
ACTA IURIDICA

— *Resoviensia* —

NR 3(46)/2024

pod redakcją naukową
Katarzyny Szwed

„Acta Iuridica Resoviensia” są kontynuacją
„Zeszytów Naukowych Uniwersytetu Rzeszowskiego.
Seria Prawnicza. Prawo”



WYDAWNICTWO
UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO
RZESZÓW 2024

Redaktor naczelny
dr hab. ARTUR ŁUSZCZYŃSKI, prof. UR

Z-ca redaktora naczelnego
dr KATARZYNA SZWED, dr JAKUB M. ŁUKASIEWICZ

Redaktorzy tematyczni
dr hab. ELŻBIETA FERET, prof. UR; dr hab. ANETA ARKUSZEWSKA, prof. UR;
dr hab. VIKTORIYA SERZHANOVA, prof. UR; dr hab. PIOTR SOWIŃSKI, prof. UR

Redaktor statystyczny
AGATA JANAS

Sekretarz redakcji
dr JUSTYNA CIECHANOWSKA

Asystent redakcji
mgr MARTA GOŁOWSKA
mgr KONRAD KAMIŃSKI

Rada naukowa

Prof. dr hab. Stanisław Pieprzny (Uniwersytet Rzeszowski) – Przewodniczący; Prof. dr hab. Elżbieta Ura (Uniwersytet Rzeszowski); Prof. dr hab. Stanisław Sagan (Uniwersytet Rzeszowski); dr hab. Renata Świrgoń-Skok, prof. UR (Uniwersytet Rzeszowski); dr hab. Maciej Rzewuski, prof. UWM (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski);
Doc. JUDr. Dobrovičová Gabriela, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia);
Prof. h.c.doc. JUDr. Mária Bujňáková (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia); Doc. JUDr. Mária Kiovska, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia); Prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Masaryk University – Czech Republic); Prof. Francesco Lucrezi (Università degli Studi di Salerno – Italy); dr doc. Marian Bedrii (Ivan Franko National University of Lviv – Ukraine); Prof. univ. dr. Ioan Leș (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 Ramirez Lavalle (Universidad Iberoamericana Puebla – Mexico); Professor Dr. Lecturer Irene Bajo Garcia (Universidad de Alicante – Spain); Prof. Ph.D. Evhen Tsybulenko (Tallinn University of Technology – Estonia); Prof. Ph.D. Tanel Kerikmäe (Tallinn University of Technology – Estonia); Prof. Angelo Vighianisi Ferraro (University “Mediterranea” of Reggio Calabria – Italy)

Opracowanie redakcyjne i korekta
BERNADETA LEKACZ

Opracowanie techniczne
EWA KUC

Łamanie
BARBARA DRAŻEK-OCZOŚ

Projekt okładki
JULIA SOŃSKA-LAMPART

© Copyright by
Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2024

Publikacja jest dostępna na licencji Creative Commons
(CC BY-NC-ND 4.0 International)



ISSN 2720-0574; DOI: 10.15584/actaires

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

2165

WYDAWNICTWO UNIwersYTETU RZESZOWSKIEGO
35-959 Rzeszów, ul. prof. S. Pigoń 6, tel. 17 872 13 69, tel./faks 17 872 14 26
e-mail: wydawnictwo@ur.edu.pl; <https://wydawnictwo.ur.edu.pl>
wydanie I; format B5; ark. wyd. 11; ark. druk. 10; zlec. red. 98/2024

Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego

SPIS TREŚCI

KRZYSZTOF CHMIELARZ
Analysis of the Rules for Appointing and Dismissing Visiting Judges in the Common
Courts of the Republic of Poland 5

MACIEJ ALEKSANDER KĘDZIERSKI
Derisking/debanking jako „metody” zapewniania bezpieczeństwa? 15

MAGDALENA KISAŁA
Powiatowe służby, inspekcje i straże w strukturze powiatowej administracji zespolonej
– koncepcja nadal aktualna? 44

MELANIA LECH
Cena dominującym kryterium w zamówieniach na dostawy produktów leczniczych 59

JAN PĘDOWSKI
Wady i rękojmia rzeczy najętej według art. 664 i 682 k.c. 72

MICHAŁ PRZYBYCIEŃ
Obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków udzielania świadczeń
zdrowotnych przez fizjoterapeutów w kontekście nieestosownych zachowań seksualnych
pacjentów 83

ALEKSANDRA TRACHTA
Materialne granice ingerencji w treść postanowień ustawy zasadniczej jako instrument
ochrony wolności i praw jednostki na gruncie Konstytucji RP z 1997 r. 97

KRZYSZTOF WACEK
Dokumenty planistyczne jako przesłanka wyłączenia w świetle orzecznictwa sądo-
woadministracyjnego 111

IWONA WRZEŚNIEWSKA-WAL
Ochrona i respektowanie praw osób z niepełnosprawnością intelektualną jako wyraz po-
szanowania ich godności. Ubezważnowolnienie – zagadnienia wybrane 126

SŁAWOMIR ZWOLAK
Kilka uwag o wadliwości uchwał dotacyjnych z zakresu ochrony zabytków 145

AFILIACJE 156

CONTENTS

KRZYSZTOF CHMIELARZ

- Analysis of the Rules for Appointing and Dismissing Visiting Judges in the Common Courts of the Republic of Poland 5

MACIEJ ALEKSANDER KĘDZIERSKI

- Derisking/debanking as “methods” of providing security? 15

MAGDALENA KISAŁA

- District services, inspections and guards in the structure of district combined administration – is the concept still relevant? 44

MELANIA LECH

- Price is the dominant criterion in orders for the supply of medicinal products 59

JAN PĘDOWSKI

- Defect and warranty of leased thing according to Art. 664 and 682 of Polish Civil Code 72

MICHAŁ PRZYBYCIEŃ

- The obligation to ensure safe and hygienic conditions for health services in the context of patients’ inappropriate sexual behavior 83

ALEKSANDRA TRACHTA

- Material limits of interference in the content of the provisions of the constitution as an instrument for the protection of individual freedoms and rights under the Constitution of the Republic of Poland of 1997 97

KRZYSZTOF WACEK

- Planning documents as a premise for expropriation in the light of judicial and administrative case law 111

IWONA WRZEŚNIEWSKA-WAL

- Protecting and respecting the rights of people with intellectual disabilities as an expression of respect for their dignity. Incapacitation – selected issues 126

SŁAWOMIR ZWOLAK

- Several comments on the defectiveness of grant resolutions in the field of monument protection 145

- AFFILIATIONS** 156

Krzysztof Chmielarz

Akademia Tarnowska

ORCID: 0000-0002-1088-8133

ANALYSIS OF THE RULES FOR APPOINTING AND DISMISSING VISITING JUDGES IN THE COMMON COURTS OF THE REPUBLIC OF POLAND

Introduction

According to Art. 37 of the Act of 27 July 2001 – Law on the Organization of Common Courts (consolidated text: Dziennik Ustaw [Journal of Laws] of 2024, item 334; hereinafter referred to as: LOCC), activities within the scope of internal administrative supervision may be entrusted by the president of the court to¹, among others, a visiting judge. A visiting judge in an appellate court is appointed by the president of the appellate court, and in a district court – by the president of the district court, for a period of four years, from among judges with at least seven years of experience as a judge in general. Before appointing a visiting judge, the president of the relevant court seeks the opinion of the Minister of Justice, who, when issuing the opinion, also takes into account organizational considerations, in particular the need to appoint a visiting judge in a given court. If the Minister of Justice does not issue an opinion within thirty days from the date of presenting the intention to appoint a visiting judge by the president of the relevant court, the opinion is deemed positive (Art. 37d LOCC). A visiting judge may also be a retired judge who does not have the right to adjudicate².

¹ According to J. Mrożek, the delegation referred to in Art. 37 of the Act on Common Courts is described as a “delegation order – sui generis authorization for performing specific tasks related to internal administrative supervision, such as inspections or audits”. J. Mrożek, *Kontrola i nadzór administracyjny w sądownictwie powszechnym*, Warszawa 2022, p. 320.

² K. Chmielarz, *Administracja sądowa. Ministerialny model zarządzania i administrowania sądami powszechnymi*, Warszawa 2024, Legalis.

Activities within the Scope of Internal Administrative Supervision

A visiting judge performs current activities within the scope of internal administrative supervision through: 1) the right to review court activities; 2) requesting explanations; 3) demanding the rectification of deficiencies; 4) presence at a non-public hearing. Based on the court president's order, as needed, a visiting judge may conduct court inspections (Art. 37b § 2 point 1 LOCC and Art. 37c LOCC) as well as audits of the court or division (§ 6 of the Regulation of the Minister of Justice of 20 December 2012 on Administrative Supervision over the Administrative Activities of Common Courts; hereinafter referred to as: ASOAAACC).

In literature, "inspection" is defined as the control of the assessed unit by direct insight into its operation, leading to the formulation of a general assessment of the inspected unit and control over the tasks assigned to it. Inspections of court divisions are appropriately conducted by visiting judges in the court: 1) appellate, holding the position of an appellate court judge; 2) district, holding the position of an appellate court judge or district court judge; 3) regional, conducted by visiting judges holding the position of a district court judge or regional court judge. Furthermore, Art. 37c § 4 LOCC stipulates that a visiting judge cannot inspect a court division if they are a spouse, relative, or in-law of one of the judges or court assessors assigned to the division, or if they have a legal or factual relationship with one of the judges or court assessors that may raise reasonable doubts about the visiting judge's impartiality. It is worth noting that the court president and the division head are notified of the planned inspection at least thirty days before it is carried out (Art. 37c § 6 LOCC). The inspection notice specifies: 1) the inspected court division; 2) the start date of the inspection; 3) the visiting judge(s) entrusted with conducting the inspection. During the inspection, the visiting judge may convene a meeting to discuss the issues under inspection, which the court president may attend. The inspection report is prepared within 30 days of the inspection's completion and presented to the court president responsible for conducting it. A copy of the report is delivered to the president of the inspected court and the judges mentioned in § 1 point 4. Within 21 days of receiving the report copy, the president of the inspected court and, through them, the judges mentioned in § 1 point 4, have the right to submit written comments and objections to the report's content.

In contrast, an audit of the court or division is limited to the control (analysis) of a specific actual state (problem). The audit, as provided in § 6 para. 1 in fine ASOAAACC, indicates its ad hoc nature, which is applied "as needed". Supervisory plans may also include conducting audits. When conducting an audit according to the supervisory plan, the court president must be notified, and in the case of a division audit, the division head must also be notified at least 14 days

before it is carried out. Judicial practice indicates that audits are conducted by visiting judges, who, by the way, are the only entities authorized to conduct inspections (see Art. 37c § 2 3 LOCC). For entities authorized to conduct audits, there is no such regulation in LOCC, which does not mean that a judge cannot conduct such an audit due to *iudex inhabilis*, as such exclusion does not apply³.

Dogmatic and Legal Analysis

The tenure of a visiting judge, in a general and theoretical sense, constructs a certain state of legal certainty of action within a four-year time frame, with a stable personal composition, ensuring continuity in performing their function. The analysis of Art. 37d LOCC presents two positive prerequisites that a judge must meet to be appointed as a visiting judge, while not indicating any negative prerequisites that would exclude the possibility of applying for this function. The provision clearly specifies the four-year term of the visiting judge and does not impose any restrictions, meaning the possibility of reappointment for subsequent terms. It does not refer to the possibility of dismissal before the end of this period, indicating the legislator's intention for the function to be performed for the entire term and, as a rule, not to be shortened or extended during its duration. The nature of Art. 37d LOCC confirms that the legislator did not specify how the term of a visiting judge might be shortened. This thesis should be accepted, assuming that "tenure" means the full performance of the function of a visiting judge for the entire legally specified time, ensuring stability and continuity of administrative supervision. "Tenure" guarantees the certainty and independence of the functions performed by judges, which is crucial for legal certainty and the efficient functioning of the court. Additionally, tenure is an important element that protects the function of the visiting judge from arbitrary decisions and ensures that administrative supervision is implemented in a consistent and coherent manner⁴.

³ *Ibidem*.

⁴ The analysis of Art. 37 LOCC and Art. 105 LOCC allows for the assertion that the appointment of a visiting judge is not an appointment to hold an "office" or "position", but to perform the "function" of a visitor. In practice, it is often the case that judges serving as visiting judges, based on the court president's order under Art. 57ah § 1 and 2 LOCC, evaluate the qualifications of a candidate for a vacant judicial position. This does not mean that the evaluation conducted by the visiting judge is applicable within the framework of internal administrative supervision. Accepting the thesis that the evaluation of the qualifications of a candidate for a vacant judicial position falls within the activities of internal administrative supervision must be considered incorrect and contrary to the linguistic interpretation and *contra legem* of Art. 57ah § 1 and 2 LOCC. From the perspective of the analyzed issue, it is worth noting that the norms regulating the exercise of internal administrative supervision are contained in Art. 37–37e LOCC – see: K. Chmielarz, *Administracja sądowa...*

In contrast, Art. 105 § 3 LOCC explicitly outlines the conditions under which the term of retired judges serving as visiting judges can be shortened, allowing for the withdrawal of the function and their consent to perform it. This can only occur with a month's notice. Article 105 § 4 LOCC further specifies that a retired judge cannot serve as a visiting judge if they are running for the office of deputy, senator, councilor, or serving in state, municipal bodies, diplomatic, consular services, or in international and supranational organizations operating under international agreements ratified by Poland.

One must not overlook the fact that the court president has the competence to appoint a visiting judge, which is explicitly stated in the analyzed provision. The lack of a clear provision regarding the dismissal of a visiting judge indicates that the competence to appoint does not entail the competence to dismiss. According to the principle of legality⁵, it is required that each decision of the court authority (court president) is not arbitrarily modified and has a clear legal basis based on explicit provisions, which in the case of dismissal before the end of the term will not be met. Therefore, the administrative competences of the court president in this area are clearly defined and limited to avoid undermining the stability of administrative supervision.

From the constitutional principle of legality and the principle of a democratic state ruled by law⁶, it follows that if legal norms do not explicitly provide for the "competence" of a state body, this competence cannot be presumed, nor can the intention of the legislator be ascribed if not expressed. Competence provisions are subject to strict literal interpretation, and the presumption of encompassing matters not listed, for example, through teleological interpretation⁷, is not permissible⁸.

Moreover, the procedure for dismissal should be transparent and accountable, consistent with the rule of law and the principles of legal order⁹. From an axiological perspective, every decision of the court president must comply with the

⁵ Art. 7 of the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Journal of Laws No. 78, item 483 with corrections and amendments; hereinafter referred to as: Constitution RP).

⁶ Art. 2 of the Constitution RP.

⁷ The teleological interpretation should align with the purpose that the legislator intended when creating the provision during parliamentary proceedings.

⁸ See Resolution of the Constitutional Court of 10.05.1994, W. 7/94 (Journal of Laws 1994, No. 62, item 264) and also Resolution of the Supreme Court of 14.10.2004, III CZP 37/04.

⁹ Cf. the mechanism for dismissing court visitors by court presidents within six months from the effective date of the 2017 amendment, in courts under their jurisdiction, based on an arbitrary act of will without providing reasons, facilitated by the episodic (one-time) exception specified in Art. 17(1) of the Act of 12 July 2017, amending the Law on the System of Common Courts and certain other acts (Journal of Laws of 2017, item 1452) – see: M. Dąbrowski, J. Szymanek, M.M. Wiszowaty, J. Zaleśny, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów*, Warszawa 2020, p. 159; D. Mazur, *Sędziowie pod specjalnym nadzorem, czyli „wielka reforma” wymiaru sprawiedliwości* [in:] *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, eds. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019, p. 279.

principle of justice and ancillary praxeological values, such as reliability and efficiency. It is also necessary to adhere to the highest ethical standards, considering the principle of the common good. The measures employed by the court president must be proportional to the goal, meaning that the dismissal of a visiting judge should be a last resort, applied only for important reasons. The principle of legal certainty and the stability of public functions also indicates that a visiting judge should perform their function for the full term, which is crucial for ensuring the stability of administrative supervision over the activities of courts.

The requirement to seek the opinion of the Minister of Justice before appointing a visiting judge underscores the importance of this function and indicates that this process is not merely a formality, which further supports the argument for tenure stability. The absence of a similar requirement for dismissal suggests that the legislator did not envisage the possibility of dismissing a visiting judge before the end of the term, which further supports the argument for maintaining the stability and continuity of this function.

Systemic and Functional Interpretation

In the process of legal interpretation, one must consider linguistic, systemic, and functional aspects, which must align with the normativity of the legal text and the methodological principles of interpretation¹⁰.

In the law governing the organization of common courts, the absence of a specific provision regarding the dismissal of a visiting judge before the end of the term indicates that such a possibility was not envisaged by the legislator. Therefore, Art. 37d LOCC should be interpreted in a way that ensures its internal coherence and logic.

The functional interpretation of Art. 37d LOCC indicates that visiting judges are experienced (at least seven years of service) and that their appointment process is transparent and consulted with the Minister of Justice, thereby ensuring the independence and stability of the visiting judge's function, which is crucial for proper administrative supervision. Dismissing a visiting judge before the end of the term could lead to destabilization of the court's administrative structure. It would be an abuse without basis in the analyzed provision to apply an interpretation assuming that since the court president can appoint, they can also arbitrarily dismiss a visiting judge. Referring to the analyzed provision, applying the argumentum *a contrario* interpretation¹¹, the following conclusions can be drawn:

¹⁰ See: L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, *passim*; M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, *passim*.

¹¹ In the context of systemic interpretation, the argumentum *a contrario* should be applied cautiously to avoid results that are contrary to the logic of the legal system and the general principles of law.

1. Since the provision states that “a visiting judge in an appellate court is appointed by the president of the appellate court, and in a district court – by the president of the district court”, it can be inferred that other court presidents (e.g., the president of a regional court) do not have the authority to appoint a visiting judge.
2. The provision states that “a visiting judge must have at least seven years of experience in the position of a judge”, thereby implying that judges with less experience cannot be appointed to this position.
3. Since “the court president is required to seek the opinion of the Minister of Justice before appointing a visiting judge”, it should be inferred that an appointment without this opinion is inadmissible and may be deemed unlawful.

The literal, systemic, and functional interpretation of Art. 37d LOCC leads to the conclusion that the court president does not have the authority to dismiss a visiting judge before the end of their four-year term. Such an interpretation is consistent with the principles of legal certainty and stability of public functions.

Threats to the Rule of Law and Stability of the Legal System

1. Violation of the Principle of Legal Certainty: The rule of law is based on the principle of legal certainty, which ensures that legal provisions are clear, understandable, and predictable, and that all actions by state authorities comply with the law. Dismissing a visiting judge before the end of their term, despite the lack of an explicit provision allowing such action, undermines this principle. If the court president can freely interpret their authority to dismiss visiting judges, it creates a situation of legal uncertainty where individuals holding public functions may be exposed to arbitrary decisions and abuse of power.
2. Violation of the Principle of Equality: The principle of equality requires that all individuals be treated equally in similar situations. Arbitrary dismissal of visiting judges by the court president can lead to situations where decisions regarding the appointment and dismissal of judges are made based on subjective criteria rather than objective grounds provided by law. Such actions can be perceived as favoritism or discrimination against certain individuals, undermining the principle of equality.
3. Political Influence and Abuse of Power: Dismissing a visiting judge before the end of their term to achieve a temporary political goal constitutes a serious abuse of power and a threat to the rule of law and the stability of the legal system. Using the position of the court president to achieve political objectives threatens the independence of the judiciary and undermines public trust in public institutions. Such actions can be seen as an attempt to manipulate the court’s personnel composition to achieve specific political benefits, which is contrary to the principles of a democratic state governed by the rule of law.

4. **Undermining the Authority of the Judiciary:** The stability of the legal system relies on the authority and independence of the courts. Arbitrary dismissal of a visiting judge by the court president undermines the authority of the judiciary, as it shows that personnel decisions can be made based on subjective and political criteria rather than according to the rule of law. This can lead to a weakening of public trust in the justice system.
5. **Violation of Law and Continuity of Court Work:** A visiting judge plays an important oversight and supervisory role within the judiciary structure. Dismissing a visiting judge before the end of their term is a violation of the law and disrupts the continuity of their work, which can lead to organizational and administrative problems within the court. The lack of tenure stability for public functions may also discourage judges from taking on additional inspection duties due to fears of arbitrary dismissal decisions.
6. **Destabilization and Lack of Predictability in the Legal System:** If the court president dismisses a visiting judge before the end of their term without a clear legal basis, it creates a precedent that can lead to further destabilization of the process of dismissing judges. Other authorities may begin to adopt similar practices, leading to general chaos and a lack of predictability in the legal system.

Arguments Against the Possibility of Dismissal

1. **Tenure as a Principle of Stability:** Tenure is intended to guarantee the stability of functions and the continuity of administrative supervision in common courts. The provisions of LOCC do not provide for the shortening of the term, indicating that it should be carried out for the full four-year period, protecting the visiting judge from arbitrary decisions by the court president.
2. **Lack of Provisions Regarding Dismissal:** The provisions of the Act do not contain explicit grounds and procedures for dismissing a visiting judge before the end of their term. This legislative silence can be interpreted as the legislator's intention for the function to be performed for the entire term. The legislator, when defining the mode of appointing a visiting judge, does not establish a general principle of their dismissibility from this function. It assumes the permanence of this function during the term, only providing for the possibility of dismissing a retired judge from the function of a visitor in specified cases.
3. **Principle of Legality:** All actions of judicial authorities must comply with the principle of the rule of law, which means acting on the basis of and within the limits of the law¹². The lack of explicit provisions regarding the dismissal of a visitor before the end of the term means that the court president does not have such competence, as the law does not permit it. The act of dismissing a visiting judge

¹² The principle of legality requires that every decision of a judicial authority has a clear legal basis.

- is not a simple reversal of the act of appointment based on the evaluation of the visitor's performance by the court president, but only a consequence of circumstances provided for in the law and concerning only a retired judge. Article 37d LOCC, which empowers the court president to appoint a visiting judge, does not provide a sufficient basis for dismissing them from such a function. If the legislator wanted to introduce circumstances enabling the dismissal of a visiting judge, it would do so in a clear and explicit manner, expressing it *expressis verbis*. Given that the legislator has not established separate provisions regarding the possibility of dismissing a visiting judge, assuming the rationality of the legislator's actions, it should be inferred that the appointment to this function is to last for the full term.
4. Effectiveness and Independence of Administrative Supervision: A visiting judge, performing a supervisory function, should be protected from unjustified dismissal, which is crucial for maintaining the effectiveness and independence of administrative supervision.
 5. Opinion of the Minister of Justice: The appointment procedure requires obtaining the opinion of the Minister of Justice, indicating the need for consultation and cooperation between judicial and administrative authorities. The lack of such a requirement for dismissal suggests the absence of an intention to allow such actions without appropriate oversight.

Arguments for the Possibility of Dismissal

Presumption of Competence¹³: Since the court president has the competence to appoint, it can be argued that they also have the competence to dismiss a visiting judge, but only in cases of justified special circumstances, such as voluntary resignation¹⁴, severe illness preventing the performance of duties, or violation of the Constitution of the Republic of Poland and laws¹⁵. The difference in the nature of the grounds enabling dismissal affects the possibility of dismissing a visiting judge by the appointing authority.

Conclusion

The dismissal of a visiting judge before the end of their term by the court president, when the provisions of LOCC indicate the absence of a clear competence

¹³ In the context of constitutional law, the concept of competence is inextricably linked to a specific set of legal norms that define the situations in which a state authority takes certain actions. These actions lead to a change in the legal situation of other entities to a defined extent.

¹⁴ The dismissal in the case of a judge's resignation has a declaratory character.

¹⁵ In the mentioned cases, the dismissal has a constitutive nature, as the court president, when dismissing, should assess whether the existing situation justifies the dismissal of the visiting judge.

norm regarding the dismissal of a visiting judge, poses a serious threat to the rule of law and the stability of the legal system. The tenure of a visiting judge fundamentally assumes continuity, and the expiration of the term is the natural way of ending the function. Any other methods are exceptional (for important reasons). The possibility of freely dismissing a visiting judge violates the principles of legal certainty, equality, and judicial independence, undermines the authority of the judiciary, and disrupts the continuity of court operations. Additionally, the abuse of power to achieve temporary political goals threatens the foundations of a democratic state governed by law and erodes citizens' trust in public institutions. To prevent such threats, personnel decisions in the judiciary should be made in accordance with the law and the principles of the rule of law, ensuring the stability and predictability of the justice system.

Generally, the function of a visiting judge expires with the end of their term or the moment the judge is dismissed from the visiting judge role. Although the law does not explicitly state that a visiting judge is appointed for a full term, it is erroneous to claim that the dismissal would primarily be justified by teleological and praxeological considerations. It would also be an oversimplification to equate the powers (competencies) of appointment with the powers of dismissal from positions, asserting that "if a given authority can appoint a person, it can also dismiss them at any time".

The provisions of LOCC envisage the competence to dismiss a visiting judge, but this only applies to a retired judge (not an active judge). Besides the aforementioned possibility of dismissing a visiting judge, the court president can only dismiss "for other important reasons".

In summary, visiting judges play a crucial role in the internal administrative supervision of common courts. Their actions must comply with the principles of independence, justice, and professional ethics. The process of dismissing visiting judges should be transparent and consistent with the constitutional principles of the rule of law. Interpretation of the provision, considering the principles of legal interpretation and relevant literature, indicates that a visiting judge should serve their function for the full four-year term. The absence of explicit provisions regarding dismissal before the end of the term and the principles of stability and legal certainty argue that the court president does not have the competence to dismiss a visiting judge before the end of their term without a clear legal basis. Any attempts at dismissal should be treated as a violation of the rule of law and can be challenged through appropriate legal procedures.

Given the legal cases of dismissing visiting judges by court presidents, it should be stated *de lege ferenda* that this issue should be regulated to clarify the provisions regarding the dismissal of visiting judges, to avoid interpretative arbitrariness and ensure the transparency of procedures.

Moreover, the analysis of the legal state of internal administrative supervision over the court's administrative activities allows us to conclude that disorganization

of court work through inaccurate and unjustified personnel decisions, including arbitrary dismissal of visiting judges, falls under the typification of “gross neglect of official duties” mentioned in Art. 27 LOCC, which may contribute to the dismissal of the court president before the end of their term.

Bibliography

- Chmielarz K., *Administracja sądowa. Ministerialny model zarządzania i administrowania sądami powszechnymi*, Warszawa 2024.
- Dąbrowski M., Szymanek J., Wiszowaty M.M., Zaleśny J., *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów*, Warszawa 2020.
- Mazur D., *Sędziowie pod specjalnym nadzorem, czyli „wielka reforma” wymiaru sprawiedliwości* [in:] *Konstytucja. Praworządność. Władza sądownicza. Aktualne problemy trzeciej władzy w Polsce*, eds. Ł. Bojarski, K. Grajewski, J. Kremer, G. Ott, W. Żurek, Warszawa 2019.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010.
- Mrozek J., *Kontrola i nadzór administracyjny w sądownictwie powszechnym*, Warszawa 2022.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012.

Summary

This publication contains a detailed study on the legal analysis regarding the appointment and dismissal of visiting judges, who play a crucial role in administrative supervision over the proper functioning of common courts. The article employs a dogmatic-legal analysis and applies systemic and functional interpretation. The study also includes a *de lege ferenda* conclusion.

Keywords: visiting judge, administrative supervision, court president

ANALIZA ZASAD POWOŁYWANIA I ODWOŁYWANIA SĘDZIÓW WIZYTATORÓW W SĄDACH POWSZECHNYCH RP

Streszczenie

Niniejszy artykuł zawiera szczegółowe opracowanie dotyczące analizy prawnej w zakresie powoływania i odwoływania sędziów wizytatorów, do których należy pełnienie istotnej roli w nadzorze administracyjnym nad prawidłowym funkcjonowaniem sądów powszechnych. Zastosowano analizę dogmatyczno-prawną oraz wykładnię systemową i funkcjonalną. Opracowanie zawiera również wniosek *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: sędzia wizytator, nadzór administracyjny, prezes sądu

Maciej Aleksander Kędzierski

Akademia im. L. Koźmińskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0003-3074-1355

DERISKING/DEBANKING JAKO „METODY” ZAPEWNIANIA BEZPIECZEŃSTWA?

Wprowadzenie

Aktualne procedury przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (AML/CFT)¹ powinny być oparte na analizie ryzyka. Z czasem to wieloletnie już podejście wykazało także w niektórych przypadkach jego patologiczne wykorzystanie. Stąd też regulacje oparte na ocenie ryzyka skutkują dwoma typami instytucjonalnych negatywnych zachowań polegających na unikaniu ryzyka. Pierwszy sprowadza się do kreowania nadmiaru wewnętrznych polityk i procedur, w konsekwencji niezrozumiałych i niepolepszających jakości oceny ryzyka, drugi zaś związany jest z unikaniem obszarów wycenionych jako wiążące się z wysokim ryzykiem. Do tego drugiego typu zachowań zaliczymy *derisking* i *debanking*.

Derisking (wycofanie się z ryzyka)² stanowi indywidualne, zwłaszcza subiektywne, podejście do ryzyka reprezentowane przez określone instytucje zajmujące się na co dzień kwestiami świadczenia produktów i usług dla swoich klientów. Zachowanie to polega na całościowym, kompleksowym czy rodzajowym wykluczeniu możliwości obsługi określonych obszarów lub klientów zarówno na poziomie niepodpisywania umów o świadczenie produktów czy usług, jak i na poziomie wypowiedzania takim klientem już prowadzonych usług, zwłaszcza w zakresie obsługi finansowej czy prowadzenia konta bankowego (w tym przypadku ta specyficzna odmiana nieświadczenia lub odmowy świadczenia usług określana jest jako *debanking*, *debankowanie*).

¹ Skrótowiec ang. *Anti Money Laundering/Counter Financing of Terrorism* (przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu).

² *Derisk* – uczynić coś bezpieczniejszym, zmniejszając prawdopodobieństwo, że stanie się coś złego i że pieniądze zostaną utracone. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/derisk> (10.05.2024).

Obydwa rodzaje zachowań – *derisking* i *debanking* – można odnieść do postępowania instytucji obowiązanych (dalej: IO) w celu unikania regulacji lub niewłaściwego wykorzystania regulacji w zakresie przeciwdziałania przestępstwom (głównie związanych z AML/CFT, ale również z innych powodów, np. komercyjnych, politycznych), a także niedopuszczenia do konfrontacji z niepewnością, zwłaszcza cechowaną zagrożeniem oraz niedopuszczenia do podjęcia wysiłku zarządzania tego rodzaju ryzykiem poprzez niedoprowadzenie do wejścia w relacje IO–klient, z *a priori* przyjętym (założonym) określonym ryzykiem (niejednokrotnie niewycenionym indywidualnie w danej IO, a opartym na generalnych ocenach). Dlatego też IO zamiast zarządzać ryzykownymi klientami, decydują się na całkowite zakończenie relacji z nimi lub w ogóle nienawiązanie ich, co w konsekwencji minimalizuje ich własną ekspozycję na ryzyko, zwłaszcza gdy przewidują one, iż relacja z danym rodzajem klienta powodować będzie przekroczenie apetytu na ryzyko. Tym samym następuje negatywna segmentacja niedopuszczająca do sprzężeń zwrotnych w relacji rodzajowej. Powstaje więc tym samym sytuacja pozornego unikania ryzyka, a nie doprowadzenie do sytuacji zarządzania ryzykiem zgodnie z podejściem FATF (Grupa Zadaniowa ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy, ang. Financial Action Task Force) opartym na ryzyku.

Takie zachowanie najczęściej usprawiedliwiane jest obawami dotyczącymi ponoszenia znacznych kosztów utrzymania ryzyka lub też pełną niechęcią do inwestowania w stabilizowanie takiego ryzyka. Przedmiotowe odejście do ryzyka poprzez jego *ex ante* odrzucenie może też w obszarze AML/CFT wiązać się z coraz większym wachlarzem obowiązków, jakie zmieniające się przepisy narzucają na IO, zwłaszcza wobec klientów wysokiego ryzyka. *Debanking* może być również oceniony jako negatywny element uboczny wobec wprowadzenia w systemach AML/CFT scedowania odpowiedzialności za wykonywanie identyfikacji i oceny ryzyka na IO. Szczególnie dotyczy to obszaru identyfikacji ryzyka instytucjonalnego, któremu bliżej jest do wewnętrznych polityk bezpieczeństwa banku niż do potrzeby analizy sprawy ryzyka indywidualnego klienta czy transakcji. Tak więc ten specyficzny *derisking* może być także wynikiem obawy o rentowność, respektowania wymogów ostrożnościowych, narażeniem się na odpowiedzialność podmiotów odpowiedzialnych za obszar *compliance*, odzwierciedleniem sytuacji gospodarczej po światowym kryzysie finansowym czy utraty ryzyka reputacji instytucjonalnej (zwłaszcza jeżeli chodzi o podmioty zaufania publicznego oraz podmioty o wysokiej konkurencyjności). Należy mieć na uwadze to, że *derisking* traktowany niesłusznie jako sposób „pozbywanie się ryzyka” nie powoduje ostatecznie takiej zakładanej fałszywie sytuacji. Ryzyko występuje zawsze, zostaje ono jedynie przemieszczone do innych obszarów społeczno-finansowych, niekoniecznie podlegając umniejszeniu. Konsekwencje niedopuszczenia do otwarcia rachunku bankowego lub dokonania rozwiązania umowy są coraz bardziej dolegliwe, szczególnie gdy chodzi o ograniczanie obrotu gotówkowego albo wiązanie

tego zdarzenia z posiadaniem rachunku bankowego jako podstawowego kryterium do realizacji innego rodzaju usług, np. niebankowych (m.in. rozliczenia podatkowe, płatności internetowe, zarządzanie ubezpieczeniami).

Derisking to także niejednokrotnie reakcja IO na zdarzenia geopolityczne, stąd tego rodzaju rozwiązania dotyczą członków diaspory z takich państw, jak: Somalia, Rosja i Iran³. *Debanking* jest więc elementem obrony przed niechcianym klientem. Niestety, czasami staje się efektem wprowadzania jedynie częściowo lub na poziomie wymaganego ewidentnego minimum zaleceń FATF w obszarze AML/CFT. Może być również rezultatem swobody w zakresie tworzenia własnych polityk bezpieczeństwa, w tym oceniania możliwości utrzymania ryzyka AML/CFT, co może w przyszłości powodować konflikt między organami regulacyjnymi a nadzorowanymi przez nie IO. Przeciwwstawieniem się tego typu tendencjom może być wprowadzenie ogólnokrajowych rozwiązań prawnych znacząco obwarowujących warunkami rezygnację IO z obsługi rodzajowo określonego klienta lub też oceny stanu ryzyka ML/FT wycenione w krajowej ocenie ryzyka (KOR), za które ponosi odpowiedzialność państwowa jednostka analityki finansowej (w Polsce – Generalny Inspektor Informacji Finansowej, GIIF). Wobec powyższego już teraz można mówić o zjawisku mającym swoje ugruntowanie w tzw. rosnącym ryzyku debankingu (coś, co miało być eliminacją ryzyka, staje się jego źródłem).

Przedmiotem artykułu jest zaprezentowanie sposobu postępowania IO (decydentów władczych) przy użyciu „metody” *deriskingu/debankingu* w celu „pozbywania się” różnego rodzaju ryzyka, w tym ryzyka ML/FT, a w rzeczywistości dokonanie oceny takiego postępowania na podstawie przykładów działań w poszczególnych krajach. Ponadto zaprezentowano, czym jest *derisking* i jak może być on wykorzystany jako instrument przeciwdziałania ML/FT, ale także w realizacji służb państwowych jako element czynnej aktywności na rzecz „zapewniania bezpieczeństwa” w sytuacjach kryzysowych niezwiązanych z praniem pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu. Jako metodę zastosowano przegląd rozwiązań prawnych w poszczególnych krajach, w których *derisking* w różnej postaci stał się sposobem na regulację społeczną, w tym występowania zwłaszcza negatywnych zjawisk na tle rasowym, finansowym, religijnym czy oporu społecznego (jako metoda polityczna). Podstawowym założeniem artykułu jest to, że *deriskingu* nie można uznać za metodę neutralizującą rodzajowe zagrożenie w obszarze prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, jest on natomiast nadużywany czy realizowany jako schemat postępowania podmiotu władczego w różnych

³ Np. każdego roku somalijscy migranci z całego świata wysyłają do Somalii około 1,3 mld USD. Z tego około 215 mln USD pochodzi ze Stanów Zjednoczonych (16%), co jest porównywalne z łączną kwotą pomocy rozwojowej i humanitarnej, jaką rząd USA wysłał do Somalii w 2012 r. (242 mln USD). Przekazy pieniężne utrzymują przy życiu 1 na 4 z 10 mln Somalijczyków mieszkających w tym kraju. *The Somalian Remittance Crisis: when remittances are needed the most*, <https://crosstechpayments.com/somalian-remittance-crisis/> (20.04.2024).

sferach obrony przed innymi rodzajami zagrożeń bezpieczeństwa. Zachowania oparte na deriskingu/debankingu stają się przyczynkiem dla innego rodzaju zagrożeń, także tych, wobec których nie jest możliwe zastosowanie środków bezpieczeństwa finansowego.

