującą na nadmierną ingerencję Trybunału w krajowe prawo proceduralne, co w konsekwencji spowodowało odejście TSUE od tak pojmowanego zapewnienia skuteczności prawa unijnego.

W ostatniej fazie Trybunał wydaje się próbować znaleźć równowagę pomiędzy zapewnieniem skutecznego dochodzenia roszczeń wynikających z prawa unijnego a respektowaniem krajowych przepisów proceduralnych. TSUE stara się więc wyważyć w świetle szczególnych okoliczności konkretnej sprawy znaczenie roszczenia wynikającego z prawa wspólnotowego z jednej strony, a zakresem zastosowania i celem danego przepisu krajowego z drugiej³³.

³⁰ Zob. sprawa 45/76 *Comet v. Productschap voor Siergewassen*, Zb. Orz. TS 1976, s. 2043.

³¹ Zob. sprawa 33/76 *Rewe* i sprawa 45/76 *Comet*.

³² Zob. sprawa C-213/89 *Factortame i in.*, Zb. Orz. TS 1990, s. I-2433; sprawa C-6/90 i 9/90 *Andrea Francovich i Danila Bonifaci*, Zb. Orz. TS 1991, s. I-5357; sprawa C-208/90 *Theresa Emmott v. Minister for Social Welfare and Attorney General*, Zb. Orz. TS 1991, s. 4269.

³³ A. Zawadzka, *Zasada autonomii proceduralnej państw członkowskich a zapewnienie efektywności prawu wspólnotowemu w krajowym porządku prawnym* [w:] *Prawo Unii Europejskiej w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich. Materiały konferencyjne*, red. M. Wędrychowski, Warszawa 2003, s. 66–67.

TSUE dokonuje więc oceny wpływu krajowych przepisów proceduralnych na efektywność prawa unijnego w sposób ściśle związany ze stanem faktycznym, w jakim pojawia się kwestia dostępu do efektywnego środka ochrony prawnej³⁴.

Trybunał przyjął, iż ocena, czy przepisy krajowe sprawiają, że zastosowanie prawa unijnego staje się praktycznie niemożliwe albo nadmiernie utrudnione, wymaga dokonania ich kompleksowej analizy. W tym celu należy zbadać rolę danego przepisu w całym postępowaniu, jego wpływ na przebieg postępowania, jak również specjalne cechy danego postępowania ujmowanego jako całość. Jednocześnie należy dokonać oceny efektywności krajowych środków w kontekście innych wartości, takich jak: prawo do obrony, pewność prawa i prawidłowy przebieg postępowania³⁵.

Z orzecznictwa TSUE wynika, że do podstawowych zasad ograniczających autonomię proceduralną państwa członkowskiego w sferze sądowego stosowania krajowych reguł i zasad proceduralnych należą zasady określone w formule *Rewe/Comet*, a mianowicie zasada ekwiwalentności (zwana również zasadą niedyskryminacji) i zasada efektywności³⁶. Nie ulega wszakże wątpliwości, że na zakres autonomii wpływają także inne zasady prawa unijnego o charakterze procesowym oraz przepisy Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Wpływ formułowanych przez TSUE zasad na proces stosowania i wykładni prawa unijnego przez sądy państw członkowskich jest znaczny, bowiem Trybunał nie ogranicza się do sformułowania konkretnej – wiążącej sąd państwa członkowskiego – zasady prawa, lecz wywodzi z niej lub w powiązaniu z nią konkretne obowiązki sądu państwa członkowskiego, w tym obowiązek niestosowania przepisu proceduralnego sprzecznego z taką zasadą³⁷.

Zatem co do zasady ochrona praw podmiotowych wynikających z prawa unijnego oraz środki dostępne w razie naruszenia tych praw zależą od przepisów proceduralnych i materialnych prawa krajowego. Nie jest to jednak zasada obowiązująca bezwzględnie. Jeżeli stosowanie przepisów krajowych mogłaby wykluczyć pełną skuteczność praw wynikających z przepisów prawa unijnego, to sędzia krajowy powinien zgodnie z zasadą efektywności prawa wspólnotowego wybrać odpowiedni instrument zapewnienia skuteczności normy unijnej – np.

³⁴ Zob. sprawa C-430/93 i C-431/93 *Van Schijndel i Van Veen v. SPF*, Zb. Orz. TS 1995, s. I-4705.

³⁵ S. Biernat, *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości* [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 61–62.

³⁶ Zgodnie z zasadą ekwiwalentności reguły proceduralne nie mogą być mniej korzystne dla roszczeń opartych na prawie wspólnotowym niż dla podobnych roszczeń opartych na prawie krajowym. Zgodnie z zasadą efektywności krajowe reguły proceduralne nie mogą w praktyce czynić niemożliwym dochodzenie roszczeń opartych na prawie wspólnotowym.

³⁷ A. Wróbel, *Autonomia proceduralna...*, s. 40–41.

dokonać wykładni prowsólnotowej przepisów krajowych bądź się wstrzymać z ich stosowaniem. Trybunał pozostawia sądom krajowym wybór najbardziej o powiednięgo środka ochrony prawa unijnego³⁸.

Zapewnianie efektywności może się odbywać na różne sposoby. Po pierwsze, poprzez stosowanie wykładni prowsólnotowej – polegającej na wykonywaniu przez organy krajowe takiej wykładni prawa wewnętrznego, która zapewnia osiągnięcie celu wynikającego z normy prawa wspólnotowego³⁹. Ale także poprzez niestosowanie prawa krajowego niezgodnego z prawem wspólnotowym (tzw. *l'invocabilité d'exclusion*) – jak stwierdził Trybunał w orzeczeniu *Simmenthal*, organy krajowe powinny się powstrzymywać od stosowania norm prawa krajowego, które stoją w sprzeczności z normami prawa unijnego. Należy podkreślić, że nie będzie chodzić wyłącznie o przepisy powszechnie obowiązujące, ale również o decyzje konkretnie indywidualne⁴⁰. Jest to też możliwość uzyskania odszkodowania przez podmiot prywatny za naruszenie wobec niego prawa unijnego (*l'invocabilité de réparation*)⁴¹ – początkowo Trybunał ograniczył się do naruszeń przypisywanych państwu⁴², od niedawna dopuszcza też odpowiedzialność podmiotów prywatnych⁴³. Poza tym możliwość zastąpienia norm prawa krajowego normą unijną (*l'invocabilité de substitution*) – jest to dopuszczalne w przypadku norm bezpośrednio skutecznych. Obecnie wydaje się, że Trybunał wymaga od sądów krajowych usunięcia wszelkich utrudnień nałożonych przez prawo krajowe, które mogłyby stać na przeszkodzie pełnemu i skutecznemu stosowaniu prawa unijnego⁴⁴.

Podsumowanie

Podsumowując, celem zasady jest podniesienie efektywności stosowania prawa Unii Europejskiej przez sądy państw członkowskich. W ścisłym ujęciu oznacza uprawnienie jednostki do powoływania się na akty prawa unijnego przed sądami krajowymi, w szczególności gdy wydany przez instytucję akt prawny w postaci dyrektywy nakazuje państwu podjęcie określonych działań⁴⁵. Tym samym istotne jest, aby środki podjęte w różnych państwach członkowskich doprowadziły do tego, by prawo unijne było tak samo skuteczne i równoważne

³⁸ K. Kowalik-Bańczyk, *Zasada efektywności...*, s. 55.

³⁹ Zob. np. sprawa 106/89 *Marleasing*, Zb. Orz. TS 1990, s. I-4135.

⁴⁰ Zob. np. sprawa C-224/97 *Erich Ciola v. Land Voralberg*, Zb. Orz. TS 1999, s. I-2517.

⁴¹ Zob. np. sprawy połączone C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, ZB. Orz. TS 1996, s. I-1029.

⁴² Zob. sprawy połączone C-6/90 i 9/90 *Francovich*, Zb. Orz. TS 1991, s. I-5357.

⁴³ Zob. sprawa C-453/99 *Courage Ltd. Przeciwko Bernard Crehan*, Zb. Orz. TS 2001, s. I-6297.

⁴⁴ K. Kowalik-Bańczyk, *Zasada efektywności...*, s. 55–56.

⁴⁵ J. Barcik, *Aksjologia Unii Europejskiej [w:] Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, red. J. Barcik, A. Wentkowska, Warszawa 2011, s. 91.

do tego, jak stosuje się własne prawo krajowe. Oznacza to, że zobowiązanie dla sądów krajowych dotyczy nie tylko stosowania prawa wewnętrznego, ale także interpretacji prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym⁴⁶.

Jak zauważa A. Wróbel, charakter prawny autonomii proceduralnej państw członkowskich jest sporny. Wydaje się jednak nie ulegać wątpliwości, że nie jest to zasada ogólna prawa unijnego, lecz konstrukcja teoretyczna służąca wyjaśnianiu podziału kompetencji między prawodawcę wspólnotowego a prawodawcę krajowego w dziedzinie prawa procesowego oraz podziału kompetencji między sądami unijnymi (TSUE i Sąd) a sądami państw członkowskich w dziedzinie wykładni i stosowania prawa unijnego, a także zakresu swobody sędziego krajowego w stosowaniu i wykładni krajowych przepisów proceduralnych przy rozpoznawaniu spraw opartych na prawie unijnym. Według autora niniejszego artykułu z pewnym uproszczeniem można przyjąć, że treść tej autonomii sprowadza się do następującej formuły: w razie braku stosownych przepisów unijnych do kompetencji (organów prawodawczych) państw członkowskich należy prawne uregulowanie ustroju sądów i procedur sądowych, a do właściwości sądów krajowych – stosowanie i wykładnia krajowych przepisów procesowych przy rozpoznawaniu spraw opartych na prawie unijnym⁴⁷.

Bibliografia

- Barcik J., *Aksjologia Unii Europejskiej* [w:] *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, red. J. Barcik, A. Wentkowska, Warszawa 2011.
- Biernat S., *Zasada efektywności prawa wspólnotowego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości* [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000.
- Garlicki L., *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej a sądy* [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, red. E. Popławska, Warszawa 2000.
- Kornobis-Romanowska D., *Kompetencje wspólnotowe sądów krajowych – przegląd zagadnienia* [w:] *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, red. D. Kornobis-Romanowska, Warszawa 2003.
- Kowalik-Bañczyk K., *Zasada efektywności prawa wspólnotowego – wprowadzenie i wyrok ETS z 16.12.1976 r. w sprawie 45/76 Comet BV przeciwko Produktschap voor Siergewassen*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 6.
- Łazowski A., *Europejskie Trybunały*, „Gazeta Prawna” 1999, nr 7.
- Łętowska E., *Perspektywy zmian w dostępie obywatela do europejskiego wymiaru sprawiedliwości* [w:] *Dostęp obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, red. H. Izdebski, H. Machińska, Warszawa 2005.
- Miąsik D., *Zasada efektywności prawa wspólnotowego* [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005.
- Postulski W., *Jednolite i efektywne stosowanie prawa wspólnotowego przed sądami państw członkowskich*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 6.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ A. Wróbel, *Autonomia proceduralna...*, s. 42–43.

- Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo. Wydanie nowe z Suplementem*, wybór i red. W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, Warszawa 2005.
- Safjan M., *Meandry systemu ochrony praw podstawowych. O rzeczywistości realnej i wirtualnej* [w:] *Dostęp obywateli do europejskiego wymiaru sprawiedliwości*, red. H. Izdebski, H. Machińska, Warszawa 2005.
- Sozański J., *Typy orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości WE a sądy krajowe*, „Prawo Unii Europejskiej” 2003, nr 5.
- Wróbel A., *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 1.
- Wróbel A., *Zasady ogólne (podstawowe) prawa Unii Europejskiej* [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005.
- Zawidzka A., *Zasada autonomii proceduralnej państw członkowskich a zapewnienie efektywności prawu wspólnotowemu w krajowym porządku prawnym* [w:] *Prawo Unii Europejskiej w wewnętrznym porządku prawnym państw członkowskich. Materiały konferencyjne*, red. M. Wędrychowski, Warszawa 2003.

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie podstawowych kwestii dotyczących zasady efektywności prawa unijnego, która w założeniu ma zwiększyć efektywność stosowania prawa wspólnotowego przez sądy i organy administracyjne państw członkowskich. Analizie poddano w tym zakresie bogate orzecznictwo TSUE. Prawo unijne ma wpływ na wszystkie dziedziny życia, a efektywność stosowania tego prawa w wąskim znaczeniu jest interpretowana jako uprawnienie jednostek do podnoszenia przed sądem spraw z powołaniem się na akty prawa unijnego. Jest to pojęcie złożone, dlatego też omówione zostały tylko niektóre jego kwestie.

Słowa kluczowe: zasada efektywności prawa Unii Europejskiej, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, pytanie prejudycjalne, organy administracyjne państw członkowskich

THE EFFECTIVENESS OF THE LAW OF THE EUROPEAN UNION IN PRACTICE – SELECTED ISSUES

Summary

The aim of this study is to present the basic issues regarding the principle of effectiveness of EU law, which is intended to increase the efficiency of Community law application by the courts and administrative bodies of the Member States. The jurisdiction of the Court of Justice of the European Union has been analysed in this respect. EU law affects all areas of life and the effectiveness of its application in the narrow sense is interpreted as the right of individuals to bring cases before court with reference to EU legal acts. It is a complex concept, which is why only some of the issues have been discussed.

Keywords: the principle of effectiveness of European Union law, the Court of Justice of the European Union, preliminary questions, the administrative bodies of the Member States

Artur Potocki**ZALEŻNOŚĆ SAMORZĄDOWYCH INSTYTUCJI KULTURY
W ASPEKTACH PRAWNOADMINISTRACYJNYCH****Wprowadzenie**

Kulturalne prawa człowieka stanowią przedmiot regulacji zarówno prawa międzynarodowego, jak i krajowej ustawy zasadniczej i ustawodawstwa zwykłego. Możliwość uczestnictwa człowieka w kulturze jest jednak, co ważniejsze, społecznym standardem, który powinien być równo zapewniany wszystkim członkom wspólnoty państwowej i samorządowej. Dostęp do kultury może być realizowany zarówno na własną rękę, jak i za pośrednictwem niewładczych instrumentów administracyjnych. Warto także wspomnieć, że działalność kulturalna jest elementem sfery aktywności społecznej i może ona mieć charakter materialny i niematerialny. Podejmowane przez administrację działania mające na celu dostarczanie kultury stanowią działalność o charakterze władczym i niewładczym¹. Niebudzącym wątpliwości stwierdzeniem jest, że dostarczanie usług z zakresu kultury powinno być i jest dziedziną, którą powinien się zajmować samorząd terytorialny. Przemiany ustrojowe, jakie zaszły po 1989 r., doprowadziły do znaczących przekształceń wielu płaszczyzn życia społecznego, w tym również do odrodzenia się koncepcji samorządu terytorialnego jako elementu decentralizacji władzy i rozpoczęcia budowy podstaw społeczeństwa obywatelskiego². Klarowne wydaje się zatem współgranie koncepcji samorządu terytorialnego jako władzy blisko społeczeństwa z zapewnieniem ważnych usług z punktu widzenia Konstytucji³ oraz, co znacznie ważniejsze, z punktu widzenia

¹ Por. E. Iserzon, *Prawo administracyjne. Podstawowe instytucje*, Warszawa 1968, s. 24–25.

² Por. K. Sikora, *Tendencje rozwojowe w samorządzie lokalnym. Budżet obywatelski (partycypacyjny) jako nowy sposób aktywizacji mieszkańców gmin* [w:] *Tendencje rozwojowe prawa administracyjnego*, red. E. Kruk, G. Lubeńczuk, T. Drab, Lublin 2017, s. 107–108.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (tj. Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).

potrzeb społecznych i egzystencjalnych. Jedną z nich jest z całą pewnością dostarczanie i dbanie o kulturę, która stanowi element dziedzictwa cywilizacyjnego i pozwala na identyfikowanie się jednostki z większą zbiorowością. Przedmiotem opracowania jest zależność komunalnych instytucji kultury w aspekcie prawnoadministracyjnym, ustrojowym i finansowym.

W toku opracowania zostanie zweryfikowana teza, zgodnie z którą samorządowe instytucje kultury będące niezbędnym elementem i faktycznym dostawcą usług z zakresu kultury na rzecz społeczności samorządowej są niezależne od swojego organizatora oraz innych podmiotów. Celem badawczym artykułu jest poddanie krytycznej analizie zarówno regulacji normatywnych, jak i poglądów doktryny w kontekście szczególnym prawa kultury i ogólnym z zakresu prawa publicznego, a zwłaszcza administracyjnego. W opracowaniu posłużono się także analizą orzecznictwa sądów administracyjnych oraz analizą aktów wydawanych przez administrację, co stanowi materiał badawczy. Efektem tego było stworzenie samodzielnych poglądów na kwestie związane z funkcjonowaniem oraz dostarczaniem usług z zakresu kultury przez komunalne jednostki za to odpowiedzialne.

Przyczynkiem do podjęcia refleksji dotyczącej zależności komunalnych instytucji kultury w aspektach prawnoadministracyjnych było pojawienie się tego rodzaju problemu w debacie publicznej oraz zaangażowanie, wydawałoby się, autonomicznych jednostek do sporów o podłożu politycznym i ideologicznym. W ostatnim czasie można było dostrzec co najmniej dwie sytuacje, które odnoszą się do problematyki omawianej w opracowaniu. Pierwszą z nich była próba wystawienia w Teatrze Polskim w Wrocławiu spektaklu *Śmierć i dziewczyna* w reżyserii Eweliny Marciniak, którego organizatorem jest dolnośląskie województwo samorządowe oraz minister właściwy ds. kultury⁴. Drugą sytuacją, na którą można wskazać i które była bezpośrednim impulsem do podjęcia refleksji, była próba wystawienia spektaklu *Kłątwa* w reżyserii Olivera Frlijicia w Teatrze Powszechnym w Warszawie, który jest samorządową instytucją kultury miasta stołecznego Warszawa⁵.

Przedmiot działalności kulturalnej

Przechodząc dalej, należy określić, czym jest działalność kulturalna. W tym wypadku ustawodawca zdecydował się na jej zdefiniowanie, aczkolwiek uczynił to w sposób nieprecyzyjny. Zabieg ten był jednak uzasadniony z uwagi na ela-

⁴ Zob. pismo Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego do Marszałka Województwa Dolnośląskiego z 20 listopada 2015 r., sygn. DF/8070/15.

⁵ Zob. oświadczenie Dyrektora Teatru Powszechnego w Warszawie ws. spektaklu *Kłątwa* i planowanych zgromadzeń publicznych z 26 maja 2017, <http://www.powszechny.com/aktualnosci/oswiadczenie-ws-spektaklu-klatwa-i-planowanych-zgromadzen-publicznych-26-05-2017.html> (1.06.2017).

styczność kultury. Pozwala na podtrzymanie aktualności definicji przez lata niezależnie od trendów w kulturze⁶. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej⁷ działalność kulturalna polega na tworzeniu, upowszechnianiu i ochronie kultury. R. Golat⁸ wskazuje na trzy podzakresy działalności kulturalnej, o której mowa w przepisie. Pierwszym z nich jest tworzenie kultury, czyli zakres działalności wykonywanych na bieżąco przez podmiot prowadzący działalność. Chodzi tutaj przede wszystkim o prowadzenie takich działań, które mają na celu stworzenie określonego dobra kultury niezależnie, czy będzie ono namacalne, czy nie, jednak składać się ono będzie na dziedzictwo kulturowe poszczególnych społeczności, tj. w wymiarze lokalnym, regionalnym, ogólnokrajowym. Drugą kwestią, która składa się na całość prowadzenia działalności kulturalnej, jest ochrona kultury, co jest często równoważone z ochroną zabytków⁹. W odróżnieniu od niej zakres ochrony kultury jest pojęciem znacznie szerszym i odnosi się nie tylko do przedmiotów objętych ochroną w myśl u.o.z., ale także wyrazów współczesnej działalności kulturalnej. Dobrym przykładem tego może być instalacja artystyczna „Tęcza”, która w latach 2012–2015 stała w Warszawie na placu Zbawiciela¹⁰, a jej właścicielem był Instytut Adama Mickiewicza – państwowa instytucja kultury. Wielokrotna renowacja oraz działania mające na celu konserwację tej instalacji w obliczu licznych aktów wandalizmu i podpałów to przykład działań mających na celu ochronę kultury – w tym przypadku przedmiotu niebędącego zabytkiem. Ostatnim, trzecim podzakresem prowadzenia działalności kulturalnej jest upowszechnianie kultury, które należy rozumieć jako przybliżanie zdobyczy kultury społeczeństwu, prezentowanie jej, a także animację kultury w celu aktywizacji społeczeństwa. Według autora powyższego podziału aktywizacja ta ma na celu integrację

⁶ Podobnie: A. Jagielska-Burduk, W. Szafranski, *Sektor kultury – działalność kulturalna. Wokół problematyki prawnej* [w:] *Kultura w praktyce. Zagadnienia prawne*, red. A. Jagielska-Burduk, W. Szafranski, Poznań 2012, s. 14–15.

⁷ Ustawa z 25 października 1991 r. o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 862), dalej: u.o.p.d.k.

⁸ R. Golat, *Podstawy prawa kultury*, Poznań 2006, s. 21 i n.

⁹ Tego rodzaju podejście wyrażają A. Jagielska-Burduk, W. Szafranski, *Sektor kultury...*, s. 16, twierdząc, że ochrona dóbr kultury bezpośrednio współgra i łączy się z ochroną zabytków, o której mowa w przepisach ustawy z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 1446 ze zm.), dalej: u.o.z. Stwierdzenie tego rodzaju wydaje się jednak błędne, ponieważ kompetencje związane z ochroną zabytków i prowadzeniem działalności kulturalnej skupione są w rękach jednego organu wyłącznie na szczeblu centralnym.

¹⁰ Zob. szerzej na ten temat: A. Kowalska, Ł. Kamiński, *Zrób to w Warszawie! Alternatywny przewodnik*, Warszawa 2014, s. 246 i n.; M. Ignerska, *Ogarnij miasto Warszawa. Miejski przewodnik subiektywny*, Warszawa 2014, s. 144.

wewnętrznej społeczności oraz wzrost liczby oddolnych działań danej społeczności, co miałyby się przejawiać w rozwoju amatorskiego, nieprofesjonalnego życia artystycznego¹¹.

Jak wskazuje A. Jakubowski¹², działalność kulturalna może być zarówno materialna, jak i umysłowa, tj. niematerialna. Co istotne, nie zostało wprowadzone tutaj jakiegokolwiek rozróżnienie merytoryczne dotyczące tego, jaką kulturę należy prowadzić, a jakiej nie, które nurty w kulturze promować, a które negować. Dlatego właśnie prowadzenie tejże działalności kulturalnej przeradza się w prowadzenie instytucji kultury, które *de facto* wykonują większość czynności związanych ze wspieraniem działalności kulturalnej. Można zatem mówić, że działalność kulturalna sfery publicznej, nad którą mecenas sprawuje władza publiczna, ma wymiar zinstytucjonalizowany.

Zależność organizacyjna a zależność merytoryczna

Przechodząc dalej, należy zwrócić uwagę na kwestię wartościowania nurtów w kulturze oraz uzależnienia treści prezentowanej oferty przez instytucje kultury od poglądów władzy pochodzącej z nadania politycznego, od której zależą nakłady finansowe oraz obsadzanie stanowisk kierowniczych. Jak zauważa D. Sześciło¹³, władza publiczna, w tym również władza samorządowa, posiada daleko posuniętą swobodę w kształtowaniu polityki kulturalnej. W praktyce oznacza to, że ma ona obowiązek wspierania działalności kulturalnej, jednak nie jest zobligowana do wspierania wszelkiej działalności w tym zakresie. Dobór instytucji i projektów, które mogą otrzymać wsparcie finansowe od władzy publicznej, winien być maksymalnie obiektywny, natomiast obecne regulacje nie sprzyjają rozgraniczeniu poglądów aktualnej władzy oraz poglądów reprezentowanych przez dany projekt czy też nurt w kulturze. Można zatem stwierdzić, że obecne regulacje pozostawiają władzy możliwość wspierania ze środków publicznych tylko albo głównie tych nurtów, które są zgodne z jej polityczną ideologią. Oczywiście nie oznacza to, że każdy albo którykolwiek organ władzy centralnej lub samorządowej korzysta ze swoich uprawnień oraz nieścisłości przepisów w ten sposób, jednak należy mieć świadomość, że do tego rodzaju sytuacji może dochodzić z uwagi na nieprecyzyjność prawa.

¹¹ Zob. R. Golać, *Podstawy prawa...*, s. 22–23.

¹² A. Jakubowski, *Komentarz do art. 1* [w:] S. Gajewski, A. Jakubowski, *Ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 5–6.

¹³ Zob. D. Sześciło, *Rola samorządu terytorialnego w sferze kultury a swoboda wypowiedzi artystycznej* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014, s. 127–129.

Optymalnym rozwiązaniem w kontekście zależności od władzy i polityki, na które wskazuje J. Hołda¹⁴, jest całkowite uniezależnienie instytucji kultury od władzy zarówno pod względem wydatkowania środków, jak i obsady stanowisk kierowniczych. Oznacza to, że organizator, którym w przypadku publicznych instytucji kultury jest minister lub jednostka samorządu terytorialnego, zapewnia środki finansowe oraz organizacyjne (lokal, budynek) niezbędne dla funkcjonowania instytucji kultury, a organizacja wewnętrzna, zarówno programowa, jak i finansowa, pozostaje w wyłącznej gestii kierownictwa instytucji, czyli jej dyrektora¹⁵. Władz instytucji kultury nie powinna charakteryzować zależność polityczna oraz lojalność wobec organizatora, ale dbałość o zapewnienie jak najlepszego jakościowo i różnorodnego programu dla społeczności dostosowanego do trendów, panującej mody, a nie nurt władzy. W tym miejscu można zatem przyjąć, że działalność kulturalna, jaką zapewnia sfera publiczna, powinna być zdecydowanie pluralistyczna i różnorodna, uwzględniająca przede wszystkim potrzeby odbiorcy. W żadnym miejscu nie powinna być naznaczona propagandą polityczną czy też ideologiczną.

Inne zdanie w tym zakresie przedstawia A. Frankiewicz¹⁶, która twierdzi, że „jedynie te dobra kultury, które są uznawane za świadectwa takich wartości, jak patriotyzm, pamięć historyczna, kunszt artystyczny, świadomość udziału narodu polskiego w znaczących zjawiskach społecznych, mogą być uznane za wartości propagowania”. Przyjęcie tego rodzaju poglądu skutkowałoby ocenianiem pod kątem przydatności historycznej albo patriotycznej danego projektu kulturalnego przez organy władzy publicznej pochodzące z nadania politycznego. W konsekwencji prowadziłyby to do upolitycznienia działalności kulturalnej i instytucji kultury, a nurty niezwiązane z tymi wskazanymi przez autorkę poglądami pozostawałyby niewspierane przez władzę publiczną. Pogląd zbliżony do powyższego przedstawił W. Wytrażek¹⁷, wskazując na potrzebę wspierania wyłącznie działalności kulturalnej związanej z „polskością, patriotyzmem i kulturą ojczystą” jako walki ze „zmakdonalizowaną kulturą popularną”. Tego rodzaju pogląd, podobnie jak wskazany wyżej, również nie zasługuje na aprobatę z uwagi na

¹⁴ Zob. J. Hołda, *Wolność twórczości w publicznych instytucjach kultury* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014, s. 141–143.

