

PRAWO 25

ZESZYTY NAUKOWE
UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO

NR 106

SERIA
PRAWNICZA

PRAWO 25

pod redakcją naukową
ANNY KOŚCIÓŁEK
KATARZYNY SZWED



WYDAWNICTWO
UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO
RZESZÓW 2019

Redaktor naczelny
dr hab. prof. UR RENATA ŚWIRGOŃ-SKOK

Z-ca redaktora naczelnego
dr hab. prof. UR GRZEGORZ MAROŃ

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

Redaktor statystyczny
AGATA JANAS

Sekretarze redakcji
dr hab. ANNA KOŚCIÓŁEK; dr KATARZYNA SZWED; dr WOJCIECH J. KOSIOR

Rada naukowa

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); Prof. h.c.doc. JUDr. Mária Bujňáková (Pavol Jozef Šafárik University in Košice); 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); Victor Hugo Ramírez Lavalle (Universidad Iberoamericana Puebla – Mexico); Professor Dr. Lecturer Irene Bajo Garcia (Universidad de Alicante – Spain); Prof. Ph.D. Evhen Tsybulenko (Tallinn University of Technology)

Opracowanie redakcyjne i korekta
BARBARA PAWLIKOWSKA

Opracowanie techniczne
EWA KUC

Korekta techniczna
JULIA SOŃSKA-LAMPART

Łamanie
TOMASZ TWARDOWSKI

Projekt okładki
JERZY TOMALA

© Copyright by
Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2019

ISSN 1643-0484 ISSN 1730-3508

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

1683

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO
35-959 Rzeszów, ul. prof. S. Pigionia 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. 11,55; ark. druk. 11,25; zlec. red. 72/2019

Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

LIDIA BRODOWSKI Godność człowieka a międzynarodowe standardy biomedyczne – zarys problematyki ...	11
BRANISLAV BUJŇÁK Vývoj justice a transformácia justičných orgánov na Slovensku po roku 1989	23
LESŁAW CIEPIELA, KATARZYNA CIEPIELA, ANNA JACEK Problem ustalenia zdarzenia medycznego w przypadku leczenia z pogranicza eksperymentu medycznego oraz innych powikłań leczenia	33
ANNA GOLONKA Terroryzm i jego finansowanie w kontekście nowelizacji art. 165a k.k.	46
WOJCIECH GONET Exceeding the financial plan in terms of costs in local government budgetary entities and budget institutions as a violation of the public finance discipline	64
AGNIESZKA KANIA Prawnokarne aspekty przerywania ciąży w obliczu (nie)nowych wyzwań interpretacyjnych	72
WOJCIECH J. KOSIOR Dowodzenie wieku człowieka w prawie rzymskim	87
ANNA OPAR Obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem (art. 46) w Kodeksie karnym z 1997 roku. Doktrynalny i prawnomiędzynarodowy kontekst regulacji	96
MACIEJ PARA Law and philosophy in the face of terrorism – the casus of shooting down a hijacked plane	108
MAŁGORZATA SKAWIŃSKA Szkoda majątkowa w sprawach o przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 k.k. – rola opinii biegłego	116

MILAN SUDZINA	
Vklad do katastra nehnuteľností Slovenskej republiky (rozhodovanie o návrhu na vklad).....	130

MILAN SUDZINA	
Insolvenčné konania týkajúce sa členov skupiny spoločností.....	147

ARTYKULY RECENZYJNE

GRZEGORZ MAROŃ	
Artykuł recenzyjny: Brian Leiter, <i>Why Tolerate Religion?</i> (Princeton University Press, Princeton 2013, ss. 187).....	161

Afiliacje	177
------------------------	-----

CONTENTS

ARTICLES

LIDIA BRODOWSKI	
Human dignity and international biomedical standards – an outline of the issues.....	11
BRANISLAV BUJŇÁK	
Development of justice and transformation of judicial authorities in Slovakia after 1989	23
LESŁAW CIEPIELA, KATARZYNA CIEPIELA, ANNA JACEK	
The problem of determining a medical event in the case of treatment from the border- line of a medical experiment and other treatment complications	33
ANNA GOLONKA	
Terrorism and its financing in the context of amending Article 165a of the Criminal Code	46
WOJCIECH GONET	
Exceeding the financial plan in terms of costs in local government budgetary entities and budget institutions as a violation of the public finance discipline.....	64
AGNIESZKA KANIA	
The criminal law aspects of abortion in the light of (not) new interpretation challenges..	72
WOJCIECH J. KOSIOR	
Proving human’s age in Roman law	87
ANNA OPAR	
Obligation to repair damage resulting from an offence (article 46) in the criminal code of 1997. A doctrinal and legal international context of the regulation	96
MACIEJ PARA	
Law and philosophy in the face of terrorism – the casus of shooting down a hijacked plane ...	108
MAŁGORZATA SKAWIŃSKA	
The manner of determining the damage in cases concerning the offense of abuse of trust under art. 296 of the Criminal Code – the role of expert opinion.....	116

MILAN SUDZINA	
Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (decision on proposal for insert)	130
MILAN SUDZINA	
Insolvency proceedings of members of a group of companies	147

REVIEW ARTICLES

GRZEGORZ MAROŃ	
Brian Leiter, <i>Why Tolerate Religion?</i> , Princeton University Press, Princeton 2013, ss. 187.	
Book review	161
Affiliations	177

ARTYKUŁY

Lidia BrodowskiUniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0001-7828-868X**GODNOŚĆ CZŁOWIEKA A MIĘDZYNARODOWE STANDARDY
BIOMEDYCZNE – ZARYS PROBLEMATYKI****Wprowadzenie**

Godność człowieka stanowi uniwersalny punkt odniesienia dla współczesnej moralności oraz stosunków społecznych i międzynarodowych. Pojęcie to występuje w rozmaitych kontekstach i przenika różne systemy polityczne, filozoficzne i religijne. Godność jednostki ludzkiej stanowi istotny element obrazu człowieka, rekonstruowany na podstawie aktów prawa międzynarodowego¹.

Na ukształtowanie współczesnego rozumienia godności osoby ludzkiej największy wpływ wywarła filozofia moralna I. Kanta², który jest uznawany za ojca nowoczesnej koncepcji godności ludzkiej³. W jego ujęciu godność jest kategorią etyczną, która przenika wszystkie systemy prawne. Zdaniem filozofa godność ludzka ma swoje źródła w autonomii człowieka. Autonomię tę wyraża przekonanie, że każdy człowiek istnieje jako cel sam w sobie, a nie jako środek do osiągnięcia celów⁴. Jakkolwiek wpływ myśli I. Kanta jest w analizowanym kontekście szczególnie widoczny, to jednak o treściowym wyznaczniku godności człowieka nie decyduje konkretna szkoła filozoficzna czy teologiczna. Pojęcie to odsyła raczej do pewnych dominujących w danym miejscu i czasie przekonań oraz intuicji opartych na powszechnie dostępnym doświadczeniu. Godność jest pewną

¹ J. Zajadło, *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 2, s. 103.

² Podobnie zob. M.J. Meyer, *Idea godności u Kanta a współczesna myśl polityczna*, w: *Godność człowieka jako kategoria prawa (opracowania i materiały)*, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 43.

³ Tak zob. G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, w: *European and US constitutionalism*, red. G. Nolte, Cambridge 2005, s. 89; J. Kumar-Das, *Human rights law and practice*, Delhi 2016, s. 37.

⁴ C.R. Miguel, *Human dignity: History of an idea*, „Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart” 2002, nr 50, s. 294.

rzeczywistością, niedającą się jednoznacznie ująć w formuły prawne, która jednak, jeżeli prawo ma być sprawiedliwe, powinna być brana pod uwagę w procesie jego stosowania oraz wykładni⁵.

Wiele z aktów międzynarodowej ochrony praw człowieka zawiera odesłania do godności człowieka, co sprawia, że kategorie te ściśle się ze sobą łączą. W Karcie Narodów Zjednoczonych z 26 czerwca 1945 r.⁶ podkreślono konieczność przywrócenia wiary w „podstawowe prawa człowieka, w godność i wartość człowieka”⁷.

Do godności człowieka odnosi się Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r.⁸, która mimo braku wiążącego charakteru wywarła zasadniczy wpływ na rozwój międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka. We wstępie Deklaracji podkreślono, że uznanie przyrodzonej godności oraz równych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju świata oraz wiary Narodów Zjednoczonych w godność i wartość jednostki ludzkiej. Kolejne odesłania czyni się w art. 1, 22 i 23 ust. 3 Deklaracji, ujmując godność jako odniesienie dla realizacji lub uzasadnienia określonych praw⁹.

W preambułach Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r.¹⁰ podkreśla się, że „uznanie przyrodzonej godności oraz równych i niezbywalnych praw wszystkich członków wspólnoty ludzkiej stanowi podstawę wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”. We wstępie do Paktów sprecyzowano relację pomiędzy prawami człowieka a godnością, stanowiąc, że prawa te wynikają z przyrodzonej godności człowieka. Odesłania do godności znalazły się także w postanowieniach materialnoprawnych Paktów¹¹.

⁵ M. Piechowiak, *Godność i równość jako podstawy sprawiedliwości. Z perspektywy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1992, nr 1, s. 38.

⁶ Karta weszła w życie 24 października 1945 r. Polska jest stroną Karty od dnia jej wejścia w życie. Tekst Karty w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006, s. 9 i n.

⁷ Szerzej zob. J. Zajadło, *Godność jednostki...*, s. 104–105.

⁸ UN Doc. A/RES/217 (III) A. Tłumaczenie w języku polskim dostępne w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, s. 134–138.

⁹ Szerzej na ten temat zob. np. H. Andrzejczak, *Filozoficznoprawne podstawy Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Roczniki Filozoficzne KUL” 1966, z. 2, s. 81–97.

¹⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych wszedł w życie 23 marca 1976 r. a Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych 3 stycznia 1976 r. Polska jest stroną Paktów od 18 czerwca 1977 r. Tekst Paktów w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, s. 139–153 oraz 160–167.

¹¹ Por. art. 10 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art. 13 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, w: A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*

Godność jako standard moralnoprawny jest także przedmiotem uznania ze strony większości sektorowych konwencji z zakresu ochrony praw człowieka¹² oraz większości regionalnych systemów ochrony praw człowieka¹³.

Godność stanowi więc nie tylko fundament aksjologiczny, ale przede wszystkim aksjologiczny cel praw człowieka, co implikuje wniosek, że prawa człowieka chronią, realizują i gwarantują godność człowieka¹⁴.

Standardy uniwersalne

Międzynarodowe prawo biomedyczne jest dziedziną prawa międzynarodowego, w której odwołanie do godności człowieka nabiera szczególnego charakteru i pełni istotne funkcje prawotwórcze¹⁵. Związane jest to z faktem, że korzystanie z osiągnięć naukowych w sferze biologii i medycyny zawsze stawia przed społeczeństwem istotne pytania etyczne i moralne¹⁶. Wątpliwości te dotyczą różnych kwestii odnoszących się do szeroko pojętego statusu ludzkiej egzysten-

¹² Zob. np. Preambułę Uzupełniającej Konwencji w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami oraz instytucji i praktyk zbliżonych do niewolnictwa z 7 września 1965 r.; *United Nations Treaty Series*, vol. 266; Preambułę Międzynarodowej Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 r.; *United Nations Treaty Series*, vol. 660; Preambułę i art. 2 Międzynarodowej Konwencji w sprawie zwalczania i karania zbrodni apartheidu z 30 listopada 1973 r.; *United Nations Treaty Series*, vol. 1015; Preambułę Konwencji przeciwko torturom oraz innemu okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 10 grudnia 1984 r.; *United Nations Treaty Series*, vol. 1465 czy art. 37, 39, 40 Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r.; *United Nations Treaty Series*, vol. 1577.

¹³ Zob. np. art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej z 7 lutego 1992 r. (wersja skonsolidowana, uwzględniająca zmiany wprowadzone traktatem z Lizbony z 13 grudnia 2007 r.), Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r.; Preambułę oraz art. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej przyjętej w Nicei 7 grudnia 2000 r. z brzmieniem dostosowanym 12 grudnia 2007 r. do zmian wprowadzonych traktatem z Lizbony, Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r.; art. 2, 3, 20, 33 i 40 Zrewidowanej Arabskiej Karty Praw Człowieka z 22 maja 2004 r. Tekst Karty w: „Boston University International Law Journal” 2006, vol. 24, s. 149–164; Preambułę oraz art. 5 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 27 czerwca 1981 r., *United Nations Treaty Series*, vol. 1520. Polskie tłumaczenie Karty w: *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, red. M. Zubik, Warszawa 2008, s. 121–129; art. 5 i 6 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r., *United Nations Treaty Series*, vol. 1144. Polskie tłumaczenie Konwencji, w: *ibidem*, s. 99–111 czy Preambułę Protokołu Dodatkowego do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka dotyczącego Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 17 listopada 1988 r. Polskie tłumaczenie Protokołu w: *ibidem*, s. 112–120.

¹⁴ Podobnie J. Zajadło, *Godność jednostki...*, s. 113.

¹⁵ Zob. B. Feuillet-Le Mintier, *La biomédecine, nouvelle branche du droit?*, w: *Normativité et biomédecine*, red. B. Feuillet-Le Mintier, Paris 2003, s. 1–5.

¹⁶ J. Blichacz, *Godność i prawo do życia w obliczu rozwoju nauk biomedycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” (Wrocław) 2015, t. C, cz. 1, s. 199–200.

cji: dopuszczalności przerywania życia za pomocą aborcji lub eutanazji, eksperymentowania na ludzkim genomie, reprodukcyjnego klonowania istot ludzkich, testowania nowych leków na człowieku, wykorzystywania komórek macierzystych dla celów pozamedycznych czy transplantacji ludzkich organów. Postęp w omawianej dziedzinie w mniejszym lub większym stopniu może więc skutkować zmianą sposobu postrzegania człowieka¹⁷. To z kolei może doprowadzić do kwestionowania obecnych paradygmatów i aksjomatów moralnych, społecznych i prawnych. Należy zauważyć, że poddana kontroli, selekcji i modyfikacjom istota ludzka może być postrzegana jako różniąca się od jednostek, których życie zostało zapoczątkowane i przebiega zgodnie z procesami naturalnymi. W sytuacji wartościowania wskazanych różnic może okazać się, że w grupie przedstawicieli tego samego gatunku funkcjonują jednostki, które są mniej lub bardziej akceptowane społecznie¹⁸.

Odpowiedzią prawa międzynarodowego na wyzwania, jakie niesie za sobą współczesna biomedycyna, jest wypracowanie katalogu podstawowych zasad i wartości, których zadaniem jest ochrona jednostek oraz całego gatunku ludzkiego przed możliwymi nadużyciami¹⁹. W 1947 r. amerykańscy sędziowie orzekający w procesie 23 lekarzy i naukowców nazistowskich oskarżonych o nielegalne doświadczenia na więźniach obozów koncentracyjnych sformułowali zbiór 10 zasad określających przesłanki dopuszczalności wykonywania eksperymentów medycznych na człowieku (tzw. kodeks norymberski)²⁰. Zasady te uzależniały możliwość przeprowadzania eksperymentów od m.in. istnienia dobrowolnej i świadomej zgody osoby poddanej badaniom czy dużego prawdopodobieństwa osiągnięcia bezpośredniej korzyści leczniczej oraz konieczności przerwania doświadczenia w razie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia pacjenta²¹. Mimo że kodeks norymberski nie odwoływał się wprost do godności człowieka, trudno nie zauważyć, że wszystkie zawarte w nim zasady, a w szczególności absolutny obowiązek uzyskania zgody pacjenta na udział w eksperymencie me-

¹⁷ Szerzej na ten temat zob. J. Kapelańska-Pręgowska, *W poszukiwaniu osoby i istoty ludzkiej w prawie międzynarodowym*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009, s. 185–207.

¹⁸ Tak np. O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 13. Podobnie zob. R. Andorno, *Human dignity and human rights as a common ground for global bioethics*, „Journal of Medicine and Philosophy” 2009, vol. 34, nr 3, s. 229–230.

¹⁹ M. Safjan, *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, „Prawo i Medycyna” 2000, vol. 2, nr 5, s. 6.

²⁰ E. Shuster, *The Nuremberg Code: Hippocratic ethics and human rights*, „The Lancet” 1998, vol. 351, nr 9107, s. 974.

²¹ Pełny tekst kodeksu norymberskiego przywoływany jest w pracy E. Shuster, *Fifty years later: The significance of the Nuremberg Code*, „The New England Journal of Medicine” 1997, vol. 337, nr 20, s. 1436.

dycznym, czerpały z przedstawionej koncepcji²². Postanowienia kodeksu norymberskiego stały się podstawą do opracowania standardów biomedycznych, które wyznaczają obecnie granice korzystania z postępu naukowego w sposób mający zapewnić poszanowanie godności człowieka²³.

W 1968 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ zobowiązało Sekretarza Generalnego do przygotowania studium poświęconego związkom zachodzącym pomiędzy prawami człowieka a rozwojem naukowo-technologicznym. Wyróżniono cztery grupy zagadnień, które powinny zostać poddane analizie. Jednym z nich była ocena skutków rozwoju nauki i technologii dla fizycznej i psychicznej integralności człowieka²⁴. Kwestie te zostały następnie szczegółowo omówione w raporcie noszącym tytuł: *Ochrona ludzkiej osobowości i jej fizycznej oraz intelektualnej integralności w świetle postępu w biologii, medycynie i biochemii*²⁵. Godność człowieka stała się punktem odniesienia w ramach dyskusji nad zasadnością sztucznego podtrzymywania funkcji życiowych u osób, u których stwierdzono tzw. śmierć mózgową. Większość ekspertów oraz środowisk medycznych była zdania, że ze względu na nieodwracalność stanu zdrowia pacjenta działania sztucznie podtrzymujące życie nie powinny być prowadzone. W raporcie wskazano, że godność człowieka musi być w pełni respektowana, a więc po ostatecznym ustaniu funkcji mózgowych należy zrezygnować z wszelkich prób dalszego utrzymywania pacjentów w stanie uwłaczającym ich godności. Podkreślono, że wyrazem „godnej śmierci” jest w takich sytuacjach umożliwienie pacjentowi rozstania się z życiem w sposób naturalny, bez wykorzystywania tych z technik współczesnej medycyny, które pozwalają czasowo zachowywać niektóre czynności organizmu. Przyjęto natomiast, że techniki takie mogą znaleźć zastosowanie, jeżeli jest to uzasadnione koniecznością zapobieżenia obumarciu organów zakwalifikowanych do przeszczepu²⁶.

²² G.J. Annas, *Zmieniający się obraz eksperymentów medycznych z udziałem ludzi: Norimberga, Helsinki i czasy współczesne*, w: *Badania z udziałem ludzi*, red. W. Galewicz, Kraków 2011, s. 308–309.

²³ W tym kontekście należy wspomnieć o deklaracji helsińskiej, przyjętej w 1964 r. przez Zgromadzenie Ogólne Światowego Stowarzyszenia Lekarzy. Dokument ten zasadniczo powtarza, ale także rozwija i uzupełnia regulacje zawarte w kodeksie norymberskim. Zarówno w doktrynie, jak i przez międzynarodową społeczność naukową deklaracja jest oceniana jako podstawowy zbiór zasad i wytycznych w dziedzinie badań na człowieku, który istotnie wpłynął na kształt międzynarodowych, regionalnych i krajowych kodeksów postępowania biomedycznego. Szerzej na ten temat zob. A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Rozwój międzynarodowych regulacji dotyczących badań biomedycznych z udziałem człowieka*, w: *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, red. J. Różyńska, M. Waligóra, Warszawa 2012, s. 34–37.

²⁴ Zob. A/RES/2450 (XXIII): *Human rights and scientific and technological development*, 19 December 1968.

²⁵ Report of the Secretary General: *Protection of the human personality and its physical and intellectual integrity, in the light of advances in biology, medicine and biochemistry*. Part II – Developments in Medicine, UN Doc. E/CN.4/1172/Add.1, 19 June 1975.

²⁶ *Ibidem*, § 245–270.

Organizacja Narodów Zjednoczonych ds. Oświaty, Nauki i Kultury (UNESCO) zwróciła uwagę na zagrożenia, jakie dla godności człowieka niesie postęp w sferze genetyki klinicznej. Już drugiej połowie lat dziewięćdziesiątych organizacja ta przyjęła kilka istotnych deklaracji dotyczących m.in. genomu ludzkiego, danych genetycznych oraz bioetyki. W uchwalonej 11 listopada 1997 r. Powszechnej Deklaracji o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka²⁷ postanowiono, iż bez względu na cechy genetyczne każdy człowiek ma prawo do poszanowania przyrodzonej godności, która powoduje, że „nie można oceniać jednostki przez pryzmat jej cech genetycznych” (art. 2). Zakazano w związku z tym dyskryminacji, której celem lub skutkiem byłoby naruszenie godności istoty ludzkiej (art. 6). Podkreślono, że żadne badania nad genomem „nie mogą być uważane za ważniejsze od praw człowieka, podstawowych wolności i godności przysługującej jednostkom lub [...] grupom osób” (art. 10). Potępiono jednocześnie wszelkie praktyki sprzeczne z godnością człowieka, uznając za takie w pierwszej kolejności reprodukcyjne klonowanie istot ludzkich (art. 10).

W przyjętej 16 października 2003 r. Międzynarodowej Deklaracji w sprawie Ludzkich Danych Genetycznych²⁸ położono natomiast nacisk na zagrożenia, jakie dla praw człowieka i godności ludzkiej niesie nieostrożne wykorzystanie danych genetycznych. Z uwagi na powyższe, wezwano państwa członkowskie UNESCO do podjęcia odpowiednich kroków, aby zapewnić, że ludzkie dane genetyczne będą zbierane, przetwarzane i przechowywane z uwzględnieniem akceptowalnych pod względem etycznym procedur (art. 6).

Ostatnim dokumentem UNESCO, który wymaga uwagi w analizowanym zakresie, jest Powszechna Deklaracja w sprawie Bioetyki i Praw Człowieka z 19 października 2005 r.²⁹ W preambule przypomniano, że etyczne kwestie wywołane postępowaniem w dziedzinie nauk biomedycznych należy oceniać, mając na względzie obowiązek poszanowania godności osoby ludzkiej. Postęp naukowy powinien ponadto zmierzać do „promowania dobra jednostek, rodzin, grup bądź społeczności oraz całej ludzkości w warunkach uznania dla godności osoby ludzkiej oraz [...] przestrzegania praw człowieka”. W treści analizowanego dokumentu zwrócono także uwagę, że zasada poszanowania godności ludzkiej powinna być rozpatrywana wieloaspektowo: jako jeden z głównych celów deklaracji (art. 2); imperatyw nakazujący stawianie dobra jednostki przed wyłącznym interesem nauki lub społeczeństwa (art. 3); bariera zakazująca dyskryminacji osób lub grup z powodu cech genetycznych (art. 11) oraz podstawa respektowania różnorodności kulturowej i pluralizmu wśród przedstawicieli gatunku ludzkiego (art. 12).

²⁷ UNESCO, *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*, adopted on 11 November 1997.

²⁸ UNESCO, *International Declaration on Human Genetic Data*, adopted on 16 October 2003.

²⁹ UNESCO, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, adopted on 19 October 2005.

Wskazane deklaracje UNESCO, mimo że pozbawione mocy wiążącej, mają szczególne znaczenie ze względu na fakt, że przyjęte zostały jednomyślnie na forum organizacji, która zrzesza praktycznie wszystkie państwa świata. Ukazują, że bez względu na różnice społeczno-kulturowe i religijne istniejące między państwami obowiązek poszanowania godności człowieka w związku z rozwojem biomedycyny jest powszechnie dostrzegany³⁰. Fundamentalne problemy biomedyczne nie stanowią problemu wyłącznie bogatych państw.

Standardy regionalne

Na konieczność uniwersalizacji standardów biomedycznych wskazali twórcy Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny z 4 kwietnia 1997 r.³¹ Dokument ten został przyjęty na forum Rady Europy, ale zgodnie z art. 33 jest otwarty do podpisu także dla państw trzecich, które uczestniczyły w pracach przygotowawczych oraz dla Unii Europejskiej³². Konwencja jest pierwszym w skali światowej instrumentem wiążącym prawnie, który kompleksowo reguluje większość zagadnień związanych z rozwojem współczesnej biologii i medycyny.

Godność istoty ludzkiej jest kategorią, wokół której zbudowano szereg uregulowań konwencyjnych. Potwierdza to tytuł konwencji oraz motyw jej przyjęcia wskazane w preambule. Zgodnie z treścią preambuły konieczność zapewnienia poszanowania godności istoty ludzkiej jest warunkiem wykorzystania postępu w biologii i medycynie dla dobra obecnych i przyszłych pokoleń. Przyrodzona godność człowieka powoduje, że niedopuszczalne jest przeprowadzanie interwencji medycznych bez swobodnej i świadomej zgody osoby zainteresowanej (art. 5), a gdy pacjent w chwili przeprowadzania interwencji nie jest w stanie wyrazić swojej woli, należy brać pod uwagę jego wcześniejsze życzenia (art. 9). Zakazane jest dla celów innych niż zdrowotne dokonywanie prognostycznych testów genetycznych (art. 12), przeprowadzanie interwencji polegających na

³⁰ R. Adorno, *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Brussels 2013, s. 14.

³¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie (Europejska Konwencja Biomedyczna), Oviedo, 4 kwietnia 1997 r. Konwencja weszła w życie 1 grudnia 1999 r.; European Treaty Series (dalej jako: ETS) No. 164. Polskie tłumaczenie w: T. Jasudowicz, J. Czeppek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 2014, s. 14–24.

³² Niestety trzeba zauważyć, że spośród państw niebędących członkami Rady Europy do prac nad przygotowaniem tekstu Konwencji włączyły się jedynie Australia, Kanada, Japonia, Meksyk, Stany Zjednoczone oraz, nie przesądzając jej statusu prawnomiędzynarodowego, Stolica Apostolska.

wprowadzaniu zmian w genomie ludzkim (art. 13) oraz stosowanie technik wspomagających prokreację, które pozwalają na wybór płci przyszłego dziecka (art. 14). Wykonywanie badań naukowych na człowieku jest dopuszczalne tylko po spełnieniu wszystkich określonych w konwencji przesłanek (art. 16), a osoby niezdolne do wyrażenia zgody na badania korzystają w takich przypadkach ze wzmocnionej ochrony prawnej (art. 17). Jak stanowi konwencja, pobieranie organów od żyjącego dawcy dla celów transplantacyjnych może być przeprowadzane jedynie dla uzyskania terapeutycznej korzyści biorcy i tylko wtedy, gdy nieosiągalny jest odpowiedni narząd od osoby zmarłej, a alternatywna metoda lecznicza o podobnej skuteczności nie istnieje (art. 19).

Europejską Konwencję Bioetyczną uzupełniają cztery Protokoły dodatkowe. Protokół dodatkowy do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny w sprawie Zakazu Klonowania Istot Ludzkich z 12 stycznia 1998 r. skupia uwagę na niebezpieczeństwie instrumentalizacji człowieka w drodze świadomego tworzenia osobników identycznych pod względem genetycznym³³. W Protokole dodatkowym do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie w sprawie Transplantacji Organów i Tkanek Pochodzenia Ludzkiego z 24 stycznia 2002 r. wskazano na konieczność zabezpieczenia potencjalnych dawców oraz biorców organów przed nadużyciami w obszarze medycyny transplantacyjnej³⁴. Protokół dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie w sprawie Badań Biomedycznych z 25 stycznia 2005 r. normuje problematykę badań biomedycznych na człowieku, zakazując wszelkiej interwencji naruszającej ludzką godność³⁵. Czwarty i ostatni jak dotąd protokół – Protokół dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie w sprawie Testów Genetycznych Wykonywanych w Celach Medycznych z 27 listopada 2008 r. precyzuje warunki oraz przesłanki dopuszczalności wykonywania testów genetycznych na człowieku³⁶.

³³ Protokół dodatkowy do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny w sprawie Zakazu Klonowania Istot Ludzkich, Paryż, 12 stycznia 1998 r.; ETS No. 168. Polskie tłumaczenie w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy...*, s. 57–60.

³⁴ Protokół dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie w sprawie Transplantacji Organów i Tkanek Pochodzenia Ludzkiego, Strasbourg, 24 stycznia 2002 r.; ETS No. 186. Polskie tłumaczenie w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy...*, s. 60–67.

³⁵ Protokół dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie w sprawie Badań Biomedycznych, Strasbourg, 25 stycznia 2005 r.; ETS No. 195. Polskie tłumaczenie w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy...*, s. 68–80.

³⁶ Protokół dodatkowy do Konwencji o Prawach Człowieka i Biomedycynie w sprawie Testów Genetycznych Wykonywanych w celach Medycznych, Strasbourg, 27 listopada 2008 r.; ETS No. 203. Polskie tłumaczenie w: T. Jasudowicz, J. Czepek, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy...*, s. 80–88.

W dołączonym do konwencji sprawozdaniu wyjaśniającym zwrócono uwagę na trzy niezbędne kwestie, w świetle których powinna być dokonywana ocena kierunków postępu biomedycznego. W pierwszej kolejności wskazano na jednostkę, której należy zagwarantować ochronę przed zagrożeniami wynikającymi z niewłaściwego wykorzystania dostępnej wiedzy. Następnie wymieniono społeczeństwo, którego jednostka jest częścią i w związku z tym jest zobowiązana do przestrzegania zasad etycznych szanowanych przez społeczność, w której żyje. Najszerszym punktem odniesienia stał się natomiast gatunek ludzki, którego tożsamości genetycznej mogą zagrażać obecne oraz przyszłe osiągnięcia w sferze badań nad genomem człowieka³⁷.

Obowiązek poszanowania godności człowieka w kontekście biomedycznym precyzuje art. 3 Karty Praw Podstawowych UE, który normuje prawo człowieka do integralności fizycznej i psychicznej. We wspomnianym artykule stwierdzono, że w dziedzinach medycyny i biologii muszą być szanowane: swobodna i świadoma zgoda osoby zainteresowanej; zakaz praktyk eugenicznych, zwłaszcza tych, których celem jest selekcja osób; zakaz wykorzystywania ciała ludzkiego i jego części jako źródła zysku; a także zakaz reprodukcyjnego klonowania istot ludzkich. Odniesienie do godności istoty ludzkiej możemy również odnaleźć w art. 21 zakazującym dyskryminacji m.in. ze względu na cechy genetyczne oraz w art. 35 KPP, który zobowiązuje do zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego podczas określania i realizowania wszystkich polityk Unii Europejskiej.

Instrumenty prawa wtórnego UE, które dotyczą wspólnych obszarów biomedycyny i prawa, służą przede wszystkim umożliwieniu efektywnej realizacji polityk unijnych poprzez usuwanie przeszkód na drodze do urzeczywistnienia wspólnego rynku. Należy jednak zauważyć, że niektóre z tych instrumentów uwzględniają również ten aspekt sprawy, który wiąże się ze statusem oraz zakresem ochrony praw jednostek i wpływa na etyczną ocenę proponowanych rozwiązań³⁸. Reprezentatywnym w tym zakresie przykładem jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia dyrektywy 2001/20/WE³⁹. Pierwszy motyw preambuły aktu podkreśla potrzebę ochrony godności, bezpieczeństwa oraz praw uczestników badań, których dobro powinno być nadrzędne wobec wszystkich innych interesów. Podkre-

³⁷ Sprawozdanie wyjaśniające do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Godności Istoty Ludzkiej w kontekście Zastosowań Biologii i Medycyny: Konwencja o Prawach Człowieka i Biomedycynie, Oviedo, 4 kwietnia 1997 r.; ETS No. 164, pkt 14. Polskie tłumaczenie w: T. Jasudowicz, J. Czepke, J. Kapelańska-Pręgowska, *Międzynarodowe standardy...*, s. 24 i n.

³⁸ M. Grzymkowska, *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009, s. 229.

³⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi oraz uchylenia Dyrektywy 2001/20/WE; Dz.Urz. UE L 158 z 27.05.2014 r.

ślając rangę, jaką KPP przyznaje obowiązkowi poszanowania godności człowieka, przypomniano, że nie jest dopuszczalne przeprowadzanie jakichkolwiek interwencji medycznych bez swobodnej i świadomej zgody osoby zainteresowanej (motyw 27). Za kryterium oceny spełnienia powyższego obowiązku uznano odpowiedź na pytanie, czy uczestnik badania nie należy do grupy gorzej sytuowanej pod względem ekonomicznym lub społecznym bądź nie znajduje się w sytuacji zależności, która mogłaby mieć wpływ na jego decyzję o poddaniu się badaniom (motyw 31)⁴⁰.

Podsumowanie

Przyjęte za podstawę analizy akty prawa międzynarodowego niezależnie od tego, czy opracowane zostały na płaszczyźnie uniwersalnej, czy regionalnej, pokazują, że w sferze biomedycznej obowiązek poszanowania godności ludzkiej stanowi podstawową zasadę. W pierwszej kolejności wyodrębniają istotę ludzką jako zindywidualizowany podmiot praw gwarantowanych przez prawo międzynarodowe, w dalszej natomiast prawnomiędzynarodową ochroną obejmują wszystkie ważniejsze dla człowieka wartości celem stworzenia optymalnych warunków dla jego wszechstronnego rozwoju⁴¹. Godność człowieka stanowi więc parasol ochronny, który ma zabezpieczać przed szeroko pojmowaną instrumentalizacją istot ludzkich, której wyrazem może być przeprowadzanie interwencji medycznych bez świadomej zgody osoby zainteresowanej czy reprodukcyjne klonowanie istot ludzkich..

Zasadny wydaje się wniosek, że ureulowania biomedyczne, w przeciwieństwie do klasycznych instrumentów prawa międzynarodowego z zakresu praw człowieka w sposób bardziej zrównoważony ujmują konieczność zabezpieczenia godności całego gatunku ludzkiego. Znajduje to potwierdzenie w tych aksjomatach prawnych, które wymagają, aby postęp naukowy nie tylko szanował przyrodzoną wartość jednostki, ale także gwarantował zachowanie tożsamości gatunkowej obecnych i przyszłych pokoleń⁴².

⁴⁰ Przyjęte kryterium kwalifikowania osób szczególnie podatnych na wykorzystanie odpowiada wytycznym dotyczącym badań biologicznych z udziałem ludzi, które opracowane zostały przez Radę Międzynarodowych Organizacji Nauk Medycznych (CIOMS) we współpracy ze Światową Organizacją Zdrowia (WHO). Wytyczne wymagają bowiem, aby wzmocnioną ochroną prawną objąć wszystkie osoby względnie lub całkowicie niezdolne do ochrony własnych interesów z powodu braku formalnej lub faktycznej możliwości wyrażenia świadomej zgody. Szerzej zob. Z. Zalewski, *Ochrona osób szczególnie podatnych na wykorzystanie (vulnerable subjects) w badaniach biomedycznych*, w: *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, red. J. Różyńska, M. Waligóra, Warszawa 2012, s. 108.

⁴¹ Z. Kędzia, *Prawo człowieka do integralności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 3, s. 27.

⁴² R. Adorno, *Human dignity and human rights*, w: *Human dignity and bioethics. Essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington 2008, s. 52–53.

Bibliografia

- Adorno R., *Human dignity and human rights*, w: *Human dignity and bioethics. Essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington 2008.
- Adorno R., *Principles of international bioethics. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Brussels 2013.
- Andorno R., *Human dignity and human rights as a common ground for global bioethics*, „Journal of Medicine and Philosophy” 2009, vol. 34, nr 3.
- Andrzejczak H., *Filozoficzne podstawy Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Roczniki Filozoficzne KUL” 1966, z. 2.
- Annas G.J., *Zmieniający się obraz eksperymentów medycznych z udziałem ludzi: Norymberga, Helsinki i czasy współczesne*, w: *Badania z udziałem ludzi*, red. W. Galewicz, Kraków 2011.
- Blichacz J., *Godność i prawo do życia w obliczu rozwoju nauk biomedycznych*, „Przegląd Prawa i Administracji” (Wrocław) 2015, t. C, cz. 1.
- Bognetti G., *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, w: *European and US constitutionalism*, red. G. Nolte, Cambridge 2005.
- Feuillet-Le Mintier B., *La biomédecine, nouvelle branche du droit?*, w: *Normativité et biomédecine*, red. B. Feuillet-Le Mintier, Paris 2003.
- Grzymkowska M., *Standardy bioetyczne w prawie europejskim*, Warszawa 2009.
- Jasudowicz T., Czepek J., Kapelańska-Pręgowska J., *Międzynarodowe standardy bioetyczne. Dokumenty i orzecznictwo*, Warszawa 2014.
- Kapelańska-Pręgowska J., *W poszukiwaniu osoby i istoty ludzkiej w prawie międzynarodowym*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jana Białocerkiewicza*, red. T. Jasudowicz, M. Balcerzak, Toruń 2009.
- Kędzia Z., *Prawo człowieka do integralności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 3.
- Kumar-Das J., *Human rights law and practice*, Delhi 2016.
- Meyer M.J., *Idea godności u Kanta a współczesna myśl polityczna*, w: *Godność człowieka jako kategoria prawa (opracowania i materiały)*, red. K. Complak, Wrocław 2001.
- Miguel C.R., *Human dignity: History of an idea*, „Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart” 2002, nr 50.
- Nawrot O., *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011.
- Piechowiak M., *Godność i równość jako podstawy sprawiedliwości. Z perspektywy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1992, nr 1.
- Przyborowska-Klimczak A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006.
- Safjan M., *Prawo polskie a Europejska Konwencja Bioetyczna*, „Prawo i Medycyna” 2000, vol. 2, nr 5.
- Shuster E., *Fifty years later: The significance of the Nuremberg Code*, „The New England Journal of Medicine” 1997, vol. 337, nr 20.
- Shuster E., *The Nuremberg Code: Hippocratic ethics and human rights*, „The Lancet” 1998, vol. 351, nr 9107.
- Wnukiewicz-Kozłowska A., *Rozwój międzynarodowych regulacji dotyczących badań biomedycznych z udziałem człowieka*, w: *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, red. J. Różyńska, M. Waligóra, Warszawa 2012.
- Zajadło J., *Godność jednostki w aktach międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 2.
- Zalewski Z., *Ochrona osób szczególnie podatnych na wykorzystanie (vulnerable subjects) w badaniach biomedycznych*, w: *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, red. J. Różyńska, M. Waligóra, Warszawa 2012.

Streszczenie

Artykuł traktuje o odniesieniach do godności człowieka w normach międzynarodowego prawa biomedycznego. Zawiera rozważania dotyczące współczesnego rozumienia pojęcia godności istoty ludzkiej oraz analizę aktów prawa międzynarodowego przyjętych zarówno na płaszczyźnie uniwersalnej, jak i regionalnej, które odnoszą się do obowiązku poszanowania owej godności. Przedstawia wyzwania i zagrożenia, jakie niesie za sobą współczesna biomedycyna, i znaczenie obowiązku ochrony godności człowieka, który powinien stanowić barierę zabezpieczającą przed szeroko pojmowaną instrumentalizacją istoty ludzkiej.

Słowa kluczowe: godność człowieka, obowiązek ochrony godności istoty ludzkiej, biomedycyna, prawo biomedyczne

HUMAN DIGNITY AND INTERNATIONAL BIOMEDICAL STANDARDS – AN OUTLINE OF THE ISSUES

Summary

The article deals with references to human dignity in international biomedical law standards. It contains reflections on the contemporary understanding of the concept of dignity of a human being, and an analysis of acts of international law, adopted on both a universal and regional level, which refer to the obligation to respect this dignity. It presents the challenges and threats posed by modern biomedicine and the importance of the obligation to protect human dignity, which should be a barrier to the broadly understood instrumentalization of the human being.

Keywords: human dignity, an obligation to protect the dignity of a human being, biomedicine, biomedical law

Branislav Bujňák

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach
ORCID: 0000-0002-6562-7221

**VÝVOJ JUSTÍCIE A TRANSFORMÁCIA JUSTIČNÝCH ORGÁNOV
NA SLOVENSKU PO ROKU 1989****Úvod**

Justícia, resp. justičné orgány ako také pôsobia na všetky oblasti spoločenského života, pričom ich základná funkcia, ktorou je ochrana zriadenia a zákonitosti štátu je bez podpory širokej verejnosti (nielen odbornej) takmer nemožná. Malo by byť preto aj v záujme štátu vytvoriť všetky podmienky pre jej pozitívny vývoj a smer.

Je evidentné, že v súčasnosti verejnosť slovenskému súdnictvu a ním reprezentujúcim orgánom takmer vôbec nedôveruje. Tento fakt možno pokladať za obrovské negatívum a v konečnom dôsledku je to aj výsledok fungovania štátu.

Práve vytváranie tlaku verejnosti, ako spätnej väzby na existenciu a potrebu dôveryhodnej justície, by mal vyvolať potrebu štátu po jeho oveľa lepšom a razantnejšom prístupe spočívajúcom v zabezpečení materiálnych, sociálnych a personálnych podmienok pre túto oblasť.

Nepopierateľným faktom však je skutočnosť, že po roku 1989 sa legislatíva začala meniť zásadným spôsobom, aj keď prvotné modifikácie zo začiatku 90. rokov nezmenili až tak „ducha“ týchto predpisov, ktorý spočíval v povinnosti súdu hľadať materiálnu pravdu. V dôsledku týchto zmien došlo k predĺžovaniu konania a mnohokrát aj k zrodeniu rozporuplných rozhodnutí. A práve na tomto mieste sa niekde zrodila nedôvera v justíciu, ktorá pretrváva dodnes.

Vzhľadom na obsahový význam samotnej témy bude cieľom autora pomenovať a v neposlednom rade aj popísať vývoj justície od roku 1989 a jej aktuálny stav. Predovšetkým sa autor bude snažiť opísať celý vývoj zmien od roku 1989, pomenovať a označiť všetky podstatné prvky (pozitívne ale aj negatívne) ovplyvňujúce súdnictvo a v neposlednom rade poukázať a konkretizovať tie postupy, ktoré by smerovali k jej pozitívnym zmenám.

V kontexte vyššie uvedeného bude braný na zreteľ aj fakt, že Slovenská republika, ako súčasť Európskeho spoločenstva, je povinná do aplikačnej praxe implementovať všetky tie smernice a pravidlá európskeho spoločenstva, ktoré túto oblasť upravujú a v zásadných rysoch aj formujú.

Samotná problematika bude objasňovaná aj skúsenosťami z praxe, nakoľko sa možno domnievať, že práve poznatky z aplikačnej praxe môžu priniesť pozitívne zmeny do budúcnosti.

Rovnako, za dôležitý prvok (ak nie najdôležitejší) pre vývoj justície sú jej samotné orgány, ktoré stav justície reprezentujú a sú akýmsi odrazom a výsledkom jej fungovania. Nakoľko pojem justícia je chápaný v širšom slova zmysle, v určitých fázach písania sa bude autor venovať aj ďalším orgánom (prokuratúra, advokácia), ktoré bezprostredne so súdnou mocou súvisia a sú vzájomne prepojené.

Vývoj justície na Slovensku po roku 1989

Nezná revolúcia bola do významnej miery „nezná“ aj v justícii. Väčšina v tom čase aktívnych sudcov na súdoch zostala. Mnohí z tých, ktorí odišli, sa stali advokátmi a zostali tak súčasťou širšieho justičného systému. Postavenie justície bolo od počiatku vzniku republiky dané Ústavou a zákonmi schválenými začiatkom deväťdesiatych rokov. Sudcov najprv volila Národná rada SR na návrh vlády najskôr na štyri roky. Až po uplynutí štvorročného obdobia pôsobenia na súde sa sudca mohol uchádzať o znovuzvolenie do funkcie sudcu bez časového obmedzenia, a to na návrh vlády.

Začiatkom 90. rokov sa výrazne zvýšil počet prípadov, ktoré museli súdy rozhodnúť. Prišla vlna reštitučných sporov, na súdoch pribudli obchodné a majetkové spory, ktoré vyplynuli z novovzniknutého usporiadania spoločnosti.

Možno poznamenať, že slovenské súdnictvo od zmeny politických pomerov v roku 1989 neprešlo, okrem pár „kozmetických“ úprav, žiadnou výraznejšou zmenou a na problémy a procesy spojené so zmenou politického systému reagovalo veľmi pomaly, neskoro a v niektorých jeho oblastiach takmer vôbec. Politické zoskupenia z minulosti, ako aj tie súčasné sa síce snažia postaviť modernú a dôveryhodnú justíciu, avšak ich snaha sa často stretáva s nevôľou, nedôverou a apatiou odbornej verejnosti.

Dalo by sa povedať, že za dvadsaťsedem rokov nebola podmienkach Slovenskej republiky spracovaná komplexná vízia, ktoré by ukazovala, ako by mala justícia v skutočnosti vyzeráť a pracovať. Dopĺcáme na nedostatok nezávislosti súdnej moci na zákonodarnej a výkonnej. Pritom ide o jeden z najvýznamnejších princípov charakteristických pre všetky demokratické formy

vlády. Je obrovským paradoxom a zároveň veľkým problémom, že tak významný princíp je ešte v dnešných pomeroch tak reálne vzdialený slovenskému politickému systému, ktorým je parlamentná demokracia. Je zrejmé, že na všetkých informačných portáloch je Slovenská republika proklamovaná ako parlamentná demokracia, avšak realita je v kontexte princípu delenia moci iná. Samozrejme, tým sa nespochybňuje demokraciu ako takú, o ktorej existencii vo všetkých oblastiach spoločenského života po roku 1989 zrejme nikto nepochybuje.

Nezávislosť justície je bezpochyby základným predpokladom jej správneho a bezproblémového fungovania, pričom ju predpokladajú a definujú okrem vnútroštátnych noriem aj viaceré medzinárodné dokumenty, ktorými je Slovenská republika viazaná.

Skutočné delenie moci sa napriek deklarovaniu, že to tak je, dosiahnuť nepodarilo. Dôvodov pre tento negatívny jav je niekoľko. Ide napríklad o finančnú závislosť súdnej moci, politizáciu súdnej moci zo strany zákonodarnej a výkonnej moci a v neposlednom rade aj šírenie negatívnych informácií prostredníctvom rôznych médií.

Nezávislosť súdnej moci na Slovensku je ohrozovaná predovšetkým úplnou finančnou kontrolou nad fungovaním justície zo strany ministerstva financií. Súdy slovenskej republiky v zásade nemajú vlastnú rozpočtovú kapitolu – v rozpočte sú naviazané na rozpočet ministerstva spravodlivosti – čo nezávislosť nezabezpečuje.

Je preto evidentné, že ak bude ministerstvo financií zabezpečovať (skôr určovať) finančné prostriedky pre justičné orgány, závislosti ako takej sa nemožno zbaviť. Jednotlivé moci v štáte sa majú navzájom kontrolovať a nie byť na sebe závislé – ak je kontrola a systém vzájomných bŕzd a protiváh zamieňaná ovládaním a závislosťou tak, ako je tomu u nás systém poriadne nemôže fungovať.

Na druhej strane je podľa môjho názoru nežiadúce, aby materiálne a personálne zabezpečenia súdov boli v takom stave zlom stave, v akom sa momentálne nachádzajú. Nedostatok základných materiálnych potrieb je len odrazom skutočného stavu justície. Rovnako nedostatočné personálne zabezpečenie súdov je javom negatívnym, spôsobujúcim značné prietahy v súdnych sporoch.¹

Za významný pokrok pri kreovaní justície možno považovať vznik Súdnej rady Slovenskej republiky. Súdna rada Slovenskej republiky je ústavou definovaný orgán súdnictva v Slovenskej republike. Právomoci Súdnej rady SR spočívajú hlavne v správe a v istej regulácii súdnictva². Vznik, kompetencie, právomoci a fungovanie Súdnej rady SR upravuje zákon č. 185/2002 Z. z. o Súdnej rade Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov³. Je trošku

¹ RAJŇÁK, P., 19.12.2015, Najprávo.sk, Prečo...

² Bližšie pozri článok 141a Ústava Slovenskej republiky.

³ Bližšie pozri zákon č. 185/2002 Z. z. o Súdnej rade Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov.

nepochopiteľné, že tak významný orgán reprezentujúci celú súdnu moc, začal efektívne fungovať až v roku 2002.

Na Súdnu radu prešli rozhodujúce kompetencie výkonnej moci a parlamentu pri menovaní sudcov, umiestňovaní sudcov na sudy a kariérnom raste sudcov. Súdna rada predkladá návrhy na vymenovanie sudcov prezidentovi a rozhoduje o pridelení sudcov na jednotlivé sudy. Sudcu môže súdna rada preložiť na iný súd len s jeho súhlasom.

Aj v jej existencii však badať určité nedostatky, ktoré viac alebo menej zasahujú do „života“ justície. Napríklad, Súdna rada Slovenskej republiky ako vrcholný orgán samosprávy nemôže podľa aktuálnych potrieb justície rozhodovať o použití finančných prostriedkov.

Tento nedostatok sa premieta vo všetkých úrovniach súdneho systému, keďže na každý úkon alebo proces potrebuje predseda konkrétneho súdu súhlas nadriadeného orgánu, ktorý môže v konečnom dôsledku poskytnúť len toľko zdrojov, koľko mu bolo pridelené do justičného systému výkonnou mocou, čiže ministerstvom financií. Problémom v otázke nezávislosti slovenskej justície sú aj zanedbateľné právomoci predsedov okresných a krajských súdov. Títo sú síce zodpovední za chod súdu, ale reálne nedokážu ovplyvniť personálnu politiku súdu, ani technické a hospodárske zázemie konkrétneho súdu.

Aj keď samotný zákon priznáva Súdnej rade Slovenskej republiky viaceré kompetencie a právomoci a ako najvýznamnejší orgán súdnictva rozhoduje o organizácii a o vzťahoch k orgánom správy súdnictva a k orgánom sudcovskej samosprávy, tak nemožno opomenúť aj naďalej existujúcu materiálnu a finančnú závislosť na moci výkonnej, čo samo o sebe vyvoláva otázky o reálnej nezávislosti.

Zrejme by bolo do budúca vhodné uvažovať o samostatnej rozpočtovej kapitole pre sudy, ktorú by zastrešovala Súdna rada Slovenskej republiky a ktorá by tým pádom mala mať možnosť oveľa autonómnejšie a efektívnejšie rozhodovať o použití finančných prostriedkov.

I keď je zřejmé, že takéto negatívne vnímanie do určitej miery ohrozuje nezávislosť justície vo všeobecnosti, je potrebné uviesť, že nezávislosť súdov pri rozhodovaní je daná a nespochybniteľná.

Ich reálna nezávislosť spočíva v tom, že aj keď sú sudcovia vymenovaní alebo volení, sú ustanovení natrvalo. Sudcovia sú odvolateľní len na základe dôvodov stanovených ústavou. Ústava SR v článku 141 jednoznačne deklaruje nezávislosť a nestrannosť súdov.

Ďalším, nemenej vážnym problémom slovenskej justície je jej časté a prílišné spolitizovanie. Kompetencie a právomoci ministerstva spravodlivosti, ktoré je ovládaného politickým nominantom tej ktorej vládnucej strany, sú voči súdom neúmerne – počínajúc už spomínaným prerozdeľovaním finančných prostriedkov, cez personálnu politiku, ktorá je takmer až na malé výnimky úplne v rukách ministerstva, až po politické menovanie predsedov okresných a krajských súdov.

Minister spravodlivosti navyše za fungovanie justície nenesie žiadnu politickú zodpovednosť, aj keď tieto procesy riadi. Myslím si, že aj na tomto mieste je potrebné sa veľmi vážne zamyslieť nad prechodom kompetencií vo vzťahu k súdom Slovenskej republiky zo strany ministerstva na Súdnu radu.

Politizácia súdnej moci má však aj ďalšiu, negatívnu rovinu. Na Slovensku si takmer každý politik dovoľí komentovať rozhodnutia súdov, pričom viaceré medzinárodné odporúčania politikom doporučujú, aby sa takýchto komentárov zdržali. Komentovanie rozhodnutí bez znalosti veci možno považovať za neprijateľné. Ich povinnosťou (tak ako aj každého občana) je súdne rozhodnutie rešpektovať, pritom skutkový stav a relevantné údaje v komentovaných veciach mnohokrát ani nepoznajú. Týmto svojim, aj keď nie vždy vedomým počinaním, sú negatívnym príkladom pre verejnosť, ktorá následne, po ich vzore a bez znalosti veci vyjadruje svoj názor na viaceré mediálne známe kauzy. Takmer vždy po takejto kauze nasledujú neprimerané reakcie verejnosti, komentátorov a blogerov. Až na výnimky chýba diskusia o stave justície.⁴

Problematická je aj situácia ohľadne právneho prostredia, v ktorom slovenská justícia pôsobí. Neustále zmeny základných právnych predpisov štátu spôsobujú nemožnosť riadneho výkonu súdnej moci. Nestabilita právneho poriadku Slovenskej republiky po roku 1989 priamo ohrozuje právnu istotu občanov.

Vážnym problémom sú nepriame novely, ktoré legislatívnu smrť ešte viac zahmlievajú. Je potrebné poukázať na to, že napríklad Česká republika nepriame novely zákonov označila ako protiústavné. Možno vyjadriť pochybnosť nad tým, či nové procesné pravidlá v občianskom, obchodnom ale aj v inom právnom odvetví účelne zabezpečia zrýchlenie a zefektívnenie súdnych procesov na Slovensku. Za súčasného stavu procesov v slovenskej justícii, rýchlosť a efektívnosť vybavovania súdnych sporov v najbližších rokoch skôr spomalí. Chaos spôsobí aj to, že novými pravidlami sa majú riadiť iba veci, ktoré napadnú na súdy po nadobudnutí účinnosti týchto kódexov.

Za nežiadúci jav možno považovať viaceré novely „hlavných“ právnych kódexov prostredníctvom iných právnych predpisov. Ako príklad možno uviesť novely Trestného zákona a Trestného poriadku, ktoré sú „menené“ aplikovaním účinnosti iných zákonov.⁵ Takéto časté novelizačné zmeny spôsobujú nepriehľadnosť v právnych normách.

Do pozornosti verejnosti je potrebné dať aj aplikačnú prax Európskeho súdneho dvora a Európskeho súdu pre ľudské práva. Práve druhý menovaný spôsobuje svojou rozhodovacou činnosťou veľmi časté „zmätky“, nakoľko jeho rozhodnutia vo viacerých prípadoch spôsobujú nečakaný zvrät v už právoplatných rozhodnutiach tuzemských súdov.

⁴ RAJŇÁK, P., 19.12.2015, Najprávo.sk, Prečo...

⁵ Napríklad zákon č. 91/2016 o trestnej zodpovednosti právnických osôb.

Samozrejme, tým sa nespochybňuje činnosť a existencia tohto orgánu. Len pre porovnanie, v roku 2012 Európsky súd pre ľudské práva vyniesol 21 rozsudkov v neprospech Slovenskej republiky.

Skutočnosť, že Slovenská republika je súčasťou európskych štruktúr, má však v prevažnej miere pozitívny význam, keďže justícia (ako aj ďalšie oblasti spoločenského života) je priamo, ale aj nepriamo napojená a ovplyvnená európskymi trendami práva. Jedným z takýchto orgánov je Európska komisia pre demokraciu prostredníctvom práva (známejšia pod názvom „Benátska komisia“). Bola založená v roku 1990 Výborom ministrov Rady Európy a je jej poradným orgánom v ústavnoprávnych otázkach. Úlohou Benátskej komisie je poskytovať právne poradenstvo členským štátom a najmä pomôcť štátom zosúladiť legislatívu s európskymi a medzinárodnými štandardmi v oblasti demokracie, ľudských práv a právneho štátu. Benátska komisia sa postupne rozvinula do medzinárodne uznávaného a nezávislého poradenského orgánu v ústavných otázkach.

Benátska komisia je zložená z nezávislých expertov a odborníkov, ktorí získali medzinárodné uznanie svojim pôsobením v demokratických inštitúciách alebo svojim prínosom k rozvoju právnej a politickej vedy. Sú to najmä známe osobnosti z univerzitného prostredia, odborníci pre ústavné a medzinárodné právo, ústavní sudcovia alebo sudcovia najvyšších súdov, členovia národných parlamentov a vysokí štátni úradníci.

Ako pozitívny jav v podmienkach slovenskej justície možno chápať náhodné pridelenie súdnych prípadov prostredníctvom elektronickej podateľne. Touto zmenou sa zásadným spôsobom zúžil priestor na manipuláciu pri pridelení jednotlivých prípadov sudcom. Rovnako, aj koncepcia trojstupňovej sústavy súdov do významnej miery zlepšila vnímanie vymožitelnosti práva. Súčasne vznikol Špeciálny súd Slovenskej republiky a Úrad špeciálnej prokuratúry Slovenskej republiky ako osobitné špecializované orgány určené na odhaľovanie a stíhanie trestných činov korupcie a organizovaného zločinu.

Technický pokrok výrazným spôsobom zmenil a ovplyvnil poznanie a nazeranie na právny poriadok Slovenskej republiky. Rýchla orientácia v právnych predpisoch je oveľa jednoduchšia a pohodlnejšia vzhľadom na existenciu viacerých komplexných systémov. Jedným z nich je ASPI, teda Automatizovaný systém právnych informácií. Ide o najpoužívanejší, moderný a komplexný systém poskytujúci užívateľovi rýchlu orientáciu pri práci s právnymi normami. Dôraz je pritom kladený na správne vzťahy medzi jednotlivými právnymi predpismi a ich prepojeniami na relevantné dokumenty a judikatúru.

Aj vďaka tomuto systému je orientácia sudcov a ďalších zamestnancov súdov, ale aj občana bez právneho vzdelania v spleti právnych noriem jednoduchšia a prístupnejšia⁶.

⁶ Autormi publikácií sú sudcovia, advokáti, daňoví poradcovia, audítori a ďalší významní odborníci pôsobiaci v súkromnej praxi, v štátnej správe a samospráve alebo na vysokých školách.

Transformácia justičných orgánov na Slovensku po roku 1989

Tak, ako majú iné povolania svoje stavovské organizácie, má ju aj slovenská justícia. Združenie sudcov Slovenska je dobrovoľná nepolitická stavovská organizácia sudcov Slovenskej republiky, ktorá je najväčšou profesijnou organizáciou sudcov v súčasnom období. Jej úlohou je presadzovať každoročné závery Hlavného zhromaždenia Združenia sudcov Slovenska, zvyšovať dôveryhodnosť justície, poskytovať občianskej verejnosti neskreslené informácie o výkone súdnictva, ako aj plniť ďalšie úlohy vyplývajúce z jej organizácie a fungovania.

Rovnako ako sú právnymi normami regulované všetky oblasti spoločenského, kultúrneho a politického života, je regulované aj samotné súdnictvo. Za najvýznamnejšie právne predpisy týkajúci sa fungovania súdnictva považujem zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediacich a o zmene a doplnení niektorých zákonov, zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov a v neposlednom rade aj zákon č. 185/2002 Z. z. o Súdnej rade Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov. Ide o pomerne rozsiahle dokumenty, ktoré vo všetkých smeroch upravujú fungovanie, výkon, činnosť, kompetencie a právomoci celej súdnej obce.

Zákon č. 385/2000 Z. z. v znení neskorších predpisov upravuje postavenie sudcov, ich práva a povinnosti, vznik a zánik funkcie sudcu, disciplinárnu zodpovednosť sudcov, platové pomery sudcov a ich nároky po skončení výkonu sudcovskej funkcie. Upravuje aj postavenie prísediacich sudcov z radov občanov, stanovuje podmienky a predpoklady na vymenovanie sudcu, zánik funkcie sudcu, ako aj ďalšie právne vzťahy a inštitúty týkajúce sa sudcov a ďalších osôb pôsobiacich v súdnictve.