Ocena przedmiotowego obszaru tematycznego

Główne czynniki, jakie brane są pod uwagę w zakres stosowania deriskingu, to: koszt, reputacja i potencjalne narażenie na przestępstwa finansowe. Do każdego z tych czynników IO powinna podchodzić synergicznie, nie forując jednych kosztem drugich, zwłaszcza dwóch pierwszych wobec trzeciego. Należy zauważyć, że system AML/CFT jest celowo ukierunkowany przede wszystkim na eliminację zagrożeń dla IO, szczególnie wobec narażenia jej na proceder przestępczy określony jako pranie pieniędzy czy finansowanie terroryzmu. Czynnikiem eliminującym przestępczość wydaje się być dominujący. Zwłaszcza *debanking* zwraca uwagę na istotną rolę banków w zarządzaniu finansami danego państwa, ale także na to, że same te instytucje, uzyskując wysoką pozycję w sprawach gospodarczych czy obsługi obywateli, nie chcą uczestniczyć w określonego rodzaju, co najmniej wątpliwych aktywnościach obywatelskich i podmiotów gospodarczych. Taka rola kreowana przez nie same powoduje wpływ na globalną ocenę stosunku różnego rodzaju instytucji, w tym państwowych, do określonych kategorii aktywności społecznych. Nie dotyczą one wyłącznie źródeł popełniania czynów zabronionych. Przykładem jest tu zastosowanie debankingu wobec zdecentralizowanych systemów finansów opartych na technologii *blockchain* (np. gdy chodzi o obrót walutami wirtualnymi).

Takie „metodyczne” podejście posiada wiele uwarunkowań, jak: niepełna wiedza o tej branży finansowej, upatrywana konkurencyjność, budowanie nowych walut wirtualnych jako przeciwwagi dla rozliczeń finansowych pomiędzy państwami objętymi sankcjami gospodarczymi, brak instrumentów i instytucji nadzorczych nad wykonawstwem, brak przepisów regulacyjnych, niemożność sprostania wymaganiom AML/CFT, a tym samym obawy przed nałożeniem kar, niedostawianie samego systemu AML/CFT do nowych rozwiązań finansowych (choćby wprowadzenia tego rodzaju instytucji do katalogu – IO). Co istotne jednak, mając na względzie to, że zdecentralizowane systemy finansów wkomponowały się już na trwałe w relacje gospodarcze, podmioty decyzyjne z czasem wprowadziły przepisy regulacyjne, włączając do obszaru AML/CFT również tego typu działalność (podmioty prowadzące działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług obrotu walutami wirtualnymi)⁴. Tym samym zapobiegnięto stosowaniu na szeroką

⁴ Podobnie podmioty prowadzące system rozrachunku oparty na DLT, o którym mowa w art. 2 pkt 7 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/858 z 30 maja 2022 r. w sprawie systemu pilotażowego na potrzeby infrastruktur rynkowych opartych na technologii rozproszonego

skalę debankingu wobec zdecentralizowanych systemów finansów. Ma to istotne znaczenie, ponieważ najważniejsze wydaje się zarządzanie ryzykiem. Tu działa ten schemat obosiecznie – z jednej strony ryzyko AML/CFT w ramach zdecentralizowanych systemów finansów nie jest do końca rozpoznawalne, a z drugiej strony sam ten system jest podatny na nieprawidłowości i zagrożenia ze strony sprawców, którzy chcą wykorzystać jego luki w zabezpieczeniach i oszukać użytkowników. Staje się więc „bezbronny” wobec uczciwych użytkowników. Nie sprzyja temu też postawa banków realizowana na zasadzie *deriskingu*, a więc oddalenia od siebie roli „ochronnej”, budowanej na zasadzie indywidualnej oceny ryzyka. Odrzucenie obsługi tego typu usług finansowych dla „trudnych” klientów jest naturalnym atutem antybankowym, który wobec „odrzuconych użytkowników” staje się kreatorem paralelnego rynku usług finansowych bez obowiązku oceny ryzyka tak jak w przypadku reprezentantów tradycyjnych usług bankowych.

Należy mieć na uwadze również to, że zwłaszcza *debanking* pozostaje w sprzeczności z pozyskiwaniem dowodów działalności przestępczej sprawców prania pieniędzy czy finansowania terroryzmu. To powoduje w pierwszym przypadku brak wiedzy o pierwotnych czynach zabronionych, a w drugim brak możliwości ustalenia beneficjenta terrorystycznego, którego można byłoby (potencjalnie) kojarzyć z organizacją zamachu terrorystycznego. Poprzez *debanking* przerywa się wiedzę instytucjonalną (w przypadku IO) oraz wiedzę operacyjną (w przypadku służb) i dowodową (w przypadku postępowań prokuratorskich i przed sądem) celem wykazania sprawczych powiązań i schematów sieciowych powiązań aktywów finansowych i rzeczowych pomiędzy sprawcami łańcucha dostaw dla terrorystów czy legalizacji aktywów uzyskanych w wyniku dokonania czynów zabronionych.

Ocena tych specyficznych zachowań instytucjonalnych związana była początkowo z niekoniecznie właściwie pojmowanym zakresem stosowania przepisów dotyczących AML/CFT. Podstawową zasadą w kontekście AML/CFT jest identyfikacja i ocena ryzyka instytucjonalnego i indywidualnego, zwłaszcza związanego z określonym klientem lub transakcją, czyli wzięcie oceny ryzyka „na siebie” przez IO, a dopiero w konsekwencji wystąpienia niemożliwości oceny ryzyka, pozostającego zwłaszcza po stronie klienta, odstępianie od podejmowania relacji gospodarczych czy zrealizowania transakcji okazjonalnej. Zalecenia FATF wymagają od instytucji finansowych zakończenia relacji z klientami jedynie w indywidualnych przypadkach, gdy nie można złagodzić ryzyka prania pieniędzy i finansowania terroryzmu. Nie jest jednak zgodne ze standardami FATF stosowanie hurtowego odcinania całych klas klientów bez poważnego i kompleksowego uwzględnienia ich poziomu ryzyka lub środków ograniczających ryzyko

rejestr, a także zmiany rozporządzeń (UE) nr 600/2014 i (UE) nr 909/2014 oraz dyrektywy 2014/65/UE (Dz.Urz. UE L 151 z 2.06.2022, s. 1).

dla poszczególnych klientów w ramach określonego sektora⁵. Podejście to zakłada więc indywidualną i specyficzną dla danej IO ocenę ryzyka. Natomiast w konsekwencji walki z finansowaniem terroryzmu i samym terroryzmem wprowadzono dodatkowo instrument zamrażania środków finansowych, jakimi dysponują podmioty wyznaczone na listach sankcyjnych (ONZ, Unii Europejskiej, poszczególnych krajów). Ta formuła przeciwdziałania także zawierała w swoim założeniu podejście indywidualne, lecz z czasem zaczęła dotyczyć nie tylko poszczególnych podmiotów, ale też państw (np. Iran, Syria) postrzeganych jako podmioty prawa międzynarodowego wspierające działalność terrorystyczną. W rezultacie zastosowanie deriskingu uniemożliwia:

- monitoring klienta/transakcji, a tym samym pozyskiwanie wiedzy na temat możliwych i ewentualnych powiązań z procederem prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu,
- identyfikowanie źródeł pochodzenia i sposobów przemieszczania środków do/ z systemu ich legalizacji lub beneficjentów terrorystycznych,
- prawidłowe stosowanie mechanizmów systemu AML/CFT, ponieważ klienci niebędący w relacji z IO nie będą przekazywać wszystkich informacji, a zwłaszcza tych, które by ich eliminowały z utrzymywania w dalszym czasie relacji gospodarczych z IO (nie powoduje to także sytuacji wzajemnego zaufania),
- współdziałanie ze sobą kilku tożsamyh rodzajowo lub różnorodnych rodzajowo IO na rzecz wspólnego monitorowania zachowań klienta podejrzewanego o powiązania z procederem prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu,
- identyfikowanie aktywów w celu ich zamrażania (stosowanie szczególnych środków ograniczających) lub wstrzymania dystrybucji (blokady konta, wstrzymania transakcji podejrzanej),
- realizowanie właściwej współpracy w zakresie wymiany informacji pomiędzy jednostkami wywiadu finansowego (jednostki nie są zasilane informacją rozpoznania i jej transpozycji na informację finansową),
- przeciwstawienie się budowaniu alternatywnych kanałów przepływu aktywów, które nie kontrolują ryzyka, a wręcz bazują na jego nierozpoznawalności, tym samym stając się anonimowym instrumentem sprzyjającym na rzecz popełniania przestępstw,
- dokonanie oceny, jak dany produkt/usługa IO będzie postrzegana wobec danej rodzajowo zbiorowości, czyli na ile będzie niewłaściwie wykorzystana, a na ile będzie ona inicjowała działania do popełniania przestępstw,
- zbudowanie zbioru uczącego, gdy IO będzie chciała skorzystać z zasilenia procedury rozpoznania ryzyka za pomocą sztucznej inteligencji.

Debanking wymierzony w członków Al-Kaidy, jako członków organizacji terrorystycznej, przekształcił się w podstawowe narzędzie używane przeciwko „krajom

⁵ *De-risking, Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism*, <https://www.coe.int/en/web/moneyval/implementation/de-risking> (2.05.2024).

zbójcekim”, takim jak Iran i Korea Północna. Również innego rodzaju sankcje, ale też opierające się na schemacie zamrażania środków, dotyczą państw, które naruszały prawa człowieka lub wzniecały konflikty zbrojne (np. Białoruś, Rosja). Zamykanie rachunków bankowych i nierealizowanie międzynarodowych przekazów pieniężnych posiada swoje odzwierciedlenie w restrykcyjnych działaniach wymierzonych przynajmniej w dwóch kierunkach. Pierwszy związany jest z nieszanowaniem rachunków instytucji pośrednictwa finansowego dokonujących przesyłu środków z państw Unii Europejskiej do państw zwłaszcza afrykańskich, w których nie obowiązują europejskie standardy w zakresie rozliczeń finansowych. Związane jest to przede wszystkim z tym, że obrót realizowany jest poprzez przekazy internetowe, gdzie obrót gotówkowy jest minimalny, ponieważ jest związany z tym, że posiadanie gotówki narażone jest na zagrożenia związane z wysokim stopniem przestępczości pospolitej. Tym samym osoby migrujące do Unii Europejskiej i chcące utrzymywać relacje finansowe z krajem pochodzenia nie mają takich możliwości w zakresie wykorzystania do tego nadzorowanych IO o charakterze finansowym. Drugi kierunek jest podobny, ale związany z pochodzeniem migrantów z krajów objętych sankcjami m.in. w związku ze społecznym, ale głównie przez organy władzy wykonawczej popieraniem działań terrorystycznych, ich finansowaniem czy też wspieraniem konfliktów zbrojnych. Przyszłościowo drugi kierunek może zostać poszerzony o niektóre państwa afrykańskie (Mali, Burkina Faso, Niger) w związku z realizacją umów finansowo-militarnych z Federacją Rosyjską. W konsekwencji banki zamykają rachunki MSB (to nierejestrowane w jednostce analityki finansowej podmioty świadczące działalność w zakresie usług płatniczych, *money services businesses*) i międzynarodowych przekazów pieniężnych, które zapewniają utrzymanie powiązań finansowych między diasporami relokowanymi w danym kraju (np. Unia Europejska, Kanada) a ich przyjaciółmi/akolitami, rodzinami i małymi firmami w ich bardziej ryzykownych krajach pochodzenia⁶. Ponadto rugowanie takich podmiotów jak MSB związane jest z posiadaniem przez nie nieadekwatnych pod względem zabezpieczeń systemów ochrony, jakimi dysponują duże bankowe przedsiębiorstwa. W konsekwencji negatywna postawa wobec tego rodzaju podmiotów może zmusić je do podjęcia działalności w czarnej lub szarej strefie gospodarczej (nie mogą one konkurować z wysokospecjalistycznymi instytucjami jak banki). Tym samym *debanking* nie wyeliminuje ryzyka związanego z transakcyjnością i nie doprowadzi do możliwości pozyskiwania „śladów transakcyjnych” podejrzanych przepływów środków finansowych docelowo legalizowanych lub przeznaczanych dla beneficjentów terrorystycznych. Innym sposobem usprawiedliwienia debankingu jest powoływanie się na rejestry skazanych. Umieszczenie klienta w rejestrze karnym może stanowić przeszkodę w dostępie do podstawowych usług, takich

⁶ Zob. M. Lemieux, *De-banking international money remitters in Canada*, 2018, <https://www.linkedin.com/pulse/de-banking-international-money-remitters-canada-marc-lemieux> (14.05.2024).

jak konto bankowe. Banki i ubezpieczyciele mogą więc szerzej również dyskryminować osoby z niezatartymi wyrokami skazującymi, firmy Fintech czy firmy rynku Forex.

Polskie rozwiązania prawne w zakresie deriskingu znajdują się w art. 41 ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁷. Może być on rozumiany jako *derisking*, gdy dotyczy wszystkich rodzajów IO, a w przypadku, gdy mamy do czynienia z bankiem jako IO, można określić go mianem *debankingu*. Zarówno *derisking*, jak i *debanking* w systemie AML/CFT, gdy nie posiada umocowania prawnego i umotywowania w ściśle określonych przepisach rangi ustawy, należałoby ocenić pejoratywnie. System AML/CFT, mimo że dotyczy dwóch kwestii podstawowych, tj. przeciwstawienia się procederowi prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, to jednak dotyka szeregu innych obszarów bezpieczeństwa: przestępstw pierwotnych (źródłowych) jako czynów zabronionych dla przestępstwa z art. 299 k.k., samego zjawiska terroryzmu, relacji negatywnych pomiędzy terroryzmem a przestępczością zorganizowaną, pośrednio także przestępczości podatkowej, finansowej, działania na szkodę podmiotów zaufania publicznego, korupcji, proliferacji broni masowego rażenia oraz materiałów podwójnego wykorzystania. Należy ponadto zaznaczyć, że zapis art. 41 u.p.p.p.f.t. w ust. 1 wprost wskazuje, że niedopuszczenie do relacji z klientem lub rozwiązanie w tym zakresie stosunków gospodarczych związane jest z niemożliwością zastosowania jednego ze środków bezpieczeństwa finansowego, o którym mowa w art. 34 ust. 1 u.p.p.p.f.t., a więc opiera się na rozstrzygnięciu indywidualnym, a nie działaniu wymierzonym w rodzajowo określonych klientów. Taki kierunek także pozostaje słuszny wobec wytycznych określanych przez FATF⁸. Omawiana ustawa wskazuje też, że wobec podmiotów wyznaczonych na listach sankcyjnych podejmuje się szczególne środki ograniczające. Polegają one m.in. na nieudostępnieniu wartości majątkowych bezpośrednio ani pośrednio osobom i podmiotom, ani na ich rzecz, przez co rozumie się w szczególności nieudzielanie pożyczek, kredytu konsumenckiego lub kredytu hipotecznego, niedokonywanie darowizn, niedokonywanie płatności za towary lub usługi (art. 117 ust. 2 pkt 2 u.p.p.p.f.t.). Jest to więc działanie, które także będzie można zaliczyć do debankingu (*deriskingu*), ale skierowanego wobec indywidualnych podmiotów, a nie całych ich zbiorowości.

W konsekwencji zaprezentowanych przepisów można wyróżnić te, które odnoszą się do AML/CFT, oraz te, które na gruncie prawa krajowego na wzór i podobnie regulują kwestie zamrażania środków i reagowania na innego rodzaju sankcji niż te związane z praniem pieniędzy, a zwłaszcza przeciwdziałaniem finansowaniu

⁷ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. 2023, poz. 1124, 1285, 1723, 1843), dalej: u.p.p.p.f.t.

⁸ The Financial Action Task Force (FATF), Grupa Zadaniowa ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy.

terroryzmu. W polskich warunkach prawnych do tych przepisów będzie można zaliczyć przepisy regulujące kwestię przeciwdziałania przestępczości podatkowej i system STIR⁹ (Dział 3B – Przeciwdziałanie wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych – Ordynacja podatkowa) oraz przepisy dotyczące przeciwdziałania związanego ze szczególnymi sankcjami (środkami ograniczającymi) nałożonymi na podmioty rosyjskie w związku z inwazją na Ukrainę w 2022 r.¹⁰ Inną konsekwencją wprowadzanych przepisów jest zastosowanie na poziomie IO wzmocnienia środków bezpieczeństwa finansowego a w szczególności identyfikacji i weryfikacji klienta (*Know Your Client* – KYC, poznaj swojego klienta; *Know Your Transaction* – KYT, poznaj swoją transakcję), tak aby nie być narażonym na zarzut uniknięcia ryzyka obchodzenia sankcji, także poprzez *derisking* i *debanking*. Co zastanawiające, tego typu rozwiązania, stworzone zwłaszcza w celu przeciwdziałania zagrożeniu związanemu z przestępczymi procedurami ML/FT, ustanowione zostały również na rzecz innych działań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa. Tym samym rodzajowo wykonywany *derisking* IO pozostaje w sprzeczności z misją realizowaną w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, aby to także wskazane ustawowo IO uczestniczyły w szeroko rozumianym systemie przeciwdziałania przestępczości. To samo stwierdzenie odnosi się do innych systemów niż AML/CFT, ale zintegrowanych z nim na potrzeby rozpoznawania innych kategorii zagrożeń.

Należy zauważyć, że stosowanie *deriskingu* i *debankingu* może być związane nie tylko z ustaleniem indywidualnej sytuacji uprawniającej do takiego postępowania przez IO. Może być również rezultatem dokonania oceny ryzyka instytucjonalnego czy prowadzenia wewnętrznej polityki bezpieczeństwa w takiej instytucji, a w konsekwencji odrzucenia określonych kategorii klientów. Może więc wynikać z pierwotnie określonego zawężenia pola bezpieczeństwa IO czy wytypowania kategorii negatywnych (zagrożeniowych). Kwestie te miały miejsce m.in. wobec nienadzorowanych instytucji pośrednictwa finansowego czy podmiotów zajmujących się obrotem walutami wirtualnymi. Te kategorie wyalienowania były prawdopodobnie związane z odrzuceniem związanym z niewiedzą, nieprzygotowaniem, a zwłaszcza z niemożliwością racjonalnej oceny skali ryzyka przez pracowników instytucji w związku z ryzykiem, jakie te podmioty ze sobą niosły. Zatem związane z odrzuceniem działalności w sytuacji niepewności wobec innych sytuacji niż ML/FT, pozwalających na ocenę prawdopodobieństwa i skali określonego ryzyka.

⁹ Przepisy o systemie teleinformatycznym izby rozliczeniowej zwanym STIR obowiązują od stycznia 2018 r. (w pełnym, sankcyjnym zakresie – od kwietnia 2018 r.) i mają na celu przeciwdziałanie wykorzystywaniu sektora finansowego do wyłudzeń skarbowych.

¹⁰ Ustawa z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. 2023, poz. 129, 185).

Amerykańskie próby regulacji debankingu na tle dyskryminacji rasowej, religijnej i narodowej

Historia debankingu w Stanach Zjednoczonych posiada swoje początki w latach 2000. XX w. Około 2005 r. banki w USA zaczęły zamykać konta operatorów przekazów pieniężnych, głównie małych firm etnicznych. Działania te były związane z aktywnością ekonomiczną, zwłaszcza diaspory pochodzenia latynoskiego, i dokonywaniem przekazów pieniężnych do kraju urodzenia celem wsparcia ekonomicznego rodzin. Kwoty przekazów były niewielkie, ale ich liczba była bardzo wysoka, co miało swoje odzwierciedlenie w wypływie kapitału poza kraj. Pojawiły się także, oceny według których to właśnie emigranci latynoscy prali pieniądze na wielką skalę. W 2010 r. Kongres Stanów Zjednoczonych uchwalił, a prezydent podpisał Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act¹¹. Ustawa ta była początkiem przeciwdziałania deriskingowi i debankingowi ze względu na odmienność rasy i koloru skóry. Na jej podstawie utworzono Biuro Ochrony Finansowej Konsumentów (Consumer Financial Protection Bureau – CFPB), którego zadaniem była ochrona konsumentów-klientów IO przed takimi praktykami¹².

Niestety pojedyncze przypadki odmawiania usług bankowych przerodziły się w trend rynkowy. W szczególności duże banki zaczęły wykorzystywać swoją rolę na rynku usług finansowych, a jednocześnie kształtować własną, im sprzyjającą „politykę bezpieczeństwa”. W 2019 r. JP Morgan Chase przestał świadczyć usługi dla prywatnych więźniów po protestach, które odbyły się przed domem prezesa J. Dimona. Bank twierdził, że jego działanie było wynikiem oceny „kosztów i korzyści” obsługi branży. Kilka banków i firm przetwarzających płatności, w tym PayPal, Citibank i Bank of America, zerwało więzi z producentami broni i powiązаныmi firmami. Bank of America dołączył do pięciu innych dużych amerykańskich banków, aby stanąć na stanowisku, że nie będzie finansował żadnych działań związanych z ropą i gazem w Arctic National Wildlife Refuge, mimo że rząd federalny stworzył go na rzecz poszukiwania i produkcji. Bank określił swoją

¹¹ U.S. Congress, H.R.4173, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/4173/text> (16.05.2024).

¹² Przykładem jest tu odmawianie wydawania kart kredytowych osobom narodowości ormiańskiej przez Citi Bank (kara w wysokości 25,9 mln USD grzywny i zadośćuczynienie konsumentom za zamierzone i nielegalne dyskryminowanie osób ubiegających się o karty kredytowe w latach 2015–2021). Organy nadzoru Citi kamuflowały wewnętrzne procedury, aby ukryć praktyki dyskryminacyjne, instruując pracowników, aby nie omawiali z potencjalnym klientem dyskryminacyjnych praktyk poprzez utrwalanie ich pisemnie lub poprzez nagrywanie na linii telefonicznej. Pracownicy Citi kłamali także na temat podstaw odmowy, podając fałszywe powody kandydatom ubiegającym się o wydanie kart kredytowych. Selekcji negatywnej klientów dokonywano poprzez analizę zapisów nazwisk. Consumer Financial Protection Bureau’s Post, https://www.linkedin.com/posts/consumer-financial-protection-bureau_cfpb-orders-citi-to-pay-259-million-for-activity-7128032053530357763-8oX1 (16.05.2024).

decyzję jako kodyfikację istniejącej praktyki¹³. Banki nie tylko postanowiły zaprzestać udzielania pożyczek na niektóre projekty poszukiwawcze i produkcyjne w Arktyce, ale także zaprzestały świadczenia usług finansowych niezwiązanych z ryzykiem kredytowym lub operacyjnym dla niektórych gałęzi przemysłu energetycznego, w tym wydobywania węgla w całym regionie Arktyki.

Banki często uzasadniają odmowę świadczenia usług określonym kategoriom przedsiębiorstw, opierając się na postrzeganiu ryzyka utraty reputacji, a nie na indywidualnym określeniu ryzyka związanego z każdym klientem¹⁴. W konsekwencji debankingu staje się elementem szerszej polityki podmiotów prywatnych, który może przerodzić się w przyszłości w niebezpieczny instrument prowadzenia tej polityki równoległe (lub jako jej element) do polityki reprezentowanej przez władzę państwową. Oznacza to, że może się on stać nie tyle instrumentem bezpieczeństwa, co instrumentem pobudzającym innego rodzaju zagrożenia, z którymi należałoby walczyć na zasadzie identyfikacji i oceny pod kątem kreowanego ryzyka, nie zaś wypierania go poza obszar obsługi finansowej. Ponadto, co bardziej niebezpieczne, dla usankcjonowania takiego postępowania kreuje się także sposób powoływania na niedookreślone pojęcia, np. na „ryzyko reputacji”. *De-banking* może być elementem niewiedzy o zagrożeniu, z czego mogą korzystać inne instytucje, przyjmując wyrugowane podmioty pod swoją obsługę, niekoniecznie jednak mogą to być podmioty prywatne, ale również podmioty kontrolowane przez poszczególne państwa lub podmioty z pełnym kapitałem państwowym. W konsekwencji tego rodzaju aktywność może stać się elementem „nowej wojny” w sferze pójsicia na skróty, opieki „pokrzywdzonych”, a cel – odrzucony przez inne podmioty chociażby ze względu na prestiż lub grupy nacisku – może być elementem uzyskania przewagi nad określonymi ważnymi militarnie i gospodarczo obszarami (np. jako element wojny hybrydowej lub kognitywnej). Zwłaszcza w obszarze „wojny kognitywnej” podatne mogą być tu, w wyniku stosowania debankingu, grupy osób rodzajowo odrzucone w zakresie obsługi finansowej (np. poprzez powszechne dyskredytowanie roli banków jako filarów finansowych państwa), ale też pozasystemowe i pozabankowe instytucje finansowe mogą być instrumentem sabotażu finansowego i pozyskiwania źródeł informacji przez służby zagraniczne (np. na podstawie udzielania korzystnych indywidualnych pożyczek gotówkowych). Tym samym niezbędne staje się przyjęcie rozwiązań zapobiegającym debankingowi w skali, w jakiej ten negatywny trend może zagrozić bezpieczeństwu państwa. Amerykańskie Biuro Kontrolera Waluty (The Office of the Comptroller of the Currency – OCC) ogłosiło przepis (zasadę), który skutecznie uniemożliwiłby największym bankom w kraju odmawianie usług spółkom w dobrej kondycji z powodów reputacyjnych. Zasada

¹³ E.R. Wald, *Debanking Hurts Everyone*, 2021, <https://www.barrons.com/articles/debanking-hurts-everyone-51610145010> (10.05.2024).

¹⁴ *Ibidem*.

ta, zwana powszechnie „zasadą sprawiedliwego dostępu” (Fair Access to Financial Services), została wydana 14 stycznia 2021 r. i miała wejść w życie 1 kwietnia 2021 r. Decyzja o jej skutecznieniu została jednak odroczonej w czasie. Zgodnie z zasadą sprawiedliwego dostępu banki objęte nią byłyby zobowiązane w następującym zakresie:

- usługi finansowe, które bank zdecyduje się zaoferować w obszarach geograficznych, w których działa, byłyby dostępne dla wszystkich klientów w oparciu o ilościowe, bezstronne standardy banku oparte na ryzyku, a nie w oparciu o to, czy klient należy do określonej kategorii klientów,
- banki oceniałyby ryzyko stwarzane przez poszczególnych klientów na zasadzie indywidualnej, a nie w oparciu o ocenę kategorii,
- banki wdrażałyby kontrole w celu zarządzania relacjami współmiernie do tych ryzyka związanego z każdym klientem, a nie wprowadzałyby strategii całkowitego unikania poszczególnych branż lub kategorii klientów¹⁵.

Banki mają swobodę świadczenia lub odmowy świadczenia usług finansowych każdemu indywidualnemu klientowi, ale najpierw muszą oprzeć się na danych empirycznych, które są oceniane zgodnie z ustalonymi, bezstronnymi standardami zarządzania ryzykiem obowiązującymi w banku. Kolejno w lipcu 2022 r. grupa senatorów demokratycznych ponownie wprowadziła do trybu legislacyjnego ustawę o sprawiedliwym dostępie do usług finansowych, która zabrania bankom dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, religię, narodowość, płeć, orientację seksualną lub tożsamość seksualną. Projekt ustawy zapewniłby wszystkim konsumentom równe traktowanie w dostępie do towarów i usług w instytucjach finansowych¹⁶. Ustawa o sprawiedliwym dostępie do usług finansowych miała na celu zapewnienie równego traktowania wszystkich osób próbujących uzyskać dostęp do usług instytucji finansowych. Pociągnęłaby również instytucje do odpowiedzialności za praktyki dyskryminacyjne. W nowej propozycji wskazano, że wszystkie osoby mają prawo do pełnego i równego korzystania z towarów, usług, urządzeń, przywilejów i udogodnień każdej instytucji finansowej zgodnie z definicją zawartą w sekcji 803 ustawy o nadzorze nad płatnościami, rozliczeniami i rozrachunkami z 2010 r. (12 U.S.C. 5462), bez dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, religię, pochodzenie narodowe i płeć (w tym orientację seksualną i tożsamość płciową). W każdym przypadku, gdy jakkolwiek osoba podjęła lub istnieją uzasadnione powody, aby sądzić, że jakkolwiek osoba ma

¹⁵ S.563 sekcja 2 pkt 10 ppkt A–C – Fair Access to Banking Act, <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/563/text> (10.05.2024); A.P. Price, S.M. Dollar, *Newly promulgated “Fair Access Rule” could alter banks’ decision-making, but its future is uncertain*, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-us/knowledge/publications/c41ff38e/newly-promulgated-fair-access-rule> (10.05.2024).

¹⁶ Ustawa o prawach obywatelskich z 1964 r. zakazała dyskryminacji wielu instytucji publicznych, nie obejmowała ona jednak instytucji finansowych.

zamiar podjąć działanie lub praktykę zabronioną wskazaną powyżej, osoba poszkodowana może wytoczyć powództwo cywilne o pomoc zapobiegawczą, w tym wniosek o wydanie stałego lub tymczasowego nakazu zaprzestania szkodliwych praktyk, nakazu powstrzymania się od działań lub innego nakazu.

Budowane aktualnie oraz funkcjonujące współcześnie struktury społeczne w większej mierze oparte są na korzystaniu z rachunku bankowego bądź też zawierają w swoich modelach wykonawczych potrzebę oparcia części rozwiązań na rachunku bankowym. Tym samym dolegliwość uniemożliwienia lub też wypowiedzenia umowy o prowadzenie rachunku bankowego staje się tak uciążliwa dla osób fizycznych i prawnych. Rozwój sfery obrotu bezgotówkowego, rozliczenia pomiędzy kontrahentami, e-urzędy, e-rozliczenia podatkowe, e-płatności, posługiwanie się kartami płatniczymi stale związane są z potrzebą posiadania konta bankowego. Ekonomiczne konsekwencje debankingu są ważne same w sobie, ponieważ nie można rozpocząć działalności gospodarczej, prowadzić organizacji *non-profit* lub uzyskać karty kredytowej czy kredytu hipotecznego bez konta bankowego. Nie można uzyskać także dostępu do systemu płatności, aby płacić rachunki lub wypisywać чеки, bez posiadania konta bankowego¹⁷.

Należałoby również przywołać prace i argumentację nad wprowadzeniem przepisów The Secure and Fair Enforcement Regulation Banking Act (SAFER Banking Act). To przykład propozycji uregulowania dostępu do usług bankowych dla firm zajmujących się dystrybucją produktów wytworzonych z marihuany, uznając wcześniej, że ten rodzaj działalności objęty jest „wykluczeniem finansowym”. W ciągu ostatniej dekady zalegalizowano w czterdziestu siedmiu stanach, czterech terytoriach USA i Dystrykcie Kolumbii jakąś formę marihuany medycznej lub rekreacyjnej – pomimo jej klasyfikacji jako nielegalnego narkotyku zgodnie z artykułem ustawy o substancjach kontrolowanych (21 USC § 801 i n.)¹⁸. Wskazano, że dotychczas ze względu na konflikt między prawem federalnym i stanowym wiele instytucji finansowych pozostaje niechętnych prowadzeniu interesów z legalnymi podmiotami objętymi sankcjami państwa. W rezultacie te firmy i ich pracownicy są zablokowani w dostępie do rachunków depozytowych, linii kredytowych i innych usług finansowych, w tym kredytów hipotecznych na cele komercyjne i mieszkaniowe, oraz akceptowaniu kart kredytowych i debetowych podczas prowadzenia działalności detalicznej. Wskazana regulacja SAFER miała temu zaradzić. Projekt ustawy, który wielokrotnie osiągał poziom umieszczenia go pod obrady w Izbie Reprezentantów, nie został wprowadzony w życie pomimo wielości prób jego ostatecznego uchwalenia. Jest to przykład, jak rozwiązania o charakterze debankingu podlegają rewitalizacji ze względu na określone

¹⁷ Zob. T. Zywicki, *Restoring the Rule of Law in Finance*, „FIRST PRINCIPLES” 2023, no. 92, <https://www.heritage.org/sites/default/files/2023-06/FP92.pdf> (17.05.2024).

¹⁸ SAFER Banking Act, https://www.democrats.senate.gov/imo/media/doc/safer_section_by_section.pdf (16.05.2024).

grupy nacisku polityczno-finansowego. Wolność rynkowa w tak specyficznym obszarze stawiana jest na równi z innymi przyczynami nierówności finansowych powiązanych z humanitarnymi prawami człowieka. Tak więc praktyki debankingu także wpływają na wolność jednostki (depersonalizacja), a nie tylko na ekonomię (deekonomizacja).

Brytyjskie doświadczenia w zakresie stosowania debankingu i jego przeciwdziałaniu

Raport Ogólnopartyjnej Grupy Parlamentarna ds. Uczciwej Bankowości Biznesowej (All Party Parliamentary Group on Fair Business Banking – APPG) opublikowany za 2023 r. wskazuje, że wspólną cechą łączącą grupy podlegające debankingowi jest postrzegany przez IO ich profil ryzyka odbiegający od normy¹⁹. Podane przykłady obejmują firmy zajmujące się kryptowalutami, polityków, jubilerów i brokerów jachtowych, którzy z różnych powodów są postrzegani jako problematyczni dla banków. W raporcie APPG wskazano, że banki mają obowiązek zwalczania przestępczości finansowej i muszą „nadzorować swoją bazę klientów, zarówno obecnych, jak i potencjalnych”, ponieważ stanowią oni pierwszą linię obrony przed osobami piorącymi pieniądze, terrorystami oraz innymi krajowymi i międzynarodowymi przestępcami. Stwierdzono, że głównym powodem, dla którego banki blokują klientom dostęp do swoich systemów finansowych, są koszty i reputacja, a nie zwalczanie przestępczości finansowej. Podobne do amerykańskich rozwiązania zostały wdrożone także w Wielkiej Brytanii. W 2023 r. Coutts, prywatny bank należący do Nat-Westa, ze względu na swoje poglądy rozwiązał umowę z byłym liderem UKIP i Partii Brexit, N. Farage’em. APPG również wskazała w raporcie, że zamykano konta „wszystkim grupom chrześcijańskim o kontrowersyjnych poglądach na temat homoseksualizmu i prawicowym blogerom, a także organizacjom związanym z branżą strzelecką”. Należy zauważyć, że art. 18 Regulaminu Rachunków Płatniczych zabrania tzw. debankingu osób ze względu na ich poglądy polityczne. H. Stephenson (dyrektor naczelny Komisji ds. Organizacji Dobroczynnych/Charytatywnych) stwierdził, iż potwierdzono, że w 2023 r. 42% z 2500 organizacji charytatywnych ankietowanych przez Komisję ds. Organizacji Charytatywnych miało problemy bankowe, w tym 6% doświadczyło nieoczekiwanego zamrożenia kont, a 7% potwierdziło, że ich banki utraciły dane. Jednocześnie zasugerowano, że brytyjskie banki mogą błędnie oznaczać konta klientów jako stwarzające ryzyko oszustwa, aby ukryć obawy dotyczące kosztów i swojej reputacji (błędna

¹⁹ <https://www.appgbanking.org.uk/articles-and-reports/> (2.05.2024). Obrazowo stwierdzono, że *debanking* jest „tęym narzędziem, które często nie jest ani skuteczne, ani sprawiedliwe”.

kategoryzacja)²⁰. Aby zapewnić klientom większą ochronę, Ministerstwo Skarbu zamierzało jak najszybciej zmienić przepisy (rozporządzenia 51 PSR 2017)²¹, nakładając na banki obowiązek:

- zapewnienia klientowi prawa do jasnego i stosowanego wyjaśnienia w przypadku, gdy jego konto zostało zamknięte, z wyjątkiem sytuacji, gdy byłoby to niezgodne z prawem,
- przy zamykaniu konta bank będzie musiał o tej decyzji powiadomić klienta z co najmniej 90-dniowym wyprzedzeniem, chyba że ma to miejsce w przypadku poważnego i nienaprawionego naruszenia, takiego jak brak płatności lub inne poważne zdarzenie; krótsze okresy wypowiedzenia będą dozwolone w pewnych okolicznościach, np. gdy dostawca usług płatniczych jest zobowiązany do rozwiązania umowy w celu wywiązania się z obowiązków wynikających z przestępstwa finansowego; będzie także możliwość zakwestionowanie decyzji przez klienta za pośrednictwem Rzecznika Finansowego lub znalezienie banku zastępczego.