¹⁵ Podobne zdanie wyraził WSA w Warszawie w wyroku z 20 marca 2008 r., sygn. I SA/Wa 134/08, LEX nr 507844, twierdząc że „organizator nie może w sposób dowolny samodzielnie modyfikować zakresu działalności instytucji kultury”.

¹⁶ Zob. A. Frankiewicz, *Znaczenie prawne regulacji dziedzictwa narodowego i dóbr kultury w rozdziale I Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, nr 88, s. 15 i n.

¹⁷ Zob. W. Wytrażek, *Realizacja zadań samorządu terytorialnego w sferze kultury* [w:] *Nowoczesna administracja publiczna. Zadania i działalność – uwarunkowania prawne*, red. M. Rudnicki, M. Jabłoński, K. Sobieraj, Lublin 2013, s. 232.

próbę narzucenia odbiorcom działalności kulturalnej z wyłącznie jednego nurtu, ignorując tym samym pozostałe. Jak zostało wskazane, sfera publiczna nie powinna wykorzystywać swoich instrumentów oraz środków publicznych dla propagowania określonej takiej lub innej ideologii.

Zależność finansowa a zależność merytoryczna

Analizując i rozważając zagadnienia z zakresu działalności kulturalnej prowadzonej przez samorząd terytorialny, nie sposób ominąć problematyki jej finansowania. Prawnofinansowy kontekst działalności kulturalnej ma w zasadzie dwa aspekty. Pierwszym z nich jest finansowanie kultury, czyli wydatkowanie środków na kulturę, co stanowi przedmiot omawiany w niniejszym paragrafie. Drugim z nich jest problematyka finansowych obciążeń publicznoprawnych, jakie są związane z prowadzeniem działalności kulturalnej, jednak z uwagi na niezwykle zawilgość oraz swoją specyfikę problematyka ta nie zostanie rozwinięta w niniejszym opracowaniu. Chodzi tutaj o pasywne wsparcie podmiotów zajmujących się kulturą przez udzielanie różnego rodzaju zwolnień podatkowych, w szczególności częściowego lub całkowitego zwolnienia z podatku dochodowego lub obrotowego¹⁸. Jak słusznie wskazuje R. Golat, znaczna część przedsięwzięć kulturalnych finansowana jest ze środków prywatnych, jednak kluczowe i podstawowe znaczenie dla realizacji polityki kulturalnej, niezależnie czy państwowej, czy samorządowej, mają środki publiczne¹⁹. Jak wskazano wcześniej, prowadzenie działalności kulturalnej przez samorząd terytorialny ma co do zasady wymiar zinstytucjonalizowany, tj. realizowane jest za pośrednictwem instytucji kultury.

Jak słusznie wskazuje K. Czarnecki, instytucje kultury, w tym też samorządowe, należą do sektora finansów publicznych²⁰. Wynika to bezpośrednio z normy zawartej w art. 9 pkt 13 ustawy o finansach publicznych²¹, a określenie samorządowych instytucji kultury jako części składowych sektora finansów publicznych nie budzi wątpliwości zarówno na gruncie orzecznictwa administra-

¹⁸ Por. szerzej na ten temat: Ł. Karczyński, *Instrumenty pośredniego wsparcia kultury w prawie podatkowym* [w:] *Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, red. J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński, Warszawa 2015, s. 321–337.

¹⁹ Zob. R. Golat, *Podstawy prawa...*, s. 102.

²⁰ Por. K. Czarnecki, *Dotacje dla samorządowych instytucji kultury i dotacje celowe z budżetu państwa na działania w dziedzinie kultury prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego* [w:] *Dotacje i subwencje w systemie finansowym samorządu terytorialnego*, red. A. Borodo, Toruń 2013, s. 220–221.

²¹ Ustawa z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.), dalej: u.f.p.

cyjnego²², jak i w administracji²³ oraz w innych organach rozstrzygających²⁴, co w konsekwencji ma znaczenie w planowaniu, bilansowaniu, kontroli, rachunkowości i sprawozdawczości oraz dyscyplinie w tych jednostkach²⁵. Szczegółowe kwestie dotyczące prawnofinansowych aspektów działalności instytucji kultury, stanowiące *lex specialis* względem u.f.p. czy innych ustaw, takich jak chociażby ustawy o rachunkowości²⁶ i o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych²⁷, zostały wskazane w przepisach art. 27–31d stanowiących rozdział 3 u.o.p.d.k.

Jedną z najważniejszych norm w tym zakresie są przepisy art. 27 u.o.p.d.k., zgodnie z którymi instytucje kultury gospodarują samodzielnie przydzieloną i nabytą częścią mienia, a także prowadzą samodzielną gospodarkę w ramach posiadanych środków. Realizując zadania, kierować się mają zasadami efektywności ich wykorzystania. Gospodarka finansowa prowadzona jest na podstawie planu finansowego, który ustalany jest przez dyrektora instytucji zgodnie z przepisami u.f.p. Plan ten uwzględnia wysokość dotacji organizatora, które przewidziane są na dany rok budżetowy²⁸. Jak twierdzi A. Jakubowski, normy te wskazują bezpośrednio na samodzielną majątkową i finansową instytucji kultury²⁹. Konsekwencją tego rodzaju sytuowania instytucji kultury jest faktyczny zakaz kierowania czy wydawania poleceń kierownictwu instytucji kultury przez jakikolwiek inny podmiot w zakresie gospodarowania mieniem i środkami jednostki³⁰. Pojęcie samodzielnej gospodarki obejmuje zarówno przydzielone przez organizatora mienie, tj. mienie pierwotne, jak i majątek nabyty w trakcie działań, tj. mienie wtórne. Jedną z konsekwencji samodzielności finansowanej instytucji kultury jest samodzielna odpowiedzialność instytucji kultury za zobowiązania³¹.

²² Por. wyrok NSA z 17 stycznia 2017 r., sygn. I OSK 2644/16, Legalis 1567977; wyrok WSA w Gliwicach z 3 października 2016 r., sygn. IV SA/GI 602/16, Legalis 1542058.

²³ Por. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 17 grudnia 2015 r., sygn. NK-N.4131.70.16.2015.GD1, Dz.Urz.Woj.Doln. 2015, poz. 6153.

²⁴ Por. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z 16 kwietnia 2012 r., sygn. BDF1/4900/33/31/12/634, Legalis 762447.

²⁵ Por. E. Kowalczyk, *Art. 9 [w:] Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, red. A. Mikos-Sitek, R. Bucholski, Legalis 2017; C. Kosikowski, *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 300.

²⁶ Ustawa z 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1047).

²⁷ Ustawa z 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 168).

²⁸ Por. K. Czarnecki, *Dotacje...*, s. 220–221.

²⁹ Zob. A. Jakubowski, *Art. 27 [w:] S. Gajewski, A. Jakubowski, Ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Komentarz*, s. 155.

³⁰ *Ibidem*, s. 156.

³¹ Zob. K. Czarnecki, *Dotacje...*, s. 221. Por. też: wyrok NSA z 25 kwietnia 2007 r., sygn. II GSK 397/06, Legalis 89262, gdzie jest mowa o braku uprawnień organizatora do podjęcia uchwały o pokrywaniu strat ponoszonych przez instytucje kultury. Tego rodzaju pogląd jest w zasadzie

Jednostka samorządu terytorialnego co do zasady nie odpowiada za zobowiązania podjęte przez instytucje kultury. Tego rodzaju pogląd wynikający z literalnego brzmienia przepisu art. 14 ust. 2 u.o.p.d.k. znajduje swoje potwierdzenie przede wszystkim w orzecznictwie administracyjnym³², jak również w funkcjonowaniu administracji³³.

Na interesującą nieścisłość w zakresie samodzielności gospodarki finansowej instytucji kultury wskazuje A. Jakubowski. Twierdzi on, że samodzielność tych jednostek jest w znacznym stopniu faktycznie ograniczona ze względu na system finansowania działalności, który oparty jest na dotacjach od organizatora³⁴. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na wyniki badań z 2007 r., w których A. Bieniaszewska oraz G. Czarnocki stwierdzają, że 82% wpływów samorządowych instytucji kultury pochodzi z tytułu dotacji podmiotowej i przedmiotowej od organizatora³⁵. Najnowsze dane w tym zakresie pochodzą z 2015 r., gdzie stwierdzono, że 75,4% wszystkich wpływów instytucji kultury, zarówno samorządowych, jak i państwowych, pochodzi z dotacji od organizatora³⁶. Przychylnie należy się odnieść do postulatu A. Jakubowskiego, który wskazuje na potrzebę wprowadzenia zmian umożliwiających odciążenie administracyjne, a tym samym ograniczenie kosztów prowadzenia działalności jednostki, a obciążenie obsługą administracyjną organizatora, co może być możliwe do zrealizowania w zasadzie wyłącznie w przypadku samorządowych instytucji kultury³⁷.

W tym miejscu zasadne wydaje się zwrócenie uwagi, chociaż pobieżne, na źródła finansowania samorządowych instytucji kultury, w tym na system dotacji podmiotowych i przedmiotowych, tj. celowych, jakich udziela organizator z budżetu jednostki samorządu terytorialnego lub państwo na realizację zadań zleconych. Jak wskazuje K. Czarnecki, oprócz dotacji samorządowe instytucje kultury mogą pozyskiwać środki z przychodów z prowadzonej działalności, z najmu i dzierżawy składników majątkowych, ze sprzedaży składników majątku ruchomego, jak również z tytułu darowizn od osób trzecich³⁸. Katalog przycho-

właściwy, ponieważ zapobiega powstawaniu luki w systemie finansów publicznych. Z drugiej jednak strony może narazić instytucje kultury na niemożliwość prowadzenia działalności, czego koszty i tak faktyczne poniesie organizator.

³² Por. wyrok WSA w Bydgoszczy z 16 lutego 2011 r., sygn. I SA/Bd 1073/10, Legalis 339788; wyrok WSA w Bydgoszczy z 16 lutego 2011 r., sygn. I SA/Bd 45/10, Legalis 339793.

³³ Por. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Dolnośląskiego z 30 października 2015 r., sygn. NK-N.4131.13.5.2015.RB, Dz.Urz.Woj.Doln. 2015, poz. 4578; rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Zachodniopomorskiego z 3 sierpnia 2012 r., sygn. NK.4.4131.264.2012.K, Legalis 532566.

³⁴ Por. A. Jakubowski, *Art. 27*, s. 157.

³⁵ Zob. A. Bieniaszewska, G. Czarnocki, *Realizowanie zadań w dziedzinie kultury za pośrednictwem instytucji kultury w aspekcie wyników kontroli RIO*, „Finanse Komunalne” 2008, nr 10, s. 63.

³⁶ Por. GUS, *Wyniki finansowe instytucji kultury w 2015 r.*, Warszawa 2017, s. 3.

³⁷ Zob. A. Jakubowski *Art. 27*, s. 157.

³⁸ Por. K. Czarnecki, *Dotacje...*, s. 221.

dów, jakie może uzyskiwać instytucja kultury, został wskazany w przepisie art. 28 ust. 2 u.o.p.d.k., jednak ma on charakter otwarty, ponieważ zastosowano w nim zwrot „oraz z innych źródeł”. S. Gajewski słusznie wskazuje w tym zakresie, że konstrukcja ta stanowi odzwierciedlenie prawnego i organizacyjnego wyodrębnienia instytucji kultury, akcentując samodzielność ekonomiczną tego podmiotu przy okazji wskazania na możliwość gromadzenia i wydatkowania środków w związku z prowadzoną działalnością³⁹.

Oczekiwania odbiorców a dostosowanie przekazu przez instytucje kultury

Jak wskazano w wcześniejszych paragrafach opracowania, sprawowanie mecenatu nad kulturą oraz prowadzenie działalności kulturalnej przez samorząd terytorialny nie byłoby możliwe bez szczególnych instrumentów finansowych oraz administracyjno-finansowych. Jak wynika z badań Urzędu Statystycznego w Krakowie, w latach 2007–2015 jednostki samorządu terytorialnego przeznaczały rocznie średnio 3,8% swojego budżetu na wydatki związane z kulturą, oscylując między 3,5 a 3,9%⁴⁰. Są to podobnej wielkości nakłady co na gospodarkę mieszkaniową. Można zatem stwierdzić, że środki przeznaczane na kulturę są z całą pewnością zauważalne dla budżetów samorządowych. Nie istnieją jednak mechanizmy, które mają na celu badanie zainteresowania działalnością kulturalną, jaka jest dostarczana ze środków publicznych.

Przedmiot finansowany ze środków samorządowych, jakim jest działalność kulturalna, a w zasadzie rozwój kultury, jest bardzo nieostry i nieprecyzyjny⁴¹. Odwołując się do przytoczonego wcześniej przykładu gospodarki mieszkaniowej, można bez wątpliwości stwierdzić, co jest efektem, a w zasadzie powinno być efektem wydatków ponoszonych na cele związane z gospodarką mieszkaniową. W przypadku działalności kulturalnej nie można tego w jakikolwiek obiektywny sposób zmierzyć.

Jak wskazują badania, dość skromne i mające niewielki zasięg, ale jednak w swoim przedmiocie wyjątkowe, przeprowadzone przez A.M. Kosińską, w społeczeństwie panuje niska, niewystarczająca świadomość społeczna w zakresie przysługujących jednostce praw w zakresie dostępu do kultury⁴². W społe-

³⁹ Zob. S. Gajewski, *Komentarz do art. 28 [w:] S. Gajewski, A. Jakubowski, Ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 162.

⁴⁰ Zob. Urząd Statystyczny w Krakowie, *Finanse kultury w latach 2007–2015*, Kraków 2016, s. 45.

⁴¹ Por. R. Golat, *Podstawy prawa...*, s. 17–18.

⁴² Zob. A.M. Kosińska, *Kulturalne prawa człowieka. Regulacje normatywne i ich realizacja*, Lublin 2014, s. 306.

czeństwie niedostrzegalna jest rola i praca instytucji kultury, a jedynie w niedużym stopniu widoczne są duże, organizowane na poziomie regionalnym i lokalnym imprezy kulturalne. Z całą pewnością można stwierdzić, że potencjał społeczności jako uczestnika kultury nie jest wykorzystywany. Na kanwie tego badania, które sygnalizuje pewien niebezpieczny dla rozwoju cywilizacyjnego trend, można dostrzec potencjał do realizacji badań o znacznie szerszym zasięgu.

Wskazując na powyższe rezultaty, z których wynika zarówno brak świadomości, jak i nieefektywność pracy administracji w zakresie dostarczania kultury społeczności, należy odnieść się do stanowiska doktryny w kwestii dostarczania usług przez administrację. Jak podnosi się w piśmiennictwie, jedną z najważniejszych i podstawowych funkcji administracji jest bezpośrednie i praktyczne, rzeczywiste zaspokajanie potrzeb społecznych⁴³. Realizowanie zadań o charakterze niewładczym stanowi przejaw działalności administracji świadczącej⁴⁴. Trudno zatem zaakceptować pogląd, jakoby funkcjonowanie administracji samorządowej w obszarze kultury, która dysponuje, jak widać, całkiem pokaźnymi środkami, w praktyce i w opinii społeczności – klientów administracji – pozostaje niezauważalna.

Odwołując się do początku niniejszego paragrafu oraz stwierdzenia, że nie istnieją mechanizmy, które mają na celu badanie zainteresowania działalnością kulturalną, jaka jest dostarczana ze środków publicznych, można pójść o krok dalej i stwierdzić, że nie ma faktycznie mechanizmów, które mają na celu badanie, czy dane środki wydatkowane na działalność kulturalną znajdują pokrycie w realizacji przedsięwzięć, które oddziałują na społeczność lokalną. Jak widać, istnieje realna potrzeba weryfikacji finansowania kultury, poziomu merytorycznego, jaki prezentuje, a także przede wszystkim wprowadzenia mechanizmów, które miałyby na celu dostosowanie działalności prowadzonej przez instytucje do potrzeb potencjalnych odbiorców. Samo weryfikowanie pod kątem formalnym przepływu wydatków jest całkowicie bezcelowe i w zasadzie powoduje tylko zwiększenie ilości pracy obsługi administracyjnej, a tym samym generuje koszty funkcjonowania oraz ogranicza rozwój instytucji kultury⁴⁵. Dla zachowania równowagi w zakresie finansowania przez samorządy działalności kulturalnej potrzeba przede wszystkim obiektywnego partycypowania z potrzebami społecznymi w lokalnym i regionalnym wymiarze, a nie realizacji projektów, które nie są przystosowane do potrzeb społeczeństwa.

⁴³ Zob. H. Spasowska, *Administracja świadcząca jako funkcja administracji publicznej. Zagadnienia podstawowe* [w:] *Administracja opiekuńcza*, red. M. Szreniawska, Lublin 2015, s. 215. Por. też: J. Łętowski, *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1980, s. 11–12; E. Iserzon, *Prawo administracyjne...*, s. 19–20, 26–27.

⁴⁴ Por. H. Spasowska, *Administracja...*, s. 215–216.

⁴⁵ Por. A. Bieniaszewska, G. Czarnocki, *Realizowanie zadań...*, s. 63

Podsumowanie

Z powyższych rozważań wynika, że jedną z funkcji administracji samorządowej jest realizacja zadań, które mają na celu zapewnienie dostępu do kultury, jej trwania i pogłębiania. Administracja samorządowa została specjalnie do tego celu wyposażona w szereg szczególnych rozwiązań, które w założeniu mają jej pomóc w realizacji tego zadania. Można tutaj stwierdzić, że funkcją administracji rządowej jest zmaterializowanie celów państwa⁴⁶, a administracji samorządowej – celów samorządów terytorialnych, które zostały określone przede wszystkim w przepisach ustrojowych oraz Konstytucji, a wynikają głównie z koncepcji realizowania i zapewniania usług publicznych przez władzę, która może ściśle z nimi współdziałać. Należy również podkreślić, że administracja to przede wszystkim system zorganizowanych podmiotów, które dysponują określonymi instrumentami władczymi i niewładczymi, których podstawowym celem jest nie wyłącznie trwanie, ale przede wszystkim realizacja i wykonywanie władzy publicznej⁴⁷.

Odnosząc się do tezy opracowania, zgodnie z którą samorządowe instytucje kultury, będące niezbędnym elementem i faktycznym dostawcą usług z zakresu kultury na rzecz społeczności samorządowej, są niezależne od swojego organizatora oraz innych podmiotów, należy ocenić ją w większości negatywnie. Instytucje kultury są zależne od swojego organizatora przede wszystkim pod kątem finansowym, co zostało wskazane w jednej z części opracowania. Ponadto tego rodzaju jednostki są też uzależnione organizacyjnie od samorządu, ponieważ to organy stanowiące jednostki samorządu terytorialnego mogą określać zasady funkcjonowania jednostki, jej status oraz reguły obsadzania stanowisk kierowniczych. Efektem tego jest przede wszystkim podległość merytoryczna, która jest zaprzeczeniem bezstronnego sprawowania mecenatu, który wynika z normy zawartej w art. 1 u.o.p.d.k., oraz może stanowić naruszenie konstytucyjnej zasady równego dostępu do kultury i twórczości artystycznej wyrażonej w przepisie art. 73 Konstytucji. Można jednak stwierdzić, że zarówno instytucje kultury, jak i odpowiedzialne za dostarczanie usług z zakresu kultury samorządy są niezależne od podmiotów trzecich w zakresie dostarczanych usług. Realizowane działania mające na celu zaspokojenie potrzeb kulturalnych nie muszą być w żadnym stopniu odzwierciedleniem oczekiwań społeczności, co należy ocenić jednoznacznie negatywnie.

Określając postulaty, należy przede wszystkim wskazać na brak podstawowej i najważniejszej definicji legalnej, którą jest definicja kultury, co w konsekwencji ma takie konsekwencje, że przy obecnym stanie prawnym za działalność kulturalną

⁴⁶ Por. H. Spasowska-Czarny, *Administracyjnoprawny status zakładów publicznych*, Lublin 2014, s. 263.

⁴⁷ Zob. M. Stefaniuk, *Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych*, Lublin 2009, s. 127.

niezwiązaną z ochroną zabytków można uznać każdą działalność, która ma na celu animowanie życia społeczności, a naprawdę nie ma nic wspólnego z kulturą. Drugą kwestią jest brak szczegółowych unormowań dotyczących kontroli efektywności środków finansowych, które są przeznaczane na kulturę. Istnieją jedynie procedury kontrolne odnoszące się do formalnej strony wydatkowania środków, jednak pod względem merytorycznym nie można w żaden legalnie określony sposób zweryfikować, czy środki przeznaczane na działalność kulturalną w rzeczywistości przyczyniają się do zapewnienia członkom wspólnoty samorządowej przedsięwzięć kulturalnych, którymi mogą być i są zainteresowani. Innymi słowy, czy realizowane projekty nie są oderwane od rzeczywistości i oczekiwań społeczności.

Bibliografia

- Bieniaszewska A., Czarnocki G., *Realizowanie zadań w dziedzinie kultury za pośrednictwem instytucji kultury w aspekcie wyników kontroli RIO*, „Finanse Komunalne” 2008, nr 10.
- Czarnecki K., *Dotacje dla samorządowych instytucji kultury i dotacje celowe z budżetu państwa na działania w dziedzinie kultury prowadzone przez jednostki samorządu terytorialnego* [w:] *Dotacje i subwencje w systemie finansowym samorządu terytorialnego*, red. A. Borodo, Toruń 2013.
- Frankiewicz A., *Znaczenie prawne regulacji dziedzictwa narodowego i dóbr kultury w rozdziale I Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, nr 88.
- Gajewski S., Jakubowski A., *Ustawa o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Golat R., *Podstawy prawa kultury*, Poznań 2006.
- GUS, *Wyniki finansowe instytucji kultury w 2015 r.*, 2017.
- Hołda J., *Wolność twórczości w publicznych instytucjach kultury*, [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014.
- Ignerska M., *Ogarnij miasto Warszawa. Miejski przewodnik subiektywny*, Warszawa 2014.
- Iserzon E., *Prawo administracyjne. Podstawowe instytucje*, Warszawa 1968.
- Jagielska-Burduk A., Szafrąński W., *Sektor kultury – działalność kulturalna. Wokół problematyki prawnej* [w:] *Kultura w praktyce. Zagadnienia prawne*, red. A. Jagielska-Burduk, W. Szafrąński, Poznań 2012.
- Karczyński Ł., *Instrumenty pośredniego wsparcia kultury w prawie podatkowym* [w:] *Prawo finansowe wobec wyzwań XXI wieku*, red. J. Gliniecka, A. Drywa, E. Juchniewicz, T. Sowiński, Warszawa 2015.
- Kosikowski C., *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2009.
- Kosińska A.M., *Kulturalne prawa człowieka. Regulacje normatywne i ich realizacja*, Lublin 2014.
- Kowalska A., Kamiński Ł., *Zrób to w Warszawie! Alternatywny przewodnik*, Warszawa 2014.
- Lętowski J., *Prawo administracyjne. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1980.
- Sikora K., *Tendencje rozwojowe w samorządzie lokalnym. Budżet obywatelski (partycypacyjny) jako nowy sposób aktywizacji mieszkańców gmin* [w:] *Tendencje rozwojowe prawa administracyjnego*, red. E. Kruk, G. Lubeńczuk, T. Drab, Lublin 2017.
- Spasowska H., *Administracja świadcząca jako funkcja administracji publicznej. Zagadnienia podstawowe* [w:] *Administracja opiekuńcza*, red. M. Szreniawska, Lublin 2015.
- Spasowska-Czarny H., *Administracyjnoprawny status zakładów publicznych*, Lublin 2014.
- Stefaniuk M., *Działanie administracji publicznej w ujęciu nauk administracyjnych*, Lublin 2009.

Sześciło D., *Rola samorządu terytorialnego w sferze kultury a swoboda wypowiedzi artystycznej* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014.

Urząd Statystyczny w Krakowie, *Finanse kultury w latach 2007–2015*, Kraków 2016.

Ustawa o finansach publicznych. Komentarz, red. A. Mikos-Sitek, R. Bucholski, Legalis 2017.

Wytrązek W., *Realizacja zadań samorządu terytorialnego w sferze kultury* [w:] *Nowoczesna administracja publiczna. Zadania i działalność – uwarunkowania prawne*, red. M. Rudnicki, M. Jabłoński, K. Sobieraj, Lublin 2013.

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza oraz krytyczne ujęcie regulacji publiczno-prawnych dotyczących niezależności instytucji kultury, które tworzone są przez jednostki samorządu terytorialnego. W artykule oprócz wskazówek, które mogą być przydatne zarówno praktykom prawa, jak i administratywistom, konfrontowane jest również stanowisko przedstawicieli doktryny oraz praktyki w kwestiach związanych z dostosowywaniem jakości i rodzaju usług instytucji do woli polityki prowadzonej przez organizatora oraz oczekiwań członków społeczności samorządowej. W opracowaniu wskazano na najważniejsze kwestie, jakie związane są z zależnością organizacyjną i finansową samorządowej instytucji kultury, a także na potrzebę wprowadzenia mechanizmów mających na celu dostosowanie lub chociaż zwrócenie uwagi na oczekiwania odbiorców w zakresie działalności komunalnych instytucji kultury.

Słowa kluczowe: prawo kultury, instytucje kultury, działalność kulturalna, samorząd terytorialny

THE DEPENDENCE OF SELF-GOVERNMENT CULTURAL INSTITUTIONS IN THE ADMINISTRATIVE LAW ASPECTS

Summary

The subject of this study is the analysis and critical inclusion of public law regulations concerning the independence of cultural institutions, which are created by local self-government units. At work, in addition to guidance that may be useful both to law practitioners as well as administrators, the position of doctrinal representatives and practices is also confronted in issues related to aligning the quality and type of services of the institution with respect to the policy intent of the organizer and the expectations of the members of the local community. The paper highlights the most important issues related to the organizational and financial dependence of self-government cultural institutions, as well as the need to introduce mechanisms to adapt or at least to address the expectations of the public in the field of municipal cultural institutions

Keywords: cultural law, cultural institutions, cultural activity, territorial self-government

Maciej S. Ratajczak

**KONSORCJUM W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
– SOLIDARNOŚĆ CZYNNĄ I BIERNĄ WOBEC
OSÓB TRZECICH – W POSTĘPOWANIU I NA ETAPIE
REALIZACJI UMOWY**

Wprowadzenie

W czasach rozwijającej się gospodarki rynkowej opartej niejednokrotnie na współpracy różnych podmiotów gospodarczych problematyka konsorcjum stanowi niezmiernie istotne i aktualne zagadnienie znajdujące odzwierciedlenie w wielu płaszczyznach życia gospodarczego i społecznego.