V poradí druhý spomínaný zákon č. 757/2004 Z. z. v znení neskorších predpisov upravuje riadenie a organizáciu súdov. Súčasne podrobne definuje činnosť a správu jednotlivých súdov na všetkých stupňoch. V záverečnej štvrtej hlave je upravený rozpočet súdov.

Zákon č. 185/2002 Z. z. o Súdnej rade Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov je pomerne novým zákonom, o čom svedčí dátum jeho platnosti (od 16.04.2002). Obsahom tohto zákona je úprava pôsobnosti Súdnej rady Slovenskej republiky a podrobnosti o spôsobe ustanovenia predsedu súdnej rady a jej členov, o organizácii a o vzťahoch k orgánom správy súdnictva a k orgánom sudcovskej samosprávy. Citovaný zákon tiež upravuje zasadnutia súdnej rady, spôsob ustanovovania členov súdnej rady a súčinnosť súdov a orgánov verejnej moci so súdnou radou.

Vyššie uvedené zákony boli od svojej účinnosti niekoľkokrát novelizované, pričom tieto novely len reflektovali na viaceré zmeny z oblasti justície. Za najvýznamnejšie možno považovať zmeny v oblasti výberových konaní na sudcov,

ktoré by mali by podľa zákonodarcu viac transparentné, zmeny v riadení okresných a krajských súdov, ale aj Najvyššieho súdu SR, funkčného postupu sudcov a v neposlednom rade aj v pôsobnosti a kompetencií Súdnej rady SR.

Okrem vyššie uvedených troch zákonov si pozornosť zaslúži aj zákon č. 371/2004 Z. z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky a o zmene zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov. Účelom tohto zákona je určiť sídla a obvody súdov Slovenskej republiky a usta=noviť pôsobnosť niektorých súdov so špecializovanou agendou.

Pre kvalitné a dostatočné fungovanie súdnictva je nevyhnutná aj existencia ďalšieho súdneho aparátu, reprezentovaného vyšším súdnym úradníkom, súdnym tajomníkom a probačným a mediačným úradníkom. Ich postavenie a činnosť je upravená zákonom č. 549/2003 Z. z. o súdnych úradníkoch v znení neskorších predpisov.

S výkonom a fungovaním súdnej moci je nesporne spojená existencia aj ďalších orgánov, bez ktorých participácie a spolupráce by súdna moc ako taká nemohla fungovať. Prokuratúra Slovenskej republiky⁷, Slovenská advokátska komora⁸, Notárska komora Slovenskej republiky⁹ a Slovenská komora exekútorov¹⁰ sú tými inštitúciami, ktoré sú s justíciou bezpodmienečne spojené. V laickej verejnosti sú dokonca chápané ako jej priama súčasť. Avšak ich vlastná štruktúra, organizácia fungovania, postavenie a pôsobnosť svedčia o opaku. Je však evidentné, že „život“ súdnej moci by bez vyššie uvedených inštitúcií nebol v aplikačnej praxi vôbec možný.

Záver

Súdnictvo možno vo všeobecnosti charakterizovať ako zákonom stanovenú činnosť, ktorej cieľom je rozhodovanie sporov na jednej strane a potrestanie páchatel'ov za spáchaný trestný čin na strane druhej. Navyiac, je to aj uskutočňovanie práva osobitnými orgánmi ustanovenými na tento účel. Vo všetkých demokratických štátov je súdnictvo zárukou a garanciou právneho štátu a, pričom jeho pôsobením (mám na mysli efektívnym) sa zaručuje panstvo práva (rule of law). Justícia ako taká je však nesporne spojená so spravodlivosťou, ktorá je jej nástrojom pre riadny výkon.

⁷ Bližšie pozri zákon č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov

⁸ Bližšie pozri zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii a o zmene a doplnení zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov

⁹ Bližšie pozri zákon č. 323/92 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok)

¹⁰ Bližšie pozri zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok)

Spravodlivosť možno chápať ako morálny princíp požadujúci rešpektovanie právnej normy, normy všeobecne uznávanej a pre spoločnosť záväznej. Spravodlivosť je vnímaná ako jedna zo základných spoločenských hodnôt. Jej existencia v spoločnosti je však možná len za existencie zdravej, plnohodnotnej a silnej justície. Sila justície však nesmie byť vnímaná len v kontexte dobrých alebo zlých rozhodnutí. Navyše, pri každom rozhodnutí je poväčšine jedna strana sporu s jeho obsahovým znením výroku nespokojná, čo v konečnom dôsledku spôsobuje jej vnímanie ako „nedôveryhodnej“.

Je zrejmé, že v demokratickom a právnom štáte by bez riadne fungujúcej justície (ako aj ďalších zložiek moci) akákoľvek spoločnosť nemohla existovať, i keď syntéza právneho štátu a demokracie nie je celkom samozrejماً. Túto „samozrejmosť“ je možné budovať, avšak záleží na odbornej ako i laickej verejnosti, ako sa k výzvam v oblasti justície po roku 1989 postavia. Kritika súdnictva a súdnej moci je síce legitímna, avšak bez aktívneho a pozitívneho prístupu zákonodarnej a výkonnej moci, bez dobrých úvah a myšlienok na jej lepšie fungovanie, ako aj bez aktivity tých, ktorých sa priamo dotýka, teda občanov, je táto kritika len obyčajnou frárou.

Cieľom tohto článku bolo vyjadriť pohľad na slovenskú justíciu po roku 1989, a to v podmienkach ešte stále sa rozvíjajúcej demokracie. Z tohto pohľadu je to veľmi citlivá a aktuálna otázka, ktorá by aj napriek prítomnosti spoločenských, politických, sociálnych a ekonomických problémov, nemala ostať nepovšimnutá.

Bibliografia

ASPI – Automatizovaný Systém Právnych Informácií.

Trestný zákon č. 300/2005 Z. z. v jeho platnom znení.

Trestný poriadok č. 300/2005 Z. z. v jeho platnom znení.

Ústavný zákon č. 460/1992 Zb. (Ústava Slovenskej republiky).

www.najpravo.sk.

zákon č. 385/2000 Z. z. o sudcoch a prísediaciach a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

zákon č. 185/2002 Z. z. o Súdnej rade Slovenskej republiky a doplnení niektorých zákonov.

zákon č. 371/2004 Z. z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky.

zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov.

zákon č. 549/2003 Z. z. o súdnych úradníkoch v znení neskorších predpisov.

zákon č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov.

zákon č. 586/2003 Z. z. o advokácii v znení neskorších predpisov.

zákon č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov.

zákon č. 323/92 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok).

zákon č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok).

Streszczenie

Po listopadzie 1989 r. na Słowacji, a także w innych krajach Europy Środkowej i Wschodniej, miały miejsce znaczące zmiany polityczne, gospodarcze i społeczne. Zmiany te dotyczyły niemal każdej dziedziny życia społecznego, ale nie obejmowały wymiaru sprawiedliwości. Transformacja społeczno-kulturowa miała początkowo charakter jedynie wizualny, ponieważ przeobrażenie życia zwykłych ludzi było trudne, a nawet niemożliwe. Zmiany trwają także obecnie. Jednak w niektórych obszarach procesy związane ze zmianą systemu politycznego następują bardzo powoli lub prawie wcale. Przykładem tego jest obszar wymiaru sprawiedliwości, tj. sądownictwo.

Słowa kluczowe: sprawiedliwość, system polityczny, konstytucja Republiki Słowackiej

DEVELOPMENT OF JUSTICE AND TRANSFORMATION OF JUDICIAL AUTHORITIES IN SLOVAKIA AFTER 1989

Summary

After November 1989, in Slovakia, as well as in other Central and Eastern European countries, significant political, economic and social changes took place. These changes related to almost every area of social life, not to the justice. It is true that socio-cultural changes as such were at first only of an optical nature, since their transformation into ordinary people's life was difficult in many ways, or even impossible, and ultimately still going on. In some areas, however, the processes associated with the change of the political system have come very slowly or almost at all. An example of this is the area of justice, ie the judiciary.

Keywords: justice, political system, Constitution of the Slovak Republic

Lesław Ciepiela

Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy
ORCID: 0000-0002-8221-6061

Katarzyna Ciepiela

Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie
ORCID: 0000-0001-6145-8451

Anna Jacek

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0003-2899-2147

PROBLEM USTALENIA ZDARZENIA MEDYCZNEGO W PRZYPADKU LECZENIA Z POGRANICZA EKSPERYMENTU MEDYCZNEGO ORAZ INNYCH POWIKŁAŃ LECZENIA

Wprowadzenie

Celem głównym niniejszego artykułu jest przedstawienie i ocena ustalenia zdarzenia medycznego w przypadku leczenia z pogranicza eksperymentu medycznego z uwzględnieniem zagadnień powikłań leczenia niektórych chorób onkologicznych. Celowi głównemu artykułu przyporządkowane są cele szczegółowe dotyczące przedstawienia i oceny aspektów dotyczących powikłań pierwotnie innych niż przyczyny zachorowania – w tym zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo śmierci pacjenta, które nie wynikają z istoty choroby podstawowej, a wystąpiły wskutek działań pacjenta, doprowadzając do wystąpienia innych zdarzeń medycznych. Kolejnym celem szczegółowym pracy jest analiza powikłań po leczeniu zachorowania wynikającego z kręgu zaburzeń zespołu dziecka krzywdzonego. Cele szczegółowe dotyczą także analizy zdarzeń medycznych, jakimi są zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie (u dorosłych i dzieci) w kontekście uporczywej terapii. Należy podkreślić, że w piśmiennictwie medycznym opisywane zagadnienia są rzadkością, dominują doniesienia związane z orzecznictwem sądów lekarskich oraz z ubezpieczeniem pacjenta bądź szpitala.

Zdarzenie medyczne

1 stycznia 2012 r. weszła w życie ustawa z 28 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta oraz ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych¹, która znowelizowała ustawę z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta², wprowadzając do jej treści pojęcie „zdarzenia medycznego”.

W kontekście analizowanej materii należy przywołać definicję zdarzenia medycznego zawartą w art. 67a ust. 1 oraz art. 67a ust. 2 u.p.p. Zgodnie z tym pierwszym przepisem pojęcie zdarzenia medycznego odnosi się do: „zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo śmierci pacjenta będącego następstwem niezgodnych z aktualną wiedzą medyczną:

- 1) diagnozy, jeżeli spowodowała ona niewłaściwe leczenie albo opóźniła właściwe leczenie, przyczyniając się do rozwoju choroby,
- 2) leczenia, w tym wykonania zabiegu operacyjnego,
- 3) zastosowania produktu leczniczego lub wyrobu medycznego”.

W odniesieniu do powyższej definicji E. Bagińska i K. Krupa-Lipińska wskazują, że: „zdarzenie medyczne zdefiniowane więc zostało nie tylko przez zachowanie niezgodne z aktualną wiedzą medyczną, które można przypisać podmiotowi leczniczemu prowadzącemu szpital oraz które jest następstwem udzielania świadczenia zdrowotnego w szpitalu, ale także przez określoną postać szkody na osobie”³. Inną definicję zdarzenia medycznego precyzuje D. Korytkowska, wskazując, że są to „czynności szpitalne, które przyczyniły się do pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub spowodowały jego śmierć poprzez dokonanie złej diagnozy, niewłaściwego leczenia lub zastosowania produktów leczniczych”⁴.

Należy zaznaczyć, że wojewódzkie komisje ds. orzekania o zdarzeniach medycznych nie orzekają o winie podmiotu leczniczego. Przedmiotem oceny komisji jest wyłącznie ocena przez komisję, czy zdarzenie wskazane we wniosku spełnia przesłanki zdarzenia medycznego określonego w art. 67a ust. 1 u.p.p. W literaturze wskazuje się, że „przyczyną zdarzenia medycznego (zgodnie z definicją ustawy) nie jest zaniedbanie czy brak profesjonalizmu personelu me-

¹ Dz.U. nr 113, poz. 660.

² Dz.U. z 2009 r., nr 52, poz. 417 ze zm.; dalej – u.p.p.

³ E. Bagińska, K. Krupa-Lipińska, *Zdarzenie medyczne a problem przyczynowości*, w: *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011, s. 133.

⁴ D. Korytkowska, *Pojęcie błędu medycznego i zdarzenia medycznego*, „Acta Universitatis Lodzianis Folia Oeconomica” 2012, t. 274, s. 68–69.

dycznego, ale głównie zła organizacja systemu ochrony zdrowia oraz brak kompleksowego podejścia i interdyscyplinarnej oceny zaistniałych zdarzeń”⁵.

Analizując definicję zdarzenia medycznego, należy także zaznaczyć, że z art. 67a ust. 2 u.p.p. wynika, że zdarzenie medyczne będące następstwem udzielania świadczeń zdrowotnych musi nastąpić wyłącznie w ściśle określonym miejscu – szpitalu w rozumieniu przepisów ustawy o działalności leczniczej. Tak więc wojewódzkie komisje ds. orzekania o zdarzeniach medycznych nie mają kompetencji do orzekania w przypadku innych rodzajów świadczeń zdrowotnych niż świadczenia szpitalne. W kontekście podmiotów, które mogą spowodować zdarzenie medyczne, należy zaznaczyć, że w literaturze słusznie wskazuje się, że „zdarzenie medyczne dotyczy czynu, który może być popełniony przez każdą osobę uczestniczącą w procesie udzielania świadczenia zdrowotnego w trakcie pobytu pacjenta w szpitalu”⁶. Należy także dodać, że: „pozasądowe dochodzenie odszkodowania i zadośćuczynienia nie będzie również miało zastosowania, gdy pacjent poniesie szkodę w szpitalu, jednak będzie miało ono związek z przysługującymi mu prawami pacjenta”⁷.

Na podstawie cytowanych przepisów u.p.p. należy stwierdzić, że dany przypadek może być zakwalifikowany jako zdarzenie medyczne, jeżeli zostaną spełnione przesłanki materialne (art. 67a ust. 1) oraz przesłanka formalna (art. 67a ust. 2). Pierwszą przesłanką materialną zdarzenia medycznego jest wystąpienie skutku określonego w art. 67a ust. 1 u.p.p. w postaci zakażenia, uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia lub śmierci. Kolejna przesłanka materialna to wnioskodawca (a więc osoba, u której doszło do wystąpienia określonego skutku z art. 67a ust. 1 u.p.p.). Przesłanką formalną jest także wystąpienie następstwa niezgodnego z aktualną wiedzą medyczną poprzez diagnozę, leczenie lub zastosowanie produktu leczniczego lub wyrobu medycznego. Natomiast przesłanka formalna to następstwo udzielania świadczeń zdrowotnych w szpitalu. Podsumowując, należy wskazać, że określona sytuacja nie może być uznana za zdarzenie medyczne, jeżeli nie zostanie spełniona choć jedna przesłanka materialna lub przesłanka formalna. R. Tymiński słusznie precyzuje, że tym samym stwierdzenie, że do zdarzenia doszło np. na ulicy wyklucza przyznanie odszkodowania z tytułu zdarzenia medycznego z dwóch powodów: po pierwsze, podjęcie interwencji medycznej przez lekarza nastąpiło w trybie art. 30 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, tak więc człowiek, którego lekarz

⁵ Por. J. Pokorski, J. Pokorska, M. Złowodzki, *Błąd medyczny. Uwarunkowania ergonomiczne*, Kraków 2010.

⁶ E. Sarnacka, A. Jacek, S. Porada, *Odpowiedzialność szpitala z tytułu zdarzeń medycznych*, w: *Etyczne problemy zarządzania w ochronie zdrowia*, red. J. Hartman, Z. Zalewski, Warszawa 2013, s. 169.

⁷ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 481.

ratował nie był jego pacjentem – nie została zatem spełniona jedna z przesłanek materialnych; po drugie, do zdarzenia doszło nie w szpitalu, lecz na ulicy – tak więc nie została spełniona przesłanka formalna⁸.

Wystąpienie zdarzenia medycznego może prowadzić zarówno do powstania szkody majątkowej, jak i niemajątkowej. W konsekwencji wnioskodawca występujący z odpowiednim roszczeniem może żądać odszkodowania służącego naprawieniu szkody majątkowej oraz zadośćuczynienia w celu zrekompensowania tzw. krzywdy, czyli szkody o charakterze niemajątkowym (ból, ujemne doznania psychiczne, fizyczne). Z art. 67 k ust. 7 u.p.p. wynika, że maksymalna wysokość świadczenia (odszkodowania i zadośćuczynienia) nie może przekraczać 100 000 zł w przypadku zakażenia, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta oraz 300 000 zł w razie jego śmierci. Ustawodawca wskazał jednak maksymalną wysokość należnych świadczeń. Powyższy zapis w praktyce powoduje, że zdarzają się sytuacje, że ubezpieczyciel lub podmiot leczniczy proponują kwotę 1 złotego świadczenia dla podmiotu składającego wniosek⁹. „Z góry można przewidzieć, że wnioski pacjentów będą oscylować w górnych granicach limitów, a propozycje ubezpieczycieli – w dolnych”¹⁰.

Kwoty te wypłaca ubezpieczyciel, a jeśli szpital nie zawarł ubezpieczenia z tytułu zdarzeń medycznych lub wyczerpała się kwota, na którą podmiot leczniczy był ubezpieczony, obowiązek wypłaty zasądzonego świadczenia obciąża szpital. Należy także podkreślić, że szpital może być ponadto obciążony kosztami postępowania przed komisją wojewódzką, co jest uzależnione od wydanego przez komisję orzeczenia. W przypadku orzeczenia o zdarzeniu medycznym koszty te ponosi szpital, ale w przypadku orzeczenia o braku zdarzenia medycznego – koszty ponosi składający wniosek – wnioskodawca bądź jego spadkobiercy¹¹.

Należy także zauważyć, że przepisy u.p.p. nie określają kosztów postępowania w przypadku umorzenia postępowania przed wojewódzką komisją ds. orzekania o zdarzeniach medycznych. „Nie podlegają rozliczeniu pomiędzy stronami inne (niewymienione w tym przepisie) koszty poniesione przez stronę w postępowaniu przed komisją, jak np. wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika. Koszty te zatem pozostają przy stronie, która je poniosła”¹².

⁸ R. Tymiński, *Co to są zdarzenia medyczne*, <http://prawolekarzy.pl/artykuly/co-to-sa-zdarzenia-medyczne-51> (5.04.2019).

⁹ A. Jacek, *Extrajudicial ways of compensating for medical damage in Poland*, „Progress in Health Sciences” 2014, no. 1, s. 207.

¹⁰ E. Kowalewski, K. Mogiński, *Istota i charakter ubezpieczenia pacjentów z tytułu zdarzeń medycznych*, „Prawo Asekuracyjne” 2012, nr 1(70), s. 6.

¹¹ A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 28.

¹² I. Kunicki, J. Sadowska, *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, red. I. Kunicki, Warszawa 2016, Legalis.

Analizy, dotychczasowe obserwacje i doświadczenia krajowego systemu ochrony zdrowia dowodzą, że nasilanie działań restrykcyjnych wobec personelu medycznego i zwiększanie jego zakresu odpowiedzialności, a także podnoszenie pułapu wartości odszkodowań wypłacanych na skutek wyroków sądów orzekających w sprawach związanych z błędami personelu medycznego nie prowadzi do zmniejszenia liczby zaniedbań. Jak wynika z kolei z procedur i stosowanych metod zwalczania zdarzeń niepożądanych w lotnictwie, przemyśle czy zwłaszcza transporcie, spostrzeganie i branie pod uwagę przesłanek ergonomicznych w ocenie niepożądanych zdarzeń wyraźnie prowadzi do zmniejszenia ich liczby i ogranicza zakres szkód¹³. I choć każdy skutek (*factum*) zawiera w sobie przesłanki co do przyczyny (*causae*), należy jednak zaznaczyć, iż nie każdy fakt niepowodzenia leczenia jest zdarzeniem medycznym.

Leczenie z pogranicza eksperymentu medycznego i jego powikłania

Obowiązkiem, ale i prawem lekarza nadanym mu ustawowo jest badanie kliniczne pacjenta. Pojęcie to oznacza każde badanie prowadzone z udziałem chorego w celu odkrycia lub potwierdzenia klinicznych, farmakologicznych, w tym farmakodynamicznych skutków działania jednego lub wielu badanych produktów leczniczych, lub w celu zidentyfikowania działań niepożądanych jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, lub śledzenia wchłaniania, dystrybucji, metabolizmu i wydalania jednego lub większej liczby badanych produktów leczniczych, mając na względzie ich bezpieczeństwo i skuteczność (art. 2 pkt 2 ustawy – Prawo farmaceutyczne)¹⁴. Na podstawie art. 21 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁵ badanie kliniczne zalicza się do eksperymentów medycznych. Przywołana ustawa wyróżnia dwa rodzaje eksperymentów medycznych – eksperyment leczniczy i eksperyment badawczy.

Eksperymentem leczniczym jest wprowadzenie przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej. Może być on przeprowadzony, jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca (art. 21 ust. 2 ustawy o zawodzie lekarza). Eksperymentem badawczym jest działanie mające na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej¹⁶. Przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo

¹³ Zob. J. Pokorski, J. Pokorska, M. Złowodzki, *Błąd medyczny...*

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 499.

¹⁵ T.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 537, dalej – ustawa o zawodzie lekarza.

¹⁶ Artykuł 21 ust. 3 ustawy o zawodzie lekarza.

w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu. Eksperyment badawczy ma wyłącznie doświadczalny charakter i zmierza do pogłębienia wiedzy naukowej.

Należy wskazać, że badanie kliniczne jest więc rodzajem eksperymentu badawczego, ale o ściśle określonych regułach i zasadach przeprowadzania. Eksperyment leczniczy ma na celu polepszenie zdrowia pacjenta i jest niekiedy jedyną szansą wyleczenia.

Powracając do celu głównego artykułu, należy zwrócić uwagę na powikłania dotyczące innych przyczyn zachorowania – w tym zakażenia pacjenta biologicznym czynnikiem chorobotwórczym, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pacjenta albo śmierci pacjenta niewynikające z istoty choroby ciężkiej podstawowej w przypadku, gdy działania pacjenta doprowadziły do wystąpienia innych zdarzeń medycznych.

Należy jednoznacznie zakwestionować stwierdzenie, że najważniejszym etapem postępowania medycznego jest przewlekłe leczenie. Postępowaniem przeciwnym bądź nawet alternatywnym zamiast przewlekłego leczenia jest przywracanie zdrowia. Na obecnym etapie rozwoju wiedzy medycznej należy jednoznacznie stwierdzić, że nie każde schorzenie jest uleczalne, bez względu na jego rodzaj, stopień zaawansowania. Niezwykle istotną rolę odgrywa podejście pacjenta do choroby, wcześniej stosowana profilaktyka, czas i warunki dostępu do lekarza. Ważnym, a całkowicie pomijanym zagadnieniem jest wnikliwość i czas poświęcony na badanie lekarskie oraz analiza dokumentacji medycznej. Element ten poza nielicznymi doniesieniami jest całkowicie pomijany w analizach zarówno instytucji odpowiedzialnych za ochronę zdrowia, jak i instytucji ubezpieczeniowych.

Istotną rolę w procesie leczenia poza oddziaływaniem instytucji ochrony zdrowia jest stan psychiczny pacjenta, wsparcie emocjonalne ze strony najbliższych. Ważne jest również precyzyjne przestrzeganie zaleceń lekarskich.

Początek analiz powinien obejmować czynniki złego rokowania. W tym kontekście należy wskazać, że zbyt późna diagnoza może być spowodowana zaniedbaniem troski o zdrowie ze strony pacjenta i jego bliskiego otoczenia. Szczególnie ważna jest troska o zdrowie ze strony pacjenta i jego najbliższego otoczenia, okresowe badania lekarskie, prawidłowa organizacja i jakość badań diagnostycznych i konsultacji lekarskich, rzeczowa i empatyczna atmosfera na wszystkich etapach postępowania medycznego, unikanie wszelkich form jatrogenii, prawdziwe zaangażowanie lekarzy w proces leczenia, przemyślane podejście do informowania pacjentów o rokowaniu – szczególnie w poważnych schorzeniach, zbyt często i bezpodstawnie uważanych za nieuleczalne. Z całą mocą należy podkreślić, że jednym z najważniejszych warunków dobrych wyników

leczenia, a więc i pomyślnego rokowania, jest wczesna diagnoza na wczesnym etapie zaburzeń funkcji organizmu.

W literaturze wskazuje się, że istotą onkogenezy jest obecność przekształcenia się komórki normalnej w nowotworową na skutek szeregu zjawisk molekularnych, w tym mutacji w genomie. Transformacja nowotworowa może być wywołana infekcją wirusami onkogenicznymi, może wynikać z działania czynników mutagennych (np. promieniowaniem jonizującym), czynników toksycznych oddziałujących w środowisku życia człowieka. Na powstanie transformacji nowotworowej ma ponadto wpływ zmiana w genach hamujących wzrost nowotworowy. Transformacje nowotworowe sprawiają, że tkanka nowotworowa rozwija się klonowo, tzn. pochodzi od jednej, transformowanej komórki, której namnażanie nie podlega czynnikom regulacyjnym gospodarza (białko p53, naprawa DNA, zaburzenia apoptozy)¹⁷.

Zespół Münchhausena

Określenie jednostki chorobowej zespół Münchhausena zostało użyte po raz pierwszy w 1951 r. przez R. Ashera. Jednostka chorobowa została nazwana na cześć barona Karla von Münchhausena żyjącego w XVIII w., niemieckiego szlachcica, żołnierza, podróżnika i awanturnika. Baron zasłynął dzięki powieści, którą napisali R.E. Raspe i G.A. Bürger, pt. *Niezwykłe przygody barona Münchhausena*. Bohater książki służył m.in. w armii rosyjskiej i brał udział w dwóch wojnach przeciwko Turcji. Wątek fantastyczny w jego biografii dotyczył lotu na pocisku artyleryjskim¹⁸. W literaturze medycznej termin ten użyty został w 2000 r. przez M.D. Feldmana¹⁹ dla opisu osób rozpowszechniających informacje o obecności u siebie bądź u swojego dziecka zagrażającej życiu lub przewlekłej i uciążliwej choroby w celu znalezienia wsparcia, współczucia i zrozumienia oraz niekiedy finansowania wśród znanych sobie i obcych osób z wykorzystaniem do tego celu mediów.

Często osoby z zespołem Münchhausena posiadają obszerną wiedzę medyczną – w przeszłości mogły mieć aspiracje na powiązanie swojej kariery zawodowej z medycyną. Dominują wśród nich także poważne zaburzenia narcystyczne i psychopatyczne. Epidemiologicznie dominują mężczyźni w średnim i starszym wieku.

¹⁷ Zob. L. Ciepela, S. Kwiatkowski, *Selected aspects of pre-clinical diagnosis of posterior cranial fossa tumors in children at pediatric departments of district hospitals in Lesser Poland and Podkarpackie*, „Przegląd Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie” 2011, z. 4, s. 424–438.

¹⁸ Por. R. Asher, *Munchhausen's syndrome*, „Lancet” 1951, no. 1, vol. 6650, s. 339–341.

¹⁹ M.D. Feldman, *Munchhausen by Internet: detecting factitious illness and crisis on the Internet*, „Southern Medical Journal” 2000, no. 7, vol. 93, s. 669–672.

W związku z występowaniem podobnych objawów u osób posiadających dzieci powstał termin medyczny zespół MSBP (ang. *Münchhausen syndrom by proxy*), czyli przeniesiony zespół Münchhausena. Po raz pierwszy użyty został przez R. Meadowa²⁰, który użył go w odniesieniu do matek przypisujących różne objawy chorobowe swoim dzieciom.

MBSP ma trzy stopnie. Stopień łagodny odznacza się tym, że matka zmyśla objawy występujące u dziecka lub przesadnie koloryzuje istniejące, narażając tym samym dziecko na konieczność wykonania licznych badań diagnostycznych. Kolejny stopień – umiarkowany – charakteryzuje się podjęciem działań poprzez podanie leków celem wywołania u dziecka objawów chorobowych, takich jak wymioty czy biegunka, które mogą wskazywać na obecność ciężkich chorób. Podział zamyka stopień ciężki, w którym to zaburzenia wiążą się z czynnościami zabronionymi prawnie, takimi jak podduszenie czy trucie, doprowadzenie do konieczności zabiegu operacyjnego pomimo braku wskazań poprzez fałszowanie dokumentacji medycznej, które mogą bezpośrednio doprowadzić do zgonu lub trwałego uszczerbku na zdrowiu.

Matka dziecka z MBSP jest zazwyczaj silnie zaangażowana w proces diagnozy i terapii. Są to często osoby profesjonalnie związane z systemem ochrony zdrowia w pierwszym lub kolejnych pokoleniach²¹.

Nie prowadzi do rozpoznania zespołu Münchhausena – objawu zwanego w krajach anglosaskich *malingering* – udawanie choroby w celu uzyskania świadczeń, zwolnienia lekarskiego celem opieki nad dzieckiem, dostępu do leków. Postępowanie takie może stanowić zwykłe oszustwo.

Inne trudne problemy diagnostyczne

W kontekście celu głównego pracy należy zwrócić uwagę na odległy związek czasowy pomiędzy pierwotną diagnozą a skutkiem w postaci rozwoju choroby bądź śmiercią pacjenta, jeżeli zaistniało zdarzenie zinterpretowane jako powód niewłaściwego leczenia bądź opóźnienia właściwego leczenia – hipotetycznie przyczyniając się do rozwoju zdarzenia medycznego. Powikłanie choroby jest zjawiskiem występującym często i wynikającym z bardzo licznych przyczyn. Jednak pomimo faktu, że leczenie miało miejsce w odległym czasie, a zastosowana metoda w świetle obecnej wiedzy medycznej była niewłaściwie dobrana, to pomimo niebudzących wątpliwości następstw prowadzonego wówczas leczenia niemożliwe jest powiązanie obu tych zdarzeń.

²⁰ R. Meadow, *ABC of child abuse*, „BMJ Books” 1997, May, s. 100.

²¹ Zob. M.D. Feldman, *Munchausen by Internet: detecting factitious illness and crisis on the Internet*, „Southern Medical Journal” 2000, no. 7, vol. 93, s. 669–672.

Kolejnym trudnym problemem diagnostycznym jest zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie (u dorosłych i dzieci), czyli sytuacja, kiedy w działaniu w kontekście uporczywej terapii brak znamion zdarzenia medycznego. Zdarzeniem medycznym, jeżeli ponadto miało miejsce w podmiocie leczniczym, nazywa się takie postępowanie, które jest obiektywnie sprzeczne z powszechnie uznanymi zasadami wiedzy i praktyki medycznej. „Biorąc pod uwagę kolejne etapy postępowania medycznego, w doktrynie oraz orzecznictwie sądowym wyróżnia się następujące rodzaje błędów lekarskich: błąd diagnostyczny, błąd terapeutyczny (lecniczy) oraz błąd rokowania (prognozy). Błąd terapeutyczny zachodzi wtedy, gdy została wybrana obiektywnie niewłaściwa z punktu widzenia medycznego metoda leczenia. Może mieć on charakter wtórny (wtedy, gdy jest rezultatem błędnej diagnozy) albo pierwotny, gdy diagnoza została postawiona prawidłowo, ale lekarz podjął następnie niewłaściwe decyzje terapeutyczne. Za błąd w sztuce lekarskiej należy uznać naruszenie przez lekarza (świadomego tego, że podejmuje czynność medyczną) obowiązujących go w konkretnym wypadku, wypracowanych na gruncie nauki i praktyki reguł postępowania zawodowego wobec dóbr prawnych w postaci życia i zdrowia człowieka, które na gruncie prawa stanowi podstawę dla stwierdzenia naruszenia obowiązku ostrożności”²². S. Białowski twierdzi, że błąd rokowania (prognozy) jest ukierunkowany na psychikę pacjenta, wskazując również, że wiąże się on też z daniem fałszywej nadziei na wyzdrowienie, która potem w zetknięciu się z drugą opinią lekarską bądź postępem choroby może prowadzić do zaburzeń psychicznych, załamania czy myśli samobójczych²³.

Za najważniejszą z powszechnie przyjętych zasad wiedzy medycznej w pediatrii uważa się działanie w najlepszym interesie dziecka. W sytuacji, gdy szansa na wyleczenie lub remisję jest znikoma, priorytetem etycznym staje się ochrona dziecka przed niepotrzebnym cierpieniem, a przedłużanie życia przestaje być celem postępowania. Zadawanie cierpienia dziecku przez lekarza, który stosuje wobec niego uporczywą terapię, ma charakter jatrogenny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony.

Procesy psychologiczne i argumenty moralne skłaniające lekarzy do stosowania uporczywej terapii nie mogą zostać uznane za usprawiedliwienie takich działań. Należy podkreślić, że definicje uporczywej terapii obejmują: działanie wbrew najlepiej pojętym interesom pacjenta, działanie wbrew przekonaniom pacjenta, działanie wbrew godności istoty ludzkiej, działanie wbrew naturze oraz skutków uporczywej terapii: przedłużanie umierania, nadmierne cierpienie oraz naruszenie godności.

²² W. Rabczyński, *Błąd w sztuce medycznej jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej*, <http://www.abc.com.pl/problem/80/745> (30.03.2019).

²³ M. Białkowski, *Poglądy doktryny prawa cywilnego i orzecznictwa na pojęcie błędu medycznego*, „Adam Mickiewicz Law Review” 2013, nr 2, s. 68.

Z powyższych definicji wynika, że stosowanie przez lekarza uporczywej terapii narusza ustawowe prawo pacjenta do poszanowania jego godności, które obejmuje także prawo do umierania w spokoju i godności²⁴.

Etyka katolicka uznaje jako najświętsze prawo zasadę świętości życia człowieka. Została ona sformułowana przez św. Augustyna w V w. n.e. i była rozbudowana przez lata działalności papieży Piusa XII i Jana Pawła II. Aktualnie zasada głosi, iż niezależnie od okoliczności nie wolno działać lub zaniechać działania z intencją odebrania życia człowiekowi. Według tych samych idei w pewnych okolicznościach dopuszczalne są działania, skutkiem których możliwą do przewidzenia, ale zarazem niechcianą konsekwencją jest odebranie życia. Już od czasów św. Augustyna do działań człowieka wiary dopuszczalnych moralnie zalicza się wojnę sprawiedliwą oraz obronę konieczną²⁵.

Ważne zmiany w doktrynie wartości życia Urząd Nauczycielski Kościoła wprowadził za czasów pontyfikatu Piusa XII. Odnosząc się do terapii uporczywej, papież ten opracował rozwiązanie, które nie uległo istotnej zmianie po dzień dzisiejszy. Sam rdzeń zasady wartości życia człowieka niewinnego – zakaz intencjonalnego odbierania życia i powiązane z nim potępienie eutanazji – uzupełnił znanym wcześniej podziałem na działanie i zaniechanie oraz wprowadził nowy element: zwyczajne i nadzwyczajne środki lecznicze.

W żadnym wypadku nie wolno działać lub zaniechać działania z zamiarem zabicia człowieka, lecz w pewnych warunkach dopuszczalne jest wycofanie się z terapii podtrzymującej wegetację organizmu, jeśli przewidywaną, ale niechcianą konsekwencją będzie śmierć. W tych samych warunkach wolno zrezygnować z nadzwyczajnych środków leczniczych, które nie niosą nadziei na poprawę, a jedynie przedłużają cierpienie chorego, chociaż należy stosować zwyczajne (uśmierzanie bólu czy odżywianie pacjenta). Dopuszczalność takich zaniechań możliwa jest tylko w sytuacji stanu terminalnego, gdy stosowane są nieproporcjonalne środki medyczne, a jedynym następstwem uporczywej terapii staje się przedłużanie cierpień²⁶.

Etyka katolicka przyznaje pacjentowi prawo do podejmowania świadomych decyzji, które lekarz powinien przyjmować z szacunkiem. Szacunek lekarza powinien dotyczyć zarówno życia, jak i śmierci chorego. W tym kontekście należy wskazać na dwie zasady. Pierwszą z nich jest zasada względności, która dotyczy różnego czasu dla różnych pacjentów, gdy oparte na technice dążenie do

²⁴ Zob. T. Dangel, R. Grenda, J. Kaczkowski, J. Pawlikowski, M. Rawicz, E. Sawicka, M. Szeroczyńska, J. Szymkiewicz-Dangel, J. Świetliński, M. Wichrowski, *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci*, red. T. Dangel, Warszawa 2011.

²⁵ Por. T. Dangel, M. Wichrowski, *Did doctors defy Pope John Paul II's wishes on treatment?*, „European Journal of Palliative Care” 2007, no. 5, vol. 14, s. 210–213.

²⁶ WHO, *Appraisal of Guidelines Research and Evaluation; Leczenie bólu w chorobach nowotworowych i opieka paliatywna*, Raport Komisji Ekspertów Światowej Organizacji Zdrowia WHO, Genewa 1990.

podtrzymywania życia wchodzi w konflikt z wyższymi wartościami osobowymi człowieka. Druga zasada – proporcji – wskazuje, że podtrzymujące życie postępowanie jest przeciwwskazane, gdy powoduje cierpienie przewyższające płynące z niego korzyści. Jest więc uzasadnione z punktu widzenia etyki zaprzestanie działań podtrzymujących życie, gdy powodują one dolegliwości lub cierpienia nieporównywalnie większe w stosunku do osiągalnych korzyści.

Podsumowanie

Należy zaznaczyć, że pacjent w każdej sytuacji powinien być współuczestnikiem działań celem poprawy swojego zdrowia i osiągnięcia uzdrowienia. W trakcie procesu diagnostyczno-terapeutycznego powinien mieć zapewnioną możliwość wyboru i nie może być zdany na decyzje i wybory innych co do zakresu podejmowanych działań i sposobu leczenia. Pod żadnym pozorem nie powinien być traktowany jako anonimowa jednostka, wobec której stosuje się procedury medyczne, choć stosowne do aktualnej (EBM) wiedzy medycznej, ale niezgodne z wolą pacjenta. Pacjent powinien być poinformowany o wszelkich podejmowanych wobec niego działaniach na tyle skutecznie, aby sam mógł podjąć decyzję o formie leczenia, zakresie eksperymentu medycznego, jego celu i ewentualnych niebezpieczeństwach w taki sposób, by mógł wyrazić zgodę lub co jeszcze istotniejsze, jej odmówić w pełnej świadomości i wolności decyzji.

Lekarz ma nad pacjentem władzę i prawa tylko w zakresie, jaki sam pacjent mu przyznaje, z wyjątkiem sytuacji, gdy działa w zakresie obrony koniecznej. W sytuacji, gdy zagraża śmierć, której w żaden sposób nie da się uniknąć przez zastosowanie dostępnych środków, wolno w sumieniu podjąć zamiar niekorzystania z leczenia, które może przynieść tylko niepewne i bolesne przedłużanie życia, nie przerywając jednak zwyczajnej opieki, która w podobnych przypadkach należy się choremu. Nie stanowi to powodu, dla którego lekarz mógłby odczuwać niepokój, jakoby odmówił pomocy komuś znajdującemu się w niebezpieczeństwie. Istotą działania lekarskiego pozostaje poszukiwanie oraz wybieranie zgodnie z aktualną wiedzą medyczną właściwej drogi i podejmowanie decyzji o sposobie leczenia, w tym konieczności wykonania zabiegu niezależnie od jego złożoności i rozległości²⁷.

Ta odpowiedzialność nie wymaga zawsze i w każdym przypadku odwołania się do każdego środka. Może także wymagać rezygnacji ze środków ze względu na zaakceptowanie śmierci ściśle związanej z życiem. Może także oznaczać szacunek dla woli chorego, który odrzucił zastosowanie takich środków.

²⁷ WHO, Appraisal of Guidelines Research and Evaluation; *Leczenie bólu w chorobach nowotworowych i opieka paliatywna*, Raport Komisji Ekspertów Światowej Organizacji Zdrowia WHO, Genewa 1990.

Formując za Arystotelesem tezę, iż każdy skutek (*factum*) zawiera w sobie przesłanki co do przyczyny (*causae*), należy jednak zaznaczyć, iż nie każdy fakt niepowodzenia leczenia jest zdarzeniem medycznym.

Przedstawione powyżej zagadnienia stanowią przykład, iż rozstrzygnięcie o obecności zdarzenia medycznego wymaga wieloprofilowej analizy przypadku z uwzględnieniem wszelkich aspektów zaistniałej sytuacji. Należy ponadto podkreślić niezwykle złożoność organizmu człowieka, fakty koincydencji nieskończonej ilości kombinacji w zakresie genomu, oddziaływania pomiędzy organizmem a innymi żywymi organizmami, w tym patogenami z zewnątrz, idącego w dekady oddziaływania środowiska naturalnego z jego postępującym zanieczyszczeniem, zbyt powolny proces wytwarzania nowych mechanizmów ochronnych. Kolejnym aspektem jest dramatycznie niski poziom wiedzy z zakresu funkcjonowania organizmu człowieka we współczesnym, pełnym zarówno biologicznych, jak i fizycznych czynników wpływających na organizm człowieka.

Bibliografia

- Asher R., *Münchhausen's syndrome*, „Lancet” 1951, no. 1, vol. 6650.
- Bagińska E., Krupa-Lipińska K., *Zdarzenie medyczne a problem przyczynowości*, w: *Kompensacja szkód wynikłych ze zdarzeń medycznych. Problematyka cywilnoprawna i ubezpieczeniowa*, red. E. Kowalewski, Toruń 2011.
- Białkowski M., *Poglądy doktryny prawa cywilnego i orzecznictwa na pojęcie błędu medycznego*, „Adam Mickiewicz Law Review” 2013, nr 2.
- Ciepiela L., Kwiatkowski S., *Selected aspects of pre-clinical diagnosis of posterior cranial fossa tumors in children at pediatric departments of district hospitals in Lesser Poland and Podkarpackie*, „Przegląd Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie” 2011, z. 4.
- Dangel T., Grenda R., Kaczkowski J., Pawlikowski J., Rawicz M., Sawicka E., Szeroczyńska M., Szymkiewicz-Dangel J., Świetliński J., Wichrowski M., *Zaniechanie i wycofanie się z uporczywego leczenia podtrzymującego życie u dzieci*, red. T. Dangel, Warszawa 2011.
- Dangel T., Wichrowski M., *Did doctors defy Pope John Paul II's wishes on treatment?*, „European Journal of Palliative Care” 2007, no. 5, vol. 14.
- Feldman M.D., *Munchausen by Internet: detecting factitious illness and crisis on the Internet*, „Southern Medical Journal” 2000, no. 7, vol. 93.
- Jacek A., *Extrajudicial ways of compensating for medical damage in Poland*, „Progress in Health Sciences” 2014, no. 1.
- Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Korytkowska D., *Pojęcie błędu medycznego i zdarzenia medycznego*, „Acta Universitatis Lodzensis Folia Oeconomica” 2012, t. 274.
- Kowalewski E., Mogilski K., *Istota i charakter ubezpieczenia pacjentów z tytułu zdarzeń medycznych*, „Prawo Asekuracyjne” 2012, nr 1(70).
- Kunicki I., Sadowska J., *Postępowanie przed wojewódzką komisją do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Komentarz do art. 67a–67o ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta*, red. I. Kunicki, Warszawa 2016, Legalis.

- Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998.
- Meadow R., *ABC of child abuse*, „BMJ Books” 1997, May.
- Pokorski J., Pokorska J., Złowodzki M., *Błąd medyczny. Uwarunkowania ergonomiczne*, Kraków 2010.
- Rabczyński W., *Błąd w sztuce medycznej jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej*, <http://www.abc.com.pl/problem/80/745> (30.03.2019).
- Sarnacka E., Jacek A., Porada S., *Odpowiedzialność szpitala z tytułu zdarzeń medycznych, w: Etyczne problemy zarządzania w ochronie zdrowia*, red. J. Hartman, Z. Zalewski, Warszawa 2013.
- Tymiński R., *Co to są zdarzenia medyczne*, <http://prawalekarzy.pl/artykuly/co-to-sa-zdarzenia-medyczne-51> (5.04.2019).
- WHO, Appraisal of Guidelines Research and Evaluation; *Leczenie bólu w chorobach nowotworowych i opieka paliatywna*, Raport Komisji Ekspertów Światowej Organizacji Zdrowia WHO, Genewa 1990.

Streszczenie

W artykule przedstawiono i oceniono możliwość ustalenia zdarzenia medycznego w przypadku leczenia z pogranicza eksperymentu medycznego z uwzględnieniem zagadnień powikłań leczenia niektórych chorób onkologicznych. Artykuł przedstawia również zagadnienie i ocenę powikłań pierwotnie innych przyczyn zachorowania – w tym zakażenie pacjenta biologiczne i chorobotwórcze. Rozstrzygnięcie o obecności zdarzenia medycznego wymaga wieloprofilowej analizy. Należy ponadto podkreślić niezwykle złożoność organizmu człowieka, fakty koincydencji nieskończonej ilości kombinacji w zakresie genomu, oddziaływania pomiędzy organizmem a innymi żywymi organizmami, w tym patogenami z zewnątrz, idącego w dekady oddziaływania środowiska naturalnego z jego postępującym zanieczyszczeniem, zbyt powolny proces wytwarzania nowych mechanizmów ochronnych.

Słowa kluczowe: zdarzenie medyczne, prawo, eksperyment medyczny, uporczywa terapia

THE PROBLEM OF DETERMINING A MEDICAL EVENT IN THE CASE OF TREATMENT FROM THE BORDERLINE OF A MEDICAL EXPERIMENT AND OTHER TREATMENT COMPLICATIONS

Summary

The article presents and assessed the possibility determination of a medical event in the case of treatment from the borderline of a medical experiment including issues of complications of treatment of certain oncological diseases. The article discusses the issue of primary complications of other causes of disease - including biological and pathogenic patient infection. The resolution of the presence of a medical event requires a multi-profile case analysis. It should also be emphasized the extraordinary complexity of the human body, the facts of the coincidence of an infinite number of genomic combinations, the interaction between the organism and other living organisms, including pathogens from the outside, decades of impact of the environment with its progressive pollution, too slow process of producing new protective mechanisms.

Keywords: medical event, law, medical experiment, persistent therapy

Anna Golonka

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-0199-2203

**TERRORYZM I JEGO FINANSOWANIE W KONTEKŚCIE
NOWELIZACJI ART. 165A K.K.****Wprowadzenie**

Problematyka terroryzmu i jego zwalczania stanowiła przedmiot niejednego już opracowania naukowego, w szczególności z dziedziny kryminologii. Należy ona niewątpliwie do zagadnień, które nie tracą na aktualności, ale za sprawą dynamiki zjawiska, rzecz by można, jeszcze na niej przybiera. Wynika to m.in. z faktu, że sprawcy zamachów terrorystycznych coraz częściej sięgają po nowoczesne technologie dla ich przeprowadzania (np. cyberataki), wykorzystują oni nowe, niepraktykowane wcześniej metody i sposoby działania albo używają ich na dużo większą niż dotychczas skalę (np. proliferacja broni biologicznej i chemicznej). Wreszcie nieobojętymi kwestiami w kontekście zagrożenia zamachami terrorystycznymi są ruchy przesiedleńcze i aktualne problemy płynące z realiów światowej polityki migracyjnej.

Terroryzm stanowi obszar badań, w którym powinno być zarezerwowane miejsce również dla nauki prawa karnego. Hipotezie takiej wychodzi naprzeciw uchwalenie 16 kwietnia 2004 r. nowelizacji do Kodeksu karnego, za sprawą której został do niego wprowadzony przepis statuujący definicję „przestępstwa o charakterze terrorystycznym”¹. Do dziś brak jest jednak odrębnego typu

¹ Zgodnie z art. 115 § 20 k.k.: „Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób,
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego czynu”.

czynu zabronionego, który penalizowałby przestępstwo zamachu terrorystycznego. Uwaga ta jest tym bardziej znacząca, iż w świetle aktualnego stanu prawnego przepisem określającym przestępstwo „powiązane” (jeśli wolno posłużyć się tutaj pewnym skrótem myślowym) z zamachem terrorystycznym jest art. 165a k.k.² Zostało w nim określone przestępstwo finansowania terroryzmu, którego opis wymaga odesłania do definicji przestępstwa o charakterze terrorystycznym.

Natomiast co do zasadności wprowadzenia do k.k. art. 165a, to w zasadzie nie wzbudzało to żadnych wątpliwości. Zresztą dla zobrazowania tego, jak istotnym problemem jest finansowe wspieranie ugrupowań terrorystycznych oraz finansowanie zamachów terrorystycznych, warto przywołać jako przykład chociażby finansowanie tzw. Państwa Islamskiego (Islamskie Państwo w Iraku i Lewancie, ang. *Islamic State in Iraq and Syria* – ISIS, znane także jako Islamskie Państwo w Iraku i asz-Szam, ang. *Islamic State in Iraq and Al-Sham*, z arab. – *Daula al-Islamijja fi al-Irak wa-asz-Szam*). To pseudopaństwo (lub jak chcą niektórzy – protopaństwo³) jest uznawane obecnie za największą organizację terrorystyczną, a zarazem swoistą schedę po Al-Kaidzie⁴. Jak się uważa, powstało ono w 2013 r. na bazie struktury organizacyjnej i osobowej Al-Kaidy⁵. W początkowym okresie było ono finansowane przede wszystkim z donacji od osób prywatnych (głównie zamożnych szejków pochodzenia saudyjskiego i katarskiego)⁶. Dodatkowym źródłem dochodów Al-Kaidy i ISIS były środki finansowe przekazywane im przez rządy niektórych państw (nierzadko po prostu ich przywódców)⁷. Po przejściu kontroli nad polami naftowymi na terenie Syrii i Iraku Abu Abd Allah ar-Raszid al-Baghdadi (zwany częściej potocznie Abu Bakr al-Baghdadim) i podległe mu oddziały islamskich ekstremistów generowali ponoć zyski rządu 100 mln dolarów miesięcznie. Szczególnie dochodowe pod

Paragraf 20 art. 115 został dodany do k.k. przez art. 1 pkt. 3 ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2004 r., nr 93, poz. 889.

² Artykuł 165a k.k. został dodany ustawą z 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r., nr 166, poz. 1317.

³ Tak: A. Wejkszner, *Państwo islamskie: narodziny nowego kalifatu?*, Warszawa 2016, s. 41–49.

⁴ B. Hall, *ISIS Państwo Islamskie. Brutalne początki armii terrorystów*, Warszawa 2015, s. 30–71. Istnieją także hipotezy, że ISIS ukonstytuowała się raczej z wewnętrznych walk o wpływ w świecie radykalnych islamistów i w tym sensie (pomijając związki osobowe) *ab ovo* stanowiła organizację zupełnie niezależną od funkcjonującej wówczas Al-Kaidy, por. A. Wejkszner, *Państwo islamskie...*, s. 36–41.

⁵ Por. B. Hall, *ISIS Państwo Islamskie...*, s. 30–32, 37–42, 66.

⁶ Informacje oficjalne pochodzące ze strony: <http://www.polskatimes.pl/artukul/3869055,finansowanie-isis-jak-panstwo-islamskie-pozyskuje-srodki-na-swoja-dzialalnosc-video,id,t.html> (16.09.2018).

⁷ B. Hołyst, *Terroryzm*, t. 1, Warszawa 2011, s. 868–890.

tym względem okazały się tereny leżące w Iraku, w obszarze prowincji Anbar, bogate w złoża ropy naftowej⁸. Nie pozostawia chyba żadnych złudzeń to, że ISIS czerpało zyski nie tylko z takiej quasi-legalnej działalności. Sporą ich część (według szacunków ok. pół miliarda dolarów) stanowiły dochody czerpane z wymuszeń, napadów na banki (cenne w tym względzie okazało się zwłaszcza przejście kontroli nad Mosulem i jego zasobami bankowymi), nielegalnego handlu bronią, handlu zrabowanymi zabytkami, sprzedawanymi następnie na czarnym rynku (jak podają publicyści – przede wszystkim kanałami przerzutu biegnącymi szlakiem „tureckim”) itd.⁹ Jak przyjmują eksperci, Państwo Islamskie ma więc status samowystarczalnego. I chociaż światowe media donoszą o sukcesach w walce z tą organizacją¹⁰, to jednak stwierdzenie, że brak jest już zagrożenia atakami terrorystycznymi ze strony jej bojowników byłoby niebezpiecznie daleko posuniętą przesadą¹¹.

W tym miejscu warto również przytoczyć dane szacunkowe na temat kwot, jakie przeznaczono na sfinansowanie głośnych medialnie zamachów terrorystycznych. I tak, przykładowo zamachy z 11 września 2001 r. na World Trade Center i Pentagon „kosztowały” prawdopodobnie nie więcej niż 600 tys. dolarów, zaś koszt przygotowywania oraz przeprowadzenia w marcu 2004 r. ataku na madryckie metro wyniósł ok. 10 tys.¹² W porównaniu z rozmiarami strat, do jakich one prowadziły, z pewnością nie są to „wygórowane” kwoty, niemniej jednak odcięcie dopływu zasobów finansowych może stanowić godny rozważenia sposób na zminimalizowanie zagrożenia terrorystycznego. Nie dziwi zatem fakt, że współcześnie tak wielką wagę przywiązuje się do opracowania i wdrożenia w życie przepisów karnych i procedur umożliwiających wczesne wykrycie źródeł finansowania ugrupowań terrorystycznych¹³.

⁸ A. Wądołowska, *Skąd Państwo Islamskie ma pieniądze? „Wcześniej od bogatych Saudyjczyków i Katarczyków. Dziś samo kontroluje pola naftowe”*, http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114871,16515178,Skad_Panstwo_Islamskie_ma_pieniadze_Wczesniej_od.html (11.08.2018).

⁹ *Ibidem*. Na ten temat por. także: *Co warto wiedzieć o finansowaniu terroryzmu*, <http://euroislam.pl/co-warto-wiedziec-o-finansowaniu-terroryzmu> (12.10.2018).

¹⁰ *Irak ogłasza zwycięstwo nad ISIS. Terrorysty stracili całe terytorium*, <https://www.polskie-radio.pl/5/3/Artykul/1953415,Irak-oglasza-zwyciestwo-nad-ISIS-Terrorysty-stracili-cale-terytorium> (29.10.2018), a także: *Państwo Islamskie straciło niemal całe terytorium, ale pozostaje groźne. Ma 30 tys. bojowników*, <http://euroislam.pl/co-warto-wiedziec-o-finansowaniu-terroryzmu/http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,23784366,panstwo-islamskie-stracilo-niemal-cale-terytorium-ale-pozostaje.html> (29.10.2018).

¹¹ Aktualne wiadomości na ten temat por. np. *Raport USA: terroryści rozproszyli się, są coraz odporniejsi na atak*, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiatea,2/raport-sluzb-usa-o-terroryzmie-i-organizacjach-terrorystycznych,869705.html> (26.10.2018).

¹² Por. X. Raufer, *Atlas radykalnego islamu*, Warszawa 2011, s. 368.

¹³ A. Wądołowska, *Skąd Państwo Islamskie ma pieniądze...*

Wspomniane wartości liczbowe nie oddają z całą pewnością tego, na jaką skalę w ujęciu globalnym finansowane są w przedsięwzięcia o charakterze terrorystycznym (już nawet tylko z racji ich zakresu, ograniczonego do działalności ISIS i ich szacunkowego charakteru). Z całą pewnością dowodzą one jednak nie tylko skali samego procederu, ale i potrzeby jego uregulowania w prawie karnym. W tym ostatnim względzie zagadnienie to nabiera dodatkowo na znaczeniu w obliczu ostatnich zmian, jakim poddawany był w ciągu zaledwie dwóch lat art. 165a k.k., określający przestępstwo finansowania terroryzmu. Problematyka ta wymaga poddania jej pod publiczną debatę naukową¹⁴.

Etymologia pojęcia

Słowo „terroryzm” pochodzi do łacińskiego słowa: *terror*, *-oris*, oznaczającego „strach, trwogę, przerażenie”, względnie „straszne słowo, straszną wieść”; wywodzi się ono od czasownika: *terrere*, znaczącego tyle co: „wywoływać przerażenie, straszyć, wzbudzać obawę”. Za *Encyklopedią powszechną PWN* mianem terroryzmu określa się: „Planowane i zorganizowane działania pojedynczych osób lub grup, różnie umotywowane, najczęściej ideologicznie, podejmowane z naruszeniem istniejącego prawa w celu wymuszenia od władz państwowych i społeczeństwa określonych zachowań i świadczeń, często naruszające dobra osób postronnych”. Powyższa definicja nie jest jedyna ani nawet „obowiązująca”, gdyż – jak podają źródła – prób definicyjnego ujęcia tego zjawiska było ponad 100¹⁵. Wiele z nich powstało w ramach prac organizacji międzynarodowych, w tym przede wszystkim ONZ.

Należy zasygnalizować, że termin „terroryzm” nie jest tożsamy z określeniem „terror”, pomimo tego, iż obydwa pojęcia posiadają wspólny źródłosłów. Ten ostatni, jak zwykle się przyjmować, oznacza „metodę oddziaływania przemocą, zbrodnią i strachem, stosowaną przez silniejszych (państwo) wobec słabszych (obywatele)”¹⁶, podczas gdy terroryzm stanowi „odwrotność” takiej definicji – to działania „słabszych” (obywateli) podejmowane wobec „mocniejszych” (państwa). Aktami terroru będą np. działania jednostek sił zbrojnych państwa

¹⁴ Problematyce tej poświęcone było wystąpienie autorki podczas Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pt. „Prawo karne w obliczu nowych wyzwań i aktualnych problemów polityki kryminalnej” (Rzeszów, 18–19 czerwca 2018 r.), na bazie którego opracowany został niniejszy artykuł naukowy.

¹⁵ K. Indecki, *Kryminalizacja aktu terrorystycznego – zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica” 2004, nr 67, s. 18–21; *idem*, *Kilka uwag na temat istoty terroryzmu*, „Przeгляд Policijny” 1994, nr 2–3, s. 132–139.

¹⁶ R. Borkowski, *Terroryzm*, w: *Konflikty współczesnego świata*, red. R. Borkowski, Kraków 2001, s. 116.

podejmowane wobec jego obywateli. Z kolei zastraszanie władz państwowych w celu wymuszenia na nich jakichś działań przez grupę terrorystów nazwiemy zamachem terrorystycznym¹⁷.

Poza powyższymi w języku prawnym funkcjonowało jeszcze jedno określenie – „akt terrorystyczny”, którym posługiwała się ustawa z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł (w obecnym stanie prawnym – ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu)¹⁸. Zgodnie z jej (uchylonym już) art. 2 pkt. 7 pod pojęciem aktu terrorystycznego rozumiano „przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne, przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz przestępstwa określone w art. 134 i 136 Kodeksu karnego”¹⁹. Zaprezentowana definicja legalna pozostawiała jednak wiele do życzenia i jako daleka od doskonałości wymagała zmiany bądź jej zastąpienia inną, co zresztą uczynił nasz ustawodawca, a co przyjdzie jeszcze omówić w dalszej części tego artykułu. Zasadne wydaje się natomiast nadmienić, iż w wyniku nowelizacji wspomnianej ustawy z 16 listopada 2000 r. do języka prawnego weszło określenie „finansowanie terroryzmu”. Obok samego terroryzmu stanowi ono proceder, z którym walkę podejmuje nie tylko społeczność międzynarodowa, ale w ślad za nią również nasz rodzimy legislator. Nie może być wątpliwości co do tego, że u podstaw regulacji dotyczących zwalczania omawianego procederu w wielu krajach leżą unormowania prawa międzynarodowego, spośród których – jako te najwcześniejsze, o najistotniejszym znaczeniu – zwykło się wymieniać: Zalecenia Komitetu Antyterrorystycznego Rady Bezpieczeństwa ONZ, monitorujące przestrzeganie przez państwa członkowskie ONZ rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1373 z 2001 r., Międzynarodową konwencję o zwalczaniu finansowania terroryzmu, przyjętą przez ONZ 9 grudnia 1999 r.²⁰, Deklarację (tzw. Plan Unii Europejskiej) w sprawie zwalczania terroryzmu (*Declaration on Combating Terrorism*)²¹, przyjętą przez Radę Europejską 25 marca 2004 r. oraz dyrektywę 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu²², uchyloną przez dyrektywę Parlamentu Europejskiego

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Tytuł ustawy zmieniony przez art. 1 pkt 1 ustawy z 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r., nr 166, poz. 1317.