Ponadto we wrześniu 2023 r. FCA (The Financial Conduct Authority, Urząd ds. Usług Finansowych) rozpoczął przegląd działań, w jaki sposób banki podejmują decyzje dotyczące otwierania lub zamykania rachunków prowadzonych dla PEP (Politically Exposed Persons), czyli „osoby zajmujące eksponowane stanowiska polityczne” (tzw. debanking polityków). Jednak w okolicznościach, w których ryzyko dla banków prowadzących rachunki operacyjne (w szczególności biorąc pod uwagę wzrost liczby osób objętych sankcjami) pozostaje poważne, wydaje się nieuniknione, że *debanking* będzie w dalszym ciągu wykorzystywany jako narzędzie zarządzania tym ryzykiem²².

Kanadyjskie rozwiązania prawne uwzględniające *derisking/debanking* wobec zagrożenia bezpieczeństwa

Do zaprezentowania pozostaje także kwestia związana z możliwością stosowania *deriskingu* i *debankingu* na polecenie władz krajowych w związku z potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa publicznego. O ile bowiem wskazane powyżej przykłady związane są ze stosowaniem *debankingu* i *deriskingu* w imieniu

²⁰ Z danych FCA wynika, że w latach 2022–2023 z powodu przestępstw finansowych zamknięto około 185 000 rachunków, w porównaniu z około 72 000 w latach 2017–2018.

²¹ The Payment Services Regulations 2017, UK Statutory Instruments 2017 No. 752 PART 6 Framework contracts Regulation 51 [w:] The Payment Services Regulations 2017 UK Statutory Instruments 2017 No. 752 PART 6 Framework contracts Regulation 51, [legislation.gov.uk](https://legislation.gov.uk/2017/12/28/uk-statutory-instruments/2017-752/part-6/framework-contracts-regulation-51) (2.05.2024).

²² *De-banking – the potential pitfalls*, England and Wales 11.03.2024, <https://cms-lawnow.com/en/ealerts/2024/03/de-banking-the-potential-pitfalls> (2.05.2024).

i na rzecz podmiotów „prywatnych”, zwłaszcza mających status IO, to w tym zakresie te właśnie podmioty miałyby wykonywać polecenia wykonawczych władz centralnych w obszarze uniemożliwiania wchodzenia w relacje z określonymi rodzajami osób lub też masowo miałyby wypowiadać umowy o świadczenie produktów i usług już istniejącym klientom mającym negatywny status określony i nakazany przez władze państwową jako podmiot zewnętrzny. Tego typu rozwiązania nastąpiły w Kanadzie w związku z protestami ruchów antyszczepionkowych wobec szczepień na COVID-19. Protesty te przybrały one masowy charakter i powodowały blokadę stolicy kraju przez konwoje ciężarówek. Co istotne, wydaje się, że pojęcie *deriskingu* i *debankingu* należałoby traktować jako działanie poza systemem AML/CFT, jednak jest to stwierdzenie nieoczywiste, ponieważ to właśnie IO obarczone indywidualnym obowiązkiem oceny ryzyka stosują tę ocenę w sposób rodzajowy, co pozostaje w sprzeczności z samą ideą systemu AML/CFT. Jest to niejako sytuacja przerzucenia ryzyka na inne podmioty (tego systemu lub występujące poza systemem) poprzez subiektywną ocenę przekroczenia apetytu na ryzyko, a tym samym niedopuszczenie do zarządzania nim w IO.

W zakresie *deriskingu* i *debankingu* w wersji przyjętej na tle ustawodawstwa kanadyjskiego można mieć przeświadczenie, że ustalone przez władzę wykonawczą ryzyko (państwowa) jest na tyle wysokie, iż przewyższa ono „apetyt na ryzyko” państwa i w tej sytuacji jego „neutralizacja” następuje przy użyciu IO, które muszą wykonać polecenie władzy wykonawczej. Całość tego typu przedsięwzięć obwarowana jest przepisami ustawy i aktami wykonawczymi. Ten stan rzeczy można określić jako taki, iż władza wyczerpała dotychczasowe środki lub też dotychczasowe środki okazały się bezskuteczne, dlatego postanowiła podjąć tak radykalne rozwiązania w sferze ingerencji w finanse i oszczędności osób rodzajowo określonych jako „protestujący”. W tym przypadku trzeba jednak wskazać, że działania *debankingu* skupiają się głównie na zamrażaniu aktywów na kontach osób znajdujących się na listach, które instytucjom finansowym dostarczyła policja. Ponadto należałoby zwrócić uwagę na to, że to nadzwyczajne posunięcie związane było także z nowymi sposobami finansowania ulicznych protestów, w drodze tzw. finansowania publicznego określonego jako *crowdfunding*. Zastosowane środki przeciwdziałania miały na celu zablokowanie już zgromadzonych aktywów, uzyskanie obrazu rozpoznania zagrożenia od strony finansowej i przekazanie go agencjom rządowym i bankom w zakresie wymiany „istotnych informacji obejmujących zgłaszanie relacji finansowych z klientami zaangażowanymi w nielegalne blokady”. Prowadziło to do uzyskania szerszego obrazu nie tylko odnośnie do osób fizycznie protestujących, ale także ich inspiratorów, tzw. kibiców, sponsorów, i to zarówno na poziomie krajowym, jak i zagranicznym. Uniwersalność podmiotów, które posiadają status IO (zwłaszcza banki lub kasy oszczędnościowo-pożyczkowe), sprawia, że w nich jak w soczewce kumulują się obowiązki identyfikowane jako *debanking*, choć podstawa do takich działań

znacznie się od siebie różni. Z jednej strony są to przepisy AML/CFT, z drugiej, jak w Kanadzie, przepisy regulujące stany nadzwyczajne i związane z nimi ograniczenie wobec rodzajowo określonych obywateli.

Przykładem zastosowania rodzajowego deriskingu i debankingu wobec zagrożenia bezpieczeństwa mogą być działania J. Trudeau, premiera Kanady, który podjął decyzję, powołując się na ustawę o sytuacjach nadzwyczajnych²³, która obejmuje również rozporządzenie w sprawie nadzwyczajnych środków ekonomicznych ograniczających transakcje finansowe i inne środki, aby stłumić protesty przeciwko nakazowi szczepień poprzez zastosowanie debankingu wobec protestujących. Sam premier, uprzednio wprowadzając stan wyjątkowy, uzasadnił zastosowanie tych przepisów tym, że blokady są „zagrożeniem dla gospodarki i relacji z partnerami handlowymi. Stanowią zagrożenie dla łańcuchów dostaw i dostępności podstawowych towarów, takich jak żywność i leki. Stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego”²⁴. W konsekwencji bez nakazów sądowych banki mogły zamrozić konta osobiste osób powiązanych z protestami. Ponadto rozszerzono kanadyjskie zasady „finansowania terroryzmu” na kryptowaluty i platformy finansowania społecznościowego. Ustawa o sytuacjach nadzwyczajnych nakazywała instytucjom finansowym zerwanie relacji z niektórymi podmiotami. Korzystając z uprawnień przyznanych na mocy tej ustawy, rząd federalny nakazał bankom i innym instytucjom finansowym zaprzestanie prowadzenia relacji z osobami związanymi z konwojem i mandatem antyszczepionkowym okupującym stolicę kraju²⁵. Misja Freedom Convoy 2022 miała protestować przeciwko wymaganiom kanadyjskiego rządu dotyczącym szczepień przeciwko COVID-19 i przyciągnęła międzynarodową uwagę po tym, jak kierowcy ciężarówek zablokowali most Ambassador między Kanadą a Detroit²⁶.

Zgodnie z rozporządzeniem SOR/2022-22 każdy podmiot wymieniony w sekcji 3²⁷ musiał z chwilą wejścia w życie tego rozporządzenia zakończyć działalność: a) zajmowania się jakimkolwiek mieniem, gdziekolwiek się znajduje, które jest własnością, jest w posiadaniu lub jest kontrolowane, bezpośrednio lub pośrednio, przez wyznaczoną osobę lub przez osobę działającą w imieniu lub pod

²³ S.4619 – Fair Access to Financial Services Act of 2022, <https://www.congress.gov/bills/117/congress/senate-bill/4619/text> (20.04.2024).

²⁴ S. Scherer, D. Ljunggren, J. Gordon, *Canada's Trudeau calls protesters' blockade an economic threat*, Reuters, 18.02.2022; wypowiedź J. Trudeau w Izbie Gmin 18 lutego 2022 r., <https://x.com/JustinTrudeau/status/1494480040192626688?mx=2> (12.01.2025).

²⁵ Emergencies Act, 1988, ustawa o sytuacjach nadzwyczajnych z 1988 r., <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-4.5/> (20.04.2024).

²⁶ Usługa crowdfundingowa o nazwie GiveSendGo pozwoliła na przeprowadzenie zbiórki pieniędzy na Freedom Convoy.

²⁷ Emergency Economic Measures Order SOR/2022-22, rozporządzenie z 15 lutego 2022 r. w sprawie nadzwyczajnych środków ekonomicznych: SOR/2022-22, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2022-22/page-1.html> (20.04.2024).

kierunkiem tej wyznaczonej osoby; b) ułatwiania wszelkich transakcji związanych z handlem, o którym mowa w ust. a; c) udostępniania jakiegokolwiek mienia, w tym funduszy lub wirtualnej waluty, lub na rzecz wyznaczonej osoby lub osoby działającej w imieniu lub pod kierunkiem wyznaczonej osoby; d) świadczenia jakichkolwiek usług finansowych lub powiązanych na rzecz jakiegokolwiek wyznaczonej osoby lub nabywanie takich usług od takiej osoby lub podmiotu lub na rzecz takiej osoby. Wyznaczona osoba oznaczała każdą osobę lub podmiot, który jest zaangażowany, bezpośrednio lub pośrednio, w działalność zabronioną na mocy sekcji 2–5 przepisów dotyczących ustawy o sytuacjach nadzwyczajnych (*personne designée*). Przepisy definiujące „osobę wyznaczoną” umożliwiają odcięcie jej od świadczenia usług finansowych jako osoby, która „bezpośrednio lub pośrednio” uczestniczy w „zgromadzeniu publicznym, co do którego można zasadnie przypuszczać, że doprowadzi do naruszenia porządku publicznego”, lub osoby zaangażowanej w „poważną ingerencję w handel” (*serious interference with trade*) lub „infrastrukturę krytyczną” (*critical infrastructure*). Ponadto podmioty zajmujące się walutą wirtualną i podmioty wykonujące funkcje płatnicze musiały zarejestrować się w Centrum Analiz Transakcji i Raportów Finansowych Kanady (RCMP). Banki również zostały zobowiązane do niezwłocznego ujawnienia „istnienia własności będącej w ich posiadaniu lub kontroli” lub „wszelkich informacji o transakcjach lub proponowanych transakcjach” związanych z „wyznaczoną osobą” zarówno RCMP, jak i Kanadyjskiej Służbie Wywiadu Bezpieczeństwa (CSIS). Przedstawione działania miały charakter administracyjny.

Nakazy nadzwyczajne wymagały od praktycznie każdego uczestnika kanadyjskiego systemu finansowego – banków, firm inwestycyjnych, spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, firm pożyczkowych, maklerów papierów wartościowych, platform pozyskiwania funduszy oraz usług płatniczych i rozliczeniowych – ustalenia, czy posiadają lub kontrolują własność osoby, która uczestniczy w nielegalnym proteście lub zaopatrzeniu demonstrantów. Jeśli znalazły taką osobę na swojej liście klientów, musiały zamrozić jej konta i zgłosić to do RCMP lub kanadyjskim służbom wywiadowczym. Wszelkie podejrzane transakcje należało również zgłaszać do krajowej agencji zajmującej się przeciwdziałaniem praniu brudnych pieniędzy, znanej jako FINTRAC (The Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada)²⁸.

Debanking (lub ograniczanie ryzyka) pozostaje procesem, któremu brakuje przejrzystości, precyzji i środków prawnych, mimo że może zostać wywołany przez niepotwierdzone lub bezpodstawne zarzuty. To metodyczne podejście władz kanadyjskich z wykorzystaniem debankingu wywołało także szeroką dyskusję w innych krajach angielskojęzycznych, zwłaszcza że FINTRAC nie przedstawiło

²⁸ K. Orland, B. Platt, *Banks get Ottawa protesters' names as financial crackdown gets underway*, 2022, <https://financialpost.com/fp-finance/banking/banks-get-protesters-names-as-canada-financial-squeeze-unfolds> (23.04.2024).

żadnych wskazówek dotyczących rozwiązania tego problemu. Tymczasem jego australijski odpowiednik, Australijskie Centrum Raportów i Analiz Transakcyjnych, zakończyło proces konsultacji, aby zająć się szkodami wynikającymi z procesu debankingu i jego niezamierzonymi konsekwencjami²⁹. Niestety, Kanada ustanowiła nowy precedens prawny, wprowadzając kary zbiorowe za poszczególne przestępstwa. W konsekwencji zawieszono nie tylko osobiste konta bankowe, ale także polisy ubezpieczeniowe, inwestycje i działalność biznesową. Część adresatów była tylko pośrednio, nawet nieświadomie, związana z protestami. Samo zastosowanie debankingu, a jednocześnie powołanie się na przepisy stanów nadzwyczajnych i niejasne kryteria doboru klientów, wobec których miałyby zostać zastosowane środki w postaci zamrażania środków, stały się przedmiotem krytyki. Jak zauważa C.A. Carter: „zamrożenie kont bankowych jest kuszące dla żądnych władzy polityków na całym świecie. Można to zrobić w cieniu, bez publicznego widowiska. Wzbudza to również strach u potencjalnych protestujących, którzy mogą być gotowi zaryzykować aresztowanie za organizowanie się, ale nie mogą ryzykować odcięcia od systemu bankowego. Powoływanie się na kanadyjską ustawę o sytuacjach nadzwyczajnych jest niewłaściwe, jeśli nie grozi wojną lub całkowitym załamaniem społecznym. Zamrażanie kont bankowych jest jeszcze bardziej nielegalne; jest to taktyka państwa policyjnego, na którą nie ma miejsca w demokracji”³⁰. Tym samym zezwolono (a raczej nakazano) bankom na zamrażanie lub zawieszanie kont podejrzanych o udział w nielegalnej działalności bez konieczności uzyskania nakazu sądowego (poza nadzorem sądowym)³¹.

Ponadto możliwe stało się wskazanie innych działań sądowych zmierzających także do uzyskania efektu deriskingu. Sędzia Sądu Najwyższego prowincji Ontario wydał nakaz zamrożenia funduszy o wartości milionów dolarów przekazanych na rzecz Trucker’s Convoy (aktywnego w trakcie protestów), w tym zamrożenia indywidualnych kont bankowych. Nakaz dotyczył głównie tradycyjnego systemu bankowego, ale obejmował również zamrożenie 34 adresów kryptowalut. Stało się to w wyniku obaw, a wręcz strachu nie tylko wobec protestów społecznych, ale także tradycyjnego fiducjarnego systemu finansowego przed systemami finansowymi opartymi na technologii *blockchain* (kryptowalut)³². W konsekwencji zwłaszcza banki starały się niezależnie od nakazów wobec protestujących rodzajowo nie obsługiwać tej kategorii podmiotów. Ponadto obawy koncentrowały się

²⁹ B. Platt, J. Skerritt, *Banks freeze millions in convoy funds under Trudeau edict*, 2022, <https://www.bnnbloomberg.ca/banks-freeze-millions-in-truck-convoy-funds-under-trudeau-edict-1.1727032> (19.04.2024).

³⁰ C.A. Carter, *How Canada Punishes Protesters*, 2022, <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2022/03/how-canada-punishes-protesters> (19.04.2024).

³¹ Rząd nakazał zamrożenie szacunkowej kwoty 7,8 mln dolarów na 267 kontach i 170 portfelach Bitcoin sympatyków protestów.

³² S. Klemens, *My 2 Sats: Canada threatens democracy by debanking its own citizens*, 2022, <https://www.exodus.com/news/canada-debanking-citizens/> (19.04.2024).

na tym, że są to szczególne sposoby finansowania crowdfundingu, a więc nie do końca ustalonego celowo finansowania społecznościowego, które może dotyczyć nie tylko przedsięwzięć biznesowych, ale też działań budujących opór i protesty społeczne wobec funkcjonującej władzy³³. Tym samym mogą one być niebezpieczne, ponieważ tego typu rozwiązania można nazwać nie tyle protestami, co „terroryzmem społecznościowym”. Wiadomo, że tradycyjne systemy finansowe pozostają pod stałym nadzorem i związane są z obowiązkiem przeciwdziałania ML/FT, są więc „widoczne” dla władz w kontekście możliwości prowadzenia kontroli, zdobywania wiedzy i zarządzania oddolnymi protestami. W konsekwencji protestujące grupy obywatelskie, posługując się paralelnymi sposobami finansowania tego rodzaju przedsięwzięć, uzyskują swój efekt bez wiedzy czynników państwowych. Obecne modele finansowania paralelnego koncentrują się na powiązaniach: media społecznościowe + *crowdfunding* + kryptowaluty.

Banki w Kanadzie zasadniczo otrzymały listę nazwisk od RCMP (Royal Canadian Mounted Police – Kanadyjska Królewska Policja Konna), jak wyjaśniła przed Komisją Finansów Izby Gmin A. Mason, wiceprzewodnicząca Canadian Bankers Association. Według wiedzy RCMP co najmniej 257 kont zostało zamrożonych przez instytucje finansowe, a RCMP ujawniła informacje o 57 podmiotach instytucjom finansowym i innym wymienionym podmiotom. Ponadto RCMP zidentyfikowała i ujawniła 170 adresów portfeli Bitcoin jako otrzymujących fundusze powiązane z kampanią crowdfundingową Honk Honk Hodl, która zebrała 20,7 Bitcoinów o wartości od 1 mln do 1,2 mln dolarów kanadyjskich w okresie obowiązywania ustawy o sytuacjach nadzwyczajnych³⁴. Kwestia zamrażania środków na rachunkach bankowych oraz zakaz transakcji został

³³ Są to np. upoważnione banki zagraniczne, inne banki, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowych i *caisses populaires* firmy zagraniczne, firmy ubezpieczeniowe w odniesieniu do ich działalności ubezpieczeniowej w Kanadzie, podmioty ubezpieczeń wzajemnych, spółki regulowane ustawą o spółkach powierniczych i pożyczkowych, spółki powiernicze, firmy pożyczkowe, podmioty, które angażują się w działalność w zakresie obrotu papierami wartościowymi lub świadczenie usług w zakresie zarządzania portfelem lub doradztwa inwestycyjnego; podmioty, które zapewniają platformę do pozyskiwania funduszy lub wirtualnej waluty poprzez darowizny, podmioty, które wykonują którąkolwiek z następujących funkcji płatniczych: 1) udostępnianie lub utrzymywanie konta, które w związku z elektronicznym transferem środków jest prowadzone w imieniu jednego lub większej liczby użytkowników końcowych; 2) przechowywanie środków w imieniu użytkownika końcowego do czasu ich wycofania przez użytkownika końcowego lub przekazania ich innej osobie lub podmiotowi; 3) zainicjowanie elektronicznego transferu środków na żądanie użytkownika końcowego; 4) autoryzacja elektronicznego przekazu pieniężnego lub przekazanie, odbiór lub umożliwienie dyspozycji w związku z elektronicznym przelewem pieniężnym; 5) świadczenie usług rozliczeniowych lub rozrachunkowych.

³⁴ *Meeting number 27 of the House of Commons Standing Committee on Finance*, Monday, March 7, 2022, s. 1440, <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/44-1/FINA/meeting-27/evidence> (10.04.2024). Wypowiedź na tym samym posiedzeniu Komisji Michel Arcand (zastępca komisarza, federalnych operacji policyjnych, Królewska Kanadyjska Policja Konna), s. 1605.

rozszerzony także o sprawy związane z zawieszeniem ubezpieczenia pojazdów dla protestujących kierowców ciężarówek, którzy nadal tworzyli blokady, co oznaczałoby, że ten rodzaj zachowań można byłoby określić jako *deinsuranceing*. Zastosowany „epizodycznie” debanking, podporządkowany decyzji władz państwowych, może mieć swoje negatywne konsekwencje w przyszłości. Klienci, którzy zostali naznaczeniu tym epizodycznym debankingiem, będą mogli być negatywnie postrzegani w przyszłości jako podmioty chcące wejść w relacje gospodarcze z IO. Z pewnością będzie to jeden z czynników ryzyka, jaki IO będą brały pod uwagę w odniesieniu do nawiązania relacji (Kanadyjskie Stowarzyszenie Bankierów stwierdziło wręcz, że deponenci mogą być oznaczani dożywotnio).

Inną kwestią jest zamykanie kont dla organizacji społecznościowych związanych z kanadyjską diasporą muzułmańską. Szczegółowy raport zatytułowany *The Untold Story of 'De-banking' in Canada's Muslim Community* autorstwa S. Zhou z National Council of Canadian Muslims (NCCM)³⁵ ujawnił sposób, w jaki konta bankowe wielu organizacji muzułmańskich były zamykane i objęte embargiem. Raport sporządzony dla NCCM prezentuje zdarzenia, w których „banki nakazują meczetom w Kanadzie likwidację lokat na miliony dolarów w ciągu kilku tygodni, a także podjęcie samoistnej inicjatywy zaprzestania przetwarzania darowizn dla dużych muzułmańskich organizacji charytatywnych z niewielkim czasowym wyprzedzeniem”. Wskazano, że decyzje o zamknięciu kont podejmowane wyłącznie przez administracje banków bez nakazu sądowego negatywnie wpływają na globalne działania organizacji muzułmańskich w zakresie pomocy humanitarnej³⁶. Nie sprzyja to racjonalnemu podejściu do zagrożeń wynikających z terroryzmu. Terroryzm w określonym czasie identyfikowany zwłaszcza z organizacjami muzułmańskimi, emanowany poprzez ich relacje z diasporą czy działalność w postaci formalnych organizacji typu NGO (*non-governmental organization*), stał się dużym wyzwaniem dla IO, na które nałożono dodatkowe obowiązki związane z identyfikacją i oceną ryzyka kojarzonego z tego typu podmiotami. Model całkowitej eliminacji klientów w postaci NGO pochodzenia muzułmańskiego nie spowodował efektu ograniczenia ryzyka, a wręcz przeciwnie – mógł jedynie doprowadzić do powrotu przez sprawców do innych alternatywnych sposobów przepływów środków poprzez wykorzystanie systemów *hawala* i podobnych. Stosowanie w tym obszarze debankingu uniemożliwia identyfikację śladów procederu finansowania terroryzmu jak wtedy, gdy byłby on realizowany poprzez instytucje nadzorowane oraz na styku tych instytucji z nienadzorowanymi i nieregulowanymi podmiotami. Zrozumiałe jest, że coraz częściej dla

³⁵ S. Zhou, *Muslim organizations dropped by big banks is a problem*, 2022, <https://news.officialcanada.net/muslim-organizations-dropped-by-big-banks-is-a-problem/> (10.04.2024).

³⁶ S. Aydogan, *Canadian banks target accounts of Muslim institutions "on suspicion of terror financing"*, 2021, <https://www.aa.com.tr/en/americas/canadian-banks-target-accounts-of-muslim-institutions-on-suspicion-of-terror-financing/2680269> (10.04.2024).

bytu wykonawczego NGO niezbędne staje się utworzenie konta bankowego. Islamskie organizacje charytatywne w dużej mierze polegają na internetowych procesorach płatności, przetwarzając miliony darowizn od społeczności. Transakcje te są obsługiwane przez określone firmy, które zwykle współpracują z organizacjami *non-profit*. Główne organizacje muzułmańskie otrzymują miliony darowizn, które są przechowywane w bankach. Potrzebują tych usług, aby przetrwać³⁷.

W konsekwencji tych negatywnych zjawisk nadano w Kanadzie nowe uprawnienia dla Kanadyjskiej Agencji Konsumentów Finansowych (The Financial Consumer Agency of Canada – FCAC), umożliwiające lepszą ochronę klientów w kontaktach z bankami. Nowe uprawnienia FCAC weszły w życie w kwietniu 2020 r. Obejmują one uprawnienia do:

- nałożenia na banki kary w wysokości do 10 mln dolarów za naruszenie ich obowiązków prawnych,
- wprowadzenia nakazu bankom podjęcia działań w celu wywiązania się z ich obowiązków prawnych,
- polecenia bankom poddania się niezależnemu audytowi przeprowadzanemu przez stronę trzecią w celu wywiązania się ze swoich obowiązków prawnych.

Funkcjonowanie debankingu w Meksyku na tle wykluczenia ekonomicznego

Co istotne, *debanking* może wynikać nie tylko z uwarunkowań AML/CFT, politycznych czy uprzedzeń rasowych, ale także z przyczyn ekonomicznych związanych z niskim statusem finansowym mieszkańców. Obecnie ponad 2 mld ludzi na świecie nigdy nie korzystało z usług bankowych. Ludzie ci nie mają dostępu do kont oszczędnościowych, nie mogą też uzyskać pożyczek. Przykładem jest Meksyk. Państwo to jest anomalią zarówno w Ameryce Łacińskiej, jak i wśród innych gospodarek wschodzących, takich jak Kenia i Indie. W tych miejscach odpowiednio 54%, 82% i 80% mieszkańców korzysta z usług bankowych, mimo że Meksyk jest bogatszy. Istnieje kilka powodów, dla których tak niewielu Meksykanów ma dostęp do usług finansowych. Banki są na ogół konserwatywne. CONDUSEF (La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros), organ nadzoru finansowego, twierdzi, że opłaty bankowe w Meksyku są wysokie, a 30% dochodów banków pochodzi z prowizji. Na obszarach wiejskich dostęp do oddziałów może być utrudniony. Co więcej, banki zwykle nie interesują się mniej zamożnymi: tylko jedna piąta z najbiedniejszych 20% Meksykanów posiada konta. Jednocześnie prawie 60% Meksykanów pracuje w sektorze nieformalnym, gdzie mogą otrzymywać dochody w gotówce.

³⁷ S. Zhou, *Muslim organizations...*

Brak dostępu dotyka niektórych bardziej niż innych – biednych, mieszkańców obszarów wiejskich, kobiety i rdzennych mieszkańców. Wyłączenia finansowe na tle zubożałej struktury społecznej mogą, jak uważają ekonomiści, utrudnić ożywienie gospodarcze Meksyku po COVID-19, które zostało stłumione przez brak kontroli nad pandemią. Na przykład małe i średnie firmy zapewniają 95% miejsc pracy w sektorze prywatnym Meksyku, ale tylko 13% z nich ma dostęp do formalnych kredytów³⁸. *Debanking* w Meksyku realizowany jest również w zakresie zamykania rachunków przedsiębiorstw mających siedziby przy granicy amerykańsko-meksykańskiej, co związane jest z nielegalną migracją oraz przestępczością narkotykową.

Zatem przyczyną debankingu może być nieopłacalna obsługa niskodochodowych linii biznesowych dla IO, które służą klientom usługami finansowymi (tym samym dla IO pozostaje wąskie pole do negocjacji ofert). Przy czym o ile uniemożliwienie prowadzenia usług dla klientów z niskim statusem finansowym może zakończyć się prowadzeniem ich obsługi przez małe instytucje płatnicze (MIP; *money service businesses* – MSB), które także są zobowiązane do realizacji obowiązków w ramach system AML/CFT, to w przypadku stosowania deriskingu przez MIP pozostaje klientowi jedynie skorzystanie z nienadzorowanych instytucji finansowych (niebankowych), niejednokrotnie funkcjonujących w szarej lub czarnej strefie gospodarczej. To zaś zwiększa ryzyko zarówno na poziomie ML/FT, ale jak i ryzyko finansowe i gospodarcze. Ponadto wydaje się, że uniemożliwianie podpisywania umów o prowadzenie rachunku bankowego klientom z niskim statusem finansowym może być związane nie tylko z „opłacalnością biznesową”, ale również z tym, że w tego rodzaju obszarach banki mogą postrzegać dodatkowe źródło zagrożenia. Ryzyko może być związane z tym, że klientów takich należałoby także łączyć z nieujawnionymi dodatkowymi dochodami, byciem słupami w większych przedsięwzięciach przestępczych dokonywanych na rynku finansowym, byciem pośrednikiem w uwiarygodnianiu transakcji lub byciem osobowym elementem łańcucha dostaw aktywów na rzecz terrorystów czy też z werbowaniem ich pod względem ideologicznym oraz wykonawczym do ugrupowań terrorystycznych lub do aktywnego udziału w przestępczości zorganizowanej.

Ocena podejścia do debankingu

Wydaje się, że instytucje pokroju banków powinny stanowić forpocztę rozwiązań na potrzeby rozwoju rynku finansowego, gospodarczego czy biznesowego, także w zakresie bezpieczeństwa tych systemów. Jeżeli nie zostaje zachowany

³⁸ *Mexicans lack access to credit*, <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/12/10/mexicans-lack-access-to-credit> (10.04.2024).

balans pomiędzy nieznanym ryzykiem a możliwością jego sfokusowania w „kanały ocenne”, powoduje to sytuację zaprzeczenia idei zapewnienia stabilnego rozwoju rynku finansowego oraz neutralizowania wszelkiego rodzaju zagrożeń społecznych, przestępczych, technologicznych, które temu rozwojowi przeszkadzają. Tym samym stosowanie i intensyfikowanie rozwiązań w zakresie deriskingu i debankingu jako formuły świadomego identyfikowania zagrożeń, wobec których nie dokonuje się oceny ryzyka, a releguje się je z relacji z instytucją bankową czy inną IO, jest samym w sobie zagrożeniem dla bezpieczeństwa zarówno tej instytucji, jak i innych podmiotów świadczących podobne usługi.

Nie jest właściwe spojrzenie, że w związku z tym, iż banki nie są mimo posiadania statusu podmiotu zaufania publicznego lubiane przez swoich klientów i wiąże je z nimi jedynie wymuszona relacja, to stanowi to podstawę do usprawiedliwienia tworzenia bytów debankingu w praktyce. Co istotne, taki model postępowania instytucji finansowych czy mających status niefinansowej IO przechodzi na akty wykonawcze podmiotów rządowych jako element przeciwdziałania zagrożeniom wywoływanym przez grupy społeczne zaburzające porządek publiczny. Niestety *debanking* staje się też instrumentem walki na tle rasowym czy narodowościowym. Występujący współcześnie trend do poszerzania takiego podejścia również na inne obszary społeczne (np. wynajem nieruchomości, gdzie najemcy odmawiają podpisania umowy wynajmu z powodu małych dochodów albo żądają bardzo wysokich kaucji zabezpieczających, dotyczy np. wynajmu mieszkań w Londynie dla Polaków jako określonej narodowości). Coraz trudniej jest więc rozgraniczyć kwestię „pozytywnego” debankingu, realizowanego na potrzeby rzeczywistego bezpieczeństwa, z „negatywnym” debankingiem, działającym z pobudek subiektywnych, braku zasobów indywidualnych czy słabości kadry *compliance* i AML/CFT lub też wynikającym z nierozumienia rozwoju technologicznego rynku inwestorskiego.

Debanking w rzeczywistości jest błędnym zastosowaniem podejścia opartego na ryzyku. Z założenia „rynek finansowy” posiada charakter dynamiczny, tym samym takie IO jak banki powinny być odporne na negatywne czynniki, ale także dominujące w rozpoznawaniu nowych tendencji/trendów i powstających instytucji gospodarczych. Ich pozycja społeczna i instrumentarium działań stawia je w innej roli, która powinna się koncentrować na inicjatywie regulacyjnej, a nie na odrzucaniu czy niezabezpieczaniu pola zagrożenia. Nietrudno też zauważyć, że sam schemat debankingu zapętla się sam w sobie. Odrzucenie wchodzenia w relacje z firmami Fintech (np. start-upy) powoduje, że te poszukują innych sposobów finansowania, zwłaszcza tzw. finansowania społecznościowego, głównie poprzez *crowdfunding*. Oba te rodzaje podmiotów i sposobów inwestowania często stają się przedmiotem debankingu. Tym samym potrzebując się aktywizować, muszą tworzyć paralelne sposoby funkcjonowania, niekiedy powiązane z równoległymi „walutami”, jak Bitcoin, czyli do już wskazanych dochodzi dodatkowy przedmiot debankingu. W konsekwencji banki tracą klientów, których mogłyby obsługiwać,

tracą bycie partnerem inwestycyjnym wobec nowoczesnych technologii i relacji społecznych, a same podmioty będące przedmiotem odrzucenia budują równolegle sieci relacji finansowo-inwestycyjno-biznesowych, w których banki nie uczestniczą.

W konsekwencji takie działania banków nie ułatwiają poszukiwania śladów podejrzanych klientów czy transakcji zarówno dla jednostek analityki finansowej, jak i dla organów ścigania. Ten skutek natomiast posiada bezpośrednie przełożenia na bezpieczeństwo publiczne. Dlatego też banki odgrywające istotną rolę w zakresie zapewniania bezpieczeństwa finansowego i gospodarczego zarówno w skali indywidualnego klienta, jak i państw nie przyczyniają się wobec stosowania praktyk debankingu do zapewniania bezpieczeństwa, izolując się wobec określonych subiektywnie potencjalnych klientów czy obszarów geograficznych. Tracą także atut (status) posiadanej pozycji i instrumentów wykonawczych na potrzeby kreowania „bezpiecznego obszaru inwestowania” zarówno dla podmiotów krajowych, jak i zagranicznych. W konsekwencji do relacji gospodarczych może wchodzić kapitał spekulacyjny i aktywa pochodzące z czarnej lub szarej strefy gospodarczej.

W przedmiotowych działaniach należałoby wyróżnić dwa kierunki postępowania. Pierwszy związany jest z inicjatywą samych IO. W tym zakresie prowadzą one własną politykę oceny ryzyka i odstępowania od zarządzania nim. Przyznanie instytucjom swobody w tworzeniu własnych zasad AML/CFT oznacza również większe prawdopodobieństwo różnic w interpretacji i osądach pomiędzy IO a organami nadzoru – sytuacja ta naraża instytucje na znaczne niebezpieczeństwo, jeśli nie zastosują prawidłowo podejścia opartego na ryzyku do swoich spraw³⁹. Jest to kierunek oddolnego postępowania z ryzykiem. Drugi odnosi się do narzucania określonych rozwiązań na IO, co związane jest z możliwościami, jakie dają przepisy władzy wykonawczej. W tym zakresie „oceny” ryzyka dokonują inne niezależne od IO podmioty, a instytucje jedynie wykonują ich wolę. Tym samym element debankingu może być wynikiem samoregulacji i samooceny IO lub też jedynie w podobnym zakresie przedmiotem wykonania decyzji podmiotu zewnętrznego, pośrednio przy wykorzystaniu organów nadzorczych (jednostek analityki finansowej). W konsekwencji te „czynniki wykreowanego ryzyka” stają się elementem wewnętrznej polityki bezpieczeństwa nie tyle IO, co np. organów władzy państwowej (także spoza systemu AML/CFT). Oba tego typu podejścia kierunkowe mogą świadczyć o słabości jednostek analityki finansowej i ich instrumentalnym wykorzystaniu. W konsekwencji niezbędne wydaje się podjęcie kolejnych inicjatyw ustawodawczych zapewniających gwarancje obywatelskie wobec przedstawionych rozwiązań podejmowanych pod pretekstem eliminacji ryzyka związanego z bezpieczeństwem.

³⁹ M. Nilsson, E. Shorroch, *Debanking and the Law of Unintended Consequences*, 2019, <https://www.kroll.com/en/insights/publications/financial-compliance-regulation/global-regulatory-outlook-2019/debanking-and-the-law-of-unintended-consequences> (19.04.2024).