Konsorcjum jest oczywiście także przedmiotem zainteresowania prawa, które regulując zarówno obrót gospodarczy, jak i zwykle stosunki cywilnoprawne, wyznacza ramy funkcjonowania i istnienia rozmaitych instytucji. Analiza prawna dotycząca konsorcjum może być przeprowadzona na wielu płaszczyznach. Przede wszystkim trzeba mieć na uwadze, że konsorcjum nie stanowi jednolitej instytucji, lecz jest pewną formą współpracy właściwą dla podmiotów prowadzących swoją działalność nie tylko na gruncie Prawa zamówień publicznych, ale także w innych obszarach dotyczących chociażby sektora bankowego czy działalności naukowej¹.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka konsorcjum w Prawie zamówień publicznych z punktu widzenia zagadnienia solidarności czynnej i biernej wobec osób trzecich zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i na etapie realizacji umowy. W toku rozważań zostaną omówione rozmaite koncepcje solidarności konsorcjantów², które w zależności od etapu postępowania, stosunków prawnych ukształtowanych w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego czy też w ramach samego konsorcjum, a nawet w zależności konkretnych wymogów, warunków i stanów faktycznych mogą być oparte na różnych podstawach prawnych.

¹ T. Niepytalski, *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011, s. 74.

² W toku rozważań terminy „konsorcjanci” i „współwykonawcy” będą używane zamiennie.

Rzetelne ustosunkowanie się do zagadnienia solidarności konsorcjantów w Prawie zamówień publicznych wymaga jednak uprzedniej analizy charakteru prawnego instytucji konsorcjum. Zasadne wydaje się również zarysowanie problematyki związanej z obowiązkiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwoli to spojrzeć na konsorcjum nie tylko jak na formę współpracy, ale także jak na instytucję tworzącą swoistą całość pomimo zachowania odrębności prawnej podmiotów ją tworzących, dzięki czemu łatwiej będzie zrozumieć mechanizmy, które rządzą solidarnością bierną i czynną konsorcjantów.

Charakter prawny instytucji konsorcjum

Konsorcjum jest formą współpracy opartą na nienazwanej umowie cywilnoprawnej. Umowa ta nie wymaga żadnej szczególnej formy, nie podlega też wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego ani do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej³. W ramach tej umowy strony poprzez utworzenie konsorcjum zawiązują stosunek obligacyjny, w granicach którego zobowiązują się do uczestnictwa w konsorcjum i do działania na jego rzecz w celu realizacji przedsięwzięcia, dla którego umowa została zawarta⁴. W doktrynie jako główne cechy konsorcjum wskazuje się m.in. celowy i tymczasowy charakter współpracy, brak rozbudowanego aparatu organizacyjnego oraz brak wspólnego majątku⁵.

Charakter prawny konsorcjum nie jest sprecyzowany w żadnym akcie normatywnym. W konsekwencji chociaż współpraca gospodarcza prowadzona w ramach konsorcjum niejednokrotnie jest usytuowana w konkretnym reżimie prawnym przewidującym określone skutki prawne w stosunkach z osobami trzecimi, to jednak stosunki wewnętrzne w ramach umowy konsorcjum są całkowicie zdeterminowane przez wolę stron. Muszą one jednak mieścić się w granicach wyznaczonych przez art. 353¹ k.c., który uzależnia ważność umowy od zgodności jej treści z ustawą, naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego.

Zawężając rozważania do charakteru prawnego instytucji konsorcjum w Prawie zamówień publicznych, należy na wstępie zasygnalizować, że chociaż żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie odnosi się bezpośrednio do problematyki konsorcjum, to jednak błędne byłoby założenie, że ustawodawca pozostał obojętny wobec takiej formy współpracy. Kluczowy w tym zakresie jest

³ A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2014, s. 654–655.

⁴ Zob. M. Guziński, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012, s. 83; wyrok SA w Katowicach z 19 lutego 2004 r., sygn. I ACa 885/03, LEX nr 193710.

⁵ Ł. Węgrzynowski, *Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 5, s. 33.

art. 23 p.z.p., który dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez współwykonawców. Zgodnie z nim każda wspólna inicjatywa wykonawców podjęta w celu uzyskania zamówienia publicznego powinna być traktowana na takich samych zasadach jak w przypadku wykonawców indywidualnych⁶. Artykuł 23 p.z.p. nie determinuje formy prawnej, jaką musi przybrać wspólne działanie wykonawców ubiegających się o udzielenia zamówienia publicznego. Mogą oni zatem ukształtować tę formę w sposób dowolny⁷. Niemniej w praktyce ramy prawne działania współwykonawców ograniczają się do umowy konsorcjum lub umowy spółki cywilnej⁸.

Wobec uznania konsorcjum za dopuszczalną formę ubiegania się o zamówienie publiczne konieczne stało się sformułowanie dalszych regulacji prawnych stanowiących konsekwencję normy z art. 23 p.z.p. Przejawem tego jest chociażby obowiązek ustanowienia przez konsorcjantów wspólnego pełnomocnika reprezentującego współwykonawców w postępowaniu i przy zawarciu umowy, a także możliwość żądania przez zamawiającego dostarczenia umowy regulującej współpracę współwykonawców. Z uwagi na przedmiot opracowania pogłębiona analiza obowiązków konsorcjantów na gruncie Prawa zamówień publicznych wydaje się być jednak zbędna.

Dla oceny charakteru prawnego konsorcjum kluczowy jest fakt, że umowa statuująca tę formę współpracy nie tworzy nowego podmiotu w postaci osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, lecz tworzy stosunek zobowiązaniowy kreujący wzajemne prawa i obowiązki konsorcjantów. Podobnie zatem jak na gruncie przepisów dotyczących spółki cywilnej powstanie stosunku prawnego z tytułu umowy konsorcjum przejawia się m.in. w tym, że podmiotem praw i obowiązków, stroną zawieranych umów, stroną postępowania sądowego nie jest konsorcjum jako takie, lecz wszyscy konsorcjanci. Ponadto co do zasady nieuprawnione jest mówienie o majątku konsorcjum zamiast majątku konsorcjantów. Przede wszystkim jednak wskazana zależność prowadzi do tego, że odpowiedzialność za zobowiązania ponoszą sami konsorcjanci, a nie powołana przez nich instytucja⁹. Pomimo jednak tak ukształtowanej sytuacji prawnej konsorcjantów zgodnie z utrwalonym orzecznictwem możliwość korzystania ze środków prawnych w sprawach z zakresu stosunku prawnego konsorcjum nie przysługuje pojedynczym konsorcjantom, lecz konsorcjum jako całości¹⁰.

⁶ M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014, art. 23, nt 1.

⁷ *Ibidem*, nt 2.

⁸ A. Chrzęszcz, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 7 s. 41.

⁹ P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014, art. 860, nt 1.

¹⁰ Por. wyrok SN z 13 października 2011 r., sygn. V CSK 475/10, LEX nr 1108492; wyrok TS z 8 września 2005 r., C-129/04 *Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) v. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi*,

Obowiązek spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Konsorcjum może stanowić atrakcyjną formę współpracy gospodarczej z wielu powodów. Stanowi ono remedium na wysokie koszty związane z realizacją danego przedsięwzięcia, ale jest także sposobem na uniknięcie ryzyka gospodarczego z nim związanego¹¹. Niejednokrotnie instytucja konsorcjum jest też jedynym rozwiązaniem dla drobnych przedsiębiorców, którzy działając samodzielnie, nigdy nie byłiby w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu obejmującym inwestycję o znacznych rozmiarach gospodarczych¹². Spełnienie wymogów stawianych wykonawcom na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych jest warunkiem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Powstaje jednak pytanie, czy w przypadku konsorcjum lub innych form współdziałania kilku wykonawców wymogi te muszą być spełnione oddzielnie przez każdego z poszczególnych wykonawców, czy też wystarczy, by zostały spełnione łącznie.

Za obowiązkiem spełnienia warunków oddzielnie przez każdego z konsorcjantów może przemawiać literalna wykładnia art. 23 ust. 3, który zakłada odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących jednego wykonawcy do współwykonawców. Skoro bowiem ustawa nakłada wymogi spełnienia określonych warunków na poszczególnych wykonawców, to na gruncie wskazanego przepisu należałoby te wymogi odnieść również do każdego ze współwykonawców ubiegających się o zamówienie w ramach określonej formy współpracy. Taka interpretacja prowadzi jednak do założeń stojących w sprzeczności z istotą konsorcjum¹³. Jak wskazano powyżej, podmioty gospodarcze, decydując się na wspólne działanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie kierują się żadnymi altruistycznymi pobudkami. Jedynym motywem jest ekonomiczna racjonalność oparta na chłodnej kalkulacji, w ramach której podmioty te dochodzą do wniosku, że działając wspólnie, są w stanie zwiększyć swój potencjał i szanse na wybór ich oferty. W tym kontekście stawianie określonych warunków poszczególnym konsorcjantom zamiast konsorcjum jako całości zdaje się wypaczać sens jego istnienia¹⁴.

Jako swoisty złoty środek należy określić pogląd, zgodnie z którym każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne powinien spełniać wymogi określone w Prawie zamówień publicznych oraz w istotnych wa-

LEX nr 225709; postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z 30 czerwca 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-1579/05, LEX nr 1067869.

¹¹ T. Niepytalski, *Konsorcjum...*, s. 19–20.

¹² J. Nowicki [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015, art. 23, nt 1.

¹³ A. Chrząszcz, *Konsorcjum w zamówieniach...*, s. 44.

¹⁴ Podobnie przyjmują: A. Olszewska, M. Śledziwska, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Gdańsk 2004, s. 43.

runkach zamówienia, jednak tylko w odniesieniu do tej części zamówienia publicznego, która wynika z przyjętego przez współwykonawców podziału czynności¹⁵. Pozostając sceptycznym wobec takiego stanowiska, należy zauważyć, że po pierwsze, nie ma przeszkód, by konsorcjanci modyfikowali przyjęty podział czynności, a po drugie, taki podział zasadniczo pozostaje tylko w kwestii ich wewnętrznych ustaleń.

Mając na względzie powyższe argumenty, należy w pełni opowiedzieć się za stanowiskiem przyjmującym obowiązek spełnienia wymogów przez konsorcjum jako całość, a nie przez poszczególnych konsorcjantów. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, która podkreśla, że celem utworzenia konsorcjum jest możliwość powoływania się na walory kadrowe, ekonomiczne, finansowe i potencjał techniczny poszczególnych członków konsorcjum, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. Zgodnie z tym orzeczeniem zamawiający nie może zatem wymagać posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego przez jednego wyznaczonego przez zamawiającego członka konsorcjum (np. lidera)¹⁶.

Oczywiście przedstawiona zależność między istotą konsorcjum a nakładaniem wymogów, od których uzależniony jest udział w postępowaniu, stanowi jedynie ogólną zasadę, która nie może być bezrefleksyjnie stosowana do wszystkich wymogów nakładanych na konsorcjantów na gruncie Prawa zamówień publicznych. Na przykład absurdalne byłoby wyjście z założenia, że skoro jednym z wymogów jest to, by w stosunku do wykonawcy nie zachodziły okoliczności prowadzące do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, to w przypadku konsorcjum wystarczy, że tylko jeden z wykonawców nie będzie podlegał wykluczeniu¹⁷. W pełni koresponduje z tym orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z 16 czerwca 2009 r., zgodnie z którym chociaż zamawiający nie może żądać, by każdy ze współwykonawców oddzielnie spełniał wymogi z art. 22 ust. 1 p.z.p., to jednak nie dotyczy to warunku niepodlegania wykluczeniu, który każdy konsorcjant musi spełniać osobno¹⁸. Skupiając się jednak na bardziej poważnych przykładach wymogów, które powinny być spełnione przez wszystkich konsorcjantów, w pełni należy się zgodzić z R. Świstakiem, który powołując się na

¹⁵ K. Gałczyńska-Lisik, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10, s. 44.

¹⁶ Uchwała KIO z 22 czerwca 2011 r., sygn. KIO/KD 50/11, LEX nr 852324. W pełni koresponduje z tym także wyrok Zespołu Arbitrów z 27 marca 2003 r., w którym odmienne stanowisko zostało wyraźnie określone jako błędne. Zob. wyrok Zespołu Arbitrów z 27 marca 2003 r., sygn. UZP/ZO/0-317/03, niepubl.

¹⁷ P. Banasik, *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne*, cz. II, LEX/el., nt 4.

¹⁸ Orzeczenie RKO z 16 czerwca 2009 r., sygn. 0965-DB/75/09, LEX nr 569551.

innych autorów, wskazuje na wymóg dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania¹⁹. Choć wskazywany autor powołuje się na przepis, którego brzmienie uległo zmianie na skutek nowelizacji z 2016 r.²⁰, to jednak jego rozważania należy uznać za całkowicie aktualne przez wzgląd na normę prawną z art. 22 ust. 1b p.z.p. w obecnym brzmieniu²¹. Wskazany wymóg należy odnosić do każdego z konsorcjantów ze względu na jego istotę. Trzeba jednak pamiętać o tym, że jest to wyjątek od ogólnej zasady uzasadniony konkretnym przypadkiem.

Wymóg dotyczący posiadania uprawnień do prowadzenia konkretnej działalności jest niezmiernie istotny przede wszystkim przez wzgląd na solidarność współwykonawców z tytułu wykonywania umowy, o której będzie mowa w dalszej części rozważań. Odniesienie tego wymogu do każdego z konsorcjantów z osobna jest bowiem uzasadnione charakterem tej odpowiedzialności i ma na celu ochronę interesów zamawiającego²². Przy odmiennej interpretacji w sytuacji niewykonywania lub nienależytego wykonywania zobowiązania przez konsorcjum zamawiający byłby pozbawiony instrumentu umożliwiającego egzekwowanie obowiązków wynikających z umowy. Zamawiający mógłby bowiem żądać faktycznego wykonania zobowiązania tylko i wyłącznie od podmiotu, który wylegitymował się niezbędnymi uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności w imieniu konsorcjum. W stosunku do pozostałych konsorcjantów zamawiającemu pozostałaby natomiast tylko możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych.

Problematyka gwarancji wadialnej w kontekście odpowiedzialności solidarnej za zobowiązanie dotyczące wspólnego mienia

Zgodnie z art. 45 p.z.p. zamawiający może (a w niektórych przypadkach musi) żądać od wykonawców wniesienia wadium. Jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium jest tzw. gwarancja wadialna, która może przybrać postać gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. W tym kontekście powstaje pytanie,

¹⁹ R. Świstak, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3, s. 41.

²⁰ Artykuł 22 ust. 1 zmieniony przez art. 1 pkt 32 lit. a ustawy z 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) zmieniającej m.in. ustawę z 28 lipca 2016 r.

²¹ „Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów” (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020).

²² R. Świstak, *Konsorcjum...*, s. 41.

czy dopuszczalne jest wniesienie gwarancji, w której wskazany jest tylko jeden z członków konsorcjum, czy też niezbędne jest to, by gwarancja była wystawiona na wszystkich konsorcjantów²³.

Z jednej strony mając na względzie, że motywem zawarcia umowy konsorcjum niejednokrotnie jest podział obowiązków, które przy indywidualnym ubieganiu się o zamówienie publiczne w całości spoczywałyby na wykonawcy, można bronić poglądu, że w odniesieniu do wymogów dotyczących udziału w postępowaniu (w tym wymogu wniesienia wadium) wystarczające jest, by tylko jeden z konsorcjantów wykazał ich spełnienie.

Z drugiej jednak strony trzeba mieć na uwadze, że gwarancja ma służyć zabezpieczeniu zamawiającego, w którego dobrze pojętym interesie jest to, by gwarancją byli objęci wszyscy konsorcjanci, a nie tylko jeden z nich. Jest tak, ponieważ w przypadku, gdy umowa nie zostaje zawarta na skutek zaniechania konsorcjanta, który nie przedstawił gwarancji, pozostaje wątpliwość, czy zamawiający uzyska zaspokojenie z gwarancji przedstawionej przez innego konsorcjanta²⁴.

Jednoznaczne opowiedzenie się za tezą dopuszczającą lub wykluczającą możliwość składania gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów jest uzależnione przede wszystkim od uprzedniej odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku konsorcjum można mówić o istnieniu wspólnego mienia. Jest ono bowiem warunkiem zaistnienia odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów na gruncie art. 370 k.c., zgodnie z którym „jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej”. Literatura przedmiotu nie jest zgodna w tym zakresie. L. Stecki wyklucza możliwość stosowania normy z art. 370 k.c. do konsorcjum, podnosząc argument, że w ramach konsorcjum nie tylko nie są zaciągane zobowiązania przez wspólne działanie kilku osób, ale także nie zachodzą sytuacje, w których kilka osób zaciągałoby zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia²⁵. Podobnego zdania są również E. Kowalewski i W. Mogilski, którzy uważają, że brak wspólnego mienia konsorcjum jest poza dyskusją²⁶.

Inne stanowisko zajął natomiast T. Szczurowski, który zauważył, że skoro zgodnie z art. 139 p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego²⁷, to uwzględniając z art. 70³ § 3 k.c. w zw.

²³ T. Szczurowski, *Gwarancja wadialna a konsorcjum*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 5, s. 22.

²⁴ Wyrok KIO z 15 września 2014 r., sygn. KIO 1785/14, LEX nr 1538382.

²⁵ L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1994, s. 352.

²⁶ E. Kowalewski, W. Mogilski, *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1, s. 30.

²⁷ Por. też art. 14 p.z.p., zgodnie z którym przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się również do wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

z art. 70² § 3 k.c. należy przyjąć, że konsorcjanci najpóźniej z chwilą podpisania umowy wspólnie nabywają majątkowe prawo podmiotowe, którego treścią jest roszczenie o zawarcie umowy²⁸. W myśl zaś art. 44 k.c. wspólne mienie obejmuje nie tylko własność, ale także inne prawa majątkowe – a zatem również ww. prawo konsorcjantów²⁹. Wskazany tok myślenia jest oparty na twierdzeniu, zgodnie z którym pojęcie prawa majątkowego należy rozumieć szeroko, ponieważ obejmuje ono nie tylko prawa mające wartość *stricte* majątkową, ale nawet stany faktyczne, z których wynikają konkretne uprawnienia lub roszczenia o charakterze majątkowym³⁰. Podobną argumentację możemy znaleźć również w orzecznictwie. Sąd Okręgowy w Poznaniu, uznając za dopuszczalne wymienienie w gwarancji tylko jednego konsorcjanta, stwierdził, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne³¹.

W mojej ocenie powyższe argumenty zakładające istnienie wspólnego mienia konsorcjantów, a w konsekwencji odpowiedzialności solidarnej opartej na art. 370 k.c. są w pełni przekonujące. W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, że działanie któregokolwiek z konsorcjantów obciąża także konsorcjanta, na którego zlecenie została wystawiona gwarancja. Pozostaje jednak pytanie, czy można wymagać od gwaranta, który wystawił gwarancję na rzecz konkretnego podmiotu, spełnienia świadczenia w związku z działaniem lub zaniechaniem innej osoby niż ta, na którą została wystawiona gwarancja. Z jednej strony można argumentować, że odpowiedzialność solidarna za wspólne mienie została uregulowana ustawowo, a zatem gwarant powinien mieć świadomość, że osoba, na którą została wystawiona gwarancja, może być odpowiedzialna również na podstawie art. 370 k.c. Z drugiej jednak strony w orzecznictwie KIO zarysowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą od wystawcy gwarancji nie można żądać rozszerzającej interpretacji wystawionej przez niego gwarancji³².

Podsumowując, mając na względzie powyższe, chociaż wydaje się, że argumenty systemowe przemawiają za dopuszczalnością wniesienia gwarancji, w której wymieniony jest tylko jeden członek konsorcjum, to jednak z uwagi na dużą rozbieżność zdań zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie w praktyce z ostrożności wskazane jest rozważenie wniesienia gwarancji wystawionej na zlecenie wszystkich konsorcjantów.

²⁸ T. Szczurowski, *Gwarancja...*, s. 26.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ S. Rudnicki, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014, art. 44, nt 6.

³¹ Wyrok SO w Poznaniu z 12 maja 2006 r., sygn. II CA 489/06, LEX nr 621219.

³² Wyrok KIO z 15 września 2014 r., sygn. KIO 1785/14, LEX nr 1538382.

Solidarna odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Solidarność konsorcjum wobec osób trzecich najpełniej objawia się w ustawowej regulacji opartej na art. 141 p.z.p. Zgodnie z nim współwykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 p.z.p., ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odpowiedzialność na gruncie art. 141 p.z.p. jest przykładem solidarności biernej i zachodzi tylko po stronie współwykonawców³³. Chociaż zamawiający, korzystając ze swojego uprawnienia, może żądać wykonania umowy lub wniesienia zabezpieczenia łącznie od wszystkich współwykonawców lub od każdego współwykonawcy z osobna, to analogiczne uprawnienie współwykonawcom nie przysługuje. W konsekwencji nawet jeśli po stronie zamawiającego będzie występowało kilka podmiotów, co jest dopuszczalne m.in. na gruncie art. 16 p.z.p.³⁴, współwykonawcy będą mogli dochodzić swoich roszczeń tylko na podstawie ogólnych zasad prawa cywilnego. Podobnie wykluczone będzie dochodzenie przez jednego z konsorcjantów (np. lidera) spełnienia całego świadczenia na jego rzecz – konieczne będzie odrębne pełnomocnictwo od pozostałych konsorcjantów³⁵. Nie jest oczywiście wykluczone, że zamawiający również będą odpowiadać solidarnie, ale jest to już uzależnione od klauzuli umownej przewidującej taki rodzaj odpowiedzialności także po ich stronie, co będzie przedmiotem dalszych rozważań.

W związku z imperatywnym charakterem normy z art. 141 p.z.p. jakiegokolwiek ograniczenie lub zmodyfikowanie wskazanych przepisów jest niedopuszczalne³⁶. Nie oznacza to oczywiście, że współwykonawcy nie mogą uregulować zasad i stopnia ponoszenia odpowiedzialności w płaszczyźnie stosunków wewnętrznych. Będzie to jednak odnosiło skutek tylko w zakresie ewentualnych roszczeń regresowych.

Solidarna odpowiedzialność współwykonawców powstaje z mocy samego prawa³⁷. Oznacza to, że nie ma potrzeby, by postanowienia dotyczące odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia znalazły się też w SIWZ³⁸.

³³ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012, art. 141, nb. 2.

³⁴ Por. też: art. 15f p.z.p. dopuszczający możliwość utworzenia w drodze porozumienia wspólnego podmiotu z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

³⁵ Ł. Węgrzynowski, *Charakter...*, s. 30.

³⁶ P. Pełczyński [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarczyk, Warszawa 2013, art. 141, nt 10.

³⁷ W myśl art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej.

³⁸ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012, art. 141, nb. 1.

Skupiając się na zakresie przedmiotowym solidarności wynikającej z art. 141 p.z.p., należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że nie obejmuje ona całego spektrum zobowiązań obciążających konsorcjantów, lecz jest ograniczona do dwóch wyodrębnionych obszarów: wykonywania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia jej należytego wykonywania. Odpowiedzialność solidarna z tego tytułu będzie miała miejsce tylko na etapie realizacji umowy. Wykorzystując rozumowanie *a contrario*, należy uznać, że nieuprawnione jest doszukiwanie się w normie z art. 141 p.z.p. źródła odpowiedzialności również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeśli w ramach tego postępowania są już podejmowane czynności związane z przyszłą umową³⁹. Chociaż w doktrynie można spotkać głosy podające w wątpliwość dopuszczalność takiego rozumowania⁴⁰, nie wydają się być one przekonujące. Nie ma bowiem żadnych podstaw wynikających z wykładni funkcjonalnej lub systemowej, które by pozwalały zanegować zasadność posłużenia się argumentem *a contrario*. W związku z powyższym całkowicie uzasadniona jest zaprezentowana w doktrynie polemika z orzeczeniem KIO⁴¹, która w wyroku z 31 marca 2008 r. uznała, że współwykonawcy odpowiadają solidarnie także za sam fakt niezawarcia umowy. Bez wątpienia takie stanowisko zaprezentowane przez KIO jest nieuprawnionym rozszerzeniem granic solidarności zakreślonych przez art. 141 p.z.p. i w związku z tym zasługuje na krytykę⁴². Ponadto warto zauważyć, że zgodnie z wyżej zarysowanym tokiem rozumowania całkowicie irrelevantna będzie również kwestia odpowiedzialności deliktowej współwykonawców⁴³. Wynika to z faktu, że nawet jeśli odpowiedzialność deliktowa zaktualizowałaby się w ramach realizacji zamówienia publicznego, to popełnienie deliktu nigdy nie będzie mogło zostać zakwalifikowane jako wykonywanie lub niewykonywanie umowy.

Analizując solidarność w zakresie zobowiązań wynikających z umowy, należy zauważyć, że konsorcjanci odpowiadają solidarnie w zakresie wszystkich postanowień umownych aż do całkowitego wypełnienia obowiązków z nich wynikających⁴⁴. Szczególnym zagadnieniem w obrębie solidarnej odpowiedzialności z tytułu wykonywania umowy jest odpowiedzialność względem innych podmiotów niż zamawiający. Skoro ustawa nie określa zakresu podmiotowego odpowiedzialności z art. 141 p.z.p., należy przyjąć, że odpowiedzialność ta przynajmniej potencjalnie istnieje wobec wszystkich osób trzecich.

³⁹ T. Szczurowski, *Gwarancja...*, s. 24.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Wyrok KIO z 31 marca 2008 r., sygn. KIO/UZP 223/08; sygn. KIO/UZP 231/08, LEX nr 395947.

⁴² P. Banasik, *Wykonawcy...*, nt 5.

⁴³ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 349.

⁴⁴ J. Nowicki [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015, art. 141, nt 3.

W praktyce odpowiedzialność wykonawców na podstawie art. 141 p.z.p. wobec innych podmiotów niż zamawiający w szczególności dotyczy podwykonawców. Zagadnienie to może być oceniane na wielu płaszczyznach. Przede wszystkim nasuwa się pytanie, jak kształtuje się odpowiedzialność tych konsorcjantów, którzy nie zawierali żadnych umów o podwykonawstwo. Zgodnie z art. 647¹ § 2 do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Mimo rozbieżności w doktrynie wydaje się, że ta zgoda jest nie tylko warunkiem zaistnienia odpowiedzialności inwestora, ale nawet warunkiem skuteczności samej umowy zawartej między wykonawcą a podwykonawcą⁴⁵. Nie ma natomiast żadnych regulacji, które uzależniałyby ważność umowy zawartej przez jednego ze współwykonawców z podwykonawcą od zgody pozostałych wykonawców⁴⁶.