¹⁹ Dz.U. z 2002 r., nr 180, poz. 1500.

²⁰ Dz.U. z 2004 r., nr 263, poz. 2620.

²¹ Dokument dostępny na stronie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0649> (1.05.2018).

²² Dz.Urz. UE L z 2005 r., nr 309, s. 15.

i Rady (UE) 2015/849 z 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu²³.

Wiele z aktów prawnych mających znaczenie na arenie międzynarodowej zostało opracowanych po 11 września 2001 r.²⁴ Dostrzeżono wówczas potrzebę kryminalizacji zachowań polegających na obrocie środkami finansowymi w okolicznościach wzbudzających wątpliwości co do ich rzeczywistego celu i możliwego związku z finansowaniem ugrupowań terrorystycznych. Wkrótce zaczęto także zwracać uwagę na globalny zasięg tego procederu.

Geneza regulacji

Pierwotnie w polskim systemie prawa regulacje dotyczące finansowania terroryzmu zostały wprowadzone do obowiązującej wówczas ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł za sprawą nowelizacji z 27 września 2002 r.²⁵ Na mocy powołanej nowelizacji został także zmieniony zakres unormowania ustawy z 16 listopada 2000 r.²⁶ Objęto nim dodatkowo aspekt związany z przeciwdziałaniem finansowania terroryzmu. Wprowadzono do niej również, o czym już wspomniano, definicję legalną aktu terrorystycznego²⁷.

W tym miejscu wypada zaznaczyć, że przepis ten spotkał się z surową krytyką²⁸. Zwracano uwagę na to, iż ustawodawca posłużył się w nim sformulowaniem „przestępstwa” zamiast „czyny zabronione”. Nasuwało to pytanie o potrze-

²³ Dz. Urz. UE L z 2015 r., nr 141, s. 73–117.

²⁴ Dla porządku wypada przypomnieć, iż chodzi tutaj o zamachy 11 września 2001 r. w Nowym Jorku na World Trade Center oraz na Pentagon. Według raportu komisji powołanej dla zbadania sprawy zamachów w World Trade Center zginęło ponad 2600 osób, 125 osób zginęło w Pentagonie, por. K. Liedel, *Zwalczanie terroryzmu międzynarodowego w polskiej polityce bezpieczeństwa*, Warszawa 2010, s. 9–34.

²⁵ Ustawa z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (w pierwotnym brzmieniu nosząca tytuł: „o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł”), t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1049.

²⁶ Ustawa z 27 września 2002 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł, Dz.U. z 2002 r., nr 180, poz. 1500.

²⁷ Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy z 16 listopada 2000 r. pod pojęciem „aktu terrorystycznego” rozumiano „przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne, przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz przestępstwa określone w art. 134 i 136 Kodeksu karnego”.

²⁸ Więcej na ten temat por. A. Golonka, *Terroryzm, jako „nowe źródło zagrożenia”*, w: *Zmiany prawa karnego po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarzcyk, Lublin 2006, s. 331–336.

bę badania przestępności odpowiednich zachowań pod kątem elementów wyznaczających strukturę przestępstwa rozpatrywanych przez pryzmat przede wszystkim art. 1 § 1–3 k.k. Poza tym niejasne pozostawało to, czy w art. 2 pkt 7 ustawy z 16 listopada 2000 r. chodzi o kategorie przestępstw godzących w jakikolwiek sposób w wymienione dobra prawne, popełnione dodatkowo łącznie (liczba mnoga). Tymczasem, jak wypada założyć, chodziło o ustanowienie karalności w zakresie konkretnych (pojedynczych) typów czynów zabronionych, określonych w rozdziale XVI i XX k.k. (przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstwa wojenne oraz przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu). Powstawała także uzasadniona wątpliwość dotycząca nieumyślności, skoro na objęcie ich zakresem penalizacji w odniesieniu do ataku terrorystycznego wskazują przepisy k.k. zawarte we wskazanych rozdziałach k.k. Tytułem przykładu wystarczy tutaj przywołać regulacje zawarte w art. 163 § 2 i art. 164 § 2 k.k., określające typy nieumyślnego spowodowania zdarzeń przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu oraz sprowadzenia ich niebezpieczeństwa. To zaś prowadzi do konstatacji, że ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu dopuszczała (przynajmniej teoretycznie) możliwość przeprowadzenia aktu terrorystycznego bez zamiaru, a jedynie przez niezachowanie reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach. Innymi słowy, ustawa ta teoretycznie dopuszczała możliwość, by do ataku terrorystycznego doszło np. przez „nieostrożne” rozsianie substancji szkodliwych, wirusów wąglika i sprowadzenie tym samym powszechnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia wielkich rozmiarów. Sytuacja taka wydaje się wprawdzie możliwa do wyobrażenia, jednak uznanie sprawcy takiego zdarzenia za zamachowca-terrorystę nieumyślnego przestępstwa może już budzić zastrzeżenia. Sama regulacja zdaje się zresztą w tej mierze kłócić z *ratio legis* ustawy z 16 listopada 2000 r. Co ciekawe jednak, bazując na tak skonstruowanej definicji legalnej aktu terrorystycznego, niektóre ze znanych w historii zamachów (jak chociażby przykładowo ten, który miał miejsce 1–3 września 2004 r. w Biesłanie w Osetii Północnej²⁹) nie zostałyby w ogóle zakwalifikowane jako takie. Stałoby się tak za sprawą „wyłączenia” spod katalogu przestępstw wskazanych w art. 2 pkt. 7 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu wzięcia lub przetrzymywania zakładnika celem zmuszenia organu państwowego do określonego zachowania się (art. 252 k.k.). Czyn taki stanowi bowiem prze-

²⁹ W 2004 r. w Biesłanie (Osetia Północna) zamachowcy dokonali zbrojnego ataku terrorystycznego na szkołę podstawową, którą okupowali przez kilka dni (1–3 września). Według danych w zamachu tym śmierć poniosło 339 osób, a ok. 1200 przetrzymywano jako zakładników; w większości były to dzieci. Por. G. Ślubowski, *Powiedz, co tu widziałeś*, „Newsweek Polska” 2004, nr 38, s. 38–39, a także: J. Giziński, G. Ślubowski, A. Zaucha, *Kaukaska pętla śmierci*, „Newsweek Polska” 2004, nr 37, s. 26–28.

stępstwo przeciwko porządkowi publicznemu (rozdział XXXII k.k.), a – dla przypomnienia – rozdział ten nie był wskazany w powołanym art. 2 pkt. 7 wspomnianej ustawy. Braki, którymi była obarczona definicja aktu terrorystycznego, wymusiły zatem potrzebę jej zmiany³⁰. W konsekwencji ustawą nowelizującą z 25 czerwca 2009 r. uchylono powyższą definicję, zastępując ją terminologią nawiązującą wyraźnie do samego tytułu ustawy z 16 listopada 2000 r.³¹

Zgodnie z art. 2 pkt. 10 ustawy z 16 listopada 2000 r. pod pojęciem finansowania terroryzmu nakazano rozumieć „czyn określony w art. 165a k.k.”. Warto nadmienić w tym miejscu, iż ten sam sposób rozumienia tego terminu przewiduje także obowiązująca od 13 lipca 2018 r. ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu z 1 marca 2018 r., która zastąpiła ustawę z 16 listopada 2000 r.³²

Penalizacja finansowania terroryzmu

Powołaną wyżej ustawą z 25 czerwca 2009 r. znowelizowano również k.k. Dodano do niego art. 165a³³, w którym spenalizowano zachowanie określone mianem finansowania terroryzmu. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem tego przepisu za takowe uznawano: gromadzenie, przekazywanie lub oferowanie środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości w celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Przepis ten rozdził jednak wiele zastrzeżeń, z których najpoważniejsze odnosiły się do przewidzianego w nim wymagania, aby sprawca finansowania terroryzmu realizował znamiona typu czynu zabronionego określonego w art. 165a k.k. „w celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. Tak określony ustawowy zestaw znamion prowadził bowiem do wniosku, że z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a k.k., mieliśmy do czynienia wówczas, gdy sprawca podejmował wskazaną w tym przepisie czynność sprawczą, tj. gromadził, przekazywał lub oferował środki płatnicze, o których mowa w art. 165a k.k., mając „na celu”

³⁰ Więcej na ten temat por. np. A. Golonka, *Finansowanie terroryzmu – zagrożenia i sposoby przeciwdziałania wnioski de lege lata i postulaty de lege ferenda*, „Ius et Administratio – Facultas Iuridica Universitatis Ressoviensis” 2016, z. 4, s. 6–8.

³¹ Tytuł ustawy zmieniony przez art. 1 pkt 1 ustawy z 25 czerwca 2009 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2009 r., nr 166, poz. 1317.

³² Por. art. 2 ust. 1 pkt 6 ustawy z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, Dz.U. z 2018 r., poz. 723.

³³ Dz.U. z 2009 r., nr 166, poz. 1317.

popelnienie (dodajmy – celowo!) innego czynu zabronionego, dla którego ustawodawca karny przewidział zagrożenie karą pozbawienia wolności nie niższą niż 5 lat (w górnej granicy) i przy założeniu, że będzie on ukierunkowany na poważne zastraszenie wielu osób lub zmuszenie organu państwowego do podjęcia lub zaniechania określonych czynności, względnie na wywołanie poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce, bądź czyn taki będzie oznaczał przynajmniej groźbę spowodowania któregoś z powyższych zdarzeń³⁴. Do takiej konkluzji prowadziła wykładnia omawianego przepisu, uwzględniająca definicję przestępstwa o charakterze terrorystycznym, wskazaną w art. 115 § 20 k.k. W obydwu przepisach (art. 165a k.k. w pierwotnym brzmieniu oraz art. 115 § 20 k.k.) postawiono bowiem wymaganie, aby stroną podmiotową sprawcy charakteryzował zamiar bezpośredni (działanie „w celu”). Taka konstrukcja opisu przestępstwa finansowania terroryzmu, poza tym, że ze swej istoty nie ułatwiała rozumienia samego pojęcia finansowania terroryzmu z uwagi na konieczność stosowania „podwójnego” odesłania („podwójnego”, jeżeli zważyć na art. 2 pkt. 10 ustawy z 16 listopada 2000 r. i – odpowiednio – art. 2 pkt. 6 ustawy z 18 marca 2018 r., odsyłający do art. 165a k.k., który z kolei wymaga sięgnięcia do art. 115 § 20 k.k.), to dodatkowo nasuwała już wtedy spore wątpliwości dotyczące praktycznego jej zastosowania. Wynikały one z konieczności każdorazowego wykazania znamienia podmiotowego (czyli „celu” działania sprawcy). Zachodziła zatem potrzeba wykazania tego, iż sprawca gromadzi, przekazuje lub oferuje środki płatnicze w celu popelnienia przestępstwa, którego (na tym etapie jeszcze potencjalnym i zarazem „dalszym”) celem będzie cel wskazany w art. 115 § 20 k.k., a więc np. zmuszenie organu państwowego do podjęcia zachowania pożądanego dla sprawcy, jak wycofanie sił zbrojnych z terytorium jakiegoś państwa. Na etapie, na którym nie zostało jeszcze przeprowadzone przestępstwo o charakterze terrorystycznym, „dla potrzeb” popelnienia którego gromadzone są środki finansowe, ustalenie rzeczywistego, owego „dalszego” celu wydaje się co najmniej trudne, o ile w ogóle możliwe do ustalenia. Powyższa konstrukcja prowadziła bowiem do oparcia się w głównej mierze na znamionach określających stronę podmiotową (w szczególności w przytoczonym przykładzie, gdy brak jest realizacji znamion innego typu czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo o charakterze terrorystycznym).

W rezultacie w wyniku przeprowadzonej nowelizacji art. 165a k.k. przepis ten od 13 lutego 2016 r. przybrał następujące brzmienie: „Kto gromadzi, przekazuje lub oferuje środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomo-

³⁴ Więcej na temat „przestępstwa o charakterze terrorystycznym” por. R. Zgorzały, *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7–8, s. 70–71, a także: A. Golonka, *Terroryzm jako „nowe źródło zagrożeń”...*, s. 331–336.

ści w zamiarze sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym albo udostępnienia ich zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie takiego przestępstwa lub osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku”³⁵. Nowela z 9 października 2015 r. usunęła wprawdzie podwójną kierunkowość (wynikającą z posłużenia się w opisie typu czynu zabronionego, o którym mowa w art. 165a k.k. znamieniem „w zamiarze” zamiast dotychczasowym, wskazującym na celowe nastawienie sprawcy), pozostawiła ona jednak wszelkie niejasności wiążące się z definicją legalną „przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. Co istotne jednak, nowela ta uzupełniła opis tego typu czynu o dodatkowe znamiona, prowadzące do objęcia zakresem tego przepisu czynności sprawczej polegającej także na udostępnieniu środków majątkowych: „zorganizowanej grupie lub związkowi **mającym na celu** [podkr. – A.G.] popełnienie takiego przestępstwa lub osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku”. Także i w takim kształcie przepis ten nie był doskonały, wobec czego jego zmiana spotkała się z krytyką³⁶. Nie to jednak, jak wynika z podanych motywów legislacyjnych, stanowiło bezpośredni powód jego kolejnej nowelizacji.

Artykuł 165a k.k. i *ratio legis* kolejnej zmiany tego przepisu

Artykuł 165a k.k. w podanym wyżej brzmieniu nie uchował się jednak długo, bowiem ustawodawca karny zdecydował o jego ponownej zmianie nowelą z 23 marca 2017 r.³⁷ Zanim jednak przyjdzie przytoczyć treść powołanego przepisu w jego aktualnym brzmieniu, wypada pochylić się nad *ratio legis* jego nowelizacji.

W tym względzie zaś w pierwszej kolejności należałoby odwołać się do opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Jak w niej wskazano, zakres definicji zawartej w art. 115 § 20 k.k. jest zbyt wąski, co „wymaga modyfikacji zapewniającej jej spójność z unormowaniami Międzynarodowej Konwencji o Zwalczaniu Finansowania Terroryzmu. [...] Zalecenie generalne sprowadza się do wprowadzenia kryminalizacji zachowań polegających na przekazywaniu środków organizacji terrorystycznej lub terrorystyce w jakimkolwiek celu. Zalecany zabieg legislacyjny miałby polegać na uzupełnieniu definicji legalnej przestępstwa o charakterze terrorystycznym w sposób gwarantujący objęcie zakresem definiowanego pojęcia wszelkich przestępstw

³⁵ Dz.U. z 2015 r., poz. 1855.

³⁶ Więcej na ten temat por. A. Golonka, *Kodeks karny wobec terroryzmu – refleksje dotyczące obecnego stanu prawnego i postulaty de lege ferenda*, w: *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego – dylematy ustawodawcy*, red. W. Cieślak, M. Romańczuk-Grodzka, Olsztyn 2017, s. 368–376.

³⁷ Ustawa z 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2017 r., poz. 768.

przewidzianych w umowach międzynarodowych wymienionych w Aneksie do ww. Konwencji³⁸. Ponadto, jak wyraźnie zaznaczył projektodawca nowelizacji w odniesieniu do § 1 art. 165a k.k. i wprowadzenia do tego przepisu całego katalogu przestępstw, które zresztą, jak sam zauważył: „niekonicznie same w sobie mają charakter terrorystyczny”³⁹, zmiana ta podyktowana była zaleceniami Moneyval i wdrażanymi przez ten Komitet rekomendacjami FATF (Grupa Specjalna do Spraw Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy, ang. *The Financial Action Task Force*). Dodatkowo motywem tej zmiany była wykładnia Konwencji Narodów Zjednoczonych dotyczącej zwalczania prania pieniędzy. Jak podkreślano w uzasadnieniu projektowanej zmiany, w tym kontekście finansowaniem terroryzmu objęto więc nie tylko przestępstwa, „które są *stricte* terrorystyczne i o charakterze terrorystycznym, [...] ale również za finansowanie terroryzmu uznaje się finansowanie niektórych innych przestępstw, które niekonicznie mogą być popełniane w celu zastraszenia bądź wywarcia takiego wpływu jak przestępstwo terrorystyczne. Chodzi tutaj o przestępstwa, które zostały wymienione w aneksie do Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu prania pieniędzy i zwalczaniu terroryzmu. [...] Tak naprawdę ten katalog jest szerszy, bo znajdują się w nim na przykład takie przestępstwa, jak zabójstwo, bo chodzi na przykład o zabójstwo dyplomaty, które również uznawane jest za akt terroryzmu, ale w projekcie staraliśmy się ująć tylko te czyny, których natura może być taka, że mogą być po prostu terrorystyczne i stąd właśnie to rozszerzenie”⁴⁰.

W tym miejscu już tylko dla porządku godzi się podnieść, iż przestępstwa wymienione w aneksie do Konwencji Narodów Zjednoczonych obejmują takie czyny, jak: bezprawne zawładnięcie statkiem powietrznym, skierowane przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego i portów lotniczych, polegające na wzięciu zakładnika, bombowym ataku terrorystycznym, godzące w bezpieczeństwo stałej platformy umieszczonej na szelfie kontynentalnym, przeciwko osobom

³⁸ Opinia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości przyjęta po dyskusji plenarnej 18 lutego 2014 r., dostępna na stronie: https://www.google.pl/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=19&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi3z6PWkqPZA hQKHX_VAFI4ChAWCE0wCA&url=http%3A%2F%2Fbip.ms.gov.pl%2Fpl%2Fdzialalnosc%2Fkomisje-kodyfikacyjne%2Fkomisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego%2Fopinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego%2Fdownload%2C2663%2C1.html&usg=AOvVaw2YwC03HzSRgGUWzZ1-YJ5-J (15.02.2018).

³⁹ Tekst po posiedzeniu podkomisja nadzwyczajna do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1186) z 21 lutego 2017 r., dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/biuletyny.xsp?view=S> (15.02.2018).

⁴⁰ Tekst po posiedzeniu podkomisja nadzwyczajna do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1186) z 21 lutego 2017 r., dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/biuletyny.xsp?view=S> (15.02.2018).

korzystającym z ochrony międzynarodowej, a także naruszające postanowienia Konwencji o ochronie fizycznej materiałów jądrowych, przyjętej w Wiedniu 3 marca 1980 r.⁴¹

W rezultacie zmiany wprowadzonej powołaną wyżej ustawą nowelizującą k.k. z 23 marca 2018 r. art. 165a k.k. przybrał następujące brzmienie: „Art. 165a. § 1. Kto gromadzi, przekazuje lub oferuje środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości w zamiarze sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa, o którym mowa w art. 120, art. 121, art. 136, art. 166, art. 167, art. 171, art. 252, art. 255a lub art. 259a, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. § 2. Tej samej karze podlega, kto udostępnia mienie określone w § 1 zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie przestępstwa, o którym mowa w tym przepisie, osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku lub osobie, która ma zamiar popełnienia takiego przestępstwa. § 3. Kto, nie będąc do tego obowiązany na mocy ustawy, pokrywa koszty związane z zaspokojeniem potrzeb lub wykonaniem zobowiązań finansowych grupy, związku lub osoby, o których mowa w § 2, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 4. Tej samej karze podlega sprawca czynu określonego w § 1 lub 2, który działa nieумыślnie”.

Już pobieżna analiza tego przepisu pozwala dostrzec, iż wprowadzono do niego nowe typy omawianego przestępstwa. Pozostając jednak przy kwestii leitmotivu zmiany, który powinien przecież stanowić *ratio* nadania nowego brzmienia odnośnemu przepisowi, wypada zauważyć, że art. 165a k.k. po jego ostatniej nowelizacji nie tylko nie usuwa pojawiających się wątpliwości, ale wręcz je potęguje.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż w świetle uzasadnienia powodów legislacyjnych zmiana polegająca na utworzeniu katalogu przestępstw objętych zakazem ich finansowania stanowi realizację postulatu zgodności z prawem międzynarodowym w odniesieniu do czynów stypizowanych w art. 120, 121, 136, 166, 167 i 252 k.k.

Powyższe pozwala na postawienie pytania o to, czy katalog ten (bacząc na uzasadnienie wspomnianej nowelizacji) jest kompletny, tj. czy uwzględniono w nim wszystkie czyny, których natura – jak przecież zaznaczył sam projektodawca – jest taka, że „mogą być po prostu terrorystyczne”. Odpowiedź na tak postawione pytanie musi być negatywna. Wynika to z tego, że w istocie rzeczy wiele przestępstw może być „po prostu terrorystycznych”, czemu zresztą zdaje się dawać wyraz również sam ustawodawca, przewidując takie, a nie inne kryteria pozwalające na przyjęcie, że *in concreto* popełnione przestępstwo zostanie za takie uznane, jeżeli nosi ono znamiona „terrorystycznego” (determinuje to cel

⁴¹ Dz.U. z 2004 r., nr 263, poz. 2620.

działania sprawcy oraz ustawowe zagrożenie karą – nie niższą niż 5 lat pozbawienia wolności w górnej granicy tego zagrożenia). Wydaje się, że równie dobrze zakazem ich finansowania (jako mogące mieć charakter terrorystyczny) powinny być objęte takie przestępstwa, jak chociażby te uregulowane m.in. w art. 119 k.k. (przestępstwo stosowania przemocy lub groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości), art. 118a k.k. (przestępstwo brania udziału w masowym zamachu lub choćby w jednym z powtarzających się zamachów skierowanych przeciwko grupie ludności), art. 264a k.k. (przestępstwo polegające na umożliwieniu lub ułatwieniu innej osobie pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej) czy art. 258 k.k. (udział lub kierowanie zorganizowaną grupą lub związkiem mającym na celu popełnianie przestępstw). Do tego ostatniego zresztą odsyła wprost art. 259a k.k., uwzględniony w art. 165a § 1 k.k.

Niejasny jest także powód pominięcia w art. 165a § 1 k.k. czynów takich, jak te stypizowane w art. 134 k.k. (zamach na życie Prezydenta RP) czy art. 135 k.k. (dopuszczenie się czynnej napaści na głowę naszego państwa), wobec uwzględnienia w nim równocześnie art. 136 k.k. penalizującego dopuszczenie się czynnej napaści na głowę obcego państwa lub akredytowanego szefa przedstawicielstwa dyplomatycznego takiego państwa albo osobę korzystającą z podobnej ochrony na mocy ustaw, umów lub powszechnie uznanych zwyczajów międzynarodowych.

Co więcej, analiza powyższego katalogu rodzi poważne obiekcje odnoszące się do art. 121 § 2 k.k., który przewiduje karalność zachowania polegającego na dopuszczeniu do popełnienia przestępstwa określonego w § 1. Pomijając w ogóle kwestię zasadności karania za finansowanie dopuszczenia do realizacji czynów określonych w § 1 k.k., co nie wydaje się trafne *per se*, należy odnotować także lukę, która powstała po wprowadzeniu do k.k. art. 126b k.k. Pojawia się bowiem pytanie o powód, dla którego ustawodawca nie uznał za stosowne objąć analogicznym zakazem przestępstwa określonego w art. 120 k.k., do którego odsyła art. 126b k.k. (niedopełnienie obowiązku należytej kontroli i dopuszczenie tym samym do popełnienia przez osobę pozostającą pod jego faktyczną władzą lub kontrolą czynu określonego m.in. w art. 120 k.k.). Artykuł 120 k.k., podobnie jak i art. 121 § 1 k.k., ustawodawca uwzględniła zaś w katalogu przestępstw objętych zakazem ich finansowania.

Nie mniej zastrzeżeń budzi także uwzględnienie w katalogu przestępstw wskazanych w § 1 art. 165a k.k. czynów stypizowanych w następujących artykułach: 255a § 1 k.k. (przestępstwo rozpowszechniania lub publicznego prezentowania treści mogących ułatwić popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym).

stycznym – dodatkowo „w zamiarze, aby przestępstwo takie zostało popełnione”, art. 255a § 2 k.k. (przestępstwo uczestniczenia w szkoleniu mogącym umożliwić popełnienie takiego przestępstwa, jeżeli przyświeca mu cel, jakim jest popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym), a także art. 259a k.k. (przestępstwo przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej w celu popełnienia na terytorium innego państwa przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa określonego w art. 255a lub art. 258 § 2 lub 4 k.k.). Nie potrzeba chyba wytykać naszemu ustawodawcy, że przez taki zabieg legislacyjny wyeksponował on „z nadatkiem” trudności wiążące się z wymaganiami dotyczącym podwójnej kierunkowości. Każde ze wskazanych wyżej przestępstw, których zamierzone finansowanie jest penalizowane, zawiera bowiem w swoim opisie określenie „przestępstwo o charakterze terrorystycznym”, które zgodnie z art. 115 § 20 k.k. wymaga realizacji zachowania sprawczego we wskazanym w tym przepisie celu, które zarazem stanowi o istocie (celowo) podejmowanego zachowania sprawczego, stypizowanego w każdym z powołanych wyżej przepisów⁴².

Warto byłoby także zasugerować w tym miejscu propozycję zmiany „przestępstwa o charakterze terrorystycznym”, a precyzyjnie – rozważyć uchylenie art. 115 § 20 k.k. na rzecz wprowadzenia, jako odrębnego typu czynu zabronionego, przestępstwa zamachu terrorystycznego. Przepis ten mógłby przybrać następujące brzmienie: „Kto dopuszcza się zamachu na życie lub zdrowie wielu osób lub mienie w znacznych rozmiarach, prowadzącego do zastraszenia wielu osób, zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności lub wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej, albo posługuje się groźbą takiego zachowania, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 3 lata pozbawienia wolności” (uznając za zasadne uczynienie z tego przestępstwa zbrodni, z zastrzeżeniem, iż pod rozważenie ustawodawcy należałoby poddać ewentualnie surowsze zagrożenie karą pozbawienia wolności, np. zagrożenie karą na czas nie krótszy od lat 5). Można by zastanowić się także nad zasadnością ustanowienia karalności przygotowania zamachu terrorystycznego, które zgodnie z art. 16 k.k. pozostaje bezkarne w braku odpowiedniej regulacji w tym względzie. Wydaje się natomiast, że pod-

⁴² Zgodnie z art. 115 § 20 k.k. z przestępstwem o charakterze terrorystycznym mamy do czynienia, gdy sprawca dopuszcza się popełnienia czynu zabronionego zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, a czyn ten został popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób,
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej, a także groźba popełnienia takiego czynu.

jęcie zachowania mającego na celu stworzenie warunków do podjęcia zachowania zmierzającego bezpośrednio do przeprowadzenia ataku terrorystycznego jest tym „etapem” (stadium) popełnienia omawianego przestępstwa, które uzasadnia jego karalność, co poniekąd idzie w parze z kryminalizacją finansowania terroryzmu (oczywiście jako odrębnego czynu). Świadczy to jednak o położeniu akcentu na prewencję w zakresie przeciwdziałania atakom terrorystycznym. Zaletą takiego rozwiązania byłoby wyeliminowanie wielu trudności, które wynikają z nadania „przestępstwu o charakterze terrorystycznym” mocy definiowania (m.in. wspomniane już trudności rodzące się na tle możliwości, podwójnej kierunkowości, wynikającej z ograniczenia się w zasadzie jedynie do kryterium przedmiotowego – „w celu” i uwzględnienia wyłącznie granicy zagrożenia karą, a także posługiwania się znamionami ocennymi, nieostrymi oraz wadliwej konstrukcji przepisu w części dotyczącej groźby). Taki stan rzeczy z pewnością nie sprzyja „odkodowaniu normy” wyrażonej w przepisie art. 165a k.k., co w praktyce jedynie potęguje problemy z jego stosowaniem.

Natomiast odnosząc się do dalszych uwag, z których wynikają postulaty dotyczące zmiany samego art. 165a k.k., to należałoby dokonać korekty legislacyjnej zwrotów, którymi ustawodawca posługuje się w § 2 tego artykułu. Precyzyjnie zaś, w odniesieniu do zwrotu, którym posłużył się on w tym przepisie, wskazując na „mienie określone w § 1”, wypada zadać pytanie, o jakie mienie chodziło ustawodawcy – czy o „mienie ruchome”, przyjmując, że za pierwszoplanową systemie polskiego prawa (także karnego) uznaje się wykładnię językową, czy też o wszelkie wartości majątkowe wymienione w § 1 tego artykułu, a zatem odwołać się jednak (z konieczności) do wykładni systemowej, w szczególności zaś posilkować się w tym względzie art. 44 k.c.

Na zakończenie nie sposób byłoby nie wspomnieć o nieumyślnym typie przestępstwa finansowania terroryzmu, który od 27 kwietnia 2017 r., czyli od daty wejścia w życie analizowanej nowelizacji, przewiduje art. 165a k.k. w § 4.

Wypada przypomnieć, iż w myśl art. 9 § 2 k.k. czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca, nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał (świadoma nieumyślność) albo mógł przewidzieć (nieświadoma nieumyślność). W kontekście omawianego proceduru zapis taki wydaje się być co najmniej niezrozumiały, żeby nie powiedzieć – wręcz nielogiczny.

Po pierwsze, nie jest zrozumiałe, jak nieumyślny typu czynu, o którym mowa w § 4 art. 165a k.k., ma się do zakresu znamion przedmiotowych opisanych w § 1 i 2, z których jednym jest przecież przestępstwo o charakterze terrorystycznym, które (co raz jeszcze wypada zasygnalizować) wymaga kierunkowego nastawienia sprawcy (*dolus directus coloratus*), a zatem *per se* jest ono determinowane celem (znamieniem przedmiotowym). Po wtóre, odwołując się do moty-

wów wprowadzenia tej regulacji, warto zauważyć, iż projektodawca zakładał jedynie taką formę nieumyślności, która odpowiada jej świadomej formie, skoro przewiduje, że „[p]odejrzanie przestępnego przeznaczenia mienia musi przy tym wynikać z pewnego ciągu informacji, który, przy pomocy zasad logicznego rozumowania, pozwala założyć wykorzystanie mienia w celu wsparcia działalności terrorystycznej. Nie może się natomiast opierać jedynie na domysłach, pogłoskach lub stereotypach”⁴³. Niestety wskazanie takie żadną logiczną miarą nie daje się wyprowadzić z art. 165a § 4 k.k.

Wreszcie należy zadać pytanie o reguły ostrożnego postępowania, jakimi należałoby się w takim przypadku kierować. Zważywszy na fakt, że wspomniany przepis statuuje przestępstwo powszechne, wątpliwe wydaje się skorzystanie w tej mierze z zapisów przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu z 1 marca 2018 r., które zresztą nie przewidują precyzyjnie kryteriów oceny ryzyka. Tym bardziej więc nieuzasadnione wydaje się oczekiwanie, by „modelowy obywatel”, który to wzorzec można odnieść do przewidywania bądź możliwości przewidzenia, znał inne regulacje, w szczególności takie, jak Wspólne Wytyczne wydane na podstawie art. 17 i 18 ust. 4 dyrektywy (UE) 2015/849 w sprawie uproszczonych i wzmożonych środków należytej staranności wobec klientów oraz czynników, które instytucje finansowe powinny uwzględnić podczas oceny ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w powiązaniu z indywidualnymi stosunkami gospodarczymi i transakcjami sporadycznym” z 4 stycznia 2018 r.⁴⁴ Nie są to bowiem reguły ostrożnego postępowania stosowane powszechnie w obrocie finansowym, przez co także i trudno oczekiwać ich dochowania od przeciętnego obywatela.

Podsumowanie

Reasumując, w nawiązaniu do tematyki przewodniej tego opracowania, czyli próby spojrzenia na kolejne nowelizacje, jakim został poddany art. 165a k.k. w przeciągu stosunkowo niedługiego okresu jego obowiązywania, pod kątem zasadności ich przeprowadzenia tudzież ich całościowego podsumowania z punktu widzenia tendencji ustawodawczych, jakie (na bazie powołanej regulacji) wykazuje nasz legislator w zakresie poddawania przepisów prawno-karnych zmianom, należy wyciągnąć następujące wnioski: po pierwsze, na gruncie po-

⁴³ Tekst po posiedzeniu podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1186) z 21 lutego 2017 r., dostępny na stronie: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/biuletyny.xsp?view=S> (15.02.2018).

⁴⁴ Wytyczne dostępne na stronie: https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Guidelines%20on%20Risk%20Factors_PL_04-01-2018.pdf (2.05.2018).

wyższego nasuwa się spostrzeżenie, iż kierunek, w jakim podąża nasz ustawodawca karny jest często podyktowany potrzebą dostosowania rodzimych regulacji karnych do unormowań prawa międzynarodowego (lub wspólnotowego). Po wtóre, dzieląc potrzebę zmian uzasadnionych tym faktem, jak również rozumiejąc potrzebę pozostawiania polskich przepisów karnych w zgodzie ze wspomnianymi unormowaniami, należy jednak z całą stanowczością zaprotestować przeciwko ich zbyt pochopnej „implementacji”. W tym względzie można bowiem zauważyć niepokojącą tendencję polegającą na próbie zbyt dosłownego transponowania przepisów międzynarodowych na rodzimy grunt. Jest to wynikiem pewnego „automatyzmu legislacyjnego”, nierzadko popartego nadmiernym pośpiechem w ich opracowaniu tudzież podyktowanego obawą przed naruszeniem terminu ich wprowadzenia do krajowego porządku prawnego. W rezultacie tworzone prawo obarczone jest wcale nie jednokrotnie licznymi nieścisłościami i lukami, przez co utrudnione jest jego stosowanie. Znakomitym tego przykładem okazuje się – niestety – art. 165a k.k., w przypadku którego można dojść do przekonania, iż *ratio legis* jego ostatniej zmiany zostało w istocie wypaczone, a sam sens przeprowadzenia tej nowelizacji, w obliczu zastrzeżeń podniesionych w tym opracowaniu, staje się wysoce wątpliwy.

Bibliografia

- Borkowski R., *Terroryzm*, w: *Konflikty współczesnego świata*, red. R. Borkowski, Kraków 2001.
Co warto wiedzieć o finansowaniu terroryzmu, <http://euroislam.pl/co-warto-wiedziec-o-finansowaniu-terroryzmu> (12.10.2018).
- Giziński J., Ślubowski G., Zaucha A., *Kaukaska pętla śmierci*, „Newsweek Polska” 2004, nr 37.
- Golonka A., *Finansowanie terroryzmu – zagrożenia i sposoby przeciwdziałania wnioski de lege lata i postulaty de lege ferenda*, „Ius et Administratio – Facultas Iuridica Universitatis Resso- viensis” 2016, z. 4.
- Golonka A., *Kodeks karny wobec terroryzmu – refleksje dotyczące obecnego stanu prawnego i postulaty de lege ferenda*, w: *Między stabilnością a zmiennością prawa karnego – dylematy ustawodawcy*, red. W. Cieślak, M. Romańczuk-Grodzka, Olsztyn 2017.
- Golonka A., *Terroryzm jako „nowe źródło zagrożenia”*, w: *Zmiany prawa karnego po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk, Lublin 2006.
- Hall B., *ISIS Państwo Islamskie. Brutalne początki armii terrorystów*, Warszawa 2015.
- Hołyst B., *Terroryzm*, t. 1, Warszawa 2011.
- Indecki K., *Kilka uwag na temat istoty terroryzmu*, „Przegląd Policyjny” 1994, nr 2–3.
- Indecki K., *Kryminalizacja aktu terrorystycznego – zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Lodzensis, Folia Iuridica” 2004, nr 67.
- Irak ogłasza zwycięstwo nad ISIS. Terrorysty stracili całe terytorium*, <https://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1953415,Irak-oglasza-zwyciestwo-nad-ISIS-Terrorysty-stracili-cale-terytorium> (29.10.2018).
- Liedel K., *Zwalczanie terroryzmu międzynarodowego w polskiej polityce bezpieczeństwa*, Warszawa 2010.

Państwo Islamskie straciło niemal całe terytorium, ale pozostaje groźne. Ma 30 tys. bojowników, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114881,23784366,panstwo-islamskie-stracilo-niemal-cale-terytorium-ale-pozostaje.html> (29.10.2018).

Raufe X., *Atlas radykalnego islamu*, Warszawa 2011.

Ślubowski G., *Powiedz, co tu widziałeś*, „Newsweek Polska” 2004, nr 38.

Wądołowska A., *Skąd Państwo Islamskie ma pieniądze? „Wcześniej od bogatych Saudyjczyków i Katarczyków. Dziś samo kontroluje pola naftowe”*, http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,114871,16515178,Skad_Panstwo_Islamskie_ma_pieniadze_Wczesniej_od.html (11.08.2018).

Wejkszner A., *Państwo islamskie: narodziny nowego kalifatu?*, Warszawa 2016.

Zgorzały R., *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7–8.

Streszczenie

Przedmiotem opracowania są zagadnienia dotyczące przestępstwa finansowania terroryzmu określonego w art. 165a k.k. Przepis ten w ciągu kilku ostatnich lat był niejednokrotnie nowelizowany, co już w założeniu nie jest poprawne, a dodatkowo rodzi obawę o jakość tworzonego prawa. W omawianym przypadku niepokój ten okazuje się być w pełni uzasadniony, czego rozwinięciu poświęcony jest niniejszy artykuł. Kwestie związane z finansowym wspieraniem terroryzmu zostały w nim zaprezentowane w szerszym kontekście, uwzględniającym ich tło, jakim jest problematyka terroryzmu. W świetle aktualnego stanu prawnego tworzy je definicja „przestępstwa o charakterze terrorystycznym” zawarta w art. 115 § 20 k.k. Sposób ujęcia tego przestępstwa wobec jednoczesnego braku odrębnego typu zabronionego, który określałby zamach terrorystyczny, znajdują swoje przełożenie w trudnościach związanych z wykładnią art. 165a k.k. Ich ukazaniu, a także wysunięciu stosownych postulatów *de lege ferenda* poświęcone jest niniejsze opracowanie.

Słowa kluczowe: terroryzm, finansowanie terroryzmu, Kodeks karny

TERRORISM AND ITS FINANCING IN THE CONTEXT OF AMENDING ARTICLE 165A OF THE CRIMINAL CODE

Summary

The subject of the study are issues related to the crime of financing terrorism, described in Article 165a of the Criminal Code. This provision in the last few years has been amended many times, what is not correct in principle, and additionally raises the concern about the quality of the law being created. In the discussed case these fears turn out to be fully justified. Issues related to the financial support of terrorism in this study have been presented in a broader context, taking into account their background, which is the problem of terrorism. In the light of the current legal situation, this creates the definition of "terrorist offenses" regulated in Article 115 § 20 of the Criminal Code. The manner of describing this crime, in the face of simultaneous lack of a separate type of prohibited act, which would define a terrorist attack, is reflected in the difficulties related to the interpretation of the Article 165a of the Criminal Code. Their presentation, as well as to put forward some relevant *de lege ferenda* postulates, is devoted to this study.

Keywords: terrorism, financing of terrorism, Criminal Code

Wojciech Gonet

Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach
ORCID: 0000-0003-0066-706X

**EXCEEDING THE FINANCIAL PLAN IN TERMS OF COSTS
IN LOCAL GOVERNMENT BUDGETARY ENTITIES
AND BUDGET INSTITUTIONS AS A VIOLATION
OF THE PUBLIC FINANCE DISCIPLINE****Introduction**

The provision of art. 11 sec. 1 [Journal of Laws 2017, item 1311] stipulates that making public expenditures without authorization (as specified in the budgetary act, a budgetary resolution or a financial plan), or exceeding the scope of this authorization, or making them in violation of the regulations regarding individual types of expenditure – is a violation of the public finance discipline. The aforementioned regulation stipulates that expenditures should be made up to the amount determined in the financial plan. The basis for the financial management of local government budgetary entities and budget institutions is the annual financial plan [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 15 sec. 2, art. 24 sec. 2]. The plan of a local government budgetary entity includes revenues, including subsidies from the budget of a local government unit, costs and other burdens, current assets, receivables and liabilities at the beginning and at the end of the period, and settlements with the budget of a local government unit [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 15 sec. 2]. The financial plan of a budgetary economy institution includes [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 24]: operating revenues, state budget subsidies, cost statements (functioning of such a budget institution, implementation of separate tasks – detailing wages and premiums charged on them, interest payments resulting from liabilities incurred and purchase of goods and services, funds for property expenses), financial result, balance of receivables and liabilities at the beginning and at the end of the year, cash balance at the beginning and at the end of the year. In the abovementioned provisions concerning the structure of annual financial plans of local governmen-

tal budgetary entities and budget institutions, the concept of expenditure was used only once, i.e. art. 24 sec. 2 point 4 [Journal of Laws of 2017, item 2077], i.e. „funds for property expenses”. A literal interpretation of art. 11 sec. 1 [Journal of Laws of 2017, item 1311] indicates that this provision does not apply to exceeding the financial plans of local government budgetary entities, as the provision of art. 15 sec. 2 [Journal of Laws of 2017, item 2077] does not include the term „expenditures”, while in budget institutions it would only refer to exceeding the capital expenditures, as the only expenditures listed in art. 24 sec. 2 point 4 [Journal of Laws of 2017, item 2077]. The provision of art. 44 sec. 1 point 3 [Journal of Laws of 2017, item 2077] provides that public expenditures may be incurred for the purposes and in the amounts determined in the financial plan of the public finance sector entities, i.e. a local government budgetary entity [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 9] and a budget institution [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 9 point 6]. There are costs in the financial plans of the local government budgetary entities and the budget institutions which do not appear in art. 11 sec. 1 [Journal of Laws of 2017, item 1311]. It may happen that the total costs in the financial plan will be exceeded. However, it is not obvious whether there is a breach of public finance discipline in such cases, i.e. art. 11 sec. 1 [Journal of Laws of 2017, item 1311], despite the fact that the Public Finance Act uses the terms „expenditures” and „costs” interchangeably.

The aim of the article is to analyze whether exceeding cost limits in the annual financial plan of the local government budgetary entities and the budget institutions may be considered a violation of public finance discipline, basing on art. 11 sec. 1 [Journal of Laws of 2017, item 1311].

The study uses a logical and linguistic research method for the analysis of provisions of law. Moreover, the analysis of the judgments of the Chief Adjudicating Commission was carried out. To a limited extent, the literature of the subject was analyzed due to the lack of studies closely related to the theme of the article.

The concept of expenditures and costs

The Public Finance Act and the Act on liability for violation of public finance discipline do not define the terms „expenditures” and „costs”. This was noticed in the judgment of the Chief Adjudicating Commission of 6 September 2007 [Decision No. DF/GKO-17/18/RN-5/07/856], where the lack of definition of „expenditure” was indicated. In this judgment, it was assumed that „the term «expenditure» may be applied in the sense of cash (on cash basis), according to which the expenditure takes place at the time of payment of the obligation”. This

approach is used in budgetary units. Other entities of the public finance sector, including budgetary entities, use accrual accounting in planning, recording and reporting, which means that the key reference is revenue (recorded mainly at the moment when receivables arise) and costs (recorded mainly at the moment when liability arise), and not income and expenditures.

In the absence of a definition of costs and expenditures in the Public Finance Act and the Act on liability for violation of public finance discipline, definitions of these concepts should be derived from other acts of law, as well as from the Polish language dictionary [the Polish Language Dictionary]. Provisions of art. 3 sec. 1 points 31-32 of the Accounting Act [Journal of Laws of 2016, item 1047] define the „costs” as follows:

- 1) costs and losses – probable decreases, in a certain reporting period, of economic benefits, with a reliably determined value, in a form of a decrease in the value of assets, or an increase in the value of liabilities and reserves, that will lead to a decrease in equity capital or increase of its shortfall in a different way than withdrawal of funds by shareholders or owners;
- 2) other operating costs and revenues - costs and revenues indirectly related to the operating activity of the entity, in particular costs and revenues related to:
 - a) social activities,
 - b) the sale of fixed assets, fixed assets under construction, intangible assets, as well as immovable property and intangible assets included in the investment,
 - c) maintaining real estate and intangible assets included in the investment, including updating the value of these investments, as well as their reclassification to fixed assets and intangible assets accordingly, if the market value or otherwise determined fair value was used to assess the value of the investment,
 - d) write-off of receivables and liabilities which are barred, cancelled, and uncollectable, with the exception of receivables and liabilities of a non-payable public nature,
 - e) establishing and terminating the reserves, with the exception of the reserves related to financial operations,
 - f) write-offs updating the value of assets and their adjustments, except for write-downs incurring financial costs,
 - g) damages and penalties,
 - h) the transfer or receipt of assets free of charge, including donations, and including cash for other purposes than subsidies for selling prices, acquisition or production of fixed assets, fixed assets under construction or intangible assets,
 - i) random events.

Annex No. 1 to the Accounting Act indicates that the expenditures are: deliveries and services, net remuneration, social and health insurance, and other benefits, taxes and fees of public nature, and other operating expenses.

The provision of art. 25b sec. 2 of the Act on personal income tax [Journal of Laws of 2016, item 2032] indicates that the expenditure is the value of assets accumulated in the tax year or the amount of funds spent in the tax year when it is not possible to determine the tax year in which the funds were collected. In the Act on corporate income tax, the concept of „expenditure” occurs in the context of indicating which expenses constitute tax-deductible costs, e.g. art. 15 sec. 1d [Journal of Laws of 2018, item 1036], i.e. the costs of earning of the revenue are also expenses incurred by the employer to ensure the correct implementation of the employee pension scheme within the meaning of the provisions on employee pension schemes and, among others, in the following sections: 1e, 1f, 1h, 1n of the art. 15 of the Act on corporate income tax [Journal of Laws of 2018, item 1036].

According to the Polish language dictionary [The Polish Language Dictionary]:

- 1) an expenditure is „a sum to be spent or a sum spent on something”,
- 2) public expenditures are „cash disbursed by the state and local governments for the implementation of their tasks”,
- 3) a cost is „a sum of money spent on buying or paying for something”,
- 4) costs are „expenditures incurred by an enterprise to produce a specific product”,
- 5) a tax deductible cost is „a specific type of costs that can be deducted by a taxpayer from earned income”.

The budget institution obtains its legal personality, i.e. it becomes a legal person, upon being registered in the National Court Register [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 23 sec. 5]. The provision of art. 6 of the Act on corporate income tax [Journal of Laws of 2018, item 1036], concerning corporate exemptions from corporate tax, does not indicate the budget institution as an entity exempted from paying the tax in question. This means that the budget institutions will be subject to the provisions of the Act on corporate income tax, regarding the eligibility of expenditures as tax-deductible expenses. The same applies to the local government budgetary entity, that, as another organizational unit without legal personality, is a taxpayer of corporate income tax, on the basis of art. 1 sec. 2 of the abovementioned Act [Journal of Laws of 2018, item 1036]¹. The provisions of the Act on corporate income tax, i.e. art. 15 sec. 1d, 1e, 1f, 1h, 1n, [Journal of Laws of 2018, item 1036] conclude that there is a connection between expenditures and costs of earning of the revenue, which means that not every expenditure is tax-deductible. In a budget institution, as in other entities with legal personality and organizational units without legal personality, i.e. local government budgetary entities, not every expenditure will be a tax-deductible

¹ Also [Letter of 13.03.2017].

cost. The provisions of the Accounting Act, the Act on personal income tax, the Act on corporate income tax and dictionary definitions indicate that „expenditures” and „costs” are not identical concepts. In the budget institution and in the local government budgetary entity, expenditures and costs can not be equated. Expenditures can be considered as costs when they constitute tax deductible costs.

Relying on the judgment of the Chief Adjudicating Committee of 6 September 2007 [Decision No. DF/GKO-17/18/RN-5/07/856], in the literature there was an opinion expressed that incurring costs over the limit specified in the financial plan of the public finance sector unit means also exceeding the scope of the authorization to make expenditures [Kościńska-Paszkowska, 2012]. In view of the above considerations, this view should be considered as not fully correct.

Penalizing cost overruns in annual financial plans *de lege ferenda*

The cases of violation of the public finance discipline in local government budgetary entities are considered by the regional adjudicating commissions at the regional accounting chambers [Journal of Laws of 2017, item 1311, art. 51]. Budget institutions can be created by [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 23 sec. 2]:

- 1) the minister or the Chief of the Chancellery of the Prime Minister, with the consent of the Council of Ministers, given at request,
- 2) the body or the head of the unit referred to in art. 139 sec. 2 of the Public Finance Act [Journal of Laws of 2017, item 2077], i.e. the Sejm Chancellery, the Senate Chancellery, the Chancellery of the President of the Republic of Poland, the Constitutional Tribunal, the Supreme Audit Chamber, the Supreme Court, the Supreme Administrative Court together with regional administrative courts, the National Judicial Council, common courts, Ombudsman, Ombudsman for Children, The National Council for Radio and Television Broadcasting, the Inspector General for Personal Data Protection, the Institute of National Remembrance - the Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation, the National Electoral Office and the National Labor Inspectorate.

For the budget institution, in cases concerning violation of public finance discipline, the following bodies are competent: the interdepartmental adjudicating commission [Journal of Laws of 2017, item 1311, art. 48-49a] and the adjudicating commission at the Head of the Chancellery of the Prime Minister [Journal of Laws of 2017, item 1311, art. 50].

The provisions of acts of law, on the basis of which a penalty may be sentenced, should be interpreted strictly in accordance with the literal wording. This

means that only exceeding the funds for property expenses in the annual plan of the budget institution [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 24 sec. 2 point 4] may be, on the basis of art. 11 sec. 1 of the Act on liability for violation of public finance discipline [Journal of Laws of 2017, item 1311] in conjunction with the art. 44 sec. 1 point 3 of the Public Finance Act [Journal of Laws of 2017, item 2077] recognized as a violation of public finance discipline. According to the rules of *nullum crimen sine lege* (no crime without a legal provision), *nulla poena sine lege* (no penalty without a legal provision; criminal liability is subject to the person only on the basis of applicable law), *nullum crimen sine lege penali anteriori* (no crime without prior criminal law; there is no crime if a deed was committed before the entry into force of the criminal law), cost overruns in the annual financial plan of the local government budgetary entity and the budget institution can not be considered a violation of public finance discipline, since art. 11 sec. 1 of the Act on liability for violation of public finance discipline [Journal of Laws of 2017, item 1311] penalizes only making of expenditures (and not costs) without authorization or exceeding the authorization in the financial plan.

Lack of precision when formulating the provisions of the Act on liability for violation of public finance discipline and its subsequent amendments can not be a justification for adjudicating commissions to use the expansive interpretation of the art. 11 sec. 1 of the Act on liability for violation of public finance discipline [Journal of Laws of 2017, item 1311] and finding the accused guilty of exceeding the costs in the annual financial plans of the local government budgetary entities and the budget institutions. If the national legislature wants that the exceeding the costs specified in the annual financial plan of a budget institution and a local government budgetary entity was a violation of the public finance discipline, then the provision of art. 11 sec. 1 [Journal of Laws of 2017, item 1311] should be changed and it could have the following wording: „the breach of public finance discipline is cost overrun or making expenditure from public funds without authorization specified by the budgetary act, budgetary resolution or financial plan, or exceeding the scope of this authorization, or in violation of the provisions regarding particular types of expenditures or costs”. Without indicating in the Act on liability for violation of the public finance discipline that the violation is the execution of costs greater than those specified in the annual financial plan of a local government budgetary entity and a budget institution, persons accused of violating art. 11 sec. 1 of this Act, due to the execution of costs greater than those specified in the financial plan, should be acquitted on the basis of art. 78 sec. 1 point 2 in conjunction with sec. 3 [Journal of Laws of 2017, item 1311].

Summary

The conducted analysis of the terms „expenditures” and „costs” indicates that they are not identical. There is a relationship between them when the expenditure can be considered a tax-deductible cost. Not every expenditure based on the provisions of the Act on corporate income tax, to which the budget institution and the local government budgetary entity is subject, may be considered as a tax-deductible cost. The provision of art. 11 sec. 1 of the Act on liability for violation of public finance discipline [Journal of Laws of 2017, item 1311] indicates that the violation of the public finance discipline is making public expenditure without authorization, as specified in the budgetary act, budgetary resolution or financial plan, or exceeding the scope of this authorization, or in violation of the provisions concerning the individual types of expenditures. The above-mentioned provision does not regulate the exceeding of costs in annual financial plans. In the budget institution, a violation of art. 11 sec. 1 of this Act [Journal of Laws of 2017, item 1311], can take place only in the scope of property expenditures, which, as the only expenditures in the art. 24 sec. 2 point of the Public Finance Act [Journal of Laws of 2017, item 2077], are listed in the annual financial plan. The financial plan of the local government budgetary entity does not contain any expenditure items [Journal of Laws of 2017, item 2077, art. 15 sec. 2], therefore in the local government budgetary entities there can be no violation of public finance discipline, regulated in art. 11 sec. 1 [Journal of Laws of 2017, item 1311]. Penalizing provisions should be interpreted strictly, while all doubts should be pronounced in favor of the accused, in accordance with the *in dubio pro reo* principle (*iudicandum est*) (in doubt, the case should be ruled in favor of the accused) and *in dubio pro libertate* principle (in doubt, the case should be ruled in favor of the defendant), and the expansive interpretation is unacceptable, as it is an overinterpretation.

References

- Dictionary of the Polish language, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wydatek.html> (30.12.2017).
- Decision of the Chief Adjudicating Commission dated 6 September 2007, DF/GKO-17/18/RN-5/07/856, „Bulletin of Jurisprudence in Cases Concerning Violation of Public Finance Discipline” 2007, No. 4, item 13.
- Kościńska-Paszkowska A., in: Bolek T. Bolek, Borowska K. Borowska, Kościńska-Paszkowska A. Kościńska-Paszkowska, *Responsibility for violation of public finance discipline*, LexisNexis, LEX/el, 2012.
- Letter dated 13 March 2017 of the Director of the National Treasury Information 2461-IBPB-1-2.4510.1095.2016.2.JW, corporate income taxation of the local government budgetary entity, individual interpretation, LEX no. 341467.

The Act of 26 July 1991 on personal income tax, consolidated text Journal of Laws of 2016, item 2032, as amended.

The Act of 15 February 1992 on corporate income tax, consolidated text Journal of Laws of 2018, item 1036.

The Act of 29 September 1994 on accounting, consolidated text Journal of Laws of 2016, item 1047.

The Act of 17 December 2004 on liability for violation of public finance discipline, consolidated text Journal of Laws of 2017, item 1311.

The Act of 27 August 2009 on public finance, consolidated text Journal of Laws of 2017, item 2077.

Summary

The text concerns the analysis of the possibility of recognizing, as a violation of the public finance discipline, exceeding costs in the financial plan by certain public finance sector units, i.e. local government budgetary entities and budget institutions. The Act on violation of public finance discipline penalizes expenditure overdrafts. The conducted analyzes showed that the concepts of „costs” and „expenditures” are not identical. It was found that in the budget institution there may be a violation of the public finance discipline in the scope of property expenditures, which are the only ones listed in the annual financial plan.

Keywords: expenditure, cost, public finance discipline

PRZEKROCZENIE PLANU FINANSOWEGO W ZAKRESIE KOSZTÓW W SAMORZĄDOWYCH ZAKŁADACH BUDŻETOWYCH I INSTYTUCJACH GOSPODARKI BUDŻETOWEJ JAKO NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Streszczenie

W artykule przeanalizowano możliwości uznania za naruszenie dyscypliny finansów publicznych przekroczenia przez niektóre jednostki sektora finansów publicznych, tj. samorządowe zakłady budżetowe i instytucje gospodarki budżetowej, kosztów w planie finansowym. Ustawa o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych penalizuje przekroczenie wydatków. Przeprowadzone analizy wykazały, że pojęcia kosztów i wydatków nie są tożsame. Stwierdzono, że w instytucji gospodarki budżetowej może nastąpić naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie wydatków majątkowych, które jako jedyne wymienione są w rocznym planie finansowym.

Słowa kluczowe: wydatek, koszt, dyscyplina finansów publicznych

Agnieszka Kania

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID: 0000-0001-6246-3172

**PRAWNOKARNE ASPEKTY PRZERYWANIA CIĄŻY W OBLICZU
(NIE)NOWYCH WYZWAŃ INTERPRETACYJNYCH****Warunki legalności przerywania ciąży
w świetle polskiego ustawodawstwa**

Problematyka prawnoaborcyjna stanowi przykład jednego z bardziej złożonych zagadnień o charakterze interdyscyplinarnym. Integrując wiele dziedzin naukowych, ma ona również swoje prawne, w tym nawet prawnokarne, aspekty. Z perspektywy tej ostatniej płaszczyzny regulacji wydaje się, że szczególnie istotne w tej materii pozostaje nie tylko rozpoznanie, w jakich przypadkach zabiegi przerywania ciąży podlegają sankcjonowaniu prawnokarnemu¹, lecz także ustalenie innych, a przy tym równie doniosłych z punktu widzenia odpowiedzialności prawnokarnej, kwestii.

Koncentrując uwagę na wybranych zagadnieniach związanych z kryminalizacją przerywania ciąży za zgodą kobiety ciężarnej „z naruszeniem przepisów ustawy” – art. 152 k.k.², należałoby w pierwszej kolejności zauważyć, że zawarte w tym przepisie odesłanie wskazuje jednoznacznie, że przesłanki legalizujące przerywanie ciąży nie zostały określone wprost w przepisach Kodeksu karnego,

¹ Na temat możliwych modeli regulacji przerywania ciąży zob. m.in. Z. Skarżyński, *Z problematyki przerywania ciąży*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 9–12, s. 96; P. Hofmański, *Granice kryminalizacji aborcji w Europie Zachodniej. Analiza prawnoporównawcza*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 6, s. 92–95; T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005, s. 249.

² Należy w tym miejscu odnotować, że ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na ustosunkowanie się do wszystkich problemów, które wiążą się z prawnokarnymi aspektami przerywania ciąży. Poza zakresem podjętych analiz pozostawiono więc nie tylko rozważania dotyczące m.in. regulacji z art. 152 § 3 k.k., lecz także innych przepisów prawnokarnych, istotowo powiązanych z przedmiotową problematyką.

lecz *de facto* w odrębnym akcie normatywnym, tj. w ustawie z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży³. Zgodnie z postanowieniami wspomnianej ustawy, dopełniającymi blankietową dyspozycję wspomnianego przepisu kodeksowego, przerywanie ciąży jest dopuszczalne w przypadkach, gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (art. 4a ust. 1 pkt 1 cyt. ustawy; w przypadku niniejszej, tzw. medycznej przesłanki aborcyjnej ustawodawca nie wprowadza żadnego ograniczania terminowego do przeprowadzenia zabiegu), 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (art. 4a ust. 1 pkt 2 cyt. ustawy; zgodnie z powołaną ustawą aborcja z tzw. przyczyn eugeniczno-teratologicznych jest dopuszczalna do chwili osiągnięcia przez płód zdolności do samodzielnego życia – art. 4a ust. 2 cyt. ustawy), 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy; przerywanie ciąży ze wskazanych tutaj tzw. względów kryminalnych jest dopuszczalne, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni – art. 4a ust. 2 cyt. ustawy). Powyższe, jak można by odnieść wrażenie, „przepełnione” ujęcie regulacyjne nie uchybia wypracowanym zasadom techniki prawodawczej, jak również – co należy wyraźnie podkreślić – gwarancyjnym standardom stanowienia norm prawno-karnych. Nie bez racji przypomina się w judykaturze, że ustawodawstwu prawnokarnemu znane są przypadki regulacji, w których opis czynu zabronionego nie jest kompletny i *de facto* wymaga dopełnienia w przepisie odrębnym, przewidzianym w innym akcie prawnym. Stąd też zasadnie podniesiono, że „[p]rzyjęcie w art. 152 k.k. znamienia czynu zabronionego w postaci «przerywania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy» nie oznacza naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, skoro warunki dopuszczalności przerywania ciąży opisane są w ustawie, a brak jest wymogu, aby musiała to być ustawa o charakterze ustawy karnej”⁴.