Podsumowanie

Początkowo wąskie dość pojęcie *debanking* z czasem rozprzestrzeniło się na różne uwarunkowania społeczne. Jedynym spójnym elementem, który pozostał, jest działanie instytucji produkto- i usługodawczych poprzez wykluczenie określonych kategorii klientów. W związku z tym można wyróżnić różnego rodzaju powody do działań mieszczących się w pojęciu *debanking*. Do tych obszarów można zaliczyć:

- podejmowanie działań subiektywnych, wykluczających pod pretekstem wykonywania (niewłaściwego) obowiązków wynikających z podmiotowości, bycia podmiotem o statusie IO w systemie przeciwdziałania ML/FT wobec określonego rodzaju klientów, zwłaszcza rodzących wysokie ryzyko,
- podejmowanie w IO działań wykluczających wynikających z braku możliwości realizacji i wdrożenia środków bezpieczeństwa finansowego,
- wykluczenie jako *a priori* postępowanie powodowane brakiem możliwości (nawet przy ustalonej identyfikacji) skali ryzyka instytucjonalnego (zwłaszcza) czy indywidualnego,
- wykluczenie mające podstawy w niskim statusie materialnym potencjalnych klientów, a tym samym obawie spłaty uzyskanych środków z instytucji bankowych,
- wykluczenie realizowane jako wynikające z uprzedzeń na tle rasowym, religijnym, narodowościowym, koloru skóry, odmienności seksualnej,
- wykluczenie wynikające z realizacji sankcji wobec podmiotów wyznaczonych jako związane z działalnością terrorystyczną, uprzednio umieszczonych na listach sankcyjnych,
- wykluczenie narzucone instytucjom bankowym przez władze państwową jako element realizacji nakazu z woli państwowych organów wykonawczych, będącego instrumentem represji wobec społeczeństwa.

Mając na uwadze, że identyfikacja klienta poprzez stosowanie środków bezpieczeństwa finansowego może być realizowana także za pomocą zgodności danych biometrycznych, możliwe będzie również zwrócenie uwagi na tę kwestię w zakresie stosowania debankingu. Na sprawę wykluczenia przy biometrii zwrócił uwagę J. Lunter⁴⁰ w swoim artykule *Synthetic data: a real route to eliminating bias in biometrics*. Zauważył on, że jedną z najbardziej oczywistych potencjalnych korzyści płynących z danych syntetycznych w szkoleniu algorytmów biometrycznych jest zrównoważenie zestawów danych szkoleniowych, które składają się w nieproporcjonalnym stopniu z białych mężczyzn, co prowadzi do rozbieżności demograficznych lub „stronniczości”. Dobór biometryczny w zbiorach uczących może więc okazać się kolejnym instrumentem realizującym *debanking* na poziomie IO posługujących się identyfikacją biometryczną jako środkiem bezpieczeństwa finansowego.

⁴⁰ J. Lunter, *Synthetic data: a real route to eliminating bias in biometrics*, „Biometric Technology Today” 2023, no. 1, <https://www.magonlinelibrary.com/doi/full/10.12968/S0969-4765%2823%2970001-5> (10.04.2024).

Uwzględniając powyższe rozważania i przyjmując, że *derisking/debanking* jest jakąkolwiek metodą (raczej nie naukową, a wykonawczą/praktyczną), czyli sposobem do neutralizacji problemu ryzyka w IO, należałoby uznać, że tego typu postępowanie pozostaje zaprzeczeniem wyjaśnienia problemu ryzyka w zakresie AML/CFT, jeżeli jest podejmowane wobec określonej rodzajowo i zespołowo społeczności. Postępowanie takie jest natomiast dopuszczalne, jeżeli jest poprzedzone identyfikacją i oceną ryzyka w poszczególnym indywidualnym przypadku. W tej drugiej sytuacji *derisking/debanking* znajduje uzasadnienie ze względu na niemożliwość zastosowania określonych środków bezpieczeństwa finansowego, a tym samym wyzbycia się ryzyka IO, zwłaszcza przy braku współdziałania ze strony klienta tej instytucji. Tym samym *derisking/debanking* jest dopuszczalną metodą postępowania zmierzającą do neutralizacji ryzyka AML/CFT, ale w prawem określonych sytuacjach i gdy IO postępuje w sposób uzasadniony indywidualnie (wskazuje na to np. wynik dokonanej oceny ryzyka oraz występowanie dodatkowych czynników negatywnych określonych przepisami ogólnymi). Wydaje się jednak, że samo zastosowanie *deriskingu/debankingu* w IO nie „załatwia” problemu ryzyka, jeżeli nie zostanie to postępowanie powiązane z innego rodzaju czynnościami, np. takimi, jak segmentacja klienta, zakwalifikowanie sytuacji do podejrzanej, o której należałoby powiadomić jednostkę analityki finansowej w postaci raportu SAR (*A Suspicious Activity Report*, raport o podejrzanych działaniach) lub STR (*A Suspicious Transaction Report*, raport o podejrzanych transakcjach). W polskim ustawodawstwie są one określone niemożnością wykonania procedury (art. 41 ust. 1 u.p.p.p.f.t.) oraz dodatkowo podejrzalnością wiązaną z klientem i transakcją (art. 41 ust. 1 w zw. z ust. 2 i art. 74 lub art. 86 u.p.p.p.f.t.).

Podobnie należałoby postępować w przypadku zastosowania „mechanizmu *deriskingu*” w innych obszarach niż AML/CFT, jednak bez używania argumentacji przynależnej temu charakterystycznemu obszarowi przeciwdziałania. System AML/CFT nie powinien służyć do eliminowania ryzyka związanego z przynależnością kulturową, religijną, rasową czy ekonomiczną, a zgodnie z przyjętym celem – przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Podobieństwo więc może być pozorne, ale nie wypełnia celowościowej roli *deriskingu* systemu AML/CFT. Rynek finansowo-gospodarczy i zjawisk społecznych co jakiś czas jest narażany na różnego rodzaju zagrożenia związane najczęściej z aktualnym rozwojem technologicznym i chęcią dominacji. Mając na uwadze cele systemu AML/CFT, niezwykle ważne jest więc to, aby uczestnicy relacji zachowali równowagę między zapewnieniem bezpieczeństwa i integralności systemu a zachowaniem otwartości wobec nowych zjawisk, niekoniecznie wiążących się wyłącznie z przestępczością. Oprócz siły państwa także siła niektórych IO, w tym głównie banków, powinna wykreować postawy metodycznego badania zagrożenia, chociażby w oparciu o ocenę ryzyka, a nie wyzbywać się globalnie tego rodzaju problemów. Wszakże rugowanie go z własnej przestrzeni jako nierozwiązanego świadczy o słabości instytucjonalnej i nadaje zagrożeniu nowego niebezpiecznego wymiaru poza kontrolą

państwa i poza kontrolą systemów bezpieczeństwa finansowego. Wydaje się, że występuje tu także przyczynowe balansowanie pomiędzy podejściem „subiektywnym” a „obiektywnym”. Z pierwszego korzystają IO poprzez własne polityki bezpieczeństwa, a w konsekwencji dyskredytowanie finansowe określonego rodzaju podmiotów – w ich ocenie „nieodpowiednich”. Drugie zaś związane jest z budowaniem oceny obiektywnej przez organy władzy, które tworząc centralną politykę bezpieczeństwa, przekładają ją na wykonawstwo dla IO. Skrajne przypadki podejść tych dwóch typów ocen i deeskalacji zagrożeń mogą powodować zdarzenia generujące dodatkowe niebezpieczne czynniki bez neutralizacji dotychczasowych. Wydaje się więc istotne przyjęcie trzeciego rozwiązania, które będzie polegało na wzajemnym „kontrolowaniu” się zarówno instytucji finansowych, jak i organów władzy⁴¹.

System AML/CFT musi zatem wykreować schematy przeciwdziałania, również wychodząc naprzeciw innowacyjnym rozwiązaniom, nawet gdy jakaś ich część może być wykorzystana w sposób niezgodny z prawem, a może zwłaszcza dlatego.

Bibliografia

- Aydogan S., *Canadian banks target accounts of Muslim institutions “on suspicion of terror financing”*, 2021, <https://www.aa.com.tr/en/americas/canadian-banks-target-accounts-of-muslim-institutions-on-suspicion-of-terror-financing/2680269> (10.04.2024).
- Carter C.A., *How Canada Punishes Protesters*, 2022, <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2022/03/how-canada-punishes-protesters> (19.04.2024).
- Klemens S., *My 2 Sats: Canada threatens democracy by debanking its own citizens*, 2022, <https://www.exodus.com/news/canada-debanking-citizens/> (19.04.2024).
- Lemieux M., *De-banking international money remitters in Canada*, 2018, <https://www.linkedin.com/pulse/de-banking-international-money-remitters-canada-marc-lemieux> (14.05.2024).
- Lunter J., *Synthetic data: a real route to eliminating bias in biometrics*, „Biometric Technology Today” 2023, no. 1, <https://www.magonlinelibrary.com/doi/full/10.12968/S0969-4765%2823%2970001-5> (10.04.2024).
- Meeting number 27 of the House of Commons Standing Committee on Finance*, Monday, March 7, 2022, <https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/44-1/FINA/meeting-27/evidence> (10.04.2024).
- Mexicans lack access to credit*, <https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/12/10/mexicans-lack-access-to-credit> (10.04.2024).
- Nilsson M., Shorrock E., *Debanking and the Law of Unintended Consequences*, 2019, <https://www.kroll.com/en/insights/publications/financial-compliance-regulation/global-regulatory-outlook-2019/debanking-and-the-law-of-unintended-consequences> (19.04.2024).

⁴¹ Przykładem jest decyzja Komisji Bankowości miasta Nowy Jork, która zadecydowała, w jakich bankach umieścić fundusze miejskie na kolejne lata. Jednym z czynników decydujących była ocena polityki dyskryminacyjnej. Głosowano przeciwko trzem bankom składającym wniosek – International Finance Bank, PNC Bank i Wells Fargo – ponieważ ich wnioski nie wskazywały na wystarczające wysiłki antydyskryminacyjne przy podejmowaniu decyzji kredytowych, otwieraniu i zamykaniu oddziałów oraz innych operacjach. D. Turetsky, *City Limits: In a First, the Public Got to Weigh in on NYC’s Banking Decisions*, <https://www.neweconomynyc.org/2023/06/city-limits-in-a-first-the-public-got-to-weigh-in-on-nycs-banking-decisions/> (16.05.2024).

- Orland K., Platt B., *Banks get Ottawa protesters' names as financial crackdown gets underway*, 2022, <https://financialpost.com/fp-finance/banking/banks-get-protesters-names-as-canada-financial-squeeze-unfolds> (23.04.2024).
- Platt B., Skeritt J., *Banks freeze millions in convoy funds under Trudeau edict*, 2022, <https://www.bnnbloomberg.ca/banks-freeze-millions-in-truck-convoy-funds-under-trudeau-edict-1.1727032> (19.04.2024).
- Scherer S., Ljunggren D., Gordon J., *Canada's Trudeau calls protesters' blockade an economic threat*, Reuters, 18.02.2022.
- The Somali Remittance Crisis: when remittances are needed the most*, <https://crosstechpayments.com/somalian-remittance-crisis/> (20.04.2024).
- Turetsky D., *City Limits: In a First, the Public Got to Weigh in on NYC's Banking Decisions*, <https://www.neweconomy.org/2023/06/city-limits-in-a-first-the-public-got-to-weigh-in-on-nycs-banking-decisions/> (16.05.2024).
- Wald E.R., *Debanking Hurts Everyone*, 2021, <https://www.barrons.com/articles/debanking-hurts-everyone-51610145010> (10.05.2024).
- Zhou S., *Muslim organizations dropped by big banks is a problem*, 2022, <https://newsfcanada.net/muslim-organizations-dropped-by-big-banks-is-a-problem/> (10.04.2024).
- Zywicki T., *Restoring the Rule of Law in Finance*, „First Principles” 2023, no. 92, <https://www.heritage.org/sites/default/files/2023-06/FP92.pdf> (17.05.2024).

Streszczenie

Założenia systemu AML/CFT preferowały oddolną inicjatywę instytucji obowiązanych w zakresie oceny ryzyka instytucji oraz indywidualnego klienta. Z czasem wobec takiego stanu rzeczy wykształciła się negatywna praktyka eliminacji ryzyka w postaci deriskingu i debankingu. Polega ona na unikaniu oceny ryzyka poprzez zbiorowe i rodzajowe niedopuszczanie do zawierania umów z określonymi klientami i rozwiązywania umów już zawartych. Ten stan rzeczy nie neutralizuje ryzyka, a jedynie przesuwa go na inne obszary do podmiotów, które słabiej identyfikują to ryzyko. *Derisking/debanking* mimo negatywnej oceny rozszerzył się także na inne obszary społeczne poza AML/CFT. Jednocześnie stał się on elementem wykorzystywanym w dyskryminacji ze względu na warunki ekonomiczne, rasowe, pochodzenie narodowe.

Słowa kluczowe: derisking, debanking, pranie pieniędzy, finansowanie terroryzmu, sankcje, ryzyko

DERISKING/DEBANKING AS “METHODS” OF PROVIDING SECURITY?

Summary

The assumptions of the AML/CFT system favored the bottom-up initiative of mandatory institutions in assessing the risk of the institution and the individual customer. Over time, in view of this state of affairs, the negative practice of risk elimination in the form of derisking and debanking has developed. It consists of avoiding risk assessment through collective and generic disallowance of contracts with specific customers and termination of contracts already concluded. This state of affairs does not neutralize the risk but only shifts it to other areas to entities that are weaker in identifying the risk. *Derisking/debanking*, despite its negative assessment, has also expanded into other areas of society beyond AML/CFT. At the same time, it has become an element used in discrimination based on conditions: economic, racial, national origin.

Keywords: derisking, debanking, money laundering, terrorist financing, sanctions, risk

Magdalena Kisala

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II

ORCID: 0000-0003-4593-0394

POWIATOWE SŁUŻBY, INSPEKCJE I STRAŻE W STRUKTURZE POWIATOWEJ ADMINISTRACJI ZESPOLONEJ – KONCEPCJA NADAL AKTUALNA?

Włączenie struktury administracji rządowej w strukturę samorządu powiatowego

System podmiotów administracji publicznej jest co do zasady systemem dualistycznym, złożonym z podmiotów wchodzących w skład administracji rządowej i administracji samorządowej¹. Na administrację rządową i administrację samorządową składa się wiele jednostek organizacyjnych o niejednorodnym statusie prawnym, połączonych ze sobą. Jest to szczególnie widoczne w administracji rządowej, gdzie jednostki tworzą dość skomplikowaną, wieloszczeblową strukturę organizacyjną, w ramach której występuje zarówno podporządkowanie w układzie pionowym jak i oddziaływanie w układzie poziomym².

Administracja publiczna, aby wykonywała skutecznie swoje funkcje i zadania, powinna być zorganizowana z zapewnieniem racjonalizacji i sprawności jej działania. Wiąże się to z budową struktury organizacyjnej zapewniającej optymalną wielkość jednostek organizacyjnych, wzajemnych powiązań i zależności, funkcjonowania procesów i procedur. Struktura powinna jednocześnie zapewniać specjalizację nakierowaną na osiągnięcie zamierzonych wyników. Ustawodawca, budując strukturę organizacyjną, uwzględnia różne przesłanki, układ musi tworzyć określoną hierarchię organizacyjną oraz uwzględniać więzi specjalistyczne³. Dodatkowo liczba zadań nakładanych przez przepisy prawa na aparat administracyjny powoduje konieczność rozbudowy tego aparatu w układach pionowych

¹ H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004, s. 79.

² J. Jagielski, *W sprawie treści kategorii „administracja rządowa i „administracja samorządowa”* [w:] *Nauka administracji wobec wyzwań współczesnego państwa prawa. Międzynarodowa Konferencja Naukowa Cisna 2–4 czerwca 2002*, red. J. Łukasiewicz, Rzeszów 2002, s. 222 i n.

³ Z. Leoński, *Nauka administracji*, Warszawa 2010, s. 51 i n.

(szczeblach). Do każdego szczebla przyporządkowane są odrębne zadania, co pozwala na podział pracy i specjalizację w ramach poszczególnych szczebli⁴. Biorąc powyższe pod uwagę, struktura organizacyjna powinna być połączona ze zdolnością wykonywania zadań i dawać gwarancję osiągania powiązanych z tymi zadaniami określonych rezultatów.

Zgodnie z koncepcją ustrojową struktury organów państwa administracja rządowa podlega podziałowi na centralną i terenową. W terenie działają organy o kompetencji ogólnej i specjalnej. Ponadto administracja rządowa terenowa działa obok administracji samorządowej, zdecentralizowanej, umiejscowionej w podziale zasadniczym państwa. Województwo jako najwyższa jednostka tego podziału skupia organy samorządowe i rządowe, czego konsekwencją jest tzw. dualizm administracji publicznej w województwie. Terenowym organem administracji rządowej na obszarze województwa jest wojewoda. Jest to organ o kompetencji ogólnej. Zadania wykonywane przez terenowe organy administracji rządowej o kompetencji ogólnej wymagają jednolitości działania w skali ogólnopaństwowej, z czym wiążą się względy sprawnościowe związane z wykonywaniem tych zadań, podporządkowanie służb i pracowników jednemu centrum kierownicemu i ich pełna dyspozycyjność⁵. Ustawodawca uznał jednak konstrukcję terenowej administracji rządowej za niewystarczającą dla realizacji polityki państwa w terenie. Z powodu braku powiatowego organu administracji rządowej o właściwości ogólnej, przy jednoczesnej potrzebie funkcjonowania takiego organu na tym szczeblu⁶, ustawodawca wyposażył starostę w zwierzchnictwo nad powiatowymi służbami, inspekcjami i strażami wykonującymi zadania o charakterze rządowym na terenie powiatu. Tym samym doszło do pogłębienia struktury administracji rządowej z wykorzystaniem struktur samorządowych. Kierownicy powiatowych służb, inspekcji i straży stanowią terenowe organy administracji rządowej w powiecie.

Zwierzchnie uprawnienia starosty wobec powiatowych służb, inspekcji i straży są nie tylko istotne dla funkcjonowania wspólnoty samorządowej, ale także dla sprawnego funkcjonowania aparatu administracji publicznej na obszarze całego kraju⁷. Starosta, pełniąc tę funkcję, ponosi odpowiedzialność za prawidłowe i skuteczne wykonywanie funkcji państwa i działanie w imię interesów i wartości o znaczeniu fundamentalnym dla państwa jako całości, przede wszystkim

⁴ *Ibidem*, s. 81 i n.

⁵ M. Kulesza, *W sprawie funkcji policyjnych samorządu terytorialnego* [w:] *Gmina. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. J. Szreniawski, Rzeszów 1992, s. 81 i n.

⁶ P. Niemczuk, *Pozycja ustrojowo-prawna starosty*, „Administracja: teoria, dydaktyka, praktyka” 2011, nr 1(22), s. 89.

⁷ K. Lewandowski, *Pojęcie i istota zwierzchnictwa starosty wobec powiatowych służb, inspekcji i straży – zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica” 2012, nr 270, s. 69.

w sferze bezpieczeństwa wewnętrznego, porządku publicznego, przestrzegania prawa oraz w stanach nadzwyczajnych⁸.

Zadania powiatowych służb, inspekcji i straży wykonywane są na ograniczonym terytorium – terytorium powiatu, co powinno przełożyć się na skuteczność ich realizacji związanej z zaspokojeniem potrzeb mieszkańców, dostępnością organów oraz zwiększeniem stopnia ochrony określonych wartości. Rozmieszczenie służb, inspekcji i straży w strukturze samorządu powiatowego posiada więc swoje uzasadnienie.

Celem opracowania jest ocena obowiązujących regulacji pod kątem zasadności dalszego funkcjonowania tej struktury, kompetencji starosty oraz skuteczności organów w wykonywaniu swych zadań. Postawione w tytule artykułu pytanie, czy obecnie obowiązująca koncepcja zespoleń powiatowych służb, inspekcji i straży jest nadal aktualna, wydaje się być zasadne w kontekście obserwowanych zmian polegających na ograniczaniu kompetencji starosty w stosunku do powiatowych służb, inspekcji i straży i ich wpływu na zagwarantowanie bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Prowadzone w artykule rozważania służą udowodnieniu następującej tezy: Ograniczanie kompetencji starosty wobec powiatowych służb, inspekcji i straży jest sprzeczne z założeniami koncepcji zespoleń, która zakłada koncentrację zadań i kompetencji i której celem ma być zapewnienie skuteczności i sprawności działania tych podmiotów pod zwierzchnictwem organu administracji publicznej – starosty.

Pojęcie zwierzchnictwa i zespoleń w ustroju powiatu

Zspoleenie można rozumieć jako zasadę organizacyjną aparatu administracyjnego zakładającą maksymalnie możliwą koncentrację zadań i kompetencji z zakresu administracji publicznej i wykonujących je w danej jednostce terytorialnej podmiotów w jednym urzędzie i pod zwierzchnictwem jednego organu administracji publicznej⁹. Założeniem tej zasady jest przypisanie temu podmiotowi odpowiedzialności za całość działań aparatu administracyjnego na danym terenie, co ma prowadzić do obniżenia kosztów administracji terenowej, poprawy jej skuteczności oraz optymalizacji zarządzania nią¹⁰. Celem zespoleń jest

⁸ Z. Gilowska, D. Kijowski, M. Kulesza, W. Misiąg, J. Prutis, M. Stec, J. Szlachta, J. Zaleski, *Podstawy prawne funkcjonowania terytorialnej administracji publicznej w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Samorząd Terytorialny” 2002, nr 1–2, s. 37.

⁹ J. Jagielski, *Terenowa administracja rządowa zespoleń* [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 201; E. Wituska, *Elementarne założenia teoretyczne zasady zespoleń administracyjnych*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica” 2012, nr 270, s. 236–237.

¹⁰ E. Wituska, *Elementarne założenia...*, s. 237.

więc usprawnienie organizacyjne aparatu administracyjnego, który co do zasady tworzy administracja ogólna skonsolidowana – możliwie najszerzej – z terenową administracją specjalną¹¹.

Zespolecie polega na połączeniu sił i środków administracji publicznej zajmującej się różnymi materiami w jedną całość na danym terytorium, a więc w konsekwencji na ścisłej współpracy poszczególnych jej ogniw połączonych przez jeden wspólny podmiot – zwierzchnika. Zwierzchnictwo występuje wówczas, gdy organ o kompetencji ogólnej ma uprawnienia o charakterze kierowniczym względem innych wyspecjalizowanych organów administracji publicznej mających kompetencję szczegółową. Organ sprawujący zwierzchnictwo odpowiada na obszarze swojej właściwości za stan spraw publicznych, na który składają się rezultaty działania na danym terenie również innych organów administracji publicznej, które mają własne, przypisane ustawami zadania i kompetencje. Jest to odpowiedzialność za skutek. Zwierzchnik jest więc terenowym organem o kompetencji ogólnej, posiadającym równocześnie uprawnienia o charakterze kierowniczym w stosunku do innych wyspecjalizowanych organów administracji publicznej, działających na określonym obszarze, mających własne zadania i kompetencje szczegółowe¹². Pod pojęciem zwierzchnictwa kryją się działania podmiotu, który jest „gospodarzem” terenu¹³ i który ma ustawowo zapewniony wpływ na inne podmioty mu podlegające i działające na tym terenie. Konsekwencją zespolecia i zwierzchnictwa powinno być zatem wyposażenie starosty w takie instrumenty prawne, które umożliwią mu wykonywanie działań i posiadanie realnego wpływu na działanie powiatowej administracji zespolonej.

Zwierzchnictwo i zespolecie to pojęcia, które mają rządową proveniencję. Ustawodawca z jednej strony zrezygnował z tworzenia struktur administracji rządowej na szczeblu powiatu, a z drugiej strony ze względu na wagę zadań, które wykonywane są przez powiatowe służby, inspekcje i straże, powstała konieczność powierzenia zarządzania tymi jednostkami organowi powiatowej administracji samorządowej. Konstrukcja zespolecia w powiecie łączy dwa aspekty: zespolecie w układzie starosta–jednostki organizacyjne stanowiące aparat pomocniczy kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży oraz zespolecie w układzie starosta oraz starostwo powiatowe i powiatowy urząd pracy będący jednostką organizacyjną powiatu¹⁴.

Konstrukcja zespolecia w układzie starosta–powiatowe służby, inspekcje i strażę jest dodatkowo szczególna ze względu na układ relacji strukturalnych występujących pomiędzy administracją rządową i samorządową. Kierunek zwierzchnictwa został w tym przypadku odwrócony (samorządowy starosta nad rządowymi służbami, inspekcjami i strażami)¹⁵. Natomiast w odniesieniu do starostwa powiatowego

¹¹ K. Lewandowski, *Pojęcie i istota...*, s. 70.

¹² H. Izdebski, M. Kulesza, *Administracja publiczna...*, s. 259.

¹³ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2022, s. 230.

¹⁴ P. Lisowski, *Zespolecie w samorządzie terytorialnym [w:] System Prawa Samorządu Terytorialnego*, t. II: *Ustrój samorządu terytorialnego*, red. I. Lipowicz, Warszawa 2022, s. 314–315.

¹⁵ *Ibidem*, s. 316.

oraz powiatowego urzędu pracy zespolenie powstaje w ramach jednego – samorządowego – układu strukturalnego, co powinno przekładać się na głębokość zespolenia w tym przypadku i realny wpływ na funkcjonowanie tych jednostek. Pracownicy służb, inspekcji i straży nie są pracownikami samorządowymi. Zwierzchnictwo starosty nie jest zwierzchnictwem służbowym. Jednostki pomocnicze tych podmiotów nie wchodzi także w skład starostwa powiatowego ani nie są jednostkami organizacyjnymi powiatu. Pozostała część nadzoru nad tymi służbami, w tym rolę organów odwoławczych, wykonują nadrzędne organy tych służb zespolone z wojewodą¹⁶. Istota zwierzchnictwa starosty sprowadza się więc do tego, że w jego ramach wykonuje on zadania i kompetencje przy pomocy m.in. kierowników służb, inspekcji i straży. Szczegółowy zakres tego zwierzchnictwa regulują ustawy odrębne dotyczące poszczególnych służb, inspekcji i straży¹⁷.

Pełnienie funkcji zwierzchnika wiąże się z dodatkowymi kompetencjami i odpowiedzialnością starosty za wykonanie zadań, które są zadaniami związanymi z ochroną zdrowia, życia, bezpieczeństwa i porządku publicznego. Odpowiedzialność za funkcjonowanie służb, inspekcji i straży jest odpowiedzialnością jednoosobową. Zadania są zadaniami wykonywanymi na szczeblu powiatu, ale są to zadania o szczególnym charakterze, są one niejako przedłużeniem zadań wykonywanych przez wojewódzką administrację zespoloną. W doktrynie zadania te są określane jako „zadania własne powiatu o charakterze rządowym”¹⁸.

Zwierzchnictwo starosty nad powiatowymi służbami, inspekcjami i strażami nie jest „typowym” rodzajem zespolenia. Łączenie różnych typów układów relacji strukturalnych może mieć istotny wpływ na intensywność zespolenia, a w konsekwencji wpływać negatywnie na kształtowanie mocnego zwierzchnictwa starosty nad powiatowymi służbami, inspekcjami i strażami¹⁹. Ponadto należy podkreślić, że starosta, będąc zwierzchnikiem powiatowej administracji zespolonej, nie jest jej organem, co uniemożliwia jej pełne zespolenie²⁰.

Zakres zwierzchnictwa starosty względem powiatowych służb, inspekcji i straży

Konstrukcja ustrojowa, w której odpowiedzialność za wykonywanie podstawowych funkcji państwa na danym obszarze spoczywać winna na określonym jednoosobowym organie, jest konsekwencją przedstawienia funkcjonowania administracji

¹⁶ C. Martysz, komentarz do art. 35 [w:] *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2020, s. 598.

¹⁷ C. Martysz, komentarz do art. 33a [w:] *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2020, s. 584.

¹⁸ B. Dolnicki, *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2021, s. 321.

¹⁹ P. Lisowski, *Zespolenie w samorządzie...*, s. 316.

²⁰ P. Niemczuk, *Pozycja ustrojowo-prawna...*, s. 90.

publicznej na funkcjonowanie przede wszystkim w układzie terytorialnym, a nie jak dotąd – branżowym. Na obszarze powiatu władza administracji ogólnej została powierzona staroście²¹.

Organy powiatowych służb, inspekcji i straży są organami administracji rządowej pozostającymi pod zwierzchnictwem starosty²². Do służb, inspekcji i straży funkcjonujących w ramach powiatowej administracji zespolonej należy: powiatowy inspektorat nadzoru budowlanego, komenda miejska Policji, komenda miejska Państwowej Straży Pożarnej. Na obszarze powiatu działa także powiatowa stacja sanitarno-epidemiologiczna (może działać na obszarze kilku powiatów)²³ oraz powiatowy inspektorat weterynarii (zakres działania powiatowego lekarza weterynarii może obejmować kilka powiatów). W przypadku powiatowej stacji sanitarno-epidemiologicznej państwowy powiatowy inspektor sanitarny jest organem rządowej administracji zespolonej w województwie, natomiast powiatowy lekarz weterynarii jako kierownik powiatowej inspekcji weterynaryjnej wchodzi w skład niezespolonej administracji rządowej²⁴. Regulacja ta potwierdza poczynioną wyżej konstatację o funkcjonowaniu struktury terenowej administracji rządowej w powiecie. Struktura ta nie kończy się więc na województwie.

Starosta, sprawując zwierzchnictwo w stosunku do powiatowych służb, inspekcji i straży:

- powołuje i odwołuje kierowników tych jednostek w uzgodnieniu z wojewodą, a także wykonuje wobec nich czynności w sprawach z zakresu prawa pracy, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej,
- zatwierdza programy ich działania,
- uzgadnia wspólne działanie tych jednostek na obszarze powiatu,
- w sytuacjach szczególnych kieruje wspólnymi działaniami tych jednostek,
- zleca w uzasadnionych przypadkach przeprowadzenie kontroli²⁵.

Wpływ starosty na powoływanie i odwoływanie kierowników służb, inspekcji i straży jest ograniczony poprzez decydujący wpływ wojewody w postaci wyrażenia zgody na obsadzenie stanowisk. W ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane²⁶ to wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego wskazuje co najmniej 3 kandydatów na powiatowego inspektora nadzoru budowlanego. Jeżeli starosta nie powoła powiatowego inspektora nadzoru budowlanego w terminie 30 dni od dnia przedstawienia kandydatów, wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego wskazuje spośród nich kandydata, którego starosta powołuje na stanowisko

²¹ J. Sługocki, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2023, s. 415.

²² T. Fuks, *Kształt reformy samorządowej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 4, s. 33.

²³ Art. 10 ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz.U. 2024, poz. 416).

²⁴ Art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. o Inspekcji Weterynaryjnej (Dz.U. 2024, poz. 12).

²⁵ Art. 35 ust. 2 u.s.p.

²⁶ Dz.U. 2023, poz. 682, ze zm.

powiatowego inspektora nadzoru budowlanego. Starosta nie może także samodzielnie odwołać powiatowego inspektora nadzoru budowlanego. Może go odwołać wyłącznie w uzgodnieniu z wojewódzkim inspektorem nadzoru budowlanego albo na wniosek wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego²⁷. Kompetencje starosty w zakresie zespolenia osobowego są znacznie ograniczone. Powiatowy inspektor nadzoru budowlanego wykonuje swoje zadania przy pomocy powiatowego inspektoratu nadzoru budowlanego. Organizację wewnętrzną i szczegółowy zakres zadań powiatowego inspektoratu nadzoru budowlanego określa powiatowy inspektor nadzoru budowlanego w regulaminie organizacyjnym²⁸. Funkcjonuje więc poza strukturą urzędu starostwa. Tym samym ustawa wyłącza zespolenie organizacyjne. Konsekwencją wyłączenia zespolenia organizacyjnego jest także brak zespolenia finansowego. Ponadto zgodnie z art. 83 ust. 2 Prawa budowlanego organem wyższego stopnia w stosunku do powiatowego inspektora nadzoru budowlanego jest wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego. Kontrolę działalności powiatowego inspektora nadzoru budowlanego sprawuje również wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego. Kontrola ta jest przeprowadzana na zasadach i w trybie określonych w przepisach o kontroli w administracji rządowej²⁹.

Na podstawie Prawa budowlanego można wskazać kompetencje mieszczące się w zakresie zespolenia kompetencyjnego. Ustawa formułuje kompetencję starosty do wydania polecenia właściwemu powiatowemu inspektorowi nadzoru budowlanego podjęcia działań zmierzających do usunięcia zagrożenia życia lub zdrowia ludzi związanych z budową, utrzymaniem lub rozbiórką obiektów budowlanych. Polecenie wymaga formy pisemnej. Jeśli zostało wydane ustnie, wymaga potwierdzenia w formie pisemnej. Polecenie podlega niezwłocznemu wykonaniu. Starosta ponosi wyłączną odpowiedzialność za treść wydanego polecenia³⁰. Jest to kompetencja mieszcząca się w ramach kierownictwa.

W odniesieniu do funkcjonowania komendy miejskiej policji, na podstawie art. 6c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³¹ komendanta powiatowego (miejskiego) Policji powołuje i odwołuje komendant wojewódzki Policji po zasięgnięciu opinii starosty. Jednocześnie ustawa wyłącza stosowanie art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, a więc odnoszącego się do powoływania i odwoływania komendanta i wykonywania wobec niego czynności w sprawach z zakresu prawa pracy, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Starosta nie ma wpływu na powoływanie i odwoływanie zastępców komendanta powiatowego (miejskiego) Policji.

Ustawa o Policji wprowadza również obowiązek dla komendanta powiatowej Policji do składania staroście oraz radzie powiatu rocznych sprawozdań ze swojej

²⁷ Art. 86 ust. 1 i 2 Prawa budowlanego.

²⁸ Art. 86 ust. 3 i 4 Prawa budowlanego.

²⁹ Art. 84b Prawa budowlanego.

³⁰ Art. 89c Prawa budowlanego.

³¹ Dz.U. 2024, poz. 145.

działalności, a także informacji o stanie porządku i bezpieczeństwa publicznego. W razie zagrożenia bezpieczeństwa publicznego lub zakłócenia porządku publicznego sprawozdania i informacje składa się tym organom niezwłocznie na każde ich żądanie³². Starosta może też żądać od właściwego komendanta Policji przywrócenia stanu zgodnego z porządkiem prawnym lub podjęcia działań zapobiegających naruszeniu prawa oraz zmierzających do usunięcia zagrożenia bezpieczeństwa i porządku publicznego z wyłączeniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych oraz czynności z zakresu ścigania wykroczeń. Żądanie to nie może dotyczyć wykonania konkretnej czynności służbowej ani określać sposobu wykonania zadania przez Policję. Wymaga ono formy pisemnej³³.

Wpływ starosty na powołanie i odwołanie komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej jest również ograniczony. Jest on powoływany spośród oficerów Państwowej Straży Pożarnej przez komendanta wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej w porozumieniu ze starostą, z wyłączeniem wykonywania wobec niego czynności w sprawach z zakresu prawa pracy, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Jeżeli starosta nie zajmie stanowiska lub nie zaakceptuje zgłoszonej kandydatury na stanowisko komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej w terminie 30 dni od dnia jej przedstawienia, przedstawia się niezwłocznie kolejną kandydaturę. W przypadku braku porozumienia w stosunku do tej kandydatury w terminie 14 dni od dnia jej przedstawienia staroście na stanowisko komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej komendant wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej powołuje wskazanego przez wojewodę oficera Państwowej Straży Pożarnej. Komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej odwołuje komendant wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej po zasięgnięciu opinii starosty³⁴. W przypadku braku opinii komendant wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej odwołuje komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej po upływie 14 dni od dnia przedstawienia wniosku o odwołanie. W razie zwolnienia stanowiska komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej starosta nie posiada żadnych kompetencji, podobnie jak w przypadku powoływania i odwoływania jego zastępców³⁵.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 rada powiatu (miasta) przynajmniej raz w roku rozpatruje informację komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej o stanie bezpieczeństwa powiatu (miasta na prawach powiatu) w zakresie ochrony przeciwpożarowej. Na polecenie starosty (prezydenta miasta) informację taką właściwy komendant jest obowiązany składać w każdym czasie. Natomiast

³² Art. 10 ustawy o Policji.

³³ Art. 11 ustawy o Policji.

³⁴ Art. 13 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz.U. 2024, poz. 127)

³⁵ Art. 13 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej.

w przypadku bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa wspólnoty samorządowej, w szczególności życia lub zdrowia, starosta może wydać komendantowi powiatowemu (miejskiemu) Państwowej Straży Pożarnej polecenie podjęcia działań w zakresie właściwości Państwowej Straży Pożarnej, zmierzających do usunięcia tego zagrożenia. Polecenie podlega niezwłocznemu wykonaniu. Starosta ponosi wyłączną odpowiedzialność za treść i skutki polecenia³⁶. Posiada również kompetencję do zlecenia przeprowadzenia czynności kontrolno-rozpoznawczych w oparciu o art. 35 ust. 3 pkt 5 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym. Celem przeprowadzenia czynności jest rozpoznawanie zagrożeń, realizacja nadzoru nad przestrzeganiem przepisów przeciwpożarowych oraz przygotowanie do działań ratowniczych. Prawo do przeprowadzania czynności kontrolno-rozpoznawczych mają strażacy upoważnieni przez właściwego komendanta Państwowej Straży Pożarnej³⁷.