W związku powyższym można sobie wyobrazić sytuację, w której podwykonawca, korzystając z dobrodziejstwa solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy, zwróci się o spełnienie świadczenia bezpośrednio do inwestora, który następnie, korzystając z art. 141 p.z.p., będzie żądał zwrotu wyłożonej kwoty nie od współwykonawcy, który był stroną umowy o podwykonawstwo, lecz od pozostałych konsorcjantów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem takie działanie jest w pełni uprawnione, co zostało potwierdzone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 17 września 2008 r., w którym stwierdzono, że jeżeli jeden ze współwykonawców umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego zawarł umowę z podwykonawcą, któremu nie zapłacił wynagrodzenia, to odpowiedzialność współwykonawców w stosunku do inwestora spełniającego to świadczenie na rzecz podwykonawcy jest solidarna⁴⁷.

Kolejnym interesującym zagadnieniem dotyczącym podwykonawców jest kwestia ich odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania. Zasadne wydaje się pytanie, czy zakres odpowiedzialności z art. 141 p.z.p. rozciąga się tylko na współwykonawców, czy także na podwykonawców, których zobowiązanie stanowi przecież integralną część ostatecznego projektu mającego zostać zrealizowanym w ramach umowy o zamówienie publiczne zawartej między współwykonawcami a zamawiającym. Biorąc jednak pod uwagę treść art. 141 p.z.p., który *explicite* odnosi się wyłącznie do wykonawców, należy uznać, że brak jest podstaw do tego, by rozciągnąć odpowiedzialność solidarną również na podwykonawców⁴⁸. Nie znaczy to jednak, że interesy zamawiającego nie są

⁴⁵ W. Białończyk, *Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane*, „Prawo Spółek” 2003, nr 10, s. 27; P. Drapała, *Umowa o roboty budowlane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 8, s. 11–15; J. Strzępka, *Umowa o roboty budowlane* [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. VII: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2011, s. 478.

⁴⁶ Wyrok SN z 17 września 2008 r., sygn. III CSK 119/08, LEX nr 513248.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012, art. 141, nb. 2.

chronione w tym zakresie. Należy zwrócić uwagę, że wykonawca odpowiada za działania podwykonawcy na gruncie art. 474 k.c., który przewiduje odpowiedzialność za wszelkie działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie jest wykonywane, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania jest powierzane⁴⁹.

Solidarność na gruncie przepisów o spółce cywilnej

Zgodnie z tym, co zarysowano we wstępie rozważań, konsorcjum nie jest jedyną dopuszczalną formą współpracy w Prawie zamówień publicznych. Artykuł 23 § 1 p.z.p. w żadnym zakresie nie narzuca formy współpracy podmiotów gospodarczych. Na gruncie art. 23 § 4 wymagane jest jednak, by ta współpraca była oparta na umowie, która na żądanie zamawiającego musi mu zostać okazana. *Lege non distinguente* może być to zarówno umowa konsorcjum, jak i umowa spółki cywilnej, a nawet jakakolwiek inna umowa, w ramach której współwykonawcy określają ramy współpracy, nie tworząc przy tym odrębnego podmiotu prawa⁵⁰.

Podobieństwa między umową konsorcjum a umową spółki cywilnej są uderzające. Zarówno jedna, jak i druga umowa kreuje jedynie stosunek obligacyjny przy zachowaniu odrębności podmiotowej stron zawierających umowę. Przede wszystkim jednak co do zasady zarówno konsorcjum, jak i spółka cywilna są powoływane dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego⁵¹. Przez wzgląd na zarysowane podobieństwa w doktrynie często pojawiają się głosy, że konsorcjum należy utożsamiać ze spółką cywilną. Jako przykład wskazane jest powołanie się na stanowisko S. Włodyki, który określa konsorcjum jako wzbogaconą umowę spółki cywilnej⁵², oraz stanowisko L. Steckiego, który chociaż dostrzega różnice między tymi dwiema instytucjami, zasadniczo definiuje konsorcjum jako nietypową formę spółki⁵³.

W utrwalonym orzecznictwie i w literaturze przedmiotu można też spotkać bardziej umiarkowane stanowiska. Odnosząc się do zależności występujących między instytucją konsorcjum a instytucją spółki cywilnej, wypada powołać się

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Na przykład spółki prawa handlowego.

⁵¹ W stosunku do spółki cywilnej wynika to bezpośrednio z art. 860 k.c., natomiast odnośnie do konsorcjum można spotkać poglądy utożsamiające tę instytucję z dążeniem do osiągnięcia określonego celu gospodarczego (por. m.in. Ł. Węgrzynowski, *Charakter...*, s. 33; Ł. Laszczyński, *Spółka cywilna jako wykonawca*, „Przetargi Publiczne” 2008, nr 1 s. 56–58) oraz do osiągnięcia jakiegokolwiek celu – niekoniecznie o charakterze gospodarczym (por. m.in. S. Babiarz [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarz, Warszawa 2013, art. 23, nt 3; A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka...*, s. 654).

⁵² S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 259.

⁵³ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 140–141.

na postanowienie Sądu Najwyższego z 6 marca 2015 r. w którym Sąd, pozostając sceptycznym wobec utożsamiania konsorcjum ze spółką cywilną, zauważył, że konsorcjum zasadniczo nie działa w formie spółki cywilnej, chyba że w zgodny sposób tak zostało ono ukształtowane. Bez względu jednak na wolę stron muszą być w takim przypadku spełnione wymogi konstrukcyjne wyznaczające treść stosunku prawnego spółki cywilnej, tj. przedsiębiorstwo, majątek wspólny, a także więzi organizacyjne i majątkowe wspólników⁵⁴. Sceptyczny pozostaje również J. Hilla, który akcentując zasadę swobody umów, podkreśla, że spośród wszystkich umów, w ramach których powstaje konsorcjum, umowami spółki będą tylko te z nich, które mają cechy przewidziane w przepisach art. 860 i n. k.c.⁵⁵ Ponadto należy ponownie przywołać rozważania L. Steckiego, który chociaż jest bliski identyfikowaniu konsorcjum ze swoistą formą spółki cywilnej, to przestrzega jednak przed pochopnym transferem odpowiedzialności z art. 864 k.c. na grunt konsorcjum, przedstawiając doniosłe argumenty jurystyczne w tym zakresie⁵⁶. Przede wszystkim wskazuje na okoliczność, że podmioty tworzące konsorcjum są połączone zdecydowanie luźniejszym węzłem prawnym niż wspólnicy spółki cywilnej, a solidarna odpowiedzialność wspólników jest oparta na istnieniu majątku wspólnego, który nie powstaje w przypadku konsorcjum⁵⁷. W podobnym tonie wypowiada się A. Chrzęszcz, która dochodzi do wniosku, że skoro nie ma precyzyjnych kryteriów pozwalających na dokonanie dystynkcji między tymi dwiema instytucjami, to niemożliwe jest jednoznaczne określenie sytuacji, kiedy umowa konsorcjum jest rodzajem spółki cywilnej, a kiedy jest po prostu odrębną nienazwaną umową wyłącznie zbliżoną w swojej konstrukcji do umowy spółki⁵⁸. Podsumowując, należy się zgodzić z ogólną konstatacją poczynioną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 20 listopada 2014 r., zgodnie z którym nie można stawiać znaku równości pomiędzy spółką cywilną a konsorcjum⁵⁹. W związku z powyższym „umowa konsorcjum może stanowić podtyp spółki cywilnej, być spółką cywilną albo mieć samodzielny charakter, jeżeli nie ma podstaw do ustalenia, że występują w niej istotne cechy spółki cywilnej”⁶⁰.

Zarysowane powyżej rozważania dotyczące relacji między umową konsorcjum a umową spółki cywilnej są niezmiernie istotne z punktu widzenia solidarności konsorcjum wobec osób trzecich. Należy mieć bowiem na uwadze, że skoro umowa spółki cywilnej jest umową nazwaną⁶¹, to jeśli uznamy, że zawarta

⁵⁴ Postanowienie SN z 6 marca 2015 r., sygn. III CZP 113/14, LEX nr 1733674.

⁵⁵ J. Hilla, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 3.

⁵⁶ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 350.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ A. Chrzęszcz, *Konsorcjum w zamówieniach...*, s. 43.

⁵⁹ Wyrok SN z 20 listopada 2014 r., sygn. V CSK 177/14, LEX nr 1544407.

⁶⁰ Wyrok SA w Warszawie z 8 czerwca 2016 r., sygn. VI ACa 651/15, LEX nr 2081562.

⁶¹ Por. art. 860 i n. k.c.

przez strony umowa konsorcjum odpowiada cechom spółki cywilnej, to w stosunku do współwykonawców znajdują zastosowanie nie tylko przepisy ogólne prawa zobowiązań, ale także przepisy szczegółowe dotyczące umowy spółki cywilnej (w tym art. 864 k.c. przewidujący, że za zobowiązania spółki wszyscy współnicy odpowiadają solidarnie). W zależności natomiast od stopnia podobieństwa wskazane przepisy będą stosowane bezpośrednio lub *per analogiam*⁶².

Przyjęcie solidarnej odpowiedzialności z art. 864 k.c. w stosunku do konsorcjum może rodzić poważne skutki prawne. Reżim odpowiedzialności z art. 864 k.c. tylko na pierwszy rzut oka może się wydawać zbieżny z odpowiedzialnością z art. 141 p.z.p. Należy zwrócić uwagę, że o ile odpowiedzialność solidarna na gruncie Prawa zamówień publicznych jest ograniczona do określonych obszarów, to odpowiedzialność solidarna współników obejmuje wszystkie zobowiązania spółki. Oczywiście w związku z brakiem odrębnej podmiotowości prawnej sformułowanie „zobowiązania spółki” jest pewnym uproszczeniem, które kryje za sobą zobowiązania zaciągnięte przez współników w ramach działalności spółki⁶³. W związku z powyższym w przypadku uznania konsorcjum za spółkę cywilną wszystkie czynności prawne dokonywane przez współwykonawców będą kwalifikowane jako dokonywane przez współników spółki cywilnej. W konsekwencji odpowiedzialność solidarna oparta na art. 864 k.c. potencjalnie będzie mogła obejmować praktycznie wszystkie aspekty związane z zamówieniami publicznymi. Zaciągnięcie zobowiązań przez współwykonawców wobec osób trzecich może bowiem następować zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i na etapie realizacji umowy.

Solidarność czynna konsorcjantów

Interesy współwykonawców realizujących zamówienie nie są chronione w takim samym stopniu jak interesy zamawiającego. W przeciwieństwie do solidarności biernej współwykonawców ich solidarność czynna nie znajduje odrębnego uregulowania w żadnym akcie normatywnym. Należy zauważyć, że ani na gruncie art. 141 p.z.p., ani przy stosowaniu przepisów właściwych dla spółki cywilnej nie powstaje uprawnienie do żądania przez każdego z konsorcjantów spełnienia całości świadczenia do jego rąk przez zamawiającego.

W ramach objętych dyspozycją art. 141 p.z.p. wynika to z jednoznacznej treści przepisu wykluczającej istnienie jakiegokolwiek luki prawnej, która ewentualnie pozwoliłaby na stosowanie ostrożnej analogii dopuszczającej przyjęcie soli-

⁶² A. Chrząszcz, *Konsorcjum w zamówieniach...*, s. 43.

⁶³ A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014, art. 864, nt 2.

darności czynnej⁶⁴. Potwierdził to Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 18 lutego 2009 r., zauważając, że „art. 141 p.z.p. przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 p.z.p. odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienia zabezpieczenia”⁶⁵.

W przypadku stosowania przepisów właściwych dla spółki cywilnej na pierwszy rzut oka sytuacja często nie jest taka oczywista i zdarza się, że sądy ulegają pokusie przypisywania współnikom uprawnień wierzycieli solidarnych⁶⁶. Jest to jednak całkowicie nieuzasadnione. W wyroku z 7 września 2010 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi *explicite* stwierdził, że z samego faktu istnienia solidarności biernej współników spółki cywilnej nie można wywodzić solidarności czynnej między nimi⁶⁷. Trafną uwagę w tym zakresie poczynił E. Gniewek, który krytykując zarówno solidarne zasądzenie świadczenia (ze względu na brak ustawowego uregulowania przewidującego solidarność czynną), jak i rozdzielanie zasądanego świadczenia na poszczególnych współników (przez wzgląd na istotę wspólności łącznej przewidującej jej „bezudziałowy” charakter), zauważył, że jedyną poprawną formułą, która może być zastosowana przez sąd, jest zasądzenie należnego świadczenia „na rzecz powodów”⁶⁸.

Nie oznacza to, że w żadnym wypadku nie jest możliwe, by uprawnienia z tytułu solidarności czynnej przysługiwały konsorcjantom, niemniej w tym zakresie wchodzi w grę jedynie przepisy ogólne oparte przede wszystkim na art. 369 k.c. Jest to dopuszczalne z tego względu, że przepisy Prawa zamówień publicznych w żadnej mierze nie wyłączają możliwości stosowania przepisów Kodeksu cywilnego do umów zawieranych w trybie przewidzianym dla zamówień publicznych⁶⁹. W myśl powyższego przepisu źródłem solidarności może być ustawa lub czynność prawna. Skoro zatem ustawa w żadnym wypadku nie statuuje takiego uprawnienia, należy się skupić na solidarności czynnej konsorcjantów powstałej na skutek zgodnej woli stron.

Mając na względzie zasadę swobody umów i ograniczeń wynikających z art. 353¹ k.c., uzasadnione jest twierdzenie, że nie ma żadnych przeszkód, by kwestię solidarności czynnej konsorcjantów uregulować zarówno na etapie po-

⁶⁴ B. Gnela, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2011, s. 32.

⁶⁵ Wyrok SA w Warszawie z 18 lutego 2009 r., sygn. VI ACa 1152/08, LEX nr 1344288.

⁶⁶ E. Gniewek, *O wadliwościach stosowania zasad solidarności czynnej w postępowaniu sądowym – uwag kilka*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 3, s. 121.

⁶⁷ Wyrok SA w Łodzi z 7 września 2010 r., sygn. I ACa 544/10, LEX nr 1045178.

⁶⁸ E. Gniewek, *O wątpliwościach...*, s. 123.

⁶⁹ Wyrok SN z 15 stycznia 2010 r., sygn. I CSK 197/09, LEX nr 564749.

stępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy. Wątpliwości może budzić co najwyżej kwestia umownego uregulowania solidarności czynnej konsorcjantów jeszcze na etapie samego postępowania, gdy nie została zawarta umowa o wykonanie zamówienia. Trzeba jednak dopuścić taką możliwość, biorąc pod uwagę, że już na tym etapie mogą powstać rozmaite roszczenia wzajemne wynikające chociażby z ewentualnych umów ramowych czy odpowiedzialności wynikającej z prowadzenia negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów (tzw. *culpa in contrahendo*).

Umowne uregulowanie solidarności czynnej konsorcjantów może być uzasadnione z wielu powodów. Przykładowo strony mogą dążyć do wyeksponowania roli lidera konsorcjum i scedowania na niego praw i obowiązków również w zakresie dochodzenia wierzytelności konsorcjum. W takiej sytuacji lider konsorcjum, korzystając z uprawnienia do żądania całej wierzytelności związanej z realizacją zamówienia publicznego, ściągą na siebie także szereg obowiązków związanych z rozdysponowaniem uzyskanej sumy na pozostałych konsorcjantów zgodnie z zasadami przyjętymi w umowie konsorcjum.

Innym przykładem jest sytuacja, gdy jeden z konsorcjantów jest dłużnikiem wobec zamawiającego ze spornej wierzytelności wynikającej z innego tytułu prawnego niż stosunek związany z zamówieniem publicznym. W takim przypadku zastrzeżenie solidarności czynnej może zapobiegać wysunięciu zarzutu potrącenia przez zamawiającego względem konsorcjanta-dłużnika. Będzie to możliwe, jeśli tylko taki zarzut zostanie uprzedzony przez wystosowanie powództwa o zapłatę przez innego konsorcjanta korzystającego z walorów instytucji solidarności. Dzięki temu konsorcjant zobowiązany ze spornej wierzytelności otrzyma należną mu część zapłaty bezpośrednio od konsorcjanta, który wytoczył powództwo, a na zamawiającym będzie ciążył obowiązek dochodzenia jego zdaniem należnego mu świadczenia z innego tytułu prawnego w odrębnym postępowaniu sądowym. Gdyby nie zastrzeżona solidarność czynna, zamawiający mógłby z łatwością wysunąć zarzut potrącenia w stosunku do części wierzytelności przypadającej na konkretnego konsorcjanta i to właśnie ten konsorcjant musiałby podjąć odpowiednie kroki prawne w celu wykazania braku podstawy prawnej zarzutu potrącenia i związanego z nim roszczenia zamawiającego.

Rozmaite skutki prawne wynikające z zastosowania instytucji solidarności czynnej konsorcjantów niejednokrotnie mogą być równie doniosłe jak te wynikające z ich solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania. Niemniej zgodnie z tym, co zostało podkreślone powyżej, należy pamiętać, że w związku z niestnieniem odrębnej podstawy kontraktowej punktem wyjścia jest podział wierzytelności konsorcjantów na gruncie art. 379 k.c. lub zasądzenie jej do majątku wspólnego na podstawie przepisów o spółce cywilnej⁷⁰.

⁷⁰ A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014, art. 379, nt 2.

Podsumowanie

W związku ze stale wzrastającym znaczeniem regulacji prawnych w obszarze Prawa zamówień publicznych obejmujących nie tylko procedurę udzielania zamówień, ale także zawierania i realizacji umów w tym zakresie, przedstawiona w niniejszym opracowaniu problematyka dotycząca solidarności czynnej i biernej konsorcjantów wobec osób trzecich ma walor niezwykle praktyczny.

Nie ulega wątpliwości, że przy zamówieniach publicznych o znacznej wartości, których realizacja wymaga posiadania odpowiednich zasobów finansowych, kadrowych czy technicznych, podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia będą w zdecydowanie lepszej pozycji niż podmioty ubiegające się samodzielnie. Ze względu na różnicę potencjałów w praktyce w zdecydowanej większości przypadków realizacja zamówienia będzie powierzana podmiotom ze sobą współpracującym. Właśnie dlatego niezwykle istotne staje się kompleksowe uregulowanie kwestii odpowiedzialności solidarnej podmiotów wspólnie realizujących zamówienie publiczne. Jeśli bowiem dochodzi do wyboru oferty konsorcjum, to w zdecydowanej większości przypadków nie chodzi o drobne umowy, lecz o poważne inwestycje, w ramach których wartość zamówienia przekracza często miliony złotych. Przy takich inwestycjach znaczne ryzyko ekonomiczne obciąża nie tylko zamawiającego, ale również masę osób trzecich, z którymi współwykonawcy wchodzi w stosunki cywilnoprawne przy realizacji kontraktu.

Obecny model oparty głównie na art. 141 p.z.p. realizuje funkcję ochronną jedynie w ograniczonym zakresie. Poszukiwanie podstaw odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów w innych reżimach prawnych zgodnie z tym, co zostało przedstawione w toku rozważań, również nie jest w pełni satysfakcjonujące i niekiedy budzi poważne wątpliwości. Namysłu wymaga też kwestia ustawowego uregulowania solidarności czynnej konsorcjantów. Pozostawienie tej kwestii tylko w obszarze potencjalnych postanowień umownych w mojej ocenie nie jest wystarczające. W związku z powyższym wskazane jest dalsze zgłębianie zarysowanej tematyki i formułowanie propozycji *de lege ferenda* dotyczących zmian w zakresie solidarności konsorcjantów.

Bibliografia

- Babiarz S. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarz, Warszawa 2013.
Banasiak P., *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne*, cz. II, LEX/el.
Białończyk W., *Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane*, „Prawo Spółek” 2003, nr 10.
Cempura A., Kasolik A., *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2014.
Drapała P., *Umowa o roboty budowlane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 8.

- Chrzęszc A., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 7.
- Galczyńska-Lisik K., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10.
- Gnela B., *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2011.
- Gniewek E., *O wadliwościach stosowania zasad solidarności czynnej w postępowaniu sądowym – uwag kilka*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 3.
- Granecki P. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012.
- Guziński M., *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012.
- Hilla J., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5.
- A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014.
- Kowalewski E., Mogiński W., *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1.
- Laszczyński Ł., *Spółka cywilna jako wykonawca*, „Przetargi Publiczne” 2008, nr 1.
- Nazaruk P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014.
- Niepytalski T., *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011.
- Nowicki J. [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015.
- Olszewska A., Śledzińska M., *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Gdańsk 2004.
- Pelczyński P. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiaryz, Warszawa 2013.
- Pyrzyńska A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014.
- Rudnicki S., Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014.
- Stachowiak M. [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014.
- Stecki L., *Konsorcjum*, Toruń 1994.
- Strzępka J., *Umowa o roboty budowlane* [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. VII: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2011.
- Szczurowski T., *Gwarancja wadialna a konsorcjum*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 5.
- Świstak R., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3.
- Węgrzynowski Ł., *Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 5.
- Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza problematyki konsorcjum w Prawie zamówień publicznych z punktu widzenia solidarności czynnej i bierniej konsorcjantów wobec osób trzecich. Analizie poddano rozmaite koncepcje solidarności znajdujące swoje oparcie w różnych podstawach prawnych, które w mniejszym lub większym zakresie mogą znaleźć zastosowanie w relacjach między uczestnikami konsorcjum a osobami trzecimi (w tym w szczególności zamawiającym i podwykonawcami). Przyjęta metoda badawcza uwzględnia zarówno poglądy doktryny, jak i orzecznictwa i zmierza do wskazania sposobów rozwiązania rozmaitych problemów związanych z odpowiedzialnością za zobowiązania powstałe na gruncie Prawa zamówień publicznych w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia. W toku rozważań podejmowana była również próba znalezienia uniwersalnej podstawy solidarności konsorcjantów na gruncie

przepisów niezwiązanych ściśle z instytucją konsorcjum. W związku z ograniczonym zakresem norm kształtujących bezpośrednio solidarność konsorcjantów poszukiwanie podstawy solidarności w innych przepisach prawnych wydaje się być w pełni uzasadnione.

Słowa kluczowe: konsorcjum, prawo zamówień publicznych, solidarność bierna i czynna, gwarancja wadialna, spółka cywilna

CONSORTIUM IN THE PROVISIONS OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW – JOINT AND SEVERAL LIABILITY – IN THE PROCUREMENT PROCEDURE AND PERFORMANCE OF THE CONTRACT

Summary

The main purpose of the article is an analysis of the consortium in the provisions of the public procurement law in terms of joint and several liability. There are many conceptions of the examined issue which are reflected in various legal acts. The method of research is based on both doctrine of law and judicature. The aim is to find problems and provide solutions regarded with liability on the ground of the public procurement law in case of joint venture of the consortium members. In further parts of the study, the attempt to find an universal basis of the joint and several liability of the members of consortium is carried out in terms of provisions that are not associated with the institution of the consortium. Due to the lack of respective legal norms in this matter, seeking the basis of the joint and several liability in various legal acts is fully reasoned.

Keywords: consortium, public procurement law, joint and several liability, bid bond, civil law partnership

Piotr K. Sowiński

**KSZTAŁTOWANIE SIĘ INSTYTUCJI
DOBROWOLNEGO PODDANIA SIĘ KARZE
W TRYBIE ART. 338A I 387 K.P.K.
KILKA UWAG NA TLE ZMIAN Z LAT 1997–2016**

Dobrowolne poddanie się karze jest jedną z młodszych instytucji procesowych w polskiej procedurze karnej. Ze względów ideologicznych i ustrojowych nie mogło się ono pojawić w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r., nie sposób było bowiem sobie ówczasnie wyobrazić sytuację, w której przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości „dobijaliby” jakichkolwiek targów z elementem o przestępczej proweniencji. Choć te uprzedzenia upadły wraz z ustrojem „demokracji ludowej”, to ich miejsce zajęły wątpliwości co do „dopasowania” dobrowolnego poddania się karze do obowiązującego modelu postępowania jurysdykcyjnego oraz zgodności z niektórymi naczelnymi zasadami procesowymi. Obecnie nie budzi wszakże większych zastrzeżeń potrzeba poszukiwania rozwiązań mających na celu usprawnienie i przyspieszenie wyrokowania w niektórych kategoriach spraw karnych, przy czym tylko na przykładzie samego art. 387 § 1 k.p.k. aż do 2016 r. zaznacza się tendencja do ciągłego poszerzania grupy spraw, w których ustawodawca dopuszcza tzw. skrócone wyrokowanie. Wyrokowanie w oparciu o art. 338a oraz 387 k.p.k. wymusza na sędzię uwzględnianie w większym stopniu stanowiska stron w procesie decyzyjnym¹, co swego czasu postulował w doktrynie S. Waltoś, opowiadając się za wprowadzeniem do Kodeksu postępowania karnego instytucji opartych na „porozumieniach procesowych”².

W momencie uchwalenia Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. przepis art. 387 § 1 zezwalał na dobrowolne poddanie się karze wyłącznie oskarżonym o występki zagrożone karą nieprzekraczającą 8 lat pozbawienia wolności. Ogra-

¹ S. Waltoś, *Dopuszczalność porozumiewania się i uzgadniania rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego w świetle polskiej procedury karnej* [w:] *Porozumiewanie się i uzgadnianie rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego*, red. A. Szwarc, Warszawa–Poznań 1993, s. 50–52.