Zdecydowanie więcej kontrowersji wzbudza natomiast kwestia prawidłowej wykładni wyróżnionych powyżej przypadków legalizujących przerywanie ciąży. Pojawiające się tutaj trudności, które są niewątpliwie dostrzegalne, zwłaszcza na

³ Dz.U. nr 17, poz. 78 ze zm.

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 25 maja 2016 r., IV KK 156/16, LEX nr 2071606; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2009 r., I KZP 29/08, OSNKW 2009, nr 2, poz. 15, w którym przypomniano także, że „[d]opuszczalne, a niekiedy nawet konieczne jest doprecyzowanie znamion ustawowych niektórych czynów zabronionych w aktach rangi podustawowej, to jest w rozporządzeniach. Takie działanie ustawodawcy nie narusza zasady *nullum crimen sine lege* zawartej w art. 1§1 k.k.”. Zob. także wyrok Sądu Najwyższego z 21 grudnia 1995 r., IIŻKRN 158/95, LEX nr 24869; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 lutego 2001 r., P 2/00, OTK 2001, nr 2, poz. 32; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 lipca 2003 r., P 10/02, OTK-A 2003, nr 6, poz. 62.

gruncie medycznej oraz eugeniczno-teratologicznej przesłanki aborcyjnej, stanowią następstwo nie tylko ich samego normatywnego ujęcia⁵, ale również wynikają one z pewnych zastrzeżeń natury merytorycznej. W kontekście wymienionej powyżej tzw. medycznej przesłanki aborcyjnej, odwołującej się do zagrożenia dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, należałoby zaznaczyć, że choć jej pierwsza część redakcyjna wskazuje na jedną z najmniej kwestionowanych okoliczności legalizujących przerywanie ciąży, to jednak uwagę zwraca jej otwarty, niewątpliwie elastyczny charakter⁶. W piśmiennictwie zastrzega się przy tym wyraźnie, że przeprowadzenie zbiegu aborcji z powodu stwierdzonego zagrożenia dla życia kobiety ciężarnej powinno być jednocześnie zgodne z zasadą konieczności, która w istocie „wykluczy dopuszczalność przerywania ciąży wówczas, gdy możliwe jest uratowanie zarówno życia matki, jak i dziecka poczętego (np. przez cesarskie cięcie). Sposób działania wyznaczają w tym zakresie – jak podkreślono – stosowne regulacje dotyczące zasad sztuki lekarskiej”⁷.

Znacznie już więcej wątpliwości implikuje – przynajmniej *prima facie* – ustawowa okoliczność legalizująca aborcję ze względu na zagrożenie dla zdrowia kobiety ciężarnej. Mając na uwadze jej ogólne brzmienie, można by bowiem wywnioskować, że nie tylko pewność, ale również rzeczywiste prawdopodobieństwo zagrożenia zdrowia fizycznego lub psychicznego kobiety ciężarnej

⁵ Należy zaznaczyć, że ani ustawa o planowaniu rodziny, ani żaden akt wykonawczy do niej (co oczywiście znajduje wręcz przekonujące usprawiedliwienie) nie określa katalogu schorzeń, które pozwalałyby na przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży ze wskazanych przyczyn. W orzecznictwie wskazuje się przy tym, że choć posługiwanie się zwrotami niedookreślonymi stanowi tradycyjną technikę ustawodawczą, niebudzącą poważniejszych zastrzeżeń, to jednak – uzupełniająco – podkreśla się również, iż „[w]ymóg zachowania określoności regulacji prawnej ma charakter dyrektywy ogólnosystemowej nakładającej na ustawodawcę obowiązek jej optymalizacji w procesie stanowienia prawa. Ustawodawca – jak argumentowano – powinien dążyć do możliwie maksymalnej realizacji wymogów składających się na tę zasadę” – zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 maja 2006 r., P 18/05, OTK-A 2006, nr 5, poz. 53; zob. również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 marca 2010 r., K 8/08, OTK-A 2010, nr 3, poz. 23.

⁶ A. Kania, *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. XXVII, s. 100.

⁷ W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, w: *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia. Druk sejmowy 993*, Biuro Analiz Sejmowych (BAS), Warszawa 2007, s. 30; zob. także na temat istoty wspomnianej przesłanki aborcyjnej: A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, w: *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia. Druk sejmowy 993*, Biuro Analiz Sejmowych (BAS), Warszawa 2007, s. 104; T. Kaczmarek, *Prawo karne wobec moralności. Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego*, w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007, s. 91–92; M. Szewczyk, *Eutanazja – rozważania prawnoporównawcze*, w: *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996, s. 189 i n.

uprawniałoby do przeprowadzenia aborcji z omawianej przyczyny⁸. Taki zaś kierunek wykładni pozostawałby zwłaszcza w sprzeczności z poglądem, że „[k]ażdy wypadek ograniczenia prawnej ochrony życia ludzkiego – w stosunku do standardów ogólnych – musi być traktowany jako środek o charakterze *ultima ratio*. [...] z uwagi na fundamentalny charakter prawa do życia w aksjologii konstytucyjnej, nie każde z dóbr wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji może uzasadniać godzące w nie rozwiązania. Bez potrzeby dalszego poszerzania argumentacji można stwierdzić, że zdecydowanie nieakceptowane w demokratycznym państwie prawnym, realizującym zasady sprawiedliwości społecznej i chroniącym życie oraz niezbywalną godność człowieka, byłoby ograniczenie prawnej ochrony życia człowieka w celu ochrony dóbr lokujących się niżej w hierarchii konstytucyjnej, np. własności i innych praw majątkowych, moralności publicznej, ochrony środowiska czy nawet zdrowia innych ludzi. Warunkiem ograniczenia prawa do prawnej ochrony życia jest więc zaistnienie sytuacji, w której jest niewątpliwe, że nie da się ono pogodzić z analogicznymi prawami innych osób. Przesłankę tę można określić ogólnie jako wymaganie symetrii dóbr: poświęcanego i ratowanego”⁹.

Od zasygnalizowanych trudności interpretacyjnych nie jest wolna druga z wymienionych indykacji legalizujących aborcję¹⁰. Poddając krytyce już samo ustawowe brzmienie omawianego skazania, podkreślono m.in., że w jego świetle samo duże prawdopodobieństwo – a nie fakt – upośledzenia (ciężkiego i nieodwracalnego) płodu bądź samo (duże) prawdopodobieństwo – a nie fakt wystąpienia – choroby (nieuleczalnej i zagrażającej życiu płodu) mogłyby samodziel-

⁸ Zob. w tym zakresie pochodzący z 2008 r. projekt wniosku RPO do TK w sprawie przepisów ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/1202901674.pdf> (30.09.2018).

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 września 2008 r., K 44/07, OTK-A 2008, nr 7, poz. 126.

¹⁰ Zob. w tym zakresie wniosek z 2017 r. (sygn. K 13/17), który skierowano do Trybunału Konstytucyjnego o orzeczenie, że: art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. 1 ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 30 Konstytucji RP przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w stosunku do dziecka jeszcze nieurodzonego, odmawiając mu tym samym poszanowania i ochrony godności człowieka – a w razie nieuwzględnienia powyższego o orzeczenie, że: art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. 1 ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 38 w zw. z art. 30 i 31 ust. 3 oraz z art. 38 w związku z art. 32 ust 1 i 2 Konstytucji RP przez to, że legalizują praktyki eugeniczne w zakresie prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego oraz uzależniają ochronę prawa do życia dziecka jeszcze nieurodzonego od jego stanu zdrowia, co stanowi zakazaną bezpośrednią dyskryminację oraz orzeczenie, że: art. 4a ust. 1 pkt 2 oraz art. 4a ust. 2 zd. 1 ustawy o planowaniu rodziny są niezgodne z art. 38 w zw. z art. 31 ust. 3 oraz w zw. z art. 2 i art. 42 Konstytucji RP przez to, że legalizują przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługują się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego (dalej jako wniosek w sprawie K 13/17), <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%2013/17> (30.09.2018).

nie przesądzić o dopuszczalności zabiegu przerwania ciąży z powodów eugeniczno-teratologicznych¹¹. Akcentując niezgodność omawianej przesłanki m.in. z zasadą *in dubio pro vita humana* stwierdza się także, że „art. 4a ust 1 pkt 2 umożliwia przerwanie ciąży w sytuacji, gdy upośledzenie dziecka w żaden sposób nie zagraża jego życiu (ani nie zagraża życiu lub zdrowiu matki), ani rozwojowi umysłowemu dziecka. [...] Uznanie za dopuszczalne przerwanie ciąży w sytuacji zdiagnozowania zespołu Turnera (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CSK 16/08) albo łamliwości kości – dysplazji (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., sygn. akt IV CK 161/05), albo niewykształcenia jednej dłoni i przedramienia oraz braku uda z zachowaną stopą (zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 6 maja 2010 r., sygn. akt II CSK 580/09¹²) wskazuje, że nawet obiektywna wykładnia tej przesłanki nie chroni przed daleko idącymi konsekwencjami w postaci selekcji jednostek niewątpliwie zdolnych do życia, w tym zdolnych do ukończenia uniwersytetu i wykonywania zawodów zaufania publicznego”¹³. W konsekwencji zwraca się uwagę, że sam fakt upośledzenia płodu (czy stwierdzenia nieuleczalnej choroby) nie może – chcąc zwłaszcza pozostać w zgodzie z przepisami konstytucyjno-prawnymi – przesądzać *per se* o dopuszczalności zabiegu przerywania ciąży. „Ani bowiem dbałość o jakość przekazywanego kodu genetycznego (przesłanki eugeniczne *sensu stricto*), ani wzgląd na ewentualny dyskomfort życia chorego dziecka, nie może usprawiedliwiać decyzji o podjęciu działań zmierzających do spowodowania jego śmierci. Konstytucja nie zezwala bowiem – jak przekonywano – na podejmowanie decyzji pozwalających na pozbawienie życia z uwagi na jego niską «jakość» w sensie komfortu psychofizycznego”¹⁴. Stąd też można by dopowiedzieć, że „legalizacja zabiegu przerywania ciąży wyłącznie z uwagi na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu

¹¹ *Ibidem*.

¹² W powołanym tutaj judykacie wskazano: „Stanowisko, że upośledzenie płodu może być uznane za ciężkie i nieodwracalne wówczas tylko, gdy zagraża życiu dziecka, jest za daleko idące. Art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży wymienia dwie wyraźnie wyodrębnione przesłanki i sprowadzenie ich do jednej byłoby zabiegiem *contra legem*. O zagrożeniu życiu płodu mowa jest w drugiej z przesłanek wymienionych w art. 4a ust. 1 pkt 2 ustawy z 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży i uzupełnienie o takie ograniczenie pierwszej przesłanki jest niedopuszczalne, gdyż Sąd nie jest ustawodawcą. Przy możliwie najbardziej restrykcyjnej wykładni omawianego przepisu zdaje się nie ulegać wątpliwości, że wada płodu polegająca na niewykształceniu obu nóg i ręki i częściowej deformacji drugiej ręki stanowi jego ciężkie i nieodwracalne upośledzenie” – zob. wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2010 r., II CSK 580/09, LEX nr 602234.

¹³ Wniosek w sprawie K 13/17, http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?&pokaz=do_kumenty&sygnatura=K%2013/17 (30.09.2018).

¹⁴ W. Wróbel, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 32.

albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, bez konieczności odnoszenia tych okoliczności do ewentualnego zagrożenia dla zdrowia (w tym zdrowia psychicznego) kobiety ciężarnej, pozostaje w sprzeczności w regułami konstytucyjnymi, w szczególności nie znajduje dostatecznego usprawiedliwienia w sposobie rozstrzygnięcia konfliktu między obowiązkiem ochrony życia dziecka poczętego a realizacją wolności kobiety i ochroną jej komfortu psychicznego¹⁵.

Ostatnią z ustawowych okoliczności legalizujących przerywanie ciąży stanowi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (art. 4a ust. 1 pkt 3 cyt. ustawy)¹⁶. Pomimo że z przepisów ustawy o planowaniu rodziny nie wynika *expressis verbis* (w przeciwieństwie do poprzednio obowiązującej w tym zakresie regulacji¹⁷), że dla przeprowadzenia zabiegu aborcji w takich przypadkach konieczne byłoby uzyskanie stosownego zaświadczenia od prokuratora, to jednak niezbędność jego przedłożenia jest zarówno w teorii, jak również w praktyce „milcząco” traktowana jako warunek *sine qua non* dla jego wykonania. Na tle wskazanego tutaj wymogu pojawia się również pytanie, czy w przypadku tzw. przestępstw wnioskowych (np. art. 192 § 2 k.k.) konieczne byłoby uprzednie złożenie wniosku o ściganie, który stanowiłby *de facto* warunek uzyskania wspomnianego zaświadczenia. W kontekście rozważanego problemu wydaje się, że porzucenie wyłącznie na samym „uprawdopodobnieniu”, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, przy jednoczesnym pozbawieniu organów ścigania możliwości zwerifikowania tego faktu, mogłoby nierzadko okazać się niewystarczające¹⁸.

Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za niezgodne z prawem przerwanie ciąży

Analizując prawnokarne aspekty przerywania ciąży, warto byłoby także odnieść się do pewnych rozbieżności dotyczących wskazania kręgu podmiotów mogących

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ R. Krajewski, *Problemy prawne wokół tzw. ciąży z gwałtu*, „Diariusz Prawniczy” 2009, nr 10–11, s. 98; J. Majewski, W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 5, s. 41.

¹⁷ Zob. art. 2 ust. 1 nieobowiązującej ustawy z 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz.U. nr 12, poz. 61 ze zm. Warto również nadmienić, że ustawa o planowaniu rodziny przewidywała w art. 7 zmiany w zakresie obowiązującego wówczas Kodeksu karnego z 1969 r. W regulacji art. 149a § 3 pkt 4 d.k.k. wskazano, że uzasadnione podejrzenie, iż ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, wymaga potwierdzenia stosownym zaświadczeniem wydanym przez prokuratora.

¹⁸ R. Krajewski, *Problemy prawne...*, s. 99. Zdaniem autora niewystraszające w tym zakresie mogłoby się również okazać podjęcie czynności, o których mowa w art. 308 k.p.k.; zob. jednak M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 194; J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 67.

ponieść odpowiedzialność karną za niezgodne z prawem przerwanie ciąży¹⁹. Zasadnicza kwestia w tej materii sprowadza się *de facto* do ustalenia, czy kobieta przerywająca ciążę wbrew warunkom ustawowym nie popełnia przestępstwa, czy też wręcz przeciwnie, wspomnianym czynem wypełnia ustawowe znamiona z art. 152 § 1 k.k., ale jednocześnie nie podlega ona ukaraniu. Udzielana w tym zakresie odpowiedź może bowiem okazać się odmienna w zależności od tego, czy poszukuje się jej wprost w ustawie o planowaniu rodziny, czy też w drodze wykładni wspomnianego przepisu kodeksowego. Odwołując się do pierwszej z wymienionych regulacji, należałoby bowiem przypomnieć, że cytowana ustawa o planowaniu rodziny, wprowadzając art. 149a do Kodeksu karnego z 1969 r. (art. 7 cyt. ustawy), przewidywała, że za „spowodowanie śmierci dziecka poczętego” jego matka „nie podlega karze”. Mając na uwadze, że wprowadzenie art. 149a d.k.k. został uchylony na mocy przepisów wprowadzających w życie Kodeks karny z 1997 r.²⁰, to jednak tylko w zakresie tych kwestii, które zostały w tym ostatnim unormowane. Ponieważ w obowiązującym Kodeksie karnym nie zawarto stosownego przepisu, traktującego o nieodpowiedzialności/niekaralności kobiety ciężarnej, to w konsekwencji przekonywano, że nadal prawnie wiążący pozostaje przepis cytowanej ustawy²¹. Przyjmując ten punkt widzenia, można by zatem dopowiedzieć, że kobieta ciężarna „tylko nie podlega karze”²². Niezależnie jednak od powyższego stanowiska w literaturze przedmiotu wyrażono zgoda odmienny – a przy tym ogólnie aprobowany – pogląd, w którym wyraźnie stwierdzono, że z kręgu możliwych podmiotów przestępstwa z art. 152 § 1 k.k. stosownemu wyłączeniu podlega kobieta ciężarna²³. Do wysunięcia takiego

¹⁹ Zob. A. Kania, *Między stabilnością a niezmiennością odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za niezgodne z prawem przerwanie ciąży*, w: *Przestępczość kobiet. Wybrane aspekty*, red. J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 82–87.

²⁰ Ustawa – Przepisy wprowadzające Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r., Dz.U. nr 88, poz. 554 ze zm.

²¹ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX KK. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 268–269. We wspomnianych przepisach wprowadzających Kodeks karny (art. 3 § 1 p.w.k.k.) przewidziano, że „[z] dniem wejścia w życie Kodeksu karnego tracą moc przepisy dotyczące przedmiotów w tym kodeksie unormowanych, chyba że przepisy tej ustawy stanowią inaczej”.

²² *Ibidem*.

²³ W judykaturze wskazano, że przyjęty przez ustawodawcę model ochrony życia w fazie przed urodzeniem, jak i po urodzeniu się człowieka zakłada objęcie ochroną prawnokarną życia: „dziecka poczętego – przed zachowaniami umyślnymi (art. 152, art. 153 i art. 157a k.k.; także takiego dziecka poczętego, które osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej), jak i jego matki w okresie ciąży – przed zachowaniami umyślnymi (np. art. 148 k.k., art. 153 k.k.) i nieumyślnymi (np. art. 154 k.k. w zw. z art. 153 k.k.), a także życie człowieka aż do jego śmierci, łącznie z ochroną życia dziecka podczas porodu - przed zachowaniami umyślnymi (np. art. 148 k.k., art. 149 k.k.) i nieumyślnymi (np. art. 155 k.k.). Specyfiką tego modelu jest także brak odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za jakiegokolwiek zachowania (umyślne albo

wniosku prowadziło po pierwsze utożsamienie kobiety ciężarnej (w kontekście normatywnego brzmienia art. 152 k.k.) z „przedmiotem zapośredniczającym realizację czynności sprawczej”²⁴, co w rezultacie nie pozwalałoby na aprobatę, że może być ona podmiotem (sprawcą) tego przestępstwa. Za takim kierunkiem wykładni przemawiało zwłaszcza użycie przez ustawodawcę zaimka „jej”, co tym samym skłaniałoby do stwierdzenia, że podmiotem czynu zabronionego z art. 152 § 1 k.k. jest *de facto* inna osoba niż sama kobieta, o której ciąży mowa w świetle analizowanej regulacji²⁵. Po drugie, w wyrażonym stanowisku, wyłączającym kobietę ciężarną z kręgu sprawców odpowiadających za niezgodną z prawem aborcję, utwierdzała ponadto, przewidziana w art. 152 § 2 k.k., konstrukcja podżegania oraz pomocnictwa²⁶. Obecność tych ostatnich rozwiązań przesądza bowiem o tym, że w sytuacji, gdy kobieta ciężarna ponosiłaby odpowiedzialność karną na podstawie art. 152 § 1 k.k., to w rezultacie *sui generis* regulacja niesprawczych form zjawiskowych, o których mowa w powołanym przepisie, okazałaby się zbędna, stanowiąc wprost legislacyjne *superfluum*²⁷.

nieumyślne) podjęte na szkodę dziecka poczętego. Modelu tego, z przyczyn aksjologicznych, można nie akceptować, można wskazywać na jego braki, w końcu można wysuwać postulaty *de lege ferenda*. Możliwy jest bowiem taki model ustawy karnej, w którym przewidziana zostałaby odpowiedzialność karna za zachowania nieumyślne podjęte wobec dziecka poczętego, a także taki, który wprowadzałby jednolitą intensywność ochrony życia od chwili poczęcia. Jednakże wprowadzenie takiego modelu uzależnione jest od woli ustawodawcy, który związany jest konstytucyjnym standardem ochrony życia. Dokonanie tego wymagałoby zatem zmian w prawie, a nie jest to możliwe – co oczywiste – w drodze wykładni” – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 30 października 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 2008, nr 11, poz. 90. J. Bojke, M. Wantoła, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 3, s. 89–90.

²⁴ M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 243; J. Długosz, *O (braku) zasadności pociągnięcia do odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za przerwanie ciąży (ujęcie prawnoporównawcze)*, w: *Przestępczość kobiet. Wybrane aspekty*, red. J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 62 i n.

²⁵ J. Bojke, M. Wantoła, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej...*, s. 90.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Przedstawiony tutaj kierunek interpretacji uzyskał potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, w którym również podniesiono, że „[c]zynność sprawcza określona w przepisie art. 152 § 2 k.k., odpowiada pomocnictwu i podżeganiu w rozumieniu art. 18 § 2 i 3 k.k. Odrębne uregulowanie tej formy popełnienia przestępstwa jest związane z tym, że kobieta ciężarna sama nie realizuje znamion czynu zabronionego. Dlatego też pomocnictwo i podżeganie do takiego czynu nie mogą być karane na zasadach ogólnych” – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16 marca 2015 r., II AKa 33/15, LEX nr 1680078; zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 21 grudnia 2015 r., II AKa 401/15, LEX nr 2004473, w którym stwierdzono, że „[p]rzepis art. 152 § 2 k.k. ma dość szczególny charakter, bowiem reguluje nakłanianie i pomocnictwo do czynu, który po stronie sprawcy (czyli kobiety ciężarnej) nie jest czynem zabronionym. W takiej sytuacji, co oczywiste, do podżegania i pomocnictwa nie stosuje się przepisów części ogólnej kodeksu karnego regulujących formy współdziałania przestępnego, bowiem przy tego typu prze-

Problematyka tzw. aborcji transgranicznej

Prezentując jeszcze inne wątpliwości, jakie pojawiają się przy analizie prawnokarnych aspektów przerywania ciąży, trudno byłoby nie ustosunkować się do wątpliwego w swej treści poglądu, że „[d]esygnatem «przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy» z art. 152§2 k.k. może być tylko takie «przerwanie ciąży», które podlega regulacjom prawa polskiego. Pojęcie to nie obejmuje zabiegów przerywania ciąży, które wykonywane są poza granicami Polski, bowiem polska ustawa nie reguluje zasad przerywania ciąży za granicą, nie można więc tam ustawy «naruszyć». Stosuje się to także do pomocy oraz nakłaniania do przerywania ciąży dokonanych w Polsce, gdy sam zabieg jest lub ma być dokonany poza granicami Polski. niesprawiedliwe byłoby bowiem karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem”²⁸. W kontekście zaprezentowanego stanowiska można by wywnioskować, że poniesienie odpowiedzialności karnej przez udzielającego pomocy bądź nakłaniającego do podlegającego prawnokarnemu wartościowaniu przerywania ciąży (w myśl rodzimego ustawodawstwa) nastąpi w zależności od tego, czy czyn zabroniony, do którego popełnienia się przyczynili, nastąpił w kraju, czy też poza jego granicami, a w tym drugim przypadku niezależnie również od wymogu stwierdzenia tzw. podwójnej przestępności tego czynu. Trafnie więc oceniono, że przeprowadzona w ten sposób swoista „dekryminalizacja pomocnictwa lub podżegania do aborcji transgranicznej w imię jakiejś «sprawiedliwości» nie zasługuje na akceptację i należy ją traktować jako nieuprawnione wyręczenie ustawodawcy”²⁹.

Karnoprocesowy status kobiety ciężarnej

Analizując problematykę prawnoaborcyjną, warto również rozważyć, czy kobieta wyrażająca zgodę na nielegalne poddanie się zabiegowi aborcji pozostaje – niezależnie od tego faktu – uprawniona do ewentualnego późniejszego złożenia oświadczenia, w którym wyrażałaby zamiar działania w charakterze oskarżyciela posiłkowego jako strona zastępcza (art. 52 § 1 k.p.k.)³⁰? Powołany przepis

stępstwach ono nie zachodzi. Tym samym zbieżność opisu czynu stypizowanego w art. 152 § 2 k.k. z opisem podżegania z art. 18 § 2 k.k. i pomocnictwa z art. 18 § 3 k.k. odnosi się jedynie do charakterystyki znamion sprawstwa”.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 22 kwietnia 2014 r., II AKa 37/14, LEX nr 1514941.

²⁹ J. Kędzierski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., II AKa 37/14*, „Palestra” 2015, nr 9, s. 163; zob. także K. Kmań, *Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerywania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2, s. 77–78.

³⁰ Ustawa – Kodeks postępowania karnego z 6 czerwca 1997, t.j. z 14 września 2018 r., Dz.U. z 2018 r., poz. 1987.

karnoprosesowy przewiduje bowiem, że w razie śmierci pokrzywdzonego prawa, które by mu przysługiwały, mogą wykonywać osoby najbliższe lub osoby pozostające na jego utrzymaniu, a w wypadku ich braku lub nieujawnienia – prokurator, działając z urzędu³¹.

Podjmując próbę odpowiedzi na postawione powyżej pytanie, należałoby w istocie zastanowić się, czy za pokrzywdzonego – w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. – można uznać dziecko poczęte. Ustalenie powyższej kwestii stanowiłoby bowiem punkt wyjścia dla rozstrzygnięcia, czy – w przypadku, gdy doszło do zachowań określonych w art. 152 § 1 k.k. – jego matka jako osoba najbliższa mogłaby korzystać z uprawnień wynikających z art. 52 § 1 k.p.k. Odwołując się do wspomnianej regulacji art. 49 § 1 k.p.k., trzeba zaznaczyć, że z jego postanowień *expressis verbis* wynika, że pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo³². Stojąc *de facto* przed interpretacyjną koniecznością wskazania, jakie podmioty na gruncie przepisów karnoprosesowych uzyskują status osób fizycznych, warto w tym miejscu przypomnieć, że w samym Kodeksie postępowania karnego nie sprecyzowano w żaden sposób tego pojęcia, jak również nie odesłano w nim do innego aktu prawnego. Poszukując więc – nieco intuicyjnie – stosownych objaśnień na najbardziej adekwatnej w tej materii płaszczyźnie cywilistycznej, trzeba również zaznaczyć, że w regulacji Kodeksu cywilnego nie zdefiniowano analizowanego pojęcia. W piśmiennictwie cywilistycznym podkreśla się jednak, że dla wyjaśnienia terminu „osoba fizyczna” zasadnicza rola przypada pojęciu zdolności prawnej, o której mowa w art. 8 k.c.³³ Zdolność tę,

³¹ Z perspektywy niniejszej regulacji fundamentalne znaczenie ma pojęcie osoby najbliższej, które zostało normatywnie objaśniane w art. 115 § 11 k.k. Niniejsza definicja ustawowa pozwala zaś wywnioskować, że matka pozostaje osobą najbliższą dla swojego dziecka. Warto przy tym podkreślić, że rozważane tutaj „wstąpienie” przez osoby najbliższe w prawa pokrzywdzonego nie oznacza jednocześnie, że stają się one *per se* pokrzywdzonymi w znaczeniu materialnoprawnym. Ich uczestnictwo w postępowaniu karnym nie wynika bowiem z faktu „pokrzywdzenia”, lecz z przepisu ustawy, który uprawnia do przejęcia praw pokrzywdzonego w razie jego śmierci. Osoby najbliższe mogą, co należy również podkreślić, zastąpić pokrzywdzonego w realizacji jego praw, zarówno gdy pokrzywdzony w jakimś zakresie skorzystał, jak również w ogóle nie skorzystał przed śmiercią z przysługujących mu uprawnień. Zob. w tym zakresie m.in.: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 30 września 2015 r., II AKa 232/15, LEX nr 1950399; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 kwietnia 2014 r., II AKa 74/14, LEX nr 1459083; zob. także K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym*, Lublin 2006, s. 31; J. Karaźniewicz, *Uprawnienia osób najbliższych w razie śmierci pokrzywdzonego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 3, s. 150.

³² Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 17 listopada 2005 r., II KK 108/05, OSNwSK 2005, nr 1, poz. 2094.

³³ Ustawa – Kodeks cywilny z 23 kwietnia 1964 r., t.j. z 10 maja 2018 r., Dz.U. z 2018 r., poz. 1025.

w myśl powołanego przepisu, nabywa się zaś z chwilą urodzenia³⁴. Na podstawie powyższego stwierdza się zatem, że „[o]sobą fizyczną jest każdy człowiek, który ma zdolność prawną, czyli każdy człowiek od chwili urodzenia. [...] jest to zatem osoba, która istnieje fizycznie, namacalnie, nie jest zaś jedynie pewną konstrukcją prawną”³⁵. W konsekwencji nasuwałby się wniosek, że *nasciturus* (czyli dziecko poczęte, ale jeszcze nienarodzone) nie posiada zdolności prawnej i tym samym nie jest osobą fizyczną, która mogłaby generalnie występować jako strona stosunków cywilnoprawnych³⁶. Niniejsza konstatacja nie pozostaje bez znaczenia dla podjętych tutaj rozważań. Zgodnie bowiem z jedną z dyrektyw wykładni systemowej, zakładającą, że interpretacja przepisu nie może przebiegać w izolacji od przepisów innych aktów prawnych³⁷, należałoby stwierdzić, że dziecka poczętego nie można uznać za osobę fizyczną w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k.³⁸, a w rezultacie również za pokrzywdzonego w rozumieniu tego przepisu³⁹. Wobec dotychczasowych ustaleń trzeba by zatem skonstatować, że skoro przepisy procedury karnej odmawiają dziecku poczętemu statusu pokrzywdzonego, to tym samym kobieta, która poddała się dobrowolnie nielegalnemu zabiegowi przerwania ciąży, nie może (na mocy art. 52 § 1 k.p.k.) wstąpić w jego prawa.

Niezależnie jednak od zaprezentowanego tutaj stanowiska warto zwrócić uwagę, że posiłkowanie się *stricte* cywilistycznym dookreśleniem pojęcia osoby fizycznej może okazać się nie w pełni satysfakcjonujące. Wyrażone w ten sposób pewne obiekcje wynikają przede wszystkim ze wspomnianego braku normatywnego zdefiniowania pojęcia „osoba fizyczna”, jak również pojęcia „człowiek”, za którego – w ujęciu doktryny prawa konstytucyjnego – uznaje się wszak „każdą istotę posiadającą genom ludzki na każdym etapie rozwoju, niezależnie od spo-

³⁴ Warto w tym miejscu nadmienić, że na mocy cytowanej ustawy o planowaniu rodziny do przepisów Kodeksu cywilnego wprowadzono art. 8 § 2, który przewidywał, że „[z]dolność prawną ma również dziecko poczęte; jednakże prawa i zobowiązania majątkowe uzyskuje ono pod warunkiem, że urodzi się żywe”. Przepis ten został uchylony na mocy ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw z 30 sierpnia 1996 r., Dz.U. nr 139, poz. 646.

³⁵ P. Księżak, w: *Tom I. Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99)*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 107–108.

³⁶ *Ibidem*, s. 105 i n. Nie rozstrzygając w tym miejscu kwestii co do ewentualnej, warunkowo przyznawanej dziecku poczętemu zdolności prawnej, warto nadmienić, że sytuacja prawna *nascitura* nie jest z pewnością całkowicie obojętna przepisom prawa cywilnego (zob. zwłaszcza art. 927 § 2 k.c., art. 972 k.c., art. 994 § 2 k.c.). Zob. S. Kalus, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2018, s. 59–60.

³⁷ Zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 134 i n.

³⁸ Tak też w postanowieniu Sądu Najwyższego z 26 marca 2009 r., I KZP 2/09, OSNKW 2009, nr 5, poz. 37.

³⁹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., I KZP 24/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 101.

sobu definiowania tego pojęcia w różnych ustawach zwykłych”⁴⁰. Już zatem choćby z tych dwóch powodów pojawiają się kontrowersje zwłaszcza co do możliwości jednoznacznego, w pełni przekonującego wyeliminowania dziecka poczętego z kręgu osób fizycznych, uznawanych za pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k.⁴¹

Na kanwie wyrażonych wątpliwości należałoby – uzupełniająco – zastanowić się również nad tym, czy kobietę, która poddała się (za swoją zgodą) zabiegowi przerwania ciąży można uznać za pokrzywdzoną w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., przyjmując tym samym, że przedmiotem ochrony w świetle art. 152 § 1 k.k. jest także życie i zdrowie kobiety ciężarnej. Niniejsze założenie wydaje się jednak co najmniej dyskusyjne, zwłaszcza z tego względu, że krąg pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. jest w istocie ograniczony zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania⁴². W piśmiennictwie wskazuje się, że przedmiotem ochrony na gruncie art. 152 § 1 k.k. jest *de facto* życie dziecka poczętego⁴³, a nie, jak zresztą zauważono w judykaturze, kobiety w ciąży⁴⁴. Przyjmując powyższą wykładnię, należy stwierdzić, że kobieta, która za wyrażoną uprzednio zgodą poddała się zabiegowi przerwania ciąży, nie mogłaby zostać uznana za pokrzywdzoną (art. 49 § 1 k.p.k.), a w konsekwencji m.in. dopuszczona do udziału w postępowaniu sądowym w charakterze oskarżyciela posiłkowego (art. 54 § 1 k.p.k.).

Podsumowanie

Przeprowadzone rozważania pozwoliły zauważyć, że rozpoznanie intersujących z perspektywy podjętych analiz aspektów przerywania ciąży wymaga nie tylko umiejętnej interpretacji ustawowych znamion czynu wyrażonych *expressis verbis* w art. 152 § 1 i 2 k.k., ale również prawidłowej wykładni tych przepisów,

⁴⁰ T. Sroka, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 941; zob. również orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

⁴¹ J. Potulski, *Glosa do postanowienia SN z 26.03.2009 r., I KZP 2/09*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2014, nr 4, s. 138.

⁴² Uchwała Sądu Najwyższego z 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 69.

⁴³ A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2017, s. 328.

⁴⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 marca 2009 r., I KZP 2/09, OSNKW 2009, nr 5, poz. 37; zob. także uchwałę Sądu Najwyższego z 26 października 2006 r., I KZP 18/06, OSNKW 2006, nr 11, poz. 97; postanowienie Sądu Najwyższego z 30 października 2008 r., I KZP 13/08, OSNKW 2008, nr 11, poz. 90; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 16 października 2008 r., II AKa 255/08, LEX nr 477889.

które bądź stanowią ich bezpośrednie dopełnienie, bądź też wymagałyby uwzględnienia na etapie procesowym. W ramach końcowej refleksji warto jednocześnie podkreślić, że zasygnalizowane powyżej kontrowersje natury interpretacyjnej stanowią jedynie pewien wycinek obrazujący złożoność niniejszej problematyki. Podniesione wątpliwości *de lege lata* potęgują ponadto (można by dodać – *de lege ferenda*) – „konkurujące” ze sobą – próby zmian w zakresie analizowanej materii⁴⁵. Wsuwane propozycje przemodelowania dotychczasowego ujęcia prawa aborcyjnego odnoszą się zaś najczęściej (co nie pozostaje obojętne z perspektywy zakresu kryminalizacji przewidzianej w art. 152 § 1 k.k.) do ingerencji w obecny kształt okoliczności legalizujących przerywanie ciąży, ale również do wprowadzenia odpowiedzialności karnej dla kobiet poddających się niedozwolonym zabiegom aborcji. Należy przy tym zauważyć, że wspomniane propozycje legislacyjne pojawiają się niemal zawsze przy rekonfiguracji sił politycznych i są nierzadko motywowane względami *stricte* emocjonalnymi. Z tego też względu trudno byłoby zatem uniknąć – jak się wydaje – retorycznego pytania, w jak dużym stopniu okazują się one przejawem ambicji tych, którzy chcieliby się zapisać w historii jako reformatorzy prawa aborcyjnego?

Bibliografia

- Bojke J., Wantoła M., *Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015, nr 3.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX KK. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Długosz J., *O (braku) zasadności pociągnięcia do odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za przerwanie ciąży (ujęcie prawnoporównawcze)*, w: *Przestępczość kobiet. Wybrane aspekty*, red. J. Brzezińska, Warszawa 2017.
- Dudka K., *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym*, Lublin 2006.
- Filar M., *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000.
- Hofmański P., *Granice kryminalizacji aborcji w Europie Zachodniej. Analiza prawnoporównawcza*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992, nr 6.
- Kaczmarek T., *Prawo karne wobec moralności. Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego*, w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa 2007.
- Kalus S., w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna (art. 1–125)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018.
- Kania A., *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2011, t. XXVII.

⁴⁵ Zob. m.in. A. Kania, *Między stabilnością a niezmiennością odpowiedzialności...*, s. 87 i n.; zob. także R. Kokot, J. Jasińska, *Kilka uwag o ochronie życia poczętego w kontekście projektowanych zmian kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. XXXI, s. 13 i n.

- Kania A., *Między stabilnością a niezmiennością odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za niezgodne z prawem przerwanie ciąży*, w: *Przestępczość kobiet. Wybrane aspekty*, red. J. Brzezińska, Warszawa 2017.
- Karaźniewicz J., *Uprawnienia osób najbliższych w razie śmierci pokrzywdzonego*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 3.
- Kędzierski J., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., II Akc 37/14*, „Palestra” 2015, nr 9.
- Kmąk K., *Naklanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy*, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 2.
- Kokot R., Jasińska J., *Kilka uwag o ochronie życia poczętego w kontekście projektowanych zmian kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2014, t. XXXI.
- Krajewski R., *Problemy prawne wokół tzw. ciąży z gwałtu*, „Diariusz Prawniczy” 2009, nr 10–11.
- Królikowski M., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.
- Księżak P., w: *Tom I. Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna. Przepisy wprowadzające Kodeks cywilny. Prawo o notariacie (art. 79–95 i 96–99)*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
- Majewski J., Wróbel W., *Prawnokarna ochrona dziecka poczętego*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 5.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005.
- Potulski J., *Glosa do postanowienia SN z 26.03.2009 r., I KZP 2/09*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2014, nr 4.
- Skarżyński Z., *Z problematyki przerywania ciąży*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 9–12.
- Sroka T., w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Szewczyk M., *Eutanazja – rozważania prawnoporównawcze*, w: *Problemy nauk penalnych. Prace ofiarowane Pani Profesor Oktawii Górniok*, red. L. Tyszkiewicz, Katowice 1996.
- Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001.
- Wróbel W., *Konstytucyjne gwarancje ochrony życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, w: *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia. Druk sejmowy 993*, Biuro Analiz Sejmowych (BAS), Warszawa 2007.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
- Zoll A., *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, w: *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia. Druk sejmowy 993*, Biuro Analiz Sejmowych (BAS), Warszawa 2007.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2017.

Streszczenie

Celem artykułu jest zwrócenie uwagi na wybrane problemy interpretacyjne, które łączą się integralnie z prawnokarną typizacją zachowania polegającego na nielegalnym przerwaniu ciąży za zgodą kobiety ciężarnej (art. 152 § 1 k.k.). Analizując niniejsze zagadnienie, zwrócono uwagę nie tylko (*de lege lata*) na przesłanki legalizujące przerywanie ciąży oraz brak odpowiedzialności kobiety ciężarnej za niezgodą z prawem aborcję, lecz także na formułowane w zakresie niniejszych materii postulaty *de lege ferenda*. W podjętych rozważaniach ustosunkowano się również do problemu tzw. aborcji transgranicznej, jak również do karnoprocesowego statusu kobiety ciężarnej, która – poddając się dobrowolnie zabiegowi przerwania ciąży – składa następnie oświadczenie, wyrażając w nim zamiar działania w charakterze oskarżyciela posiłkowego jako strona zastępcza (art. 52 § 1 k.p.k.).

Słowa kluczowe: przerywanie ciąży, warunki legalności przerywania ciąży, brak odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej, aborcja transgraniczna

THE CRIMINAL LAW ASPECTS OF ABORTION IN THE LIGHT OF (NOT) NEW INTERPRETATION CHALLENGES

Summary

The aim of this article is to draw attention to interpretation problems which are integrally connected to the criminal law typification of the behaviour involving the illegal abortion, with the consent of the pregnant woman (Article 152§1 of the Polish Penal Code). By analysing this issue, attention was brought not only (*de lege lata*) to the prerequisites legalising abortion and lack of responsibility of the pregnant woman for an illegal abortion, but also to the *de lege ferenda* requirements developed in regards to these issues. In the considerations undertaken in the article, there is also an analysis of the issue of the so-called cross-border abortion, as well as of the criminal law status of a pregnant woman who, having willingly undertaken the abortion procedure, later submits a statement expressing the intention to act as an auxiliary prosecutor, as a replacement party (Article 52§1 of the Polish Code of Criminal Procedure).

Keywords: abortion, conditions for lawfulness of abortion, lack of criminal responsibility of a pregnant woman, cross-border abortion

Wojciech J. Kosior

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0002-4710-4523

DOWODZENIE WIEKU CZŁOWIEKA W PRAWIE RZYMSKIM

W ramach prowadzonych badań nad kategoriami i granicami wieku oraz ich znaczeniem w prawie rzymskim pojawiła się potrzeba ustalenia tego, w jaki sposób prawo to regulowało problematykę udowadniania osiągnięcia określonego wieku. Przekroczenie danej granicy wiekowej w starożytnym Rzymie miało bardzo istotne znaczenie dla zakresu praw i obowiązków konkretnej osoby. Przede wszystkim – podobnie jak współcześnie – wiek decydował o zakresie zdolności do czynności prawnych, zdolności do małżeństwa, a także o możliwości sporządzenia testamentu czy występowania przed magistraturą. Takich przykładów można by wymienić zdecydowanie więcej. Dlatego też, niejako z założenia, przyjąć należało, że w prawie rzymskim wykształciły się reguły, które określały sposoby, za pomocą których należało udowodnić osiągnięcie określonego wieku. Celem niniejszego artykułu jest próba zbadania powyższego założenia i ustalenie, czy i jakie istniały w prawie rzymskim środki dowodowe, które można było wykorzystać do wykazania wieku dla potrzeb obrotu prawnego¹.

Analizując tytułowe zagadnienie, warto rozpocząć od stwierdzenia, że wśród historyków starożytności istnieje spór co do tego, czy Rzymianie mieli w ogóle świadomość swojego wieku². Na problemy w ustalaniu wieku wskazywał sam Apuleius, przytaczając przykład rozważań nad wiekiem niejkiej Pudentilli, mieszkanki północnej Afryki, kiedy to wątpliwość dotyczyła tego, czy miała ona

¹ Problematyka ta była już częściowo poruszana przez autora w ramach rozprawy doktorskiej, por. W.J. Kosior, *Kategorie i granice wieku oraz ich znaczenie w prawie rzymskim*, Warszawa 2018 (niepubl. praca doktorska), s. 48–54. Ostatnio tematyką środków dowodowych przy wieku człowieka pośrednio zajęła się E. Loska w swoim wystąpieniu *Wiarygodność środków dowodowych w rzymskim procesie karnym* wygłoszonym na konferencji „Środki dowodowe. Tradycja – Współczesność – Perspektywy” zorganizowanej w dniach 18–19 października 2018 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego.

² Ch. Laes, J. Strubbe, *Youth in the Roman Empire. The young and the Restless Years?*, Cambridge 2014, s. 38.

40 czy może 60 lat³. Wydaje się jednak, że starożytni Rzymianie mieli świadomość swojego wieku na gruncie prawnym i widzieli też potrzebę stosownego jego udowodnienia.

Jednym ze znanych sposobów wykazywania wieku była manifestacja przez ubiór, czego przykładem była zamiana togi *praetexta* na togę *virilis* w przypadku chłopca wchodzącego w wiek dojrzały, co miało potwierdzać, że przestawał on być chłopcem, a stawał się mężczyzną i nabywał pełną zdolność do czynności prawnych. Wspomniana toga *praetexta* była koloru białego z purpurowym obramowaniem i pierwotnie była urzędowym okryciem niektórych rzymskich urzędników. Stanowiła też symbol wieku niewinności, czyli już nie dzieciństwa, ale jeszcze nie fizycznej dojrzałości. Zwykle przyjmuje się, że nosili ją młodzi chłopcy aż do czasu, gdy przechodzili formalną inicjację w wiek dorosły i otrzymywali togę *virilis*, mającą symbolizować męstwo. Jednakże H. Gabelmann⁴ oraz J.L. Sebesta⁵, powołując się na źródła literackie⁶, zwrócili uwagę, że uprawnionymi do noszenia togi *praetexta* były też dziewczęta. Powyższe zresztą zdają się potwierdzać niżej cytowane teksty jurydyczne. O ile jednak w przypadku chłopców zamiana togi następowała z chwilą formalnej inicjacji w wiek dojrzały, co zwykle następowało około określonego liczbowo wieku, to w przypadku dziewcząt o zmianie togi nie decydował wiek, ale fakt zamążpójścia⁷. W przypadku chłopca prawo nie uregulowało, w jakim dokładnie wieku zmieniał on swoją togę. Najszersze badania nad momentem zmiany togi *praetexta* na *virilis* przeprowadził F. Dolansky⁸. Przyjął, że następowało to zwyczajowo między 15. a 16. rokiem życia chłopca⁹. Jednakże w praktyce przyjęcie za pewnik określonego wieku przez daną osobę jedynie na podstawie jej stroju zewnętrznego było rozwiązaniem ryzykownym. Łatwo bowiem wyobrazić sobie sytuację, kiedy nieuczciwy kontrahent odziany w togę *virilis*, który nie osiągnął jeszcze dojrzałości (*pubertas*), a przez to nieposiadający pełnej zdolności do

³ Apuleius, Apologia 89,1; *De aetate uero Pudentillae, de qua post ista satis confidenter mentitus es, ut etiam sexaginta annos natam diceres nubsisse, de ea tibi paucis respondebo: nam necesse non est in re tam perspicua pluribus disputare.*

⁴ H. Gabelmann, *Die Frauenstatue aus Aachen-Burtscheid*, „Bonner Jahrbücher des rheinischen Landesmuseums in Bonn und des Vereins von Altertumsfreunden im Rheinlande” 1979, nr 179, s. 209 i n.

⁵ J.L. Sebesta, *Symbolism in the Costume of the Roman Woman*, w: *The World of Roman Costume*, red. J.L. Sebesta, L. Bonfante, London 2001, s. 47.

⁶ Por. Nonius Marcellus 541.

⁷ W dniu ślubu dziewczyna paliła swoją togę *praetexta* w ofierze dla domowych bogów i bogini Westy, por. C. Hartz, *My chcemy orgii!!!. Jak świętowali starożytni Rzymianie*, Warszawa 2017, s. 108.

⁸ F. Dolansky, *Togam virilem sumere: Coming of Age in the Roman World*, w: *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*, red. J. Edmondson, A. Keith, Toronto–Buffalo–London 2008, s. 47–71.

⁹ Szerzej na ten temat, zob. W. Kosior, *Kategorie i granice wieku...*, s. 159–163.

czynności prawnej, zawarł szereg kontraktów lub dokonał innych czynności, które dla swojej ważności wymagały, aby dokonujący je miał ukończony oznaczony liczbowo wiek.

Innym sposobem dowodzenia wieku było złożenie stosownego oświadczenia przez samego zainteresowanego, na co wskazuje poniższy tekst mówiący o obowiązku osoby występującej w postępowaniu udzielenia odpowiedzi na pytanie o swój wiek:

D. 11,1,11, pr., Ulpianus libro 22 ad edictum; *De aetate quoque interdum interrogatus respondere debet*.

Powyższy fragment dotyczy nieformalnego zapytania *interrogatio in iure*, czyli środka, za pomocą którego kierowano do stron procesu (najczęściej pozwanego) pytanie o istotne dla sprawy okoliczności. W postępowaniu kognicyjnym środek ten był dowodem w postępowaniu. Odpowiedź była z reguły przyjmowana za prawdziwą, ale podlegała ona ocenie na zasadach ogólnych przez prowadzącego proces¹⁰. Co oczywiste, osoba udzielająca odpowiedzi mogła nie mówić prawdy. Na ten problem przy konieczności ustalenia wieku szczególną uwagę zwrócił cesarz Hadrian¹¹:

D. 22,3,13, Celsus libro 30 digestorum; *Cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: „Et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et diversae professiones proferuntur, ea potissimum stare, quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilis videtur”*.

W omawianym fragmencie cesarz zauważył wadliwość ustalania wieku osoby wyłącznie na podstawie składanego oświadczenia. W sytuacji bowiem, gdy stawiano pytanie o status prawny osoby, a dokładniej o jej wiek i wynikający z niego status, w przypadku sprzecznych oświadczeń zwykle opierano się na oświadczeniu mniej korzystnym dla samego zainteresowanego. Innymi słowy, wychodzono z założenia, że osoba ta podawała nieprawdziwe dane. Cesarz uznał jednak, że w postępowaniu urzędowym należało dojść do prawdy i lata człowieka trzeba było liczyć według tego, co w danej sprawie wydawało się najbardziej prawdopodobne¹².

Odkąd w starożytnym Rzymie pojawiła się praktyka rejestracji urodzeń¹³ związana z wydawaniem dokumentów urodzenia, to stały się one, obok oświadczeń osoby zainteresowanej, środkami dowodowymi służącymi wykazywaniu wieku¹⁴:

¹⁰ W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 127 (s.v. „*interrogatio in iure*”); H.-D. Spengler, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, s. 54–55 (fragment: *Die Frage nach dem Alter*).

¹¹ T. Parkin, *Old Age in the Roman World: A Cultural and Social History*, Baltimore–London 2003, s. 384; H. Fitting, *Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Basel 1860, s. 6 – „*Caesar noster*» kein anderer als Hadrian”.

¹² S. Fein, *Die Beziehungen der Kaiser Trajan und Hadrian zu den litterati*, Leipzig 1994, s. 315.

¹³ Por. F. Schulz, *Roman Registers of Births and Birth Certificates*, „The Journal of Roman Studies” 1942, nr 1–2(32), s. 78–91.

¹⁴ T. Parkin, *Old Age...*, s. 178.

D. 27,1,2,1, Modestinus libro secundo excusationum; *Ἡ δὲ ἡλικία δείκνυται ἢ ἐκ παιδογραφῶν ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων. [id est: Aetas autem probatur vel liberorum professionibus vel aliis iustis probationibus.]*

W cytowanym fragmencie mowa jest o tym, że wiek mógł być udowodniony za pomocą dokumentów urodzenia lub innych dowodów przewidzianych prawem¹⁵. Wspomnianym dokumentem urodzenia była *professio liberorum natorum*. W starożytnym Rzymie do czasów Oktawiana Augusta nie istniał obowiązek rejestrowania dzieci¹⁶, tym samym sporządzania dokumentu urodzenia. Po wprowadzeniu tego obowiązku *pater familias* w terminie 30 dni od urodzenia dziecka udawał się do urzędu – w Rzymie do prefekta *aerarium Saturni*, a na prowincji do urzędu *tabularium publicum* – aby zgłosić nowo narodzone dziecko. W urzędzie sporządzany był dokument urodzenia, w którym stwierdzano dane osobowe, to jest pełne nazwisko dziecka, datę urodzenia, fakt wolnego urodzenia oraz posiadania praw obywatelskich¹⁷. Obowiązek zgłoszenia dotyczył zarówno chłopców, jak i dziewcząt. Dane dotyczące wolnego urodzenia i praw obywatelskich były wprowadzane do rejestru zwanego kalendarium, zaś lista zgłoszonych dzieci była wystawiana na widok publiczny¹⁸.

W działalności prawodawczej cesarzy dostrzeżono też problem, który mógł wystąpić dla osoby, która zgubiła lub utraciła dokument potwierdzający jej status prawny. Na mocy konstytucji cesarskich postanowiono, że utracenie czy fizyczne zniszczenie takiego dokumentu nie mogło pociągać żadnych negatywnych konsekwencji dla statusu osoby zainteresowanej. Wynika to wprost ze źródeł:

¹⁵ Do wykazywania wieku mogły też posłużyć dokumenty sporządzone w ramach cenzusu, por. *ibidem*, s. 183.

¹⁶ B. Doer, *Die römische Namengebung: ein historischer Versuch*, Hildesheim–New York 1974, s. 11–17.

¹⁷ V. Rączewska, *Narodziny i wczesna opieka nad dzieckiem w rodzinie rzymskiej*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej w Bydgoszczy. Studia Pedagogiczne” 1992, nr 18, s. 63; L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983, s. 255 – „Zachował się ciekawy dokument, odpis aktu urodzenia dziewczynki, sporządzony na woskowanej tabliczce (przechowywany w zbiorach Uniwersytetu w Michigan, Papyrus nr 766). Dokument pochodzi z Aleksandrii egipskiej z czasów Hadriana (127 r.). Tekst zapisany po obu stronach tabliczki brzmi: «Za konsulatu L. Noniusa Asprenaty, po raz drugi konsula, i M. Anniusa Libona, w Idy kwietnia roku XII cezara Trajana Hadriana Augusta, dnia XVIII miesiąca Pharmuti w Aleksandrii w Egipcie przepisane i sprawdzone z listy zgłoszeń o urodzinach dzieci, lista ta była wystawiona na forum Augusta, na której było zapisane to, co poniżej: za konsulatu M. Klaudiusza Akwili Gallicena i T. Atilliusza Rufusa Titiana, w r. XII panowania cezara Trajana (Hadriana) Namiestnik Egiptu przyjął zgłoszenie urodzonych dzieci bez rozpatrzenia okoliczności – na tablicy VIII kol. II zapisano większymi literami: za konsulatu L. Noniusa Torkwata Asprenaty, po raz drugi konsula, i M. Anniusa Libona – dn. VI przed Kalendami kwietnia (= 27 marca) G. Herennius Geminianus placący CCCLXXV sesterców podatku zgłasza córkę Herennię Gemellę z matki Diogenis, córki Marka, urodzoną dn. V przed Idami marca (= 11 marca), które były ostatnio (= bieżącego roku)»”.

¹⁸ L. Winniczuk, *Ludzie, zwyczaje i obyczaje...*, s. 254–255.

C. 4,21,6, Imperatores Diocletianus, Maximianus; *Statum tuum natali professione perditum mutilatum non esse certi iuris est.*

W powyższym przypadku jednoznacznie wskazano, że utrata dokumentu urodzenia nie wywoływała prawnych skutków dla pozycji prawnej osoby, której ten dokument dotyczył¹⁹. Podobna zasada dotyczyła sytuacji, w której to dokument potwierdzający wyzwolenie uległ zniszczeniu²⁰:

C. 4,21,11, Imperatores Diocletianus, Maximianus; *Emancipatione facta, etsi actorum tenor non existat, si tamen aliis indubiis probationibus vel ex personis vel ex instrumentorum incorrupta fide factam esse emancipationem probari possit, actorum interitu veritas convelli non solet.*

Samo zniszczenie dokumentu, czy też nawet fałszywe oświadczenie nie mogło skutkować pozbawieniem osoby przynależnego jej statusu:

C. 7,16,15, Imperatores Diocletianus, Maximianus; *Nec omissa professio probationem generis excludit nec falsa simulata veritatem minuit. Cum itaque ad examinationem veri omnis iure prodita debeat admitti probatio, aditus praeses provinciae sollemnibus ordinatis, prout iuris ratio patitur, causam liberalem inter vos decidi providebit.*

W cytowanej konstytucji, podobnie jak we wcześniej przytoczonej opinii Celsusa (D. 22,3,13) nacisk położony został na przeprowadzenie postępowania dowodowego, które miało doprowadzić do ujawnienia stanu rzeczywistego i prawdziwego. Z powyższych tekstów wynika, że cesarze Dioklecjan i Maksymian dostrzegli problem, jaki mógł powstać dla osoby, która utraciłaby dokument swojego urodzenia, w którym znajdowałoby się, oprócz daty urodzenia, wzmianka o jej wolnym urodzeniu i prawach obywatelskich. Podobnie rzecz się miała z dokumentem potwierdzającym wyzwolenie. Mocą zacytowanej konstytucji postanowiono, że utracenie lub zagubienie takich dokumentów nie mogło powodować negatywnych konsekwencji dla osoby, której te dokumenty dotyczyły²¹. Innymi słowy, niemożność posłużenia się takim dokumentem nie pozbawiała osobę uprawnionej przynależnego jej statusu, który dany dokument potwierdzał.

Kwestia środków dowodowych służących wykazywaniu wieku była też przedmiotem uwagi prawodawstwa cesarskiego zarówno w prawie klasycznym, jak i w okresie późniejszym:

¹⁹ Na przykładzie udowadniania *status libertatis*, por. J. Evans Grubbs, *Between Slavery and Freedom: Disputes over Status and the Codex Justinianus*, „Roman Legal Tradition” 2013, nr 9, s. 36 i n. Zob. też: B. Doer, *Die römische Namengebung...*, s. 14.

²⁰ S. Schiavo, *Il falso documentale tra prevenzione e repressione: impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano 2007, s. 38–39.

²¹ Por. E.Q. Orive, *Observaciones sobre la prueba del estado civil en Derecho Romano*, „Revista General de Derecho Romano” 2009, nr 13(24), s. 379–380 – „también en C.J. 7.16.15 (a. 293) los emperadores Diocleciano y Maximiano responden a un tal Paladio diciéndole que: «ni la falta de la partida de nacimiento excluye la prueba del linaje ni la simulación de una falsa perjudica a la verdad», estableciendo que se podrá utilizar toda prueba admitida por el Derecho”.

C. 2,42,1, Imperator Alexander Severus; *Si, cum minor annis viginti quinque esses, tabulis quae sunt tuarum professionum oblati tibi aetatem quasi maior annis viginti quinque decepta probasti.*

W powyższym fragmencie konstytucji z 223 r. wspomniano o wykazywaniu wieku za pomocą dokumentu urodzenia²². Środek ten zachował aktualność też w latach późniejszych:

CTh. 2,17,1,1, Imp. Constantinus a. ad Verinum; [...] *sed percepta aetatis venia annos tantum probare tabulis vel testibus misso procuratore concedimus: ut etiam ipsae in omnibus contractibus tale ius habeant, quale viros habere praescripsimus.*

W powyżej przywołanym akcie z 321 r. na przykładzie udowadniania wieku potrzebnego do skorzystania z przywileju cesarskiego *venia aetatis* stwierdzono, że właściwymi do tego środkami były *tabula*, czyli dokument urodzenia, lub *testis*, czyli dowód z zeznań świadka. Regulacja ta, z niewielkimi modyfikacjami, została powtórzona w Kodeksie Justyniańskim:

C. 2,44,2,1, Imperator Constantinus; [...] *sed percepta aetatis venia annos tantum probare testibus vel instrumentis, misso procuratore, concedimus, ut etiam ipsae in omnibus negotiis tale ius habeant, quale mares habere praescripsimus, ita tamen, ut praedia sine decreto non alienent.*

W tym przypadku posłużono się zwrotem *testibus vel instrumentis*, oznaczającym świadków lub inne środki dowodowe. Włączenie powyższej konstytucji do Kodeksu Justyniańskiego można poczytywać jako aktualizację wyrażonego poglądu również na gruncie prawa późniejszego. Użyty wyżej termin *instrumentis* oznaczający inne środki dowodowe możemy też tłumaczyć jako dokumenty. Możliwość udowadniania wieku takimi innymi dokumentami przewidywała też poniższa konstytucja z 287 r.:

C. 2,42,3,3, Imperatores Diocletianus, Maximianus; *Si tamen in instrumento per sacramenti religionem maiorem te esse adseverasti, non ignorare debes exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et evidenter ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones te fuisse minorem ostenderit.*

W tekście tym odniesiono się do wykazywania wieku za pomocą dokumentu złożonego pod przysięgą. Jeżeli osoba dowodząca swojego wieku – w tym przypadku 25 lat – powołała się na taki dokument, to później ten wiek musiała w rzeczywistości wykazać tym właśnie dokumentem i nie mogła tego dowodu zastąpić zeznaniami świadków.

Na koniec warto dodać, że udowadnianie wieku zostało zastrzeżone do ogólnej kompetencji pretorów, co wynika z poniższego tekstu:

²² L. Raggi, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem: contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, s. 93.