Ustawodawca nakłada ponadto w celu realizacji zadań starosty w zakresie zwierzchnictwa nad powiatowymi służbami, inspekcjami i strażami obowiązek utworzenia komisji bezpieczeństwa i porządku w powiecie. Analiza zadań komisji określonych w art. 38a ust. 2 u.s.p. wskazuje, że jest to organ opiniodawczo-doradczy starosty, który ma kompetencje do pozyskiwania dokumentów i informacji oraz dokonywania oceny (w formie opinii) funkcjonowania służb, inspekcji i straży. Pozyskane dane są analizowane pod kątem zapobiegania i konfrontowania się z zagrożeniami.

W obecnym stanie prawnym kompetencje starosty dotyczące zespolonych służb, inspekcji i straży są ograniczone tylko do trzech wyżej wymienionych służb. Rola starosty jako zwierzchnika jest ograniczona, zespolenia organizacyjnego i finansowego brak, a zespolenie osobowe i kompetencyjne podlega znacznym ograniczeniom.

Zadania wykonywane przez powiatowe służby, inspekcje i straże nie są zadaniami powiatu ani starosty. Są to zadania kierowników tych służb jako organów administracji rządowej, a zwierzchnictwo starosty ma charakter ogólny³⁸. Służby te zachowują samodzielność w realizowaniu swoich zadań publicznych, jednocześnie będąc związane zwierzchnictwem starosty, które nie jest zwykłym zwierzchnictwem służbowym, bowiem staroście przysługują jedynie uprawnienia określone w art. 35 ust. 3 u.s.p. i ustawach dotyczących tych służb, inspekcji i straży³⁹.

Obecna regulacja ustawowa pozbawiła starostę decydującego wpływu na działalność powiatowej administracji zespolonej. Obserwowana jest tendencja polegająca na stopniowym uszczuplaniu zadań i kompetencji starosty na rzecz organów

³⁶ Art. 14 ust. 3, 5, 6 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej.

³⁷ Art. 23 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, ust. 4 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej.

³⁸ J. Jagoda, *Powiatowa (miejska) administracja zespolona* [w:] *Dziesięć lat reformy administracji publicznej w Polsce*, red. J. Parchomiuk, B. Uliasz, E. Kruk, Warszawa 2009, s. 236–238.

³⁹ Wyrok NSA z dnia 15 maja 2014 r., sygn. II OSK 2994/12.

administracji rządowej. Analiza przyjętej w ustawodawstwie koncepcji powiatowej administracji zespolonej w odniesieniu do powiatowych służb, inspekcji i straży pokazuje, że „w istocie «zespolona» nie jest”⁴⁰. Tymczasem zgodnie z koncepcją zespolenia zwierzchnik powinien posiadać kompetencje kierownicze w stosunku do zespolonych organów. Zakładając, że funkcjonowanie tych struktur ma się przekładać na zagwarantowanie bezpieczeństwa i skuteczne działanie w sytuacji bezpośredniego zagrożenia, zasadne jest przyznanie staroście kompetencji do działania w czasie braku zagrożenia i w czasie jego wystąpienia, zapewniających skuteczne współdziałanie służb, inspekcji i straży. Ich zakres powinien zostać doprecyzowany w ustawach.

Zapewnienie wykonywania określonych zadań

Do zadań publicznych powiatu należy również zapewnienie wykonywania określonych w ustawach zadań i kompetencji kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży⁴¹. Ustawa o samorządzie powiatowym nie definiuje, na czym ma polegać zapewnienie wykonywania owych zadań i kompetencji. W ocenie Regionalnej Izby Obrachunkowej w Opolu powyższe oznacza, że jest to zadanie własne powiatu i stanowi ono jedynie stworzenie ogólnych warunków zapewniających ciągłość funkcjonowania komend i inspektoratów⁴².

W ustawie o Policji wskazana jest możliwość uczestnictwa w pokrywaniu wydatków inwestycyjnych, modernizacyjnych lub remontowych oraz kosztów utrzymania i funkcjonowania jednostek organizacyjnych Policji, a także zakupu niezbędnych dla ich potrzeb towarów i usług przez jednostki samorządu terytorialnego. Ponadto na wniosek rady powiatu lub rady gminy liczba etatów Policji w rewirach dzielnicowych i posterunkach Policji na terenie powiatu lub gminy może ulec zwiększeniu ponad liczbę ustaloną na zasadach określonych w art. 12 ust. 2, jeżeli organy te zapewnią pokrywanie kosztów utrzymania etatów Policji przez okres co najmniej 5 lat na warunkach określonych w porozumieniu zawartym między organem powiatu lub gminy a właściwym komendantem wojewódzkim Policji i zatwierdzonym przez Komendanta Głównego Policji⁴³.

Zapewnienie wykonywania zadań wiąże się także z zagwarantowaniem ciągłości działania organu w przypadku braku piastuna organu. W wyroku WSA w Gdańsku z dnia 25 października 2023 r.⁴⁴ wskazano, że przepisy prawa, w tym przepisy Prawa budowlanego, nie przewidują konkretnych, stosownych regulacji

⁴⁰ Wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26 czerwca 2023 r., sygn. II SA/GI 624/23.

⁴¹ Art. 4 ust. 2 u.s.p.

⁴² RIO Opole, 3.09.2021, sygn. NA.III-022-14/2021.

⁴³ Art. 13 ust. 3 i 4 ustawy o Policji.

⁴⁴ Sygn. II SA/Gd 344/23.

dla funkcji osoby pełniącej obowiązki (p.o.) powiatowego inspektora nadzoru budowlanego. Starosta jest kierownikiem starostwa powiatowego i zwierzchnikiem służbowym pracowników starostwa i kierowników jednostek organizacyjnych powiatu oraz zwierzchnikiem powiatowych służb, inspekcji i straży. Jest on uprawniony do powierzenia pracownikowi powiatowego inspektoratu nadzoru budowlanego pełnienia obowiązków, a zatem również podpisywania decyzji. Skoro do zadań publicznych powiatu należy zapewnienie wykonywania określonych w ustawach zadań i kompetencji kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży, to brak docelowej obsady stanowiska powiatowego inspektora nadzoru budowlanego musi być w zakresie umożliwiającym funkcjonowanie organu wypełniony przez stosowne działanie starosty. W konsekwencji tego powołanie i odwołanie osoby pełniącej obowiązki (p.o.) powiatowego inspektora nadzoru budowlanego stanowi wyłączną prerogatywę starosty, podstawową bowiem cechą administracji publicznej jest zasada ciągłości jej działania. Zatem niemożność wykonywania obowiązków powiatowego inspektora nadzoru budowlanego nie może prowadzić do braku możliwości podejmowania określonych czynności m.in. w postępowaniu administracyjnym. Działalność organu musi być tak zorganizowana, aby zapewniać nieprzerwane i stałe jego funkcjonowanie, umożliwiające organowi wypełnianie ustawowych czynności i obowiązków. W związku z tym utożsamianie organu administracji publicznej tylko z piastunem organu (osobą fizyczną) stanowiłoby zagrożenie dla funkcjonowania tej zasady.

Dokonując oceny powyższych regulacji, należy zauważyć niekonsekwencję ustawodawcy związaną z ograniczeniem roli starosty w powoływaniu i odwoływaniu powiatowego inspektora nadzoru budowlanego w związku z nieuregulowaniem sytuacji dotyczącej braku piastuna organu i powołania osoby pełniącej jego obowiązki. W przypadku zwolnienia stanowiska komendanta powiatowego (miejskiego) Policji oraz komendanta wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej właściwe ustawy wskazują wyraźnie organy, które odpowiadają za obsadę personalną. Są nimi odpowiednio: komendant wojewódzki Policji oraz komendant wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej⁴⁵. Wydaje się też, że sformułowanie *zapewnienie wykonywania* powinno być doprecyzowane, ponieważ w obecnym stanie prawnym budzi ono wątpliwości interpretacyjne. Skoro zwierzchnictwo starosty zostało ograniczone przez ustawodawcę, nielogiczna jest regulacja, która zalicza do zadań publicznych powiatu zapewnienie wykonywania określonych w ustawach zadań i kompetencji kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży. Jest to negatywna konsekwencja wprowadzania kolejnych zmian uszczuplających kompetencje starosty i demontowania przyjętej w 1998 r. konstrukcji powiatowej administracji zespolonej.

⁴⁵ Art. 6c ust. 6 ustawy o Policji; art. 13 ust. 4 ustawy o Państwowej Straży Pożarnej.

Podsumowanie

Powiatowe służby, inspekcje i straże to część struktury powiatowej administracji zespolonej wyodrębnionej ze względu na zapewnienie racjonalizacji i sprawności jej działania oraz nakierowanej na osiąganie zamierzonych wyników. Kierownicy powiatowych służb, inspekcji i straży stanowią terenowe organy administracji rządowej w powiecie. Tym samym doszło do pogłębienia struktury administracji rządowej z wykorzystaniem struktur samorządowych.

Uzasadnieniem dla wyodrębnienia tych struktur jest realizacja zadań połączona z ochroną wartości o znaczeniu fundamentalnym dla państwa jako całości. Ustawodawca postanowił, że będą one wykonywane w ramach jednolitej polityki państwa, ale w terenie. Przemawiają za tym względy celowościowe. Przeniesienie zadań rządowych do wykonywania w powiecie ma taką zaletę, że służby, inspekcje i straże znają lokalne potrzeby i warunki działania, mają więc wiedzę, jak działać skutecznie. Natomiast zwierzchnictwo starosty powinno usprawnić zarządzanie nimi w określonych przez przepisy prawa sytuacjach.

Tymczasem obserwowane zmiany ustawodawcze, polegające na wyłączeniu części służb, inspekcji i straży z powiatowej administracji zespolonej, oraz ograniczenie wpływu starosty na funkcjonowanie pozostałych spowodowały, że zespolenie w rzeczywistości ma charakter szczątkowy. Skutkiem uszczuplania kompetencji starosty jest fakt, że takie założenia ustrojowe koncepcji zespolenia, jak poprawa skuteczności działania, optymalizacja zarządzania, nie zostały zrealizowane. Świadczy o tym przeprowadzona analiza obowiązujących przepisów. Koncepcja zespolenia w obecnym kształcie wskazuje na tendencję odwrotną – postępujący proces rozpraszania zadań i kompetencji.

Ograniczanie kompetencji starosty wobec powiatowych służb, inspekcji i straży wypacza istotę zespolenia, która zakłada koncentrację zadań i kompetencji i której celem ma być zapewnienie skuteczności i sprawności działania tych podmiotów pod zwierzchnictwem organu administracji publicznej – starosty.

Zmiany legislacyjne ograniczające kompetencje starosty jako zwierzchnika na rzecz różnych organów administracji rządowej wprowadzają niebezpieczeństwo podejmowania działań rozproszonych, nieefektywnych, bez właściwego, oddolnego rozeznania.

Wielokrotnie negatywną ocenę zmian ustawodawczych przedstawiał Związek Powiatów Polskich, postulując odwrócenie trendu „resortowości” i przywrócenie kształtu powiatowej administracji zespolonej, w skład której wchodziły liczne powiatowe służby, inspekcje i straże. Związek apelował o zakończenie demontowania ustroju samorządowego, którego wprowadzenie było jednym z warunków zaakceptowania członkostwa Polski w Unii Europejskiej⁴⁶.

⁴⁶ Stanowisko Związku Powiatów Polskich w sprawie ograniczenia uprawnień samorządu powiatowego w zakresie zwierzchnictwa nad powiatowymi służbami, inspekcjami i strażami,

Założeniem zespolenia jest sprawność działania, realny wpływ zwierzchnika na organy zespolonych służb, inspekcji i straży. Struktura powstała w wyniku zespolenia powinna zapewniać specjalizację nakierowaną na wyniki. Tendencja odwrotna, pozbawiająca starostę bezpośredniego wpływu na ich działanie, oddziałuje negatywnie nie tylko na osiąganie powyższych celów, ale także na trwałość ustroju władzy publicznej. Należy podkreślić, że obecna koncepcja zespolenia określona w ustawie o samorządzie powiatowym odbiega znacznie od zmian ustrojowych zapoczątkowanych w 1998 r. Zwierzchnictwo starosty stało się iluzoryczne. Pomimo tego, że administracja publiczna nie określa swoich zadań, należy podkreślić, że prawodawca dokonujący zmian ustawowych powinien być racjonalny, a wprowadzane zmiany logiczne, sensowne i celowe. Tymczasem interpretacja obowiązującego ustawodawstwa wskazuje na niekonsekwencję ustawodawcy w tym zakresie.

Mimo tego, że zespolenie i zwierzchnictwo starosty wobec powiatowych służb, inspekcji i straży ma ograniczony charakter, dalsze funkcjonowanie tej struktury należy uznać za zasadne, jednak z koniecznością wzmocnienia pozycji starosty jako zwierzchnika. Konstrukcja zespolenia wpisuje się w formułę stworzenia sprawnego systemu bezpieczeństwa wewnętrznego państwa. Celem działania powiatowych służb, inspekcji i straży na obszarze powiatu jest zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego, a także stworzenie gwarancji ochrony wartości, takich jak życie i zdrowie obywateli – członków wspólnot samorządowych. Dualistyczny model ochrony, obejmujący wykonywanie zadań przez organy powiatu oraz powiatowe służby, inspekcje i straże, jest kluczowy z punktu widzenia państwa i samorządu terytorialnego.

Pomimo że administracja rządowa i samorządowa to struktury niezależne względem siebie, ich koegzystencja zakłada potrzebę współpracy i koordynacji działania pomiędzy nimi. Zakres zespolenia i zwierzchnictwa powinien być dostosowany do koncepcji ustrojowej organów państwa oraz rezultatów, jakie administracja ma osiągać. Obserwowany kierunek zmian obejmuje rozszerzenie struktury terenowej administracji rządowej na obszarze powiatu i podporządkowanie jednostek organizacyjnych wchodzących w skład tej struktury różnym organom administracji rządowej. Jeśli celem ustawodawcy jest utrzymanie koncepcji zespolenia z zachowaniem pozycji starosty jako zwierzchnika, konieczne jest ponowne wzmocnienie jego roli przez przyznanie mu kompetencji zapewniających realny wpływ na zapobieganie i działanie w sytuacji bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa wspólnoty samorządowej oraz współdziałanie administracji samorządowej z powiatowymi służbami, inspekcjami i strażami.

Warszawa, 16 października 2002; stanowisko Związku Powiatów Polskich w sprawie funkcjonowania powiatowej administracji zespolonej, Warszawa, 1 marca 2006; stanowisko XIII Zgromadzenia Ogólnego Związku Powiatów Polskich w sprawie zespolenia administracji na szczeblu powiatowym, Poznań, 8 marca 2010 r.

Bibliografia

- Dolnicki B., *Samorząd terytorialny*, Warszawa 2021.
- Fuks T., *Kształt reformy samorządowej*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 4.
- Gilowska Z., Kijowski D., Kulesza M., Misiąg W., Prutis J., Stec M., Szlachta J., Zaleski J., *Podstawy prawne funkcjonowania terytorialnej administracji publicznej w Rzeczypospolitej Polskiej*, „Samorząd Terytorialny” 2002, nr 1–2.
- Izdebski H., Kulesza M., *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2004.
- Jagielski J., *Terenowa administracja rządowa zespolona* [w:] *Prawo administracyjne*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017.
- Jagielski J., *W sprawie treści kategorii „administracja rządowa i „administracja samorządowa”* [w:] *Nauka administracji wobec wyzwań współczesnego państwa prawa. Międzynarodowa Konferencja Naukowa Cisna 2–4 czerwca 2002*, red. J. Łukasiewicz, Rzeszów 2002.
- Jagoda J., *Powiatowa (miejska) administracja zespolona* [w:] *Dziesięć lat reformy administracji publicznej w Polsce*, red. J. Parchomiuk, B. Ulijasz, E. Kruk, Warszawa 2009.
- Kulesza M., *W sprawie funkcji policyjnych samorządu terytorialnego* [w:] *Gmina. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. J. Szreniawski, Rzeszów 1992.
- Leoński Z., *Nauka administracji*, Warszawa 2010.
- Lewandowski K., *Pojęcie i istota zwierzchnictwa starosty wobec powiatowych służb, inspekcji i straży – zagadnienia wybrane*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica” 2012, nr 270.
- Lisowski P., *Zespolenie w samorządzie terytorialnym* [w:] *System Prawa Samorządu Terytorialnego*, t. II: *Ustrój samorządu terytorialnego*, red. I. Lipowicz, Warszawa 2022.
- Martysz C., komentarz do art. 33a [w:] *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2020.
- Martysz C., komentarz do art. 35 [w:] *Ustawa o samorządzie powiatowym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2020.
- Niemczuk P., *Pozycja ustrojowo-prawna starosty*, „Administracja: teoria, dydaktyka, praktyka” 2011, nr 1(22).
- Ślugocki J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2023.
- Wituska E., *Elementarne założenia teoretyczne zasady zespolenia administracyjnego*, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Oeconomica” 2012, nr 270.
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2022.

Streszczenie

Koncepcja zespolenia służb, inspekcji i straży pod zwierzchnictwem starosty funkcjonuje w polskim porządku prawnym od wielu lat. Została ustanowiona, aby wykonywać w sposób jednolity politykę państwa w terenie i zapewniać bezpieczeństwo obywateli – członków wspólnot samorządowych. Jest to koncepcja, która w pierwotnym kształcie zakładała większy wpływ starosty na funkcjonowanie służb, inspekcji i straży. W obecnym stanie prawnym jego zwierzchnictwo ma ograniczony charakter. Celem artykułu jest ocena obowiązujących regulacji pod kątem zasadności dalszego funkcjonowania tej struktury, kompetencji starosty oraz skuteczności organów w wykonywaniu swych zadań.

Słowa kluczowe: starosta, powiatowa administracja zespolona, powiatowe służby, inspekcje i straże

DISTRICT SERVICES, INSPECTIONS AND GUARDS IN THE STRUCTURE OF DISTRICT COMBINED ADMINISTRATION – IS THE CONCEPT STILL RELEVANT?

Summary

The concept of merging services, inspections and guards under the authority of the mayor has been operating in the Polish legal system for many years. It was established to implement in a uniform manner the state policy in the field and to ensure the safety of citizens – members of local communities. This is a concept that in its original form assumed greater influence of the mayor on the functioning of services, inspections and guards; in the current legal state its sovereignty is limited. The aim of the article is therefore to evaluate the current regulations in terms of the validity of the continued functioning of this structure in its current form, the competence of the mayor and the effectiveness of the authorities in the performance of their tasks.

Keywords: mayor, district combined administration, district services, inspections and guards

Melania Lech

Uniwersytet SWPS

ORCID: 0009-0009-8472-0438

**CENA DOMINUJĄCYM KRYTERIUM
W ZAMÓWIENIACH NA DOSTAWY
PRODUKTÓW LECZNICZYCH****Wprowadzenie**

Najważniejszym elementem leczenia szpitalnego w Polsce są produkty lecznicze i określone do nich w ustawie o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych¹, a także licznych zarządzeniach NFZ zasady ich finansowania. Produkty lecznicze nabywane są przez szpitale przede wszystkim za pomocą określonych trybów zamówień publicznych przygotowywanych przez odpowiednio wyznaczone jednostki szpitalne na podstawie Prawa zamówień publicznych². Wobec tego w interesie zamawiającego powinno być uzyskanie leku, który będzie jednocześnie optymalny kosztowo, wystarczająco skuteczny w leczeniu pacjentów oraz odpowiedni do stosowania przez konkretnego lekarza. Pomimo tego, że aksjologia systemu zamówień publicznych nadzoruje prawidłowo funkcjonującą konkurencję i adekwatny podział dóbr, to już praktyka dystrybucji produktów leczniczych w Polsce ukazuje niezaprzeczalną kolizję ustaw w zakresie zakupów leków i ich rozliczania przez świadczeniodawców. Racjonalne i optymalne gospodarowanie środkami publicznymi w zakresie opieki zdrowotnej utrudnione jest także przez stosowanie w znaczącej większości przetargów przez podmioty publiczne jedynie kryterium ceny przy wyznaczaniu kryteriów oceny ofert na podstawie przepisów Pzp.

¹ Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. 2024, poz. 930 ze zm.), dalej: ustawa refundacyjna.

² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023, poz. 1605 ze zm.), dalej: Pzp.

Wpływ zasad na kształtowanie kryteriów oceny ofert

Termin *zasada* jest niedookreślony, pochodzi z języka potocznego i cechuje go wieloznaczność³. Jednocześnie pełni rolę fundamentu dla określania na gruncie teorii prawa wieloznacznego pojęcia *zasady prawa*, które wyznacza zbiory norm prawnych i tworzy cały system prawa. To właśnie zasady prawa rozwijają samo prawo poprzez ich wielowymiarowe interpretowanie pomimo tego, iż definiuje się je zazwyczaj, korzystając z pojęć ogólnych.

Poszczególne gałęzie prawa również nie nadają zasadom prawa jednolitego znaczenia⁴. Ich różnokierunkowość występuje w wielu rozumowaniach prawniczych czy aksjologicznych kierunkach i procesach stosowania prawa. Stanowią one istotę dla elementów etycznych, które umieszczane są w systemie prawnym. Zasady prawa, w przeciwieństwie do norm, cechują się nadrzędnym charakterem ich stosowania w dogmatyce prawniczej. Ustalanie ich treści, podobnie jak w przypadku norm prawa, oparte jest na wykładni językowej, ale komplementarnie odwołują się do reguł aksjologicznych⁵.

Nie ma określonego stałego katalogu zasad prawa, ponieważ mają one za zadanie odzwierciedlać aktualne wartości określone przez społeczeństwo. S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński wyróżniają podział zasad na te „w znaczeniu opisowym”, które są odzwierciedleniem wzorców, idei instytucji prawnej, które stanowią wzór dla rozstrzygnięć danej kwestii prawnej, oraz na te „w znaczeniu dyrektywalnym”, które wskazują na jednoznaczne postępowanie dyrektywalne i normę⁶.

Przeciwstawną teorię, odwołującą się do koncepcji R. Dworkina, prezentuje J. Wróblewski, który podkreśla, iż cały system prawa oparty jest na zespole norm prawnych, dla których fundamentem są wspólne zasady prawa⁷. Dzieli je na „normy-zasady” i „postulaty systemu prawa” oraz wskazuje, iż różnice wynikają z tego, iż część zasad to jedynie reguły, które nie znajdują swojego miejsca w systemie prawa.

Złożoność terminu *zasady prawa* i różnorodność w interpretowaniu ich teorii związana jest z brakiem ich udowadniania, a jedynie próbą przekonywania do swoich racji. Powinno brać się przede wszystkim pod uwagę korzyści, które mogą

³ S. Wronkowska, *Sposoby pojmowania zasad prawa. Dyskusja w KNP PAN*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 10, s. 167.

⁴ S. Tkacz, *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie: od dogmatyki do teorii*, Toruń 2014, s. 115–118, 179–180.

⁵ L. Leszczyński, G. Maroń, *Zasady prawa. Ujęcie dogmatyczno-porównawcze*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1, s. 319–326.

⁶ S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 24–27.

⁷ J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 253.

wynikać z interpretacji danej koncepcji, i łatwość posługiwania się nią w konkretnym systemie prawnym na świecie, a niekoniecznie starać się przekonać odbiorcę do swoich racji i teorii.

Zasady prawa musiały zostać również określone w Pzp, ponieważ to właśnie same zamówienia publiczne pełnią rolę ważnego instrumentu prawnego i ekonomicznego dla prawidłowo funkcjonującej gospodarki rynkowej. Chęć dbania o środki i finanse państwowe jest determinantem kształtowania się zrównoważonego systemu zamówień publicznych. Wobec tego w celu zagwarantowania sprawiedliwego, podlegającego kontroli wydatkowania środków publicznych w sektorze publicznym ustawodawca musiał podjąć próbę utworzenia optymalnego katalogu zasad prawa związanych z zamówieniami publicznymi.

Zasady prawa uwzględnione w systemie zamówień publicznych chronią podstawowe i najważniejsze cele i funkcje prawa zamówień publicznych, jakimi są m.in.: efektywne wydatkowanie środków publicznych oraz zagwarantowanie równego i powszechnego dostępu do zamówień wszystkim wykonawcom.

Zasady prawa wskazane w Pzp zostały określone na podstawie i implementacji przepisów unijnych. Jak niejednokrotnie zostało podkreślone⁸, zarówno traktaty, jak i prawo wtórne Unii Europejskiej określają praktyczne stosowanie zasad i zapewniają optymalne wyrażanie swobód dotyczących świadczenia usług, przepływu pracowników, które wpływają na efektywność wydatków publicznych. Z kolei nadrzędnym celem wszystkich dyrektyw zamówieniowych jest zagwarantowanie uczciwej konkurencji we wszelkich trybach postępowań o zamówienie publiczne. Powiązaniem celem, dla którego zostały określone, jest uzupełnienie zasad traktatowych oraz zagwarantowanie jednolitego, uczciwego rynku zamówień publicznych dla wszystkich państw członkowskich.

Obecna dyrektywa klasyczna wyznacza też dodatkowe zadanie, jakim jest efektywne wydatkowanie środków publicznych, które *de facto* wpisane jest w samą istotę prawa zamówień publicznych. W samej preambule dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE⁹ wskazano: „Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie”.

⁸ Por. R. Caranta, *The Changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, „Common Market Law Review” 2015, vol. 52, issue 2; B.J. Drijber, H. Stergiou, *Public Procurement Law and Internal Market Law*, „Common Market Law Review” 2009, vol. 46, issue 6.

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.04.2014 ze zm.), dalej: dyrektywa klasyczna.

Ponadto zostało ujęte, iż wszyscy oferenci powinni mieć możliwość uzyskania wszelkich niezbędnych informacji na temat kryteriów oceny ofert oraz że te same kryteria powinny dotyczyć przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę porównawczą poziomu wykonania danego zamówienia. Wobec powyższego polski ustawodawca dostosował treść Pzp o art. 241, który wskazuje w ust. 1, iż kryteria oceny ofert muszą być powiązane z samym przedmiotem zamówienia.

Zasady dotyczące kryteriów oceny ofert i ich opis powinny być określone w jasny i przejrzysty sposób w SWZ dla wszystkich uczestników postępowania o zamówienie publiczne. Same kryteria oceny ofert powinny być w pełni obiektywne i odpowiednio mierzalne. Określenie odpowiednich kryteriów oceny ofert to jeden z najważniejszych i jednocześnie najtrudniejszych etapów podczas przygotowywania przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dobór odpowiednich kryteriów przy ocenie ofert, ich rzetelność przy ich konstruowaniu zależy od wielu subiektywnych czynników, takich jak sposób realizacji zamówienia, przedmiot samego zamówienia, nadzór na wykonywaniu zamówienia oraz doświadczenie i wiedza kompetentnych osób przygotowujących dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym fundamentalną zasadą i gwarancją uczciwości przy wyznaczaniu kryteriów oceny ofert i realizowaniu zamówień publicznych jest zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pomimo tego, iż ustawodawca w Pzp zestawiał te dwie zasady ze sobą, ich ranga, wartości i znaczenie w systemie prawa sprawiają, iż można interpretować je osobno i stosować rozłącznie.

Korzenie zasady uczciwej konkurencji sięgają samej zasady równości, która wyrażona jest w Konstytucji RP i stanowi obok zasady godności i wolności jedną z najważniejszych zasad całego polskiego systemu prawnego. Zasada równego traktowania wykonawców idealnie wpisuje się w cel samej zasady uczciwej konkurencji i zapewnia realne stosowanie konkurencji w zamówieniach publicznych. Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zarówno przez zamawiających, jak i wykonawców pozytywnie wpływa na odpowiednie, optymalne wskazanie i wypełnianie kryteriów oceny ofert, które w żaden sposób nie są negatywnie różnicujące i nie noszą znamion dyskryminacji.

Zasady udzielania zamówień publicznych wspierają również rozróżnienie i oddzielenie określania warunków udziału w postępowaniu, które wpływają na kwalifikację podmiotową wykonawców, od ustalania kryteriów oceny ofert. Istotnym elementem jest oddzielenie od siebie tych dwóch etapów postępowania o dane zamówienie publiczne, gdyż brak wyraźnego rozróżnienia może wpłynąć na nieodpowiedni wybór najkorzystniejszej oferty, która nie będzie wcale spełniała przesłanek oferty najkorzystniejszej. W wyroku TSUE C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE i inni przeciwko Dimos Alexandroupolis i inni* zostało wyraźnie podkreślone, iż obydwa wyżej wskazane etapy są regulowane przez różne przepisy i nie można

ustalać takich samych założeń przy wyznaczaniu kryteriów oceny ofert i kwalifikacji podmiotowej. Kwalifikacja podmiotowa nie może wpływać na ocenę propozycji ofertowej, co zostaje również podkreślone przez przepisy art. 241 ust. 3 Pzp, które wskazują, iż kryteria oceny ofert nie mogą odnosić się do jakichkolwiek właściwości samego wykonawcy.

Inną kluczową zasadą dla systemu prawa zamówień publicznych, która także znajduje zastosowanie przy odpowiednim formułowaniu kryteriów oceny ofert, jest zasada przejrzystości określona w art. 16 pkt 2 Pzp. Każdy z wykonawców, który zamierza przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, powinien mieć możliwość zapoznania się z określonymi kryteriami oceny ofert przed złożeniem swojej oferty. Należy udostępnić mu wstępny szacunek ryzyka, które może ponieść w związku z ubieganiem się o konkretne zamówienie publiczne.

Zasada proporcjonalności wskazana w art. 16 pkt 3 Pzp znajdzie też swoje zastosowanie w odpowiednim stosowaniu i określaniu kryteriów oceny ofert. Zamawiający na etapie przygotowania postępowania powinien w odpowiedni sposób stosować albo metody skali, np. 1:100, w których przyzna odpowiednie punkty poszczególnym wskaźnikom, które wykonawca może otrzymać za spełnienie danego kryterium, lub odpowiednio wagować poszczególne kryteria oceny ofert dla wszystkich zainteresowanych wykonawców, którzy przystąpią do postępowania. W SWZ zawsze powinna być konkretna informacja, ile punktów zostanie przyznanych po spełnieniu danego kryterium w całości, jedynie w jego części lub wcale.

Kolejną zasadą, wprowadzoną przez ustawodawcę w art. 17 Pzp, jest zasada efektywności ekonomicznej, która oczekuje od zamawiającego z jednej strony takiego skonstruowania warunków zamówienia publicznego, które doprowadzą do uzyskania najlepszej jakości usług czy dostaw, a z drugiej uzyskania najkorzystniejszych efektów zamówienia, uwzględniając efekty społeczne, środowiskowe oraz gospodarcze, jeżeli w ogóle jest możliwość ich uzyskania w stosunku do nakładów, które należy uwzględnić. Jak podkreślają przepisy Pzp, organizowanie postępowania o udzielenie zamówienia ma na celu wybór szeroko rozumianej najkorzystniejszej oferty dla danego zamawiającego (art. 6 pkt 18 Pzp) na podstawie określonych kryteriów oceny ofert (art. 239 ust. 1 Pzp). Jednak sam ustawodawca miał świadomość, że stosowanie zasady efektywności ekonomicznej, która wskazuje na celowościowe i gospodarne wydatkowanie środków publicznych, jest współzależne od wszystkich dostępnych ekonomicznych aspektów, w tym w niektórych przypadkach również od kryterium ceny. Wobec tego umożliwił zamawiającym w art. 239 ust. 2 Pzp oraz art. 242 ust. 1 pkt 2 Pzp wybór najkorzystniejszej ofert na podstawie uznania jedynie kryterium najniższej ceny lub kosztu zamówienia.

Pomimo tego, iż sama dyrektywa klasyczna w art. 67 wskazuje, iż najistotniejszym kryterium przy ocenie ofert jest korzyść ekonomiczna, która powinna być oparta na efektywności kosztowej uwzględniającej aspekty środowiskowe,

społeczne oraz jakościowe, polski ustawodawca, wprowadzając art. 239 ust. 2 Pzp, umożliwia interpretowanie zasady efektywności ekonomicznej jako osiąganie jedynie korzyści materialnej. Wskazuje natomiast, iż to zamawiający powinien wiedzieć, jakie mierniki korzyści transakcyjnych stosować, które są dla niego priorytetowe oraz w jaki sposób kształtować stosunek kryterium ceny do pozostałych kryteriów ekonomicznych.

Zasady prawa wyznaczone zarówno przez przepisy unijne, jak i prawo krajowe nakazują optymalne i ekonomiczne wyznaczanie, ale przede wszystkim przestrzeganie kryteriów oceny ofert. Stosowanie kryteriów faworyzujących, dyskryminujących, takich, które nie będą związane z przedmiotem zamówienia, stanowi naruszenie Pzp. Tego rodzaju niewłaściwe zachowanie zamawiającego może doprowadzić do wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia całego postępowania o zamówienie publiczne.

Rola zamawiającego przy kryteriach oceny ofert

Odpowiednie formułowanie kryteriów oceny ofert jest zależne od wiedzy i oddania zamawiających przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia na etapie przygotowywania całego postępowania. Zamawiający powinien być wystarczająco zaangażowany w opis kryteriów oceny ofert, ponieważ to on ponosi odpowiedzialność za jakość poszczególnych kryteriów. Nie musi on uzasadniać wyboru odpowiednich kryteriów oceny ofert, a racjonalny wybór takich kryteriów jest wyrazem jego potrzeb dotyczących osiągnięcia określonego celu działalności.

Świadczeniodawcy jako zamawiający nabywają produkty lecznicze na podstawie procedur przetargowych ujętych w Pzp. Każdy z trybów przetargowych wskazanych przez przepisy Pzp charakteryzuje się odrębnymi regulacjami prawnymi i posiada odmienne wskazania do jego stosowania. Trybami przetargowymi stosowanymi najczęściej przy zamówieniach na dostawy produktów leczniczych są: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony i zamówienia z wolnej ręki.

Przetarg nieograniczony jest modelowym przykładem postępowania o zamówienie publiczne, które stoi na straży wszelkich zasad prawa wskazanych przez przepisy Pzp, oraz optymalną procedurą określoną w zamówieniach publicznych. Zamawiający na etapie ogłoszenia o zamówieniu ma obowiązek umieścić w SWZ opis kryteriów oceny ofert, podając odpowiednio wagi tych kryteriów i sposób ich oceny (art. 134 ust. 1 pkt 18 Pzp).

Liczba ogłaszanych przetargów nieograniczonych na poszczególnych stronach szpitali i w Biuletynie Informacji Publicznej świadczy o częstym wykorzystywaniu tego trybu przy zakupie produktów leczniczych. Ogromne zapotrzebowanie szpitali na leki dla pacjentów oraz wysokie koszty produktów leczniczych sprawiają, że kierownicy aptek szpitalnych lub jednostki zamówień publicznych szpitalnych

mogą tylko za pomocą procedury przetargu nieograniczonego umieścić jak największe ilości produktów leczniczych w jednym postępowaniu o zamówienie publiczne ze względu na określone i ustalone progi kwotowe dla poszczególnych trybów postępowań o zamówienie publiczne.

Drugim najczęściej stosowanym trybem przetargowym przez świadczeniodawców jest przetarg ograniczony. Na jego częste wykorzystywanie również ma wpływ możliwość umieszczenia wielu produktów leczniczych w jednym postępowaniu o zamówienie publiczne ze względu na wysokie progi kwotowe zamówienia oraz wyznaczania krótszych terminów na poszczególnych etapach postępowania o zamówienie publiczne, co wpływa na przyspieszone nabycie konkretnych leków dla pacjentów.

Przetarg ograniczony charakteryzuje się tym, iż to zamawiający decydują, którzy zainteresowani wykonawcy zostaną zaproszeni do finalnego składania ofert (art. 140 Pzp). Tryb ten jest też wykorzystywany przez szpitale szczególnie w celu eliminacji niektórych hurtowni farmaceutycznych i zakupu produktu leczniczego bezpośrednio od producenta leku. W obydwu wyżej wskazanych trybach przetargowych zamawiający na etapie przygotowywania postępowania muszą określić w SWZ, jakie kryteria oceny ofert będą stosowane (art. 142 ust. 1 Pzp dla przetargu ograniczonego) i odpowiednio punktowane. Dzięki temu już na etapie ogłoszenia o zamówieniu zamawiający informują wykonawców o swoich optymalnych preferencjach.