² S. Waltoś, „Porozumienia” w polskim procesie karnym *de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 7, s. 36.

niczenie to zniesiono nowelą ze stycznia 2003 r.³, wskutek czego dobrowolne poddanie się karze mogło stać się udziałem sprawcy każdego występku. Jeszcze dalej poszedł ustawodawca w 2013 r. Nowelizacja ta niejako przy okazji realizacji zasadniczego celu, jakim było ukontradyktoryjnienie fazy jurysdykcyjnej procesu, rozciągnęła instytucję dobrowolnego poddania się karze na wszystkie przestępstwa, a więc również zbrodnie, i to niezależnie od wysokości grożącej oskarżonemu kary⁴. Żywość tej ostatniej zmiany był niezwykle krótki. Wraz ze zmianą układu sił politycznych w polskim Sejmie doszło do swego rodzaju „denowelizacji” Kodeksu postępowania karnego i powrotu do stanu *ex ante* w niemal wszystkich obszarach objętych nowelą wrześniową, w tym także w obrębie porozumień procesowych. Ustawa z 11 marca 2016 r.⁵ wyrugowała możliwość zawarcia w trybie art. 387 § 1 k.p.k. układu z każdym oskarżonym, wracając do koncepcji ograniczonego stosowania omawianej tu instytucji. Obecnie wskutek noweli marcowej karze może dobrowolnie poddać się wyłącznie ten oskarżony, któremu zarzuca się przestępstwo zagrożone karą nieprzekraczającą 15 lat pozbawienia wolności. Wydaje się, że w przypadku tego zagrożenia chodzi o czyny, w których 15 lat pozbawienia wolności stanowi górną granicę zagrożenia ustawowego, nie zaś zagrożenia branego pod uwagę przez sąd jako kara zindywidualizowana do realiów danej sprawy, oraz że możliwość dobrowolnego poddania się karze odpada przy czynach zagrożonych co prawda karą 15 lat pozbawienia wolności, lecz równolegle zagrożonych karą 25 lat pozbawienia wolności oraz karą dożywotniego pozbawienia wolności jako karami alternatywnymi. Skąd taki wniosek, skoro w art. 387 § 1 k.p.k. nie ma zastrzeżenia, że możliwość stosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze dotyczy „tylko” lub „wyłącznie” „czynów zagrożonych karą nieprzekraczającą 15 lat pozbawienia wolności”, co mogłoby sugerować dopuszczenie do jej stosowania również w odniesieniu do czynów, które spełniają ten warunek, a ponadto mogą rodzić odpowiedzialność w granicach wyznaczonych przez sankcję alternatywnie wskazaną w ustawie? Takie rozumowanie jest błędne, rację ma bowiem D. Świecki, że w przypadku występków zagrożonych karami alternatywnymi prowadziłyby do nieuzasadnionego zawężenia zakresu stosowania art. 387 § 1 k.p.k., z kolei w odniesieniu do zbrodni do nadmiernego i niezamierzonego przez ustawodawcę z 2016 r. poszerzenia zakresu stosowania tego przepisu do wszystkich zbrodni⁶.

³ Zmieniony przez art. 1 pkt 158 lit. a ustawy z 10 stycznia 2003 r. (Dz.U. z 2003 r., nr 17, poz. 155) zmieniającej tę ustawę od 1 lipca 2003 r.

⁴ Zmieniony przez art. 1 pkt 127 ustawy z 27 września 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247) zmieniającej tę ustawę od 1 lipca 2015 r.

⁵ Zmieniony przez art. 1 pkt 91 lit. a ustawy z 11 marca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 437) zmieniającej tę ustawę od 15 kwietnia 2016 r.

⁶ D. Świecki, *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2018, teza 16, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587388769/565892> (1.08.2018).

Obecnie więc art. 387 § 1 k.p.k. stosuje się do wszystkich występków i tylko do niektórych zbrodni⁷. Wskazana przez ustawodawcę grupa czynów, o które może być oskarżony występujący z wnioskiem o dobrowolne poddanie się karze, stanowi w ocenie T. Grzegorzcyka warunek merytoryczny złożenia wniosku w sprawie zastosowania tej instytucji⁸, a złożenie wniosku przez oskarżonego o czyn zagrożony karą surowszą nie wywołuje skutków prawnych i nie podlega rozpoznaniu⁹. W ślad za M. Zbrojewską należy tu zauważyć, że dla ustalenia, czy warunek ów został spełniony, zasadnicze znaczenie ma kwestia oceny prawnej czynu zarzucanego oskarżonemu dokonanej przez oskarżyciela w akcie oskarżenia. Ocena ta ma znaczenie zasadnicze, lecz nie rozstrzygające, gdyż nie wiąże ona sądu, który może w tym zakresie dokonać własnej (re)interpretacji przepisów karnych. Oznacza to, że ów warunek ma charakter ocenny (merytoryczny), nie zaś formalny¹⁰.

W przedmiocie dobrowolnego poddania się karze rozstrzygające znaczenie ma postawa oskarżonego, jest to bowiem podmiot, który inicjuje tę formę skróconego wyrokowania. Uprawnienie do złożenia wniosku o poddanie się karze nie ma jednak charakteru ściśle osobistego¹¹, tym samym nie jest wykluczona aktywność w tym zakresie obrońcy oskarżonego, którą musi wszakże cechować pełna akceptacja ze strony jego mandanta tak w zakresie samego poddania się karze, jak i kwestii szczegółowych składających się na treść tego wniosku. W przypadku złożenia wniosku przez obrońcę wymaga się więc „jednoznacznej akceptacji (potwierdzenia) przez oskarżonego”¹².

W celu wyrównania szans oskarżonego i prokuratora w sytuacji, w której oskarżony nie ma obrońcy, na jego wniosek sąd może wyznaczyć mu tego obrońcę z urzędu. Obrońca ten pełni rolę obrońcy *ad hoc*, przy czym w krótkim okresie pomiędzy 1 lipca 2015 a 14 kwietnia 2016 r. był on wyznaczany na podstawie nieobowiązującego już art. 80a § 2 k.p.k. jako „obrońca z urzędu [wyznaczony] w celu dokonania określonej czynności procesowej w toku postępowania sądowego”. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby w trybie art. 387 § 1 zd. 3 k.p.k. wyznaczyć wspólnego obrońcę dla kilku oskarżonych równocześnie poddających się karze w tej samej sprawie, chyba że ich interesy kolidują za sobą

⁷ *Ibidem*.

⁸ T. Grzegorzcyk, *Wniosek oskarżonego o skazanie go bez przeprowadzania postępowania dowodowego na rozprawie*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 1, s. 18.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ M. Zbrojewska, *Dobrowolne poddanie się karze w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 11–12, s. 206 i n.

¹¹ P.K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności organów procesowych oraz oskarżonego*, Rzeszów 2012, s. 190.

¹² R. Ponikowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 977.

(art. 85 § 1 k.p.k.). obrońca ten nie jest obrońcą obligatoryjnym, sąd zachowuje więc możliwość nieprzychylenia się do odnośnego wniosku oskarżonego. Ustawodawca nie przewiduje nawet odpowiedniego stosowania art. 387 § 1 zd. 3 k.p.k. do sytuacji z art. 338a k.p.k., co można wytłumaczyć tylko w jeden sposób, a mianowicie na posiedzeniu wyznaczanym na podstawie art. 343a § 1 k.p.k. nie dochodzi do przesłuchania oskarżonego (oskarżonych) ani innych czynności dowodowych (art. 343a § 2 zd. 3 w zw. z art. 343 § 4 k.p.k.).

Podstawa wyznaczenia obrońcy w trybie art. 387 § 1 zd. 3 k.p.k. jest podstawą niezależną od tej, o której mowa w art. 78 § 1 k.p.k., co oznacza, że nie bada się sytuacji materialnej oskarżonego. Sąd może uznać, że wyznaczenie oskarżonemu obrońcy z urzędu jest niecelowe, gdy uprawnieni uczestnicy postępowania karnego zgłosili sprzeciw przeciwko takiemu sposobowi zakończenia procesu. Decyzja odmowna podlega zaskarżeniu w trybie art. 81 § 1a k.p.k., co z uwagi na termin z art. 460 k.p.k. znacznie obniża sprawność procedowania, lecz stanowi ważną gwarancję prawa do obrony. Wydaje się, że właśnie przez wzgląd na 7-dniowy termin wniesienia zażalenia w praktyce sądy chętniej wyznaczają obrońcę w sytuacji z art. 387 § 1 zd. 3 k.p.k., niż przerywają rozprawę do czasu jego bezskutecznego upływu lub rozpoznania zażalenia.

Oświadczenie oskarżonego o chęci skorzystania z dobrodziejstwa dobrowolnego poddania się karze w trybie art. 387 § 1 k.p.k. składane jest „do chwili zakończenia pierwszego przesłuchania wszystkich oskarżonych na rozprawie głównej”. Wzmianka, iż chodzi o moment zakończenia przesłuchania „wszystkich” oskarżonych, pojawiła się w treści tego przepisu dopiero w 2003 r. Wcześniej moment ten wyznaczało zakończenie na rozprawie głównej pierwszego przesłuchania tego oskarżonego, który przejawiał przedmiotową inicjatywę. Zmiana ta ma znaczenie tylko w sprawie złożonej podmiotowo; w innych sprawach, w których występuje jeden oskarżony, nie jest ona w zasadzie zauważalna. Przesunięcie granicy temporalnej złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze pozwala oskarżonym, którzy już złożyli wyjaśnienia, lepiej zrozumieć sytuację procesową, w jakiej się znaleźli, zaś sąd zwalnia z konieczności rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku przed uzyskaniem bardziej całościowego oglądu sprawy. Ramy przesłuchania oskarżonego na rozprawie głównej wyznacza z jednej strony pouczenie dokonywane w trybie art. 386 § 1 k.p.k., z drugiej zaś strony pouczenie o prawie zadawania pytań osobom przesłuchiwanym oraz prawie do składania wyjaśnień co do każdego dowodu, gdyż zgodnie z § 2 tego samego przepisu dokonuje się ich „po przesłuchaniu oskarżonego”. Chwila, w której przewodniczący przystępuje do tego ostatniego pouczenia, jest więc momentem, w którym w sprawie niezłożonej podmiotowo oskarżony nie może już wystąpić z wnioskiem o poddanie się karze. Wydaje się też, że w podobnym układzie procesowym oskarżony nie utraci możliwości złożenia odnośnego wniosku, nawet jeżeli odmówił złożenia wyjaśnień, a sąd odczytawszy treść

uprzednio złożonych w śledztwie wyjaśnień zwróci się doń na podstawie art. 389 § 2 k.p.k. o „wypowiedzenie się co do treści [odczytanego protokołu]” i o wyjaśnienie zachodzących sprzeczności¹³. W takim wypadku momentem, o którym mowa w art. 387 § 1 k.p.k., będzie również chwila przystąpienia do pouczenia w trybie art. 386 § 2 k.p.k., gdyż pouczenie to nie jest zależne od postawy oskarżonego w kwestii depozycji i zawsze następuje ono „po przesłuchaniu”, choćby było ono nieefektywne.

Samo ograniczenie czasowe poddania się karze ma swój sens, zważywszy na to, że istota omawianej tu instytucji zasadza się na znacznym skróceniu toku postępowania jurysdykcyjnego. Takiego znaczenia pozbawione byłoby poddanie się karze dokonane po przeprowadzeniu najbardziej czasochłonnych czynności, do których należy zaliczyć czynności dowodowe. Z tego powodu należy przyjąć, że art. 387 § 1 k.p.k. odnosi się do przesłuchania oskarżonego lub oskarżonych dokonany po raz pierwszy, także po przerwie, nie zaś po jej odroczeniu i prowadzeniu ponownym¹⁴. Odmienne stanowisko prezentuje w tym zakresie M. Błoński. Choć dostrzega on pewną sprzeczność pomiędzy funkcją dobrowolnego poddania się karze polegającą na nieprzeprowadzaniu rozprawy w całości a znacznym zaawansowaniem sprawy, to ze względu na prymat reguł wykładni językowej wobec fakultatywności stawiennictwa oskarżonego na rozprawie dopuszcza on możliwość poddania się przezeń karze również w toku dalszej rozprawy, a nawet rozprawy ponownej, jeżeli tylko nie został wcześniej spełniony warunek odnoszący się do jego przesłuchania¹⁵.

Ograniczenie czasowe, o którym mowa w art. 387 § 1 k.p.k., wiąże, choćby nawet dopiero w toku przewodu sądowego wyszło na jaw, że kwalifikacja prawna czynu przyjęta w akcie oskarżenia może ulec zmianie na taką, która dopiero w chwili uprzedzenia oskarżonego o tym fakcie w trybie art. 399 § 1 k.p.k. mieści się w granicach zagrożenia warunkującego poddanie się karze¹⁶. Wyznacznikiem przesłanki z art. 387 § 1 k.p.k. jest bowiem treść oskarżenia, nie zaś spodziewana modyfikacja kwalifikacji dokonywana przez sąd w fazie wyrokowania.

Nie inaczej będzie w sytuacji, w której dochodzi do rozszerzenia przedmiotowego zarzutów oskarżenia w trybie art. 398 § 1 k.p.k., co z reguły następuje po przeprowadzeniu jakiejś części dowodów. I choć w terminie wyznaczonym przez

¹³ M. Błoński, *Termin do złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 roku* [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 555.

¹⁴ R. Ponikowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 977.

¹⁵ M. Błoński, *Termin...*, s. 556 oraz 558–559.

¹⁶ Podobnie: T. Grzegorzczak, *Wniosek oskarżonego...*, s. 19.

art. 387 § 1 k.p.k. oskarżony nie mógł odnieść się do oskarżenia, które zmateria-
lizowało się później, a złożone przezeń wyjaśnienia nie dotyczyły nowego zarzu-
tu, to zarazem nie może dziwić, iż takiemu oskarżonemu trzeba będzie jednak
odmówić możliwości poddania się karze w zakresie nowego oskarżenia. Na tym
etapie postępowania jurysdykcyjnego dochodzi do rozszerzenia oskarżenia, gdy
ujawniono „w toku rozprawy” nowe okoliczności, a stopień ich poznania jest tak
duży, że nie zachodzi potrzeba przeprowadzenia co do „nowego czynu” postę-
powania przygotowawczego. Przeciwno stosowaniu art. 387 § 1 k.p.k. przema-
wia więc nie tylko niezachowanie wskazanego w nim terminu prekluzyjnego,
lecz przede wszystkim znaczne zaawansowanie sprawy, które podważa sens
stosowania instytucji, która ma skracać proces niemożliwy już do skrócenia
w warunkach powstałych na gruncie art. 398 § 1 k.p.k.

Z art. 387 § 1 k.p.k. wynika wyraźnie, że jest to oświadczenie składane na
rozprawie, co dotyczy zarówno oskarżonych, którym zarzuca się występki, jak
i zbrodni spełniającą warunek niezagrożenia karą przekraczającą 15 lat pozba-
wienia wolności. Nie będzie więc możliwe przychylenie się do pisemnego wnio-
sku oskarżonego, który korzystając z fakultatywnego charakteru swej obecności
na rozprawie, nie bierze w niej udziału¹⁷, gdyż nie jest to wniosek złożony na
rozprawie. Przeciwno możliwości uwzględnienia wniosku złożonego przez nieo-
becnego oskarżonego zdaje się przemawiać to, że sąd winien podjąć próbę prze-
słuchania „wszystkich oskarżonych”, co nie będzie możliwe wobec absencji tego
oskarżonego, który wyraża wolę poddania się karze. Wniosek takiego oskarżonego
można rozpatrywać co najwyżej w kontekście art. 338a k.p.k., który przewiduje
możliwość złożenia wniosku o poddanie się karze także w okresie przypadają-
cym „przed doręczeniem [oskarżonemu] zawiadomienia o terminie rozprawy”,
co prowadzi do wyznaczenia w trybie art. 339 § 3a w miejsce rozprawy posie-
dzenia sądu, jeżeli tylko prezes sądu uzna, że „cele postępowania nie sprzeciwia-
ją się rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu”¹⁸. Pozostawienie prezesowi sądu de-
cyzji o skierowaniu sprawy na posiedzenie z perspektywy kompetencyjnej har-
monizuje z pozostałą częścią art. 339 k.p.k., jednak scedowanie nań wstępnej
oceny realizacji celów postępowania wydaje się zbyteczne, zważywszy na doko-
nywaną na tym posiedzeniu przez sąd całościową ocenę okoliczności sprawy
oraz zasadności samego wniosku. Wprawdzie rozwiązanie z art. 338a k.p.k.

¹⁷ R. Ponikowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warsza-
wa 2015, s. 977.

¹⁸ Zlikwidowano w ten sposób „pewną niezręczność” polegającą na tym, że wniosek oskar-
żonego złożony przed rozprawą i tak był kierowany na tę rozprawę. Zob. A. Marek, *Konsensualny
model rozstrzygania spraw w procesie karnym* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań
współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle,
A. Świątłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 70.

wprowadzono do Kodeksu, kierując się zamiarem jeszcze większego usprawnienia postępowania, to mógłby zastanawiać fakt, iż ustawodawca nie różnicuje w nim sytuacji sprawców występków i zbrodni, aczkolwiek mogłoby się wydawać, że w przypadku tych ostatnich zachodzą przesłanki do przeprowadzenia rozprawy choćby tylko w jej szczątkowej postaci, co pozwoliłoby wzmocnić prewencyjno-wychowawcze oddziaływanie skazania. Kwestię tę wyjaśnia jednak zasadniczy zwrot w podejściu do kwestii obecności oskarżonego na rozprawie, która to obecność stała się fakultatywna poza przypadkiem, gdy przeciwną decyzję podjął przewodniczący składu orzekającego lub sąd, oraz przypadkiem, o którym mowa w art. 374 § 1a k.p.k., w czasie przeprowadzania czynności z art. 385 i 386 k.p.k.¹⁹ Skoro nawet w przypadku zbrodni obecność oskarżonego co do zasady ogranicza się do sytuacji określonych w art. 385 i 386 k.p.k., to z równym powodzeniem uwzględnienie wniosku o poddanie się przezeń karze może mieć miejsce na posiedzeniu.

Przez krótki okres złożenie wniosku o dobrowolne poddanie się karze przez oskarżonego o popełnienie zbrodni było „promowane” możliwością nadzwyczajnego złagodzenia kary niezależnie od podstaw przewidzianych w art. 60 § 1–4 k.k., co przewidywał skreślony w 2016 r. przepis art. 60a k.k.²⁰ (nieobowiązujący już art. 387 § 4 k.p.k.²¹). Ewentualność, w której możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary wiązałyby się tylko z dobrowolnym poddaniem się karze, projektodawcy z 2016 r. uznali za trudną do pogodzenia z celami kary w zakresie odpłaty za popełnienie czynu zabronionego²².

W ślad za wprowadzeniem do ustawy karnoprocesowej nowego przepisu oznaczonego jako „art. 338a” doszło też do modyfikacji art. 387 § 5 k.p.k. wskazującego dotąd na konieczność rozpoznania na rozprawie „wniosku złożonego przed rozpoczęciem [tej] rozprawy”. W doktrynie uważa się, że wyeliminowano w ten sposób wskazanie rozprawy jako „wyłączonego” forum rozpoznania wniosku o dobrowolne poddanie się karze, co stało się niemożliwe do utrzymania wobec dopuszczenia do orzekania w przedmiocie takiego wniosku również na posiedzeniu²³. Pogląd ten nie wydaje się poprawny, gdyż przepis art. 338 § 5

¹⁹ Art. 374 § 1 i § 1a w brzmieniu nadanym 1 lipca 2015 r. przez art. 1 pkt 120 lit. a i lit. b ustawy z 27 września 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247).

²⁰ Zob. at. 7 pkt 6 ustawy z 11 marca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 437) zmieniającej tę ustawę od 15 kwietnia 2016 r.

²¹ Art. 387 § 4 k.p.k. uchylony przez art. 1 pkt 91 lit. c ustawy z 11 marca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 437) zmieniającej tę ustawę od 15 kwietnia 2016 r.

²² Uzasadnienia projektu ustawy z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, <https://sip.lex.pl/#/act-project/102159847/2/zmiana-ustawy-kodeks-postepowania-karnego-oraz-niektorych-innych-usaw?cm=RELATIONS> (2.08.2018).

²³ P. Rogoziński, *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2016, teza 1, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587696627/494067> (1.08.2018).

k.p.k. mógł się ostać w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r., znajdując swe zastosowanie do wniosków złożonych zarazem „po doręczeniu [oskarżonemu] zawiadomienia o terminie rozprawy” i „przed rozprawą” jako wniosków nienadających się do ich skierowania na takie posiedzenie z uwagi na niezachowanie przez oskarżonego dość krótkiego terminu z art. 338a k.p.k. W rezultacie złożenia wniosku w trybie art. 338a k.p.k. alternatywnym forum, na którym winno dojść do jego rozpoznania, staje się posiedzenie. W tym miejscu dostrzec można pewną niespójność przepisów. O ile bowiem art. 338a oraz art. 339 § 3a k.p.k. stanowią o wniosku „oskarżonego, któremu zarzucono przestępstwo zagrożone karą nieprzekraczającą 15 lat pozbawienia wolności”, o tyle już w art. 343a § 1 k.p.k.²⁴ mowa jest o wniosku „oskarżonego, któremu zarzucono występki”, co należy rozpatrywać w kategoriach oczywistego przeoczenia ustawodawcy z 2015 i z 2016 r.²⁵ Nie sposób bowiem sądzić, że celem ustawodawcy było zróżnicowanie sposobu procedowania na posiedzeniu wyznaczonym do zbadania wniosku o dobrowolne poddanie się karze w zależności od wagi zarzutu i niezawiadomienie stron o terminie posiedzenia w sprawie, w której oskarżonemu postawiono zarzut cięższy. Innymi słowy, o terminie posiedzenia wyznaczonego w przedmiocie wniosku z art. 338a k.p.k. – niejako wbrew literalnemu brzmieniu art. 343a § 1 k.p.k. – należy każdorazowo zawiadomić strony i pokrzywdzonego, przesyłając im odpis wniosku²⁶. Mając na uwadze tę ostatnią czynność, należy sądzić, że oskarżony nie może złożyć wniosku ustnie do protokołu, co byłoby wszakże możliwe w razie poddania się przezeń karze w trybie art. 387 § 1 k.p.k. Wzmiankowane wcześniej doręczenie pokrzywdzonemu odpisu wniosku, o którym mowa w art. 338 k.p.k., jest o tyle ważne, że dopiero konstatacja, iż do takiego doręczenia w ogóle doszło, otwiera drogę do dalszych dywagacji co do braku sprzeciwu ze strony tego pokrzywdzonego²⁷. Powyższe należy zresztą odnieść też do prokuratora jako kolejnego uczestnika uprawnionego do zgłoszenia odnośnego sprzeciwu, którego niezgłoszenie stanowi zresztą zasadniczy warunek formalny uwzględnienia przez sąd wniosku o poddanie się karze (art. 343a § 2 zd. 2 k.p.k.).

Wskutek zmian, które zaszły w 2016 r. w obrębie art. 343a § 1 k.p.k., sąd zyskał prawo nieprzychylenia się do wniosku o dobrowolne poddanie się karze, co w doktrynie wiąże się z tym, że dotychczasowy zwrot „uwzględnia wniosek”

²⁴ Dodany przez art. 1 pkt 113 ustawy z 27 września 2013 r. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247) zmieniającej tę ustawę od 1 lipca 2015 r.

²⁵ Podobnie: D. Świecki, *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2018, teza 2, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587388769/565892>, teza 16 (1.08.2018).

²⁶ Brak podobnego obowiązku w przypadku poddania się karze w trybie art. 387 § 1 k.p.k. należy tłumaczyć tym, że dochodzi doń na rozprawie z reguły w obecności wszystkich tych uczestników postępowania karnego, którzy są władni sprzeciwić się wnioskowi, który może być złożony również w formie ustnej do protokołu.

²⁷ Wyrok SN z 15 listopada 2017 r., sygn. IV KK 284/17, LEX nr 2420334.

uzupełniono o czasownik „może” odnoszącą się do czasownika „uwzględnić”. Zyskał niewątpliwie sąd, ale czy zyskał zarazem wymiar sprawiedliwości? Jeżeli bowiem ten sam sąd uznaje, że „okoliczności popełnienia przestępstwa i wina nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte”, tzn. spełnione zostały wszystkie warunki niezbędne do uwzględnienia przedmiotowego wniosku, to jakimi to racjami miałyby się kierować ten organ, podejmując decyzję przeciwną? Tego ustawodawca nie precyzuje. A gdyby tak uznać, że określenie „może” wcale nie podkreśla fakultatywnego charakteru instytucji²⁸, lecz jedynie wskazuje na wyłączność kompetencyjną sądu oraz zależność pomiędzy akceptacją wniosku z art. 338a k.p.k. a przesłankami z art. 343a § 2 k.p.k. Sąd nie może zaaprobować wniosku bez wcześniejszego ustalenia, że przesłanki te zostały spełnione. Taka wykładnia pozwoliłaby uniknąć dowolności decyzyjnej w sprawach, w których wszystko przemawia za skazaniem oskarżonego pragnącego poddać się karze.

T. Grzegorzcyk odróżnia warunki złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze, do których zalicza złożenie wniosku przez oskarżonego, oskarżenie o czyn nieprzekraczający kary 15 lat pozbawienia wolności, zachowanie terminu z art. 387 § 1 k.p.k. (lub art. 338a § 1 k.p.k.) oraz wskazanie w treści wniosku określonej kary lub środka karnego, a także orzeczenia przepadku lub środka kompensacyjnego i ewentualnie określonego rozstrzygnięcia o kosztach procesu od warunków uwzględnienia tego wniosku²⁹. Tymi ostatnimi są: zgoda prokuratora i pokrzywdzonego (art. 387 § 2 k.p.k. oraz art. 343a § 2 zd. 2 i 3 w zw. z art. 343 § 2 k.p.k.) oraz uznanie przez sąd w przypadku z art. 387 § 1 k.p.k., że okoliczności popełnienia przestępstwa i wina nie budzą wątpliwości, a cele postępowania zostaną osiągnięte mimo nieprzeprowadzenia rozprawy w całości (art. 387 § 2 k.p.k.), natomiast w przypadku z art. 338a k.p.k. uznanie przez sąd, że okoliczności popełnienia przestępstwa i wina nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte (art. 343a § 2 k.p.k.).

Z literalnego punktu widzenia nie jest warunkiem dobrowolnego poddania się karze przyznanie oskarżonego do winy³⁰, jednak kwestia ta dość skutecznie dzieli przedstawicieli doktryny³¹. Brak takiego przyznania, całkiem zrozumiały ze względów taktycznych wobec niezwiązania sądu przedmiotowym wnioskiem, może zostać przez ten sam sąd uznany za zaciemniający obraz sprawy i niepozwalający na uznanie, że „okoliczności popełnienia przestępstwa i wina” nie

²⁸ D. Świecki, *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2018, teza 2, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587388769/565892>, teza 16 (1.08.2018).

²⁹ T. Grzegorzcyk, *Wniosek oskarżonego...*, s. 21.

³⁰ Wyrok SN z 31 października 2008 r., sygn. II KK 198/08, OSN Prokuratura i Pr. 2009, nr 3, poz. 18; wyrok SA w Warszawie z 27 września 2013 r., sygn. II AKa 273/13, LEX nr 1392057.

³¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007, s. 440.

budzą wątpliwości. W judykaturze zwraca się uwagę, że takie wątpliwości może ugruntowywać szczególnie aktywne zaprzeczanie przez oskarżonego jego sprawstwu w toku postępowania przygotowawczego³².