D. 2,12,2, Ulpianus libro quinto ad edictum; *Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur: ut officii admoneantur cessantes: excusationes allegentur: alimenta constituentur: aetates probentur.*

W zacytowanym fragmencie dotyczącym zakresu obowiązków realizowanych przez pretora wskazano, że jedną z czynności zastrzeżonych do jego kompetencji było potwierdzanie wieku człowieka²³. Jednakże przeprowadzona analiza zachowanego materiału źródłowego ujawnia, że pretor nie był jedynym urzędnikiem, który miał wspomniane uprawnienie. Kompetencje do dowodzenia wieku człowieka miał też namiestnik prowincji:

C. 4,19,9, Imperatores Diocletianus, Maximianus; *Cum te minorem quinque et viginti annis esse proponas, adire praesidem provinciae debes et de aetate probare.*

W treści tej konstytucji z 293 r. wprost wyartykułowano, że osoba, która twierdziła, iż nie ukończyła jeszcze 25 lat, powinna była udać się do namiestnika prowincji i udowodnić swój wiek. Na analogiczne wnioski wskazuje poniższy tekst:

C. 2,42,3, Imperatores Diocletianus, Maximianus; *Aditus itaque praeses provinciae probationis aetatis examinata causa, si tuum dolum non reppererit intercessisse, ac te minorem tunc fuisse probaveris, causa cognita in integrum restitui providebit.*

Podsumowując powyższe rozważania, w pierwszej kolejności trzeba zauważyć liczbę zachowanych tekstów źródłowych, które dotyczą problematyki dowodzenia wieku. Moim zdaniem pozwala to na przyjęcie, że sami Rzymianie mieli świadomość swojego wieku na gruncie prawnym, zaś prawo rzymskie widziało potrzebę pewnego uregulowania zagadnień związanych ze środkami dowodowymi, za pomocą których można było wykazać osiągnięcie konkretnego wieku. Znamienitą większość z przedstawionych źródeł stanowią konstytucje cesarskie, co – z uwagi na ich charakter – pokazuje, że dowodzenie wieku rodziło problemy bardziej natury praktycznej niż teoretycznej.

Nieformalnym sposobem udowadniania swojego wieku był strój, a dokładniej toga. Po osiągnięciu formalnej dojrzałości (*pubertas*), chłopiec dla podkreślenia przejścia z wieku niewinności do wieku męskiego zmieniał swoją dotychczasową togę zwaną *toga praetexta* na tę określaną mianem *toga virilis*. Przeprowadzone badania pokazują jednak, że zmiana togi nie następowała w jakimś odgórnie ustalonym liczbowo wieku, ale raczej przypadała na okres nastoletni, między 15. a 16. rokiem życia. Tym samym toga jako oznaka wieku człowieka miała charakter zdecydowanie symboliczny i trudno zaliczyć ją do środków dowodowych.

²³ L.P. Homo, *Roma imperiale e l'urbanesimo nell'antichità*, Milano, Mursia 1976, s. 218; N. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato: lezioni di diritto romano*, Torino 1980, s. 91.

Rzymski katalog środków dowodowych służących do wykazywania wieku człowieka został wypracowany w wyniku prawotwórczej działalności cesarzy. Podstawowym środkiem było osobiste oświadczenie danej osoby złożone na okoliczność jej wieku w ramach *interrogatio in iure*. Od samego początku jednak dostrzeżono słabość tego środka, przyznając, że składający oświadczenie mógł nie mówić prawdy. W takich realiach uformowany został nakaz cesarski, aby przy rozbieżności materiału dowodowego co do wieku człowieka przyjąć wersję najbardziej prawdopodobną. Najpewniej w tym przypadku chodziło o rozbieżności między osobistym oświadczeniem zainteresowanego a pozostałymi świadkami. Tym samym do omawianego katalogu środków możemy dołączyć też *testes*, czyli właśnie świadków, co też potwierdzono w aktach cesarskich. Oprócz tych osobowych środków dowodowych wiek mógł zostać udowodniony za pomocą dokumentów (*tabulae, instrumenta*), do których zaliczał się przede wszystkim akt urodzenia (*professio liberorum natorum*). Jednakże ten dokument pojawił się w praktyce prawnej dopiero po wprowadzeniu powszechnego obowiązku rejestracji urodzeń na początku I w. n.e.

Bibliografia

- Doer B., *Die römische Namengebung: ein historischer Versuch*, Hildesheim–New York 1974.
- Dolansky F., *Togam virilem sumere: Coming of Age in the Roman World*, w: *Roman Dress and the Fabrics of Roman Culture*, red. J. Edmondson, A. Keith, Toronto–Buffalo–London 2008.
- Evans Grubbs J., *Between Slavery and Freedom: Disputes over Status and the Codex Justinianus*, „Roman Legal Tradition” 2013, nr 9.
- Fein S., *Die Beziehungen der Kaiser Trajan und Hadrian zu den litterati*, Leipzig 1994.
- Fitting H., *Über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, Basel 1860.
- Gabelmann H., *Die Frauenstatue aus Aachen-Burtscheid*, „Bonner Jahrbücher des rheinischen Landesmuseums in Bonn und des Vereins von Altertumsfreunden im Rheinlande” 1979, nr 179.
- Hartz C., *My chcemy orgii!!!. Jak świętowali starożytni Rzymianie*, Warszawa 2017.
- Homo L.P., *Roma imperiale e l’urbanesimo nell’antichità*, Milano, Mursia 1976.
- Kosior W.J., *Kategorie i granice wieku oraz ich znaczenie w prawie rzymskim*, Warszawa 2018 (niepubl. praca doktorska).
- Laes Ch., Strubbe J., *Youth in the Roman Empire. The young and the Restless Years?*, Cambridge 2014.
- Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998.
- Orive E.Q., *Observaciones sobre la prueba del estado civil en Derecho Romano*, „Revista General de Derecho Romano” 2009, nr 13(24).
- Palazzolo N., *Processo civile e politica giudiziaria nel principato: lezioni di diritto romano*, Torino 1980.
- Parkin T., *Old Age in the Roman World: A Cultural and Social History*, Baltimore–London 2003.
- Raggi L., *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem: contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965.

- Rączewska V., *Narodziny i wczesna opieka nad dzieckiem w rodzinie rzymskiej*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Pedagogicznej w Bydgoszczy. Studia Pedagogiczne” 1992, nr 18.
- Schiavo S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione: impositio fidei criminaliter agere civiliter agere*, Milano 2007.
- Schulz F., *Roman Registers of Births and Birth Certificates*, „The Journal of Roman Studies” 1942, nr 1–2(32).
- Sebesta J.L., *Symbolism in the Costume of the Roman Woman*, w: *The World of Roman Costume*, red. J.L. Sebesta, L. Bonfante, London 2001.
- Spengler H.-D., *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994.
- Winniczuk L., *Ludzie, zwyczaje i obyczaje starożytnej Grecji i Rzymu*, Warszawa 1983.

Streszczenie

W prawie rzymskim wiek człowieka miał bardzo istotne znaczenie. Osiągnięcie określonego wieku pociągało za sobą zmianę pozycji prawnej człowieka, i to zarówno w sferze jego uprawnień, jak i obowiązków. Od przekroczenia danej granicy wiekowej zależał zakres zdolności do czynności prawnych, zdolność do małżeństwa, zdolność do sporządzenia testamentu, możliwość występowania przed magistraturą i wiele innych. Stąd też ważnym problemem praktycznym stało się udowadnianie wieku dla potrzeb prawnych. Przeprowadzone badania pozwoliły na opracowanie katalogu rzymskich środków dowodowych służących wykazaniu wieku człowieka. Nieformalnym środkiem był strój (toga), ale miał on znaczenie tylko symboliczne. W praktyce prawnej wiek mógł być udowodniony za pomocą oświadczenia, zeznań świadków oraz dokumentów, takich jak akt urodzenia.

Słowa kluczowe: wiek człowieka, środki dowodowe, prawo rzymskie

PROVING HUMAN'S AGE IN ROMAN LAW

Summary

The human's age was very important in Roman law. The completion of a certain age entailed a change in the legal position of a human being, both in the sphere of his rights and obligations. The scope of legal capacity, the ability to marry, the ability to draw up a will, the possibility of appearing in front of the magistrate office and many others, depended on exceeding the exact age. Hence, an important practical problem has appeared and it has been a proving the age for legal purposes. The research allowed me to develop a catalog of Roman evidences which could be used to prove human's age. The toga was an informal way to prove it and it was only symbolic. In legal practice, the age could be proved by means of a statement, testimonies of witnesses and documents such as a birth certificate.

Keywords: human's age, evidences, Roman law

Anna Opar

Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Jana Grodka w Sanoku

ORCID: 0000-0001-9781-178X

**OBOWIĄZEK NAPRAWIENIA SZKODY WYRZĄDZONEJ
PRZESTĘPSTWEM (ART. 46) W KODEKSIE KARNYM Z 1997.
DOKTRYNALNY I PRAWNOMIĘDZYNARODOWY
KONTEKST REGULACJI****Wprowadzenie**

Instytucja karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody została wprowadzona do systemu prawa polskiego wraz z uchwaleniem obecnie obowiązującego Kodeksu karnego¹ (dalej: k.k.). Nie jest ona w polskim prawie karnym instytucją bynajmniej nową. Nie jest też obca prawu w ogóle, jako że idea kompensacji obecna jest od zarania jego istnienia: najbardziej lapidarnym tego wyrazem jest biblijna formuła „oko za oko, ząb za ząb”, zgodnie z którą sprawca musi zrekompensować szkodę wyrządzoną innej osobie swoim czynem. Analiza najstarszych kodeksów prawnych pozwala sądzić, iż kompensacja miała także charakter represyjny. Jak zwraca się uwagę w literaturze, rozwiązanie takie istniało w starożytnych systemach prawa hebrajskiego, sannickim, fenickim oraz we wczesnym prawie greckim². W tych pierwszych akcent położony był na rekompensowanie krzywdy ofierze, podczas gdy w prawie greckim jako beneficjent kompensacji pojawiło się państwo, które od sprawcy szkody wyrządzonej jednostce zapragnęło również uzyskać zadośćuczynienie, jeżeli np. szkoda wyrządzona jednostce powodowała również uszczerbek dla państwa. Trafną wykładnię takiego stanowiska w kwestii kompensacyjnej funkcji prawa oddaje passus z *Praw* Platona. Jak pisał, ten, który dopuści się czynu szkodzącego innemu

¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm.

² W. Cieślak, *Prawo karne: Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 19. Obszernie na temat idei kompensacji w ujęciu historycznym patrz również: L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata ofiar przestępstw*, Warszawa 2012, s. 25–51.

w „gniewnym podnieceniu” i zostanie mu to udowodnione, „będzie musiał spowodowaną przez ten czyn krzywdę wynagrodzić pokrzywdzonemu podwójnie, jeżeli zadana mu rana okazała się uleczalna, poczwórnice, jeżeli pociągnęła za sobą nieodwracalne uszkodzenie ciała, a potrójnie, jeżeli dała się uleczyć, ale pozostawiła przykre i hańbiące zeszpecenie. Jeżeli zaś ktoś okaleczy kogoś tak, że nie tylko jemu, ale i państwu wyrządził krzywdę, czyniąc go niezdolnym do niesienia państwu pomocy w potrzebie wojennej, to niezależnie od innych kar będzie musiał jeszcze i państwu dać odszkodowanie. Oprócz odbycia własnej służby wojskowej będzie bowiem obowiązany w następstwie niezdolnego do wojska stawić się do szeregów i spełnić za niego jego żołnierską powinność. Jeżeli tego nie zrobi, będzie mógł każdy zgodnie z prawem pociągnąć go do odpowiedzialności sądowej za uchylanie się od służby wojskowej. Jaka zaś ma być w tych wypadkach wysokość odszkodowania, podwójna, potrójna czy poczwórna, ustala ci sami sędziowie, którzy wydali na niego wyrok”³.

Zarysowały się zatem dwa wymiary kompensacji prawnokarnej: szkody wyrządzonej przestępstwem ofierze oraz szkody, jaką z tytułu przestępstwa ponosiło państwo, które będą się ścierać na dalszych etapach rozwoju prawa i które wyznaczały w prawie rzymskim podział na publiczne i prywatne prawo karne⁴. W miarę dalszych przemian ewoluowała również funkcja prawa karnego, które w czasach nowożytnych przekształciło się w instrument ochrony społeczeństwa przed przestępczością oraz narzędzie resocjalizacji przestępców, co oznaczało, gdy idzie o kompensację, przesunięcie akcentu w kierunku naprawienia przez przestępcę szkody publicznej, w wyniku czego naprawienie przez niego szkody prywatnej wyrządzonej ofierze zostało zmarginalizowane, o ile nie zanikło zupełnie. W wysokim stopniu przyczyniła się do tego tzw. koncepcja obrony społecznej skoncentrowana na kryminalizacji możliwie dużej liczby czynów zagrażających bezpieczeństwu społecznemu oraz rozbudowanym systemie sankcji, a także resocjalizacyjnym charakterze karania. Niezadowolające w stosunku do oczekiwań rezultaty wdrażania tego rodzaju modelu prawa karnego spowodowało falę jego krytyki, w wyniku czego pojawiły się w nauce prawa karnego dwie przeciwstawne koncepcje, obie wyrosłe na gruncie rozczarowania resocjalizacyjnymi efektami karania⁵:

- neoklasycyzm – powrót do tradycyjnej funkcji kary jako odpłaty, odwetu na przestępcy za zło, które wyrządził swoim przestępstwem innym, a przez to społeczeństwu, izolowanie go i rezygnacja z działań resocjalizacyjnych;
- sprawiedliwość naprawcza – odejście od tradycyjnych, klasycznych funkcji kary w kierunku daleko posuniętej dekryminalizacji i stosowania nowych

³ Platon, *Prawa*, tłum. Maria Maykowska, Warszawa 1997, s. 379.

⁴ W. Cieślak, *Prawo karne...*, s. 27.

⁵ *Ibidem*, s. 27–28.

form wymierzenia kary, oparcie ich na mediacji między sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym oraz szczególna ochrona pokrzywdzonego, któremu sprawca powinien zrekomensować skutki swojego przestępczego działania.

Z punktu widzenia celów niniejszego opracowania szczególnie istotna jest druga z powyższych koncepcji. Istotą koncepcji sprawiedliwości naprawczej jest „naprawienie krzywdy wyrządzonej czynem przestępczym, a w szczególności umożliwienie lub wymaganie, by sprawca (jeśli jest znany) podjął działania naprawcze, oraz umożliwienie ofierze (jeśli sobie tego życzy) uczestniczenia w dyskusji ze sprawcą na temat formy zadośćuczynienia”⁶. Jak się przyjmuje w literaturze, kryzys resocjalizacyjnej funkcji kary oraz niechęć do klasycznego modelu prawa karnego spowodowały, iż w centrum wymiaru sprawiedliwości w sferze prawa karnego znów znalazła się ofiara przestępstwa, w tym jej prawo do kompensaty szkody doznanej w wyniku przestępstwa ze strony sprawcy⁷. W tym kontekście należy postrzegać wprowadzenie do k.k. obowiązku naprawienia przez sprawcę szkody, jaką wyrządził ofierze (art. 46).

Obowiązek wynagrodzenia szkody wyrządzonej przestępstwem w Kodeksach karnych z 1932 i 1969 r.

Instytucja obowiązku wynagrodzenia szkody wyrządzonej przestępstwem uregulowana w art. 46 k.k. nie jest w systemie prawa polskiego, gdy idzie o kompensacyjne funkcje prawa karnego, instytucją nową. W różnej postaci występowała ona zarówno w Kodeksie karnym z 1932 r.⁸, jak i Kodeksie karnym z 1969 r.⁹ W pierwszej z wymienionych ustaw kwestia kompensaty przez sprawcę szkód wymierzonych ofierze przestępstwa uregulowana była w art. 62 § 2, stanowiącym, iż „jeżeli stosunki gospodarcze skazanego na to pozwalają, sąd może zobowiązać skazanego, by wynagrodził szkody, zrządzone przestępstwem, w czasie i w rozmiarach ustalonych w wyroku”¹⁰. Środek, o którym mowa, miał więc charakter fakultatywny, a jego zastosowanie leżało w gestii sądu, który orzekając o jego zastosowaniu, musiał wziąć pod uwagę kondycję materialną skazanego, tj. *de facto* – możliwość spełnienia przez sąd nałożonego nań obo-

⁶ B. Czarnicka-Działuk, D. Wójcik, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii badań*, Warszawa 2001, s. 14–15.

⁷ J. Lachowski, T. Oczkowski, *Obowiązek naprawienia szkody jako środek karny*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 9, s. 40.

⁸ Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571 ze zm. – uchylony.

⁹ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94 ze zm. – uchylony.

¹⁰ Kodeks karny z 1932 r.

wiązku kompensacji szkody ofierze. W ówczesnej doktrynie, jak pisze A. Kowalczyk, panowała zgoda „co do wychowawczego charakteru tej instytucji: decyzja sądu o skorzystaniu ze środka miała być uzasadniona względami prewencji szczególnej”¹¹. Inaczej więc niż w obecnym stanie prawnym na przestępcy nie ciążył ustawowy obowiązek kompensacji szkody wyrządzonej ofierze. Mógł go nałożyć tylko sąd w wydanym wyroku jako ciężar dodatkowy, o ile uznał, iż na spełnienie go pozwala sytuacja majątkowa skazanego.

Inaczej omawianą kwestię ujmował Kodeks karny z 1969 r. W ustawie tej zasadniczy akcent został położony nie na obowiązek naprawienia szkody pokrzywdzonemu, choć to również było celem, ale przede wszystkim na aspekty wychowawcze i resocjalizacyjne¹². Obowiązek naprawienia nie był w Kodeksie karnym z 1969 r. samodzielnym środkiem karnym, ale orzekano go jako karę dodatkową. Sąd, orzekając karę, miał m.in. obowiązek brania pod uwagę rodzaju i rozmiaru krzywdy wyrządzonej przez sprawcę (art. 50 § 1), a wymierzając grzywnę, „uwzględniać stosunki majątkowe i dochody sprawcy” oraz korzyść, jaką osiągnął lub zamierzał on osiągnąć z przestępstwa (art. 50 § 2). W myśl art. 59a pkt 2 sąd mógł także orzec nawiązkę na rzecz poszkodowanego. Obowiązek naprawienia szkody obejmował również w świetle art. 75 § 3 omawianego kodeksu sprawców przestępstw na szkodę mienia społecznego. Generalnie jednak środek, o którym mowa, stosowany był stosunkowo rzadko. Zgodnie z wyliczeniami J. Szumskiego pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. średnio w roku na 100 osób skazanych w postępowaniach karnych, w który stwierdzono winę sprawcy za szkody poniesione przez ofiarę, tylko wobec 6–8 zasądzany był obowiązek naprawienia szkody¹³. W ten sposób obniżana była ranga obowiązku naprawienia przez sprawcę szkody poszkodowanemu, a tym samym także jej funkcja resocjalizacyjna i wychowawcza. Z punktu widzenia roli, jaką omawiana instytucja odgrywała w systemie prawa karnego oraz karnym wymiarze sprawiedliwości, kluczowe znaczenie miała okoliczność, iż nie była ona samodzielnym środkiem karnym, lecz pełniła rolę subsydiarną wobec podstawowej sankcji karnej, jakim była odpłata sprawcy za popełnione przestępstwo¹⁴. W ten sposób jego rola w naprawieniu szkody poszkodowanemu była dosyć ograniczona. Zasadnicze zmiany w tym zakresie przyniósł dopiero Kodeks karny z 1997 r., w którym orzekanie o odpowiedzialności sprawcy za szkody wyrządzone poszkodowanemu stało się obligatoryjne, a obowiązek sprawcy w tym zakresie nabrał charakteru samodzielnego środka karnego.

¹¹ A. Kowalczyk, *Orzekanie karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody w przypadku wielości sprawców*, „Acta Erasiana” V (Varia), Wrocław 2013, s. 105.

¹² W. Daszkiewicz, *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 17 i n.

¹³ Cyt. za: A. Kowalczyk, *Orzekanie karnoprawnego...*, s. 106.

¹⁴ Por. *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008, s. 169.

Prawnomiędzynarodowy kontekst uregulowania obowiązku sprawcy naprawienia ofierze szkody wyrządzonej przestępstwem (art. 46 k.k.)

Przyjęta w art. 46 k.k. konstrukcja obowiązku naprawy szkody wyrządzonej przestępstwem wpisuje się, jak sygnalizowano, w szerszy kontekst przewartościowości, który zarysował się w doktrynie prawa karnego oraz filozoficznych podstawach karania i wymiaru sprawiedliwości u schyłku ub. stulecia. Ich praktycznym wykładnikiem stał się model sprawiedliwości naprawczej. Jak pisze A. Kowalczyk, w modelu tym kładzie się nacisk na „na niedoceniane wcześniej restytucję i kompensację, a filozofia, która temu przyświeca, jest rezultatem wzięcia pod uwagę przez legislatorów państw Europy Zachodniej, a w ślad za nimi – polskiego ustawodawcy, postulatów koncepcji [...] opierającej się na założeniu, że priorytetem prawa karnego powinno być dążenie do maksymalnego rozładowania konfliktu społecznego, jaki wskutek popełnionego przestępstwa powstaje bezpośrednio pomiędzy poszkodowanym a sprawcą. Najpewniejszym tego sposobem jest zniwelowanie skutków przestępstwa przez samego sprawcę. Jest więc karnopravny obowiązek naprawienia szkody swego rodzaju *signum temporis*, a, wedle entuzjastów koncepcji, stanowi wręcz niezbity dowód, że prawo karne stoi w obliczu zmiany paradygmatu”¹⁵.

Idee powyższe znalazły szczególne uznanie wśród zwolenników wiktymologicznej szkoły prawa karnego, akcentującej wagę szczególnej ochrony praw ofiary przestępstwa w procesie karnym. Światowe Stowarzyszenie Wiktymologii odegrało istotną rolę w przygotowaniu i uchwaleniu podczas 96. posiedzenia plenarnego Zgromadzenia Ogólnego ONZ Deklaracji podstawowych zasad sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy, nazywanej również Wielką Kartą Praw Ofiar. Wyróżnia ona cztery zasadnicze prawa ofiar: do wymiaru sprawiedliwości, do restytucji szkód, do kompensacji z funduszy oraz do pomocy¹⁶. Dla rozważanej kwestii podstawowe znaczenie ma pkt 8 przywołane-

¹⁵ A. Kowalczyk, *Orzekanie karnopravnego...*, s. 107.

¹⁶ Deklaracja podstawowych zasad wymiaru sprawiedliwości odnoszących się do ofiar przestępstw i nadużyć władzy. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 40/34 z 29 listopada 1985 r. (dalej: Deklaracja 40/34 ONZ), dokument dostępny w wersji elektronicznej: www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/.../prawa_czlow_26_7.doc (2.05.2018). Patrz także J. Szymańczak, *Prawa i uprawnienia ofiar przestępstw*, „Informacja” nr 1030 Wydziału Analiz Ekonomicznych i Społecznych Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, Warszawa 2004, s. 1–2; E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Ofiara przestępstw w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009, *passim*; L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata...*, s. 55–57; W. Walkowiak, *Prawa ofiar przestępstw*, „Homines Hominibus” 2011, nr 7, s. 111–125. Już po uchwaleniu Kodeksu karnego 1997 r., zawierającej regulację obligującą sprawcę przestępstwa do zrekompensowania szkody wyrządzonej jego ofierze, w początkach 1999 r., wydana została przez Ministerstwo Sprawiedliwości Polska Karta Praw Ofiary, będąca w intencji jej twórców „zestawieniem obowiązujących praw przysługujących ofiarom przestępstw wraz z instrukcją, konkretnie czego i od kogo ofiary

go dokumentu, zgodnie z którym „sprawcy przestępstwa lub osoby trzecie odpowiedzialne za ich zachowanie powinny we właściwych przypadkach dokonać sprawiedliwego naprawienia szkody na rzecz ofiar, ich rodzin lub osób pozostających na ich utrzymaniu. Taka restytucja powinna obejmować zwrot własności lub zapłatę za poniesioną szkodę bądź utratę, zwrot kosztów poniesionych w rezultacie stania się ofiarą przestępstwa, świadczenie usług oraz przywrócenie praw”¹⁷. Cytowany dokument idzie nawet dalej i w pkt 9 postuluje rozważanie przez państwa członkowskie ONZ możliwości orzekania w odniesieniu do przestępców obowiązku restytucji sytuacji ofiary sprzed popełnienia przestępstwa.

Do innych aktów prawnomiędzynarodowych, które miały wpływ na kształt regulacji instytucji prawnokarnego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, zaliczyć należy akty następujące¹⁸:

1. Europejską Konwencję o kompensacji dla ofiar przestępstw popełnionych z użyciem przemocy z 1983 r. (nieratyfikowana przez Polskę). Dokument obliguje sygnatariuszy do zapewnienia kompensacji państwowej ofiarom przestępstw popełnionych z przemocą oraz osobom pozostającym na utrzymaniu tych ofiar, które w wyniku przestępstwa poniosły śmierć, wypłacanej przez państwo, jeżeli pokrzywdzeni nie mogliby uzyskać jej od sprawcy lub innych źródeł. Zgodnie z postanowieniami konwencji powinny być ustalone limity i ograniczenia kwoty kompensacji, przy czym co najmniej powinna ona rekompensować poszkodowanemu utratę zarobków.
2. Zalecenie Rady Europy nr R(85)11 w sprawie pozycji ofiary w prawie w procesie karnym. Jest to zbiór wytycznych obligujących państwa członkowskie Rady Europy do: 1) zapewnienia ofiarom przestępstwa należytej ochrony i zabezpieczenia interesów na każdym etapie procesu karnego, tj. postępowania policyjnego, przesłuchania i postępowania sądowego; 2) zapewnienia ofiarom kompensacji poniesionej przestępstwem szkody, a także ochrony jej dóbr osobistych; 3) podjęcia badań nad systemami mediacyjnymi i pojednawczymi, mogącymi skutecznie wpłynąć na poprawę położenia ofiary przestępstw; 4) objęcia szczególną ochroną interesów dziecka, które jako ofiara przestępstwa powinno zostać otoczone wszechstronną opieką tak ze strony instytucji państwa, jak i osób, z którymi związane jest ono emocjonalnie.

przestępstw mogą się domagać. Karta ma stanowić pomoc dla każdego pokrzywdzonego w sytuacji, gdy jego prawa nie są respektowane oraz przypominać policjantom, prokuratorom i sędziom, że dążąc do zebrania materiału dowodowego oraz ustalenia i osądzenia faktycznych sprawców przestępstw nie mogą zapominać o szczególnej sytuacji pokrzywdzonego”. W. Walkowiak, *Prawa ofiar...*, s. 121.

¹⁷ Deklaracja podstawowych zasad wymiaru sprawiedliwości...

¹⁸ J. Szymańczak, *Prawa i uprawnienia...*, s. 2; L. Mazowiecka, *Państwowa kompensata...*, s. 61–65.

3. Zalecenie Rady Europy nr R(87)21 w sprawie zapobiegania wiktyimizacji i pomocy dla ofiar przestępstw. Określono w nim środki, jakie powinny podjąć państwa członkowskie UE w celu rozwijania programów oraz struktur pomocy ofiarom, ze szczególnym uwzględnieniem ofiar najokrutniejszych przestępstw: zgwałceń, przemocy w rodzinie, przestępczości zorganizowanej, dyskryminacji na tle rasowym itp. W dokumencie tym obliguje się także państwa członkowskie do podejmowania wszelkich środków zapobiegających wiktyimizacji, prowadzenia badań nad wiktyimizacją oraz podnoszenia świadomości społeczeństwa w zakresie potrzeb ofiar przestępstw.

Wspólna dla wszystkich powyższych dokumentów była koncentracja uwagi na prawach ofiar przestępstw zaniedbywanych w sytuacji, gdy celem prawa karnego i karnego wymiaru sprawiedliwości jest odplata przestępcy bądź dążenie do jego reedukacji i resocjalizacji. Jednym z elementów tego podejścia było również podniesienie jako istotnej kwestii kompensacji szkód ponoszonych w wyniku przestępstwa przez jego ofiary, w tym także nałożenie takiego obowiązku na ofiarę. Polska, która po zmianie politycznej w 1989/1990 r. obrała opcję proeuropejską i zaczęła włączać się w struktury europejskie, stając się np. członkiem Rady Europy, rozpoczęła również budowę nowego systemu prawa karnego opartego, mówiąc najogólniej, na wartościach europejskich. W ten sposób została również, zgodnie z głównym nurtem dyskursu teoretycznego i doktrynalnego, zobligowana do wdrażania modelu tego prawa opartego na idei sprawiedliwości naprawczej, eksponującej kwestię praw ofiar w procesie karnym.

Jak zwraca się uwagę w literaturze, konstrukcja obowiązku naprawienia szkody przyjęta w Kodeksie karnym z 1997 r. wyprzedzała unijne standardy wypracowane i wdrożone w tym zakresie dopiero na początku obecnego stulecia¹⁹. Co prawda postulat uwzględnienia w postępowaniu karnym każdego z państw członkowskich szczególnej pozycji pokrzywdzonego przestępstwem określony został już w traktacie amsterdamskim z 1997 r., w którym ustanowiony został wspólny obszar bezpieczeństwa i sprawiedliwości (tzw. III filar WE). Legislacyjnym jego wykładnikiem okazała się decyzja ramowa Rady z 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w procedurach karnych²⁰, którą Polska została związana po akcesji do UE, tj. po 1 maja 2004 r. Od kilku już lat w polskim systemie prawa karnego funkcjonowała regulacja odnosząca się do obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, spełniająca unijne standardy.

¹⁹ J. Lachowski, T. Oczkowski, *Obowiązek naprawienia szkody...*, s. 41.

²⁰ Decyzja ramowa 2001/220/WSiSW z 15 marca 2001 r. o pozycji ofiar w postępowaniu karnym, Dz.Urz. UE L 82 z 22.3.2001. W obecnym stanie prawnym normy minimalne w omawianej kwestii ustanawia dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z 25 października 2012 r., ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW, Dz.Urz. UE L 357 z 14.11.2012. Termin transpozycji tej dyrektywy do prawa krajowego zgodnie z dyspozycją jej art. 27 upływa 16 listopada 2015 r.

Obowiązek naprawienia krzywdy wyrządzonej przestępstwem w świetle przepisów k.k.

Podstawowe znaczenie dla prawnokarnego rozstrzygnięcia podjętej w niniejszym opracowaniu kwestii ma przywoływany już wcześniej art. 46 k.k. Jego § 1 zawiera dyspozycję, iż „w razie skazania sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody w całości albo w części lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; przepisów prawa cywilnego o przedawnieniu roszczenia oraz możliwości zasądzenia renty nie stosuje się”²¹. Zgodnie z kolei z § 2 powołanego artykułu zamiast powyższego obowiązku może orzec nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego, której ustawową wysokość określono na 100 tys. złotych (art. 48 k.k.)²². Możliwa jest też w niektórych przypadkach w świetle przepisów k.k. pośrednia kompensacja przez sprawcę szkody wyrządzonej przestępstwem. Jak bowiem stanowi art. 47 § 1, jeżeli sprawca, działając w stanie nietrzeźwości, lub pod wpływem środka odurzającego, lub zbiegł z miejsca zdarzenia, został skazany za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu albo za inne przestępstwo umyślne, którego skutkiem jest śmierć człowieka, ciężki uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, a także w razie gdy został skazany za spowodowanie katastrofy w ruchu powietrznym, lądowym lub wodnym, zagrażającej zdrowiu lub życiu wielu osób (art. 173), spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym (art. 174), naruszenie, nawet nieumyślne, zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym (art. 177) lub naruszenie, w wypadku żołnierza, nawet nieumyślne zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym zasad bezpieczeństwa, co doprowadziło do wypadku, w którym inna osoba odniosła obrażenia ciała określone w art. 157 § 1 lub wyrządzona została znaczna szkoda w mieniu art. 355, sąd może orzec nawiązkę na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej. Obowiązek naprawienia szkody przez sprawcę przestępstwa jest zgodnie z art. 39 k.k. samodzielnym środkiem karnym

Prawnokarny obowiązek naprawienia szkody występuje w polskim prawie karnym w dwóch postaciach, czy też ściślej – jak pisze A. Kowalczyk – charakteryzuje się jako środek karny z art. 46 dwoistą podstawą prawną, co oznacza, iż

²¹ P. Wawszczak, *Skutki orzeczenia obowiązku naprawienia szkody lub nawiązki w procesie karnym dla zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela*, „Monitor Ubezpieczeniowy” 2013, nr 52.

²² Jak stwierdza M. Filar, kwotowe ustalenie jej wysokości w ustawie sprawia, że nawiązka nabiera charakteru zryczałtowanej formy naprawienia szkody. Por. M. Filar, *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, nr 2, s. 35.

może on być, zgodnie z dyspozycją art. 46. § 1 k.k., stosowany jako środek karny albo też jako środek probacyjny, z tym iż obligatoryjnie jest on stosowany w tym charakterze w przypadku warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 67 § 3 k.k.), jeżeli sąd stosuje warunkowe zawieszenie kary przysługuje mu swoboda decyzji o jego ewentualnym zawieszeniu wykonania kary sądowi przysługuje swoboda decyzji o jego ewentualnym nałożeniu (art. 72 § 2 k.k.)²³.

Integralnym elementem instytucji obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem jest uregulowana w art. 46 § 2 k.k. nawiązka. Ustawodawca wszakże nie określił normatywnych przesłanek jej nałożenia na sprawcę przestępstwa, wszelko w sposób dorozumiany można przyjąć, iż przesłanka nałożenia nawiązki powstaje wówczas, gdy sprawca swoim czynem doprowadził do ciężkiego rozstroju zdrowia. W takim wypadku nawiązka pełni funkcję zadośćuczynienia sprawcy za wyrządzone poszkodowanemu krzywdy. Jak zwraca uwagę Z. Gostyński, w świetle rządowego uzasadnienia projektu k.k. nawiązka miała być orzekana w sytuacji, gdyby wystąpiły trudności z udowodnieniem wielkości szkody lub gdyby pokrzywdzony złożył wniosek o naprawienie szkody²⁴.

W sytuacji równoczesnego funkcjonowania instytucji cywilnoprawnego obowiązku naprawienia szkody w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, albo też w wyniku deliktu²⁵ powstaje pytanie o zakres karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody, zwłaszcza że w tym pierwszym przypadku możliwe jest nie tylko roszczenie o naprawienie szkody, ale także o rekompensatę utraconych korzyści. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11 maja 2012 r. w sposób jednoznaczny uznał, iż przy ustalaniu wielkości szkody wynikłej z przestępstwa nie jest możliwe branie pod uwagę szkód wynikłych z jego następstw. Sędziowie stanęli bowiem na stanowisku, iż karnoprawny obowiązek naprawienia szkody jest środkiem karnym, mającym do spełnienia przede wszystkim skutki penalne, w dalszej dopiero kolejności kompensacyjne, co oznacza, iż kompensacja szkód pozostaje domeną prawa cywilnego. „Dopuszczalność nałożenia karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody – stwierdzili – w części jest jedną z istotnych cech odróżniających ten obowiązek od cywilnoprawnego obowiązku odszkodowawczego, co do którego obowiązuje zasada pełnego odszkodowania”²⁶. W tej sytuacji, jak stwierdza się w literaturze, „do minimum wydają się ograniczone szanse, aby na podstawie art. 46 k.k. móc skutecznie dochodzić w sprawie karnej pokrycia korzyści utraconych w związku

²³ A. Kowalczyk, *Orzekanie karnoprawnego obowiązku...*, s. 105.

²⁴ Z. Gostyński, *Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym*, Kraków 1999, s. 130.

²⁵ Artykuł 361 ustawy z 23 kwietnia 1963 r. – Kodeks cywilny (dalej: k.c.), Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

²⁶ Postanowienie z 11 maja 2012 r., IV KK 365/11, dostępne w wersji elektronicznej: <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/IV%20KK%20365-11.pdf> (2.06.2018).

z przestępstwem (art. 361 § 2 KC *in fine*) oraz uszczerbku wynikającego ze zwłoki w spełnieniu zobowiązania pieniężnego (art. 481 KC)²⁷. Jeżeli zatem poszkodowany w wyniku przestępstwa zechce uzyskać od sprawcy również naprawienie szkód wynikłych z jego następstw, a więc np. utraconych zarobków, powinien wystąpić wobec niego z powództwem cywilnoprawnym o tej treści. Stwierdzić zatem wypada, iż kompensacyjna funkcja karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem jest ograniczona i limituje ją rzeczywista wielkość szkody, którą poniósł poszkodowany bezpośrednio w związku z przestępstwem. Warto w tym kontekście dodać, iż w pewnym zakresie przychodzi tu w sukurs państwowy system rekompensaty. Na podstawie przepisów ustawy z 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw umyślnych²⁸ ofiary przestępstw uregulowanych w art. 156 § 1 (pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy, zdolności płodzenia) art. 157 § 1 (naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia innych niż art. 156 § 1) mogą ubiegać się od państwa o rekompensatę utraconych zarobków lub inne środki utrzymania, kosztów związanych z leczeniem i rehabilitacją lub kosztami pogrzebu. Na gruncie regulacji zawartych w k.k. uzyskanie takiej kompensaty przez pokrzywdzonego bezpośrednio od sprawcy przestępstwa nie jest możliwe.

Podsumowanie

Institucja karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem uregulowana w k.k. wpisuje się w szerszy kontekst przemian paradygmatu prawa karnego, pod wpływem wiktymologii i idei sprawiedliwości naprawczej uwzględniającego w wysokim stopniu nieodzowność ochrony praw pokrzywdzonych w procesie karnym. Oznacza to m.in., iż sprawca zobligowany jest na podstawie wyroku sądu, na wniosek poszkodowanego lub reprezentującej go osoby lub z urzędu, naprawić szkodę wyrządzoną swoim czynem. Zgodnie z przyjętymi uregulowaniami oraz linią orzecznictwa SN instytucja, o której mowa, ma do spełnienia przede wszystkim funkcje penalne, w drugiej zaś kolejności funkcję kompensacyjną. Zobligowanie przestępcy do udziału w naprawieniu szkody ofierze przestępstwa jest daleko idącym odstępstwem od dotychczasowego modelu prawa karnego skoncentrowanego na funkcjach penalnych, pomijającego praktycznie funkcję kompensacyjną.

²⁷ A. Studziński, J. Tomczak, *Obowiązek naprawienia szkody – jak ustawodawca chroni pokrzywdzonego?*, <http://www.codozasady.pl/obowiazek-naprawienia-szkody-jak-ustawodawca-chroni-pokrzywdzonego/> (2.06.2018).

²⁸ Dz.U. z 2005 r., nr 169, poz. 1415 ze zm.

Inspiracją dla polskiego ustawodawcy regulującego w powyżej zarysowany sposób instytucję karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem były wskazane powyżej akty prawa międzynarodowego. Wyprzedzały je standardy unijne, wypracowane w tej mierze dopiero na początku bieżącego stulecia. W ten sposób, co powinno w dalszej ewolucji ustawowych regulacji omawianej instytucji ulec pogłębieniu i ugruntowaniu, prawo karne w istotnie większym niż do tej pory stopniu chroni interesy ofiar przestępstw. W dążeniach tych nie powinno się stracić z pola widzenia zasadniczej dla jego społecznego przeznaczenia funkcji penalnej.

Bibliografia

- Bieńkowska E., Mazowiecka L., *Ofiara przestępstw w dokumentach międzynarodowych*, Warszawa 2009.
- Cieślak W., *Prawo karne: Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 19.
- Czarnecka-Działuk B., Wójcik D., *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii badań*, Warszawa 2001.
- Daszkiewicz W., *Naprawienie szkody w prawie karnym*, Warszawa 1972.
- Filar M., *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, nr 2.
- Gostyński Z., *Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym*, Kraków 1999.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2008.
- Kowalczyk A., *Orzekanie karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody w przypadku wielości sprawców*, „Acta Erasiana” V (Varia), Wrocław 2013.
- Lachowski J., Oczkowski T., *Obowiązek naprawienia szkody jako środek karny*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 9.
- Mazowiecka L., *Państwowa kompensata ofiar przestępstw*, Warszawa 2012.
- Platon, *Prawa*, tłum. Maria Maykowska, Warszawa 1997.
- Studziński A., Tomczak J., *Obowiązek naprawienia szkody – jak ustawodawca chroni pokrzywdzonego?*, <http://www.codozasady.pl/obowiazek-naprawienia-szkody-jak-ustawodawca-chroni-pokrzywdzonego/> (2.06.2018).
- Szymańczak J., *Prawa i uprawnienia ofiar przestępstw*, „Informacja” nr 1030 Wydziału Analiz Ekonomicznych i Społecznych Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu, Warszawa 2004.
- Walkowiak W., *Prawa ofiar przestępstw*, „Homines Hominibus” 2011, nr 7.
- Wawrzczak P., *Skutki orzeczenia obowiązku naprawienia szkody lub nawiązki w procesie karnym dla zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela*, „Monitor Ubezpieczeniowy” 2013, nr 52.

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest instytucja karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody, która została wprowadzona do systemu prawa polskiego wraz z uchwaleniem obecnie obowiązującego Kodeksu karnego. Instytucja karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem uregulowana w k.k. wpisuje się w szerszy kontekst przemian paradygmatu prawa

karnego, uwzględniającego w wysokim stopniu, pod wpływem wiktymologii i idei sprawiedliwości naprawczej, nieodzowność ochrony praw pokrzywdzonych w procesie karnym. Oznacza to m.in., iż sprawca zobligowany jest na podstawie wyroku sądu, na wniosek poszkodowanego lub reprezentującej go osoby lub z urzędu naprawić szkodę wyrządzoną swoim czynem. W artykule omówiono: obowiązek wynagrodzenia szkody wyrządzonej przestępstwem w Kodeksie karnym z 1932 i 1969 r., prawnomiędzynarodowy kontekst uregulowania obowiązku sprawcy naprawienia ofierze szkody wyrządzonej przestępstwem (art. 46 k.k.) oraz obowiązek naprawienia krzywdy wyrządzonej przestępstwem w świetle przepisów Kodeksu karnego z 1997 r.

Słowa kluczowe: obowiązek naprawienia szkody, ofiara, sprawca

OBLIGATION TO REPAIR DAMAGE RESULTING FROM AN OFFENCE (ARTICLE 46) IN THE CRIMINAL CODE OF 1997. A DOCTRINAL AND LEGAL INTERNATIONAL CONTEXT OF THE REGULATION

Summary

The subject of this study is the institution of the legal obligation to repair damage, which was introduced into the Polish law system together with the passing of the current Criminal Code (hereinafter: KK'97). The institution of the criminal law obligation to remedy the damage resulting from a crime regulated in KK'97 is a part of the broader context of changes in the criminal law paradigm, taking into account the indispensability of the protection of victims' rights in the criminal process, under the influence of victimology and the idea of restorative justice. This means, among other things, that the perpetrator is obliged on the basis of the court's judgment, at the request of the victim or a person representing him or her or by the regulations of the law, to repair the damage caused by the particular act. This paper discusses the following issues in the science of law: Obligation to compensate for the damage caused by a criminal act in the Criminal Code of 1932 and 1969, International legal context of regulating the perpetrator's obligation to repair the damage done to the victim and caused by crime (article 46 of KK), Obligation to compensate for the damage caused by a crime in the light of the provisions of KK'97.

Keywords: obligation to repair damage, victim, perpetrator

Maciej Para

Uniwersytet Jagielloński
ORCID: 0000-0003-1981-9182

**LAW AND PHILOSOPHY IN THE FACE OF TERRORISM
– THE CASUS OF SHOOTING DOWN A HIJACKED PLANE****The concept of „dirty hands” in politics**

The term „lesser evil”, present in language – even casual language – makes it evident that there exists a concept in human imagination of difficult, and in fact maybe even unsolvable moral dilemmas in which all of the present alternatives seem to be somehow wrong and thus difficult or even impossible to accept. Does that „lesser evil” really exist, and if it does – how is it „lesser” and what does that even mean, exactly? Do we have a duty to choose it? Or perhaps a different question should be asked: are we allowed to choose it? And if we do, should we face the consequences, despite the (apparent) necessity of our actions? Each one of us may stand in the face of such a dilemma, but in this paper the focus will be put on the moral responsibility of public officials.

The problem of the aforementioned responsibility has been dubbed the „dirty hands” problem, which proposes that in politics it is allowed – or in some cases maybe even necessary – to infringe upon fundamental moral norms, because there exists, in a way, a specific morality of political action, which is in places independent from the „everyday” and „private” morality¹. Simultaneously it is worth noting that the concept of dirty hands does not posit the rejection of morality in politics altogether. If it did, it would not refer to the hands of politicians as „dirty”. The use of that particular way directly signifies that the proponents of this concept are aware of the moral consequences of political action – even if they deem that action necessary². That is the core of the dilemma – should the act of „dirtying one’s hands”, so to speak, result in consequences?

¹ C.A.J. Coody, *Polityka a sprawa brudnych rąk*, in: *Przewodnik po bioetyce*, ed. P. Singer, Warszawa 2009, p. 421.

² M. Walzer, *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, „Philosophy and Public Affairs” 1973, vol. 2, no. 2, p. 161–162.

Why exactly, though, have politics and politicians been singled out in those reflections? Some philosophers point to the fact that in politics decisions made have a far greater and global scope than those in private lives of individuals and that those decisions affect more people – and thus should be judged differently. Others point out that politicians are representatives – they act not only in their own name, but also in the name and interests of the citizens³.

Is this distinction relevant? One may try to prove that from the point of view of the individual – each particular one – a decision made by a single person has exactly the same bearing on the life of the people actually affected as the decisions made by public administration – the latter only affect more people at once. Even though relevant on the grounds of utilitarianism and consequentialism, it is irrelevant from the position of deontology, as the situation of each of the people affected is intrinsically relevant on its own and the weight of a decision can not be reduced to a question of numbers. There are also those that point out the flaws of the argument of representation: the position of a politician isn't any more specific or socially defined than the role of a doctor or a firefighter – and thus it does not change the moral status of the person filling that role⁴. If it did, we would have separate codes of morality for all of these occupations – and even though there are some concretizing elements such as a Medical Code of Ethics, postulating a fundamentally different moral judgements for the same actions due to the differing social position seems absurd.

It seems then that if the problem of „dirty hands” exists – it isn't exactly limited to politics⁵, and thus one should wonder if it really should be judged any different than infringement upon moral norms that happens outside the bounds of political action.

A sentence of Polish Constitutional Tribunal on aviation law, signature K44/07

A good illustration of the problem seems to be the matter of a sentence by the Polish Constitutional Tribunal⁶, in which the section of an aviation law bill was deemed unconstitutional in a part in which it allowed to shoot down a hijacked plane if there were no other alternatives and it was deemed necessary for the security of the state. What's interesting – and relevant – the German Constitu-

³ *Ibidem*, p. 162–163.

⁴ C.A.J. Coady, *Polityka a sprawa brudnych rąk...*, p. 424.

⁵ *Ibidem*, p. 421.

⁶ Polish Dziennik Ustaw (Journal of Laws of the Republic of Poland) 2008 r. nr 177, poz. 1095 (signature K 44/07).

tional Court also deemed similar laws unconstitutional, which was in fact referenced in the Polish sentence⁷. The question of technical difficulties in applying the law or in its vagueness shall not be discussed here – instead, the impact will be put on constitutional values and axiological matters which – also by the Tribunal’s own admission⁸ – seem to be of greater importance.

The Tribunal notes takes note of two issues in particular: the issue of the protection of human life, and the issue of human dignity. In the initial reflections it is noted that even in the case of special circumstances or martial law (for declaring which there is, in the Tribunal’s view, no legal basis in that particular example), the rights described in articles 38 and 30 are not subject to limitation.⁹

The Tribunal also notes however, that the lawful protection of life has no absolute character – in situations of unresolvable conflict between the values protected by law, taking life can be depenalized (for example via the right of self-defense or lawful necessity). It can thus be assumed that shooting down the plane could be acceptable if there were only the hijackers onboard¹⁰, even though the vagueness of the bill would still make it hard to properly judge the proportionality of values protected in this case¹¹. Besides it is noted, which is of particularly high importance, that even should the lawmaker allow for sacrificing a subject or object of lawful protection, it does not remove its constitutional status as a subject or object deserving that protection.¹² The real axiological problem, however, is posed by the status of the passengers and the crew. The Tribunal unambivalently stands on the principle that it is impossible to evaluate the worth of human life by the number of its bearers, their health, estimated lifespan or any other criteria. The Tribunal also posits that the danger to the people on the ground, who might be affected by the attack is only hypothetical, while the danger to the passengers is real and inevitable.¹³ The state has a duty to ensure protection of all its citizens and the failure in carrying out that duty does not relieve the state from following other rules of law, nor does it declare them void.

The second of axiological arguments made against the questioned law is the infringement upon the concept of human dignity as established in article 30 of the Constitution. The Tribunal posits that the regulation of the discussed bill results in reification of both the passengers and the crew of the plane.¹⁴ They are

⁷ The ruling of Constitutional Tribunal of Poland, signature K 44/07: <http://otkzu.trybunal.gov.pl/downloadOrzeczenieDoc?dok=23238> (1.05.2016), p. 16.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

¹¹ *Ibidem*, p. 30.

¹² *Ibidem*, p. 30.

¹³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

treated solely as objects of an action aimed at reducing further, hypothetical and possibly greater losses. Their lives are sacrificed in the pursuit of other ends, even though they had no choice or influence on their situation, neither were they it's cause. While making it's argumentation, the Tribunal points out that the human dignity – in opposition to the right to live from article 38 – has an absolute status in Polish law and is not subject to any limitations, even in special circumstances such as a state of martial law.

As it can be seen, the Tribunal is of the opinion that human dignity and thus his right to always be an end of any action, not only a mean to an end, takes precedence even over his right to live. In conclusion, the Tribunal opposes the „sacrifice” of values in the name of pragmatism and efficiency and declares that it is paramount to exercise the power of the state not by any means available, but by means that befit a modern, democratic state of law. It seems then that, at least in this particular example, the act of „dirtying” hands by the public officials is unexcusable, especially should it happen due to an arbitrary choice of the authorities.

A philosophical and ethical standpoint in discussing the casus

It is worth to examine this example not only from a legal, but also from a philosophical standpoint. It will be done by contrasting the utilitarian philosophy of John Stuart Mill and the deontological perspective of Immanuel Kant.

The core of Mill's utilitarianism is the concept of utility – and utility is what brings happiness, by which Mill understands pleasure and the lack of pain¹⁵. The happiness mentioned is not meant to be personal happiness, but rather it should be the goal of any action to further the joint happiness of every man¹⁶. It should also be noted that Mill departed from Bentham's idea of pleasure measured by quantity, adding – following the example of epicureans – a „quality” measure and counting the pleasures of the mind higher than the pleasures of the body. He wrote: „It is better to be a human being dissatisfied than a pig satisfied; better to be Socrates dissatisfied than a fool satisfied. And if the fool, or the pig, are a different opinion, it is because they only know their own side of the question”¹⁷. In conclusion, an action is a moral one if the balance of it's utility is positive.

It must be therefore noted that Mill would probably deem the law in question to be perfectly compatible with the rule of utility. Problematic – for all types of arguments – is the hypothetical nature of danger to the people on the ground, but for the purposes of this argument it could be assumed that the danger is unavoid-

¹⁵ J.S. Mill, *Utylitarizm. O wolności*, Warszawa 2012, p. 10.

¹⁶ *Ibidem*, p. 16–17, 22–23.

¹⁷ *Ibidem*, p. 14.

able and grave, for it was probably the *ratio legis* of the law. In such event, a balance of utility of both decisions should be made. On one hand – refusal to shoot down the plane will result in the deaths of both the people and board and the deaths of additional victims on the ground. Shooting down the plane, in turn, will reduce the number of those deaths. Because people are – for Mill – the bearers of utility, the second example is naturally more in line with the utilitarian theory, because death of a greater number of people undoubtedly contributes more to the lessening of the global happiness than the death of a lesser number of people. The decision to shoot down the plane is thus not only preferable, but actually required – maximalizing utility is our moral duty.¹⁸ When it comes to the Tribunal's objections, from Mill's point of view they are maybe not irrelevant, but less important – the judges' conviction of precedence of certain moral values over human life can be interpreted as a desire for virtue. But for Mill virtue is nothing more than a mean to happiness, and thus – a pleasure.¹⁹ The positive aspect of the judges' argument is thus only heightening their sense of virtue, and thus their personal happiness, which seems in obvious ways less utilitarian than saving the lives of additional people – life itself is, after all, a state that is necessary for the mere possibility of experiencing any happiness whatsoever.

Even though Mill is rather crafty in defending himself from the claims of utilitarianism's egoism, he seems to avoid the subject of reification of the human being by reducing him to a state of bearer of utility. It thus devaluates his dignity – a dignity that was the focal point of both the Tribunal's reasoning and the ethics of Kant, the impact of which can be clearly seen in the Tribunal's sentence.

The main point of Kant's deontology is the categorical imperative, contained simultaneously in two formulas: „Act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become a universal law”²⁰ and „Act in such a way that you treat humanity, whether in your own person or in the person of any other, never merely as a means to an end, but always at the same time as an end”. The Kantian categorical imperative permits no exceptions, is not reliant on neither circumstances nor consequences, but is instead a cornerstone of the Kingdom of Ends, which is a community of people bound together by common norms and by being to themselves never only a mean to an end, but always an end at the same time.²¹ The morality of an action is not dependant on it's consequences but in the principle of will that was the reason behind the action, because a truly moral action is motivated by duty²².

¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

¹⁹ *Ibidem*, p. 48–51.

²⁰ I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Kraków 1953, p. 50.

²¹ *Ibidem*, p. 68–69.

²² *Ibidem*, p. 20.

Kant is similarly adamant and absolute to Mill, but from the point of view of his ethics it is our duty not to shoot down the plane. In doing so we would use the passengers as means to an end, which stands in stark opposition to the categorical imperative. It is unexcusable to sacrifice the life of any person without his or her consent, even should it lead to saving a greater number of people. Each person is endowed with natural human dignity²³ and thus his life is not quantifiable in terms of numbers. It can also be said – pretty convincingly – that even though it may be imagined that sacrificing innocent lives for the purpose of saving greater numbers was an universal law, it can't possibly be willed for it to be so. It would endanger one's own life and also lower the trust put in the state, the purpose and duty of which is the protection of its citizens.

Closing remarks on the moral responsibility of the state and its officials

It's dangerous to make – and regard with seriousness – statements such as that you know the „solution” to the problem of dirty hands. It is, as it's often the case in terms of ethics, a dilemma that may in fact be unsolvable. The best you can do is present your own position and try to argue for it the best you can. It seems, then, that Kantian ethics – the strong echoes of which can in the aforementioned sentence of the Tribunal²⁴ – better encapsulates the spirit of a modern democratic state of law. Political systems of modern democracies were made on the foundation of certain axiological values not because – or at least not in general because – it was utilitarian, or because it was broadly accepted by society or that it made anything easier. Rather, those values were chosen because they represent something more than pure utility and safeguard the position of a man not only as a bearer of that utility. Such view unavoidably relativizes the value of human life through the criteria of quantity. It is doubtful anyone would actually like to live in a state in which he may – at every second – be sacrificed as a person for the needs of the majority – even should the majority be overwhelming. In light of that, sacrificing the aforementioned values, even in course of action supposedly heading to „greater good” or „lesser evil” seems unjustified. It would be absurd to assume that moral conduct and values such as human dignity are „luxurious commodities” reserved for the times of peace and are suspended in times of grave need. It is in those times in particular, in fact, when they are needed the most. The cruelty of means used by the opponents of the state of law should never sanction the use of the similar means by the state itself, and war waged

²³ *Ibidem*, p. 70–71.

²⁴ The ruling of Constitutional Tribunal of Poland, signature K 44/07..., p. 35.

even against the most heinous opponent with the use of certain means becomes in itself an example of moral evil. One of the prime duties of the state is to protect its citizens, and realizing that end by using the citizen himself as a means seems a grim joke.

Political commentators and philosophers are certain that despite all the lofty words, the hands of the politicians will become dirty eventually, nonetheless, and it is virtually unavoidable, if only for the simple reason of human error and the effect of emotion on human behaviour – absolute moral theories are a lot easier on paper than in practice. It should therefore probably be noted that „unavoidability” of dirtying one’s hands should not be viewed as a blank justification and as an encouragement to choose alternatives that are utilitarianly easier. In a given moment, a certain situation, perhaps all choices are in fact morally dubious. But that does not mean that it was not possible to prevent such a situation earlier by greater care and deeper prevention. Instead of lamenting the unsolvable nature of the dirty hands problem, the state should do everything to not have to actually face it.²⁵ When it does happen, though, there seems to be only one option for those that value the axiological foundations of the modern democratic state of law. It is not an arrogant pride of a Machiavellian prince, who did what was necessary for the good of the state where others hesitated.²⁶ It also is not the anguished lament of Weber’s man, self-flagellating himself with his thoughts and sacrificing his own salvation for the salvation of the world²⁷. The proper response seems to instead be the one proposed – after Camus – by Walzer. By making one’s hands dirty, so to speak, one must also acknowledge the responsibility of one’s actions and be ready to face their consequences.²⁸ „Lesser evil” is lesser nonetheless and as such, it has its consequences. Those who want to rule must abide by that and must be ready for it. Their punishment – even should it only be in form of a public condemnation – is in a way a payment for their deeds. Political „necessity” also has a price and eventually, in face of all the alternatives, it seems just to pay it.

References

Coady C.A.J., *Polityka a sprawa brudnych rąk*, in: *Przewodnik po bioetyce*, ed. P. Singer, Warszawa 2009.

Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Kraków 1953.

²⁵ *Ibidem*, p. 6; C.A.J. Coady, *Polityka a sprawa brudnych rąk...*, p. 427.

²⁶ M. Walzer, *Political Action...*, p. 175–176.

²⁷ *Ibidem*, p. 176–177.

²⁸ *Ibidem*, p. 178–180.

Mill J.S., *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 2012.

Walzer M., *Political Action: The Problem of Dirty Hands*, „Philosophy and Public Affairs” 1973, vol. 2, no. 2.

Summary

The paper discusses the problem of moral responsibility for difficult decisions in the sphere of politics on the example of a former regulation of aviation laws concerning shooting down a hijacked plane. The text analyzes a sentence of the Constitutional Tribunal on the matter, especially the issue of the right to live and the concept of human dignity. A comparison is made between Mill's utilitarianism and Kantian deontology as two opposing moral philosophies. In the end a hypothesis is made that state authorities should be held morally accountable by the public for their choices, even should that accountability result in their condemnation or the loss of office.

Keywords: philosophy, ethics, Kant, Mill, hijacking, plane

PRAWO I FILOZOFIA WOBEC TERRORYZMU – KAZUS ZESTRZELENIA PORWANEGO SAMOLOTU

Streszczenie

W artykule rozważono problem odpowiedzialności moralnej za trudne decyzje w sferze politycznej na przykładzie niegdysiejszej regulacji prawa lotniczego o zestrzeleniu porwanego samolotu. Przeanalizowano orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w tym zakresie, zwracając uwagę na przedstawione przez Trybunał argumenty za derogacją przepisu, zwłaszcza na problematykę prawa do życia oraz konstytucyjną zasadę wolności człowieka. Przeprowadzono także porównanie Millowskiego utylitaryzmu oraz Kantowskiej deontologii jako dwóch przeciwstawnych filozofii moralnych. Ostatecznie przedstawiono tezę jakoby piastuni władzy publicznej byli w pełni odpowiedzialni moralnie wobec społeczeństwa za niejednoznaczne wybory, których dokonają – choćby nawet owa odpowiedzialność miała skutkować ich potępieniem moralnym czy utratą urzędu.