Trzecim najczęściej wybieranym trybem przetargowym przez zamawiających w ramach postępowań na dostawy produktów leczniczych są zamówienia z wolnej ręki. Jest to najbardziej odformalizowany tryb, który nie reguluje stosowania szczególnych kryteriów oceny ofert, bowiem umożliwia zamawiającemu, po odpowiednim i stosownym przeprowadzeniu negocjacji, wybór konkretnego wykonawcy do wykonania zamówienia. Jest to jedyny tryb przetargowy, za pomocą którego lekarz jest w stanie wybrać konkretny produkt leczniczy pod pacjenta w danym przypadku medycznym.

Wiele SWZ na dostawy produktów leczniczych, informacji z otwarcia ich ofert oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronach internetowych świadczeniodawców i platformach zamówieniowych wskazuje, iż najczęściej stosowanym kryterium oceny ofert przez zamawiających jest kryterium 100% ceny, dozwolone w takim wymiarze przez ustawodawcę.

Drugim najczęściej stosowanym schematem przy wyznaczaniu kryteriów oceny ofert na dostawy produktów leczniczych jest stosowanie kryterium ceny oraz w odpowiednich proporcjach umieszczanie drugiego kryterium oceny ofert, jakimi może być terminu płatności faktury za dany produkt leczniczy, czas standardowej dostawy produktów leczniczych do apteki szpitalnej lub dostawa na CITO produktów leczniczych również do wskazanej apteki szpitalnej. Zarówno termin płatności faktury za dany produkt leczniczy, jak i czas standardowej i na CITO

dostawy produktów leczniczych jest punktowany i wagowany przez większość zamawiających w taki sposób, iż każdy z wykonawców otrzymuje w tym zakresie taką samą liczbę punktów. Problem odpowiedniego wagowania innych kryteriów, jak cena, sprawia, iż pozostałe z nich tracą na swojej wartości. W większości przypadków zamawiający nie biorą pod uwagę ekonomicznych korzyści, które mogą wynikać z innego wagowania dodatkowych kryteriów oceny ofert, które ograniczyłyby dodatkowe nakłady czy uchroniłyby przed nieuwzględnionymi na etapie formułowania zamówienia kosztami, sugerując się jedynie otrzymaniem najniższej ceny. W związku z tym wybór najkorzystniejszej oferty odbywa się jedynie na podstawie kryterium ceny, które jest bardzo łatwo mierzalne i policzalne, ale nie zawsze najdogodniejsze ekonomicznie. Przy szacowaniu wartości postępowań na dostawy produktów leczniczych zamawiający powinni brać pod uwagę kryteria jakościowe w holistyczny sposób. Nie powinni opierać się jedynie na uzyskaniu najtańszego leku, ale określając kryteria oceny ofert, powinni uwzględniać jakość, parametry techniczne produktów leczniczych, związane np. z stabilnością produktu leczniczego po otwarciu opakowania, oraz wszelką funkcjonalność przy ich stosowaniu i dystrybucji.

Co więcej, uwzględnienie aspektów środowiskowych i innowacyjnych, związanych np. z utylizacją opakowań po lekach, czy aspektów społecznych, odnoszących się do kwestii ochrony życia pacjenta, może pozytywnie wpływać na kwotę faktycznie poniesionych nakładów, jakie zamawiający będzie musiał pokryć w związku z wyborem konkretnego produktu leczniczego. W takim wypadku kryterium ceny powinno być wypadkową odpowiedniego wagowania poszczególnych kryteriów oceny ofert.

W dalszym ciągu stosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert nie jest zjawiskiem powszechnym, a praktyczne urzeczywistnienie ich obarczane jest wieloma błędami formalnymi. Pomimo podjęcia szeregu działań i aktywności przez ustawodawcę w kierunku stosowania kryteriów pozacenowych (np. określenie w Pzp stosowania kryteriów pozacenowych) nadal w większości zamówień publicznych jedynym kryterium, na podstawie którego dochodzi do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, jest kryterium ceny. Zamawiający stosują kryteria pozacenowe, jednak najczęściej przypisują im wagę od 1 do 10%, a dla kryterium ceny od 90 do 99%, wobec tego nie mają realnego one wpływu na wynik całego postępowania, ponieważ nie różnicują wykonawców w oczekiwany sposób. Zamawiający spełniają swoje potrzeby kosztowe związane z uzyskaniem oferty jak najtańszej, która niekoniecznie wypełnia znamiona oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wynika to z faktu, iż po pierwsze, większość szpitali w Polsce jest zadłużona w związku z licznymi opóźnieniami w płatnościach za świadczenia przez NFZ i musi znaleźć oszczędności w każdym możliwym obszarze, co jest przede wszystkim widoczne w zamówieniach publicznych na leki. Po drugie, nadal brak dobrych praktyk w zakresie stosowania kryteriów pozacenowych

przy postępowaniach na dostawy produktów leczniczych. Trzecią zgłaszaną kwestią przez świadczeniodawców jest obawa przed zarzutami ze strony organów kontrolnych o niegospodarne zarządzanie finansami.

Kolejnym aspektem jest wykorzystywanie przepisów prawa w kontekście leków refundowanych. W obwieszczeniach Ministra Zdrowia w sprawie leków refundowanych umieszczone są ich ceny urzędowe, które są maksymalne. Wobec tego wykonawcy decydują, z jaką kwotą jednostkową danego produktu leczniczego przystąpią do konkretnego postępowania, a sama kwota musi się zmieścić w określonej w obwieszczeniu maksymalnej wartości. Zastosowanie takiego mechanizmu przez ustawodawcę wpływa na znaczną erozję cen produktów leczniczych danej substancji czynnej w kolejnych postępowaniach zamówieniowych w przypadku pojawienia się na rynku kolejnych produktów leczniczych innych producentów, które zawierają tożsamą substancję czynną. Powyższy mechanizm i publiczny wgląd w politykę cenową producentów konkretnych produktów leczniczych umożliwia Ministerstwu Zdrowia wymóg znaczącego obniżenia dotychczasowej maksymalnej ceny urzędowej produktu leczniczego z refundacji przy odnowieniu dotychczasowych decyzji refundacyjnych lub kolejnych negocjacjach refundacyjnych nowych leków, które dopiero zamierzają pojawić się na rynku. Należy również podkreślić, iż zaoferowanie przez wykonawcę ceny produktu leczniczego, która znacząco odbiega od maksymalnej ceny urzędowej zawartej w obowiązującym obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie leków refundowanych, nie musi wypełniać znamion ceny rażąco niskiej, określonej w art. 224 ust. 1 i 2 Pzp. Zgodnie z art. 224 ust. 5 w takim przypadku to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zaoferowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jak zostało jednak już podkreślone, w obwieszczeniach Ministra Zdrowia określone są maksymalne ceny jednostkowe leków. Wobec tego to jedynie od producenta danego produktu leczniczego zależy, jaką minimalną kwotę jest w stanie zaproponować i zagwarantować. W ogłoszonych i przeprowadzonych zamówieniach na dostawy produktów leczniczych bezpośrednio przez świadczeniodawców trudno znaleźć wartościowe, pozacenowe kryteria oceny ofert, które różnicowałyby znacząco wykonawców.

Drugim mechanizmem pozyskiwania leków do szpitali, który w ostatnim czasie jest coraz częściej wykorzystywany przez Prezesa NFZ, jest mechanizm organizowania przetargów centralnych na konkretne substancje czynne wskazane przez samego Prezesa NFZ. Po raz pierwszy przepisy¹⁰, które regulują kwestie organizowania wspólnych postępowań na zakup produktów leczniczych, pojawiły się wraz z nowelizacją ustawy o świadczeniach w sierpniu 2018 r. Ustawodawca wskazał na możliwość przeprowadzenia takiego rodzaju postępowania o zamówienie publiczne przez Prezesa NFZ, ale nie zamieścił żadnych konkretnych

¹⁰ Przede wszystkim art. 97 ust. 3 pkt 2d, art. 107 ust. 5 pkt 26, art. 102 ust. 5, art. 132 ust. 2a oraz art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2024, poz. 146 ze zm.), dalej: ustawa o świadczeniach.

wytucznych ani informacji, jak w istocie takie postępowanie powinno zostać przeprowadzone, na jakiej podstawie wybierane będą konkretne substancje czynne w danym postępowaniu wspólnym oraz w jakim zakresie przepisy ustawy o świadczeniach odpowiadają tym odnoszącym się do centralnego zamawiającego, które zawarte są w art. 44 Pzp. Artykuł ten reguluje zadania centralnego zamawiającego, który jako jeden podmiot wspólny może dokonać odpowiednich zakupów i spełnić potrzeby pozostałych zamawiających bez konieczności organizowania przez nich osobnych postępowań. Wprowadzając nowe regulacje w ustawie o świadczeniach, NFZ miał na celu scentralizowanie zakupów dotyczących produktów leczniczych, zwiększenie konkurencji na rynku farmaceutycznym oraz uzyskanie oszczędności i korzyści finansowych m.in. dla Ministerstwa Zdrowia.

Pomimo tego, iż w różnorodnych aktach prawa zostały wprowadzone kolejne regulacje prawne¹¹ odnoszące się do organizowania przetargów centralnych na produkty lecznicze, wciąż ustawodawca nie uregulował w jednej konkretnej ustawie jasnych i przejrzystych wytycznych prawnych odnośnie do tego trybu. Mechanizm organizowania postępowań wspólnych, który miał być przede wszystkim dobrem dla beneficjentów, czyli pacjentów, i wspierać różnorodną konkurencję, tak naprawdę rozszerzył głównie kompetencje Prezesa NFZ, który został jedynym decydem w zakresie wyboru substancji czynnych do przetargu centralnego, co pozwala osiągnąć mu pozycję dominującą na rynku szpitalnym.

Aktualne regulacje prawne nie wymuszają wskazywania celowości czy uzasadnienia wyboru konkretnej substancji czynnej produktów leczniczych. Nie wymagają też uargumentowania wyboru konkretnych kryteriów oceny ofert, a przecie tego rodzaju postępowania wspólne przede wszystkim powinny mieć na celu dobro pacjenta. Zamawiający centralny przy organizowaniu przetargu centralnego powinien wykazać się rzetelną analizą innych niż cena kryteriów oceny ofert, tak aby osiągnąć ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, która będzie odzwierciedlała się również w jakości zamówienia. Dotychczasowe przetargi centralne na dostawy leków, które przygotowywane są przez NFZ, pokazują, iż nadal kryterium ceny jest tak naprawdę jedynym stosowanym przy wyznaczaniu kryteriów oceny ofert. Wskazywanie w licznych postępowaniach wspólnych pozacenowych kryteriów oceny ofert jest pozorne i nie sprzyja potrzebom świadczeniobiorców. Wciąż pozacenowe kryteria oceny ofert rozpisywane są w sposób przyznający

¹¹ Kolejne regulacje w zakresie organizowania przetargów centralnych na dostawy produktów leczniczych pojawiły się w ustawie z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o systemie informacji w ochronie zdrowia oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2019 poz. 1096 ze zm.); zarządzeniu z dnia 27 lipca 2021 r. nr 136/2021/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia zmieniającym zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe; zarządzeniu z dnia 28 lutego 2020 r. nr 24/2020/DGL Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia zmieniającym zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie chemioterapii.

wszystkim wykonawcom identyczną liczbę punktów za kryteria jakościowe, a rozstrzygnięcie postępowań ma miejsce jedynie na podstawie najniższej ceny oferty.

Wobec tego wyznaczanie pozacenowych kryteriów oceny ofert w powyższy sposób nie uwzględnia jakości poszczególnych produktów leczniczych, a jedynie gwarantuje większe oszczędności finansowe dla Ministerstwa Zdrowia i NFZ. Posługiwanie się jedynie kryterium ceny przy formułowaniu kryteriów oceny ofert w postępowaniach centralnych, które dodatkowo ze względu na swoją specyfikę wstrzymują dostawę określonej substancji czynnej występującej w produktach pozostałych wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze, na minimum 12 miesięcy, może doprowadzić do sytuacji, iż na polskim rynku pozostanie tylko jeden producent danej substancji czynnej, który aktualnie dostarcza swój produkt leczniczy, ponieważ istnieje realne zagrożenie, iż pozostali wycofają się z takiego rynku. To tylko wpływa na niekorzyść pacjentów i stwarza szereg innych problemów i trudności w zakresie refundacji leków, obrotu produktów leczniczych na rynku szpitalnym czy nadużywania pozycji dominującej przez organ, który odgrywa kluczową rolę w innych mechanizmach związanych z produktami leczniczymi.

Poszczególne państwa członkowskie Unii Europejskiej pomimo odmiennych regulacji refundacyjnych i dystrybucyjnych produktów leczniczych również korzystają z mechanizmów przetargów centralnych na zakup produktów leczniczych i są związane przez przepisy unijne przepisami prawnymi związanymi z efektywnością i racjonalnością stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert i uzyskiwaniem oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Państwa skandynawskie niejednokrotnie w swoich lokalnych aktach prawa podkreślają rangę stosowania surowych kryteriów oceny oferty. Wskazują, iż odpowiednie kryteria oceny ofert powinny uwzględniać kwestie środowiskowe, techniczne, funkcjonalne czy jakościowe produktów. Oprócz kryterium ceny brana jest pod uwagę trwałość produktu leczniczego, jego stabilność czy możliwość utylizacji opakowania leku. Niejednokrotnie za pomocą kryteriów oceny ofert podkreślone jest znaczenie bezpieczeństwa dostaw produktów leczniczych, ich stałość w okresie ostatnich 12 miesięcy oraz ich terminowość. Powszechność stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert w państwach członkowskich Unii Europejskiej wpływa na efektywność ekonomiczną i cenową zamówień na produkty lecznicze, sprzyja różnorodnej konkurencji, zapewnia bezpieczeństwo w doborze terapii dla pacjentów.

Podsumowanie

Określanie jedynie kryterium ceny w zamówieniach publicznych na dostawę produktów leczniczych nie pozwala na uwzględnianie szczególnych walorów i cech przedmiotu zamówienia, które mogłyby być znaczące w terapii pacjentów.

To oczywiste, iż posługiwanie się pozacenowymi kryteriami w zamówieniach publicznych na dostawy produktów leczniczych jest słuszne, potrzebne i konieczne ze względu na dobro pacjentów. Tylko pozacenowe kryteria oceny ofert będą sprzyjały rozszerzeniu konkurencji na rynku, zapewnią odpowiednią jakość stosowanych produktów u pacjentów, wpłyną korzystnie na innowacyjne terapie oraz przede wszystkim wypełnią przesłanki efektywnego, racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Co więcej, stosowanie kryteriów pozacenowych zdecydowanie sprzyja nabywaniu produktów leczniczych o lepszej, wyższej jakości, których parametry techniczne, opakowania i ich użycie są nowoczesne i przyjazne środowisku.

Co najważniejsze, produkty lecznicze ratują ludzkie życie, które jest wartością nadrzędną. Wobec tego stosowanie jedynego kryterium ceny w zakresie kryteriów oceny ofert jest niemiarodajne i wydaje się po prostu nieuczciwe w kontekście najbardziej zainteresowanej grupy odbiorców – pacjentów.

Bibliografia

- Caranta R., *The Changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, „Common Market Law Review” 2015, vol. 52, issue 2.
- Drijber B.J., Stergiou H., *Public Procurement Law and Internal Market Law*, „Common Market Law Review” 2009, vol. 46, issue 6.
- Leszczyński L., Maroń G., *Zasady prawa. Ujęcie dogmatyczno-porównawcze*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, nr 1.
- Tkacz S., *O zintegrowanej koncepcji zasad prawa w polskim prawoznawstwie: od dogmatyki do teorii*, Toruń 2014.
- Wronkowska S., *Sposoby pojmowania zasad prawa. Dyskusja w KNP PAN*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 10.
- Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.
- Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu było przedstawienie, iż zrównoważona konkurencja, odpowiedni podział dóbr, miarodajne zarządzanie środkami publicznymi w sferze zamówień publicznych na produkty lecznicze są zaburzone ze względu na wykorzystywanie jedynie kryterium ceny przy przygotowaniu przetargów na leki, które wynika z wielu szeroko opisanych przyczyn. Główną metodą badań była metoda dogmatyczno-prawna polegająca na badaniu przepisów kluczowej ustawy – Prawa zamówień publicznych oraz powiązanej z nią ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Rezultatem analizy i przyjętej metodologii jest wykazanie, iż korzystanie przez zamawiających jedynie z kryterium ceny przy formułowaniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na produkty lecznicze jest rażąco dla najwyższej wartości każdego systemu, jaką jest życie i zdrowie człowieka, w tym przypadku pacjentów, oraz uwzględnia jedynie czynniki ekonomiczne konkretnej placówki leczniczej.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, produkty lecznicze, cena, konkurencja

PRICE IS THE DOMINANT CRITERION IN ORDERS FOR THE SUPPLY OF MEDICINAL PRODUCTS

Summary

The aim of this article was to present that sustainable competition, appropriate distribution of goods, and reliable management of public funds in the field of public procurement for medicinal products are disturbed due to the use of only the price criteria in the preparation of tenders for medicines, which results from many broadly described reasons. The main research method was the dogmatic-legal method, which involved examining the provisions of the key public procurement law and the related act on health care services. The result of the analysis and the adopted methodology is the determination that the use by procurers of only the price criteria when formulating public procurement procedures for medicinal products is detrimental to the highest value of each system, which is human life and health, in this case patients, and takes into account only the economic factors of a specific medical facility.

Keywords: public procurement, medical products, price, competition

Jan Pędowski

Uniwersytet Jagielloński

ORCID: 0009-0001-5656-3182

**WADY I RĘKOJMIA RZECZY NAJĘTEJ
WEDŁUG ART. 664 I 682 K.C.****Wprowadzenie**

Umowa najmu jest jedną z umów nazwanych regulowanych przez Kodeks cywilny z 1964 r. (Dz.U. 2023, poz. 1610 ze zm.). Z. Radwański wraz z J. Panowicz-Lipską klasyfikują ją do zbioru „umów regulujących używanie rzeczy”, w którym umieszczają również dzierżawę, użyczenie i leasing¹. Identyczny zbiór tworzy B. Gnela, która nazywa go „umowami o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw”². Identyczny zbiór umów, w którym zawiera się najem, możemy znaleźć w komentarzu pod redakcją E. Gniewka i P. Machnikowskiego dodającym do tego zbioru pozakodeksową umowę licencyjną³. Taka kwalifikacja nie powinna dziwić – art. 659 § 1 k.c. stanowi, że przedmiotem najmu jest oddanie rzeczy do używania na czas określony w zamian za wcześniej umówiony czynsz. Warto zaznaczyć, że najem przez oddanie rzeczy nie wywołuje skutku rozporządzającego, a tylko i wyłącznie skutek zobowiązujący⁴.

Kolejną cechą umowy najmu jest wzajemność. Innymi słowami – umowa ta jest przykładem umowy określonej w art. 487 § 2 k.c. Ta cecha jest nadawana tejże umowie przez doktrynę⁵. Oznacza to, że świadczenie jednej strony (tutaj oddanie

¹ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część szczegółowa*, Warszawa 2022, s. 95.

² B. Gnela, *Umowy o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw* [w:] *Podstawy prawa dla ekonomistów*, red. B. Gnela, Warszawa 2023, s. 228–231.

³ J. Jezioro, art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el.

⁴ Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część...*, s. 99.

⁵ *Ibidem*, s. 97; P. Nazaruk, art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. P. Nazaruk, LEX/el.; A. Sylwestrzak, art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, LEX/el. 2024; A. Brzozowski, *Umowa zamiany* [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2023, s. 161; B. Gnela, *Umowy o korzystanie...*, s. 229; P. Zakrzewski, art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV: *Zobowiązania. Część szczegółowa* (art. 535–764(9)), red. M. Frasz, M. Hądas,

rzeczy do używania na czas określony) jest odpowiednikiem świadczenia drugiej (zapłata umówionego czynszu). Dzięki temu poza przepisami k.c. dotyczącymi się bezpośrednio umowy najmu (art. 659–682) stosuje się również przepisy dotyczące normy funkcjonującej dla umów wzajemnych (art. 487–497), aczkolwiek w jakim zakresie, jest rzeczą kontrowersyjną⁶. Inną konsekwencją, która pojawia się w związku z wzajemnością umowy, jest to, że nieważność zobowiązania jednej strony powoduje nieważność zobowiązania drugiej strony, co może być wyinterpretowane z art. 58 § 3 k.c.⁷

Doktryna podkreśla też dwustronnie zobowiązujący charakter najmu⁸. Można wywieść ten wniosek wprost z brzmienia art. 659 § 1. Wynajmujący jest zobowiązany do oddania najemu rzeczy do używania przez czas oznaczony, a najemca jest zobowiązany płacić wynajmującemu umówiony czynsz. W takim stosunku każda ze stron jest wierzycielem i dłużnikiem jednocześnie.

Inną cechą, która charakteryzuje najem, jest konsensualność⁹, co znaczy, że do samego jego powstania wystarczą zgodne oświadczenia woli stron. Nie jest potrzebne wydanie przedmiotu najmu najemcy przez wynajmującego.

W przeciwieństwie do umowy sprzedaży, umowa najmu nie posiada oddzielnego działu dotyczącego się wad i rękojmi. Nie stoi na przeszkodzie jednak, by znaleźć w k.c. regulacje zagadnienia rękojmi rzeczy najętej. W skromniejszej, bo zaledwie dwuartykułowej formie znajduje się oddzielny režim w sprawie rękojmi przy wadach rzeczy najętej.

Z racji, że do umowy najmu nie stosuje się odpowiednio przepisu rękojmi przy umowie sprzedaży, są to jedyne przepisy z k.c., które można odnieść bezpośrednio do odpowiedzialności wynajmującego za wady rzeczy. Przez brak rozległości regulacji pojawia się wiele wątpliwości, sporów i odmiennych stanowisk w sprawie tego, jak interpretować czy stosować wspomniane regulacje.

Celem artykułu jest przedstawienie zagadnienia rękojmi rzeczy najętej wraz z podstawowymi kwestiami spornymi jej dotyczącymi się.

Wady przedmiotu najmu w rozumieniu art. 664 k.c.

Regulacja z art. 664 jest regulacją ogólną dotyczącą wady rzeczy najętej, która może odnosić się do umowy najmu niezależnie od jej przedmiotu. Warta podkreślenia

Warszawa 2018, LEX/el.; G. Koziół, art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.

⁶ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 2 lipca 2015 r., sygn. I ACa 179/15, LEX nr 1761752.

⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, J. Grykiel, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2022, s. 129.

⁸ A. Brzozowski, *Umowa zamiany*, s. 161; A. Sylwestrzak, art. 65; G. Koziół, art. 659.

⁹ A. Brzozowski, *Umowa zamiany*, s. 164; J. Jezioro, art. 659; A. Sylwestrzak, art. 659; P. Narzduk, art. 659.

jest dyspozycyjność tej regulacji. Strony mogą umówić się na rozszerzenie, zawężenie bądź wyłączenie odpowiedzialności wynikającej z tego artykułu¹⁰. A. Sylwestrzak¹¹ i Z. Radwański wraz z J. Panowicz-Lipską¹² wprost określają ją jako „rękojnia za wady rzeczy najętej”. Co więcej, nie tylko doktryna, ale też orzecznictwo nazywa instytucję z art. 664 „rękojnią”¹³.

W rękojmi wadę może zdefiniować jako „indywidualną cechę tkwiącą w przedmiocie najmu, która negatywnie wpływa na jego walory użytkowe”¹⁴. Wada musi dotyczyć przedmiotu najmu – rzeczy bądź jej części. Co za tym idzie – otoczenie lokalu (np. dojazd) nie jest wadą, bo nie odnosi się do przedmiotu najmu¹⁵.

Artykuł 664 bezpośrednio nie definiuje, o jaki rodzaj wady chodzi, niemniej doktryna i orzecznictwo są zgodne, że norma ta dotyczy się zarówno wad fizyczny, jak i prawnych¹⁶. Co za tym idzie – nie ma ograniczenia co do rodzaju wady pod tym względem. Jednak z racji na niedookreśloność art. 664 postuluje się stosowanie „ostrożnej” analogii do przepisów o rękojmi przy umowie sprzedaży, jeśli chodzi o wady prawne¹⁷.

Ograniczenie w stosowaniu art. 664 odnosi się do wpływu wady na umówiony użytek. Może mieć to miejsce przez np. brak właściwości, o których zapewniono, czy też wydanie rzeczy najętej w stanie niepełnym. Rękojnia rzeczy najętej dotyczy wady ograniczającej przydatność przedmiotu najmu do umówionego użytku, a także uniemożliwiającej taki użytek. Co, jeśli jednak w umowie nie zastrzeżono, jak rzecz będzie używana? Wtedy można określić, jaki to użytek, przez okoliczności lub przeznaczenie rzeczy¹⁸. Definiowanie umówionego użytku zależy od treści konkretnego stosunku najmu¹⁹. Innymi słowy – ma tutaj zastosowanie ogólna wykładnia oświadczeń woli z części ogólnej k.c. (art. 65). Samo istnienie wady nie wystarczy więc do zastosowania przepisów o rękojmi rzeczy najętej. Wada musi się dotyczyć przydatności przedmiotu najmu w zastosowaniu do umówionego użytku²⁰.

¹⁰ P. Nazaruk, art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. P. Nazaruk, LEX/el.

¹¹ A. Sylwestrzak, art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, LEX/el. 2024; wyrok SA w Łodzi z dnia 2 października 2020 r., sygn. I ACa 140/20, LEX nr 3108166.

¹² Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część...*, s. 101.

¹³ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. I ACa 8/12, Legalis nr 73884; wyrok SA w Poznaniu z dnia 27 września 2018 r., sygn. I AGa 143/18, Legalis nr 2604977.

¹⁴ Wyrok SA w Katowicach z dnia 1 grudnia 2020 r., sygn. V AGa 651/18, Legalis nr 2529012.

¹⁵ J. Jezioro, art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 27 listopada 1973 r., sygn. II CR 335/73, LEX nr 1673162; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. I ACa 8/12, Legalis nr 738843; Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, *Zobowiązania – część...*, s. 101; P. Nazaruk, art. 664; A. Sylwestrzak, art. 664.

¹⁷ J. Jezioro, art. 664; G. Kozieł, art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.

¹⁸ P. Nazaruk, art. 664.

¹⁹ G. Kozieł, art. 664.

²⁰ Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 lutego 2013 r., sygn. I ACa 33/13, Legalis nr 797355.

Przykładowymi konkretnymi wadami przedmiotu najmu mogą być np. choroba wynajętych zwierząt, mniejsza powierzchnia gruntu niż określona w umowie czy istnienie dodatkowych urządzeń, które ograniczają korzystanie z rzeczy²¹.

Jeśli chodzi o samo zmniejszenie wartości przedmiotu najmu, to co do zasady jest ono irrelevantne prawnie w zastosowaniu rękojmi rzeczy najętej. Zastosowana może być ona w tym wypadku tylko wyjątkowo²². Wadą rzeczy najętej nie są również działania osób trzecich, pod warunkiem że wynajmujący nie miał na nie wpływu²³. W tym wypadku należy kierować roszczenia do osoby, która jest odpowiedzialna za naruszenie tych uprawnień²⁴. W orzecznictwie pojawia się pojęcie na określenie sytuacji niezwiązanej z przedmiotem najmu. Są to „okoliczności zewnętrzne”, którym nie można się przeciwstawić poprzez dokonanie odpowiednich modyfikacji przedmiotu najmu²⁵.

Rękojmia za wady rzeczy najętej jest zbudowana na zasadzie odpowiedzialności obiektywnej. Co za tym idzie – wystarczy, że zaistnieje sytuacja z art. 664 § 1 lub 2, by skorzystać z przewidzianych tam uprawnień²⁶. Nie ma znaczenia tutaj wina, a nawet wiedza wynajmującego o wadach. Nie wyłącza ona też możliwości odszkodowania na zasadach ogólnych²⁷.

Artykuł 664 § 3 przewiduje jedną przesłankę egzoneracyjną. Jest to wiedza najemcy o istnieniu tejże wady. Orzecznictwo podkreśla, że chodzi tylko o pozytywną wiedzę na temat wady, a nie możliwość dowiedzenia się nawet przy dołożeniu należytej staranności²⁸. Najemca musi mieć więc wiedzę o wadzie, a także się na nią godzić²⁹. Poza tym wynajmujący nie powinien odpowiadać na podstawie okoliczności obciążających najemcę, co jest stanowiskiem przyjętym przez doktrynę i orzecznictwo³⁰.

Jeśli najemca chce skorzystać z uprawnień przewidzianych przez rękojmię, musi złożyć odpowiednie oświadczenie, z którego wynika, że chce z nich skorzystać. Nie wystarczy powołać się na samo ujawnienie wady czy nakłady w związku z tym poczynione³¹.

Artykuł 664 § 1 przewiduje możliwość obniżenia czynszu w wyniku istnienia wady, jest ona jednak ograniczona tylko i wyłącznie do wady, która ogranicza

²¹ J. Jezioro, art. 664.

²² P. Nazaruk, art. 664.

²³ J. Górecki, G. Matusik, art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2024, Legalis/el.

²⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 23 maja 2014 r., sygn. I ACa 390/14, Legalis nr 1185859.

²⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 2 marca 2017 r., sygn. I ACa 2436/15, LEX nr 2317717.

²⁶ S. Strzelecka, art. 664 [w:] *Prawo rynku nieruchomości. Komentarz*, red. D. Okolski, Warszawa 2024, Legalis/el.

²⁷ J. Jezioro, art. 664.

²⁸ Wyrok SN z dnia 10 sierpnia 2006 r., sygn. V CSK 155/06, Legalis nr 177275.

²⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 29 listopada 2017 r., sygn. V ACa 791/16, LEX nr 2429647.

³⁰ J. Górecki, G. Matusik, art. 664.

³¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 14 września 2016 r., sygn. I ACa 347/16, Legalis nr 1522821.

przydatność przedmiotu najmu do umówionego użytku. Co za tym idzie – przedmiotu najmu można używać w wcześniej umówionym celu, ale przydatność takiego użytku jest przez tę wadę ograniczona, choć nie w pełni.

Nie można całkowicie odstąpić od płacenia czynszu³². Jego zmniejszenie powinno odpowiadać stopniowi zmniejszenia użytku rzeczy najętej³³. W razie sporu co do wysokości obniżki sprawę rozstrzyga sąd³⁴. Obowiązek wykazania istnienia wady oraz wysokości odpowiedniego obniżenia czynszu spoczywa na najemcy zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 k.p.c.³⁵

Obniżenie czynszu może mieć miejsce tylko na czas trwania wady, co wynika *expressis verbis* z brzmienia art. 664 § 1. Nie jest możliwe obniżenie czynszu po usunięciu wady, chyba że najemca chciałby uzyskać należną mu kwotę za czas trwania wady przez obniżenie czynszu za okresy późniejsze³⁶.

Drugą możliwością oferowaną przez k.c. najemcy w wypadku wady rzeczy najętej jest wypowiedzenie umowy bez zachowania terminów wypowiedzenia określone w art. 662 § 2. Taka ewentualność pojawia się w wypadku wady uniemożliwiającej przewidziany w umowie użytek rzeczy. Nie jest istotny moment pojawienia się tej wady. Może pojawić się już w momencie wydania przedmiotu najmu albo po jego wydaniu. W obu przypadkach może mieć zastosowanie ten przepis. Kluczowe znaczenia ma to, czy wada jest usuwalna, czy też nie.

W wypadku wady usuwalnej najemca powinien zawiadomić wynajmującego o wadzie i wyznaczyć mu termin naprawy. Sam obowiązek niezwłocznego zawiadomienia o potrzebie naprawy obciążającej wynajmującego spoczywa na najemcy w związku z art. 666 § 2 k.c. W art. 664 § 2 wpływ wyznaczonego terminu daje uprawnienie do wypowiedzenia umowy bez zachowania terminu wypowiedzenia. Za czas trwania wady nie powinien być pobierany czynsz. Można wywnioskować z tego, że skoro na mocy art. 664 § 1 można żądać zmniejszonego czynszu z powodu ograniczonej przydatności, to w wypadku braku przydatności nie powinno uiszczać się go w ogóle³⁷. Nie jest to jednak stanowisko przyjmowane jednomyślnie³⁸, co można uargumentować językowym brzmieniem art. 664 – nie ma tam mowy o zwolnieniu z uiszczania czynszu. Jednak najemca nie musi po upływie terminu wypowiedzieć tej umowy. Może posłużyć się uprawnieniem wynikającym z art. 663 (co z resztą może mieć też miejsce przy wadzie ograniczającej

³² Wyrok SN z dnia 12 października 2011 r., sygn. II CSK 29/11, OSNC-ZD 2012, nr 3, poz. 56; wyrok SA w Warszawie z dnia 21 lutego 2019 r., sygn. VII AGa 1192/18, Legalis nr 2259851.

³³ A. Sylwestrzak, art. 664; wyrok SA w Katowicach z dnia 1 grudnia 2020 r., sygn. V AGa 651/18, Legalis nr 2529012.

³⁴ P. Nazaruk, art. 664.

³⁵ Wyrok SA w Katowicach z dnia 1 grudnia 2020 r., sygn. V AGa 651/18, Legalis nr 2529012.

³⁶ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 23 grudnia 2019 r., sygn. I AGa 62/19, Legalis nr 2328046.

³⁷ Wyrok SA w Warszawie z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. VI ACa 485/14, Legalis nr 1213329; J. Górecki, G. Matusik, art. 664.

³⁸ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 1 kwietnia 2015 r., sygn. I ACa 1342/14, Legalis nr 1372725.

przydatność do umówionego użytku – art. 664 § 1, a nie tylko uniemożliwiającej ją³⁹. Wada jest okolicznością, która wymaga napraw obciążających wynajmującego. Uniemożliwienie przewidzianego użytku zmniejsza przydatność rzeczy najętej, i to nawet znacznie. Termin wyznaczony w ramach art. 664 § 2 może być tożsamy z terminem oznaczonym w art. 663. To od najemcy zależy, czy po upływie tego terminu dokonana wypowiedzenia umowy (rozwiązanie z art. 664 § 2), czy też dokona własnoręcznych napraw na koszt wynajmującego (rozwiązanie z art. 663). To drugie rozwiązanie nie jest bez znaczenia dla stosunków pomiędzy najemcą a wynajmującym. Przy dokonaniu koniecznych napraw przez najemcę powstaje wierzytelność, którą można potrącić z wierzytelności wynajmującego o zapłatę czynszu⁴⁰. Konieczne naprawy są definiowane przez orzecznictwo jako doprowadzające do przywrócenia możliwości korzystania z przedmiotu najmu w ramach przeciętnego, a nie podwyższonego standardu, jeśli taki nie był objęty treścią umowy⁴¹. Regulacja art. 663 ma przeciwdziałać sytuacji, w której najemca nie mógłby realizować swoich uprawnień wynikających z umowy najmu⁴².

W wypadku wady nieusuwalnej różnica polega na tym, że nie jest potrzebne wezwanie wynajmującego do wykonania robót naprawczych w danym terminie. Umowę można wypowiedzieć już w czasie wykrycia wady⁴³. Wypowiedzenie umowy ma kształtować skutek *ex nunc* – w chwili dojścia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy do wynajmującego⁴⁴.

Kwestia odstąpienia od umowy na podstawie art. 491–495 k.c. a wada rzeczy najętej

Istnieje spór, czy poza możliwością wypowiedzenia umowy w ramach art. 664 § 2 można również w sytuacji wady rzeczy najętej zastosować przepisy dotyczące odstąpienia od umowy wzajemnej. Kwestią sporną jest, czy normy z art. 491–495 można stosować do umów, w których świadczenie jednej ze stron ma charakter ciągły.

Sąd Najwyższy wyraził stanowisko przychylne temu rozwiązaniu, aczkolwiek nie dotyczy to stosowania tych przepisów według ich językowego znaczenia, a odpowiednie stosowanie. Według niego nie jest to w ścisłym znaczeniu odstąpienie od umowy, gdyż odstąpienie nie tyczy się całości umowy, bo wierzycielowi

³⁹ J. Górecki, G. Matusik, art. 664.

⁴⁰ Uchwała SN z dnia 19 marca 1975 r., sygn. III CZP 13/75, OSNC 1976, nr 2, poz. 25; P. Narzduk, art. 664.

⁴¹ Wyrok SA w Krakowie z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. I ACa 1427/14, LEX nr 1665798.

⁴² A. Sylwestrzak, art. 664.

⁴³ J. Górecki, G. Matusik, art. 664.