O ile prawie wszystkie warunki złożenia wniosku poza treścią oskarżenia są egzekwowlane od oskarżonego, o tyle warunki uwzględnienia wniosku są elementami, które pozostają w gestii sądu. To na sądzie spoczywa więc powinność upewnienia się, iż ani prokurator, ani pokrzywdzony nie sprzeciwiają się dobrowolnemu poddaniu się karze. Wydaje się, że ewentualny sprzeciw winien mieć charakter następczy w stosunku do poddania się karze, gdyż istotą tej instytucji nie jest samo skrócenie postępowania, lecz wyrokowanie na poziomie zaproponowanym przez oskarżonego i uznanym przez sąd za adekwatny do wagi czynu oraz winy tego oskarżonego po zapoznaniu się z odnośnym stanowiskiem uprawnionych podmiotów. Tym samym sprzeciw wyrażony *a priori* nie byłby skuteczny. Stanowisko to jest możliwe do obrony jedynie w przypadku, gdy swój wniosek oskarżony złożył w trybie art. 338a (gdyż ten podlega doręczeniu w trybie art. 343a § 1 k.p.k. „stronom i pokrzywdzonemu”) lub na rozprawie w obecności prokuratora i pokrzywdzonego. Tylko w takich razach mamy podstawy przypuszczać, że sprzeciw wyrażono wobec skonkretyzowanego aktu oskarżonego, nie zaś wobec samej możliwości skorzystania przezeń z uprawnienia. Innymi słowy, że *in concreto* mamy do czynienia ze sprzeciwem zracjonalizowanym, nie zaś sprzeciwem wyrażonym dla samego sprzeciwu.

T. Grzegorzczak zasadnie zauważa, że ustawa traktuje o braku sprzeciwu „prokuratora”, a nie „oskarżyciela publicznego”. Tym samym nawet gdy w sprawie występują inni oskarżyciele, to z perspektywy poddania się karze w trybie art. 338a lub art. 387 § 1 k.p.k. istotne jest stanowisko prokuratora, choćby nawet ten nie występował w postępowaniu (art. 343a § 2 zd. 2 i art. 387 § 2 k.p.k.)³³. W tym ostatnim wypadku zwrócenie się o wyrażenie stanowiska do prokuratora można uznać za „inną ważną przyczynę” i w tym celu przerwać rozprawę (art. 401 § 1 *in fine* k.p.k.). Pominięcie innych oskarżycieli i związane z tym ryzyko nierównoprawnego potraktowania stron jest pozorne, jeśli zważyć, że warunkiem poddania się karze jest akceptacja takiego sposobu procedowania przez pokrzywdzonego należycie powiadomionego o terminie rozprawy oraz pouczonego o możliwości zgłoszenia przez oskarżonego takiego wniosku (art. 387 § 2 k.p.k.). Pokrzywdzony może wyrazić sprzeciw, choćby nawet nie występował on przed sądem w charakterze strony. Sprzeciw tylko jednego z wielu pokrzywdzonych blokuje możliwość skazania w następstwie dobrowolnego poddania się karze. Uzależnienie skazania w trybie art. 387 § 1 k.p.k. (art. 338a k.p.k.) od stanowiska prokuratora oraz pokrzywdzonego jest naturalną

³² Wyrok SN z 4 października 2013 r., sygn. III KK 168/13, LEX nr 1388227.

³³ T. Grzegorzczak, *Wniosek oskarżonego...*, s. 22.

konsekwencją tego, iż instytucja dobrowolnego poddania się karze należy do grupy tzw. porozumień karnoprosesowych, tym samym jest to instytucja opierająca się na konsensusie, nie zaś na jednostronnym działaniu tylko jednej ze stron procesowych³⁴. Po części przyznać należy rację A. Gaberlemu, który swego czasu zauważał, że art. 387 k.p.k. nie został skonstruowany dla wygody organów procesowych, lecz na użytek stron procesowych, stanowiąc o ich uprawnieniach zasadzających się na niewymuszonej zgodzie oraz niewadliwym oświadczeniu woli³⁵. Właśnie z tego, iż dobrowolne poddanie się karze jest instytucją zasadzającą się na porozumieniu stron procesowych, można wywieść prawo pokrzywdzonego do zastrzeżenia, że byłby on skłonny zaakceptować wniosek oskarżonego³⁶ dopiero po dokonaniu w nim określonych zmian, choć w prawo to art. 387 § 3 k.p.k. wyposaża wyłącznie sąd.

Prokuratora i pokrzywdzonego ustawa wyposażała pierwotnie w prawo do wyrażenia „zgody” zastąpione następnie w 2003 r. „sprzeciwem”. Podczas gdy „zgoda” wymaga zajęcia przez uprawnionego uczestnika postępowania karnego wyraźnego stanowiska w kwestii nią obwarowanej, o tyle „brak sprzeciwu” można wywieść z biernego zachowania uprawnionych do jego wyrażenia uczestników postępowania. Zmiana ta wydaje się być podyktowana tym, że łatwiej jest przejść do porządku dziennego nad brakiem określonego zachowania, niż nakłonić uprawniony podmiot do aktywnego działania, co ogranicza przypadki, w których poddanie się karze byłoby blokowane przez prokuratora i/lub pokrzywdzonego. Milczenie uprawnionego podmiotu jest tożsame z brakiem sprzeciwu. Ani zgoda, ani sprzeciw nie muszą być przez prokuratora i/lub pokrzywdzonego uzasadniane. Wystąpienie do uprawnionych uczestników postępowania o zajęcie stanowiska co do poddania się karze przez oskarżonego będzie zbyt ciężkie, jeżeli oskarżony nie poczynił w swoim wniosku zmian zaleconych przez sąd w trybie art. 387 § 3 k.p.k. Jeżeli zmiany te zostały wskazane przez sąd już po zwróceniu się do prokuratora i pokrzywdzonego, to po ich wprowadzeniu we wniosku należałoby ponownie zwrócić się do nich o wyrażenie opinii w przedmiocie zmodyfikowanego po myśli sądu wniosku. Artykuł 387 § 2 k.p.k. nie wskazuje żadnego terminu, w jakim pokrzywdzony winien się opowiedzieć w przedmiocie poddania się karze. Sądzić należy, że pokrzywdzony obecny na rozprawie, o terminie której został należycie powiadomiony oraz pouczone o możliwości zgłoszenia przez oskarżonego takiego wniosku, winien zająć odno-

³⁴ S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się karze*, Kraków 2005, s. 237.

³⁵ A. Gaberle, *Reforma procedury karnej w Polsce w latach 1990–2002. Uwarunkowania, założenia, perspektywy*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 5, s. 39.

³⁶ O dopuszczalności warunkowej „zgody” pokrzywdzonego wspomina: T. Grzegorzczak, *Wniosek oskarżonego...*, s. 23.

śne stanowisko na tej samej rozprawie, na której doszło do zgłoszenia wniosku przez tego oskarżonego. Pokrzywdzony niestawiający się na rozprawę, lecz spełniający kryteria wymienione w art. 387 § 2 *in fine* k.p.k., może nadesłać swój sprzeciw do sądu na piśmie, byleby tylko oświadczenie to trafiło do sądu na termin rozprawy, o której był powiadomiony, mając świadomość, że może na niej dojść do poddania się karze przez oskarżonego. Tylko w takim wypadku sprzeciw pokrzywdzonego może przybrać postać działania „prewencyjnego” i wyprzedzającego w czasie samo poddanie się karze. Brak pokrzywdzonego, który zmarł, nie zostawiając następców prawych, nie stanowi przeszkody w procedowaniu w trybie art. 387 § 1 k.p.k.³⁷ Kończąc ten wątek rozważań, należy zauważyć, że na kwestie dobrowolnego poddania się karze wpłynęła również nowelizacja reguł dotyczących udziału w rozprawie oskarżyciela publicznego w sprawach z oskarżenia publicznego. W ślad za nowelizacją z 2016 r. przepisu art. 46 § 2 k.p.k. udział oskarżyciela publicznego w sprawach, w których postępowanie przygotowawcze było prowadzone w formie dochodzenia, stał się fakultatywny³⁸, skoro jego nieobecność nie tamuje rozprawy³⁹. Raczej nie należy się spodziewać, że przewodniczący lub sąd – przewidując możliwość złożenia wniosku z art. 387 § 1 k.p.k. – zdecydowali się uznać obecność oskarżyciela publicznego na tej rozprawie tylko z tego powodu za obowiązkową, już prędzej uznają taką nieobecność za domniemany brak sprzeciwu wobec dobrowolnego poddania się karze⁴⁰, co oskarżyciel ten winien brać pod uwagę w swoich kalkulacjach odnośnie do swojego niestawiennictwa na rozprawie.

Na zakończenie trzeba zauważyć, że przedmiot porozumienia procesowego zawieranego pomiędzy oskarżonym i częstokroć milcząco akceptującymi jego treść prokuratorem i pokrzywdzonym (pokrzywdzonymi) zdaje się obejmować wyłącznie te elementy, które wymienia art. 338a i art. 387 § 1 k.p.k. Są nimi: oznaczona kara lub środek karny, przepadek rzeczy lub środek kompensacyjny, a niekiedy także rozstrzygnięcie w przedmiocie poniesienia kosztów procesu. Ani art. 338a, ani art. 387 § 1 k.p.k. nie wzmiankują nic o możliwości targowania się o kwalifikację prawną czynu, choć niewątpliwie właśnie ta ocena rzutuje w pierwszej kolejności na możliwość zastosowania omawianej tu instytucji, zaś w dalszej kolejności wyznacza ramy dopuszczalnych ustępstw co do rodzaju i rozmiaru proponowanej kary i środka karnego. Choć w doktrynie raczej nie

³⁷ R. Ponikowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 980.

³⁸ Udział oskarżyciela publicznego w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego w rozprawie jest obowiązkowy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Sygnalizowane przez art. 46 § 1 k.p.k. zwolnienie dotyczy postępowania przyspieszonego (art. 517a § 2 k.p.k.) i tych, w których występuje oskarżyciel subsydiarny (art. 55 § 4 k.p.k.).

³⁹ Zmieniony przez art. 1 pkt 8 ustawy z 11 marca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 437).

⁴⁰ D. Świecki, *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2018, teza 22, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587388769/565892> (6.08.2018).

dopuszcza się „umawiania z oskarżonym co do kwalifikacji prawnej”, co oddala nasz system od wzorców anglosaskich⁴¹, to zarazem da się słyszeć głosy, iż byłoby to możliwe w sytuacji, w której problem oceny prawnej czynu jawi się jako niejednoznaczny lub błędnie przyjęty przez oskarżyciela⁴². Nie wydaje się, aby pogląd wyrażony przez D. Wysockiego coś zmieniał w omawianej tu kwestii; obecnie targ o kwalifikację prawną czynu nie jest możliwy. Trudno przypuszczać, aby takie porozumienie miało wiązać sąd, którego samodzielność jurysdykcyjna nie doznaje żadnych ograniczeń w związku ze stosowaniem instytucji dobrowolnego poddania się karze, gdyż w przeciwnym razie musiałoby to znaleźć swe odzwierciedlenie w dyspozycji art. 8 k.p.k. Podobnie jak ma się to w przypadku kwalifikacji prawnej czynu zawartej w akcie oskarżenia, tak i w przypadku podstawy prawnej skazania wskazanej przez oskarżonego w jego wniosku o poddanie się karze sąd nie jest nimi związany i ma nie tylko pełne prawo, lecz i obowiązek zwrócić się do oskarżonego w trybie art. 387 § 3 k.p.k. o modyfikację tej podstawy na właściwą. Za zupełnie niezrozumiałą należy też uznać wywód przeprowadzony swego czasu przez D. Wysockiego, jakoby istniała możliwość porozumienia się pomiędzy oskarżonym a prokuratorem co do kwalifikacji prawnej czynu „sprzecznej z faktami ujawnionymi w dotychczasowym postępowaniu”, gdyż doświadczenie uczy, że „nie zawsze fakty ujawnione w postępowaniu przygotowawczym odpowiadają tym, które zostają ustalone w toku rozprawy zgodnie z art. 410 k.p.k.”⁴³. W takim wypadku ciśnie się na usta pytanie o rzetelność i kompletność śledztwa oraz to, na jakiej podstawie ten sam prokurator sporządził akt oskarżenia. Oczywiście jest, że pomiędzy ustaleniami poczynionymi w fazie przygotowawczej a tymi dokonanymi przez sąd mogą występować pewne różnice, jednak skrócenie fazy jurysdykcyjnej polega przede wszystkim na nieprzeprowadzaniu własnych czynności dowodowych, co zresztą sam ustawodawca legalizuje w art. 387 § 1 k.p.k. Wprawdzie realia spraw karnych nie pozwalają na absolutyzowanie zwrotu „bez przeprowadzania postępowania dowodowego”, to jest ono ograniczane do czynności związanych z przesłuchaniem „wszystkich oskarżonych” (§ 1) oraz „ujawnieniem dowodów wymienionych w akcie oskarżenia lub dokumentów przedłożonych przez stronę”. Jak z powyższego widać, mimo przyzwolenia na nieprzeprowadzanie postępowania dowodowego postępowanie to jest jednak prowadzone, tyle że w postaci mocno okrojonej oraz „pośredniej”⁴⁴. Sąd w swych ustaleniach odwołuje się zasadniczo do dowodów dostarczonych wraz z aktem oskarżenia przez oskarżyciela publicznego. Skoro sam oskarżyciel nie może być pewny faktów, które

⁴¹ A. Marek, *Porozumienia w angloamerykańskim procesie karnym i niektórych państwach Europy Zachodniej*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8, s. 59.

⁴² D. Wysocki, *Instytucja „porozumienia” w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 10, s. 91–92.

⁴³ *Ibidem*, s. 92.

⁴⁴ D. Świecki, *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2018, teza 4, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587388769/565892> (6.08.2018).

ustalił w toku postępowania przygotowawczego, to jak ma przekonać do nich sąd, który na bazie tych samych dowodów ma uznać za niewątpliwie „okoliczności popełnienia przestępstwa i winę” oskarżonego, a samo porozumienie za celowe?

Bibliografia

- Błoński M., *Termin do złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 roku* [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, Prawo karne skarbowe i Prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olaszewski, Warszawa 2017.
- Gaberle A., *Reforma procedury karnej w Polsce w latach 1990-2002. Uwarunkowania, założenia, perspektywy*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 5.
- Grzegorzczak T., *Wniosek oskarżonego o skazanie go bez przeprowadzania postępowania dowodowego na rozprawie*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 1.
- Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 2007.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015.
- Marek A., *Konsensualny model rozstrzygania spraw w procesie karnym* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośa*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000.
- Marek A., *Porozumienia w angloamerykańskim procesie karnym i niektórych państwach Europy Zachodniej*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 8.
- Rogozieński P., *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2016, <https://sip.lex.pl/#/7commentary/587696627/494067>.
- Sowiński P.K., *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności organów procesowych oraz oskarżonego*, Rzeszów 2012.
- Steinborn S., *Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się karze*, Kraków 2005.
- Świecki D., *Komentarz do art. 387 k.p.k.*, LEX 2018, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587388769/565892>.
- Waltoś S., *Dopuszczalność porozumiewania się i uzgadniania rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego w świetle polskiej procedury karnej* [w:] *Porozumiewanie się i uzgadnianie rozstrzygnięć przez uczestników postępowania karnego*, red. A. Szwarz, Warszawa–Poznań 1993.
- Waltoś S., *„Porozumienia” w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 7.
- Wysocki D., *Instytucja „porozumienia” w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 10.
- Zbrojewska M., *Dobrowolne poddanie się karze w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 11–12.

Streszczenie

W artykule omówiono kształtowanie się instytucji dobrowolnego poddania się karze w latach 1997–2016. Jest to instytucja opierająca się na tzw. porozumieniu procesowym zawartym przy aprobacie sądu przez strony procesowe. Zmierza ona do skrócenia procesu karnego i zakłada

zwiększenie wpływu stron na decyzję sądu. Zwraca się tu uwagę na konieczność odróżnienia wymogów formalnych i merytorycznych dotyczących samego wniosku oskarżonego od warunków uwzględnienia tego wniosku przez sąd.

Słowa kluczowe: porozumienie procesowe, dobrowolne poddanie się karze, dowody, rozprawa, posiedzenie sądu, proces karny, obrońca, oskarżony, pokrzywdzony, sprzeciw, występki, zbrodnia

SHAPING THE VOLUNTARY INSTITUTION OF THE BAPTISM IN ARTICLE 338A AND 387 K.P.K. SOME REMARKS ON THE BACKGROUND OF CHANGE IN THE YEAR 1997–2016

Summary

The formation of voluntary submission to penalty in the years 1997 to 2016 was discussed in this article. This concept is based on so-called procedural agreement made between procedural parties with court approval. It is aimed on reduction criminal process and it assume an increase of parties impact on court decision. The necessity of distinguish formal and substantive requirements concerning motion of the accused from the conditions for including the application to be taken into account by the court is paid here

Keywords: procedural agreement, voluntary submission to penalty, evidence, hearing, court session, criminal process, defender, victim, objection, vice, crime, criminal trial, attorney, defendant (accused)

Milan Sudzina**VKLAD DO KATASTRA NEHNUTEĽNOSTÍ
SLOVENSKEJ REPUBLIKY
(ZAČATIE VKLADOVÉHO KONANIA)****Úvod**

Katastrálne konanie je administratívnym konaním. V katastrálnom konaní sa postupuje podľa všeobecných predpisov o správnom konaní, ak zákon 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“) alebo iný zákon neustanovuje inak. Všeobecným predpisom o správnom konaní je zákon č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“)¹. Vkladové konanie je správnym konaním, v ktorom sa v prvom rade postupuje podľa ustanovení osobitného predpisu, ktorým je katastrálny zákon. Ak nejaká otázka nie je upravená v katastrálnom zákone, postupuje sa podľa subsidiárneho predpisu, ktorým je správny poriadok. Vzťah medzi katastrálnym zákonom a správnym poriadkom sa spravuje podľa zásady *lex specialis derogat legi generali*. Katastrálny zákon je *lex specialis* a správny poriadok je *lex generalis*. Podrobnosti týkajúce sa katastrálneho konania upravuje 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

Účastníci vkladového konania

Vkladové konanie je ovládané dispozičnou zásadou. Konanie o povolení vkladu sa začína len na návrh. Toto konanie sa nemôže začať bez návrhu

¹ J. Jakab, *Správne právo procesné. 1. kapitola* [w:] *Správne právo procesné*, Košice 2014, s. 13–25.

z úradnej povinnosti (*ex offio*). Konanie sa začína na návrh účastníka vkladového konania. Účastníkom konania o povolení vkladu je účastník právneho úkonu, na základe ktorého má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť právo k nehnuteľnosti (napr. kupujúci, predávajúci, darca, obdarovaný, osoba povinná a oprávnená z vecného bremena, záložný veriteľ, záložca atď.). Účastníkom vkladového konania nie je osoba, ktorá môže byť rozhodnutím okresného úradu o vklade priamo dotknutá². Účastníkom vkladového konania nebude napríklad osoba, ktorá podala návrh na zápis obmedzujúcej poznámky³. V praxi vzniká otázka, či návrh na vklad musia podať všetci účastníci zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, alebo návrh na vklad môže podať len jeden z účastníkov zmluvy. Z gramatického výkladu ustanovenia § 30 ods. 1 KZ vyplýva, že návrh na vklad nemusia podať všetci účastníci, ale môže ho podať aj len jeden z účastníkov zmluvy, prípadne osoba účastníkom zmluvy splnomocnená na podanie návrhu na vklad (advokát, notár).

Právny titul, na základe ktorého má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť právo k nehnuteľnosti

Právnym úkonom, na základe ktorého má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť právo k nehnuteľnosti, je zmluva. Môže ísť zmluvu o prevode nehnuteľnosti alebo o zmluvu, ktorou sa zaťažuje nehnuteľnosť. Najčastejšie pôjde o kúpnu zmluvu podľa zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“), darovaciu zmluvu, zámennú zmluvu, zmluvu o prevode vlastníctva bytu alebo nebytového priestoru podľa zákona č. 182/1993 Z. z. o vlastníctve bytov a nebytových priestorov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o vlastníctve bytov a nebytových priestorov“), dohodu o vyporiadaní bezpodielového spoluvlastníctva manželov⁴,

² Manžel alebo manželka, ktorý prehlasuje, že prostriedky použité na kúpu nehnuteľnosti pochádzajú z výlučného vlastníctva druhého z manželov nie je účastníkom vkladového konania. Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 2/2011, stanovisko k otázke č. 11. Podľa názoru Úradu geodézie, kartografie a katastra SR účastníkom konania o návrhu na vklad záložnej zmluvy (ak dlžník nie je zároveň záložcom) je nielen záložca a záložný veriteľ, ale aj dlžník. V konaní o návrhu na vklad je potom dlžníkovi potrebné doručovať všetky rozhodnutia vydané v tomto konaní a dlžník má právo podať opravné prostriedky proti týmto rozhodnutiam (Bližšie pozri aj Katastrálny bulletin č. 3/2006, stanovisko k otázke č. 33).

³ Skutočnosť, že na liste vlastníctva je vyznačená poznámka, vyjadrujúca skutočnosti, ktoré obmedzujú vlastníka nakladať s nehnuteľnosťou, nezakladá právo byť účastníkom vkladového konania tomu, v prospech koho sa táto poznámka do katastra zapísala. Bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6Sžo/195/2010 z 26. januára 2011.

⁴ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Sž – o – KS 93/2006, ZSP 30/2008 zo dňa 31. 7. 2007 dohodou o rozšírení alebo zúžení rozsahu podielového spoluvlastníctva manželov, uzavretou podľa § 143a ods. 1 Občianskeho zákonníka, nemožno meniť už existujúce

dohodu o zrušení a vyporiadaní podielového spoluvlastníctva, záložnú zmluvu, zmluvu o zriadení vecného bremena, zmluvu o zabezpečovacom prevode vlastníckeho práva, dohodu o zrušení vecného bremena alebo záložného práva. Podkladom pre vkladové konanie môžu byť aj zmluvy podľa zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“). Právnym titulom môže byť zmluva o predaji podniku alebo jeho časti a zmluva o kúpe prenajatej veci podľa Obchodného zákonníka. Vkladom sa zapisuje aj nadobudnutie nehnuteľnosti na základe zakladateľskej listiny (spoločenskej zmluvy) obchodnej spoločnosti, ak je predmetom nepeňažného vkladu do základného imania obchodnej spoločnosti nehnuteľnosť, resp. vyhlásenie vkladateľa o vložení nehnuteľnosti do základného imania ako jednostranný právny úkon. Právnym titulom pre zápis práv nehnuteľnostiam vkladom do katastra nehnuteľností môžu byť aj zmiešané zmluvy podľa § 491 OZ a nepomenované (inominátne) zmluvy podľa § 51 OZ, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti⁵. Dohoda o zmene poradia záložných práv a zmluva o výstavbe, vstavbe a nadstavbe bytového domu sa do katastra nehnuteľností nezapisuje vkladom, ale záznamom. Pred účinnosťou zákona č. 70/2010 Z. z. (do 31. marca 2010), ktorým bol novelizovaný zákon č. 182/1993 Z. z. o vlastníctve bytov a nebytových priestorov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o vlastníctve bytov“) sa zmluvy o výstavbe, vstavbe a nadstavbe do katastra nehnuteľností zapisovali vkladom.

Príslušnosť v rámci vkladového konania

Na konanie o vklade je miestne príslušný okresný úrad, v ktorého územnom obvode sa nachádza dotknutá nehnuteľnosť. Dotknutou nehnuteľnosťou sa rozumie nehnuteľnosť, ktorá je predmetom právneho úkonu (zmluvy). V prípade zámennej zmluvy môžu byť predmetom zmluvy aj nehnuteľnosti nachádzajúce sa v katastrálnych územiach patriacich do územných obvodov rôznych okresných úradov. Taktiež v prípade kúpnej zmluvy, darovacej zmluvy, záložnej zmluvy môžu byť predmetom zmluvy nehnuteľnosti nachádzajúce sa v územných obvodoch rôznych okresoch. Ak sa zápis práv k nehnuteľnostiam vkladom týka nehnuteľností nachádzajúcich sa v územnom obvode viacerých

vlastnícke vzťahy. Dohoda podľa § 143a Občianskeho zákonníka môže upravovať len režim nadobúdania vecí do bezpodielového spoluvlastníctva manželov v budúcnosti, ale sama osebe nemôže byť právnym titulom pre zmenu vlastníckych vzťahov manželov založených pred jej uzavretím.

⁵ J. Gaisbacher a kol., *Základy pozemkového práva. Komentár a súvisiace predpisy*, Šamorín 2003, s. 30.

okresných úradov, je príslušný konať o celom návrhu ktorýkoľvek z príslušných okresných úradov. V rámci vkladového konania bude konať ten okresný úrad, na ktorý bol podaný návrh na povolenie vkladu. Ide o miestnu príslušnosť danú na výber. Ak bol návrh podaný na viacerých okresných úradoch, bude konať ten okresný úrad, na ktorý bol návrh podaný najskôr. Okresný úrad, ktorý o návrhu koná, bezodkladne upovedomí o začatí vkladového konania dotknutý okresný úrad. Tým sa zabezpečí, aby nerozhodovali v tej istej veci viaceré okresné úrady, aby sa zabránilo vydávaniu nezlučiteľných rozhodnutí. Okresný úrad, ktorý o povolení vkladu rozhodol, jedno vyhotovenie rozhodnutia o povolení vkladu zašle dotknutému okresnému úradu.

Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad

Od 1. septembra 2009 novelou katastrálneho zákona (zákon č. 304/2009 Z. z.) bol v súvislosti s posilnením elektronizácie katastrálneho konania do katastrálneho zákona zavedený nový inštitút oznámenia o zamýšľanom návrhu na vklad. Cieľom je urýchliť operáciu prijatia návrhu na vklad a zápisu práva vkladom do katastra nehnuteľností. Pred podaním návrhu na vklad môžu účastníci konania podať oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad v elektronickej podobe formou elektronického tlačiva, ktoré je zverejnené na webovom sídle Úradu geodézie, kartografie a katastra SR. Ide o elektronický formulár, ktorý navrhovateľ môže vyplniť na internetovej stránke www.katasterportal.sk. Vyplnené elektronické tlačivo oznámenia o zamýšľanom návrhu na vklad sa automaticky zasiela elektronicky na príslušný okresný úrad. Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad nie je obligatórnym inštitútom. Navrhovateľ môže podať oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad, ale nie je povinný tak urobiť. Závisí od účastníkov právneho úkonu, či tento inštitút využijú. Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad nemusia uskutočniť všetci účastníci zmluvy. Môže ho uskutočniť jeden z účastníkov zmluvy, ktorý podáva návrh na vklad, resp. aj nim splnomocnená osoba. Pri zmiešanej zmluve sa robí iba jedno oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad⁶.