Słowa kluczowe: filozofia, etyka, Kant, Mill, uprowadzenie, samolot

Małgorzata Skawińska

WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa

ORCID: 0000-0002-0831-1757

**SZKODA MAJĄTKOWA W SPRAWACH O PRZESTĘPSTWO
NADUŻYCIA ZAUFANIA Z ART. 296 K.K.
– ROLA OPINII BIEGŁEGO**

Problematyka przestępnego skutku na gruncie przestępstwa nadużycia zaufania (art. 296 k.k.)¹ pomimo licznych wypowiedzi nie tylko o charakterze przyczynkarskim, ale również opracowań monograficznych nie może zostać uznana za wyczerpaną i jako taka w dalszym ciągu jest przedmiotem żywego zainteresowania przedstawicieli doktryny². Niniejsze opracowanie, choć z założenia kon-

¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

² Por m.in. A. Zientara, *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010; T. Oczkowski, *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnokarne oceny i konsekwencje*, Warszawa 2013; I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 KK*, Warszawa 2013. Na trudności związane z interpretacją pojęcia „szkoda majątkowa” tak w związku z występowaniem tego pojęcia w przepisach procedury karnej, jak i z jego funkcjonowaniem jako „elementu regulacji przepisów prawa karnego materialnego” zwracał uwagę m.in. P. Kardas, *Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 7/8, s. 36. W temacie szkody majątkowej por. szerzej: A. Domarus, *Skutek przestępny na gruncie przestępstwa nadużycia zaufania – zagadnienia wybrane*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 3, s. 5 i n.; J. Duży, „Szkoda” jako znamię przestępstwa z art. 585 kodeksu spółek handlowych (uwagi w kontekście odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółek kapitałowych), „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4, s. 78 n.; O. Górniok, *Szkoda i szkodą pokrzywdzony jako znamiona przestępstwa nadużycia zaufania*, w: *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, red. P. Hofmański, K. Zgrzyzek, Katowice 2003, s. 100 n.; eadem, *Jeszcze o przestępstwach nadużycia zaufania*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 10, s. 7 i n.; eadem, *Niektóre problemy ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 5, s. 7 i n.; K. Kochel, *Zakres pojęciowy znamienia znaczna szkoda ujętego w art. 296 Kodeksu karnego*, „Wiedza Prawnicza” 2013, nr 1, s. 8 i n.; J. Kowalska, *Szkoda w rozumieniu art. 296 k.k. i kwestia ustalenia jej wysokości*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 9, s. 65 n.; W. Kubala, *Pojęcie szkody w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 5, s. 76 i n.; J. Skorupka, *Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa z art. 9 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 9, s. 69 i n.; P. Zawiej-

centruje się na problematyce skutku w postaci wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, stanowiącego ustawowe znamię typu czynu zabronionego z art. 296 § 1 k.k.³, w zamierzeniu ma przyczynić się do poszukiwania odpowiedzi na utrzymujące się tak w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie wątpliwości co do sposobu określenia szkody i roli opinii biegłego przy ustalaniu jej wysokości. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z 9 stycznia 2013 r.: „W każdym przypadku rozważania odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 296 KK konieczne jest nie tylko wykazanie, że sprawca swoim zachowaniem wypełniającym znamiona czynu doprowadził do skutku w postaci szkody majątkowej, ale również ustalenie wysokości wyrządzonej przez niego szkody. Wartość szkody stanowi bowiem z jednej strony podstawę rozgraniczenia zachowań spełniających znamiona występku określonego w art. 296 § 1 KK, jeżeli wyrządzona szkoda przekracza próg znaczości (w rozumieniu art. 115 § 7 w zw. z art. 115 § 5 KK), z drugiej stanowi podstawę rozgraniczenia typu podstawowego nadużycia zaufania przewidzianego w art. 296 § 1 KK od typu kwalifikowanego przez wielkość szkody określonego w art. 296 § 3 KK (w rozumieniu art. 115 § 7 w zw. z art. 115 § 6 KK)”⁴. Oznacza to, że niejednokrotnie ustalenia z zakresu wysokości szkody będą przesądzać o odpowiedzialności karnej danej osoby na gruncie art. 296 k.k. Z tego też powodu zasadne wydaje się zrewidowanie odpowiedzi na pytania: w jaki sposób ustalić zakres i wysokość szkody wyrządzonej przez podmiot przestępstwa niegospodarności, a także czy i kiedy okoliczności te powinny być przedmiotem opinii biegłego⁵.

Kwestia zakresu pojęciowego znamienia „znaczna szkoda majątkowa” z art. 296 § 1 k.k. aktualnie wydaje się nie budzić większych wątpliwości. Na

ski, *Szkoda jako znamię przestępstwa działania na szkodę spółki*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 7/8, s. 59 n.; R. Zawłocki, *Karalna niegospodarność*, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 633 i n.

³ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2018 r., poz. 1600.

⁴ Postanowienie SN – Izba Karne z 9 stycznia 2013 r., sygn. akt V KK 137/12, Legalis 697968. Na marginesie dodać należy, że znamię „znaczna”, zgodnie z definicją legalną z art. 115 § 7 k.k. w zw. z art. 115 § 5 k.k. należy wyklądać jako szkodę, której wysokość przekracza 200 000 zł, a jednocześnie nie jest wyższa od kwoty 1 000 000 zł. Szkoda w wysokości przekraczającej 1 000 000 zł jest natomiast szkodą w wielkich rozmiarach i jako taka stanowi znamię typu kwalifikowanego nadużycia zaufania określonego w art. 296 § 3 k.k.

⁵ W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 26 czerwca 2015 r., sygn. akt AKa 156/15, który uznając za błędne ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji w zakresie szkody wyrządzonej przestępstwem niegospodarności, zwrócił uwagę, że mają one „nie tylko wpływ na ocenę, czy oskarżony odpowiadał będzie za występki w typie podstawowym (§ 1), czy w typie kwalifikowanym (§ 3), ale czy w ogóle będzie można mu przypisać popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 296 KK Teoretycznie, bowiem może się okazać, że szkoda wynikała z zachowania oskarżonego, w efekcie nie nosi cech „znacznej” w rozumieniu art. 115 § 7 KK w zw. z art. 115 § 5 KK”.

gruncie obowiązującego stanu prawnego zarówno rozmiar szkody, jak i jej charakter zostały określone w przepisie ustawy⁶. Choć powszechnie przyjmuje się, że szkoda ta będzie obejmować tak rzeczywisty uszczerbek (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*)⁷, pamiętać należy, że pojęcie szkody nie zostało ustawowo zdefiniowane w prawie karnym. Co więcej, pomimo niekwestionowanego przekonania o znaczącej roli pojęcia szkody – jako jednego z centralnych terminów w nauce prawa cywilnego – nie doczekało się ono również zdefiniowania w Kodeksie cywilnym⁸. Taki stan rzeczy nie wspomaga organów procesowych w pokonywaniu trudności przy podejmowaniu próby oszacowania wysokości szkody, a w efekcie dopuszcza możliwość zróżnicowanej oceny skutku w konkretnym stanie faktycznym⁹.

W piśmiennictwie powszechnie prezentowany jest pogląd, że z uwagi na gospodarczy charakter przestępstwa nadużycia zaufania pojęcie szkody należy wiązać z jego cywilnoprawnym odpowiednikiem¹⁰. Jak słusznie zauważa I. Sepiolo, wystrzegać się należy automatyzmu w przenoszeniu określonego modelu interpretacyjnego z prawa cywilnego do prawa karnego, ale zgodzić się należy, że „tylko tak rozumiana szkoda godzi bezpośrednio w indywidualny przedmiot ochrony art. 296 k.k.”¹¹. W literaturze cywilistycznej dominuje zapatrywanie, że pojęcie szkody obejmuje „każdy uszczerbek w dobrach prawnie chronionych,

⁶ Gwoli przypomnienia wskazać należy, że znamię „szkoda” długo pozostawało nieo określone. Na gruncie art. 269 k.k. z 1932 r. brak było określenia tak charakteru szkody, jak i jej rozmiaru. W art. 206 k.k. z 1969 r. ustawodawca posłużył się wyrażeniem „na szkodę interesów majątkowych”, a w art. 217 § 1 k.k. z 1969 r. użył pojęcia „poważna szkoda”.

⁷ Na tle art. 1 ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego, Dz.U. z 1994 r., nr 126, poz. 615, O. Górniok zauważyła, że „dyskutowana od lat kwestia, czy użyta w prawie karnym, w tym w konstrukcji typów nadużycia zaufania, nazwa «szkoda» oznacza nie tylko ubytek istniejącego majątku, ale i utratę możliwych do osiągnięcia korzyści, doczekała się na tle tego przestępstwa stosunkowo szybko rozstrzygnięcia w judykaturze, i to szersze pojęcie szkody jest na ogół powszechnie akceptowane (uchwała SN z dnia 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95, OSNKW 1995, nr 9–10)”. Por. szerzej O. Górniok, *Jeszcze o przestępstwach...*, s. 14–15. Jako przykład aktualnych wypowiedzi judykatury można wskazać: wyrok SA w Katowicach z 28 marca 2014 r., sygn. akt II AKa 16/14, Legalis nr 1045020; wyrok SA we Wrocławiu z 23 maja 2013 r., sygn. akt II AKa 118/13, Legalis nr 733643; wyrok SA w Warszawie z 26 czerwca 2015 r., sygn. akt II AKa 156/15, Legalis nr 1349105.

⁸ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

⁹ Sąd Najwyższy w wyroku z 7 listopada 2005 r., sygn. akt V KK 108/05, Legalis nr 73205 przywołuje stanowiska przedstawicieli piśmiennictwa i judykatury, według których pojęcie szkody nie obejmuje utraconych korzyści.

¹⁰ Tak m.in. R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004, s. 214; A. Domarus, *Skutek przestępny...*, s. 15–16; I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności...*, s. 120. Por. również wyrok SA w Gdańsku z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt II AKa 155/17, Legalis nr 1692605.

¹¹ I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności...*, s. 120.

poniesiony wbrew woli uprawnionego”¹². Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego, szkodą – w rozumieniu, w jakim ją ujmuje przepis art. 361 § 1 k.c.¹³ – jest „uszczerbek w prawnie chronionych dobrach majątkowych, wyrażający się w różnicy między stanem tych dóbr, jaki istniał i jaki następnie mógłby istnieć w ramach normalnej kolei rzeczy, a stanem jaki powstał na skutek zdarzenia wywołującego zmianę polegającą na uszczupieniu aktywów lub zwiększeniu pasywów”¹⁴. Jak wskazuje się w literaturze, na gruncie prawa karnego szkoda może być rozumiana jako faktyczna lub zamierzona różnica w dobrach pokrzywdzonego, wywołana bezpośrednio czynem zabronionym¹⁵. W takim rozumieniu na szkodę składać się będzie nie tylko rzeczywisty uszczerbek w mieniu pokrzywdzonego (*damnum emergens*), ale i utracone korzyści, jakie mógłby osiągnąć, gdyby szkoda nie została mu wyrządzona (*lucrum cessans*). W świetle wyrażonego poglądu wskazuje się w piśmiennictwie, że szkoda majątkowa powinna być nie tylko rozumiana tak jak w prawie cywilnym, ale także według przyjmowanych w tej nauce zasad obliczana¹⁶.

Mając na względzie dotychczasowe rozważania, należy postawić tezę, że szkoda na gruncie art. 296 k.k. może występować w obydwu postaciach: *damnum emergens* oraz *lucrum cessans*. Rzeczywista strata będzie wyrażać się w pomniejszeniu aktywów, m.in. w postaci utraty, uszkodzenia składników majątku, obniżenia wartości mienia albo w powiększeniu pasywów poprzez chociażby zaciągnięcie zobowiązań czy zwiększanie się zadłużenia¹⁷. O utraconych korzyściach będzie można mówić wówczas, gdy dojdzie do udaremnienia zwiększenia aktywów, które w realiach konkretnego przypadku mogły nastąpić, gdyby nie zachowanie powodujące szkodę¹⁸. Jako przykład szkody w postaci utraconych korzyści można wskazać utratę zysku, jaki z wysokim prawdopodobieństwem pokrzywdzony uzyskałby w prawidłowym i typowym przebiegu zdarzeń¹⁹. Ponadto, w zakresie pojęciowym *lucrum cessans* będzie się również mieściło niez uzyskanie pożytków, które w normalnym toku czynności, oczywiście przy uwzględnieniu specyfiki konkretnej dziedziny, osiągnąłby pokrzywdzony

¹² Tak m.in. M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Kawecka-Stępień, *Elementarny kurs prawa cywilnego*, Warszawa 2012, s. 83.

¹³ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. z 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.

¹⁴ Por. uchwała SN z 18 maja 2004 r., sygn. akt III CZP 24/04, LEX nr 106617.

¹⁵ A. Barczak, M. Barczak, *Działanie na szkodę spółki – zagadnienia wybrane*, „Prawo Spółek” 2008, nr 7–8, s. 55.

¹⁶ A. Michalska-Warias, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 5, Warszawa 2012, s. 789.

¹⁷ I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności...*, s. 121.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ O sposobach wyliczania szkody w postaci *lucrum cessans* por. szerzej A. Domarus, *Skutek przestępny...*, s. 25–29.

np. z przedmiotu świadczenia²⁰. Jak trafnie zauważa R. Zawłocki, poszczególne wartości należy odnosić łącznie do rzeczywistego uszczerbku i utraconych korzyści, natomiast brak jest jakichkolwiek przeszkód, aby *lucrum cessans* mogły przekraczać wartość *damnum emergens*²¹.

Za trafne i uzasadnione należy uznać stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 21 czerwca 2001 r. na gruncie sprawy cywilnej w przedmiocie ustalenia szkody w postaci utraconych korzyści, w którym podkreślony został hipotetyczny charakter tego rodzaju szkody. W uzasadnieniu przedmiotowego judykatu przyjmuje się, że dla uniknięcia swoistej dowolności w orzekaniu szkoda w tej postaci powinna być przez pokrzywdzonego wykazana „z tak dużym prawdopodobieństwem, że praktycznie można w świetle doświadczenia życiowego przyjąć, że utrata korzyści rzeczywiście miała miejsce”²². Trafnie zauważa I. Sepiolo, że praktyczne trudności w postępowaniu dowodowym w zakresie ustalenia wysokości utraconych korzyści nie mogą stanowić przeszkody w uznawaniu ich za postać szkody na gruncie przestępstwa nadużycia zaufania²³.

Poza tym zakresem powinna się znaleźć szkoda ewentualna, rozumiana jako utrata szansy powiększenia majątku o zdecydowanie mniejszym – w przeciwieństwie do *lucrum cessans* – prawdopodobieństwie jej wystąpienia²⁴. Jedynie częściowo można zgodzić się z poglądem, zgodnie z którym „o ile wysokość szkody w postaci *damnum emergens* najczęściej ustalić można w sposób obiektywny, o tyle określenie wartości utraconych korzyści jest w pewnej mierze zależne od odczucia pokrzywdzonego”²⁵. Jak słusznie wskazuje A. Domarus, „dla odpowiedzialności karnej nieistotne jest [...] subiektywne poczucie pokrzywdzenia po stronie podmiotu reprezentowanego”²⁶. Relewantne jest natomiast to, czy szkoda ma charakter szkody rzeczywistej²⁷.

Choć problematyka związku przyczynowego pomiędzy czynnościami sprawczymi a skutkiem karnym wykracza poza ramy niniejszego opracowania,

²⁰ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 2011, s. 406.

²¹ R. Zawłocki, *Karalna niegospodarność ...*, s. 646.

²² Wyrok SN z 21 czerwca 2001 r., sygn. akt IV CKN 382/00, LEX nr 52543.

²³ I. Sepiolo, *Przestępstwo niegospodarności...*, s. 125.

²⁴ Por. szerzej wyrok SA w Poznaniu z 28 czerwca 2013 r., sygn. akt II AKa 37/13, Legalis nr 741344.

²⁵ Por. postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karne z 7 czerwca 2001 r., sygn. akt V KKN 75/01, Legalis nr 306349.

²⁶ A. Domarus, *Skutek przestępny...*, s. 33. Problem dotyczący odpowiedzialności karnej w przypadku wyrządzenia szkody w ramach grupy kapitałowej lub spółek powiązanych na gruncie polskiego i włoskiego systemu został poruszony przez autorkę w rozprawie doktorskiej przygotowanej pod kierunkiem prof. zw. dr. hab. A. Zolla pt. *Przestępstwo nadużycia zaufania na tle włoskiego przestępstwa infeldat patrimoniale*.

²⁷ *Ibidem*, s. 33.

to zauważyć należy, że z uwagi na użyte w art. 296 k.k. wyrażenie „wyrządza [...] szkodę majątkową” ma ona fundamentalne znaczenie²⁸. Według R. Zawłockiego warunkiem *sine qua non* bytu omawianego przestępstwa będzie – w przypadku realizacji znamion czynności sprawczej przez działanie – wystąpienie związku przyczynowo-skutkowego między powstałą szkodą a zachowaniem się sprawcy, polegającym na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązku²⁹. Autor odwołuje się do teorii adekwatnego związku przyczynowego, zgodnie z którą szkoda stanowi następstwo zachowania się sprawcy tylko wtedy, gdy – według miary obiektywnej – jest ona normalnym następstwem danego zachowania³⁰. W przypadku, gdy natomiast do realizacji znamion czynności sprawczej dojdzie poprzez zaniechanie, nieodzowne będzie ustalenie, że na sprawcy ciążył obowiązek określonego działania. Jak wskazuje się w judykaturze, zarówno w przypadku działania, jak i zaniechania, trzeba wykazać szczególne powiązanie normatywne, przesądzające istnienie stosunku sprawstwa³¹. W realiach konkretnego stanu faktycznego będzie wymagało ustalenia, czy wyrządzenie znacznej szkody majątkowej pozostawało w kauzalnym i normatywnym związku z nadużyciem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązku³². Nie powinno budzić wątpliwości, że dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 296 k.k. niewystarczające będzie jakiegokolwiek wyrządzenie szkody majątkowej przez osobę zobowiązaną lub uprawnioną do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą. Tym samym, nieodzowne będzie, w każdym konkretnym przypadku, wykazanie – poza wypełnieniem znamion przedmiotowych i podmiotowych przez sprawcę – szczególnej więzi pomiędzy czynnościami sprawczymi a karalnym skutkiem. Wreszcie, konieczne będzie ustalenie, czy zostały spełnione kryteria obiektywnego przypisania skutku, w tym w szczególności, czy w „przypadku podjęcia zgodnego z prawem zachowania alternatywnego (a więc takiego, którego nie dałoby się zakwalifikować jako nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków) ustawowo określony skutek nie wystąpił, a w każdym razie prawdopodobieństwo jego wystąpienia było bardzo niskie”³³.

²⁸ Tak m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt II AKa 209/12, Legalis nr 735607, w którym wskazuje się, że „[u]żyte w art. 296 § 1 KK określenie «wyrządza szkodę» wymaga ustalenia związku przyczynowego między działaniem lub zaniechaniem sprawcy a powstałą szkodą. Biorąc pod uwagę, że w sferze gospodarczej na powstanie szkody majątkowej składa się zwykle wiele czynników, za wypełniający wymagania odpowiedzialności karnej trzeba uznać istotny wpływ zachowania sprawcy na ten skutek”.

²⁹ R. Zawłocki, *Karalna niegospodarność...*, s. 642.

³⁰ *Ibidem*, s. 643. Tak też J. Kowalska, *Szkoda w rozumieniu art. 296 k.k...*, s. 70.

³¹ Wyrok SN z 8 lutego 2000 r., sygn. akt V KKN 557/99, LEX nr 50997.

³² Por. P. Kardas, *Sporne problemy wykładni przestępstwa nadużycia zaufania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 2, s. 110.

³³ J. Giezek, *Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2014.

W świetle powyższych uwag, rozważenia wymaga rola opinii biegłego w procesie ustalania wartości szkody wyrządzonej przestępstwem nadużycia zaufania. Nie ulega wątpliwości, że przy określaniu wysokości szkody rzadkością będą sytuacje, w których wystarczające będzie przeprowadzenie prostego działania arytmetycznego. Analiza w zakresie wartości wyrządzonej szkody powinna każdorazowo dotyczyć całokształtu następstw będących wynikiem przestępnego zachowania³⁴. Innymi słowy, badanie powinno zasadać się na pewnym kompleksie zdarzeń, a nie stanowić oceny wyrywkowo obranych operacji finansowych czy decyzji gospodarczych³⁵. Wyznaczenie przedmiotu i zakresu ekspertyzy ze sformułowaniem, w miarę potrzeby, pytań szczegółowych należy do sądu orzekającego³⁶, podobnie jak możliwość zmiany zakresu ekspertyzy i postawienia dodatkowych pytań³⁷. Dokonywana ocena wycinka rzeczywistości powinna obejmować pewien czasookres, który z uwagi na następczy charakter szkody nie zawsze będzie odpowiadał momentowi realizacji czynności sprawczych³⁸. Choć należy zgodzić się co do zasady ze stanowiskiem, zgodnie z którym „sprawca przestępstwa nadużycia zaufania może wyrządzić swym działaniem szkodę niezależnie od tego, czy w konsekwencji działanie to przyniosło kierowanej przez niego jednostce wymierne korzyści”³⁹, to nie jest to równoznaczne z tym, że przyniesienie takich korzyści będzie pozostawało bez znaczenia dla ostatecznej oceny szkody. Dlatego też, zarówno w sytuacji, w której szkoda ma charakter przejściowy, jak i w przypadku, gdy działanie sprawcy początkowo poczytywane za szkodę, w ostatecznym rozrachunku doprowadza do pozytywnego rezultatu, przedmiotowa okoliczność nie powinna zostać pominięta w ramach dokonywanej analizy⁴⁰.

³⁴ Podobnie A. Domarus, *Skutek przestępny...*, s. 41. R. Zawłocki stoi na stanowisku, że „ocena szkody nie powinna być przeprowadzana w kontekście całokształtu stosunków majątkowo-gospodarczych pokrzywdzonego, chyba że z charakteru czynności sprawczych wynika, iż odnoszą się one właśnie do takiego całokształtu”. Por. szerzej R. Zawłocki, *Rozdział XXXVI – Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 713.

³⁵ Tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z 11 stycznia 2011 r., sygn. akt V KK 133/10, Legalis nr 355589, w którym wskazuje się na konieczność kompleksowego ujęcia transakcji handlowych dla oceny odpowiedzialności za nadużycie zaufania, albowiem „właściwa ocena zachowania oskarżonego w aspekcie odpowiedzialności karnej, wymaga ustalenia ekonomicznych skutków zawieranych [...] transakcji [...], jednak rozpatrywanych nie wycinkowo, ale całościowo”.

³⁶ Por. art. 194 pkt 2 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.

³⁷ Por. art. 198 § 3 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.

³⁸ Ze względu na ramy opracowania aspekt temporalny wystąpienia skutku nie będzie tu przedmiotem rozważań.

³⁹ Wyrok SA w Rzeszowie z 19 września 2013 r., sygn. akt II AKa 72/13, Legalis nr 1162371.

⁴⁰ Co do metod określania wysokości szkody por. szerzej: K. Kochel, *Zakres pojęciowy znamienia...*, s. 13–15.

W świetle powyższych rozważań można postawić tezę, że w sprawach o przestępstwo z art. 296 k.k. – o ile stan faktyczny nie będzie na tyle prosty i jednoznaczny, że jego ocena prawno-karna nie będzie wymagała żadnych wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k. – dla ustalenia wysokości szkody konieczne będzie zasięgnięcie przez sąd opinii biegłego albo biegłych, w szczególności gdy przedmiotem oceny nie będzie rzeczywisty uszczerbek, a szkoda w postaci utraconych korzyści⁴¹. Za aktualne należy uznać stanowisko judykatury wyrażone na kanwie sprawy z art. 3 ustawy z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego⁴², w którym wskazano, że „zbędne jest zasięgnięcie eksperta bankowości, gdy przedmiotem sprawy nie są skomplikowane operacje bankowe, ale pojedyncze decyzje co do udzielania kredytów”⁴³. Zgodnie bowiem z poglądem wyrażanym orzecznictwie „wiadomości specjalne to takie, które wykraczają poza normalną, powszechną w danych warunkach wiedzę, z uwzględnieniem faktu rozwoju i powszechności wiadomości określonego typu w procesie zmian w sferze wiedzy ogólnej. Do wiadomości specjalnych nie należą zatem takie, które są dostępne dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu i zasobie wiedzy”⁴⁴. Pozostawiając sądowi ostateczną ocenę w konkretnym przypadku, można *in abstracto* założyć, że okoliczności z zakresu ustalenia wysokości szkody stanowiącej ustawowo stypizowany skutek przestępstwa nadużycia zaufania co do zasady będą miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy⁴⁵. W takich sytuacjach, zgodnie z treścią art. 193 § 1 k.p.k., sąd będzie obowiązany zasięgnąć opinii biegłego albo biegłych, nawet gdy sam dysponuje wiedzą na temat wiadomości specjalnych⁴⁶. Kumulacja w jednym ręku funkcji organu procesowego i funkcji biegłego stanowiłaby naruszenie gwarancji procesowych stron.

⁴¹ Co do braku podstaw do powołania biegłego por. postanowienie SN z 1 grudnia 2000 r., sygn. akt II KKN 403/99, Legalis nr 58556.

⁴² Dz.U. z 1994 r., nr 126, poz. 615.

⁴³ Za: K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 1998, s. 95; postanowienie SA w Krakowie z 22 marca 1995 r., sygn. akt II AKz 121/95.

⁴⁴ Wyrok SA w Warszawie z 30 stycznia 2015 r., sygn. akt II AKa 238/14, Legalis nr 1213307.

⁴⁵ Sąd Najwyższy w postanowieniu z 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt II KK 200/14, Legalis nr 1061798 stanął na stanowisku, że „konieczność dopuszczenia opinii biegłego rzeczoznawcy wystąpić może wtedy, gdy udokumentowana kwota szkód rodzi uzasadnione podejrzenia co do jej prawdziwości lub jej oszacowanie niewątpliwie wymaga wiadomości specjalnych. Jeżeli natomiast zakres szkód da się określić w sposób niewątpliwy w oparciu o dowody zebrane w sprawie, a dla oceny ich wiarygodności wystarczą ogólnie przyjęte zasady doświadczenia życiowego, ustalenia takie pozostają pod ochroną art. 7 KPK, a powoływanie biegłego jest zbędne”.

⁴⁶ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.

W orzecznictwie wskazuje się, że z uwagi na konieczność dokonywania czysto ekonomicznej analizy w sprawach o przestępstwa niegospodarności „regułą powinno być w tego typu sytuacjach powołanie biegłego, wspierającego sąd w dalszych ocenach”⁴⁷. Co więcej, akcentuje się, że „jeżeli w danej sprawie sąd nie akceptuje wniosków opinii dotyczących istotnych dla rozstrzygnięcia okoliczności, których stwierdzenie wymaga wiadomości specjalnych (art. 193 § 1 KPK), to sąd ten nie może wówczas zanegować wydanej opinii bez powołania innego biegłego posiadającego tego typu wiadomości, czyli innymi słowy, sąd nie może zastępować biegłych w opiniowaniu w zakresie wiedzy specjalistycznej”⁴⁸. Oznacza to, że w sytuacji, gdy opinia jest niepełna lub niejasna albo gdy zachodzi sprzeczność w samej opinii lub między różnymi opiniami w tej samej sprawie, sąd nie powinien wcielić się w rolę biegłego i dokonywać własnych ustaleń co do wiadomości objętych wiedzą specjalną, ale wezwać ponownie tych samych biegłych lub powołać innych⁴⁹.

W tym miejscu nie bez znaczenia pozostają pojawiające się w doktrynie głosy mówiące o trudnościach sędziów w ocenie dowodu z opinii biegłego gospodarczego, którym ponadto zarzuca się wybiórcze stosowanie kryteriów oceny⁵⁰. Z uwagi na obligatoryjność zasięgnięcia opinii biegłego w sytuacjach, w których rozstrzygnięcie o przedmiocie postępowania wymaga wiadomości specjalnych, należy stanąć na stanowisku, że dowodu z opinii biegłego nie może zastąpić żaden inny dowód⁵¹.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na szereg problemów pojawiających się w praktyce wymiaru sprawiedliwości w związku z działalnością biegłych. Po pierwsze, źródła problemów upatruje się w chaosie pojęciowym w zakresie specjalności biegłych gospodarczych, wynikającym z braku „klarownego podziału na poszczególne specjalności biegłych gospodarczych”⁵². Jak podaje M. Hrehorowicz na podstawie przeprowadzonych badań, „konsekwentnie mylone

⁴⁷ Tak m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt II AKa 155/17, Legalis nr 1692605.

⁴⁸ Na brak uprawnienia sądu do arbitralnego dyskwalifikowania opinii biegłego zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 26 października 2017 r., sygn. akt II AKa 178/17, Legalis nr 1712875.

⁴⁹ Wyrok SA w Warszawie z 17 maja 2017 r., sygn. akt II AKa 130/17, Legalis nr 1636768.

⁵⁰ Tak M. Hrehorowicz, *Opinia biegłego w sprawach karnych gospodarczych i jej ocena sądowa*, Poznań 2013, s. 340.

⁵¹ Por. wyrok SN z 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt SNO 10/17, Legalis nr 1637180; wyrok SN z 23 listopada 2011 r., sygn. akt WA 34/11, Legalis nr 509706; postanowienie SN z 17 maja 2007 r., sygn. akt II KK 331/06, Legalis nr 87091. Odmienne Sąd Najwyższy w postanowieniu z 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt III K 130/17, Legalis nr 1637165, w którym stwierdził, że „konieczność zasięgnięcia opinii biegłego zachodzi jedynie wtedy, gdy informacji tych nie można uzyskać na podstawie innych dowodów przeprowadzonych w czasie przewodu sądowego”.

⁵² M. Hrehorowicz, *Opinia biegłego...*, s. 341.

i utożsamiane ze sobą są pojęcia księgowość, rachunkowość i ekonomia⁵³. Taki stan rzeczy według autorki prowadzi do złego pojmowania kompetencji biegłych z poszczególnych dziedzin, przejawiających się m.in. w zlecaniu biegłym sporządzania opinii co do zakresu i przedmiotu opinii wykraczającego poza ich kompetencje⁵⁴. Nie ulega wątpliwości, że po stronie organu procesowego leży obowiązek dokonania ustaleń co do tego, jakiej specjalności biegły powinien zostać powołany, aby możliwe stało się rozstrzygnięcie istotnych dla sprawy okoliczności⁵⁵. Kolejne utrudnienie wynika z braku dostępu do niezbędnego materiału badawczego, jakim w przypadku opinii księgowo-rachunkowych są księgi rachunkowe i dokumenty księgowe⁵⁶. Taki stan rzeczy może być powodem niemożności wydania przez biegłego opinii, natomiast w przypadku dokonania przez specjalistę wyłącznie częściowych ustaleń na podstawie przedłożonych do badań materiałów wydana ekspertyza może nosić znamiona niepełnej⁵⁷.

Za niekwestionowany w doktrynie uznaje się obowiązek dokonania przez sąd tak „oceny wartości dowodu z opinii biegłego na tle innych dowodów zgromadzonych w sprawie” (tzw. ocena wartości zewnętrznej), jak i „oceny wartości wewnętrznej (własnej) – mającej na celu dokonanie oceny jakości środka dowodowego, jakim jest opinia biegłego, a zatem stwierdzenie, czy opinia pozyskana do sprawy jest wolna od wad i czy nie ma innych formalnych przeszkód skorzystania z tej opinii w postępowaniu”⁵⁸. M. Hrehorowicz wyróżnia trzy rodzaje kryteriów oceny wartości wewnętrznej dowodu z opinii biegłego gospodarczego, tj. formalnoprawne, merytoryczne oraz logiczne. Na podstawie pierwszego z nich sąd powinien zweryfikować spełnienie wymogów formalnych nałożonych przepisami prawa, tak w odniesieniu do opinii biegłego, jak i do samego biegłego jako eksperta w reprezentowanej przez niego dziedzinie. Zgodnie z kryterium merytorycznym ocena powinna zmierzać do „zbadaania zawartości opinii – elaboratu pod względem treściowym”⁵⁹. Wyniki badań biegłego oraz zaprezentowane przez niego wnioski podlegają ocenie sądu na podstawie kryterium logiczności, który to „powinien zbadać, czy wnioski opinii biegłego wynikają logicznie z wyników przeprowadzonych przez niego badań”⁶⁰. Pozytywna ocena wartości wewnętrznej dowodu z opinii biegłego pozwala przejść organowi procesowemu do etapu oceny kontekstowej, w ramach której jako kryterium pomocnicze sto-

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 343.

⁵⁵ Por. art. 194 pkt 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.

⁵⁶ M. Hrehorowicz, *Opinia biegłego...*, s. 343.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Tak m.in. *ibidem*, s. 294.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 300.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 310.

sowane w praktyce podaje się okoliczność niekwestionowania dowodu z opinii biegłego przez którąkolwiek ze stron procesowych⁶¹. Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, w jaki sposób opinia biegłego koresponduje z innymi dowodami zgromadzonymi w sprawie. Zgodnie bowiem z zasadą swobodnej oceny dowodów „organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”⁶². Jak słusznie wskazuje się w literaturze przedmiotu, „kodeks postępowania karnego nie uznaje legalnej oceny dowodów, a więc organy procesowe nie są skrępowane ustawowymi regułami, przesądzającymi określone ustosunkowanie się do konkretnych dowodów, a przepisy nie wprowadzają różnic co do wartości dowodowej poszczególnych dowodów”⁶³. Z uwagi na powyższe, za słuszne uznać należy głosy zwolenników poglądu o niezasadności nadawania dowodowi z opinii biegłego „ustawowej mocy dowodowej większej niż innym środkom dowodowym”⁶⁴.

Powyższa konkluzja nie deprecjonuje w żaden sposób roli biegłego w procesie ustalania szkody wyrządzonej przestępstwem niegospodarności. Jak już zostało wskazane powyżej, ze względu na brak u sądu wiadomości specjalnych dostępnych tylko biegłemu poznanie określonego wycinka rzeczywistości bezpośrednio przez organ prowadzący postępowanie nie jest możliwe⁶⁵. Z tego też powodu w literaturze podkreśla się, że „biegły współdziała [...] w dokonywaniu ustaleń faktycznych, służąc organowi procesowemu swoją wiedzą fachową w dostarczaniu specjalistycznych informacji dowodowych”⁶⁶. Biegły, dostarczając informacji specjalnych, ma swój wkład w tworzeniu podstawy faktycznej orzeczenia, albowiem „ustalenia wyroku w części dotyczącej wiadomości specjalnych opierać się muszą na opinii biegłego”⁶⁷. Z drugiej strony nie można zapominać o tym, że decyzję o wyznaczeniu przedmiotu i zakresu oceny podejmuje sąd, który nie tylko rozstrzyga samodzielnie o potrzebie powołania biegłego w danej sprawie, decyduje, do którego biegłego z konkretnej dziedziny wiedzy się zwrócić, ale również i przede wszystkim jest zobowiązany do zakreślenia przedmiotu opinii tak, aby opinia biegłego nie wkraczała w zagadnienia prawne

⁶¹ *Ibidem*, s. 319.

⁶² Por. art. 7 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.

⁶³ J. Dzierzanowska, J. Studzińska, *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecnictwem*, Warszawa 2016, s. 382–383.

⁶⁴ W. Grzeszczyk, *Rola opinii biegłego w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6, s. 30.

⁶⁵ Z. Kukuła, *Poszukiwanie dowodów przestępstw gospodarczych*, Warszawa 2013, LEX.

⁶⁶ W. Grzeszczyk, *Rola opinii biegłego...*, s. 29.

⁶⁷ *Ibidem*.

zaistnienia szkody, do czego biegły nie jest uprawniony⁶⁸. W pełni należy zgodzić się z R. Zawłockim, który wskazuje, że „stwierdzenie [szkody – przyp. MS] należy do organu stosującego prawo, a nie np. do biegłego (choćby z zakresu analizy ekonomicznej lub finansów i rachunkowości), którego kompetencje w tym zakresie, skądinąd nie do przecenienia, sprowadzają się do ustalenia faktów pozwalających ww. organowi stwierdzić, czy zachodzą podstawy do uznania istnienia szkody majątkowej”⁶⁹. Nie do zaakceptowania są bowiem sytuacje, w których biegli, nadmiernie wczuwając się w powierzone im zadanie, rozstrzygają w rzeczywistości o wypełnieniu przez konkretną osobę znamion typu czynu zabronionego z art. 296 k.k.⁷⁰ Konkludując dotychczasowe rozważania, stwierdzić należy, że w procesie określania wysokości szkody wyrządzonej przestępstwem nadużycia zaufania kwestią o zasadniczym znaczeniu jest ustalenie prawidłowego podziału ról pomiędzy organem procesowym a biegłym i tym samym wyznaczenie granicy w sferze działania każdego z nich.

Bibliografia

- Barczak A., Barczak M., *Działanie na szkodę spółki – zagadnienia wybrane*, „Prawo Spółek” 2008, nr 7–8.
- Buczkowski K., Wojtaszek M., *Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 1998.
- Domarus A., *Skutek przestępny na gruncie przestępstwa nadużycia zaufania – zagadnienia wybrane*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, nr 3.
- Duży J., „Szkoda” jako znamię przestępstwa z art. 585 kodeksu spółek handlowych (uwagi w kontekście odpowiedzialności karnej za działanie na szkodę spółek kapitałowych), „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 4.
- Dzierżanowska J., Studzińska J., *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecnictwem*, Warszawa 2016.
- Giezek J., *Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2014.
- Górnio O., *Jeszcze o przestępstwach nadużycia zaufania*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 10.

⁶⁸ Podobnie Sąd Apelacyjny w Rzeszowie w wyroku z 19 września 2013 r., sygn. akt II AKa 72/13, Legalis nr 1162371.

⁶⁹ R. Zawłocki, *Rozdział XXXVI – Przestępstwa przeciwko obrotowi...*, s. 715.

⁷⁰ Jako przykład nieprawidłowości po stronie sądu przy dokonywaniu oceny opinii biegłego, a jednocześnie egzemplifikacja ewidentnego przekroczenia przez biegłego reguły obiektywizmu poprzez wypowiedzanie się w kwestii podlegającej wyłącznie ocenie sądu może służyć fragment uzasadnienia wyroku Sądu Rejonowego Rzeszowie II Wydział Karny z 16 maja 2008 r., sygn. akt II K 713/05, wydanego na gruncie sprawy o przestępstwo z art. 585 Kodeksu spółek handlowych, w którym wskazano: „Dla oceny działalności oskarżonego istotne znaczenie ma obiektywny dowód w postaci opinii biegłego X. Biegły w swojej opinii jednoznacznie wskazał, iż oskarżony działał na szkodę spółki”. Przykład zaczerpnięty z badań aktowych przeprowadzonych na potrzeby pracy dyplomowej autorki pt. *Przestępstwo działania na szkodę spółki*, s. 84.

- Górniok O., *Niektóre problemy ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 5.
- Górniok O., *Szkoda i szkodą pokrzywdzony jako znamiona przestępstwa nadużycia zaufania, w: Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszala*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003.
- Grzeszczyk W., *Rola opinii biegłego w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 6.
- Hrehorowicz M., *Opinia biegłego w sprawach karnych gospodarczych i jej ocena sądowa*, Poznań 2013.
- Kardas P., *Sporne problemy wykładni przestępstwa nadużycia zaufania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 2.
- Kardas P., *Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 7/8.
- Kochel K., *Zakres pojęciowy znamienia znaczna szkoda ujętego w art. 296 Kodeksu karnego*, „Wiedza Prawnicza” 2013, nr 1.
- Kowalska J., *Szkoda w rozumieniu art. 296 k.k. i kwestia ustalenia jej wysokości*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 9.
- Kubała W., *Pojęcie szkody w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1975, z. 5.
- Kukuła Z., *Poszukiwanie dowodów przestępstw gospodarczych*, Warszawa 2013, LEX.
- Kuźmicka-Sulikowska J., *Zasady odpowiedzialności deliktowej w świetle nowych tendencji w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 2011.
- Michalska-Warias A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 5, Warszawa 2012.
- Oczkowski T., *Nadużycie zaufania w prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Prawnkarne oceny i konsekwencje*, Warszawa 2013.
- Pyziak-Szafnicka M., Robaczyński W., Kawecka-Stępień M., *Elementarny kurs prawa cywilnego*, Warszawa 2012.
- Sepioło I., *Przestępstwo niegospodarności z art. 296 KK*, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa z art. 9 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 9.
- Zawiejski P., *Szkoda jako znamię przestępstwa działania na szkodę spółki*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 7/8.
- Zawłocki R., *Rozdział XXXVI – Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.
- Zawłocki R., *Karalna niegospodarność*, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Zawłocki R., *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2004.
- Zientara A., *Przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 kodeksu karnego*, Warszawa 2010.

Streszczenie

Artykuł poświęcony został problematyce szkody w sprawach o przestępstwa nadużycia zaufania z art. 296 k.k. i roli opinii biegłego. Skoncentrowano się na pojęciu znacznej szkody majątkowej z art. 296 § 1 k.k. i sposobie określenia wysokości szkody. Rozważania opierają się na założeniu, że szkoda musi nastąpić w wyniku nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku. W artykule przywołane zostały głosy doktryny i judykatury odnoszące się do problemów ustalania zakresu i wysokości szkody na gruncie art. 296 k.k. Na końcu autorka przedstawia własne stanowisko w przedmiocie roli biegłego przy określaniu szkody w sprawach o przestępstwo nadużycia zaufania z art. 296 k.k.

Słowa kluczowe: przestępstwo nadużycia zaufania, niegospodarność, znaczna szkoda majątkowa, sposób określenia szkody, opinia biegłego

THE MANNER OF DETERMINING THE DAMAGE IN CASES CONCERNING THE OFFENSE OF ABUSE OF TRUST UNDER ART. 296 OF THE CRIMINAL CODE – THE ROLE OF EXPERT OPINION

Summary

The article was devoted to reflections on the manner of the damage in cases concerning the offense of abuse of trust under art. 296 of the Criminal Code associated with the role of expert opinion. The article is focused on the meaning of “significant property damage”, used by the Polish legislator in the art. 296 § 1 of the Criminal Code and the manner of determining the damage. The considerations are based on the assumption, that the damage must take place through the abuse of the authority or by failing to perform duties. The article mentions positions of polish doctrine and judicature relating to the problems of determining the extent and the amount of damage on the basis of art. 296 of the Criminal Code. In the end, the author presents her own opinion in the subject of the role of expert opinion.

Keywords: crime of trust abuse (breach), mismanagement, significant property damage, manner of determining the damage, expert opinion

Milan Sudzina

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

ORCID: 0000-0001-9038-8018

**VKLAD DO KATASTRA NEHNUTEĽNOSTÍ
SLOVENSKEJ REPUBLIKY
(ROZHODOVANIE O NÁVRHU NA VKLAD)****Úvod**

Po podaní návrhu na vklad a jeho zaevidovaní dochádza k ďalšej fáze vkladového konania, ktorou je rozhodovanie o návrhu na vklad. Rozhodovanie v rámci vkladového konania je podrobne upravené v zákone 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“) a vo vyhláske 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. Vkladové konanie predstavuje rozhodovací procesný postup, pri ktorom okresný úrad ako správny orgán na základe predložených písomných podkladov posudzuje komplexne skutkové a právne skutočnosti, ktoré by mohli mať vplyv na povolenie vkladu.¹ Výsledkom tohto rozhodovacieho postupu je rozhodnutie o povolení vkladu alebo rozhodnutie o zamietnutí návrhu na vklad².

¹ V uznesení Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6Sžo 106/2007 zo dňa 7. 5. 2008 sa uvádza, že podľa platnej právnej úpravy správa katastra (v súčasnosti okresný úrad, katastrálny odbor) musí o návrhu na vklad rozhodnúť podľa skutkového a právneho stavu existujúceho v čase rozhodnutia o návrhu na vklad. Pri rozhodovaní o tomto návrhu (teda po jeho podaní až do rozhodnutia o ňom) musí správa katastra (v súčasnosti okresný úrad, katastrálny odbor) skúmať, či tu nastali skutkové a právne skutočnosti, ktoré by mohli mať vplyv na povolenie vkladu.

² Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 8 Sžo 17/2007 z 12. decembra 2007.

Prieskumné oprávnenia katastrálneho orgánu

V rámci rozhodovania o návrhu na vklad do katastra nehnuteľností má okresný úrad, katastrálny odbor rozsiahle prieskumné oprávnenia. Cieľom tohto prieskumného oprávnenia je v súlade so zásadou legality zabezpečiť, aby boli do katastra nehnuteľností zapísané údaje na základe platných právnych úkonov. Okresný úrad pri rozhodovaní o návrhu na vklad skúma, či sú splnené jednak hmotnoprávne, ale aj procesnoprávne podmienky pre povolenie vkladu. To znamená, že okresný úrad je povinný skúmať súlad zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, s hmotným právom. V rámci toho okresný úrad skúma súlad najmä so zákonom č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky zákonník“ alebo „OZ“), so zákonom č. 182/1993 Z. z. o vlastníctve bytov a nebytových priestorov v znení neskorších predpisov, so zákonom č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „Obchodný zákonník“). Okresný úrad skúma, či je zmluva podľa hmotného práva platná. To znamená, či je úkon urobený v zákonom predpísanej písomnej forme, či má všetky obsahové esenciálne náležitosti³, či prejavy vôle účastníkov sú na tej istej listine⁴, či je podpis prevodcu na zmluve úradne osvedčený. Predmetom prieskumnej právomoci je ďalej to, či prevodca má oprávnenie nakladať s nehnuteľnosťou⁵, či sú prejavy vôle hodnoverné, či sú dostatočne určité a zrozumiteľné a či zmluvná voľnosť, prípadne právo nakladať s nehnuteľnosťou nie sú obmedzené⁶.

V rámci hmotnoprávnych podmienok sa ďalej skúma, či predaj obecnej nehnuteľnosti schválilo obecné zastupiteľstvo, či právny úkon za maloletého schválil súd, či prevod majetku štátu schválilo ministerstvo financií. Okresný úrad je povinný preskúmať správnosť označenia účastníkov zmluvy a aj súlad zmluvy s katastrálnym operátom. To znamená, či je nehnuteľnosť v zmluve, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo, identifikovaná

³ J. Lazar a kol., *Základy občianskeho hmotného práva. Druhé prepracované vydanie*, 1. zväzok, Bratislava 2004, s. 234.

⁴ Jednotlivé hárky zmluvy vrátane príloh musia byť pevne spojené (zošité) tak, aby tvorili technickú jednotu listiny.

⁵ Okresný úrad je povinný prerušiť konanie o návrhu na vklad, pokiaľ s nehnuteľnosťou, ktorá je v bezpodielovom spoluvlastníctve manželov, nakladá len jeden z manželov a poučiť účastníka konania o možnosti vyplývajúcej z § 40a Občianskeho zákonníka. V prípade nečinnosti, nedovolania sa neplatnosti úkonu môže vklad povoliť. Bližšie pozri Katastrálny bulletin č. 1/2007, stanovisko k otázke č. 12.

⁶ Podľa rozsudku Krajského súdu v Nitre sp. zn. 11S/39/2009 z 24. 11. 2009 duplicitný zápis vlastníckeho práva k nehnuteľnosti alebo jej časti je nesporne takou skutočnosťou, ktorá bráni nakladaniu s nehnuteľnosťou, a teda i prevodu vlastníckeho práva k nej.

v súlade s údajmi, ktoré sú uvedené na liste vlastníctva, napríklad či je v zmluve správne uvedené parcelné číslo, katastrálne územie, súpisné číslo, prípadne ďalšie údaje. Okresný úrad posudzuje, či zmluva, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, neodporuje zákonu (contra legem), či zákon neobchádza (in fraudem legis)⁷ a či sa neprieči dobrým mravom (contra bonos mores)⁸. Za obchádzanie zákona sa považuje také konanie resp. použitie takých prostriedkov, ktoré sami osebe neodporujú výslovnému zákazu zákona, ale svojimi dôsledkami odporujú zákonu⁹ alebo taký postup, kedy sa niekto správa síce podľa práva, avšak tak, aby zámerne dosiahol výsledok, ktorý právna norma nepredvída a ktorý je nežiadúci¹⁰. Dobrými mravmi sa v súdnej praxi rozumie súbor spoločenských, kultúrnych a mravných pravidiel správania, ktoré sú vlastné všeobecne uznávaným vzájomným vzťahom medzi ľuďmi a mravným princípom spoločenského poriadku a ktoré v historickom vývoji osvedčili istú nemennosť vystihujúc podstatné historické tendencie a ktoré sú zdieľané rozhodujúcou časťou spoločnosti a majú povahu základných noriem¹¹.

Okrem súladu s hmotným právom okresný úrad zároveň skúma aj procesnú stránku, to znamená, či sú splnené všetky procesné podmienky pre povolenie vkladu. Ide o podmienky procesného charakteru definované katastrálnym zákonom a zákonom o správnom konaní, prípadne iným procesným predpisom. V rámci toho okresný úrad skúma, či bol zaplatený správny poplatok za návrh na povolenie vkladu, či návrh na vklad podal účastník právneho úkonu, či návrh na vklad má všetky náležitosti a prílohy vyžadované zákonom. Okresný úrad ďalej skúma aj prípadné obmedzenie prevodcu nakladať s nehnuteľnosťou (napr. existencia neodkladného alebo predbežného opatrenia o zákaze nakladať s nehnuteľnosťou).

Ak ide o zmluvu o prevode nehnuteľnosti, ktorá bola vyhotovená vo forme notárskej zápisnice alebo ktorá bola autorizovaná advokátom, okresný úrad posudzuje zmluvu iba z pohľadu, či v súlade s katastrálnym operátom a či sú splnené procesné podmienky na povolenie vkladu.¹² Okresný úrad pri zmluve

⁷ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2Cdo 281/2005 (In: Zo súdnej praxe 54/2006) rozpor s dobrými mravmi môže byť namietaným dôvodom neplatnosti právneho úkonu (kúpnej zmluvy) len vtedy, ak tento úkon nie je v rozpore so zákonom a ani zákon neobchádza.

⁸ V rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Cdo 137/2003, ZSP 62/2004 sa uvádza, že za právne úkony priečiace sa dobrým mravom v zmysle § 3 ods. 1 Občianskeho zákonníka treba považovať úkon, ktorý je všeobecne neakceptovateľný z hľadiska v spoločnosti prevládajúcich mravných zásad a princípov vzájomných vzťahov medzi ľuďmi.

⁹ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 MCDo 2/2006 z 1. novembra 2009.

¹⁰ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Sžo 163/2008 z 22. apríla 2009.

¹¹ Uznesenie Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 21 Cdo 2898/2005 z 8. novembra 2006.

¹² P. Kerecman, *Zodpovednosť advokáta za škodu. 2. časť*. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2011, č. 11, s. 12 a nasl.

o prevode nehnuteľnosti autorizovanej advokátom alebo vyhotovenej vo forme notárskej zápisnice neskúma súlad zmluvy s hmotným právom, teda neposudzujú platnosť zmluvy¹³, či obsahuje všetky esenciálne náležitosti, či je zmluva v súlade so zákonom, či ho neobchádza a či nie je v rozpore s dobrými mravmi. Okresný úrad v danom prípade nebude skúmať ani to, či prevod majetku štátu bol schválený ministerstvom financií, či prevod majetku obce bol schválený obecným zastupiteľstvom a či právny úkon maloletého, ktorým sa disponuje nehnuteľnosťou bol schválený súdom. Okresný úrad bude skúmať aj oprávnenie prevodcu nakladať s nehnuteľnosťou, ktoré môže byť obmedzené rozhodnutím súdu alebo iného orgánu. Za súlad zmluvy s hmotným právom zodpovedá advokát, ktorý zmluvu autorizoval, alebo notár, ktorý spísal zmluvu o prevode nehnuteľnosti vo forme notárskej zápisnice. Ide o presunutie zodpovednosti za posúdenie platnosti zmluvy z okresného úradu na advokátov a notárov.

Okresný úrad posudzuje splnenie podmienok pre povolenie vkladu podľa slovenského právneho poriadku aj vtedy, ak si účastníci záväzkoprávneho vzťahu dohodli voľbu iného právneho poriadku. Okresný úrad v prvom rade skúma splnenie podmienok pre povolenie vkladu, ktoré existovali v čase uzavretia zmluvy (napr. či zmluva obsahuje všetky podstatné náležitosti zmluvy¹⁴, ktoré pre daný zmluvný typ vyžaduje zákon). Pri rozhodovaní o povolení vkladu (teda v čase povoľovania vkladu) je okresný úrad povinný skúmať nesúlad so zákonom z procesného hľadiska a prihliadať aj na skutkové a právne skutočnosti, ktoré by mohli mať vplyv na povolenie vkladu a ktoré vznikli po uzavretí zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť právo k nehnuteľnosti, prípadne po podaní návrhu na vklad. Vplyv na povolenie vkladu má najmä vydanie neodkladného opatrenia na zákaz nakladať s nehnuteľnosťou podľa zákona č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok, začatie exekúcie predajom nehnuteľnosti podľa zákona č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov (ďalej len „Exekučný poriadok“),¹⁵ zriadenie exekučného záložného práva¹⁶,

¹³ Podľa rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 Sž – o – KS 84/2006, zo dňa 5. 10. 2006 (In: Zo súdnej praxe 43/2008) dovoliť sa relatívnej neplatnosti zmluvy o prevode nehnuteľnosti podľa § 40a Občianskeho zákonníka možno i námietkou v katastrálnom konaní o povolení vkladu. Správa katastra (v súčasnosti okresný úrad, katastrálny odbor) je povinná vznesenú námietku doručiť účastníkom katastrálneho konania o povolení vkladu a vysporiadať sa s ňou v odôvodnení rozhodnutia.

¹⁴ Rozsudok Najvyššieho súdu SR sp. zn. 1 Cz 129/74 z 30.1.1975. In: *Katastrálni (a súvisiace) judikatura*, 2. vydání, Praha–Bratislava 2007, s. 190.

¹⁵ Začatie exekúcie predajom nehnuteľností je dôvodom pre zamietnutie návrhu na vklad. Bližšie pozri rozsudky Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6 Sžo KS 37/2006 zo dňa 20. 6. 2007, sp. zn. 2 SžoKS 1/2005 zo dňa 27. 4. 2005, sp. zn. 6 Sžo 106/2007 zo dňa 7. 5. 2008, sp. zn. 6 Sžo 101/2007 zo dňa 23. 1. 2008).

¹⁶ Ak sa počas vkladového konania začne exekúcia zriadením exekučného záložného práva, o ktorom bola správa katastra (v súčasnosti okresný úrad) povinná vykonať zápis do katastra

rozhodnutie správcu dane o uložení predbežného opatrenia týkajúceho sa nehnuteľnosti alebo zriadenie daňového záložného práva správcom dane, ktoré je podľa zákona č. 563/2009 Z. z. o správe daní (daňový poriadok) a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „daňový poriadok“) ex lege spojené so zákazom nakladať s nehnuteľnosťou bez predchádzajúceho súhlasu správcu dane, vyhlásenie konkurzu proti vlastníkovi nehnuteľnosti podľa zákona č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o konkurze a reštrukturalizácii“). Z vyššie uvedeného vyplýva, že prieskumné oprávnenia okresného úradu, katastrálneho odboru sa uplatňujú jednak k momentu uzavretia zmluvy, ale zároveň je potrebné prihliadať aj na skutočnosti, ktoré vznikli po uzavretí zmluvy a mohli by mať vplyv na rozhodnutie o povolení vkladu v momente rozhodovania o návrhu na vklad.

Rozhodnutie o vklade

Ak sú hmotnoprávne a procesnoprávne podmienky na vklad splnené, okresný úrad, katastrálny odbor vklad povolí¹⁷. Rozhodnutie, ktorým sa vklad povoľuje, obsahuje názov okresného úradu, ktorý rozhodol o vklade, číslo vkladu, označenie účastníkov konania, označenie právneho úkonu a nehnuteľností, ktorých sa právny úkon týka, deň, keď okresný úrad rozhodol o vklade, deň, keď nastali právne účinky vkladu, meno, priezvisko a podpis osoby, ktorá vklad povolila, odtlačok okrúhlej pečiatky okresného úradu. Rovnopis rozhodnutia o povolení vkladu je okresný úrad povinný zaslať účastníkom konania do 15 dní odo dňa rozhodnutia. Každému účastníkovi konania sa zasiela jeden rovnopis rozhodnutia o povolení vkladu. Ak sa nehnuteľnosti nachádzajú v obvode viacerých okresných úradov, zašle okresný úrad, ktorý o povolení vkladu rozhodol, jedno vyhotovenie rovnopisu rozhodnutia o povolení vkladu s rovnopisom zmluvy, na základe ktorej bol povolený vklad, dotknutým okresným úradom. Vklad možno vykonať iba na základe právoplatného rozhodnutia okresného úradu. Rozhodnutie o povolení vkladu nadobúda právoplatnosť dňom vydania rozhodnutia. Ak je vklad povolený, okresný úrad vykoná zápis práv k nehnuteľnostiam do listu vlastníctva a do súboru popisných informácií katastra nehnuteľností v deň, ktorým rozhodnutie o povolení vkladu nadobudlo právo-

nehnuteľností záznamom, má exekučné konanie povahu takej okolnosti, ktorá bráni vkladu vlastníckeho práva z darovacej zmluvy do katastra. Bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Sžo 135/2008 z 3. júna 2009.

¹⁷ Rozhodnutie o povolení vkladu vlastníckeho práva k nehnuteľnosti nie je rozhodnutím, s ktorým by zákon spájal vznik účinnosti zmluvy o prevode vlastníckeho práva k nehnuteľnosti. Bližšie pozri I. Fekete, *Občiansky zákonník. Komentár*, Bratislava 2007, s. 172.

platnosť, najneskôr však nasledujúci deň. Z uvedeného vyplýva, že rozoznávame okamih povolenia vkladu a okamih zápisu práva do listu vlastníctva. Právny titul, na základe ktorého bol vykonaný vklad do katastra nehnuteľností, sa zapisuje v časti B listu vlastníctva. Zápisom práv do listu vlastníctva a do súboru popisných informácií katastra sa práva k nehnuteľnostiam stávajú hodnovernými a prípadne aj záväznými údajmi katastra (tzv. zásada hodnovernosti). Údaje katastra o právach k nehnuteľnostiam, parcelné číslo, geometrické určenie nehnuteľnosti, druh pozemku, geometrické určenie a výmera katastrálneho územia, názov katastrálneho územia, výmera poľnohospodárskej jednotky alebo lesnej hospodárskej jednotky, alebo organizačnej jednotky, údaje o základných a podrobných polohových bodových poliach, údaje o bodových poliach, ako aj štandardizované geografické názvy sú hodnoverné a záväzné, ak sa nepreukáže opak. Záväzným údajom katastra nie je druh pozemku evidovaný ako parcela registra "E".

O povolení vkladu sa do 31. augusta 2009 nevydávalo osobitné rozhodnutie. Rozhodnutie, ktorým sa vklad povoľoval, sa vyznačovalo na zmluve pečiatkou. Vyznačenie na zmluve obsahovalo údaj o tom, kedy bol vklad povolený, kto ho povolil, podpis tejto osoby a odtlačok okrúhlej pečiatky správy katastra. Rozhodnutie o povolení vkladu nadobúdalo právoplatnosť dňom vyznačenia na zmluve. Zmluva, na ktorej bolo vyznačené rozhodnutie o povolení vkladu, sa doručovala všetkým účastníkom vkladového konania. V súčasnosti okresný úrad o povolení vkladu vydáva osobitné rozhodnutie. Rozhodnutie o povolení vkladu sa už nevyznačuje na zmluve pečiatkou o povolení vkladu. Ak hmotnoprávne alebo procesnoprávne podmienky na vklad (na povolenie vkladu) nie sú splnené, okresný úrad návrh na vklad zamietne. Rozhodnutie o zamietnutí vkladu sa doručuje všetkým účastníkom vkladového konania¹⁸. Účastníkom sa doručuje rovnopis rozhodnutia, nie jeho originál. Rovnopis rozhodnutia vydaného v konaní o povolení vkladu sa vyhotovuje s použitím výpočtovej techniky vrátane podpisu a odtlačku úradnej pečiatky a v ľavom dolnom rohu obsahuje doložku „Za správnosť rovnopisu:“ opatrenú odtlačkom pečiatky centrálnej expedície. Rovnopis rozhodnutia vydaného vo vkladovom konaní sa doručuje poštou. V návrhu na vklad je možné požiadať aj o osobné prevzatie rozhodnutia účastníkom na okresnom úrade.