⁴⁴ J. Jezioro, art. 664.

przysługuje roszczenie „albo do odstąpienia tylko co do zaległych świadczeń, albo co do reszty jeszcze niewymagalnych świadczeń”, co Sąd poruszył przy rozważaniach odnoszących się do art. 491 § 2⁴⁵. Różnica pomiędzy stosowaniem w językowym brzmieniu a odpowiednio do najmu objawia się więc w skutku, który wywołuje. Skutek *ex tunc* zostaje zastąpiony przez *ex nunc*⁴⁶. Odstąpienie od umowy wywoła skutek od momentu tegoż odstąpienia, a nie od zawarcia umowy, ograniczone jest zatem stosowanie art. 494, co wynika z wcześniej wspomnianego orzeczenia Sądu Najwyższego. Stanowisko to znajduje poparcie u niektórych przedstawicieli doktryny prawniczej. Pojawia się rozróżnienie w tej kwestii. W wypadku wady z art. 664 § 1 można zastosować art. 491, a w wypadku wady z art. 664 § 2 jest wybór pomiędzy art. 491 i 493⁴⁷.

Odmienne stanowisko prezentuje P. Nazaruk, twierdząc, że art. 664 wyłącza stosowanie ogólnych przepisów odstąpienia od umowy wzajemnej przez to, że najem jest zobowiązaniem trwałym, poza przypadkiem odstąpienia przed realizacją umowy⁴⁸, powołując się jednocześnie na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach⁴⁹. Nie jest zresztą w swoim stanowisku odosobniony⁵⁰.

Kwestią sporną w kontekście możliwości dopuszczania skorzystania z norm regulujących odstąpienie od umowy wzajemnej przy umowie najmu (art. 491–495 k.c.) jest to, czy te przepisy można stosować do zobowiązań trwałych, czy konstrukcja świadczenia ciągłego nie wyklucza stosowania tych przepisów. Nie ma tutaj jednolitego stanowiska, co widać po przytoczonych powyżej.

Wady lokalu jako przedmiotu najmu w rozumieniu art. 682

Przepis z art. 682 jest przepisem szczególnym wobec art. 664⁵¹. Tyczy się on najmu lokalu. Sama definicja lokalu znajduje się poza k.c. Żeby ją znaleźć, trzeba sięgnąć do ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. 2023, poz. 725), a konkretniej art. 2 ust. 1 pkt 4. Tylko w wypadku określonego tam przedmiotu najmu można zastosować art. 682 k.c. – musi zaistnieć zagrożenie spowodowane wadą rzeczy dla zdrowia najemcy lub domowników albo osób u niego zatrudnionych.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 15 maja 2007 r., sygn. V CSK 30/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 66.

⁴⁶ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 2 lipca 2015 r., sygn. I ACa 179/15, LEX nr 1761752.

⁴⁷ S. Strzelecka, art. 664; J. Górecki, G. Matusik, art. 664; J. Jezioro, art. 664.

⁴⁸ P. Nazaruk, art. 664.

⁴⁹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 sierpnia 2004 r., sygn. I ACa 299/04, LEX nr 193658.

⁵⁰ G. Koziół, art. 664.

⁵¹ P. Nazaruk, art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. P. Nazaruk, LEX/el. 2024; A. Sylwestrzak, art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, LEX/el. 2024; J. Jezioro, art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el.

Nie jest przy tym istotne, czy wady wyniknęły z przyczyn leżących po stronie wynajmującego⁵².

Przy najmie lokalu poza ogólną rękojmią rzeczy najętej z art. 664 można w określonych sytuacjach stosować art. 682. Co więcej – w przeciwieństwie do art. 664, art. 682 nie ma charakteru dyspozytywnego – nie można zmienić go wolą stron⁵³. W przeciwieństwie do regulacji art. 664 § 3, wiedza o wadzie nie wyłącza możliwości wypowiedzenia umowy. Między innymi przez to określa się go miejscami jako uznanie nadrzędności dóbr osobistych najemcy (lub domowników albo osób u niego zatrudnionych) nad dobrami majątkowymi wynajmującego⁵⁴. Jednak art. 682 powinno się stosować proporcjonalnie, tzn. uwzględniając dobra osobiste najemcy oraz sytuację prawną i ekonomiczną wynajmującego⁵⁵.

Sąd Najwyższy twierdzi, że żeby skorzystać z tego uprawnienia do wypowiedzenia, najemca musi wezwać wynajmującego (w każdej dozwolonej prawnie formie) do usunięcia wady i mimo takiej możliwości wynajmujący nie wykona tego obowiązku, co wynika z obowiązku współdziałania stron zobowiązania (art. 354 § 2 k.c.)⁵⁶. Nie jest to jednak stanowisko, z którym zgadza się każdy. Niektórzy twierdzą, że można to zrobić bez wzywania wynajmującego do usuwania wady⁵⁷, co nie jest zaskakujące, patrząc na językowe brzmienie art. 682.

Musi wystąpić stan zagrożenia dla zdrowia najemcy powstały w związku z wadą lokalu. Nie jest potrzebne zaistnienie samego uszczerbku na zdrowiu u któregoś z podmiotów wymieniony w art. 682. Wystarczy samo zaistnienie zagrożenia dla zdrowia (np. uczulenie na użytą farbę)⁵⁸. Co więcej, nie musi być to bardzo groźne zagrożenie – artykuł nie wprowadza żadnego rozróżnienia stopni zagrożenia⁵⁹. Zagrożenie nie musi dotyczyć całego budynku. Wystarczy, że występuje w tym lokalu⁶⁰.

Kwestią sporną jest, czy zagrożenie ma być subiektywne (tj. wystarczy, że konkretnej osobie dana wada ma zaszkodzić, np. przez alergię na zastosowane farby)⁶¹, czy musi być ono obiektywne⁶².

⁵² Wyrok SN z dnia 9 października 2013 r., sygn. V CSK 467/12, LEX nr 1394094.

⁵³ P. Nazaruk, art. 682.

⁵⁴ G. Koziół, art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX; J. Jezioro, art. 682; A. Sylwestrzak, art. 682; wyrok SN z dnia 9 października 2013 r., sygn. V CSK 467/12, LEX nr 1394094.

⁵⁵ Wyrok SN z dnia 9 października 2013 r., sygn. V CSK 467/12, LEX nr 1394094.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ G. Koziół, art. 682.

⁵⁸ J. Górecki, G. Matusik, art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2024, Legalis/el.; J. Jezioro, art. 682; G. Koziół, art. 682; P. Nazaruk, art. 682.

⁵⁹ J. Górecki, G. Matusik, art. 682.

⁶⁰ J. Jezioro, art. 682.

⁶¹ J. Górecki, G. Matusik, art. 682.

⁶² A. Sylwestrzak, art. 682.

Zagrożenie dla zdrowia nie musi pochodzić z warunków dotyczących się czysto fizycznego istnienia. Może pochodzić z warunków „antysanitarnych”, np. nadmierne zawilgocenie czy zagrzybienie⁶³. Poza tym jako taką wadę może być traktowane użycie przez wykonawcę budowy elementów budowlanych emitujących substancje toksyczne, nawet jeśli były dopuszczane przez obowiązujące przepisy⁶⁴. Podobnie traktuje się groźbę zawalenia budynku, oddziaływanie na lokal przez inne lokale lub nieruchomości (np. nadmierny hałas) czy nawet niskie temperatury⁶⁵.

Podsumowanie

Artykuły 664 i 682 k.c. tworzą reżim rękojmi rzeczy najętej. Nie jest on tak rozbudowany jak rękojnia przy umowie sprzedaży, lecz mimo to bez wątpienia budzi kontrowersje. Czy stosowanie przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej można stosować do umowy najmu? Czy w sytuacji z art. 664 § 2 można przestać płacić czynsz? To tylko niektóre pytania, na które nie ma jednej odpowiedzi.

Wiele odpowiedzi może przynieść ze sobą duże znaczenie dla sytuacji prawnej i ekonomicznej strony umowy najmu. Co za tym idzie, nie można wokół tych sporów przejść obojętnie. Mimo że nie są to rozległe regulacje, powinno się nad nimi, a przede wszystkim ich znaczeniem pochylić i dobrze zastanowić, jak powinny być stosowane. Miejscami brak jednolitego stanowiska nie tylko w doktrynie, ale i w orzecznictwie (jak przy stosowaniu przepisów umów wzajemnych w wypadku zaistnienia wad z art. 664 § 1 i 2).

Rękojnia przy umowie najmu jest więc zagadnieniem dość złożonym jak na skromne regulacje. Tyczy się istotnego elementu, jakim jest zaistnienie wady, która utrudnia bądź całkowicie uniemożliwia umówiony użytek. Zależać od niej może istnienie samego stosunku zobowiązaniowego. Istotności dodaje fakt, że przepisy dotyczące najmu na mocy art. 694 k.c. stosuje się odpowiednio do umowy dzierżawy, a więc problemy mogą wykroczyć poza regulacje umowy najmu.

Bibliografia

- Brzozowski A., *Umowa zamiany* [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, W. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, Warszawa 2023.
- Gneta B., *Umowy o korzystanie z cudzych rzeczy lub praw* [w:] *Podstawy prawa dla ekonomistów*, red. B. Gneta, Warszawa 2023.

⁶³ Wyrok SN z dnia 21 maja 1974 r., sygn. II CR 199/74, OSP 1975, nr 3, poz. 67; wyrok SN z dnia 9 października 2013 r., sygn. V CSK 467/12, LEX nr 1394094.

⁶⁴ Wyrok SN z dnia 1 grudnia 1986 r., sygn. II CR 362/86, Legalis nr 25622.

⁶⁵ J. Jezioro, art. 682; J. Górecki, G. Matusik, art. 682; G. Koziel, art. 682; wyrok SA w Rzeszowie z dnia 24 kwietnia 2014 r., sygn. I ACa 51/14, Legalis nr 1062517.

- Górecki J., Matusik G., art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2024, Legalis/el.
- Grykiel J., Olejniczak A., Radwański Z., *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2022.
- Jezioro J., art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el.
- Jezioro J., art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el.
- Jezioro J., art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el.
- Kozieł G., art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.
- Kozieł G., art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.
- Kozieł G., art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.
- Nazaruk P., art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. P. Nazaruk, LEX/el.
- Nazaruk P., art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. P. Nazaruk, LEX/el.
- Nazaruk P., art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. P. Nazaruk, LEX/el.
- Panowicz-Lipska J., Radwański Z., *Zobowiązania – część szczególna*, Warszawa 2022.
- Strzelecka S., art. 664 [w:] *Prawo rynku nieruchomości. Komentarz*, red. D. Okolski, Warszawa 2024, Legalis/el.
- Sylwestrzak A., art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, LEX/el. 2024.
- Sylwestrzak A., art. 664 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, LEX/el. 2024.
- Sylwestrzak A., art. 682 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Balwicka-Szczyrba, LEX/el. 2024.
- Zakrzewski P., art. 659 [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. IV: *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764(9))*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2018, LEX/el.

Streszczenie

Artykuł jest próbą przeanalizowania instytucji rękojmi rzeczy najętej. Przedstawia rozumienie wady w kontekście polskich przepisów o najmie. Poza przedstawieniem regulacji z art. 664 i 682 k.c. pokazuje spory w doktrynie prawniczej, a także różne stanowiska w orzecznictwie na temat rękojmi rzeczy najętej. Porusza m.in. kwestie stosowania przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej (art. 491–495 k.c.) czy sposobu wypowiedzenia umowy na mocy art. 682 k.c. Głównym celem opracowania jest opisanie instytucji rękojmi rzeczy najętej, a także pokazanie głównych kontrowersji towarzyszących stosowaniu tych przepisów.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, najem, rękojnia, wada, polskie prawo

DEFECT AND WARRANTY OF LEASED THING ACCORDING TO ART. 664 AND 682 OF POLISH CIVIL CODE

Summary

The article is attempting to analyze institution of warranty of leased thing. It presents perception of defect according to polish provisions about lease. Except describing regulations from

Art. 664 and 682 of Polish Civil Code (PCC), the article shows disputes in juridical doctrine and different positions in judicial decisions. For example the article tells about controversies in using provisions about withdrawal from a contract in reciprocal contracts (Art. 491–495 of PCC) and way to contract denouncement in virtue of Art. 682 of PCC. The main target of this text is describing institution of warranty of leased thing and presentation main controversies in practical use of this provisions.

Keywords: civil law, lease, warranty, defect, Polish law

Michał Przybycień

Uniwersytet SWPS

ORCID: 0009-0008-1558-3620

**OBOWIĄZEK ZAPEWNIENIA BEZPIECZNYCH
I HIGIENICZNYCH WARUNKÓW UDZIELANIA ŚWIADCZEŃ
ZDROWOTNYCH PRZEZ FIZJOTERAPEUTÓW
W KONTEKŚCIE NIESTOSOWNYCH
ZACHOWAŃ SEKSUALNYCH PACJENTÓW**

Wprowadzenie

Złożone interakcje z pacjentami są nieodłącznym elementem pracy w sektorze opieki zdrowotnej. W relacjach terapeutycznych przekraczanie granic jest często uznawane za część umowy między terapeutą a pacjentem. Pierwsze spotkanie fizjoterapeuty z pacjentem może obejmować naruszenie barier np. przez osobiste pytania czy kontakt fizyczny. Ważne jest zrozumienie, że dotyk dotyczy obu stron i ma wymiary fizyczne, psychiczne i społeczne. Przekraczanie granic w terapii może manifestować się różnie – od naruszania przestrzeni osobistej po stawianie nierozsądnych wymagań¹.

Zgodnie z definicją podaną przez C. Johnsona i jego zespół, do której blisko również autorowi artykułu, niestosowne zachowania seksualne pacjentów (dalej: IPSB) to „wszelkie działania słowne lub cielesne o jawnym lub domniemanym charakterze seksualnym, które są nieakceptowalne w danym kontekście społecznym. Takie zachowania obejmują szeroki wachlarz działań, począwszy od intensywnego wpatrywania się, przez gesty, wręczanie romantycznych prezentów, składanie sugestywnych uwag, propozycje seksualne, ekshibicjonizm, nieuzasadnione dotykanie lub narzucanie fizycznej bliskości, aż po napaści seksualne, groźby i gwałt”². IPSB może przybierać różne formy – od subtelnych po bardzo

¹ E. Dadura, A. Wójcik, *Dotyk w relacji fizjoterapeuta–pacjent a granice kontaktu fizycznego*, „Postępy Rehabilitacji” 2014, t. IV, s. 5–11.

² C. Johnson, C. Knight, N. Alderman, *Challenges associated with the definition and assessment of inappropriate sexual behaviour amongst individuals with an acquired neurological impairment*, „Brain Injury” 2006, vol. XX, no. 7, s. 687–693.

bezpośrednie. Przykładowo może to być pacjent, który nieustannie wpatruje się w pracownika ochrony zdrowia w sposób, który ten odbiera jako seksualny. Może to być również pacjent, który wykonuje nieodpowiednie gesty lub próbuje wręczyć osobiste prezenty, które mają podtekst romantyczny. Bardziej jawne i agresywne formy IPSB to np. pacjenci, którzy składają bezpośrednie propozycje seksualne, eksponują swoje narządy płciowe w nieodpowiednich sytuacjach lub próbują dotykać personelu medycznego w sposób, który jest niepożądany i nieadekwatny³.

IPSB mogą prowadzić do poważnych konsekwencji w środowisku pracy. Fizjoterapeuci, którzy doświadczają takich zachowań, mogą czuć się zastraszeni lub narażeni na wrogie środowisko pracy. Takie sytuacje nie tylko wpływają na dobrostan psychiczny i emocjonalny pracowników, ale mogą również zakłócać efektywność pracy zespołu medycznego i jakość opieki nad pacjentami⁴. Niezbędne jest zachowanie trudnej równowagi między zapewnieniem profesjonalnej opieki pacjentowi a ochroną własnych granic i dobrostanu. Pracownicy ochrony zdrowia muszą być wyposażeni w narzędzia i procedury, które pomogą im identyfikować i reagować na IPSB, a także wiedzieć, kiedy i jak zgłaszać te incydenty. Instytucje opieki zdrowotnej powinny rozwijać polityki i procedury, które wspierają pracowników w radzeniu sobie z tymi trudnymi sytuacjami. Powinny one obejmować szkolenia dotyczące rozpoznawania i reagowania, procedury zgłaszania incydentów, a także wsparcie psychologiczne dla pracowników, którzy doświadczyli niewłaściwych zachowań. Ponadto ważne jest, aby kultura organizacyjna placówki medycznej promowała otwartość i akceptację, umożliwiając pracownikom swobodne dzielenie się swoimi doświadczeniami i obawami⁵.

Rozpoznanie zjawiska IPSB

W badaniu przeprowadzonym przez E. Dadurę i współpracowników fizjoterapeuci anonimowo wypełnili kwestionariusz składający się z 28 pytań, zarówno otwartych, półotwartych, jak i zamkniętych. W badaniu wzięło udział 80 terapeutów (39 kobiet i 41 mężczyzn) z czterech placówek medycznych w województwie mazowieckim, którzy posiadali przynajmniej dyplom licencjata lub technika i byli czynni zawodowo. Grupa badanych była stosunkowo jednorodna pod względem wieku i doświadczenia zawodowego. Głównym celem tego pilotażowego badania było zbadanie granic fizycznego kontaktu między terapeutami

³ Z. Cambier, *Preparing new clinicians to identify, understand, and address inappropriate sexual behavior in the clinical environment*, „Journal of Physical Therapy Education” 2013, vol. XXVII, s. 7–14.

⁴ R.A. deMayo, *Patient sexual behaviors and sexual harassment: a national survey of physical therapists*, „Physical Therapy” 1997, vol. LXXVII, no. 7, s. 739–744.

⁵ C. Johnson, C. Knight, N. Alderman, *Challenges associated...*, s. 687–693.

a pacjentami podczas terapii oraz wskazanie obszarów, które wymagają dalszych badań. Wyniki pokazały, że większość respondentów (56%) nie zetknęła się z sytuacjami naruszenia granic kontaktu fizycznego ze strony pacjentów. Jednak 37% uczestników badania zgłosiło próby takiego naruszenia, głównie w postaci dotyku o charakterze seksualnym, prób pocałunku czy aktów agresji. Zdecydowana większość fizjoterapeutów (65%) uznaje, że zasady zakazujące intymnych relacji między terapeutami a pacjentami są właściwe, choć część badanych (26%) dopuszcza wyjątki w zależności od kontekstu. Co więcej, 86% ankietowanych stwierdziło, że płeć pacjenta nie wpływa na ich pracę, podczas gdy 14% wyraziło preferencję pracy z pacjentkami. Artykuł podkreśla, że przedstawione wyniki należy traktować jako badania wstępne, które mogą posłużyć za podstawę do bardziej szczegółowych analiz prowadzonych przez interdyscyplinarny zespół badawczy⁶.

Badanie przeprowadzone w 2021 r. przez autora artykułu w ramach rozprawy doktorskiej miało na celu analizę problemu niestosownych zachowań seksualnych pacjentów wobec fizjoterapeutów. Wzięły w nim udział 464 osoby, z czego znaczną większość stanowiły kobiety (82,1%, czyli 381 osób), natomiast mężczyźni – 17,9% (83 osoby). Najliczniejszą grupą wiekową tworzyły osoby w wieku 26–30 lat (37,5%), a kolejna pod względem liczebności grupa to fizjoterapeuci w wieku 31–35 lat (25,9%). Większość respondentów miała tytuł magistra (74,4%, czyli 345 osób). Wyniki badania dotyczącego niestosownych zachowań seksualnych pacjentów wskazują na poważny problem w relacjach pacjent–fizjoterapeuta. Aż 74,8% respondentów zgłosiło, że doświadczyło sytuacji, w której pacjenci patrzyli na nich lub ich części ciała w sposób wywołujący dyskomfort. Jedynie 25,2% ankietowanych nie spotkało się z tego typu zachowaniem. Wynik ten wskazuje na występowanie problemu w Polsce oraz konieczność podejmowania działań mających na celu ochronę fizjoterapeutów przed IPSB, co może być również istotnym elementem w badaniach nad etyką zawodową. Jednym z kolejnych pytań zadanych w badaniu było: „Czy zgłosiłaś/eś zachowanie pacjenta w placówce w przypadku wystąpienia IPSB?”. Z odpowiedzi wynika, że jedynie 31% respondentów zgłaszało takie incydenty, podczas gdy 69% tego nie robiło. Taka rozbieżność może sugerować brak wiedzy fizjoterapeutów na temat tego, jak reagować na IPSB, bądź niedostateczne wsparcie systemowe. Konieczne jest przeprowadzenie dodatkowych badań, aby określić przyczyny niskiego wskaźnika zgłaszania i wdrożenie odpowiednich środków ochronnych.

Już w 1993 r. J. McComas i jego zespół przeprowadzili badanie dotyczące IPSB wśród kanadyjskich fizjoterapeutów oraz studentów fizjoterapii. W 1997 oraz 1998 r. przeprowadzono kolejne dwa badania, które dotyczyły fizjoterapeutów pracujących w Stanach Zjednoczonych i Australii. Wyniki były spójne, pokazując, że od 80% do 85% respondentów miało do czynienia z IPSB. W tabeli 1 zaprezentowano

⁶ E. Dadura, A. Wojcik, *Dotyk w relacji...*, s. 5–11.

szczegółowe rodzaje IPSB, które napotymano w praktyce zawodowej fizjoterapeutów i studentów⁷.

Tabela 1. Procent respondentów wśród fizjoterapeutów i studentów, którzy doświadczyli różnych typów IPSB w trzech badaniach ankietowych

Rodzaj IPSB	Canada 1993 ⁸	USA 1997 ⁹	Australia 1998 ¹⁰
Pacjent poprosił fizjoterapeutę o randkę	58%	41%	75%
Pacjent wygłosił seksualną uwagę w stosunku do fizjoterapeuty	74%	45%	77%
Pacjent celowo pokazywał fizjoterapeucie genitalia/piersi	28%	24%	22%
Pacjent dotknął fizjoterapeutę w niewłaściwy sposób	18%	8%	15%
Pacjent napadł na fizjoterapeutę na tle seksualnym	12%	0,6%	17%
Pacjent zgwałcił fizjoterapeutę	0,01%	Nie pytano	0

Źródło: opracowanie na podstawie: Z. Cambier, *Preparing new clinicians to identify, understand, and address inappropriate sexual behavior in the clinical environment*, „Journal of Physical Therapy Education” 2013, vol. XXVII, s. 7–14.

W badaniu opisanym w raporcie *Inappropriate sexual behaviours of patients towards practising physiotherapists: a study using qualitative methods* z 1999 r. przeprowadzono szczegółowe wywiady z dziewięciorgiem fizjoterapeutów, którzy wcześniej uczestniczyli w obszerniejszym badaniu ankietowym dotyczącym niewłaściwych zachowań seksualnych pacjentów. W trakcie wywiadów uczestnicy relacjonowali swoje najbardziej znaczące lub ostatnie doświadczenia z IPSB, opisując różne aspekty tych zdarzeń, w tym relacje z pacjentami przed incydentem, skutki zdarzeń, strategie reakcji oraz zmiany wprowadzone w praktyce zawodowej

⁷ Z. Cambier, *Preparing new clinicians...*, s. 7–14.

⁸ J. McComas, C. Hebert, C. Giacomini, D. Kaplan, C. Dulberg, *Experiences of student and practicing physical therapists with inappropriate patient sexual behavior*, „Physical Therapy” 1993, vol. LXXIII, no. 11, s. 762–769.

⁹ R.A. deMayo, *Patient sexual behaviors...*, s. 739–744.

¹⁰ P. Weerakoon, V. O’Sullivan, *Inappropriate patient sexual behaviour in physiotherapy practice*, „Physiotherapy” 1998, vol. LXXXIV, no. 10, s. 491–499.

po incydentach. Czterech z dziesięciorga fizjoterapeutów sklasyfikowało doświadczone incydenty jako molestowanie seksualne, zauważając negatywny ich wpływ na swoją wydajność zawodową. W odpowiedzi na incydenty fizjoterapeuci częściej wybierali środki prewencyjne niż konfrontację bezpośrednią lub zgłaszanie zdarzeń. Badanie to analizowano w kontekście teorii granic i zjawisk przeniesienia oraz przeciwprzeniesienia w relacji terapeutycznej. Uczestnicy badania podkreślali, że doświadczenia z IPSB wpływały nie tylko na ich praktykę zawodową z pacjentami, ale również na ich ogólne samopoczucie i stosunek do zawodu. Opisane strategie radzenia sobie z IPSB często były spontaniczne i nieoparte na formalnych protokołach czy szkoleniach. Wyniki badania sugerują potrzebę większego wsparcia pracowników ochrony zdrowia w zakresie zgłaszania i radzenia sobie z IPSB, co może obejmować wsparcie psychologiczne oraz praktyczne wskazówki dotyczące postępowania w takich sytuacjach¹¹.

W kolejnym badaniu opublikowanym w tym samym roku w artykule *Inappropriate sexual behaviour experienced by speech-language therapists* zbadano doświadczenia logopedów z Nowej Zelandii odnoszące się do niestosownych zachowań seksualnych ze strony ich kolegów, klientów i opiekunów klientów. Ankietę rozpowszechniono wśród członków Nowozelandzkiego Stowarzyszenia Logopedów i studentów logopedii w 1994 r. Odpowiedzi udzieliło 70% ankietowanych. 81% z nich przyznało, że doświadczyło niestosownych zachowań seksualnych. Zauważono różnice między studentami a wykwalifikowanymi terapeutami w rozpoznawaniu IPSB. Negatywne skutki tych incydentów obejmowały m.in. wpływ na efektywność pracy oraz reakcje psychologiczne, jak stres. Większość respondentów była zadowolona ze swoich metod radzenia sobie z IPSB, ale podkreślono potrzebę szkoleń w tym zakresie dla obu grup. Negatywne skutki IPSB w tej grupie zawodowej okazały się podobne do tych obserwowanych w innych profesjach¹². Szczególnej uwagi wymaga największe badanie tego zjawiska przeprowadzone przez J. Boissonnault i opublikowane w 2017 r., oceniające rozpowszechnienie nieodpowiednich zachowań seksualnych pacjentów wśród amerykańskich profesjonalistów fizjoterapii, w tym studentów fizjoterapii. W badaniu wzięły udział 892 osoby. Wyniki wykazały częstość występowania incydentów w ciągu kariery na poziomie 84% oraz 12-miesięczną częstość występowania na poziomie 47%¹³.

¹¹ V. O'Sullivan, P. Weerakoon, *Inappropriate sexual behaviours of patients towards practicing physiotherapists: a study using qualitative methods*, „Physiotherapy Research International” 1999, vol. I, no. 4, s. 28–42.

¹² T.H. Williams, J. de Seriere, L. Boddington, *Inappropriate sexual behaviour experienced by speech-language therapists*, „International Journal of Language & Communication Disorders” 1999, vol. XXXIV, no. 1, s. 99–111.

¹³ J.S. Boissonnault, Z. Cambier, S.J. Hetzel, M.M. Plack, *Prevalence and Risk of Inappropriate Sexual Behavior of Patients Toward Physical Therapist Clinicians and Students in the United States*, „Physical Therapy” 2017, vol. XCVII, no. 11, s. 1084–1093.

Tabela 2. Częstość i rodzaj występowania IPSB

Zachowanie	Ostatnie 12 miesięcy		W karierze zawodowej	
	Liczba	%	Liczba	%
Łagodne IPSB				
Pacjent patrzył na Ciebie lub Twoje części ciała w sposób, który sprawiał, że czułeś się niekomfortowo	218	25,7	494	55,4
Pacjent wygłosił na Twój temat pochlebną lub sugestywną uwagę o charakterze seksualnym	293	34,5	614	68,8
Pacjent zaprosił Cię na randkę	51	6,0	309	34,6
Pacjent dał Ci prezent o charakterze romantycznym lub seksualnym	5	0,6	50	5,6
Dowolny łagodny IPSB	340	38,1	687	77,0
Umiarkowane IPSB				
Pacjent wygłosił uwagę lub żart o charakterze jawnie seksualnym, zadał Ci pytania lub skomentował Twoje życie seksualne albo podzielił się fantazjami seksualnymi na Twój temat	176	20,7	463	52,0
Pacjent zaproponował Ci aktywność seksualną	21	2,5	100	11,2
Pacjent wykonywała gesty o charakterze seksualnym	74	8,7	274	30,7
Każdy umiarkowany IPSB	200	22,4	517	58,0
Ciężkie IPSB				
Pacjent celowo odsłonił przed Tobą swoje genitalia lub piersi	42	4,9	167	18,7
Pacjent masturbował się podczas sesji fizjoterapeutycznej	12	1,4	59	6,6
Pacjent celowo dotknął lub złapał Cię w miejscu intymnym (uda, genitalia, piersi) i/lub w sposób wyraźnie seksualny	37	4,4	181	20,3
Pacjent wielokrotnie śledził Cię, obserwował lub nękał Cię w miejscu pracy lub poza nim	13	1,5	69	7,7
Pacjent groził, że Cię zmusi, lub próbował zmusić Cię do podjęcia aktywności seksualnej	0	0	8	0,9
Pacjent zmusił Cię lub nakłonił do poddania się aktywności seksualnej	0	0	3	0,3
Każdy poważny IPSB	87	9,8	332	37,2
Dowolny IPSB	396	46,6	751	84,2

Źródło: J.S. Boissonnault, Z. Cambier, S.J. Hetzel, M.M. Plack, *Prevalence and Risk of Inappropriate Sexual Behavior of Patients Toward Physical Therapist Clinicians and Students in the United States*, „Physical Therapy” 2017, vol. XCVII, no. 11, s. 1084–1093.

W kolejnym badaniu Z. Cambier i współpracowników opublikowanym w 2018 r. autorzy stwierdzili, że z 1027 respondentów 396 zetknęło się z IPSB w ciągu ostatniego roku. Wśród osób, które spotkały się z IPSB, 391 dostarczyło danych o częstotliwości i efektywności stosowanych strategii reakcji. Powszechne nieformalne reakcje obejmowały odwracanie uwagi pacjenta, ignorowanie nieestosownego zachowania oraz dostosowanie leczenia do unikania bezpośredniego kontaktu czy sytuacji, gdzie terapeuta jest sam z pacjentem. Oficjalne reakcje zazwyczaj polegały na raportowaniu i dokumentowaniu incydentów w instytucji. Efektywne metody obejmowały odwracanie uwagi, unikanie, bezpośrednią konfrontację, przekazanie opieki innemu specjalistcie oraz korzystanie z obecności opiekuna. Zauważono, że doświadczeni klinicyści częściej wybierali konfrontację, w przeciwieństwie do początkujących, którzy częściej ignorowali problem lub reagowali żartem. Badanie podkreśliło potrzebę jasnych zasad w miejscu pracy, szkolenia dla kierownictwa i nadzoru oraz profesjonalnej edukacji w zakresie asertywnej komunikacji i technik przekierowania uwagi w przypadku IPSB¹⁴.

Pomimo iż niniejszy artykuł skupia się na kwestii bezpieczeństwa i higieny pracy fizjoterapeutów, to jednak należy zaznaczyć, że omawiana kwestia rozpoznana jest także wśród innych profesji medycznych. Badacze analizują tę problematykę już od zeszłego wieku. Badanie ankietowe przeprowadzone w 1992 r. na Wright State University School of Medicine na grupie 253 studentów III i IV roku oraz absolwentów z tego samego roku miało na celu zidentyfikowanie częstości występowania nieodpowiednich zachowań seksualnych pacjentów wobec studentów medycyny. Używając 16-punktowego kwestionariusza samooceny, gromadzono dane o płci, wieku respondentów, a także ich doświadczeniach dotyczących seksualnych zachowań pacjentów, kontekście klinicznym tych zdarzeń oraz ich wpływie na edukację medyczną i przyszłą praktykę. Spośród 253 respondentów odpowiedzi udzieliło 155 osób (61%), w tym 73 kobiety i 82 mężczyzn, z których 71% kobiet i 29% mężczyzn doświadczyło co najmniej jednego incydentu niewłaściwego zachowania seksualnego. Studenci doświadczali takich zachowań wielokrotnie. Autorzy badania zwrócili uwagę na istotne konsekwencje, takie jak ryzyko dystansowania się lekarzy od pacjentów czy w ogóle możliwość doprowadzenia do wykorzystania seksualnego¹⁵.

Należy zwrócić również uwagę na znaczący problem molestowania seksualnego pracowników medycznych. Jak wskazują autorzy artykułu *Inappropriate Patient Sexual Behavior in Nursing Education. Archives of Women Health and Care*,

¹⁴ Z. Cambier, J.S. Boissonnault, S.J. Hetzel, M.M. Plack, *Physical Therapist, Physical Therapist Assistant, and Student Response to Inappropriate Patient Sexual Behavior: Results of a National Survey*, „Physical Therapy” 2018, vol. XCVIII, no. 9, s. 804–814.

¹⁵ H.M. Schulte, J. Kay, *Medical students' perceptions of patient-initiated sexual behavior*, „Academic Medicine: Journal of the Association of American Medical Colleges” 1994, vol. LXIX, no. 10, s. 842–846.

pielęgniarki także zgłaszają przypadki IPSB. Problem ten nabiera wagi w kontekście dominacji kobiet w zawodzie pielęgniarskim i globalnych kampanii podnoszących świadomość o napaściach seksualnych. Komisja Wspólna wydała Alert Zdarzeń Sentinel, który dotyczy przemocy fizycznej i werbalnej wobec personelu medycznego, włączając w to molestowanie seksualne. Alert ten nawołuje do wdrażania polityk ochronnych w miejscach pracy dla pielęgniarek i innych pracowników służby zdrowia¹⁶. Badanie z 2021 r., którego wyniki przedstawiono w artykule *Inappropriate Patient Sexual Behavior in the Dental Practice Setting: Experiences of dental hygienists*, było z kolei skoncentrowane na rosnącym w Stanach Zjednoczonych problemie przemocy w miejscu pracy oraz IPSB w stomatologii. Wykazało ono, że pracownicy ochrony zdrowia są aż 16 razy bardziej narażeni na ryzyko doświadczenia IPSB niż pracownicy innych sektorów. W badaniu wykorzystano metodologię przekrojowej ankiety, kierując ją do 471 higienistek stomatologicznych. Wyniki pokazały, że 85,8% higienistek doświadczyło IPSB, z czego 63,5% w ostatnim roku. Analiza odpowiedzi umożliwiła identyfikację najczęstszych typów pacjentów i zachowań, jak również strategii radzenia sobie z IPSB. Wyniki te podkreślają potrzebę lepszego przeszkolenia pracowników ochrony zdrowia, wdrażania skuteczniejszych polityk w miejscach pracy i zapewnienia wsparcia w zarządzaniu IPSB¹⁷.

IPSB to skomplikowana i wielowymiarowa problematyka w dziedzinie ochrony zdrowia. Spektrum IPSB obejmuje działania od drobnych gestów po bezpośrednie ataki, w tym napaści seksualne. Znacząca skala i częstotliwość tych incydentów uwypuklają ich poważny charakter i wymagają konkretnych działań. może w zależności od treści i formy zachowania wyczerpać znamiona wykroczeń, czynów zabronionych przez kodeks karny czy naruszać dobra osobiste personelu medycznego. Jak pokazują przedstawione powyżej badania, problem ten jest znaczący. Niezależnie od możliwości pociągnięcia pacjenta świadomie podejmującego takie działania do odpowiedzialności prawnej należy zwrócić uwagę na obowiązki prawne pracodawców związane z zapewnieniem pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy w ramach obowiązujących już norm prawnych.

Rozpoznanie IPSB jako zagrożenia bezpieczeństwa pracownika na stanowisku pracy

Bezpieczeństwo i higiena pracy w sektorze opieki zdrowotnej w Polsce opiera się na szeregu przepisów prawnych, które mają na celu ochronę zarówno personelu

¹⁶ H. Wyss, A. Vermeesch, *Inappropriate Patient Sexual Behavior in Nursing Education*, „Archives of Women Health and Care” 2019, vol. II, no. 1, s. 32–33.