Význam oznámenia o zamýšľanom návrhu na vklad pre účastníkov právneho úkonu spočíva v tom, že sa znižuje správny poplatok za návrh na vklad. Okresný úrad vyberie poplatok za návrh na vklad znížený o sumu 15 €, ak účastník konania o vklade práva podal oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad. Z doslovného znenia položky č. 11 Sadzobníka správnych poplatkov podľa

⁶ Správa katastra (v súčasnosti okresný úrad) nemôže akceptovať viac oznámení o zamýšľanom návrhu na vklad v rámci jedného návrhu na vklad, predmetom ktorého je viac druhov právnych úkonov. Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 1/2011, stanovisko k otázke č. 7

zákona č. 145/1995 Z. z. o správnych poplatkoch v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o správnych poplatkoch“) vyplýva, že ak je podkladom návrhu na vklad zmiešaná zmluva a účastník vkladového konania podal oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad, poplatok za návrh na vklad sa vyberie znížený o sumu 15 € bez ohľadu na počet právnych úkonov, ktoré sú uvedené v oznámení. Z hľadiska de lege ferenda by mal byť Sadzobník správnych poplatkov v budúcnosti zmenený tak, že zníženie o sumu 15 € by sa malo realizovať nie bez ohľadu na počet právnych úkonov, ale pri každom spoplatňovanom úkone. Navrhovaná zmena je logická, pretože ak v rámci zmiešanej zmluvy je každý úkon spoplatňovaný samostatne, tak aj zníženie o sumu 15 € sa má týkať každého úkonu⁷. Pre okresný úrad má oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad ten význam, že okresnému úradu sa uľahčuje proces vydávania rozhodnutia o vklade, pretože údaje o účastníkoch právneho úkonu a o nehnuteľnosti tvoriacej predmet vkladového konania navrhovateľ zadal do elektronického formulára a takto zadané údaje pri vydávaní sa môžu použiť do rozhodnutia o vklade bez toho, aby ich katastrálny úradník musel znovu prepisovať do počítača.

Ak bolo urobené oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad a návrh na vklad sa navrhovateľ rozhodne podať v písomnej podobe, toto oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad sa v papierovej podobe prikladá k návrhu na vklad ako príloha. Ak sa doručuje návrh na vklad v elektronickej podobe, v návrhu na vklad sa oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad preukáže uvedením čísla, pod ktorým bolo prijaté. Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad v danom prípade nie je potrebné prikladať ako prílohu k návrhu na vklad. Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad má pre okresný úrad informatívny význam. Ak oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad nie je v súlade s údajmi v zmluve, nepovažuje sa za prílohu návrhu na vklad. Z toho vyplýva, že ak je v oznámení o zamýšľanom návrhu na vklad chyba týkajúca sa údajov o nehnuteľnosti alebo o účastníkoch právneho úkonu, takéto oznámenie nebude mať za následok zníženie správneho poplatku za návrh na vklad⁸. Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad platí 90 dní. V tejto lehote je potrebné podať návrh na vklad. Ak do 90 dní od uskutočnenia oznámenia o zamýšľanom o zamýšľanom návrhu na vklad účastník konania nepodá návrh na vklad, oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad okresný úrad vymaže z evidencie. V prípade podania návrhu na vklad po vymazaní oznámenia o zamýšľanom návrhu na vklad z evidencie, správny poplatok za návrh na vklad nebude znížený.

⁷ Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 1/2011, stanovisko k otázke č. 7

⁸ Za relevantné oznámenie o zamýšľanom vklade sa považuje len oznámenie, údaje ktorého sú totožné s uzavretou zmluvou. Ak by tieto údaje neboli v súlade so zmluvou, predmetné oznámenie nebude akceptované a správny poplatok sa musí doplatiť. Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 3/2009, stanovisko k otázke č. 32.

Konkurujúce návrhy na vklad a zásady priority

V súvislosti so začatím vkladového konania je v praxi dôležité riešenie otázky konkurujúcich návrhov, to znamená návrhov na zápis rozdielnych údajov do katastra týkajúcich sa tej istej nehnuteľnosti. Platí pravidlo, že práva k tej istej nehnuteľnosti sa zapisujú v takom poradí, v akom boli okresnému úradu doručené zmluvy, verejné listiny alebo iné listiny o vzniku, zmene alebo zániku práva k nehnuteľnosti na zápis do katastra. V tomto ustanovení je premietnutá zásada priority (prednosti). Uvedená zásada má význam pre riešenie sporných situácií v prípade podvodov na trhu s nehnuteľnosťami. Ak prevodca podpíše s viacerými osobami zmluvu o prevode tej istej nehnuteľnosti s cieľom vylákať predávok na kúpnu cenu od každého záujemcu o kúpu nehnuteľnosti, vlastníkom sa nestane ten, kto má ako prvý podpísanú zmluvu o prevode nehnuteľnosti, ale vlastníkom sa stane osoba, ktorá ako prvá podala návrh na vklad do katastra nehnuteľností. Ostatní podvedení záujemcovia, s ktorými bola podpísaná zmluva o prevode tej istej nehnuteľnosti, sa môžu voči prevodcovi domáhať náhrady škody⁹.

Za účelom zabezpečenia realizácie zásady priority okresný úrad je povinný na návrhu na vklad vyznačiť dátum, hodinu a minútu doručenia návrhu na vklad. Uvedenie času a dátumu doručenia návrhu na vklad je dôležité pre určenie poradia rozhodovania o návrhoch na vklad. Má sa zabrániť tomu, aby okresný úrad nemohol rozhodnúť o neskôr doručenom návrhu na vklad skôr. Zásada priority platí aj pre záznam, nie však pre zápis poznámok. To znamená, že okresný úrad, katastrálny odbor vykoná zápis poznámky bez ohľadu na prebiehajúce katastrálne konanie o návrhu na vklad¹⁰. Pre uplatnenie zásady priority má rozhodujúci význam moment doručenia návrhu na vklad okresnému úradu, a nie dátum podpisu zmluvy o prevode nehnuteľnosti. Ani doručenie oznámenia o zamýšľanom návrhu na vklad nemá vplyv na poradie zápisov v katastri nehnuteľností. Oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad nemá právotvorný, ale len informatívny charakter. Okresný úrad rozhoduje o návrhoch na vklad týkajúcich sa tej istej nehnuteľnosti v takom poradí, v akom boli tieto návrhy doručené okresnému úradu. V katastrálnom zákone (na rozdiel od českého katastrálneho záko-

⁹ Ak predávajúci porušil zmluvnú povinnosť vyplývajúcu z kúpnej zmluvy, podľa ktorej v katastri nehnuteľností nebolo vložené vlastnícke právo a tú istú nehnuteľnosť ďalšou zmluvou prevedie na iného, nemá toto porušenie za následok neplatnosť v poradí druhej kúpnej zmluvy v zmysle § 39 Občianskeho zákonníka, podľa ktorej bol v katastri nehnuteľností povolený vklad vlastníckeho práva. Ten, kto bol dvojitým scudzením poškodený, má nárok na náhradu vzniknutej mu škody podľa všeobecných ustanovení o zodpovednosti za škodu (§ 420 Občianskeho zákonníka). Blížšie pozri rozsudok NS SR sp. zn. I Cdo 31/2000 zo dňa 30. 1. 2001 publikovaný pod č. Rc 87/2001.

¹⁰ Blížšie pozri Katastrálny bulletin č. 3/2010, stanovisko k otázke č. 36

na) nie je riešená otázka, či návrh na vklad, ku ktorému nie je doložená ani v jednom vyhotovení listina, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, a ani jej úradne osvedčená kópia, vyvoláva účinky spojené so zásadou priority. Môže dôjsť k prípadu, že určitá osoba si chce špekulatívne zabezpečiť časovo výhodnejšie poradie zápisu v katastri tak, že najprv doručí návrh na vklad bez listiny, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, a až následne by na základe výzvy okresného úradu táto osoba dodatočne doložila predmetnú listinu. De lege ferenda je vhodné do katastrálneho zákona doplniť ustanovenie, podľa ktorého ak k návrhu nie je priložená ani v jednom vyhotovení listina, na základe ktorej má byť zapísané právo k nehnuteľnosti do katastra, alebo jej úradne osvedčená kópia, na taký návrh sa neprihliada, o čom by okresný úrad upovedomil navrhovateľa. Uvedeným spôsobom by sa zabránilo zneužitiu práva, ku ktorému v praxi môže dochádzať.

V súlade so zásadou formálnej publicity (zásada verejnosti) platí, že každý má právo nahliadnuť do evidencie doručených návrhov na vklad. Je žiadúce, aby si záujemca o kúpu nehnuteľnosti skontroloval nielen aktuálny stav na liste vlastníctva za tým účelom, aby sa zistilo, či na nehnuteľnosti neviaznu žiadne ťarchy a či na liste vlastníctva nie je vyznačená plomba o zmene práva k nehnuteľnosti, ale na okresnom úrade je možné nahliadnuť aj do evidencie doručených návrhov na vklad s cieľom zistenia, či nebol podaný návrh na zápis inou osobou ohľadom predmetnej nehnuteľnosti. Plomba o zmene práva k nehnuteľnosti sa zapisuje na list vlastníctva najneskôr v pracovný deň nasledujúci po dni, keď bola okresnému úradu doručená listina na zápis vkladom alebo záznamom a katasterportál zverejnený na internete nie je aktualizovaný priebežne, ale v týždňových intervaloch z údajov dodávaných príslušnými okresnými úradmi, katastrálnymi odbormi. Preto je vhodné pred podpisom zmluvy, ktorá má byť podkladom pre vklad do katastra, nahliadnuť aj do evidencie doručených návrhov na vklad.

Záver

V praxi vzniká otázka, či návrh na vklad do katastra nehnuteľností je možné podať v časovo neobmedzenej lehote alebo len v určitej lehote po uzavretí zmluvy o prevode nehnuteľnosti. Podľa predchádzajúcej vykonávacej vyhlášky č. 79/1996 Z. z. ku katastrálnemu zákonu (do 1. decembra 2009) mala správa katastra skúmať, či došlo k podaniu návrhu na vklad v trojročnej lehote od uzavretia zmluvy o prevode nehnuteľnosti¹¹. V súčasnosti platná vykonávacia vyhláš-

¹¹ O. Jehlička, J. Švestka, M. Škárová a kol., *Občanský zákoník. Komentár*, Praha 2004, s. 302.

ka Úradu geodézie, kartografie a katastra Slovenskej republiky ku katastrálnemu zákonu č. 461/2009 Z. z. už takéto ustanovenie neobsahuje. V ustanovení § 47 Občianskeho zákonníka sa uvádza, že ak zákon stanovuje, že k zmluve je potrebné rozhodnutie príslušného orgánu, je zmluva účinná týmto rozhodnutím a ak sa do troch rokov od uzavretia zmluvy nepodal návrh na takéto rozhodnutie, platí, že účastníci od zmluvy odstúpili.

V súčasnosti neexistuje prípad, kedy by náš právny poriadok vyžadoval rozhodnutie príslušného orgánu k tomu, aby sa zmluvné strany mohli domáhať plnenia zo zmluvy. Rozhodnutie okresného úradu o povolení vkladu do katastra nie je rozhodnutím, na ktoré sa viaže účinnosť zmluvy o prevode nehnuteľnosti. Na rozhodnutie o povolení vkladu sú viazané len vecnoprávne účinky, a nie obligačnéprávné. Obligačnéprávné účinky zmluvy vznikajú uzavretím zmluvy o prevode nehnuteľnosti. Obligačnéprávné účinky zmluvy nastávajú bez ohľadu na rozhodnutie okresného úradu o povolení vkladu. Ustanovenie § 47 Občianskeho zákonníka je obsoletným ustanovením. Z uvedeného vyplýva, že návrh na vklad je možné podať po uzavretí zmluvy o prevode nehnuteľnosti bez časového obmedzenia. Aj napriek neexistencii lehoty, v ktorej by sa mal podať návrh na vklad, v súlade so zásadou priority (prednosti) je vhodné návrh na vklad do katastra nehnuteľností podať čo najskôr po uzavretí zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti.

Bibliografia

- Jakab J., *Správne právo procesné. 1. kapitola* [w:] *Správne právo procesné*, Košice 2014.
Jehlička O., Švestka J., Škárová M. a kol., *Občianský zákonník. Komentár*, Praha 2004.
Gaisbacher J. a kol., *Základy pozemkového práva. Komentár a súvisiace predpisy*, Šamorín 2003.

WPIS PRAWA W REJESTRZE NIERUCHOMOŚCI REPUBLICY SŁOWACKIEJ (WSZCĘCIE PROCEDURY WPISU)

Streszczenie

W artykule zatytułowanym: *Wpis prawa w rejestrze nieruchomości Republiki Słowackiej (wszczęcie procedury wpisu)* autor analizuje kwestię rejestracji praw do nieruchomości w rejestrze nieruchomości za pośrednictwem depozytariusza, jeżeli prawa nieruchomości mają zostać utworzone, zmienione lub rozwiązane na podstawie umowy. Celem artykułu jest analiza przepisów prawnych związanych z rejestracją praw w rejestrze oraz postępowania przed sądami powszechnymi i organami katastralnymi w Republice Słowackiej. Artykuł zawiera także propozycje *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: wpis prawa, rejestrze nieruchomości, Republika Słowacka, wszczęcie procedury wpisu

INSERT TO THE CADASTRE OF REAL ESTATES OF THE SLOVAK REPUBLIC (BEGINNING OF INSERT PROCEEDINGS)

Summary

Author in the article entitled *Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (beginning of insert proceedings)* 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 beginning of the insert proceedings and related questions. 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 to the Cadastre, real estates, Slovak republic

Milan Sudzina**VKLAD DO KATASTRA NEHNUTEĽNOSTÍ
SLOVENSKEJ REPUBLIKY (NÁVRH NA VKLAD)****Úvod**

Návrh na vklad sa podáva písomne a má spĺňať formálne a obsahové náležitosti taxatívne stanovené zákonom 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“). Na rozdiel od českej právnej úpravy podľa slovenského katastrálneho zákona návrh na vklad nie je potrebné podať na právnom predpise stanovenom formulári. Do katastra nehnuteľností nie je možné zapísať akékoľvek údaje o nehnuteľnostiach, ale len údaje stanovené právnom predpise. Za tým účelom v súlade so zásadou špeciality katastrálny zákon osobitne upravuje náležitosti návrhu na vklad a jeho príloh. Taktiež je potrebné rešpektovať ustanovenia vyhlášky 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.

Obsahové náležitosti návrhu na vklad

Obligatónymi náležitosťami návrhu na vklad sú identifikačné údaje navrhovateľa, ktorými sú meno, priezvisko a miesto trvalého pobytu, ak ide o účastníka konania fyzickú osobu a ak je účastníkom právnická osoba v návrhu sa uvádza jej obchodné meno alebo názov a sídlo. Ak návrh na vklad nepodávajú všetci účastníci právneho úkonu, je vhodné v návrhu uviesť nielen údaje o navrhovateľovi, ale aj o ďalších účastníkoch vkladového konania. Návrh musí obsahovať aj označenie okresného úradu, ktorému je návrh adresovaný a označenie právneho úkonu, na ktorého základe má vzniknúť, zmeniť sa alebo

zaniknúť právo k nehnuteľnosti. Ak sú v prípade zmiešaných zmlúv predmetom návrhu na vklad právne vzťahy z viacerých právnych úkonov, navrhovateľ je povinný označiť v návrhu na vklad všetky právne úkony. Česká právna úprava nevyžaduje uviesť v návrhu na vklad označenie právneho úkonu, ale priamo uvedenie označenia práva, ktoré má byť v katastri zapísané¹. Podpis navrhovateľa na návrhu na vklad nie je potrebné úradne osvedčiť. Od 1. septembra 2009 nie je povinnosť v návrhu na vklad uviesť číslo listu vlastníctva a názov katastrálneho územia, ak je právo k nehnuteľnosti, ktoré má byť vkladom dotknuté, zapísané v katastri, a určenie dňa, ku ktorému majú vzniknúť právne účinky vkladu pri prevode majetku štátu na iné osoby podľa zákona o veľkej privatizácii.

Formálne náležitosti návrhu na vklad

Návrh na vklad do katastra nehnuteľností je možné podať nielen písomne, ale katastrálne konanie možno vykonať aj elektronicky. Náležitosti elektronického podania sú rovnaké ako pri písomnom podaní. Pri elektronickom podaní sa podáva iba jeden rovnopis návrhu a jeden rovnopis príloh. Pri elektronickom podaní musia byť všetky prílohy podané v elektronickej podobe a podpísané zaručeným elektronickým podpisom. Ak sa v písomnom podaní vyžaduje osvedčený podpis, v elektronickom podaní mu zodpovedá zaručený elektronický podpis opatrený časovou pečiatkou. Podľa § 40 ods. 5 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“) platí, že na právne úkony uskutočnené elektronickými prostriedkami, podpísané zaručeným elektronickým podpisom alebo zaručenou elektronickou pečatou a opatrené časovou pečiatkou sa osvedčenie pravosti podpisu nevyžaduje. Elektronické podanie sa považuje za doručené až vtedy, keď ho zaeviduje príslušný okresný úrad s náležitosťami podľa katastrálneho zákona.

Splnenie poplatkovej povinnosti

S podaním návrhu na vklad je spojená poplatková povinnosť podľa položky 11 Sadzobníka správnych poplatkov zákona o správnych poplatkoch (správny poplatok vo výške 66 €). Okrem všeobecných zmluvných typov môže byť zákla-

¹ V českej judikatúre sa uvádza, že katastrálny úrad môže viesť konanie a rozhodovať len o vklade toho práva, o ktorého vklad bolo v návrhu požiadané. Je v dispozícii účastníkov, či v prípade, že sa listina týka viacerých vecných práv, navrhnú vklad všetkých práv alebo len niektorých. Bližšie pozri rozsudok Mestského súdu v Prahe sp. zn. 33 Ca 167/98 z 26. februára 1999.

dom zmluvného prevodu aj zmiešaná zmluva². Zmiešané zmluvy obsahujú prvky rôznych zmluvných typov³. Ak sú predmetom návrhu na vklad do katastra nehnuteľností právne vzťahy z viacerých druhov právnych úkonov, poplatok sa vyberie za každý právny úkon osobitne. Tak je to napríklad v prípade darovacej zmluvy, ktorou obdarovaný zároveň zriaďuje v prospech darcu vecné bremeno doživotného osobného užívania nehnuteľnosti alebo v prípade kúpnej zmluvy, ktorou sa prevedie nehnuteľnosť, za ktorú sa má kúpna cena zaplatiť v určitej lehote po vklade do katastra nehnuteľností a zároveň sa zaplatenie kúpnej ceny zabezpečí záložným právom k predmetnej nehnuteľnosti v prospech predávajúceho. Správny poplatok sa v danom prípade vyberie v dvojnásobnej výške. Elektronické podanie návrhu na vklad má vplyv na výšku správnych poplatkov spojených s podaním návrhu na vklad. V prípade podania návrhu na vklad v elektronickej podobe sa správny poplatok za podanie návrhu na vklad znižuje na polovicu. Tento správny poplatok je možné ešte znížiť podaním oznámenia o zamýšľanom návrhu na vklad.

Prílohy návrhu na vklad – zmluva, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť právo k nehnuteľnosti

Najdôležitejšou prílohou návrhu na vklad je zmluva, na ktorej základe má byť zapísané právo k nehnuteľnosti do katastra. Ako prílohu je možné predložiť aj úradne osvedčenú kópiu zmluvy. Zmluva musí byť uzavretá v písomnej forme⁴ a jednotlivé listy zmluvy vrátane príloh musia byť pevne zošité⁵. Zmluva musí mať dodržané obligatórne náležitosti, ktoré sa týkajú jednak identifikácie

² J. Gaisbacher a kol., *Základy pozemkového práva. Komentár a súvisiace predpisy*, Šamorín 2003, s. 30.

³ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 22 Cdo 838/2000 zo dňa 30. 5. 2002 ak dve zmluvy obsiahnuté v zmluvnej listine tvoria jeden neoddeliteľný celok, potom neplatnosť jednej z nich spôsobuje i neplatnosť druhej zmluvy.

⁴ Zmluva o prevode nehnuteľnosti musí byť uzavretá v písomnej forme, pričom prejavy vôle účastníkov, vrátane ich podpisov, musia byť na tej istej listine (§ 46 ods. 1, ods. 2 Občianskeho zákonníka); pokiaľ takúto zmluvu, vrátane jej nedielných príloh, tvorí viac ako jeden list, musia byť všetky tieto jednotlivé hácky pevne spojené (zošité) tak, aby tvorili technickú jednotu listiny, a to už pred jej podpísaním. (Rc 69/2001, Stanovisko Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 3. októbra 2001, sp. zn. Cpj 33/01)

⁵ I. Pevné spojenie (zošitie) jednotlivých listín (hárkov) zmluvy o prevode nehnuteľností vrátane jej nedielných príloh a geometrického plánu, ktorým má dôjsť k rozdeleniu nehnuteľností, predstavuje tzv. technickú jednotu zmluvy o prevode nehnuteľností. II. Pokiaľ zmluva nie je technicky jednotná, ide o nedostatok, na odstránenie ktorého musí byť navrhovateľ vyzvaný príslušným orgánom katastra. (R 32/2008, Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 5. októbra 2006, sp. zn. 3 Sž-o-KS 55/2006)

účastníkov zmluvy a presného označenia nehnuteľnosti, ktorá je predmetom právneho úkonu. Ak je účastníkom právneho úkonu fyzická osoba, zmluva musí obsahovať meno, priezvisko, rodné priezvisko, dátum narodenia, rodné číslo a miesto trvalého pobytu. Rodné priezvisko sa musí uvádzať nielen u žien, ale aj u mužov, pretože podľa zákona č. 300/1993 Z. z. o mene a priezvisku v znení neskorších predpisov nielen manželka môže prijať priezvisko svojho manžela, ale aj manžel môže prijať priezvisko svojej manželky. Ak je účastníkom právneho úkonu právnická osoba, v zmluve sa musí uviesť názov, sídlo a identifikačné číslo (IČO), ak ho má pridelené, prípadne iné identifikačné údaje, napríklad údaj o zápise v príslušnom registri (obchodnom registri, registri nadácií a pod.). Ak návrh na vklad podá fyzická osoba – podnikateľ, v katastri nehnuteľností bude táto osoba vedená nie pod svojim obchodným menom a identifikačným číslom, ale pod svojim menom a priezviskom a rodným číslom. Pod identifikačným číslom sú v katastri vedené právnické osoby. Zmluva má obsahovať označenie predmetu, miesto a čas právneho úkonu (správne by malo byť uvedené dátum právneho úkonu).

Zmluva, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť právo k nehnuteľnosti, musí obsahovať esenciálne obsahové náležitosti, ktoré sú zákonom stanovené pre príslušný zmluvný typ⁶. Napríklad v prípade kúpnej zmluvy je to dohoda o predmete (nehnuteľnosti) a výške kúpnej ceny. Z hľadiska označenia predmetu zmluvy, nehnuteľnosť musí byť v zmluve identifikovaná názvom katastrálneho územia, pozemok podľa parcelného čísla evidovaného v súbore popisných informácií, údaj o tom, či ide o parcelu registra "C" alebo parcelu registra "E", druh pozemku a výmera pozemku v metroch štvorcových. V prípade stavieb je potrebné uviesť súpisné číslo stavby a parcelné číslo pozemku, na ktorom je stavba postavená. V prípade bytu alebo nebytového priestoru je potrebné uviesť aj číslo bytu alebo nebytového priestoru, číslo poschodia, číslo vchodu a spoluvlastnícky podiel na spoločných častiach a spoločných zariadeniach domu a na pozemku, prípadne na príľahlom pozemku, súpisné číslo stavby a parcelné číslo pozemku, na ktorom je bytový dom postavený. Ak je nehnuteľnosť v podielovom spoluvlastníctve viacerých vlastníkov, v zmluve sa uvádza aj podiel vyjadrený zlomkom k celku. Výmera pripadajúca na jednotlivé podiely sa neuvádza. V zmluve o prevode nehnuteľností je vhodné uviesť, na základe akého právneho titulu prevodca nadobudol predmetnú nehnuteľnosť a aj príslušnosť nehnuteľnosti k zastavenému územiu obce, to znamená, či sa daná nehnuteľnosť nachádza v zastavanom území obce (v intraviláne) alebo mimo zastavaného územia obce (v extraviláne).

⁶ J. Cirák, S. Ficová a kol., *Občianske právo. Všeobecná časť*, Šamorín 2009, s. 261; P. Vrcha, *K prevodu nemovitostí*, „Právní rádce“ 2002, č. 2, s. 38.

Podpis prevodcu (darca, predávajúci) na zmluve, podpis povinného z predkupného práva, podpis povinného v prípade vzniku vecného bremena alebo podpis oprávneného v prípade zániku vecného bremena na zmluve, podpisy spoluvlastníkov na zmluve o zrušení a vyporiadaní podielového spoluvlastníctva alebo pri vyporiadaní bezpodielového spoluvlastníctva manželov musia byť úradne osvedčené podľa zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov alebo podľa zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 15/1993 Z. z. o osvedčovaní listín a podpisov na listinách obvodnými úradmi⁷. Ak sú tieto osoby zastúpené, ich podpis na splnomocnení (podpis splnomocniteľa) musí byť tiež osvedčený. Podpis prevodcu na zmluve nemusí byť osvedčený, ak je účastníkom zmluvy štátny orgán, Fond národného majetku Slovenskej republiky, Slovenský pozemkový fond, obec alebo vyšší územný celok. Taktiež podpis prevodcu na zmluve nemusí byť úradne osvedčený, ak ide o zmluvu o prevode nehnuteľnosti vyhotovenú vo forme notárskej zápisnice alebo autorizovanú advokátom. V tomto prípade notár a advokát nesú objektívnu zodpovednosť za zistenie totožnosti účastníkov právneho úkonu. Podpis prevodcu je potrebné úradne osvedčiť aj v prípade zmluvy o zabezpečovacom prevode vlastníckeho práva. Aj keď to katastrálny zákon výslovne neupravuje, v prípade záložnej zmluvy, predmetom ktorej je nehnuteľnosť, je potrebné úradné osvedčenie podpisu záložcu.

Na zápis práva k nehnuteľnosti do katastra je spôsobilá v štátnom jazyku, českom jazyku alebo v úradne osvedčenom preklade písomne vyhotovená zmluva bez chýb v písaní a počítaní a bez iných zrejmych nesprávností. Ak zmluva po podaní návrhu na vklad obsahuje chyby v písaní alebo počítaní alebo iné zrejme nesprávnosti, opravu je možné vykonať dvoma spôsobmi. Oprava zmluvy sa vykoná buď dodatkom k zmluve alebo doložkou na zmluve, ak s tým účastníci súhlasia. V doložke sa uvedie nesprávnosť, správne znenie s vyznačením dátumu vykonania opravy, podpisy účastníkov zmluvy, ako aj podpis konajúceho zamestnanca okresného úradu a odtlačok okrúhlej pečiatky⁸.