Lehota na rozhodnutie o vklade

Katastrálny zákon rozoznáva všeobecnú lehotu na rozhodnutie o návrhu na vklad a osobitné lehoty. Všeobecná lehota na rozhodnutie o návrhu na vklad je 30 dní od doručenia návrhu na vklad okresnému úradu. Ak zmluva o prevode

¹⁸ R. Jakab, *Doručovanie v správnom konaní*. In: Justičná revue: časopis pre právnu prax, 2006, roč. 58, č. 2, s. 227–241.

nehnutelnosti bola vyhotovená vo forme notárskej zápisnice alebo bola autorizovaná advokátom, nie je v rozpore s katastrálnym operátom a sú splnené procesné podmienky na povolenie vkladu, okresný úrad je povinný rozhodnúť o návrhu na povolenie vkladu v osobitnej lehote 20 dní odo dňa doručenia návrhu na vklad okresnému úradu. Účastník vkladového konania má možnosť požiadať okresný úrad v návrhu na vklad o urýchlené konanie o návrhu na vklad. V danom prípade je potrebné zaplatiť zvýšený správny poplatok vo výške 266 € (prípadne 133 €, ak bol návrh na vklad podaný elektronicky). Správny poplatok za urýchlené rozhodnutie je splatný v deň doručenia návrhu na vklad. Aj keď je tento poplatok zaplatený, nie je právny nárok na rozhodnutie v 15 dňovej lehote. Z dikcie predmetného ustanovenia vyplýva, že okresný úrad môže (teda nie je povinný) rozhodnúť v skrátenej lehote. Ak v tejto lehote nerozhodne, rozhodne v lehote 30 dní odo dňa doručenia návrhu na vklad. V sadzobníku správnych poplatkov podľa zákona o správnych poplatkoch je v poznámke k položke 11 uvedené, že ak okresný úrad nerozhodne v skrátenej 15 dňovej lehote, správny poplatok v prevyšujúcej výške (266 € mínus 66 €, resp. 133 € mínus 33 €, ak bol návrh na vklad podaný elektronicky) vráti navrhovateľovi. Ak sa konanie o urýchlenom návrhu na vklad prerušilo, lehota na rozhodnutie prestáva plynúť dňom vydania rozhodnutia o prerušení konania. Ak sa vkladové konanie zastavilo alebo návrh na vklad bol zamietnutý, správny poplatok za urýchlené konanie o návrhu na vklad sa nevracia. Do 31. augusta 2009 sa o návrhu na vklad pri prevode majetku štátu na iné osoby podľa zákona o veľkej privatizácii rozhodovalo v 15 dňovej lehote. Od 1. septembra 2009 pre tento prípad nie je stanovená osobitná lehota. Z tohto dôvodu o návrhu na vklad pri prevode majetku štátu na iné osoby podľa zákona o veľkej privatizácii sa rozhoduje vo všeobecnej 30 dňovej lehote.

Spôsobilosť rozhodovať o návrhu na vklad

O návrhu na vklad rozhoduje zamestnanec vykonávajúci štátnu službu na úseku katastra, ktorý má osobitnú odbornú spôsobilosť rozhodovať o návrhu na vklad. Osobitná odborná spôsobilosť je súhrn teoretických vedomostí, praktických skúseností a znalostí všeobecne záväzných právnych predpisov a ostatných predpisov upravujúcich oblasť katastra a súvisiacich s katastrom. Predpokladom na získanie osobitnej odbornej spôsobilosti rozhodovať o návrhu na vklad je ukončené vysokoškolské vzdelanie druhého stupňa v študijnom odbore právo alebo v študijnom odbore geodézia a kartografia a úspešné vykonanie odbornej skúšky, ktorou sa overuje spôsobilosť rozhodovať o návrhu na vklad¹⁹.

¹⁹ J. Dráčová, P. Vojčík, E. Barešová, *Katastrálny zákon s porovnaním úpravy v Českej republike*, Plzeň 2012, s. 183.

Overovanie spôsobilosti rozhodovať o návrhu na vklad vykonáva komisia na overovanie spôsobilosti rozhodovať o návrhu na vklad. Predsedu, podpredsedu a ďalších členov komisie na overovanie vymenúva predseda úradu zo zamestnancov úradu, zo zamestnancov okresných úradov v sídle kraja a z ďalších odborníkov z vysokých škôl, vedeckých inštitúcií, zo stavovských organizácií a štátnych orgánov. Po úspešnom vykonaní skúšky pred komisiou na overovanie vydá predseda úradu na návrh komisie na overovanie zamestnancovi vykonávajúcemu štátnu službu na úseku katastra oprávnenie na spôsobilosť rozhodovať o návrhu na vklad. Predseda úradu vydá na návrh komisie na overovanie oprávnenie na spôsobilosť rozhodovať o návrhu na vklad aj zamestnancovi úradu, ktorý na úrade vykonával nepretržite počas aspoň piatich rokov právnickú prax a rozhodovaciu činnosť v správnom konaní aj bez toho, aby musel vykonať skúšku pred komisiou.

Opravné prostriedky proti rozhodnutiu o vklade

Možnosť využitia opravných prostriedkov v rámci vkladového konania závisí od toho, proti akému rozhodnutiu okresného úradu sa podáva. Proti rozhodnutiu, ktorým sa vklad povoľuje, v zásade nemožno podať opravný prostriedok, keďže ide o rozhodnutie, ktorým sa návrhu vo veci samej vyhovel. Proti rozhodnutiu okresného úradu o povolení vkladu nemožno podať odvolanie ako riadny opravný prostriedok (v danom prípade platí jednoinštančnosť konania) a pokiaľ ide o mimoriadne opravné prostriedky nemožno ho preskúmať mimo odvolacieho konania a ani podať návrh na obnovu konania podľa Správneho poriadku. Proti rozhodnutiu okresného úradu o povolení vkladu je prípustný protest prokurátora podľa ustanovenia § 23 zákona č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov a nie je vylúčená ani možnosť podať žalobu v správnom súdnictve podľa zákona č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok. Vecne a miestne príslušným na rozhodnutie o správnej žalobe je krajský súd, v ktorého obvode má sídlo orgán verejnej správy, ktorý rozhodol v prvom stupni, tzn. v ktorého obvode má sídlo okresný úrad, ktorý vydal rozhodnutie o povolení vkladu.

Keďže rozhodnutie okresného úradu o zamietnutí návrhu na vklad je rozhodnutím, ktorým sa návrhu na vklad nevyhovelo, platí na rozdiel od rozhodnutia o povolení vkladu, že je proti nemu prípustný riadny opravný prostriedok, ktorým je odvolanie. Odvolanie sa podáva na okresný úrad, ktorý rozhodnutie o zamietnutí návrhu na vklad vydal²⁰. Odvolanie sa podáva v lehote 15 dní odo dňa doručenia rozhodnutia okresného úradu. Okresný úrad o podanom odvolaní rozhoduje najprv v rámci autoremedúry, kedy môže podanému odvolaniu vyhovieť len v celom rozsahu (nie čiastočne), ak je odvolanie

²⁰ P. Vojčík a kol., *Občianske právo hmotné*, Plzeň 2012, s. 240.

dôvodné. Ak okresný úrad podanému odvolaniu nevyhovie v celom rozsahu, je povinný predložiť odvolanie spolu so spisovým materiálom odvolaciemu orgánu na rozhodnutie. Odvolacím orgánom je Úrad geodézie, kartografie a katastra Slovenskej republiky (ďalej len „úrad geodézie, kartografie a katastra“). Lehota na preloženie spisu odvolaciemu orgánu je 30 dní odo dňa, keď bolo odvolanie doručené okresnému úradu. O odvolaní bude na úrade geodézie, kartografie a katastra rozhodovať zamestnanec s osobitnou odbornou spôsobilosťou na rozhodovanie o návrhu na vklad. Úrad geodézie, kartografie a katastra je povinný rozhodnúť o odvolaní do šiestich mesiacov odo dňa predloženia odvolania a spisového materiálu okresným úradom. Proti právoplatnému rozhodnutiu úradu geodézie, kartografie a katastra je možné podať správnu žalobu podľa Správneho súdneho poriadku. O žalobe bude rozhodovať krajský súd, v ktorého obvode má sídlo orgán verejnej správy, ktorý rozhodol v prvom stupni (okresný úrad, ktorý vydal rozhodnutie o zamietnutí vkladu). Pred účinnosťou nových civilných procesných kódexov (do 30. júna 2016)²¹, teda počas účinnosti zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky súdny poriadok“) ak okresný úrad v rámci autoremedúry nevyhoviel podanému odvolaniu proti rozhodnutiu o zamietnutí návrhu na vklad v celom rozsahu, o odvolaní rozhodoval krajský súd, v ktorého územnom obvode mal sídlo okresný úrad, ktorý zamietavé rozhodnutie vydal. Krajský súd rozhodoval v rámci správneho súdnictva podľa ustanovení Občianskeho súdneho poriadku (rozhodovanie o opravných prostriedkoch proti neprávoplatným rozhodnutiam správnych orgánov)²². Vzhľadom na to, že Správny súdny poriadok účinný od 1. júla 2016 neprevzal ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku o opravných prostriedkoch proti neprávoplatným rozhodnutiam správnych orgánov, zmenil sa systém rozhodovania o odvolaní tak, že v súčasnosti o ňom rozhoduje úrad geodézie, kartografie a katastra ako odvolací orgán a až následne je možné proti právoplatnému rozhodnutiu úradu geodézie, kartografie a katastra využiť správnu žalobu podľa Správneho súdneho poriadku.

Rozhodnutie o prerušení a zastavení vkladového konania

V rámci vkladového konania je možné vydať nielen meritórne rozhodnutie, ktorým sa vklad povolí alebo návrh na vklad zamietne. V tomto konaní môže okresný úrad v rámci skúmania, či sú splnené podmienky pre povolenie vkladu,

²¹ Dňa 1. júla 2016 nadobudol účinnosť zákon č. 160/2016 Z. z. Civilný sporový poriadok, zákon č. 161/2016 Z. z. Civilný mimosporový poriadok a zákon č. 162/2016 Z. z. Správny súdny poriadok.

²² S. Ficová, M. Števíček a kol., *Občianske súdne konanie*, 1. vydanie, Praha 2010, s. 165; M. Števíček, S. Ficová a kol., *Občiansky súdny poriadok. Komentár*, 1. vydanie, Praha 2009, s. 183; M. Števíček a kol., *Civilné právo procesné*, Bratislava 2010, s. 327.

vydať aj rozhodnutie o prerušení alebo zastavení vkladového konania. Konanie o návrhu na vklad okresný úrad rozhodnutím obligatórne preruší, ak nastane jeden z taxatívne zákonom stanovených dôvodov. Prvým dôvodom je začatie konania o predbežnej otázke²³. Prejudiciálnu otázku je potrebné riešiť najčastejšie z dôvodu zistenia okruhu dedičov v prípade úmrtia účastníka vkladového konania²⁴ s cieľom ustálenia jeho právneho nástupcu v katastrálnom konaní. Smrťou fyzickej osoby zaniká spôsobilosť na práva a povinnosti. Má to za následok aj zánik spôsobilosti byť účastníkom vkladového konania. Smrť účastníka zmluvy o prevode nehnuteľnej veci nie je sama osebe dôvodom zamietnutia návrhu na vklad²⁵. Vkladové konanie sa preruší. V prípade, že na nehnuteľnosti bolo zriadené daňové záložné právo, podľa § 81 ods. 7 daňového poriadku právne úkony týkajúce sa predmetu záložného práva po vydaní rozhodnutia o zriadení záložného práva môže daňový dlžník vykonať len po predchádzajúcom súhlase správcu dane. Ak takýto súhlas netvorí prílohu návrhu na vklad, okresný úrad vkladové konanie preruší. V konaní bude pokračovať, ak správca dane udelí súhlas. Pri podaní návrhu na vklad je navrhovateľ povinný zaplatiť správny poplatok, pokiaľ od neho nie je zákonom oslobodený. Ak nebol zaplatený správny poplatok podľa zákona o správnych poplatkoch, dôjde k prerušeniu konania a navrhovateľ bude vyzvaný na jeho zaplatenie v lehote stanovenej okresným úradom. V tomto prípade dôjde k prerušeniu konania nielen v prípade, ak pri podaní návrhu na vklad nebol zaplatený správny poplatok vôbec, ale aj vtedy, ak bol zaplatený v nesprávnej výške, teda v sume nižšej, ako stanovuje sadzobník správnych poplatkov. Katastrálny zákon, prípadne ďalšie právne predpisy stanovujú náležitosti, ktoré má obsahovať návrh na vklad a jeho prílohy. Nedostatky v tomto smere môžu spočívať najmä v nepredložení verejnej listiny alebo inej listiny, ktorá potvrdzuje právo k nehnuteľnosti. Taktiež môže dôjsť k zisteniu, že zmluva obsahuje chyby v písaní, počítaní alebo iné zrejme nesprávnosti. Nedostatky sa môžu týkať nielen návrhu na vklad, ale aj jeho príloh (napríklad nedoloženie plnej moci na zastupovanie v rámci vkladového konania)²⁶. Na odstránenie týchto nedostatkov okresný úrad preruší konanie a vyzve navrhovateľa na opravu alebo doplnenie v stanovenej lehote.

Dôvodom prerušenia vkladového konania je aj skutočnosť, že právo nakladať s nehnuteľnosťou, ktorá je predmetom zmluvy, je obmedzené. Právo nakla-

²³ Informatívna poznámka o tom, že prebieha konanie na súde o neplatnosti právneho úkonu, nie je dôvodom na prerušenie vkladového konania. Túto informáciu nemožno považovať za predbežnú otázku. Bližšie k tomu pozri Katastrálny bulletin č. 2/2011, stanovisko k otázke č. 14.

²⁴ P. Kotrady, *Vliv úmrtí účastníka právního úkonu na řízení o povolení vkladu do katastru nemovitostí*. In: Právní rozhledy, 2007, č. 19, s. 695 a nasl.

²⁵ Viazanosť účastníkov ich prejavmi vôle, smerujúcimi k prevodu vlastníckeho práva sa vzťahuje aj na dedičov zomrelého účastníka. Bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Cdo 184/2005 z 28.2.2006. In: Zo súdnej praxe č. 59/2007.

²⁶ Uznesenie Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 19 S 43/02 z 26. augusta 2002 (R 58/2003).

dat' s nehnuteľnosťou môže byť obmedzené rozhodnutím súdu alebo iného orgánu. Rozhodnutím súdu, ktorým sa obmedzuje právo nakladať s určitou nehnuteľnosťou, je uznesenie súdu o nariadení neodkladného opatrenia podľa § 324 zákona č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok²⁷. Neodkladné opatrenie môže súd nariadiť, ak je potrebné bezodkladne upraviť pomery alebo ak je obava, že exekúcia bude ohrozená²⁸. Rozhodnutím iného orgánu, ktorým bude nariadený zákaz nakladať s nehnuteľnosťou môže byť predbežné opatrenie správca dane podľa § 50 daňového poriadku²⁹. Správca dane môže počas daňovej kontroly, počas určovania dane podľa pomôcok alebo pri miestnom zisťovaní na zabezpečenie ich účelu alebo ak je odôvodnená obava, že nesplattná daň alebo nevyrubená daň nebude v dobe jej splatnosti uhradená alebo bude nevyožiteľná alebo že v tejto dobe bude vymáhanie dane spojené so značnými ťažkosťami, v rozsahu nevyhnutne potrebnom uložiť rozhodnutím daňovému subjektu, aby nenakladal s určitou nehnuteľnosťou. V minulosti (do 14. októbra 2008) katastrálne orgány v prípade predbežného opatrenia, ktorým bol nariadený zákaz nakladania s nehnuteľnosťou, návrh na vklad zamietali. Ak odpadla prekážka (predbežné opatrenie bolo zrušené alebo zaniklo), účastníci vkladového konania už nemohli pokračovať v pôvodnom vkladovom konaní. Od 15. októbra 2008 došlo zákonom č. 384/2008 Z. z. k rozšíreniu dôvodov na prerušenie vkladového konania tak, že v prípade predbežného opatrenia³⁰, resp. od 1. júla 2016 v prípade neodkladného opatrenia súdu o zákaze nakladať s nehnuteľnosťou vkladové konanie sa prerušuje a po odpadnutí prekážky (po zániku alebo zrušení predbežného alebo neodkladného opatrenia) sa pokračuje vo vkladovom konaní. Tento postup predstavuje výhodu pre účastníkov vkladového konania, ktorým v súlade so zásadou priority zostáva zachované poradie, v ktorom má okresný úrad rozhodovať o návrhu na vklad.

Právo nakladať s nehnuteľnosťou môže byť obmedzené aj osobitným predpisom. Osobitným predpisom, ktorý obmedzuje právo nakladať s nehnuteľnosťou je napríklad zákon č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok v znení neskorších predpisov

²⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Sž-o-KS 17/2005 z 31. júla 2007.

²⁸ Súdom uložený zákaz nakladania s nehnuteľnosťou nie je zákonným dôvodom na zamietnutie návrhu na vklad, ale na prerušenie katastrálneho konania. Bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3 SžoKS/17/2005 z 9.9.2005.

²⁹ M. Štrkolec, *Zabezpečovacie inštitúty v správe daní*. In: Právo – obchod – ekonomika: zborník vedeckých prác, Košice 2011, s. 181–190; *idem*, *Predbežné opatrenia v správe daní*. In: Justičná revue: časopis pre právnu prax, 2012, roč. 64, č. 10, s. 1165–1177; V. Babčák, *Daňová správa a daňové konanie. Komentár*, 1. vydanie, Bratislava 1998, s. 302; O. Babčák, *V. Daňové právo procesné*, Košice 2000, s. 398; V. Babčák, *Daňové (exekučné) konanie*, Bratislava 2005, s. 308; M. Bujňáková, I. Kanárik, *Daňové právo v systéme práva Slovenskej republiky*. In: Notitiae novae facultatis iuridicae Universitatis Matthiae Beli neosolii, 2002, roč. 6, s. 20–24.

³⁰ A. Kotrecová, J. Löwy, *Predbežné opatrenia a prekážka rei iudicatae*. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2012, roč. 18, č. 9, s. 6–11.

(ďalej len „Trestný poriadok“ alebo „TP“), ktorý v ustanovení § 50 upravuje zaistenie nároku poškodeného, ak je dôvodná obava, že uspokojenie nároku poškodeného na náhradu škody spôsobenej trestným činom bude marené alebo sťažované. V tomto prípade možno nárok poškodeného na náhradu škody až do pravdepodobnej výšky škody zaistiť na majetku obvineného. Časť majetku určené na zaistenie nároku sa v uznesení o zaistení opíše a obvinenému alebo právnickej osobe, v ktorej má obvinený majetkovú účasť alebo v ktorej koná v mene tejto právnickej osoby napr. ako štatutárny orgán, prokurista a pod., sa zakáže s týmto majetkom nakladať. Uznesenie o zaistení nehnuteľnosti sa doručí príslušnému orgánu štátnej správy na úseku katastra nehnuteľností (okresnému úradu). Trestný poriadok upravuje ďalší dôvod, ktorým sa obmedzuje právo nakladať s nehnuteľnosťou v rámci inštitútu zaistenia výkonu trestu prepadnutia majetku (§ 425 TP). Ak je obvinený stíhaný pre trestný čin, za ktorý vzhľadom na povahu a závažnosť činu a na pomery obvineného treba očakávať uloženie trestu prepadnutia majetku, a je obava, že výkon tohto trestu bude zmarený alebo sťažený, môže súd a v prípravnom konaní prokurátor majetok obvineného zaistiť. Dôvodom obmedzenia práva nakladať s nehnuteľnosťou je aj začatie exekúcie predajom nehnuteľnosti podľa Exekučného poriadku³¹ a vyhlásenie konkurzu proti vlastníkovi nehnuteľnosti podľa zákona o konkurze a reštrukturalizácii³².

K prerušeniu vkladového konania môže dôjsť nielen ex offio, ale aj na návrh účastníkov vkladového konania. Okresný úrad vkladové konanie preruší, ak to zhodne navrhli všetci účastníci konania. Katastrálny zákon stanovuje maximálnu dobu trvania prerušenia vkladového konania na návrh účastníkov konania, a to najdlhšie na dobu 60 dní.

O prerušení konania vydáva okresný úrad rozhodnutie. Rozhodnutie sa doručuje všetkým účastníkom vkladového konania. Katastrálny zákon nestanovuje, či je proti rozhodnutiu o prerušení vkladového konania prípustné odvolanie. Táto otázka sa spravuje Správnym poriadkom ako subsidiárnym právnym predpisom.³³ Z ustanovenia § 29 ods. 3 Správneho poriadku vyplýva, že proti rozhodnutiu o prerušení konania nemožno podať odvolanie. Pokiaľ je vkladové konanie

³¹ Ak sa exekúcia predajom nehnuteľnosti začala až podaním návrhu na vklad, znamená to, že zmluva doložená k návrhu na vklad nie je neplatná, pretože bola uzatvorená v čase, keď oprávnenie prevodcu nakladať s nehnuteľnosťou nebolo obmedzené. Nie je preto namieste rozhodnutie o zamietnutí návrhu na vklad, ale prerušenie konania o návrhu na vklad až do právoplatného ukončenia exekučného konania. Bližšie k tomu pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 8 Sžo 64/2008 z 16. júna 2008.

³² B. Pospíšil, *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*, Bratislava 2012, s. 203; M. Ďurica, *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*, Bratislava 2012, s. 378; M. Ďurica, *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*, 3. vydanie, Bratislava 2012, s. 209.

³³ R. Jakab, P. Molitoris, M. Jurko, *Všeobecné správne konanie. 3. kapitola*. In: *Správne právo procesné*, Košice 2014, s. 56–267.

prerušené, lehota stanovená v katastrálnom zákone na rozhodnutie o návrhu na vklad neplynie. Okresný úrad pokračuje v konaní z vlastného podnetu alebo na podnet účastníka konania, len čo pominula prekážka, pre ktorú sa vkladové konanie prerušilo, prípadne len čo uplynula doba, počas ktorej bolo konanie prerušené na návrh účastníkov. Rozhodnutie okresného úradu o prerušení vkladového konania je procesným rozhodnutím týkajúcim sa vedenia konania. Týmto rozhodnutím nie je okresný úrad viazaný a môže ho zmeniť aj bez opravného prostriedku³⁴.

Rozhodnutie o zastavení vkladového konania

Z vyššie uvedeného vyplýva, že v prípade odstrániteľných prekážok vkladového konania okresný úrad konanie preruší. Ak ide o neodstrániteľnú prekážku, okresný úrad vkladové konanie zastaví. Katastrálny zákon obsahuje osobitnú právnu úpravu zastavenia konania o vklade, ktorá je odchýlna od právnej úpravy obsiahnutej v Správnom poriadku. Zastavenie konania predstavuje jednu z foriem, ktorou sa správne konanie uzatvára konečným spôsobom. Dochádza k nemu v prípadoch, ktoré bránia pokračovať v konaní. Pri zastavení konania je správne konanie skončené skôr, ako sa dospeje k rozhodnutiu vo veci samej³⁵. Dôvody zastavenia konania sú v katastrálnom zákone stanovené taxatívne. Konanie o návrhu na vklad sa zastaví, ak návrh nepodal účastník konania. Ak navrhovateľ, ktorým je fyzická osoba, zomrel alebo ak navrhovateľ, ktorým je právnická osoba, zanikol a v konaní nepokračujú právni nástupcovia navrhovateľa, vkladové konanie je potrebné zastaviť. Proti tomuto rozhodnutiu okresného úradu je odvolanie prípustné. Dôvodom na zastavenie vkladového konania je aj odstúpenie účastníka konania od zmluvy, na základe ktorej má vzniknúť, zmeniť sa alebo zaniknúť vecné právo k nehnuteľnosti, ak k odstúpeniu došlo pred vydaním rozhodnutia o návrhu na vklad. Okresný úrad nemá právo skúmať platnosť odstúpenia od zmluvy³⁶. Právomoc skúmať platnosť odstúpenia od zmluvy prináleží len súdu. Ak účastník vkladového konania odstúpil od zmluvy pred vydaním rozhodnutia o návrhu na vklad a túto skutočnosť oznámil okresnému úradu a zároveň preukáže, že odstúpenie od zmluvy bolo zaslané druhej zmluvnej strane, okresný úrad je povinný zastaviť konanie o návrhu na vklad bez toho, aby mohol skúmať platnosť tohto odstúpenia od zmluvy. Proti tomuto rozhodnutiu okresného úradu je odvolanie prípustné.

³⁴ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Sž-o-KS 71/04 z 17. augusta 2004. Obdobne Katastrálny bulletin č. 2/2011, stanovisko k otázke č. 8.

³⁵ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 4 Sž-o-KS 62/2006 z 1. septembra 2007. In: Zo súdnej praxe 75/2007.

³⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 8 Sžo 4/2008 z 24. apríla 2008.

Vkladové konanie je ovládané dispozičnou zásadou. Nie je možné ho začať bez návrhu. Dispozičná zásada platí nielen pre začatie vkladového konania, ale aj pre jeho skončenie. Keďže vkladové konanie začína na návrh účastníka právneho úkonu, v konaní nie je možné pokračovať v prípade späťvzatia návrhu na začatie konania. Ak účastník vkladového konania vezme návrh na vklad späť a ostatní účastníci vkladového konania s tým súhlasili, okresný úrad vkladové konanie zastaví. Rozhodnutie o zastavení konania sa v tomto prípade neformálne vyznačí v spise³⁷. Proti tomuto rozhodnutiu okresného úradu nie je prípustné odvolanie. V praxi sa vyskytli prípady, keď okresné úrady nad rámec katastrálneho zákona vyžadovali úradne osvedčené podpisy účastníkov vkladového konania na späťvzatie návrhu na vklad. Ak sa podpis navrhovateľa na návrhu na vklad nemusí úradne osvedčiť, tak ani podpisy na späťvzatie návrhu nie je potrebné úradne osvedčiť.

Ak bolo prerušené konanie o návrhu na vklad z dôvodu nezaplatenia správneho poplatku a navrhovateľ správny poplatok nezaplatil v určenej lehote, je namieste zastavenie vkladového konania. Proti tomuto rozhodnutiu okresného úradu sa nemožno odvolať. Ak bolo vkladové konanie prerušené z dôvodu, že bol účastník konania vyzvaný, aby v určenej lehote predložil verejnú listinu alebo inú listinu, ktorá potvrdzuje právo k nehnuteľnosti, alebo aby odstránil nedostatky návrhu, prípadne jeho príloh a účastník konania v určenej lehote neodstránil nedostatky návrhu na vklad, prípadne jeho príloh, okresný úrad nemá zamietnuť návrh na vklad, ale je povinný vkladové konanie zastaviť³⁸. Proti tomuto rozhodnutiu je možné podať odvolanie.

Ďalším dôvodom na zastavenie vkladového konania je prekážka právoplatne rozhodnutej veci (*res iudicata*). K tejto prekážke dochádza vtedy, ak sa má v novom vkladovom konaní rozhodnúť o tej istej veci, o ktorej už raz bolo právoplatne meritórne rozhodnuté a je splnená podmienka totožnosti účastníkov a totožnosti predmetu právneho úkonu. Zastavenie vkladového konania je v tomto prípade v súlade so zásadou *ne bis in idem* (nie dvakrát o tom istom, nie dvakrát v tej istej veci). Ak bol návrh na vklad zamietnutý z dôvodu, že okresný úrad zamietol návrh na vklad, pretože zmluva neobsahovala podstatné náležitosti, právny úkon nebol urobený v predpísanej forme, prevodca nebol oprávnený nakladať s nehnuteľnosťou, prejavy vôle neboli dostatočne určité a zrozumiteľné, zmluvná voľnosť alebo právo nakladať s nehnuteľnosťou boli obmedzené, alebo zmluva odporovala zákonu, zákon obchádzala alebo sa priesičila dobrým mravom, a účastník právneho úkonu podal návrh na vklad ešte raz v tej istej veci, okresný úrad je povinný konanie o návrhu na vklad zastaviť. Proti tomuto rozhodnutiu je odvolanie prípustné. Dôvodom na zastavenie vkladového

³⁷ Ide o obdobné ustanovenie ako § 30 ods. 3 Správneho poriadku.

³⁸ Rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 3 Sp 89/2009 z 12. januára 2010.

konania je taktiež prekážka litis pendencia (prekážka skôr začatého konania). Prekážka litispendencia bráni tomu, aby nedošlo k vydaniu tzv. nezlučiteľných rozhodnutí. Okresný úrad je povinný vkladové konanie zastaviť, ak v tej istej veci koná iný príslušný okresný úrad. Proti tomuto rozhodnutiu sa nemožno odvolať. V praxi môže dôjsť k prípadu, keď iný príslušný okresný úrad koná v tej istej veci v prípade, ak predmetom zmluvy je niekoľko nehnuteľností, ktoré sa nachádzajú v územnom obvode viacerých okresných úradov a návrh na vklad bol podaný na viacerých príslušných okresných úradoch. Okresný úrad, ktorý o návrhu na vklad koná, je povinný bezodkladne upovedomiť o začatí vkladového konania dotknutý okresný úrad. Ak bol návrh na vklad v tej istej veci podaný na viacerých dotknutých okresných úradoch, takáto situácia zakladá existenciu prekážky litispendencie, v dôsledku čoho okresný úrad, ktorý začal vkladové konanie neskôr, je povinný konanie o návrhu na vklad zastaviť.

Rozhodnutie o zastavení vkladového konania je svojim charakterom procesným rozhodnutím, netýka sa však vedenia konania. Rozhodnutie o zastavení konania podlieha súdnemu preskúmvaciemu konaniu, pretože nie je predbežnej povahy a netýka sa vedenia konania³⁹. Vzhľadom na to, že rozhodnutie okresného úradu o zastavení vkladového konania, nie je meritórnym rozhodnutím, keďže nedošlo k meritórnemu prejednaniu veci, ale má iba procesný charakter, nič nebráni tomu, aby účastník podal nový návrh na vklad v prípade, ak vkladové konanie bolo zastavené napr. pre nezaplatenie správneho poplatku, pre neodstránenie nedostatkov návrhu na vklad, prípadne jeho príloh alebo ak došlo k zastaveniu konania z dôvodu späťvzatia návrhu na vklad.

Záver

V súvislosti s rozhodovaním o návrhu na vklad dochádza v aplikačnej praxi k situáciám, ktoré nie sú výslovne upravené v katastrálnom zákone. Často sa v praxi vyskytujú prípady, keď podmienky na vklad sú splnené len v časti návrhu. Vzniká otázka, či okresný úrad môže rozhodnúť o časti návrhu tak, že návrh povolí a vo zvyšnej časti návrh zamietne alebo musí o návrhu rozhodnúť v celom rozsahu. Do 31. augusta 2009 platilo, že ak podmienky pre povolenie vkladu boli splnené len v časti návrhu a ak to bolo účelné, bolo možné rozhodnúť len o časti návrhu na vklad. Vklad bolo možné povoliť len v časti napríklad vtedy, ak pri prevode vlastníctva dvoch nesúvisiacich nehnuteľností zmluva obsahovala všetky náležitosti len pri jednej nehnuteľnosti a pri druhej nehnuteľnosti podmienky pre povolenie vkladu splnené neboli, vklad bolo

³⁹ R 85/2004 (Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 2 Sž-o- KS 71/04 z 17. augusta 2004).

možné povoliť v časti návrhu. Účelné to nebolo vtedy, ak v jednej zmluve išlo o úkony na seba nadväzujúce (napríklad pri darovaní nehnuteľnosti rodičmi deťom boli splnené všetky náležitosti, avšak pri zriadení vecného bremena doživotného osobného užívania danej nehnuteľnosti v prospech rodičov podmienky pre povolenie vkladu splnené neboli). Táto situácia v súčasnosti nie je v katastrálnom zákone výslovne právne upravená. Od 1. septembra 2009 nie je možné rozhodnúť o povolení časti návrhu na vklad, a to ani vtedy, keby to bolo účelné. Bola vypustená možnosť rozhodovať o časti návrhu na vklad. Preto ak je dôvod na zamietnutie návrhu na vklad iba v časti, okresný úrad je povinný zamietnuť návrh na vklad v celom rozsahu. V súčasnosti okresný úrad, katastrálny odbor môže rozhodnúť o povolení vkladu len podľa návrhu na vklad ako celku.

Bibliografia

- Akab R., *Doručovanie v správnom konaní*. In: Justičná revue: časopis pre právnu prax, 2006, roč. 58, č. 2.
- Babčák V., *Daňová správa a daňové konanie. Komentár*. 1. vydanie, Bratislava 1998.
- Babčák O., *V. Daňové právo procesné*, Košice 2000.
- Babčák V., *Daňové (exekučné) konanie*, Bratislava 2005.
- Bujňáková M., Kanárik I., *Daňové právo v systéme práva Slovenskej republiky*. In: Notitiae novae facultatis iuridicae Universitatis Matthiae Beli neosolii, 2002, roč. 6.
- Dráčová J., Vojčík P., Barešová E., *Katastrálny zákon s porovnaním úpravy v Českej republike*, Plzeň 2012.
- Đurica M., *Konkurzné právo na Slovensku a v Európskej únii*, 3. vydanie, Bratislava 2012.
- Đurica M., *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*, Bratislava 2012
- Ficová S., Števíček M. a kol., *Občianske súdne konanie*, 1. vydanie, Praha 2010.
- Jakab R., Molitoris P., Jurko M., *Všeobecné správne konanie. 3. kapitola*. In: *Správne právo procesné*, Košice 2014.
- Kerecman P., *Zodpovednosť advokáta za škodu. 2. časť*. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2011, č. 11.
- Kotrady P., *Vplyv úmrtí účastníka právneho úkonu na řízení o povolení vkladu do katastru nemovitostí*. In: Právní rozhledy, 2007, č. 19.
- Kotrecová A., Löwy J., *Predbežné opatrenia a prekážka rei iudicatae*. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2012, roč. 18, č. 9.
- Lazar J. a kol., *Základy občianskeho hmotného práva. Druhé prepracované vydanie*, 1. zväzok, Bratislava 2004.
- Pospíšil B., *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii. Komentár*, Bratislava 2012.
- Števíček M. a kol., *Civilné právo procesné*, Bratislava 2010.
- Števíček M., Ficová, S. a kol., *Občiansky súdny poriadok. Komentár*, 1. vydanie, Praha 2009.
- Štrkolec M., *Predbežné opatrenia v správe daní*. In: Justičná revue: časopis pre právnu prax, 2012, roč. 64, č. 10.
- Štrkolec M., *Zabezpečovacie inštitúty v správe daní*. In: Právo – obchod – ekonomika: zborník vedeckých prác, Košice 2011.
- Vojčík P. a kol., *Občianske právo hmotné*, Plzeň 2012.
- Vrcha P., *Katastrální (a související) judikatura*, 2. vydání. Praha–Bratislava 2007.

Streszczenie

Autor analizuje kwestię wpisania praw do katastru nieruchomości przez instytucję wpisu, jeżeli prawa do nieruchomości powstały, zostały zmienione lub wygasły na podstawie umowy. W artykule zwrócono uwagę na przebieg postępowania sądowego w tym zakresie. Celem artykułu jest analiza ustawodawstwa dotyczącego katastru nieruchomości oraz orzecznictwa sądów powszechnych i organów katastralnych.

Słowa kluczowe: wpis do księgi wieczystej, nieruchomość, katastr nieruchomości, Republika Słowacka

INSERT TO THE CADASTRE OF REAL ESTATES OF THE SLOVAK REPUBLIC (DECISION ON PROPOSAL FOR INSERT)

Summary

Author in the article entitled “Insert to the Cadastre of real estates of the Slovak republic (decision on 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 desion in insert proceedings. 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.

Keywords: Insert to the Cadastre, real estates, the Cadastre, the Slovak republic

Milan Sudzina

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach
ORCID: 0000-0001-9038-8018

**INSOLVENČNÉ KONANIA TÝKAJÚCE SA ČLENOV
SKUPINY SPOLOČNOSTÍ****Úvod**

Dňa 20. mája 2015 bolo prijaté nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2015/848 z o insolvenčnom konaní (prepracované znenie) (U. v. EU L 141, 5. 6. 2015, s. 19) (ďalej len „Nariadenie“ alebo „Nariadenie o insolvenčnom konaní“). Toto nariadenie obsahuje úpravu insolvenčného konania s cudzím prvkom vo vzťahu k členským štátom Európskej únie (ďalej len „Únia“) s výnimkou Dánska (ďalej len „členský štát“). Nariadenie je priamo uplatniteľné a záväzné vo všetkých členských štátoch. Cieľom tohto článku je analyzovať právnu úpravu podľa Nariadenia o insolvenčnom konaní vzťahujúcu sa na insolvenčné konania týkajúce sa členov skupiny spoločností v členských štátoch Európskej únie. Táto právna úprava je reakciou na narastajúce množstvo insolvenčných konaní nadnárodných obchodných spoločností¹. Účelom novej právnej úpravy je zabezpečenie efektívneho vedenia insolvenčných konaní týkajúcich sa materskej spoločnosti a dcérskych spoločností, ktoré sa častokrát nachádzajú v rôznych členských štátoch². Tieto obchodné spoločnosti tvoria tzv. skupinu spoločností³. Nariadenie považuje za skupinu spoločností materský podnik a všetky jeho dcérske podniky, pričom pod materským podnikom sa rozumie podnik, ktorý kontroluje, a to priamo alebo nepriamo, jeden alebo viaceré dcér-

¹ M. Menjucq, R. Damman, *Regulation No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings; Facing the Companies Group Phenomenon*. In: *Business Law International*, 2008, roč. 9, č. 2, s. 145.

² P.J.F. Bernardo, *Cross-border Insolvency and the Challenges of the Global Corporation: Evaluating Globalization and Stakeholder Predictability through the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and the European Union Insolvency Regulation*. In: *Ateneo Law Journal*, 2012, roč. 50, s. 799.

³ K. Rainey, *The European Insolvency Regulation and the Treatment of Group Companies: An Analysis*. In: *International Corporate Rescue*, 2006, č. 3, s. 322.

ske podniky. Materským podnikom je podnik, ktorý vypracúva konsolidovanú účtovnú závierku podľa smernice Európskeho parlamentu a Rady 2013/34/EÚ 2013/34/EÚ z 26. júna 2013 o ročných účtovných závierkach, konsolidovaných účtovných závierkach a súvisiacich správach určitých druhov podnikov, ktorou sa mení smernica Európskeho parlamentu a Rady 2006/43/ES a zrušujú smernice Rady 78/660/EHS a 83/349/EHS (Ú. v. EÚ L 182, 29.6.2013, s. 19).

V súvislosti s riešením koncernovej insolvencie vzniká otázka, či úpadok členov skupiny spoločností má byť riešený v jednom insolvenčnom konaní podľa sídla materskej spoločnosti alebo vo viacerých samostatných insolvenčných konaniach, ktoré budú vedené voči jednotlivým členom skupiny. Keďže jednotlivé spoločnosti patriace do rovnakej skupiny majú právnu subjektivitu, v dôsledku toho úpadok všetkých členov skupiny spoločností nemá byť riešený v jednom insolvenčnom konaní, ale vo viacerých samostatných insolvenčných konaniach v členských štátoch, kde majú členovia skupiny centrum svojich hlavných záujmov („COMI“ – skratka z anglického „centre of main interests“). Tento záver vyplýva z rozhodnutia Súdneho dvora vo veci Eurofood⁴. Aj keď je úpadok každého člena skupiny spoločností riešený v samostatnom insolvenčnom konaní, pre úspešný priebeh týchto konaní Nariadenie stanovuje procesné pravidlá upravujúce vzájomnú spoluprácu a komunikáciu správcov a súdov a koordináciu insolvenčných konaní vzťahujúcich sa na členov skupiny. Nariadenie o insolvenčnom konaní zavádza nové konanie, ktorým je koordinačné konanie na úrovni skupiny spoločností.

Vzájomná spolupráca správcov a insolvenčných súdov

Ak sú začaté v rôznych členských štátoch insolvenčné konania v súvislosti s niekoľkými spoločnosťami patriacimi do rovnakej skupiny spoločností, správcovia a súdy majú medzi sebou úzko spolupracovať s cieľom nájdania takého riešenia, ktoré by viedlo k posilneniu efektívnosti vedenia všetkých súvisiacich konaní, aby sa dosiahlo ozdravenie skupiny spoločností alebo došlo k takému speňaženiu majetku, aby veritelia boli uspokojení v čo najväčšom rozsahu.⁵ Ak sa insolvenčné konanie týka dvoch alebo viacerých členov skupiny spoločností, správcovia ustanovení v týchto insolvenčných konaniach sú povinní medzi sebou navzájom spolupracovať⁶. V prípade, že je tu pravdepodobnosť úspešnej reštrukturalizácie, správcovia majú uskutočniť všetky kroky smerujúce k vypracovaniu návrhu koordinovaného reštrukturalizačného plánu. Správcovia sú povinní oznamovať si všetky informácie, ktoré sú podstatné pre efektívne

⁴ Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) vo veci C-341/04 - Eurofood IFSC z 2. mája 2006, Zb. s. I-3813, ECLI:EU:C:2006:281, body 36 a 37.

⁵ J. Goldring, J. Perry, *Mutual co-operation in multinational insolvencies – approach of the English courts*. In: *Insolvency Law & Practice*, 2000, s. 110.

⁶ P.J.F. Bernardo, *Cross-border...*, s. 799.

vedenie insolvenčných konaní týkajúcich sa jednotlivých členov skupiny spoločností. Správca, ktorý bol ustanovený v insolvenčnom konaní, ktoré sa vzťahuje na člena skupiny spoločností, má právo zúčastniť sa schôdze veriteľov a byť vypočutý v akomkoľvek inom insolvenčnom konaní vedenom voči inému členovi tej istej skupiny spoločností.

Správca je oprávnený žiadať informácie a pomoc v insolvenčnom konaní, ktoré sa vzťahuje na iného člena skupiny, od súdu, na ktorý bol podaný návrh na začatie insolvenčného konania, ktorý sa týka iného člena tej istej skupiny. Súd, ktorý začal insolvenčné konanie týkajúce sa dvoch alebo viacerých členov skupiny spoločností má spolupracovať s akýmkoľvek insolvenčným súdom iného členského štátu, na ktorý bol podaný návrh na začatie insolvenčného konania týkajúceho sa iného člena tej istej skupiny. Vzájomná spolupráca správcov a súdov je nevyhnutná pre efektívne vedenie insolvenčných konaní týkajúcich sa členov skupiny spoločností.

V praxi môže dôjsť k situácii, že je navrhnutý reštrukturalizačný plán, ktorý sa týka niekoľkých členov skupiny spoločností, a v niektorom insolvenčnom konaní týkajúcom sa člena skupiny spoločností, ktoré nie je zaradené do koordinačného konania, dochádza k procesu speňažovania majetku podliehajúceho insolvenčnému konaniu.⁷ Ak možno opodstatnene predpokladať, že reštrukturalizačný plán bude úspešný, vykonanie opatrenia súvisiaceho s realizáciou speňažovania majetku patriaceho do majetkovej podstaty by mohlo ohroziť zdarné uskutočnenie tohto reštrukturalizačného plánu. V takomto prípade správca, ktorý bol ustanovený v insolvenčnom konaní, ktoré sa vzťahuje na člena skupiny spoločností, má právo v inom insolvenčnom konaní, ktoré sa vedie vo vzťahu k inému členovi tej istej skupiny spoločností, na ktorého sa nevzťahuje koordinačné konanie na úrovni skupiny, podať návrh na povolenie odkladu akéhokoľvek opatrenia týkajúceho sa procesu speňažovania majetku patriaceho do majetkovej podstaty⁸. Súd môže rozhodnúť o odklade najviac na tri mesiace. Túto dobu je možné predĺžiť. Dĺžka odkladu vrátane predĺženia nesmie presiahnuť celkovo 6 mesiacov.

Začatie koordinačného konania

Za účelom zabezpečenia uľahčenia a zefektívnenia vedenia insolvenčných konaní vzťahujúcich sa na členov skupiny spoločností má správca oprávnenie podať návrh na začatie koordinačného konania na úrovni skupiny⁹. Cieľom tohto

⁷ P.H. Conac, *Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level*. In: *European Company and Financial Law Review*, 2013, č. 10, s. 194.

⁸ R. Galen, *The Recast Insolvency Regulation and Groups of Companies*. In: Parry, R. Omar, P. Reimagining Rescue. Nottingham–Paris 2016, s. 53–68.

⁹ E. Nietzer, *Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies*. In: *International Insolvency Law Review*, 2012, roč. 3, č. 4, s. 491.

nového inštitútu nie je len zjednodušenie spravovania záležitostí členov skupiny spoločností v insolvenčnom konaní, ale aj vytvorenie možnosti pre koordinovanú reštrukturalizáciu členov tej istej skupiny obchodných spoločností, ktorá umožní proces ich úspešného ozdravenia, a nie iba výhodnejšie speňaženie majetku patriaceho do majetkovej podstaty¹⁰. Ktorýkoľvek správca, ktorý bol ustanovený v insolvenčnom konaní vzťahujúcom sa na člena skupiny spoločností, je oprávnený podať návrh na začatie koordinačného konania na úrovni skupiny spoločností. Správcovia ustanovení v insolvenčných konaniach týkajúcich sa členov tej istej skupiny majú možnosť dohodnúť sa, ktorý súd bude mať právomoc na začatie koordinačného konania. Ak sa správcovia nedohodnú, ktorý súd bude mať právomoc, návrh na začatie koordinačného konania sa môže podať na ktoromkoľvek súde, ktorý má právomoc vzťahujúcu sa na začatie insolvenčného konania člena skupiny spoločností.¹¹

Súd, na ktorý bol podaný na začatie koordinačného konania, je povinný najprv preveriť, či je tu predpoklad, že začatie koordinačného konania povedie k uľahčeniu vedenia insolvenčných konaní vzťahujúcich sa na členov skupiny spoločností a či žiaden veriteľ insolvenčného konania vzťahujúceho sa na člena skupiny, ktorý sa má zúčastniť na koordinačnom konaní, nebude zaradením do procesu koordinácie finančne znevýhodnený.¹² Zároveň musí preskúmať, či osoba navrhovaná za koordinátora spĺňa všetky požiadavky stanovené Nariadením o insolvenčnom konaní.

Námietky a rozhodnutie súdu o začatí koordinačného konania

Koordinačné konanie na úrovni skupiny má mať dobrovoľný charakter.¹³ Účasť v koordinačnom konaní nemožno nanútiť správcom ustanoveným v insolvenčných konaniach týkajúcich sa členov skupiny spoločností. Preto Nariadenie o insolvenčnom konaní umožňuje správcom, na ktorých sa vzťahuje návrh na začatie koordinačného konania, vzniesť v stanovenej lehote námietku. Námietku je možné vzniesť v dvoch prípadoch. V prvom prípade správca môže namietat' proti zaradeniu insolvenčného konania, v ktorom bol ustanovený do funkcie správcu, do koordinačného konania. Podanie tejto námietky má za

¹⁰ I. Mevorach, *The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group facing Insolvency*. In: Norton Annual Review of International Insolvency, 2009, s. 89.

¹¹ B. Wessels, *International Jurisdiction and Groups of Companies*. In: A. Verweij, B. Wessels, *Comparative and International Insolvency Law. Central Themes and Thoughts*. Nottingham–Paris 2010, s. 16–21.

¹² H. Hirte, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*. In: European Company and Financial Law Review, 2008, s. 213.

¹³ R. Galen, *The Recast...*, s. 53–68.

následok, že toto insolvenčné konanie nebude zaradené do koordinačného konania¹⁴. V druhom prípade môže správca namietať osobu koordinátora, pokiaľ ide o jeho kvalifikačné predpoklady alebo konflikt záujmov voči členom skupiny, veriteľom členov skupiny alebo správcom členov skupiny. V tomto prípade súd po zvážení dôvodov uvedených v námietke môže námietke vyhovieť a nevymenuje navrhovanú osobu za koordinátora. Námietky sa podávajú na súde, ktorý zaslal správcovi oznámenie o podanom návrhu na začatie koordinačného konania. Lehota na podanie námietok je 30 dní. Začiatok lehoty sa počíta, odkedy bolo oznámenie o podanom návrhu na začatie koordinačného konania na úrovni skupiny doručené správcovi¹⁵. Námietku je možné podať prostredníctvom štandardného formulára.

Rozhodnúť o začatí koordinačného konania je možné až po uplynutí lehoty na podanie námietok. Rozhodnutie je možné vydať vtedy, ak

- a) začatie koordinačného konania povedie k zefektívneniu vedenia insolvenčných konaní vzťahujúcich sa na členov skupiny spoločností,
- b) veritelia žiadneho člena skupiny spoločností nebudú v dôsledku zaradenia do koordinačného konania finančne znevýhodnení a
- c) osoba navrhovaná za koordinátora spĺňa predpoklady na výkon tejto funkcie vyžadované ustanovením článku 71 Nariadenia.

Rozhodnutie je možné vydať, ak sú vyššie uvedené podmienky všetky splnené kumulatívne. Zaradenie do koordinačného konania sa môže uskutočniť aj dodatočne. Nariadenie o insolvenčnom konaní umožňuje správcovi, ktorého insolvenčné konanie nebolo v dôsledku podania námietky zaradené do koordinačného konania, dodatočne podať návrh na zaradenie do koordinačného konania.¹⁶ Ďalším dôvodom, pre ktorý môže správca po rozhodnutí súdu o začatí koordinačného konania dodatočne podať návrh na zaradenie do koordinačného konania, je ak insolvenčné konanie vzťahujúce sa na člena skupiny začalo až následne po začatí koordinačného konania na úrovni skupiny. O návrhu na zaradenie do koordinačného konania nerozhoduje súd, ktorý začal koordinačné konanie na úrovni skupiny, ale koordinátor¹⁷. V prípade zamietavého rozhodnutia je možné proti nemu podať opravný prostriedok.

¹⁴ I. Mevorach, *The new proposed regime for EU corporate groups in insolvency: a critical note*. In: *Corporate Rescue and Insolvency*, 2013, roč. 6, s. 89.

¹⁵ A. Merlini, *Reorganisation and Liquidation of Groups of Companies: Creditors' Protection vs. Going Concern Maximisation, the European Dilemma, or simply a Misunderstanding in the light of the new EU Insolvency Regulation No. 2015/848*. In: *International Insolvency Law Review*, 2016, č. 2, s. 119.

¹⁶ F. Mucciarelli, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo*. In: *European Company and Financial Law Review*, 2016, roč. 13, č. 1, s. 1–30.

¹⁷ P.H. Conac, *Director's Duties...*, s. 194.

Právomoci koordinátora v koordinačnom konaní

Koordinátor riadi proces koordinačného konania na úrovni skupiny spoločností¹⁸. Nariadenie o insolvenčnom konaní definuje koordinátora ako osobu, ktorá je podľa práva niektorého členského štátu spôsobilá konať ako správca¹⁹. Za koordinátora nie je možné navrhnúť osobu, ktorá bola vymenovaná za správcu v insolvenčnom konaní niektorého člena skupiny. Koordinátor má byť nestranný. U koordinátora nemôže ísť o konflikt záujmov voči správcom ustanoveným do funkcie v insolvenčnom konaní, ktoré sa vzťahuje na člena skupiny, voči veriteľom členov skupiny a ani vo vzťahu k jednotlivým členom skupiny spoločností²⁰.

Právomoc koordinátora sa nevzťahuje na tých členov skupiny spoločností, ktorí sa nezúčastňujú koordinačného konania. Koordinátor má niektoré obdobné oprávnenia ako správca v hlavnom insolvenčnom konaní.²¹ Podobne ako správca v hlavnom insolvenčnom konaní aj koordinátor má právo účasti na schôdzi veriteľov každého člena skupiny spoločností, má právo zúčastniť sa a byť vypočutý v akomkoľvek konaní týkajúcom sa člena skupiny spoločností a právo požadovať informácie od správcov, ktorí boli ustanovení v insolvenčnom konaní vzťahujúcom sa na člena skupiny spoločností, ktoré sú relevantné pre stanovenie ďalšieho postupu v rámci koordinačného konania²². Taktiež správcovia sú povinní oznamovať koordinátorovi všetky informácie, ktoré sú relevantné pre plnenie koordinačného plánu na úrovni skupiny spoločností. Koordinátor a správcovia v insolvenčných konaniach týkajúcich sa členov skupiny, majú navzájom spolupracovať za účelom riadneho plnenia koordinačného plánu na úrovni skupiny spoločností²³.

Koordinátor podobne ako správca hlavného insolvenčného konania má právo podať návrh na prerušenie konania súvisiaceho s členom skupiny spoločností.²⁴ Súd môže konanie prerušiť, ak sú splnené dve kumulatívne podmienky. Prvou podmienkou je, že navrhované prerušenie konania je nevyhnutné pre úspešné vykonanie koordinačného plánu na úrovni skupiny spoločností. Zároveň

¹⁸ M. Menjucq, R. Damman, *Regulation No. 1346/2000...*, s. 145.

¹⁹ R. Galen, *International groups of insolvent companies in the European Community*. In: *International Insolvency Law Review*, 2012, č. 3, s. 376.

²⁰ P.H. Conac, *Director's Duties...*, s. 194.

²¹ R. Galen, *Revision of the European Insolvency Regulation. Proposals by INSOL Europe*, Nottingham 2012, s. 96

²² J. Goldring, J. Perry, *Mutual co-operation...*, s. 110.

²³ E. Inacio, *Regulating the Profession of Insolvency Practitioner in the European Union*. In: B. Wessels, P. Omar, *The European Insolvency Regulation: An Update*. Nottingham–Paris 2010, s. 95–110.

²⁴ R. Galen, *International groups...*, s. 376.

musí byť splnená druhá podmienka, že navrhované prerušenie bude v prospech veriteľov zúčastnených na tomto konaní²⁵. Konanie, ktoré začalo v súvislosti s členom skupiny spoločností môže byť prerušené najviac na obdobie šesť mesiacov.

Jednou z hlavných úloh koordinátora je navrhovanie koordinačného plánu na úrovni skupiny spoločností.²⁶ Vzhľadom na to, že nie všetky otázky týkajúce sa koordinačného konania sú upravené v koordinačnom pláne, koordinátor môže za účelom koordinovaného vedenia insolvenčných konaní týkajúcich sa člena skupiny spoločností navrhovať odporúčania.²⁷ Priebeh koordinačného konania sa spravuje vypracovaným koordinačným plánom a odporúčaniami koordinátora, ktoré slúžia na vykonanie koordinačného plánu.²⁸ Koordináčny plán má obsahovať definovanie opatrení, ktorých uskutočnenie je potrebné na riešenie úpadku členov skupiny spoločností. Koordináčny plán nie je záväzný pre správcov jednotlivých členov skupiny spoločností, ktoré boli zaradené do koordinačného konania.²⁹ Koordináčny plán má pre správcov iba odporúčací charakter. V prípade neplnenia koordinačného plánu alebo odporúčaní, je správca povinný oznámiť dôvody, ktoré ho viedli k ich neplneniu, orgánom, ktorým je podľa svojho vnútroštátneho práva povinný podávať správy (napr. veriteľskému výboru), a taktiež aj koordinátorovi.

Trovy v insolvenčných konaniach týkajúcich sa členov skupiny

Vzájomná spolupráca a komunikácia v rámci insolvenčných konaní týkajúcich sa členov skupiny spoločností a vedenie koordinačného konania na úrovni skupiny si vyžaduje riešenie otázky platenia a náhrady s tým spojených trov. Náklady na spoluprácu a komunikáciu medzi správcami navzájom, insolvenčnými súdmi navzájom a správcami a insolvenčnými súdmi v insolvenčných konaniach týkajúcich sa členov skupiny spoločností, sa považujú za trovy príslušného insolvenčného konania³⁰.

V rámci koordinačného konania na úrovni skupiny spoločností Nariadenie o insolvenčnom konaní obsahuje úpravu týkajúcu sa odmeny koordinátora, nákladov na vedenie koordinačného konania a riešenie rozdelenia ich náhrady medzi jednotlivých členov skupiny spoločností. Náklady na vedenie koordinačného konania na úrovni skupiny majú byť primerané a odôvodnené³¹. Roz-

²⁵ F. Mucciarelli, *Private International Law Rules...*, s. 1–30.

²⁶ I. Mevorach, *The new proposed regime...*, s. 89.

²⁷ A. Merlini, *Reorganisation...*, s. 119.

²⁸ M. Menjucq, R. Damman, *Regulation No. 1346/2000...*, s. 145.

²⁹ I. Mevorach, *The new proposed regime...*, s. 89.

³⁰ R. Galen, *International groups...*, s. 376.

³¹ I. Mevorach, *The new proposed regime...*, s. 89.

hodnutie o začatí koordinačného konania obsahuje vo výrokovej časti údaj o výške odhadovaných nákladov koordinačného konania a o podiele, ktorý majú jednotliví členovia skupiny spoločností znášať. Ak koordinátor predpokladá, že v porovnaní s odhadom nákladov v čase začatia koordinačného konania si výkon funkcie koordinátora vyžiada podstatné zvýšenie nákladov, je povinný to oznámiť jednotlivým správcovi členov skupiny spoločností, ktorí sa zúčastňujú koordinačného konania. Zároveň je koordinátor povinný vopred si vyžiadať schválenie súdu, ktorý začal koordinačné konanie na úrovni skupiny. Podstatné zvýšenie nákladov predstavuje 10 % oproti pôvodne odhadovanej sume. Výška nákladov na koordinačné konanie a podielu týchto nákladov, ktorý majú znášať jednotliví členovia skupiny spoločností, na ktorých sa vzťahuje koordinačné konanie, sa majú určiť na základe vnútroštátneho práva členského štátu, v ktorom sa začalo koordinačné konanie³². Odmena koordinátora má byť adekvátne a má zodpovedať splneným povinnostiam a zohľadňovať aj primerané výdavky, ktoré koordinátor pri plnení svojich úloh v rámci koordinačného konania vynaložil. Na konci koordinačného konania na úrovni skupiny má koordinátor vypracovať záverečný výkaz nákladov na koordinačné konanie, proti ktorému môžu zúčastnení správcovia podať námietky³³. Ak námietky nebudú podané, záverečný výkaz sa považuje za schválený. Záverečný výkaz sa predkladá na potvrdenie súdu. Ak sú proti záverečnému výkazu podané námietky, rozhodne o nich súd, ktorý začal koordinačné konanie.

Návrhy de lege ferenda

Z ustanovení Nariadenia o insolvenčnom konaní týkajúcich sa koordinačného konania na úrovni skupiny spoločností vyplýva, že koordinačné konanie má dobrovoľný charakter. Vyplýva to zo skutočnosti, že ak správca ustanovený v insolvenčnom konaní, na ktoré sa vzťahuje návrh na začatie koordinačného konania, vznesie námietku proti zaradeniu do koordinačného konania na úrovni skupiny spoločností, toto insolvenčné konanie sa do koordinačného konania nezaradí. Naďalej považujeme za vhodné ponechanie dobrovoľného charakteru koordinačného konania. Avšak ak nebola správcovi vznesená námietka proti zaradeniu do koordinačného konania na úrovni skupiny, ustanovenie Nariadenia o odporúčanom charaktere koordinačného plánu (článok 70 odsek 2 Nariadenia) by sa do budúcnosti malo zmeniť tak, že koordinačný plán by mal mať záväzný (nie iba odporúčací) charakter pre členov, ktorí sú zaradení do koordinačného

³² G.J. Boon, *Promoting Business Rescue in Europe*. In: *International Insolvency Law Review*, 2016, roč. 7, č. 1, s. 1.

³³ P.H. Conac, *Director's Duties...*, s. 194.

konania na úrovni skupiny spoločností z dôvodu, aby sa nezmaril účel koordinácie, ktorým je spoločný postup v rámci dosiahnutia ozdravenia skupiny spoločností. V prípade nesúhlasu niektorého zo zúčastnených správcov s koordináčnym plánom, by bolo možné podať námietky na súd, ktorý rozhodol o začatí koordináčného konania.

Z článku 56 a nasl. Nariadenia vyplýva, že nie je obmedzená možnosť, aby v rámci právomoci súdov jedného členského štátu začali insolvenčné konania, ktoré sa týkajú viacerých spoločností patriacich do rovnakej skupiny, ak sa preukáže, že centrum hlavných záujmov spoločností sa nachádza v tom istom členskom štáte. Zákon č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o konkurze a reštrukturalizácii“) je možné novelizovať tak, aby správcovia v týchto konaniach neboli vyberaní na základe náhodného výberu pomocou technických a programových prostriedkov schválených ministerstvom spravodlivosti, ale aby bolo možné pre všetky insolvenčné konania týkajúce sa členov tej istej skupiny spoločností ustanoviť toho istého správcu.

Z článku 61 odsek 1 a 2 Nariadenia vyplýva, že správca ustanovený v insolvenčnom konaní týkajúcom sa člena skupiny spoločností, môže podať návrh na začatie koordináčného konania. V rámci toho je možné do zákona o konkurze a reštrukturalizácii doplniť ustanovenie v tom zmysle, že podmienkou pre podanie takéhoto návrhu je predchádzajúci súhlas veriteľského výboru alebo súdu na podanie tohto návrhu.

Zákon o konkurze a reštrukturalizácii môže podrobnejšie upraviť spoluprácu a vzájomnú komunikáciu, práva a povinnosti koordinátora a správcov v insolvenčných konaniach zaradených do koordináčného konania na úrovni skupiny a zakotviť podrobnosti o skončení funkcie koordinátora. Okrem odvolania koordinátora súdom, ktoré je výslovne upravené v Nariadení o insolvenčnom konaní, je dôvodom zániku funkcie koordinátora aj vzdanie sa funkcie, smrť koordinátora alebo skončenie insolvenčných konaní zaradených do koordináčného konania. Zákon o konkurze a reštrukturalizácii môže upraviť, že správca je povinný podať návrh na odvolanie koordinátora, ak o tom rozhodne schôdza veriteľov alebo veriteľský výbor.

Záver

V súvislosti so zväčšujúcim sa vplyvom nadnárodných spoločností bude právna úprava insolvenčných konaní vedených voči subjektom, ktoré sú vzájomne personálne alebo majetkovo prepojené, čoraz viac nadobúdať na dôležitosť. S ohľadom na konkurenciu právnych poriadkov viacerých štátov

a veľké vzájomné rozdiely medzi týmito právnymi poriadkami nie je možné zavedenie jedného insolvenčného konania pre všetkých členov skupiny spoločností. Preto je v týchto samostatných konaniach do budúcnosti nevyhnutná vzájomná spolupráca a komunikácia medzi správcami ustanovenými pre jednotlivých členov skupiny, ktorá sa musí realizovať s cieľom zabezpečenia efektívneho vedenia insolvenčných konaní týkajúcich sa materskej spoločnosti a dcérskych spoločností, ktoré sa častokrát nachádzajú v rôznych členských štátoch. Je možné konštatovať, že zavedenie koordinačného konania predstavuje významný prínos pri riešení koncernovej insolvencie, najmä s ohľadom na snahu jej riešenia prostredníctvom uprednostnenia reštrukturalizácie pred konkurzným konaním, ktoré má likvidačný charakter. Nová právna úprava prispeje k poskytnutiu druhej šance pre životaschopné subjekty patriace so skupiny spoločností, ktoré sa dostali do finančných ťažkostí.

Bibliografia

- Bernardo P.J.F., *Cross-border Insolvency and the Challenges of the Global Corporation: Evaluating Globalization and Stakeholder Predictability through the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and the European Union Insolvency Regulation*, In: Ateneo Law Journal, 2012, roč. 50.
- Bon G.J., *Promoting Business Rescue in Europe*. In: International Insolvency Law Review, 2016, roč. 7, č. 1.
- Conac P.H., *Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level*. In: European Company and Financial Law Review, 2013, č. 10.
- Galen R., *International groups of insolvent companies in the European Community*. In: International Insolvency Law Review, 2012, č. 3.
- Galen R., *Revision of the European Insolvency Regulation. Proposals by INSOL Europe*, Nottingham 2012.
- Galen R., *The Recast Insolvency Regulation and Groups of Companies*. In: R. Parry, P. Omar, *Reimagining Rescue*, Nottingham, Paris 2016.
- Goldring, J., Perry, J. Mutual co-operation in multinational insolvencies – approach of the English courts. In: Insolvency Law & Practice, 2000.
- Hirte H., *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*. In: European Company and Financial Law Review, 2008.
- Inacio E., *Regulating the Profession of Insolvency Practitioner in the European Union*. In: B. Wessels, P. Omar, *The European Insolvency Regulation: An Update*, Nottingham–Paris 2010.
- Menjucq M., Damman R., *Regulation No. 1346/2000 on Insolvency Proceedings; Facing the Companies Group Phenomenon*. In: Business Law International, 2008, roč. 9, č. 2.
- Merlini, A., *Reorganisation and Liquidation of Groups of Companies: Creditors' Protection vs. Going Concern Maximisation, the European Dilemma, or simply a Misunderstanding in the light of the new EU Insolvency Regulation No. 2015/848*. In: International Insolvency Law Review, 2016, č. 2.
- Mevorach I., *The 'Home Country' of a Multinational Enterprise Group facing Insolvency*. In: Norton Annual Review of International Insolvency, 2009.

- Mevorach I., *The new proposed regime for EU corporate groups in insolvency: a critical note*. In: Corporate Rescue and Insolvency 2013, roč. 6.
- Mucciarelli F., *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A Reform or a Restatement of the Status Quo*. In: European Company and Financial Law Review, 2016, roč. 13, č. 1.
- Nietzer E., *Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies*. In: International Insolvency Law Review, 2012, roč. 3, č. 4.
- Rainey K., *The European Insolvency Regulation and the Treatment of Group Companies: An Analysis*. In: International Corporate Rescue, 2006, č. 3.
- Wessels B., *International Jurisdiction and Groups of Companies*. In: A. Verweij, B. Wessels, *Comparative and International Insolvency Law. Central Themes and Thoughts*, Nottingham–Paris 2010.

Streszczenie

Autor analizuje wybrane zagadnienia dotyczące transgranicznych skutków postępowań upadłościowych przeciwko członkom grupy spółek na mocy rozporządzenia (UE) 2015/848 Parlamentu Europejskiego oraz Rady z 20 maja 2015 r. w sprawie postępowania upadłościowego (przekształcenie). Autor zajmuje się podstawowymi zasadami, które mają zastosowanie w praktyce postępowania upadłościowego spółek wielonarodowych. Analizuje problemy, które występują w praktyce, na końcu artykułu formułuje sugestie *de lege ferenda*. Celem artykułu jest analiza specyfiki postępowania upadłościowego członków grupy spółek w państwach członkowskich Unii Europejskiej na mocy europejskiego rozporządzenia w sprawie niewypłacalności (przekształcenie).

Słowa kluczowe: postępowanie upadłościowe, grupy spółek, przekształcenie, Unia Europejska

INSOLVENCY PROCEEDINGS OF MEMBERS OF A GROUP OF COMPANIES

Summary

The author in the article entitled “Insolvency proceedings of members of a group of companies” analyses selected issues relating to the cross-border effects of insolvency proceedings against members of a group of companies under the Regulation (EU) 2015/848 of the European parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast). The author deals with the fundamental rules which are applicable in the practice of insolvency proceedings of multinational companies. The author also refers to the related possible problems which occurs in the application practice and at the end of the article formulates suggestions *de lege ferenda*. The aim of the article is to analyse the specificities relating to insolvency proceedings of members of group of companies in the Member States of the European Union under the European insolvency regulation (recast).

Keywords: Insolvency proceedings, group of company, recast, European Union

ARTYKUŁY RECENZYJNE

Grzegorz MarońUniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-3861-9103**ARTYKUŁ RECENZYJNY: BRIAN LEITER, *WHY TOLERATE RELIGION?*, PRINCETON UNIVERSITY PRESS, PRINCETON 2013, SS. 187****Wprowadzenie**

W recenzowanej książce podjęto próbę odpowiedzi na kilka pytań istotnych dla współczesnej myśli filozoficznej i prawnej. Czy istnieje moralne uzasadnienie szczególnego traktowania religii, w którym swoje umocowanie miałyby znana państwom liberalnym praktyka akomodacji religijnych przekonań na gruncie prawa? Czy zasadnie prawodawca lub judykatura godzą się, aby osoby wierzące mogły uchylić się od obowiązującego prawa sprzecznego z ich religijnym sumieniem w sytuacji, gdy analogicznej możliwości nie przewiduje się dla osób, którym świecki światopogląd nie pozwala na wierność temu samemu prawu? Czy religia z racji swej wyjątkowości powinna cieszyć się tolerancją, czy też tolerancja jednakowo odnosi się do tak samo wartościowych religijnych i świeckich roszczeń sumienia? Jeśli zaś sumienie *in generale*, a nie tylko to religijne, zasługuje na tolerancję, to czy prawodawca powinien zwalniać z obowiązku przestrzegania prawa w każdym przypadku, gdy budzi ono sprzeciw sumienia u adresata?

Postać autora książki, prof. Briana Leitera – wykładowcy na University of Chicago Law School i „jednego z najbardziej wpływowych filozofów prawa naszych czasów”¹ – każe spodziewać się rzetelnego i wnikliwego ustosunkowania się do postawionych w recenzowanej publikacji kwestii.

¹ R. Bradley Kar, *Brian Leiter, Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (review), „Notre Dame Philosophical Reviews” 2009, July, <http://ndpr.nd.edu/news/naturalizing-jurisprudence-essays-on-american-legal-realism-and-naturalism-in-legal-philosophy/> (5.05.2018).

Why Tolerate Religion? stanowi rozwinięcie i uszczegółowienie wcześniejszego artykułu naukowego Leitera o tym samym tytule². Książka ta nie jest jednak ostatnim słowem Autora w przedmiocie moralnego uzasadnienia akomodacji religijnych przekonań na gruncie prawa. Po jej wydaniu Leiter opublikował kilka odpowiedzi na krytyczne uwagi komentatorów *Why Tolerate Religion?*, w których nie tylko polemizuje ze swoimi adwersarzami, ale także precyzuje i wyjaśnia tezy postawione w książce³. Pomocniczo te apologetyczno-klaryfikacyjne wypowiedzi Leitera również będą przywoływane w ramach niniejszej recenzji.

Tolerancja jako akomodacja przekonań sumienia w prawie

W rozdziale pierwszym Leiter wyjaśnia pojęcie tolerancji, odróżniając ją od neutralności, obojętności czy pragmatycznego kompromisu. Tolerancję definiuje jako sytuację, w której jedna dominująca grupa znosi nieakceptowane przekonania i praktyki innej grupy – postrzegając je jako złe, błędne, niepożądane – pomimo tego, że dysponuje środkami pozwalającymi jej na skuteczne powstrzymanie czy zmianę tych przekonań i praktyk. Przedmiotem jego rozważań jest tylko tzw. zasadnicza tolerancja (*principled toleration*), czyli tolerancja, za którą przemawiają racje moralne i epistemiczne. Uzasadnienie moralne tolerancji może przybrać formę deontologiczną (kantowską) lub utylitarną. Przykładem racji deontologicznej jest kontraktualistyczny argument Johna Rawlsa odwołujący się do zasady równej wolności. Różne koncepcje utylitarystyki prowadzą się natomiast do postulatu maksymalizacji ludzkiej pomyślności. Z kolei wywodzony od Johna Stuarta Milla argument epistemiczny głosi, że poznanie prawdy jest możliwe tylko wtedy, gdy różne przekonania i odpowiadające im zachowania – także te błędne – są dozwolone w społeczeństwie. Styczność z wieloma sposobami myślenia i życia wzbogaca naszą wiedzę i doświadczenie, umożliwiając tym samym podjęcie decyzji, jak najlepiej ułożyć własne życie. Popelnianie błędów w poszukiwaniu prawdy nie jest więc bezwartościowe. Tolerancja ma jednak swoje granice, które dla Milla wyznacza tzw. zasada krzywdy⁴, a dla Rawlsa zagrożenie dla porządku publicznego i wolności przewyższające szkody

² B. Leiter, *Why Tolerate Religion*, „Constitutional Commentary” 2008, no. 25, s. 1–27.

³ B. Leiter, *Preface to the paperback edition of Why Tolerate Religion?*, Princeton 2014, s. IX–XVI; *idem*, *Reply to Five Critics of Why Tolerate Religion?*, „Criminal Law and Philosophy” 2016, no. 10, s. 547–558; *idem*, *Why Tolerate Religion, Again? A Reply to Michael McConnell*, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2095&context=public_law_and_1egal_theory (5.05.2018).

⁴ Zasada krzywdy brzmi: „jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem cywilizowanej społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie krzywdzie innym”. J.S. Mill, *O wolności*, Warszawa 1999, s. 25.

z tytułu samej nietolerancji. Co istotne, Leiter zauważa, że wszystkie podane przez niego argumenty dotyczą tolerowania nie tylko przekonań religijnych, ale szerszej kategorii przekonań sumienia.

Do zasadniczej tolerancji nie zalicza się tolerancja pragmatycznie czy instrumentalnie motywowana, czyli będąca konsekwencją uznania, że nietolerancja jest zbyt kosztowna (Thomas Hobbes), nieskuteczna (John Locke) lub też gdy władza jest niekompetentna lub pozbawiona wystarczających środków, aby ustalać, co jest prawdą, i zakazywać tego, co z tą prawdą sprzeczne.

Można polemizować z odnośzeniem przez Leitera pojęcia tolerancji do przypadków akomodacji religijnych przekonań na gruncie prawa. W powszechnej intuicji znaczeniowej tolerancję zwykło rozumieć się wężiej, niż czyni to Autor. Przykładowo u Locke'a tolerancja nakazuje państwu poszanowanie jedynie sfery prywatnej jednostki. Władza nie może reglamentować pewnych mniejszościowych wierzeń i praktyk tylko dlatego, że dominująca grupa społeczna ich nie akceptuje, postrzegając za niemoralne, fałszywe czy odrażające. Może natomiast ingerować w te przekonania i praktyki, chroniąc prawa innych osób bądź realizując takie cele ogólnospołeczne, jak bezpieczeństwo i zdrowie publiczne. Klasycznie rozumiana tolerancja nie wymaga do ochrony wolności religijnej zaprzestania stosowania wobec osób wierzących neutralnego prawa realizującego ważne cele zbiorowe. Szersze od tolerancji jest „wyłączenie prawne” (*legal exemption*), które polega na zwolnieniu pewnych osób z obowiązku przestrzegania przepisów prawnych, którym wierność klóciłaby się z nakazami ich sumienia⁵. Leiter jednak utożsamia oba pojęcia. Tolerancję religijną tłumaczy w kategoriach akomodacji przekonań religijnych poprzez wyłączenie w drodze wyjątku zastosowania powszechnie obowiązującego prawa do ludzi wierzących. Świadomość tej właśnie pojemnej konotacji terminu „tolerancja” – w myśli filozoficzno-prawnej niekiedy kwestionowanej⁶ – należy mieć na uwadze przy lekturze recenzowanej książki.

Cechy dystynktywne religii

Kluczowe dla celów pracy Leitera było zdefiniowanie religii, co czyni zasadniczo w rozdziale drugim książki. Autor przypisuje religii trzy wyróżniające ją cechy, tj. cechy, które łącznie są tylko jej udziałem. Po pierwsze, religie stanowią źródło kategorycznych żądań wobec swoich wyznawców, które należy spełnić bez względu na wszystko inne (z pominięciem własnych interesów, pre-

⁵ Zob. W. Ciszewski, *Wyłączenia światopoglądowe jako przedmiot dyskusji teoretyczno-prawnej – próba systematyzacji*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 2(34), s. 59–73.

⁶ J. Waldron, *Leiter, Brian. Why Tolerate Religion? (review)*, „Ethics” 2014, no. 1(125), s. 263.

ferencji, oczekiwań; niezależnie od istniejących przeszkód i ułatwień w ich realizacji). Leiter zdaje się przeceniać to kryterium. Wiele religii zakłada ludzką grzeszność i niedoskonałość, a jednocześnie miłosierną, tj. przebaczącą, miłość Boga do człowieka. Ludzka ułomność sprawia, iż religijne nakazy w realnym życiu wielu osób postrzegających się za wierzące nie są kategorycznie przestrzegane⁷. Niniejsza prawda o życiu wierzących wprawdzie nie podważa *per se* kategoryczności religijnych obowiązków na poziomie teologii, ale istotnie osłabia tę kategoryczność na poziomie psychologii i socjologii religii. Ponadto religiom znane są formy usprawiedliwiania sprzeniewierzenia się własnym nakazom, znoszące zarzucalność konkretnej nieprawowierności. Przykładem może być nauczanie katolickie o tzw. materialnym współdziałaniu w grzechu⁸.

Po drugie, każda z religii zawiera pośród swoich podstawowych przekonań także te oparte jedynie na wierze, tj. oddzielone (*insulate*) od argumentów oraz dowodów w rozumieniu nauk ścisłych i zdrowego rozsądku (naturalistyczne pojmowanie argumentów i dowodów). Przekonania religijne nie poddają się racjonalnemu uzasadnieniu i udowodnieniu. W ramach pewnego językowego uproszczenia niniejsza cecha religii będzie poniżej określana jako „nieracjonalność religii”.

Zdaniem Leitera nie zdarza się, aby podstawowe wierzenia religijne zostały zmienione, w sensie ich całkowitego odrzucenia, w świetle nowych dowodów. Twierdzenie to jest kontrfaktyczne, np. Kościół katolicki, akceptując teorię ewolucji i teorię Wielkiego Wybuchu, zmienił niegdysiejszą tekstualną interpretację Księgi Rodzaju w przedmiocie powstania świata i człowieka, zarazem godząc ją z interwencją stwórczą Boga⁹.

Po trzecie, religia zapewnia egzystencjalne pocieszenie, w sensie udzielenia człowiekowi pomocy w zmierzeniu się z bólem czy śmiercią, czyli z „okrutną prawdą” o ludzkim życiu.

Jako samodzielnej cechy religii Leiter nie traktuje formułowania przez nią metafizycznych twierdzeń o ostatecznej rzeczywistości, czyli o tym, co w życiu jest najwyższą wartością. Cecha ta jest objęta kryterium nieracjonalności religii. Za nieistotne wyznaczniki religii z moralnego punktu widzenia uważa natomiast jej wspólnotowy i instytucjonalny wymiar oraz towarzyszące jej rytualne praktyki. Podobnie sama wiara w Boga nie jest jego zdaniem esencją religii.

⁷ M. Sticker, *Leiter, Brian. Why Tolerate Religion? (review)*, „Zeitschrift für Philosophische Literatur” 2013, no. 1, s. 99.

⁸ C. Curran, *Cooperation: Toward a Revision of the Concept and its Application*, „The Linacre Quarterly” 1974, no. 3(41), s. 152–167.

⁹ Papież Franciszek, *Address of His Holiness Pope Francis on the Occasion of the Inauguration of the Bust in Honour of Pope Benedict XVI*, http://w2.vatican.va/content/francesco/en/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141027_plenaria-accademia-scienze.html (5.05.2018).

Poczyniona przez Leitera charakterystyka religii budzi wiele kontrowersji¹⁰. Autor z pozycji filozoficznego naturalisty przyjmuje istnienie wyłącznie tego, co potwierdzone przez scjentyistycznie rozumiane dowody naukowe. Twierdzi w związku z tym, że nieracjonalnie jest wierzyć np. w nieśmiertelną niematerialną duszę czy w byty nadprzyrodzone. Uznawanie wbrew nauce istnienia Boga można jego zdaniem wytłumaczyć tylko w kategoriach pejoratywnie odbieranego „cudu”. Osobiście nie wierząc w Boga, nie przyjmuje jednak – jak sam deklaruje i zapewnia – postawy wojującego ateisty. Fałszywość czy irracjonalność przekonań religijnych nie dyskredytuje w jego opinii ich istotnej roli w życiu wielu osób.

W późniejszych opracowaniach Leiter wyjaśnia, iż przez drugi z wyznaczników religii rozumie prawidłowość, iż wyznawca nie rozważa argumentów i dowodów, akceptując konkretne przekonanie religijne, nawet jeśli tym przekonaniom takie racje i dowody można było przyporządkować. Nieracjonalność religii postrzega zatem w kategoriach subiektywnej epistemicznej postawy wierzącego. Za drugorzędną dla celów jego pracy traktuje natomiast charakterystykę samych przekonań religijnych jako *per se* niewspartych argumentami i dowodami – religia jako zbiór niekognitywnych osądów¹¹.

Niniejsze doprecyzowanie Leitera bardziej rodzi wątpliwości i obiekcji niż porządkuje i klaryfikuje tok jego rozumowania. Okazuje się bowiem, że Autor charakteryzuje nie tyle przekonania religijne, co wyobrażenia osób wierzących o tych przekonaniach. Sposób, w jaki Leiter postrzega osoby wierzące, jest krzywdzący dla wielu z nich. Poniekąd *a priori* zakłada, że ludziom wierzącym brak refleksyjności, a wszystkie twierdzenia swojej religii akceptują oni bezkrytycznie i bezmyślnie, nie tylko bez racjonalnego uzasadnienia, ale nawet i wbrew argumentom przeciwko tym twierdzeniom. Suponuje to przypisywanie osobom religijnym bardzo wąskich horyzontów myślowych, pewnej ciasnoty umysłowej i fanatyczności.

Leiter nie jest jednak konsekwentny w rozumieniu drugiej z podanych cech religii. Wskazać można fragmenty książki, w których Autor wyraźnie mówi o przekonaniach religijnych jako z natury swej niepowiązanych z argumentami i dowodami, a nie o subiektywnym rozumieniu tych przekonań przez wierzących, czyli obiera optykę tzw. *Belief Insulation*, a nie *Believer Insulation*¹². Leiter jest świadomy tej niespójności i przyznaje – co zdarza mu się rzadko – że wzmianki o przedmiotowo nieracjonalnej religii były błędne, skoro miał na myśli nieracjonalność jako subiektywną postawę epistemiczną wierzących¹³.

¹⁰ Por. J. Urbaniak, *Review of Brian Leiter, Why Tolerate Religion?*, „Sophia” 2013, no 4(52), s. 720; M. Paulsen, *Is Religious Freedom Irrational?*, „Michigan Law Review” 2014, no. 6(112), s. 1054–1067.

¹¹ B. Leiter, *Reply to Five...*, s. 548.

¹² B. Leiter, *Why Tolerate Religion?*, Princeton 2013, s. 35, 48–49.

¹³ B. Leiter, *Reply to Five...*, s. 549.

Tyle tylko, że inne jego publiczne wypowiedzi wyraźnie wskazują na przekonanie o fałszywości czy irracjonalności samych twierdzeń religijnych – ich przedmiotu, np. istnienia Boga – a nie na nieracjonalność epistemicznego sposobu podejścia osób wierzących do tych twierdzeń¹⁴. Podobnie analiza kontekstualna skłania do przyjęcia, że ogólnie przypisana religii w wielu miejscach *Why Tolerate Religion* nieracjonalność – tj. bez precyzowania, o które z dwóch znaczeń nieracjonalności chodzi – dotyczy właśnie treści religijnych przekonań.

Leiterowi brak też konsekwentnego rozgraniczenia nieracjonalności przekonań religijnych w sensie ich kontrfaktyczności (fałszywości) od nieracjonalności jako w ogóle niemożności dowiedzenia albo zaprzeczenia przekonaniom religijnym za pomocą naturalistycznie rozumianych dowodów i argumentów.

Autor co prawda tłumaczy, że tylko „niektóre”, a nie wszystkie, przekonania religijne są pozbawione stojących u ich podstaw argumentów i dowodów, to jednak wydaje się, iż te „niektóre” przekonania stanowią według niego znaczną część, jeśli nie większość, w poszczególnych religiach. Wynika to z tego, że Leiter dość rygorystycznie aplikuje naturalistyczną epistemologię do twierdzeń religijnych. Przykładowo uważa, że klasyczne dowody na istnienie Boga nie stanowią egzemplifikacji naturalistycznie rozumianych argumentów i dowodów. Pomimo tego, że dowody te są operacjonalizacją praw logiki, to jednak u ich podstaw mają stać ogólniejsze założenia nieposiadające umocowania w logice czy naturalistycznej epistemologii. Zwraca uwagę poczucie pewności, z jakim Leiter odrzuca racjonalność twierdzeń teologicznych. Ich fałszywość Autor postrzega jako coś oczywistego i niekontrowersyjnego. Niektórzy zasadnie mogą odbierać to jako wyraz pewnej pychy i zarozumiałości. Leiter nie wdaje się w polemikę z wpływowymi i cenionymi filozofami¹⁵, także tymi będącymi ateistami¹⁶, którzy bronią racjonalności przekonań religijnych. Z góry zakłada, że nie mają racji, co też rzekomo definitywnie i raz na zawsze potwierdzono już w nauce. W miejsce samego zadekretowania, że tomizm, epistemologia reformowana czy teologia naturalna się mylą, można było od Leitera oczekiwać choćby próby uzasadnienia tego stanowiska. Tymczasem Autor zamiast merytorycznych racji zarzuca obrońcom racjonalności religii hipokryzję, twierdząc, iż przyjmują twierdzenia religijne, opierając się na wierze, a następnie wtórnie poszukują dla tych twierdzeń dowodów w celu ich *ex post* racjonalizacji. Równie

¹⁴ B. Leiter, *Preface to...*, s. XIII–XV.

¹⁵ A. Plantinga, *Warranted Christian Belief*, New York 2009; *idem*, *Where the Conflict Really Lies: Science, Religion, and Naturalism*, New York 2011.

¹⁶ T. Nagel, *The Last Word*, New York 1997; *idem*, *Mind and Cosmos: Why the Materialist Neo-Darwinian Conception of Nature Is Almost Certainly False*, New York 2012. Wśród obrońców racjonalności religii wskazać można też byłych ateistów. Zob. C.S. Lewis, *Surprised by Joy*, New York 1955; A. Flew, *There Is a God. How the World's Most Notorious Atheist Changed His Mind*, New York 2007

niemerytorycznym i chybionym „uzasadnieniem” braku potrzeby polemiki jest skonstatowanie, że wszyscy zwolennicy racjonalności przekonają religijnych to osoby wierzące.

Zredukowanie wyznaczników racjonalności do scjentyzmu jest niepożądane. Gdyby wąskie rozumienie argumentów i dowodów proponowane przez Leitera zastosować nie tylko do religii, to okazałoby się, że wiele twierdzeń formułowanych w liberalnej myśli filozoficznej oraz w demoliberalnym publicznym politycznym dyskursie – także tych w pełni zgodnych z paradygmatem Rawlsowskiego rozumu publicznego (*public reason*) – trzeba by klasyfikować jako nieracjonalne.

Koincydentność trzech cech (kategoryczność, nieracjonalność, egzystencjalne pocieszenie), a nie każda z tych cech z osobna wyróżnia zdaniem Leitera religię spośród ideologii, doktryn filozoficznych, kultów jednostki czy moralności. Zaproponowane *differentia specifica* religii są jednak wątpliwe.

Obiekcje budzi w szczególności teza o wyraźnej separacji religii i moralności. Autor wprawdzie przyznaje, że systemy moralne podobnie jak religia zwykły formułować kategoryczne żądania, a niektóre z nich niewykluczone, że pełnią także funkcję egzystencjalnego pocieszenia, to jednak uważa, iż w przeciwieństwie do religii moralność nie jest wyalienowana z argumentów i dowodów. Zdaniem Leitera na gruncie kognitywistycznego naturalistycznego realizmu przekonania moralne spełniają naturalistyczne standardy dowodzenia. Z kolei na gruncie nonkognitywistycznego antyrealizmu przekonania moralne tych standardów wprawdzie nie spełniają, ale nie z powodu epistemicznego podejścia „wyznawców moralności” – jak u osób religijnie wierzących – ale dlatego, iż przekonania te w ogóle nie aspirują do posiadania wartości prawdy, nie wyrażają wierzeń o świecie, a jedynie subiektywne postawy aprobaty lub dezaprobaty nieweryfikowalne w kategoriach prawdy czy fałszu. Obrona racjonalności moralności w opozycji do nieracjonalności religii nie przekonuje¹⁷.

Leiter do pewnego stopnia bagatelizuje to, iż większość religii formułuje także twierdzenia typowo moralne (przykładowo większość norm Dekalogu jest tego charakteru). Nie zawsze też oczywista jest delimitacja w obrębie danej tradycji religijnej między przekonaniami czysto religijnymi (metafizycznymi) a tymi moralnymi. Istnienie religijnych przekonań moralnych, gdzie np. nakaz moralny ma umocowanie w Bożym objawieniu, przeczy kategorycznej dystynkcji na jakościowo inną religię i moralność. Tymczasem Leiter osi podziału pomiędzy religią a moralnością upatruje w tym, iż religia w przeciwieństwie do moralności zawsze formułuje także pozamoralne kognitywne, a zarazem fałszywe lub co najmniej wysoce wątpliwe co do swej prawdziwości, twierdzenia, np.

¹⁷ F. Boucher, C. Laborde, *Why Tolerate Conscience?*, „Criminal Law and Philosophy” 2016, no. 10, s. 500–504.

że Jezus Chrystus zmartwychwstał. Zwykle jednak to nie te twierdzenia są źródłem religijnego sprzeciwu sumienia wobec obowiązującego prawa. Zważywszy, że tylko niektóre przekonania w każdej z religii są nieracjonalne – jak podkreśla Leiter – oraz uwzględniwszy moralny charakter części przekonań religijnych, ścisłe rozgraniczenie religii i moralności staje się trudne do utrzymania¹⁸.

Przekonania religijne jako przedmiot tolerancji i szacunku

W dwóch kolejnych rozdziałach Autor rozważa dwie potencjalne moralne podstawy szczególnego traktowania roszczeń religijnego sumienia. W rozdziale trzecim, będącym kontynuacją rozdziału pierwszego, weryfikuje, na ile istniejące teorie zasadniczej tolerancji są w stanie uzasadnić szczególnie status religii z racji samej jej natury. Z kolei w rozdziale czwartym religię odniesiono do afirmatywnego bądź wartościującego szacunku (*affirmative/appraisal respect*)¹⁹. Wartościujący szacunek wyraża podziw, oznacza uznanie wysokiej wartości czy jakości czegoś. O ile tolerancja suponuje negatywny stosunek do swojego przedmiotu, o tyle wartościujący szacunek komunikuje pozytywny stosunek i ocenę do tego, co objęte jest jego przedmiotem.

Leiter przyjmuje, iż religia nie kwalifikuje się jako przedmiot wartościującego szacunku. Konstatacji tej nie uzasadnia z optyki egalitaryzmu, postulującej równy szacunek dla przekonań religijnych i świeckich. Uważa natomiast, iż w zaproponowanym przez niego rozumieniu religia po prostu nie zasługuje, aby wartościować ją bardziej od innych przekonań, np. moralnych, gdyż nie jest od nich cenniejsza. Autor twierdzi, że przekonania religijne „są w sposób zawiniony fałszywe” (*culpable false*), tj. osoba je wyznająca powinna w epoce poświeceniowej wiedzieć, że nie sposób ich naukowo udowodnić czy uzasadnić. Leiter odrzuca objęcie religii wartościującym szacunkiem uzasadniane racjami utilitarnymi, tj. tym, iż niekiedy przekonania religijne przynoszą wartościowe rezultaty. Regułę maksymalizacji użyteczności rozważa w kontekście funkcji egzystencjalnego pocieszenia religii. Twierdzi, iż religia mogłaby uchodzić za spełniającą wymogi utilitaryzmu, gdyby korzyści z tytułu pocieszenia przeważały koszty zespolone z dwiema pozostałymi cechami religii i gdyby w inny sposób (np.

¹⁸ Jak zauważa M. Bonotti, w *Why Tolerate Religion?* nie chodzi o to, że wyjątkowość religii nie jest wystarczająca do moralnego uzasadnienia jej, lecz że u Leitera religia nie jest wyjątkowa. M. Bonotti, *Review of: Brian Leiter, Why Tolerate Religion?*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2016, no. 19, s. 797–799.

¹⁹ Leiter obok wartościującego szacunku wyróżnia także minimalny szacunek (*minimal/recognition respect*), który sprowadza się do niepogwałcania praw innych osób. Tolerancja w swym klasycznym rozumieniu zbliża się do minimalnego szacunku. Dychotomiczną typologię szacunku Autor zapożyczył od S. Darwalla, *Two Kinds of Respect*, „Ethics” 1977, no. 88, s. 36–49.

medytacja, terapia, refleksja filozoficzna) nie można było pozyskać *summa summarum* taniej jeszcze większych analogicznych korzyści. Możliwość taką Leiter traktuje jako czystą spekulację, która nie znajduje empirycznego potwierdzenia. Nie sposób bowiem w jego opinii jednoznacznie przesądzić, że te dobre rezultaty

Leiter ostatecznie stawia tezę, że nie istnieje moralne uzasadnienie, aby religię traktować jako coś ze swej natury (*per se*) szczególnego i tym samym zwalniać jedynie osoby wierzące od przestrzegania powszechnie obowiązującego prawa sprzecznego z ich przekonaniem religijnymi. Za wyjątkowością religii nie przemawiają ani argumentacja deontologiczna, ani argumentacja utylitarna, ani też racje epistemiczne. Wolność religii ma umocowanie w szerszej wolności sumienia. Skoro zróżnicowanie moralnego statusu roszczeń religijnego i niereligijnego sumienia jest nieuprawniona, to zasadnicza tolerancja odnosi się do przekonania zarówno osób wierzących, jak i niewierzących. Ewentualne uchylene obowiązku przestrzegania partykularnych przepisów prawnych powinno w równym stopniu dotyczyć sprzeciwu sumienia motywowanego przekonaniem religijnymi i niereligijnymi. Nie ma podstaw do innego traktowania obu tych kategorii obiekcji wobec prawa o powszechnym zastosowaniu²⁰. Nie sposób w jego ocenie na gruncie moralności uzasadnić, dlaczego uczeń będący Sikhem może z powodu przekonania religijnego legalnie wnieść do szkoły sztylet (*dogger*)²¹, gdy na wszystkich innych uczniach spoczywa zakaz posiadania przy sobie broni.

Powyższy przypadek pokazuje, iż Leiter przeszacowuje problem nierównego traktowania religijnych i niereligijnych roszczeń sumienia. Oto bowiem Autor konfrontuje Sikha z wymagowanym wiejskim chłopcem, w którego rodzinie pielęgnowana jest tradycja noszenia przy sobie noża przekazywanego z ojca na syna. Zdaniem Leiterra zakaz noszenia w szkole przez tego chłopca noża godzi w jego tożsamość jako członka swej wspólnoty równie silnie, co zabronienie Sikhowi posiadania przy sobie sztyletu. Autor wymyśla problem, aby przez jego pryzmat pokazać paralelność przekonania religijnego i świeckiego. Zamiast wysoce artefaktycznego przykładu z wiejskim chłopakiem można było oczekiwać przedstawienia bardziej wiarygodnych egzemplifikacji świeckiego sprzeciwu sumienia.

Religia zasługuje u Leiterra na tolerancję nie dlatego, że jest szczególna, ale dlatego, iż przekonania religijne są kategorią przekonania sumienia. Zwraca uwagę niewiele miejsca, jakie Leiter poświęcił aproksymacji pojęcia sumienia czy wolności sumienia, co może dziwić, skoro odgrywają one istotną rolę w całym ro-

²⁰ Za innym traktowaniem na gruncie prawa religijnych roszczeń sumienia od roszczeń niereligijnych sumienia może zdaniem Leiterra przemawiać jedynie to, że sądom łatwiej rozpoznawać i oceniać te pierwsze. Przy religijnym sprzeciwie sumienia wzorcem kontrolnym dla sądu jest zwykle bardziej lub mniej znana doktryna religijna. Niereligijny sprzeciw sumienia jest natomiast wysoce indywidualny i subiektywny.

²¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego Kanady: *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, (2006) 1 S.C.R. 256, 2006 SCC.

zumowaniu Autora. Roszczenie sumienia przedstawiono w książce jako moralny imperatyw kategoriowy kluczowy dla czyjeś integralności jako osoby, jej tożsamości, znaczenia jej życia. Przy takim ujęciu sumienia po raz kolejny nasuwa się pytanie, w czym w takim razie tkwi różnica pomiędzy moralnością a religią? Skoro zaś sumienie podziela cechy religii, to z czego wywodzić szacunek bądź tolerancję dla samego sumienia?

Roszczenia sumienia a obowiązek przestrzegania prawa

Drugą podstawową tezę recenzowanej publikacji jest krytyka powszechnego uwzględniania przez prawodawcę i sądy każdego sprzeciwu sumienia (tak religijnego, jak i niereligijnego) wobec prawa. Leiter formułuje ją w ostatnim, szóstym, rozdziale *Why Tolerate Religion?* Ten fragment książki obejmuje rozważania najbardziej jurydyczne, z pogranicza filozofii prawa i prawa konstytucyjnego.

Autor trafnie zauważa, że akomodacja na gruncie prawa każdej obiekcji sumienia byłaby szkodliwa. Po pierwsze, oznaczałoby to przyznanie obywatelom prawa do cywilnego nieposłuszeństwa i zalegalizowanie anarchii. Po drugie – czemu Leiter poświęca więcej uwagi – akomodacja w porządku prawnym sprzeciwu sumienia łączy się z przeniesieniem związanych z tym kosztów na resztę społeczeństwa (*burden-shifting*), np. zwolnienie rekruta z odbycia służby wojskowej z powodu sprzeciwu sumienia sprawi, iż kto inny będzie w jego miejsce tę służbę musiał pełnić, niezależnie, czy tego chce, czy nie.

Leiter opowiada się za nieuwzględnianiem roszczeń sumienia (tak religijnych, jak i niereligijnych) w stosunku do prawa o neutralnych celach (*No Exemptions*). Od zasady tej przewiduje jednak istotny wyjątek. Prawodawca powinien dopuszczać akomodacje sprzeciwu sumienia wtedy, gdy pozostali obywatele nie będą w konsekwencji stratni, np. zezwolenie osobom wierzącym na zażywanie w ramach praktyk religijnych zakazanych substancji psychotropowych. Zagwarantowanie prawnego wyłączenia pociąga natomiast za sobą moralnie niedopuszczalne przeniesienie kosztów na resztę społeczeństwa, gdy kontestowane przepisy prawne *de facto* służą powszechnemu dobrobytowi²². Dlatego też np. nie sposób moralnie uzasadnić uwzględnienia religijnie czy niereligijnie motywowanego sprzeciwu wobec obowiązkowym szczepieniom, gdyż konsekwencją tego będzie wzrost chorób zakaźnych w całym społeczeństwie (tzw. sprzeciw Rousseau). Liberalne państwo może promować powszechną pomyślność, nawet jeśli kłóci się to z sumieniem części obywateli, pod warunkiem że

²² Leiter dopuszcza jednak stosowanie Hobbesowskiego kompromisu, tj. zgadza się z nim, iż czasami społeczne koszty odmowy akomodacji religijnego sprzeciwu sumienia mogą być zbyt wysokie, aby tego sprzeciwu nie uwzględnić.

pogwałcenie sumień nie jest celem władzy, a sama reglamentacja sumień pozostaje w zgodzie z zasadą krzywdy Milla.

Nieoczywiste jest, czy zakaz transferu kosztów związanych z akomodacją sprzeciwu sumienia w prawie ma charakter kategoriyczny. Wydaje się, że każde przeniesienie kosztów stanowi u Leitera niesprawiedliwe naruszenie ustalonej dystrybucji ciężarów społecznej kooperacji. Wniosek taki łączy się z przekonaniem, że istniejące prawo jest sprawiedliwe i stanowi właściwą podstawę, przez pryzmat której należy oceniać moralną zasadność roszczeń o wyłączenie spod obowiązującego prawa. Założenie, iż prawo to neutralny punkt wyjścia do oceny tego, czy wyłączenie obciąża resztę społeczeństwa, jest bezpodstawne. Proporcjonalne wyważenie ciężaru ponoszonego przez osobę sprzeciwiającą się danemu prawu z tytułu przestrzegania tego prawa, jak i ciężaru ponoszonego przez resztę społeczeństwa z tytułu akomodacji sprzeciwu sumienia niektórych obywateli nie może być czynione przez pryzmat tego prawa. Prawo nie może być przedmiotem kontroli i wzorcem kontrolnym. Potrzeba niezależnego wzorca²³.

Leiter *implicite* zakłada łatwość ustalenia, czy konkretne regulacje prawne rodzące sprzeciw sumienia sprzyjają powszechnej pomyślności. W przekonaniu tym pozostaje nazbyt optymistyczny. Liczne religijnie czy pozareligijnie determinowane roszczenia o zwolnienie z obowiązku prawnego czerpią swoje źródło nie tylko w przekonaniu, iż obowiązek ten kłóci się z moim własnym sumieniem, ale często wyrastają także z przeświadczenia, iż kwestionowane prawo stoi w opozycji do powszechnej pomyślności. Autor bliżej też nie wyjaśnia, czym jest powszechna pomyślność czy dobro powszechne.

Autor jakkolwiek nie zawęży swoich wywodów do Stanów Zjednoczonych (podaje przykłady np. z Kanady, Francji, Niemiec, Włoch), to jednak wskazuje, iż główne przesłanie książki – religijne i niereligijne roszczenia sumienia mają równy moralny status, a prawodawca nie powinien zarówno faworyzować tych pierwszych, jak i dokonywać akomodacji wszelkich roszczeń sumienia – właśnie w odniesieniu do USA wydaje się być szczególnie kontrowersyjne. Leiter wyraża przekonanie, że to w rodzimym dla niego porządku prawnym zachodzi istotna dysproporcja w traktowaniu religijnego i niereligijnego sprzeciwu sumienia z korzyścią dla tego pierwszego. Diagnozę tę znamionuje pewna egzageracja. Amerykańskie orzecznictwo charakteryzuje się bardzo szerokim rozumieniem religii na gruncie konstytucyjnej wolności praktyk religijnych (*free exercise clause* z pierwszej poprawki do ustawy zasadniczej). Sąd Najwyższy USA w tym kontekście za religię uznał świecki humanizm czy nawet ateizm²⁴.

²³ F. Boucher, C. Laborde, *Why Tolerate...*, s. 511.

²⁴ Zob. L. Blutman, *In Search of a Legal Definition of Religion: Lessons from U.S. Federal Jurisprudence*, „Americana – E-Journal of American Studies in Hungary” 2009, no. 1(9).

Przyjęcie takiej interpretacji religii pozwala na akomodację w prawie również roszczeń nominalnie niereligijnych²⁵.

W rozdziale piątym książki podjęto także kwestie ustrojowe. Zdaniem Leiterra każde państwo wybiera jakąś „wizję dobra”. Idealnym rozwiązaniem byłoby, aby państwo popierało przekonania będące przedmiotem wartościującego szacunku. Religia jako taka tego wymogu nie spełnia, choć partykularne religijne przekonania mogą. W jego opinii zarówno ustanowienie (*establishment*) przez państwo religii, jak i niereligii, czyli przyjęcie modelu państwa wyznaniowego bądź państwa nie tyle neutralnego, co wprost świeckiego (np. francuskie *laïcité*²⁶) może być zgodne z zasadniczą tolerancją, choć zarazem może przeczyć zasadzie równości²⁷. Przykładowo twierdzi, iż do pogodzenia z zasadniczą tolerancją byłby pełny zakaz wszelkiej religijnej ekspresji w szkołach publicznych. Państwo może jego zdaniem wykluczyć obywateli czy uczniów z wykorzystywania szkolnej infrastruktury dla celów religijnych, nawet jeśli zezwala innym grupom na korzystanie z tej infrastruktury dla innych celów pozaszkolnych.

Niektórzy komentatorzy zauważają, iż zasadnicza tolerancja nie została przez Leiterra zadowalająco powiązana z akomodacją roszczeń sumienia na gruncie prawa. Tolerancja nie uzasadnia faworyzowania roszczeń religijnych, ale też nie legitymuje czynienia wyłączeń od ogólnie obowiązującego prawa. Przywołane przez Autora racje deontologiczne i epistemiczne (Rawls, Mill) są argumentami na rzecz tolerancji w jej klasycznym rozumieniu – tolerancji jako nieingerencji – a nie za akomodacją sprzeciwu sumienia wobec prawa, sprzecznego z tym sumieniem. Z kolei racje utylitarne przemawiają nie za tolerancją, ale za wartościującym szacunkiem, który wymaga z kolei przyjęcia pozytywnej wartości przekonań religijnych *in generale*, czemu przecież przeczy charakterystyka religii w *Why Tolerate Religion?*²⁸.

Leiter w kontekście podstaw do akomodacji religijnych roszczeń sumienia rozważa jedynie zasadniczą tolerancję i wartościujący szacunek. Nie koncentruje się na innych potencjalnie wartościowych możliwych uzasadnieniach, jak idea wolności, równości, inkluzji.

Autor opowiada się przeciwko wyłączeniu spod obowiązującego prawa wszystkich roszczeń sumienia. Warto jednak zauważyć, iż jako nieracjonalne traktuje tylko niektóre przekonania religijne. Oznacza to tym samym, iż jego

²⁵ Przykładowo podstawą do zwolnienia z odbycia służby wojskowej mogą być także niereligijne pacyfistyczne przekonania. Zob. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965); *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

²⁶ Leiter krytykuje doktrynę francuskiego *laïcité*. Uznaje ją za nazbyt opresyjną, eliminującą religię z życia publicznego czy sfery publicznej, np. zakaz noszenia burek w miejscach publicznych.

²⁷ Krytycznie o takiej możliwości zob. M. McConnell, *Why Protect Religious Freedom?*, „Yale Law Journal” 2013, no. 3(123), s. 807–810.

²⁸ F. Boucher, C. Laborde, *Why Tolerate...*, s. 508–510.

zdaniem na akomodację na gruncie prawa nie mogą liczyć także te racjonalnie uzasadnione religijne obiekcje. Ewentualnie przyjmuje, co byłoby błędne, że u podstaw religijnego sprzeciwu sumienia wobec prawa mogą stać wyłącznie te nieracjonalne przekonania religijne.

Postulat nieprzewidywania w prawie wyjątków dla osób, którym sumienie nie pozwala na przestrzeganie poszczególnych przepisów, nie jest trafnym rozwiązaniem. Zasada „żadnych wyłączeń” spod prawa (*no exemptions*) *prima facie* ulega osłabieniu, skoro dotyczy tylko tych wyłączeń, które obciążają resztę społeczeństwa (*burden-shifting*). Powyżej jednak wskazano, iż Leiter wydaje się każdy koszt ponoszony przez społeczeństwo traktować jako okoliczność dyskwalifikującą dopuszczalność akomodacji sprzeciwu sumienia niektórych obywateli.

Prawidłowym podejściem do problematyki recenzowanej książki byłoby, po pierwsze, proporcjonalne wyważenie interesu ogólnospołecznego, któremu służy dane prawo, z interesem tych osób, które powołują się na sprzeciw sumienia wobec tego prawa. Czasami ten rachunek zysków i strat będzie wyraźnie przemawiał za odmówieniem akomodacji roszczeń sumienia, np. nie należy z powodu sprzeciwu sumienia (religijnego czy niereligijnego) godzić się na wyłączenie chorej zakaźnie osoby spod przymusowej kwarantanny. Przeciwno akomodacji należy również opowiedzieć się, gdy uszanowanie sprzeciwu sumienia jednej osoby groziłoby życiu innej zależnej od niej osoby, np. sprzeciw rodzica co do przeprowadzenia zabiegu medycznego, jak transfuzja krwi, ratującego życie jego dziecka. Innym jednak razem interes społeczny nie będzie stał na przeszkodzie wyłączeniu pewnych kategorii podmiotów spod wymogu przestrzegania obowiązującego prawa. Leiter myli się np., gdy odmawia kościołom możliwości obsadzania stanowisk kościelnych z pominięciem przepisów antydyskryminacyjnych. Dla powszechnej społecznej pomyślności nie jest przykładowo konieczne zmuszanie katolickiej uczelni do zatrudnienia na wydziale teologicznym w charakterze wykładowcy jawnego homoseksualisty.

Po drugie zaś, decydując, czyje roszczenia sumienia zaspokoić, trzeba wziąć pod uwagę koszty, jakie poszczególne osoby ponoszą z tytułu przestrzegania kontestowanego przez nich prawa. W pewnych przypadkach uczynienie zadość nieakceptowanemu prawu stanowi po stronie osoby wierzącej znacznie większy ciężar niż po stronie innych osób. Nie ma racji Leiter, iż zawsze przełamanie religijnego i niereligijnego sprzeciwu sumienia równie silnie destruktywnie wpływa na integralność i tożsamość osób. Przykładowo przesłuchanie duchownego w charakterze świadka w przedmiocie tego, o czym dowiedział się podczas spowiedzi świętej, rodziłoby dla niego więcej kosztów niż u osoby zobligowanej do ujawnienia podczas przesłuchania treści rozmowy ze swoim znajomym. Jeremy Waldron wskazuje, że szacując koszty sprzeniewierzenia się nakazom reli-

gijnym, trzeba uwzględnić kwestię odpowiedzialności osoby wierzącej wobec swojego bóstwa za przekroczenie jego wymagań²⁹.

Podsumowanie

Recenzowana książka jest zwięzłą publikacją. Liczy 187 stron (133 strony bez uwzględniania przypisów i indeksu, około 40 tys. słów). Ramy objętościowe publikacji w połączeniu ze złożonością jej przedmiotu nie pozwoliły Autorowi na wyczerpujące ustosunkowanie się do wszystkich relewantnych – w kontekście obranego tematu – kwestii. Leiter uniknąłby potrzeby wyjaśniania niektórych zagadnień, jak czyni to w polemice z adwersarzami *Why Tolerate Religion?*, gdyby *a priori* nie zakładał, że pewne sprawy są oczywiste, jak powyżej wspomniane przypisanie religii nieracjonalności³⁰.

Komentowana książka stanowi wyzwanie dla zwolenników akomodacji roszczeń religijnego sprzeciwu sumienia w porządku prawnym, ale nie powód do ich bezwarunkowej kapitulacji. Kontrowersyjna charakterystyka religii poczyniona przez Leitera niczym w efekcie domina każe z pewną rezerwą odnosić się do trafności tez sformułowanych na kartach *Why Tolerate Religion?* Autor istotnie podał w wątpliwość stanowisko o wyjątkowości religii, ale nie udało mu się go definitywnie obalić. Pytanie o szczególny status religii w prawie i granice akomodacji religijnych przekonañ pozostaje wciąż otwarte.

Bibliografia

- Blutman L., *In Search of a Legal Definition of Religion: Lessons from U.S. Federal Jurisprudence*, „Americana – E-Journal of American Studies in Hungary” 2009, no. 1(9).
- Bonotti M., *Review of: Brian Leiter, Why Tolerate Religion?*, „Ethical Theory and Moral Practice” 2016, no. 19.
- Boucher F., Laborde C., *Why Tolerate Conscience?*, „Criminal Law and Philosophy” 2016, no. 10.
- Bradley Kar R., *Brian Leiter, Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (review), „Notre Dame Philosophical Reviews” 2009, July, <http://ndpr.nd.edu/news/naturalizing-jurisprudence-essays-on-american-legal-realism-and-naturalism-in-legal-philosophy/> (5.05.2018).

²⁹ J. Waldron, *Leiter...*, s. 266.

³⁰ Niejednokrotnie Leiter w swojej apologii *Why Tolerate Religion?* ucieka się do uwag *ad personam*. Niektórym recenzentom swojej książki (Susan Mendys, Michael McConnell) zarzuca „niekompetencje”, „działalność polityczną, a nie naukową”, „marnowanie czasu” na nietrafne polemizowanie z nim, łączenie z jego osobą „sfabrykowanych” czy „fałszywych” wniosków, formułowanie „absurdalnych tez”, popełnianie „głupich błędów”. Przypisuje im etykietę „niepomowanego obrońcy nierówności”, „wrogię czytelnika”. Zob. B. Leiter, *Reply to...*, s. 548; *idem, Why Tolerate Religion, Again...*, s. 5 i 8; *idem, Preface...*, s. IX–XI.

- Ciszewski W., *Wyłączenia światopoglądowe jako przedmiot dyskusji teoretycznoprawnej – próba systematyzacji*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 2(34).
- Curran C., *Cooperation: Toward a Revision of the Concept and its Application*, „The Linacre Quarterly” 1974, no. 3(41).
- Darwalla S., *Two Kinds of Respect*, „Ethics” 1977, no. 88.
- Flew A., *There Is a God. How the World's Most Notorious Atheist Changed His Mind*, New York 2007.
- Leiter B., *Preface to the paperback edition of Why Tolerate Religion?*, Princeton 2014.
- Leiter B., *Reply to Five Critics of Why Tolerate Religion?*, „Criminal Law and Philosophy” 2016, no. 10.
- Leiter B., *Why Tolerate Religion*, „Constitutional Commentary” 2008, no. 25.
- Leiter B., *Why Tolerate Religion, Again? A Reply to Michael McConnell*, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2095&context=public_law_and_legal_theory (5.05.2018).
- Leiter B., *Why Tolerate Religion?*, Princeton 2013.
- Lewis C.S., *Surprised by Joy*, New York 1955.
- McConnell M., *Why Protect Religious Freedom?*, „Yale Law Journal” 2013, no. 3(123).
- Mill J.S., *O wolności*, Warszawa 1999, s. 25.
- Nagel T., *Mind and Cosmos: Why the Materialist Neo-Darwinian Conception of Nature Is Almost Certainly False*, New York 2012.
- Nagel T., *The Last Word*, New York 1997.
- Papież Franciszek, *Address of His Holiness Pope Francis on the Occasion of the Inauguration of the Bust in Honour of Pope Benedict XVI*, http://w2.vatican.va/content/francesco/en/speech/es/2014/october/documents/papa-francesco_20141027_plenaria-accademia-scienze.html (5.05.2018).
- Paulsen M., *Is Religious Freedom Irrational?*, „Michigan Law Review” 2014, no. 6(112).
- Plantinga A., *Warranted Christian Belief*, New York 2009.
- Plantinga A., *Where the Conflict Really Lies: Science, Religion, and Naturalism*, New York 2011.
- Sticker M., *Leiter, Brian. Why Tolerate Religion? (review)*, „Zeitschrift für Philosophische Literatur” 2013, no. 1.
- Urbaniak J., *Review of Brian Leiter, Why Tolerate Religion?*, „Sophia” 2013, no 4(52).
- Waldron J., *Leiter, Brian. Why Tolerate Religion? (review)*, „Ethics” 2014, no. 1(125).

Streszczenie

Wskazać można dwie główne tezy *Why Tolerate Religion?* Po pierwsze, religijne roszczenia sumienia nie są z moralnego punktu widzenia ważniejsze od niereligijnych roszczeń sumienia. Racje deontologiczne, utylitarne i epistemiczne nie czynią z religii moralnie szczególnej czy wyjątkowej kategorii. Religijne i świeckie sumienie powinno być na gruncie prawa traktowane jednakowo. Po drugie, prawodawca i sądy nie powinny godzić się na zwalnianie osób z powodu ich przekonań sumienia od ogólnie obowiązującego prawa o neutralnych celach. Prawna akomodacja religijnych i niereligijnych roszczeń sumienia jest moralnie dopuszczalna tylko pod warunkiem, że nie doprowadzi to do przeniesienia kosztów na pozostałych obywateli. U podstaw obu wymienionych tez stoi przyjęte pojęcie religii. Leiter wskazuje trzy cechy będące łącznie udziałem tylko religii. Religie formułują kategoryczne nakazy postępowania, które muszą być spełnione bez względu na wszystko inne. Niektóre religijne przekonania są oparte na wierze, tj. nie odpowiadają one zwykłemu standardom dowodzenia i racjonalnego uzasadnienia. W końcu religijne przekonania zapewniają egzystencjalne pocieszenie w odniesieniu do istotnych kwestii ludzkiego życia, takich

jak cierpienie i śmierć. Definicja religii autorstwa Leitera jest nieprzekonująca, zwłaszcza z góry odrzucenie przez niego racjonalności religii. Nieprawidłowa charakterystyka religii podaje w wątpliwość zawarte w recenzowanej książce wnioski.

Słowa kluczowe: religia, sumienie, tolerancja, akomodacja, prawo

BRIAN LEITER, *WHY TOLERATE RELIGION?*, PRINCETON, PRINCETON UNIVERSITY PRESS, 2013, SS. 187 (BOOK REVIEW)

Summary

One can identify two central theses that underlie *Why Tolerate Religion?* Firstly, religious claims of conscience are not more important, from a moral point of view, than non-religious claims of conscience. Deontological, utilitarian and epistemic reasons do not make religion morally distinctive or special. Religious and secular conscience deserve equal legal treatment. Secondly, the legislators and courts shouldn't allow exemptions to general laws with neutral purposes for all conscientious objectors. The legal accommodation of religious and non-religious claims of conscience is morally acceptable only provided that shifting burdens onto other citizens is not involved. At the core of the above mentioned theses stands the anticipated concept of religion. Leiter points out three features that all and only religions have. Religions formulate categorical demands on action that must be satisfied no matter what. Some religious beliefs in each religion are based on faith, i.e. they are insulated from ordinary standards of evidence and rational justification. Finally, religious beliefs provide existential consolation in regard to essential issues of human life, such as suffering and death. Leiter's definition of religion is unconvincing, specifically his shallow, taken for granted rejection of religion's rationality. The incorrect characterization of religion puts into question the reviewed book's conclusions.

Keywords: religion, conscience, toleration, accommodation, law

AFILIACJE

LIDIA BRODOWSKI – dr, Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0001-7828-868X.

BRANISLAV BUJŇÁK – JUDr., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, ORCID: 0000-0002-6562-7221.

LESŁAW CIEPIELA – dr n. med., Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy, ORCID: 0000-0002-8221-6061.

KATARZYNA CIEPIELA – mgr, Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie, ORCID: 0000-0001-6145-8451.

ANNA JACEK – dr, Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0003-2899-2147.

ANNA GOLONKA – dr hab. prof. nadzw., Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-0199-2203.

WOJCIECH GONET – dr hab. prof. nadzw., Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach, ORCID: 0000-0003-0066-706X.

AGNIESZKA KANIA – dr, Uniwersytet Zielonogórski, ORCID: 0000-0001-6246-3172.

WOJCIECH J. KOSIOR – LLM, dr, Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-4710-4523.

ANNA OPAR – dr, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Jana Grodka w Sanoku, ORCID: 0000-0001-9781-178X.

MACIEJ PARA – mgr, Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0003-1981-9182.

MALGORZATA SKAWIŃSKA – dr, WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa, ORCID: 0000-0002-0831-1757.

MILAN SUDZINA – PhD., JUDr., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, ORCID: 0000-0001-9038-8018.

GRZEGORZ MAROŃ – dr hab. prof. nadzw., Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-3861-9103.