Zmluva, na ktorej základe má byť zapísané právo k nehnuteľnosti do katastra, sa v súčasnosti dáva ako príloha k návrhu na vklad v dvoch vyhotoveniach. Jedno vyhotovenie zmluvy zostáva v katastrálnom spise a jedno vyhotovenie sa zakladá do zbierky listín. Do 31. augusta 2009 sa zmluva predkladala sa v takom počte vyhotovení, koľko bolo účastníkov vkladového konania plus ďalšie dve

⁷ J. Dráčová, P. Vojčík, E. Barešová, *Katastrálny zákon s porovnaním úpravy v Českej republike*, Plzeň 2012, s. 237.

⁸ Je právne prípustné v priebehu konania o vklade doplniť chýbajúce náležitosti zmluvy o prevode nehnuteľností doplnkom obsahujúcim podpisy oboch zmluvných strán na tej istej listine, ktorý je dostatočne určitý a jednoznačne z neho vyplýva jeho vzťah ku zmluve. Bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3SžoKS/92/2005 z 5.10.2006.

vyhotovenia. Jedno vyhotovenie zmluvy sa archivovalo v katastrálnom spise a ďalšie vyhotovenie v zbierke listín a po jednom vyhotovení sa vracalo každému účastníkovi vkladového konania s vyznačenou pečiatkou o povolení vkladu, keďže rozhodnutie, ktorým sa vklad povoľuje, sa vyznačovalo priamo na zmluve. Z toho vyplýva, že do 31. augusta 2009 sa zmluva dávala ako príloha k návrhu na vklad najmenej v štyroch vyhotoveniach⁹. Do konca roku 2003, keď sa platila daň z darovania a daň z prevodu nehnuteľnosti podľa zákona č. 318/1992 Zb. o dani z dedičstva, dani z darovania a dani z prevodu a prechodu nehnuteľnosti, a do konca roku 2004, keď sa platila daň z prevodu nehnuteľnosti podľa zákona č. 554/2003 Z. z. o dani z prevodu a prechodu nehnuteľnosti o zmene a doplnení zákona č. 36/1967 Zb. o znalcoch a tlmočníkoch v znení zákona č. 238/2000 Z. z., sa zmluva predkladala ako príloha k návrhu na vklad minimálne v piatich vyhotoveniach. Z toho jedno vyhotovenie zmluvy, na ktorej bolo vyznačené povolenie vkladu, sa posielalo daňovému úradu spolu s jedným znaleckým posudkom za účelom vyrubenia dane z darovania, resp. dane z prevodu nehnuteľnosti v lehote do 30 dní odo dňa zápisu do katastra nehnuteľností.

Ostatné prílohy návrhu na vklad podľa katastrálneho zákona

Vlastnícke právo možno preukázať aj inou verejnou listinou ako je list vlastníctva a to napr. výpisom z pozemkovej knihy, dedičským rozhodnutím, výmerom o prúdele pôdy, rozhodnutím súdu a pod. Ak vlastnícke právo k nehnuteľnosti nie je vpísané na liste vlastníctva, k návrhu na vklad sa prikladá aj verejná listina (napríklad nezapísané dedičské rozhodnutie) alebo iná listina (napr. nezapísaná zmluva), ktorá potvrdzuje právo k nehnuteľnosti. Ak vlastnícke právo k nehnuteľnosti nie je vpísané na liste vlastníctva, prílohou návrhu na vklad je aj identifikácia parciel. To platí pre nehnuteľnosti, ktoré sú evidované v pozemkovej knihe, ale doposiaľ nie sú zapísané v katastri nehnuteľností. To znamená, že ak je vlastnícke právo preukázané výpisom z pozemkovej knihy a zároveň sa k návrhu na vklad priloží aj identifikácia parciel, okresný úrad v tomto prípade najskôr zapíše vlastnícke právo vyplývajúce z predloženej verejnej listiny (výpis z pozemkovej knihy) a následne rozhodne o vklade práva do katastra.

Geometrický plán netvorí prílohu každého návrhu na vklad. Geometrický plán sa prikladá ako príloha k návrhu na vklad iba v zákonom taxatívne sta-

⁹ Do 30. septembra 2013 ak sa zápis práv k nehnuteľnostiam vkladom týkal nehnuteľností nachádzajúcich sa v územnom obvode viacerých správ katastra, predkladalo sa ešte o jedno vyhotovenie zmluvy navyše pre dotknutú správu katastra. Pretože správa katastra, ktorá o povolení vkladu rozhodla, jedno vyhotovenie zmluvy s vyznačením rozhodnutia o povolení vkladu bola povinná zaslať dotknutej správe katastra.

novených prípadoch. Najčastejšie vtedy, ak sa pozemok rozdeľuje alebo zlučuje alebo pri zriadení vecného bremena k časti pozemku¹⁰ (právo prechodu a prejazdu). Pre potreby katastra sa používa len geometrický plán overený aj okresným úradom. Teda nestačí iba autorizačné overenie geometrického plánu, ale geometrický plán, ktorý má slúžiť ako podklad na zápis práv k nehnuteľnostiam do katastra nehnuteľností, musí byť aj úradne overený. Je rozpor medzi ustálenou judikatúrou a znením katastrálneho zákona ohľadom geometrického plánu ako prílohy. Podľa judikatúry súdov sa vyžaduje, aby bol geometrický plán pevne spojený so zmluvou o prevode nehnuteľnosti¹¹. Katastrálny zákon (§ 30 ods. 5) stanovuje, že geometrický plán má byť prílohou návrhu na vklad. De lege ferenda je vhodné do budúcnosti odstrániť tento rozpor a definitívne vyriešiť, či geometrický plán má byť prílohou zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, alebo má tvoriť prílohu návrhu na vklad a v tomto prípade by geometrický plán nebol pevne spojený so zmluvou¹². Za správnejšie riešenie považujeme pevné spojenie geometrického plánu so zmluvou, aby geometrický plán tvoril ako príloha nedeliteľný celok so zmluvou, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti.

Návrh na vklad nemusí účastník právneho úkonu podať osobne. Navrhovateľ môže byť v rámci vkladového konania zastúpený splnomocnencom (napr. advokátom). V tomto prípade sa k návrhu na vklad prikladá ako príloha aj doho-

¹⁰ R. Jakab, *Právo výstavby energetických zariadení na cudzích pozemkoch*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2010, Roč. XVI, č. 1–2, s. 29–34.

¹¹ Stanovisko občianskoprávneho kolégia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky Rc 69/2001 z 3. októbra 2001 a Rozsudok Krajského súdu v Hradci Králové sp. zn. 30 Ca 162/99 z 25. júla 2000. In: Vrcha, P. *Katastrální (a související) judikatura*. Praha: Linde, 2001, s. 113. Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 Sž – o – KS 55/2006, zo dňa 5. 10. 2006. In: *Zo súdnej praxe 32/2008*: „Pevné spojenie (zošitie) jednotlivých listín (hárkov) zmluvy o prevode nehnuteľností vrátane jej nedielných príloh a geometrického plánu, ktorým má dôjsť k rozdeleniu nehnuteľností, predstavuje tzv. technickú jednotu zmluvy o prevode nehnuteľností. Pokiaľ zmluva nie je technicky jednotná, ide o nedostatok, na odstránenie ktorého musí byť navrhovateľ vyzvaný príslušným orgánom katastra“.

¹² V praxi katastrálnych úradníkov sa vyskytujú názory, že pre osobu, ktorá rozhoduje o vklade, je problematické čítanie geometrického plánu vyhotoveného na väčšom formáte papiera (formát A3) ako zmluva (formát A4), keď je tento geometrický plán zložený na polovicu a pevne pripojený k zmluve a argumentujú aj tým, že ak by geometrický plán nebol pevne zošitý so zmluvou, nehrozí jeho zámena, pretože geometrický plán je presne identifikovaný číslom, údajmi o vyhotoviteľovi, autorizačnom overení a inými údajmi a pre potreby katastra sa používa len geometrický plán, ktorý je úradne overený okresným úradom ešte pred podaním návrhu na vklad. Okresné úrady, katastrálne odbory častokrát netrvajú na pevnom zošití geometrického plánu so zmluvou. Neexistencia pevného spojenia geometrického plánu so zmluvou, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, v aplikačnej praxi okresných úradov nie je dôvodom pre zamietnutie návrhu na vklad aj napriek tomu, že ustálená judikatúra súdov vyžaduje pevné spojenie geometrického plánu so zmluvou.

da o splnomocnení (nie splnomocnenie ako jednostranný právny úkon). Podpis splnomocniteľa na dohode o splnomocnení musí byť úradne osvedčený. Neosvedčuje sa iba vtedy, ak katastrálny zákon nevyžaduje od účastníka právneho úkonu ani úradné osvedčenie podpisu na zmluve podľa ustanovenia § 42 ods. 3 KZ. Úradné osvedčenie podpisu splnomocnenca na dohode o splnomocnení sa nevyžaduje. Poslednou prílohou návrhu na vklad je oznámenie o zamýšľanom návrhu na vklad v papierovej podobe. Táto príloha má fakultatívny charakter. Do 31. augusta 2009 sa k návrhu na vklad prikladal aj výpis z obchodného alebo iného registra, ak účastníkom právneho úkonu bola právnická osoba. V súčasnosti nie je stanovená povinnosť právnických osôb predkladať výpis z obchodného alebo iného registra a okresný úrad je povinný overovať existenciu právnickej osoby a oprávnenie konať za právnickú osobu z elektronicky dostupného registra¹³.

Ocenenie nehnuteľnosti v súčasnosti netvorí obligatórnu prílohu návrhu na vklad. V minulosti sa k návrhu na vklad dávali dva znalecké posudky na určenie hodnoty nehnuteľnosti. Jeden z dôvodu, že sa posielal daňovému úradu za účelom vyrubenia dane z darovania (do konca roku 2003) a dane z prevodu nehnuteľnosti (do konca roku 2004). Druhý znalecký posudok sa dával k návrhu na vklad do konca roku 2003 z dôvodu, že správny poplatok za návrh na vklad bol do tohto dátumu určený percentuálnou sadzbou z ceny nehnuteľnosti (0,1 % z ceny nehnuteľnosti). Ocenenie nehnuteľnosti sa uskutočňovalo do konca roku 2003 podľa vyhlášky Ministerstva financií Slovenskej republiky č. 465/1991 Zb. o cenách stavieb, pozemkov, trvalých porastov, úhradách za zradenie práva osobného užívania pozemkov a náhradách za dočasné užívanie pozemkov. Podľa tejto vyhlášky sa určovala tzv. úradná cena nehnuteľnosti. Od 1. januára 2004 sa správny poplatok z návrh na vklad platí pevnou sumou. Z tohto dôvodu je vyhotovenie ocenenia nehnuteľnosti fakultatívne a neprikladá sa k návrhu na vklad ako príloha. Slúži ako informácia pre kupujúceho, akú hodnotu má daná nehnuteľnosť.

Prílohy návrhu na vklad podľa osobitných predpisov

Povinnosť doložiť ďalšie prílohy, prípadne splniť iné povinnosti môže byť stanovená nielen v katastrálnom zákone, ale môže vyplývať aj z osobitných predpisov. Nadobúdanie vlastníctva poľnohospodárskeho pozemku odplatným alebo bezodplatným prevodom (napr. kúpa, darovanie, výkon záložného práva, výkon zabezpečovacieho prevodu vlastníckeho práva) je osobitne regulované.

¹³ Katastrálny bulletin č. 1/2010, stanovisko k otázke č. 3.

Podľa zákona č. 140/2014 Z. z. o nadobúdaní vlastníctva poľnohospodárskeho pozemku a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov je stanovený osobitný postup zverejňovania ponuky na prevod vlastníctva poľnohospodárskeho pozemku v Registri zverejňovania ponúk prevodu vlastníctva poľnohospodárskeho pozemku na webovom sídle ministerstva pôdohospodárstva a upravuje poradie osôb, v ktorom je možné nadobudnúť poľnohospodársky pozemok. Splnenie podmienok nadobúdania vlastníctva poľnohospodárskeho pozemku overuje okresný úrad, v ktorého obvode je poľnohospodársky pozemok evidovaný. V tomto prípade prílohou zmluvy je osvedčenie vydané okresným úradom o dodržaní postupu podľa zákona č. 140/2014 Z. z., prípadne ďalšie potvrdenia podľa § 6 ods. 7 zákona č. 140/2014 Z. z. (napr. potvrdenie o trvalom pobyte alebo sídle nadobúdateľa na území Slovenskej republiky).

Podľa zákona č. 180/1995 Z. z. o niektorých opatreniach na usporiadanie vlastníctva k pozemkom v znení neskorších predpisov v záujme zamedzenia drobenia poľnohospodárskych pozemkov, lesných pozemkov a v záujme ochrany viníc nachádzajúcich sa mimo zastavaného územia obce ak má na základe právneho úkonu vzniknúť rozdelením jestvujúcich pozemkov pozemok vo výmere menšej ako 20 000 m², je nadobúdateľ povinný zaplatiť odvod za drobenie pozemku, ktorý je príjmom štátneho rozpočtu. Odvod sa platí na účet ministerstva pôdohospodárstva. Odvod za drobenie poľnohospodárskeho pozemku alebo lesného pozemku, sa platí jednorazovo pred vkladom vlastníckeho práva k pozemku do katastra nehnuteľností. V danom prípade podľa nariadenia vlády Slovenskej republiky č. 85/1996 Z. z. o podmienkach platenia odvodov za drobenie pozemkov dokladom o zaplatení odvodu je pri platení bezhotovostným prevodom z účtu platiteľa vedeného v banke výpis z tohto účtu a pri platení v hotovosti poštová poukážka.

Osobitné povinnosti platia pre prevod majetku štátu, obce a vyššieho územného celku. Podľa zákona č. 278/1993 Z. z. o správe majetku štátu v znení neskorších predpisov na platnosť nakladania s nehnuteľným majetkom štátu je v prípadoch ustanovených týmto zákonom potrebný súhlas zriaďovateľa (napr. ústredný orgán štátnej správy, Generálna prokuratúra SR, Slovenská akadémia vied) alebo ministerstva financií. Podľa zákona č. 138/1991 Zb. o majetku obcí v znení neskorších predpisov ak sa prevod vlastníctva nehnuteľného majetku obce realizuje priamym predajom, takýto prevod musí byť schválený obecným zastupiteľstvom¹⁴. Schválenie právneho úkonu zo strany príslušného orgánu obce

¹⁴ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 8 Sžo 71/2008 zo dňa 16. 6. 2008 pokiaľ ide o majetok obce, obecnému zastupiteľstvu je vyhradené schvaľovať najdôležitejšie úkony. Zmluva o zriadení vecného bremena na nehnuteľnosti patriace obci nemôže byť platne uzatvorená bez príslušného súhlasu obecného zastupiteľstva.

(obecným zastupiteľstvom) je podmienkou platnosti právneho úkonu obce¹⁵. Pre prevod nehnuteľného majetku vyššieho územného celku podľa zákona č. 446/2001 Z. z. o majetku vyšších územných celkov v znení neskorších predpisov sa vyžaduje schválenie zastupiteľstva vyššieho územného celku. K návrhu na vklad pri prevode majetku štátu, majetku obce¹⁶ alebo majetku vyššieho územného celku je potrebné doložiť súhlas s prevodom tohto majetku.

Podľa zákona č. 176/2004 Z. z. o nakladaní s majetkom verejnoprávnych inštitúcií v znení neskorších predpisov sa na predaj alebo zámenu pozemku alebo jeho časti s výmerou vyššou ako 50 m² alebo stavby alebo jej časti s celkovou podlahovou plochou vyššou ako 50 m² vyžaduje predchádzajúci písomný súhlas samosprávneho alebo iného kolektívneho orgánu určeného štatútom verejnoprávnej inštitúcie. Fyzická osoba a právnická osoba, ktorá nie je subjektom verejnej správy, ktorá má povinnosť zapísať sa do registra partnerov verejného sektora, môže byť nadobúdateľom nehnuteľného majetku štátu, obce, vyššieho územného celku alebo verejnoprávnej inštitúcie len vtedy, ak je zapísaná v registri partnerov verejného sektora podľa zákona č. 315/2016 Z. z. o registri partnerov verejného sektora a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Od 1. januára 2011 platia osobitné ustanovenia pre tzv. povinne zverejňované zmluvy podľa zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o slobode informácií) v znení neskorších predpisov. Povinne zverejňovaná zmluva je písomná zmluva, ktorú uzaviera povinná osoba a ktorá obsahuje informáciu, ktorá sa získala za verejné prostriedky, alebo sa týka používania verejných prostriedkov, nakladania s majetkom štátu, majetkom obce, majetkom vyššieho územného celku alebo majetkom právnických osôb zriadených zákonom, na základe zákona alebo nakladania s finančnými prostriedkami Európskej únie. Povinnou osobou sa rozumejú štátne orgány, obce, vyššie územné celky, ako aj tie právnické osoby a fyzické osoby, ktorým zákon zveruje právomoc rozhodovať o právach a povinnostiach fyzických osôb alebo právnických osôb v oblasti verejnej správy, ďalej právnické osoby zriadené zákonom a právnické osoby zriadené štátnym orgánom, vyšším územným celkom alebo obcou a právnické osoby založené povinnými osobami. Povinná osoba a Úrad vlády Slovenskej republiky vydajú účastníkovi zmluvy na jeho požiadanie písomné potvrdenie o zverejnení zmluvy. Ak sa zverejnila zmluva, ktorá na vznik, zmenu alebo zánik práva vyžaduje

¹⁵ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 Odo 21/2002 z 1. novembra 2004 (Zo súdnej praxe 77/2004) majetkoprávne úkony, o ktorých prislúcha rozhodovať obecnému zastupiteľstvu, sú pre obec záväzné len v prípade prechádzajúceho kladného rozhodnutia tohto zastupiteľstva. Bez takéhoto rozhodnutia starosta obce nemôže v uvedených prípadoch urobiť platný právny úkon za obec.

¹⁶ J. Tekeli, *Špecifická právnej regulácie prevodu vlastníctva obcí v Slovenskej republike* [w:] *Acta Crolliensia Conventorum Scientiarum Iuridico – Politicarum 12: "A tulajdonát ruházás osszehasonlító kereskedelmi és üzleti jogi kérdései*, Budapest 2015, s. 102–117.

vkład do katastra nehnuteľností, povinná osoba bezodkladne zasiela písomné potvrdenie o zverejnení takejto zmluvy príslušnému okresnému úradu, katastrálnemu odboru¹⁷.

Podľa § 28 OZ platí, že ak zákonní zástupcovia sú povinní aj spravovať majetok tých, ktorých zastupujú, a ak nejde o bežnú vec, je na nakladanie s majetkom potrebné schválenie súdu. Zákonnými zástupcami detí sú rodičia, ktorí spravujú majetok svojich detí. Nad rámec bežných vecí bude najmä právny úkon, ktorého predmetom je prevod nehnuteľnosti. Na takýto úkon sa vyžaduje schválenie súdu.

Podľa § 5 ods. 2 zákona č. 182/1993 Z. z. o vlastníctve bytov a nebytových priestorov prílohou zmluvy o prevode vlastníctva bytu alebo zmluvy o prevode vlastníctva nebytového priestoru je vyhlásenie správcu alebo predsedu spoločenstva vlastníkov bytov a nebytových priestorov v dome, že vlastník bytu alebo nebytového priestoru nemá žiadne nedoplatky na úhradách za plnenia spojené s užívaním bytu alebo nebytového priestoru a na tvorbe fondu prevádzky, údržby a opráv. To neplatí, ak ide o prvý prevod vlastníctva bytu. Ak ide o prvý prevod vlastníctva bytu alebo nebytového priestoru, prílohou zmluvy o prevode vlastníctva bytu alebo zmluvy o prevode vlastníctva nebytového priestoru je aj vyhlásenie prenajímateľa o tom, že nájomca bytu alebo nebytového priestoru nemá žiadne nedoplatky na nájomnom a na úhradách za plnenia spojené s užívaním bytu alebo nebytového priestoru.

Podľa § 8 zákona č. 555/2005 Z. z. o energetickej hospodárnosti budov a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o energetickej hospodárnosti budov“) vlastník budovy, na ktorú sa vzťahuje povinná certifikácia, je povinný mať energetický certifikát ku dňu uzatvorenia zmluvy o predaji alebo o nájme budovy alebo jej samostatnej časti. Ak vlastník stavby predáva rozostavanú budovu, na ktorú ešte nie je vyhotovený energetický certifikát, je povinný poskytnúť nadobúdateľovi projektové energetické hodnotenie. Rovnako je povinný postupovať, ak sa so stavbou ešte nezačalo, ale už je zhotovená projektová dokumentácia. Energetický certifikát sa nedáva ako príloha návrhu na vkład. Ak vlastník budovy, na ktorú sa vzťahuje povinná certifikácia, nemá energetický certifikát ku dňu uzatvorenia zmluvy o predaji alebo o nájme budovy alebo jej samostatnej časti, nemá to za následok neplatnosti zmluvy.

¹⁷ Potvrdenie o zverejnení zmluvy má len deklaratórny charakter, preukazuje sa ním, že zmluva bola zverejnená (a teda nadobudla účinnosť), nakoľko aj pri absencii daného potvrdenia zmluva nadobudne účinnosť jej zverejnením. Potvrdenie slúži na odbúranie administratívnej záťaže správ katastra (v súčasnosti okresných úradov) pri skúmaní účinnosti zmluvy. Z tohto dôvodu písomný dokument vytlačený z webovej stránky Centrálného registra zmlúv, ktorý obsahuje údaj o zverejnení zmluvy, môže byť považovaný za doklad, ktorý nahrádza samotné potvrdenie o zverejnení. Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 1/2011, stanovisko k otázke č. 17.

Záver

V praxi vzniká otázka, či v rámci jedného návrhu na vklad je možné rozhodnúť o vzniku, zmene alebo zániku práv k nehnuteľnostiam na základe viacerých právnych úkonov. Rozhodovanie o každom návrhu na vklad je samostatným konaním o návrhu na vklad. Prílohou k návrhu na vklad môže byť len jedna zmluvná listina, obsahom ktorej môže byť viac právnych úkonov (zmiešaná zmluva). Ak došlo k prevodu viacerých nehnuteľností alebo k zriadeniu vecných práv na základe viacerých zmluvných listín, je potrebné podať toľko samostatných návrhov na vklad, aby predmetom každého návrhu bola len jedna zmluvná listina.

V súvislosti s definovaním príloh návrhu na vklad katastrálny zákon obsahuje niektoré terminologické nesprávosti, resp. nepresnosti. Katastrálny zákon v ustanovení § 42 ods. 2 písm. b) stanovuje, že zmluva má obsahovať okrem iných údajov aj uvedenie času právneho úkonu. Pokiaľ ide o povinnosť uviesť čas právneho úkonu, ide o terminologickú nesprávosť. De lege ferenda by malo byť v katastrálnom zákone v budúcnosti uvedené, že v zmluve sa má uviesť dátum (nie čas) právneho úkonu. Nedostatkom katastrálneho zákona z hľadiska stanovenia povinnosti úradného osvedčenia podpisu je skutočnosť, že v zákone nie je osobitne riešená otázka osvedčenia podpisu na záložnej zmluve. De lege ferenda je potrebné do katastrálneho zákona doplniť, že v prípade záložnej zmluvy, predmetom ktorej je nehnuteľnosť, je potrebné úradné osvedčenie podpisu záložcu na zmluve. De lege ferenda je vhodné do budúcnosti vyriešiť otázku, či geometrický plán má byť prílohou zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, alebo má tvoriť prílohu návrhu na vklad. Ako bolo vyššie podrobne vysvetlené, za správnejšie riešenie považujeme, aby geometrický plán tvoril prílohu zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti.

Bibliografia

- Cirák J., Ficová S. a kol., *Občianske právo. Všeobecná časť*, Šamorín 2009.
- Dráčová J., Vojčík P., Barešová E., *Katastrálny zákon s porovnaním úpravy v Českej republike*, Plzeň 2012.
- Gaisbacher J. a kol., *Základy pozemkového práva. Komentár a súvisiace predpisy*, Šamorín 2003.
- Jakab R., *Právo výstavby energetických zariadení na cudzích pozemkoch*, „Bulletin slovenskej advokácie“ 2010, Roč. XVI, č. 1–2.
- Tekeli J., *Špecifika právnej regulácie prevodu vlastníctva obcí v Slovenskej republike* [w:] *Acta Crolliensia Conventorum Scientiarum Iuridico – Politicarum* 12, Budapest 2015.
- Vrcha P., *Katastrální (a související) judikatura*, Praha 2001.
- Vrcha P., *K převodu nemovitostí*, „Právní rádce“ 2002, č. 2.

WPIS DO REJESTRU NIERUCHOMOŚCI REPUBLIKI SŁOWACKIEJ (WPIS PRAWA)

Streszczenie

Autor w artykule *Wpis do rejestru nieruchomości Republiki Słowackiej (wpis prawa)* analizuje kwestię wpisania praw do rejestru nieruchomości poprzez instytucję wpisania w sytuacji, kiedy prawa do nieruchomości powstały, zostały zmienione lub wygasły na podstawie umowy. Celem niniejszego artykułu jest analiza przepisów prawa materialnego i proceduralnego pozostających w związku z rejestracją nieruchomości w rejestrze gruntów oraz działań w tym zakresie podejmowanych przez sądy powszechne i organy katastralne. Artykuł zawiera również pokrewne propozycje *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: rejestr nieruchomości, Republika Słowacka, wpisanie prawa, umowa

INSERT TO THE CADASTRE OF REAL ESTATES OF THE SLOVAK REPUBLIC (PROPOSAL FOR INSERT)

Summary

Author in the article entitled *Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (proposal for insert)* 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 substantive and procedural data and annexes of the proposal for 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: the Cadastre of real estates, the Slovak republic, proposal for insert

AFILIACJE

CIECHORSKI JAN – doktorant, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski
CIUĆKOWSKA KATARZYNA – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

FIUTAK AGNIESZKA – adiunkt, SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny

GRUSZA JUSTYNA – doktorant, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku

IMIOL MATEUSZ – aplikant, adwokacki, doktorant, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski

JACEK ANNA – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

JĘDRZEJEWSKA EWA – doktorant, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński

KOMAR-ZABŁOCKA MAGDALENA – asystent, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

MARCINKOWSKA ANNA – prokurator Prokuratury Rejonowej w Krośnie

MARCISZ-DYNIA ANNA – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

NAGÓRSKA MALGORZATA – asystent, Wydział Medyczny, Uniwersytet Rzeszowski

PACIAN JOLANTA – doktor nauk prawnych, adiunkt, Uniwersytet Medyczny w Lublinie

PAŚKIEWICZ JOANNA – doktor nauk prawnych, adwokat

POTOCKI ARTUR – adiunkt, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

RATAJCZAK MACIEJ S. – doktorant, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski

SOWIŃSKI PIOTR K. – profesor nadzwyczajny, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Rzeszowski

SUDZINA MILAN – JUDr. PhD., Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

WARDAK KATARZYNA – asystent, Wydział Medyczny, Uniwersytet Rzeszowski

WOJTCZYK ANNA – doktor nauk prawny