¹⁷ P. Patel, D.L. Smallidge, L.D. Boyd, J. Vineyard, *Inappropriate Patient Sexual Behavior in the Dental Practice Setting: Experiences of dental hygienists*, „Journal of Dental Hygiene” 2021, vol. XCV, no. 4, s. 14–22.

medycznego, jak i pacjentów. Obejmują one takie aspekty, jak m.in. profilaktyka zakażeń, ochrona przed promieniowaniem czy ergonomia stanowisk pracy, co jest kluczowe ze względu na codzienne zagrożenia, na jakie narażeni są pracownicy ochrony zdrowia. W polskim systemie prawa nie rozpoznano bezpośrednio zjawiska IPSB jako wymagającego odrębnych unormowań, w tym w zakresie przeciwdziałania i minimalizacji jego skutków na stanowiskach pracy. Wydaje się jednak, że biorąc pod uwagę przedstawione powyżej dowody naukowe, należy rozpocząć dyskusję nad rozpoznawaniem tego zjawiska jako zagrażającemu bezpieczeństwu na stanowisku pracy personelu medycznego i adekwatnymi działaniami z wykorzystaniem obecnie obowiązujących przepisów. Jako członek Międzynarodowej Organizacji Pracy (ILO) Polska przyjęła na siebie obowiązek stosowania międzynarodowych standardów BHP, implementując je w swoim prawodawstwie krajowym. Kluczową rolę w tym procesie odgrywają konwencje ILO, które są fundamentem polskiego systemu prawnego dotyczącego bezpieczeństwa pracy. Konwencja z 1981 r. dotycząca bezpieczeństwa i zdrowia pracowników jest jednym z głównych międzynarodowych dokumentów prawnych w tej dziedzinie. Nakłada ona na państwa członkowskie obowiązek tworzenia, realizowania i regularnego aktualizowania polityki BHP. Polska, ratyfikując Konwencję nr 155 w 1993 r., zobowiązała się do stosowania jej zasad i wprowadzenia odpowiednich przepisów krajowych. Ratyfikacja ta znajduje odzwierciedlenie w Kodeksie pracy oraz innych ustawach i rozporządzeniach dotyczących BHP¹⁸.

W Unii Europejskiej istotną rolę odgrywa ustanawianie standardów BHP mających na celu ochronę pracowników. Liczne dyrektywy Unii, w tym dyrektywa ramowa 89/391/EWG¹⁹, ustanawiają minimalne wymagania dla miejsc pracy oraz określają obowiązki pracodawców w zakresie oceny ryzyka zawodowego i organizacji szkoleń BHP. Dyrektywa ta wymaga od pracodawców regularnej oceny ryzyka oraz wdrażania środków prewencyjnych. Kolejna dyrektywa, 89/654/EWG²⁰, dotyczy minimalnych standardów bezpieczeństwa i higieny pracy, zobowiązując pracodawców do zapewnienia bezpiecznych warunków pracy oraz przeprowadzenia oceny ryzyka związanego z wyposażeniem, układem i warunkami pracy, a także do informowania i szkolenia pracowników w zakresie BHP.

Konstytucja RP, będąca nadrzędnym dokumentem prawnym w Polsce, jest podstawą dla wszystkich innych ustaw i regulacji, w tym również tych dotyczących bezpieczeństwa w miejscu pracy. W tekście Konstytucji RP znajdują się

¹⁸ Konwencja nr 155 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotycząca bezpieczeństwa, zdrowia pracowników i środowiska pracy z dnia 3 czerwca 1981 r., Genewa.

¹⁹ Dyrektywa Rady 89/391/EWG z 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy (Dz.Urz. UE L z 29.06.1989), nr CELEX: 31989L0391.

²⁰ Dyrektywa Rady 89/654/EWG z 30 listopada 1989 r. dotycząca minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy (pierwsza szczegółowa dyrektywa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG) (Dz.Urz. UE L z 30.12.1989), nr CELEX: 31989L0654.

zapisy bezpośrednio odnoszące się do praw pracowniczych, w tym do prawa do pracy w warunkach bezpiecznych i higienicznych²¹. Artykuł 66 Konstytucji RP, który jest kluczowy w kontekście bezpieczeństwa pracy, stanowi, że każdy ma prawo do bezpiecznych i zdrowych warunków pracy. Przepisy ust. 1 tego artykułu mówią wprost: „Każdy ma prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Publiczne władze są zobowiązane do prowadzenia polityki sprzyjającej zatrudnieniu oraz do zapewnienia warunków dla realizacji tego prawa”²². Wyraźnie zobowiązują one państwo do aktywnego działania w celu ochrony zdrowia i życia pracowników²³. Konstytucja RP wytycza ramy dla ustawodawcy w kreowaniu polityki państwa w obszarze bezpieczeństwa pracy. Podkreśla też rolę władz publicznych w gwarantowaniu odpowiednich warunków pracy, zobowiązując organy państwowe do aktywnej polityki promującej zatrudnienie i bezpieczeństwo pracy, co obejmuje działania prewencyjne na rzecz ochrony pracowników oraz promowania ich zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy²⁴.

Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy²⁵ jest podstawowym aktem wykonawczym ustalającym warunki dla bezpiecznych i higienicznych miejsc pracy. Jego głównym celem jest ochrona zdrowia i życia pracowników przez zmniejszenie ryzyka zawodowego i polepszenie warunków pracy. Dokument ten określa wymogi dotyczące organizacji pracy, wyposażenia stanowisk, szkolenia w zakresie BHP oraz metod oceny i minimalizacji ryzyka zawodowego. Szkolenia BHP są zaś nieodzownym elementem polskiego systemu prawnego, regulowanym przez Kodeks pracy. Zgodnie z art. 237³ Kodeksu pracy pracodawca ma obowiązek zapewnić pracownikom odpowiednie szkolenia wstępne oraz okresowe, które mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa na stanowisku pracy²⁶. Szczegółowe zasady ich prowadzenia określa rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy²⁷. Szkolenia BHP obejmują instruktaż ogólny, dotyczący podstawowych zasad BHP w miejscu pracy, oraz instruktaż stanowiskowy, dostosowany do specyfiki danego stanowiska pracy. W trakcie instruktażu stanowiskowego pracownicy są informowani o ryzyku związanym z ich zadaniami oraz metodach jego redukcji lub eliminacji. Ma to kluczowe

²¹ A. Różańska-Prawdzik, *Systemy równoważnego czasu pracy w Kodeksie Pracy*, Warszawa 2017, s. 192.

²² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

²³ K. Stefański, *Elastyczny czas pracy*, Warszawa 2016, s. 39–46.

²⁴ G. Jędrejek, *Mobbing. Środki ochrony prawnej*, Warszawa 2011, s. 28–33.

²⁵ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. 2003, nr 169, poz. 1650 ze zm.).

²⁶ Wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 19 lipca 2022 r., sygn. II SA/Rz 365/22, LEX nr 3432607.

²⁷ Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 27 lipca 2004 r. w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. 2004, nr 180, poz. 1860 ze zm.).

znaczenie dla świadomości pracownika o zagrożeniach w pracy i sposobach zapewnienia bezpieczeństwa sobie i innym²⁸. Ważna wydaje się też ocena ryzyka zawodowego wymagana przez przepisy art. 226. Kodeksu pracy. Zgodnie z tymi przepisami pracodawca ocenia i dokumentuje ryzyko zawodowe związane z wykonywaną pracą oraz stosuje niezbędne środki profilaktyczne zmniejszające ryzyko, a także informuje pracowników o ryzyku zawodowym, które wiąże się z wykonywaną pracą, oraz o zasadach ochrony przed zagrożeniami²⁹. Wydaje się, że normy prawne dotyczące zarówno szkoleń okresowych, stanowiskowych, jak i oceny ryzyka zawodowego oraz idących za nią środków profilaktycznych zmniejszających ryzyko zawodowe powinny zobowiązywać pracodawców do rozpoznawania w organizacji zjawiska IPSB oraz odpowiedniego nim zarządzania w celu ochrony pracowników przed tymi zagrożeniami.

W związku z powyższym konieczne jest wdrożenie stosownych regulacji prawnych w postaci sprecyzowania w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy definicji oraz sposobu postępowania dotyczącego oceny ryzyka zawodowego z uwzględnieniem IPSB. Wprowadzenie tych zmian ma na celu podniesienie świadomości na temat problemu IPSB w sektorze ochrony zdrowia oraz wzmocnienie ochrony pracowników przed tego rodzaju zagrożeniami. Jest to kluczowe zarówno dla ich bezpieczeństwa fizycznego i psychicznego, jak i dla poprawy ogólnej kultury bezpieczeństwa pracy w placówkach medycznych oraz terapeutycznych.

Dyskusja i podsumowanie

Wyniki przedstawionych badań prowadzonych na przestrzeni lat wskazują na alarmującą częstość występowania IPSB w pracy fizjoterapeutów. IPSB obejmuje szeroki zakres zachowań – od subtelnych, takich jak nieodpowiednie komentarze, po agresywne, włączając napaści seksualne. Ta różnorodność wymusza indywidualne podejście do każdego przypadku i elastyczności w reagowaniu. Wymaga to od pracowników ochrony zdrowia nie tylko wiedzy i umiejętności, ale także wsparcia emocjonalnego i prawnego. Doświadczenie IPSB może prowadzić do negatywnych konsekwencji psychicznych i emocjonalnych dla fizjoterapeutów, w tym stresu i wypalenia zawodowego. To nie tylko wpływa na indywidualny dobrostan pracowników, ale może również obniżać jakość opieki nad pacjentami i efektywność pracy zespołu medycznego. Na przestrzeni lat, počawszy od

²⁸ E. Maniewska, *Obowiązki informacyjne pracodawcy wobec pracownika w umownym stosunku pracy*, Warszawa 2013, s. 160–168.

²⁹ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. 2023, poz. 1465).

opisanych powyżej badań publikowanych w latach 90. ubiegłego wieku, zjawisko to jest cały czas obecne w praktyce osób wykonujących zawód medycznych. Reakcje pracowników na IPSB często są spontaniczne, wskazując na potrzebę formalnych protokołów reagowania i wsparcia. Badania sugerują zwiększenie wsparcia dla pracowników, w tym w postaci szkoleń i procedur zgłaszania, aby mogli oni lepiej radzić sobie z zachowaniami zagrażającym bezpieczeństwu w miejscu pracy.

Artykuł podkreśla wagę problemu IPSB, wskazując na niezbędność wdrożenia skutecznych rozwiązań prawnych zapewniających bezpieczne i higieniczne warunki pracy. Pracodawcy, wykorzystując obecne regulacje prawne, powinni aktywnie działać na rzecz ochrony pracowników. Aby skutecznie przeciwdziałać IPSB, pracodawcy powinni włączyć do programów szkoleniowych w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy specjalne moduły na ten temat, zwiększając świadomość i przygotowanie fizjoterapeutów oraz innych pracowników ochrony zdrowia. Szkolenia te powinny obejmować rozpoznawanie sygnałów ostrzegawczych, efektywne strategie reagowania i procedury zgłaszania takich incydentów. Dodatkowo konieczne jest stworzenie jasnych procedur wewnętrznych oraz polityk instytucjonalnych wspierających pracowników w radzeniu sobie z IPSB, w tym zapewnienie wsparcia psychologicznego dla osób dotkniętych problemem. Pracodawcy powinni również regularnie przeprowadzać ocenę ryzyka zawodowego w kontekście potencjalnych zagrożeń związanych z IPSB, implementując środki zapobiegawcze i promując kulturę otwartości i wsparcia w miejscu pracy. Zaanalizowanie na wszystkich poziomach organizacji jest kluczowe dla budowania środowiska pracy wolnego od IPSB, co powinno przyczynić się do poprawy dobrostanu pracowników oraz jakości opieki nad pacjentami.

IPSB stanowią wyzwanie, które wymaga kompleksowego podejścia. Przegląd badań i analiza obowiązujących przepisów prawnych podkreślają konieczność integracji wiedzy na temat IPSB w szkoleniach BHP oraz procedurach oceny ryzyka zawodowego. Wnioski wskazują na potrzebę rozwoju skutecznych strategii reagowania i wsparcia dla pracowników oraz wdrożenia zmian w krajowych przepisach prawa. Ekstrapolacja wyników badań dotyczących IPSB wobec fizjoterapeutów z Kanady, USA czy Australii na polskie realia może być trudna ze względu na różnice społeczno-kulturowe oraz prawne. W każdym z tych krajów istnieją różne normy dotyczące seksualności i interakcji w relacjach pacjent–terapeuta, co wpływa na sposób raportowania takich incydentów. Różnice w regulacjach prawnych dotyczących molestowania również mogą zniekształcać wyniki. Aby lepiej zrozumieć problem w Polsce, konieczne są badania dostosowane do lokalnych warunków. Autor artykułu wskazuje konieczność prowadzenia dalszych badań naukowych, rozwój polityk ochronnych oraz promowanie kultury pracy opartej na szacunku i bezpieczeństwie, aby lepiej chronić fizjoterapeutów i innych pracowników ochrony zdrowia przed IPSB.

Bibliografia

- Boissonnault J.S., Cambier Z., Hetzel S.J., Plack M.M., *Prevalence and Risk of Inappropriate Sexual Behavior of Patients Toward Physical Therapist Clinicians and Students in the United States*, „Physical Therapy” 2017, vol. XCVII, no. 11.
- Cambier Z., *Preparing new clinicians to identify, understand, and address inappropriate sexual behavior in the clinical environment*, „Journal of Physical Therapy Education” 2013, vol. XXVII.
- Cambier Z., Boissonnault J.S., Hetzel S.J., Plack M.M., *Physical Therapist, Physical Therapist Assistant, and Student Response to Inappropriate Patient Sexual Behavior: Results of a National Survey*, „Physical Therapy” 2018, vol. XCVIII, no. 9.
- Dadura E., Wójcik A., *Dotyk w relacji fizjoterapeuta–pacjent a granice kontaktu fizycznego*, „Postępy Rehabilitacji” 2014, nr 4.
- Jędrejek G., *Mobbing. Środki ochrony prawnej*, Warszawa 2011.
- Johnson C., Knight C., Alderman N., *Challenges associated with the definition and assessment of inappropriate sexual behaviour amongst individuals with an acquired neurological impairment*, „Brain Injury” 2006, vol. XX, no. 7.
- Maniewska E., *Obowiązki informacyjne pracodawcy wobec pracownika w umownym stosunku pracy*, Warszawa 2013.
- DeMayo R.A., *Patient sexual behaviors and sexual harassment: a national survey of physical therapists*, „Physical Therapy” 1997, vol. LXXVII, no. 7.
- McComas J., Hebert C., Giacomini C., Kaplan D., Dulberg C., *Experiences of student and practicing physical therapists with inappropriate patient sexual behavior*, „Physical Therapy” 1993, vol. LXXIII, no. 11.
- O’Sullivan V., Weerakoon P., *Inappropriate sexual behaviours of patients towards practicing physiotherapists: a study using qualitative methods*, „Physiotherapy Research International” 1999, vol. I, no. 4.
- Patel P., Smallidge D.L., Boyd L.D., Vineyard J., *Inappropriate Patient Sexual Behavior in the Dental Practice Setting: Experiences of dental hygienists*, „Journal of Dental Hygiene” 2021, vol. XCV, no. 4.
- Różańska-Prawdzik A., *Systemy równoważnego czasu pracy w Kodeksie Pracy*, Warszawa 2017.
- Schulte H.M., Kay J., *Medical students’ perceptions of patient-initiated sexual behavior*, „Academic Medicine: Journal of the Association of American Medical Colleges” 1994, vol. LXIX, no. 10.
- Stefański K., *Elastyczny czas pracy*, Warszawa 2016.
- Weerakoon P., O’Sullivan V., *Inappropriate patient sexual behaviour in physiotherapy practice*, „Physiotherapy” 1998, vol. LXXXIV, no. 10.
- Williams T.H., de Seriere J., Boddington L., *Inappropriate sexual behaviour experienced by speech-language therapists*, „International Journal of Language & Communication Disorders” 1999, vol. XXXIV, no. 1.
- Wyss H., Vermeesch A., *Inappropriate Patient Sexual Behavior in Nursing Education*, „Archives of Women Health and Care” 2019, vol. II, no. 1.

Streszczenie

W ostatnich latach wzrosła rola fizjoterapeutów w opiece zdrowotnej, co uwypukliło problem nieestosownych zachowań seksualnych pacjentów wobec nich. Artykuł analizuje, jak obecne przepisy prawne mogą pomóc pracodawcom w zapobieganiu takim zachowaniom i poprawie bezpieczeństwa

fizjoterapeutów. Ze względu na małą liczbę badań w zakresie problemu IPSB w stosunku do fizjoterapeutów oraz dla uwidocznienia problemu przedstawiono wyniki badań, które wskazują na powszechność tego problemu nie tylko w fizjoterapii, ale także w różnych specjalnościach medycznych. Wskazano na konieczność wdrożenia formalnych protokołów, szkoleń i wsparcia psychologicznego dla pracowników ochrony zdrowia. Artykuł podkreśla potrzebę integracji wiedzy o IPSB w szkoleniach bezpieczeństwa i higieny pracy oraz procedurach oceny ryzyka zawodowego, apelując o dalsze badania i rozwój polityk ochronnych, aby lepiej chronić pracowników zdrowia przed niestosownymi zachowaniami pacjentów. W opracowaniu zaproponowano zmiany dotyczące przepisów prawa w zakresie niestosownych zachowań seksualnych pacjentów.

Słowa kluczowe: prawo medyczne, fizjoterapia, bezpieczeństwo i higiena pracy, niestosowne zachowania seksualne pacjentów, ocena ryzyka zawodowego

THE OBLIGATION TO ENSURE SAFE AND HYGIENIC CONDITIONS FOR HEALTH SERVICES IN THE CONTEXT OF PATIENTS' INAPPROPRIATE SEXUAL BEHAVIOR

Summary

In recent years, the role of physiotherapists in healthcare has grown, which has highlighted the issue of inappropriate sexual behavior by patients toward them. The article analyzes how current legal regulations can assist employers in preventing such behavior and improving the safety of physiotherapists. Due to the limited number of studies on the issue of inappropriate sexual behavior by patients toward physiotherapists and in order to bring attention to the problem, the article presents research findings that indicate the prevalence of this issue, not only in physiotherapy but also across various medical specialties. It highlights the need for the implementation of formal protocols, training, and psychological support for healthcare workers. The article emphasizes the importance of integrating knowledge about inappropriate patient sexual behavior (IPSB) into occupational health and safety training and risk assessment procedures, calling for further research and the development of protective policies to better safeguard healthcare workers against inappropriate patient behavior. The article proposes changes to the legal regulations regarding inappropriate sexual behavior of patients.

Keywords: medical law, physiotherapy, occupational health and safety, inappropriate patient sexual behavior, occupational risk assessment

Aleksandra Trachta

Szkoła Doktorska Uniwersytetu Jana Długosza w Częstochowie

ORCID: 0000-0003-4854-6494

**MATERIALNE GRANICE INGERENCJI
W TREŚĆ POSTANOWIEŃ USTAWY ZASADNICZEJ
JAKO INSTRUMENT OCHRONY WOLNOŚCI I PRAW
JEDNOSTKI NA GRUNCIE KONSTYTUCJI RP Z 1997 R.**

Wprowadzenie

W Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.¹ zawarto rozbudowany katalog wolności i praw człowieka i obywatela. Zagwarantowano również mechanizmy ich ochrony, które mają zabezpieczać jednostkę i inne podmioty prawa przed ich naruszeniem².

Upływ pewnego okresu obowiązywania ustawy zasadniczej umożliwia dokonanie oceny jej walorów prawnych³. Pozwala on też udzielić odpowiedzi na pytanie, czy postanowienia konstytucyjne w ich aktualnym kształcie spełniają przeznaczone im funkcje w sposób efektywny. Jak wynika z wcześniejszej praktyki ustrojowej, a także doświadczeń innych państw demokratycznych nie istnieją konstytucje niezmiennie. Nie ulega jednak wątpliwości, iż każda proponowana zmiana ustawy zasadniczej powinna zostać poddana pod dyskusję uwzględniającą konfrontację różnych stanowisk. Przeprowadzenie modyfikacji treści konstytucji musi być natomiast dokonane z dużą ostrożnością⁴, w szczególności gdy postulowana zmiana dotyczy tak istotnego obszaru jak wolności i prawa jednostki.

Celem artykułu jest zbadanie sposobów wyznaczania materialnych granic ingerencji w treść postanowień ustawy zasadniczej poświęconych wolnościom i prawom jednostki. Pozwoli ono określić, czy przewidziana w Konstytucji RP procedura jej zmiany stanowi efektywny instrument ochrony w przypadku, gdy postulowana

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja RP.

² W.J. Wołpiuk, *Dziesięciolecie obowiązywania Konstytucji RP w świetle badań naukowych*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 10, s. 5–6.

³ *Ibidem*, s. 16.

⁴ *Ibidem*.

modyfikacja ustawy zasadniczej dotyczyłaby ingerencji w treść konstytucyjnych wolności i praw. Ustawodawca zwykły nie jest bowiem jedynym podmiotem uprawnionym do limitowania zakresu wolności i praw jednostki zadekretowanych w ustawie zasadniczej⁵. Również prawodawca konstytucyjny posiada kompetencję do ustanawiania ograniczeń w tej sferze⁶. W wyniku zmiany (całkowitej lub częściowej) ustawy zasadniczej może dojść nawet do dekonstytucjonalizacji konkretnej wolności lub prawa, wskutek czego mogą one zostać wyeliminowane z porządku konstytucyjnego⁷. Należy zatem rozważyć, czy istnieją instrumenty pozwalające wyznaczyć materialne granice ingerencji w treść postanowień ustawy zasadniczej, a także czy szczególna procedura zmiany, przewidziana w Konstytucji RP, jest środkiem wystarczającym do zagwarantowania poszanowania praw i wolności jednostki w tym zakresie.

Tożsamość konstytucji jako podstawowy wyznacznik materialnych granic jej zmiany

Z zasady nadrzędności Konstytucji RP, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy zasadniczej, wynika jej doniosłe znaczenie w całym systemie prawa⁸. Stanowi ona akt normatywny, który określa podstawy ustroju państwa⁹, a także aksjologiczne ramy tworzonego w nim prawa¹⁰. Zakres materii, które są unormowane w Konstytucji RP, ma charakter uniwersalny¹¹. Treść ustawy zasadniczej została rozbudowana wokół trzech zasadniczych zagadnień. Obejmują one: ogólne zasady ustroju państwa, urząd naczelnych organów oraz sytuację jednostki (jej prawa, wolności i obowiązki)¹².

Nadrzędna pozycja Konstytucji RP w systemie źródeł prawa powoduje, że tryb jej zmiany powinien różnić się od trybu zmiany wszystkich innych aktów normatywnych¹³. Jest to też jedna z podstawowych przesłanek decydujących o jej „sztywności”¹⁴. Stanowi ona także immanentną i swoistą cechę każdej

⁵ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014, s. 86.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, s. 104.

⁸ P. Tuleja, komentarz do art. 8 [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Saffjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 324.

⁹ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015, s. 55.

¹⁰ P. Tuleja, komentarz do art. 8, s. 324.

¹¹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021, s. 46.

¹² *Ibidem*. Należy podkreślić, iż przedstawiona triada tematyczna występuje w większości współczesnych konstytucji. Zob. *ibidem*, s. 47.

¹³ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, s. 45.

¹⁴ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, s. 48.

konstytucji¹⁵. Kwalifikowany tryb zmiany ustawy zasadniczej podkreśla jej doniosłość ustrojową¹⁶. Ma on również istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji funkcji gwarancyjnej, która jest kluczowa dla zapewnienia efektywnej ochrony wolności i praw jednostki¹⁷. Szczególny tryb zmiany konstytucji jest zaliczany do czynników współwyznaczających jej miejsce w hierarchii źródeł prawa¹⁸.

W ustawie zasadniczej został zawarty spójny system wartości i zasad wyznaczający jej materialną tożsamość¹⁹. Przyjmuje się, iż tożsamość konstytucji jest rozumiana jako pewien nienaruszalny rdzeń, który ogranicza swobodę ustrojodawcy²⁰. Jest ona rekonstruowana na podstawie faktów historycznych z życia państwa i narodu²¹. Niektóre jej elementy są pochodną założeń modelu ustrojowego i jego podstaw aksjologicznych²². Bywa ona również wywodzona z postanowień preambuły²³. W preambule przedstawiono bowiem okoliczności, które miały miejsce w chwilach przełomowych dla narodu, i dlatego zostały uznane przez ustrojodawcę za „moment konstytucyjny”²⁴. Należy też podkreślić, iż znacząca część wartości i zasad, które składają się na tożsamość konstytucji, odnosi się do statusu jednostki²⁵.

Ustawy zasadnicze są więc tego rodzaju aktami normatywnymi, które powinny odznaczać się znaczną stabilnością²⁶. Dlatego też są one zabezpieczone przed zmianami, które umożliwiałyby ingerencję w tę sferę²⁷. Realizacji tego celu służą przepisy proceduralne, które normują tryb przygotowania i uchwalania zmian. Nie jest to jednak wystarczający sposób zagwarantowania nienaruszalności tożsamości konstytucji²⁸. Szczególny tryb zmiany określa jedynie formalne warunki legalności przeprowadzenia modyfikacji treści ustawy zasadniczej²⁹. Odrębną kwestię stanowi natomiast problem materialnych granic zmiany konstytucji³⁰.

¹⁵ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 12, s. 19.

¹⁶ P. Radziejewicz, komentarz do art. 235 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2023, s. 725.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ J. Zaleśny, *Tryb zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Państwo – demokracja – samorząd. Księga jubileuszowa na sześćdziesięciopięciolecie Profesora Eugeniusza Zielińskiego*, red. T. Mołdawa, Z. Kiełmiński, G. Ulicka, K.A. Wojtaszczyk, B. Sikorska, Warszawa 1999, s. 141.

¹⁹ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 103.

²⁰ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 31.

²¹ M. Granat, *Ukryte bogactwo preambuły Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 3, s. 129.

²² M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 31.

²³ *Ibidem*. Zob. też: K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy ustrojodawczej w demokracji konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 12, s. 14.

²⁴ M. Granat, *Ukryte bogactwo...*, s. 129.

²⁵ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 103.

²⁶ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, s. 55.

²⁷ J. Galster, D. Lis-Staranowicz, *Doktryna zastępowalności konstytucji. Ratione materiae wobec ratione temporis*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 10, s. 25.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 103.

³⁰ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 32.

Twórcy każdej konstytucji stają przed trudnym zadaniem, jakim jest konieczność optymalnego wyważenia dwóch wartości³¹. Muszą oni zapewnić z jednej strony gwarancję zwiększonej trwałości ustawy zasadniczej (w porównaniu do ustaw zwykłych), a z drugiej – możliwość realnej jej modyfikacji, która powinna uwzględniać jej tożsamość i poszanowanie dla jej postanowień³². Należy bowiem zauważyć, iż pewna elastyczność w zakresie adaptowania norm konstytucyjnych do zachodzących zjawisk i przemian politycznych jest niezbędna dla zapewnienia im skuteczności³³.

Mimo że Konstytucja RP z 1997 r. nie zawiera postanowień, które *expressis verbis* uznawałyby konkretne jej zasady za niezmiennialne³⁴, należy jednak stwierdzić, że w świetle wymogów określonych w art. 235 ustawy zasadniczej jej zmiana nie może być dowolna³⁵.

Ograniczenie zakresu konstytucyjnych wolności i praw jednostki jako rezultat zmian dokonywanych przez władzę ustrojodawczą

Nadrzędną zasadą każdego demokratycznego państwa jest umacnianie i ochrona konstytucyjnych wolności i praw³⁶. Nie ulega jednak wątpliwości, że każda wolność lub prawo, nawet mające rangę konstytucyjną, muszą mieć swoje granice. Określenie relacji między nimi jest niezbędne do zagwarantowania im rzeczywistej ochrony i możliwości realizacji. Wyznaczanie granic konstytucyjnych wolności i praw wiąże się nierozdzielnie z pojęciem ograniczeń ustanawianych w tej sferze³⁷.

Ograniczenie konstytucyjnej wolności lub prawa polega na zawężeniu zakresu ich ochrony wynikającego z Konstytucji RP, które następuje w odniesieniu do przynajmniej jednego podmiotu danej wolności lub prawa³⁸. Ograniczenie prawa może być definiowane jako działanie lub zaniechanie podmiotu zobowiązanego do realizacji tego prawa, które narusza ciężący na nim obowiązek względem podmiotu tego

³¹ W. Sokolewicz, *O gradacji zmian konstytucji* [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszowi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000, s. 179.

³² *Ibidem*.

³³ J. Zaleśny, *Tryb zmiany...*, s. 141.

³⁴ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 31. Przykładem ustawy zasadniczej, w której zawarto klauzulę limitującą materialny zakres wprowadzanych zmian, jest Konstytucja Norwegii z 17 maja 1814 r. W przepisie art. 112 norweskiej ustawy zasadniczej materialne granice zmiany wyznaczono za pośrednictwem klauzuli „nienaruszalności ducha i zasad”. Więcej na ten temat zob. J. Galster, D. Lis-Staranowicz, *Doktryna zastępowalności...*, s. 25.

³⁵ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 32.

³⁶ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 74.

³⁷ *Ibidem*, s. 73.

³⁸ M. Szydło, komentarz do art. 31 ust. 3 [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 775.

prawa³⁹. Przedstawiona definicja ma charakter uniwersalny⁴⁰. Obejmuje ona ograniczenia wprowadzane zarówno na płaszczyźnie stanowienia, jak i stosowania prawa⁴¹.

Ingerencja ustawodawcy (prawodawcy zwykłego) w sferę wolności i praw może polegać na stanowieniu określonych norm prawnych bądź zaniechaniu ich stanowienia⁴². Nie jest on jednak jedynym podmiotem uprawnionym do limitowania zakresu wolności i praw⁴³. Także ustrojodawca (prawodawca konstytucyjny) może ustanawiać ograniczenia w tej sferze⁴⁴. Pojęcie zmiany ustawy zasadniczej obejmuje swoim zakresem modyfikacje o różnym stopniu intensywności (głębokości)⁴⁵, w tym dotyczące materii poświęconej wolnościom i prawom jednostki.

Można wyróżnić dwa podstawowe rodzaje ograniczeń wolności i praw dokonywanych przez ustrojodawcę⁴⁶. Pierwszy przypadek obejmuje nowelizację przepisów konstytucji odnoszących się do konkretnego uprawnienia jednostki, która polega na zawężeniu jego zakresu. Wyznaczenie granic wolności lub prawa przez prawodawcę konstytucyjnego staje się wówczas punktem odniesienia przy kreowaniu zakresu ograniczeń, które będą ustanawiane w przyszłości przez ustawodawcę zwykłego⁴⁷. Drugi przypadek odnosi się do tzw. ograniczenia pośredniego. Polega ono na nowelizacji przepisów ustawy zasadniczej poświęconych konkretnej wolności lub prawu, której skutkiem będzie możliwość szerszej (głębszej) ingerencji ustawodawcy zwykłego w tę sferę. Ma to miejsce w szczególności, kiedy zmiana konstytucji obejmuje rozszerzenie katalogu wartości uzasadniających ustanawianie ograniczeń konkretnej wolności lub prawa⁴⁸.

Kwalifikowany tryb zmiany przepisów Konstytucji RP poświęconych wolnościom, prawom i obowiązkom człowieka i obywatela

Normatywne podstawy trybu zmiany ustawy zasadniczej są wskazane w art. 235 Konstytucji RP⁴⁹. Jest to jedyna procedura dokonywania modyfikacji ustawy zasadniczej⁵⁰.

³⁹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 64.

⁴⁰ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 75.

⁴¹ *Ibidem*, s. 76–77.

⁴² K. Wojtyczek, *Granice ingerencji...*, s. 66.

⁴³ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 86.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 3.

⁴⁶ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 86.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 86–87.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 89.

⁴⁹ P. Radziejewicz, komentarz do art. 235, s. 724.

⁵⁰ B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235 [w:] *Konstytucja RP*, t. II: *Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1645.

W Konstytucji RP nie przewidziano gradacji mocy prawnej poszczególnych norm⁵¹. W szczególności o istnieniu wewnętrznej hierarchii przepisów nie świadczy zróżnicowanie trybu przyjmowania zmian ustawy zasadniczej, o których mowa w art. 235 ust. 5–6 Konstytucji RP⁵². Unormowania te określają pewne odmienności trybu zmiany Konstytucji RP, jeżeli ustawa o jej zmianie dotyczy przepisów rozdziału I („Rzeczpospolita”), rozdziału II („Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”) lub rozdziału XII („Zmiana Konstytucji”)⁵³. Modyfikacje wprowadzone do któregośkolwiek z przepisów znajdujących się w tych jednostkach redakcyjnych powodują aktualizację obowiązku stosowania szczególnych reguł proceduralnych⁵⁴. Procedura kwalifikowana dotyczy zatem m.in. dokonywania modyfikacji przepisów znajdujących się w rozdziale II Konstytucji RP, który został poświęcony wolnościom, prawom i obowiązkom jednostki⁵⁵.

Wyróżnienie przepisów poświęconych wolnościom, prawom i obowiązkom jednostki było spowodowane koniecznością zagwarantowania ochrony jej statusowi prawnemu. Rozwiązanie to należy uznać za trafne. Zwiększa ono trwałość standardów ochrony wolności i praw jednostki. Podkreśla również znaczenie tych przepisów dla stabilizacji ustroju państwa⁵⁶. W związku z tym zasadne wydaje się wyróżnienie trybu prostego (zwykłego) i trybu kwalifikowanego zmiany Konstytucji RP w zależności od tego, które jej unormowania mają podlegać modyfikacjom⁵⁷. Powodem konstytucyjnego różnicowania trybu zmiany poszczególnych przepisów ustawy zasadniczej jest zamiar zapewnienia szczególnej ochrony postanowieniom, które w przekonaniu ustrojodawcy mają największą wagę⁵⁸. Podstawą wprowadzenia kwalifikowanego trybu zmiany przepisów Konstytucji RP poświęconych wolnościom, prawom i obowiązkom jednostki było zatem kryterium materialne, jakie stanowi w tym przypadku szczególny przedmiot dokonywanych zmian⁵⁹.

Procedura kwalifikowana zmiany jest oparta na zasadach zwykłego trybu zmiany, przy czym charakteryzuje się jednak dwoma elementami, które są od niego odrębne⁶⁰. Pierwszy z nich dotyczy wyróżnienia dodatkowego terminu mającego spowołnić prace parlamentarne⁶¹. W myśl przepisu art. 235 ust. 5 Kon-

⁵¹ P. Radzewicz, komentarz do art. 235, s. 726.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235, s. 1652.

⁵⁴ P. Radzewicz, komentarz do art. 235, s. 728.

⁵⁵ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 107.

⁵⁶ W. Sokolewicz, *O gradacji zmian...*, s. 187.

⁵⁷ P. Radzewicz, komentarz do art. 235, s. 728.

⁵⁸ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 104.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 107.

⁶¹ *Ibidem*.

stytucji RP: „Uchwalenie przez Sejm ustawy zmieniającej przepisy rozdziałów I, II lub XII Konstytucji może odbyć się nie wcześniej niż sześćdziesiątego dnia po pierwszym czytaniu projektu tej ustawy”. W ustawie zasadniczej nie wskazano żadnej możliwości skrócenia tego terminu⁶². Celem regulacji jest zapewnienie dostatecznej ilości czasu na refleksję i rzetelne rozpatrzenie projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP. Podobną funkcję spełnia określony w art. 235 ust. 3 Konstytucji RP wymóg odbycia pierwszego czytania nie wcześniej niż trzydziestego dnia od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy⁶³. Omówione unormowania mają stanowić zabezpieczenie przed podejmowaniem pochopnych i nieprzemyślanych decyzji w przedmiocie zmiany ustawy zasadniczej⁶⁴.

Drugim elementem, swoistym dla kwalifikowanego trybu zmiany, na jaki należy zwrócić uwagę w kontekście przepisu art. 235 ust. 6 Konstytucji RP, to możliwość fakultatywnego przeprowadzenia referendum zatwierdzającego zmianę Konstytucji RP dotyczącą przepisów znajdujących się w rozdziałach I, II lub XII⁶⁵. Materie zawarte w tych jednostkach redakcyjnych są bowiem na tyle doniosłe, iż suweren powinien mieć możliwość bezpośredniego wypowiedzenia się w przedmiocie akceptacji zmiany ich treści. Naród uzyskał w ten sposób uprawnienie, by zapobiec niekorzystnej w jego ocenie modyfikacji Konstytucji RP⁶⁶.

Należy jednak podkreślić, że spośród przewidzianych odrębności jedynym obligatoryjnym wymogiem jest konieczność upływu okresu, jaki musi minąć pomiędzy pierwszym czytaniem projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP a jej uchwaleniem przez Sejm⁶⁷. Przeprowadzenie referendum zatwierdzającego zmianę Konstytucji RP dotyczącą przepisów znajdujących się w rozdziałach I, II lub XII jest natomiast fakultatywne i w pełni uzależnione od woli podmiotów wskazanych w art. 235 ust. 6 Konstytucji RP, czyli podmiotów uprawnionych do przedłożenia projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP. W pozostałym zakresie zasady przyjmowania zmian modyfikujących przepisy zawarte w rozdziałach I, II lub XII Konstytucji RP są identyczne jak w trybie zwykłym zmiany ustawy zasadniczej⁶⁸.

W przepisie art. 235 Konstytucji RP nie wskazano jednak sposobu wyznaczania materialnych granic zmiany ustawy zasadniczej, rozpatrywanej z punktu widzenia jej treści⁶⁹.

⁶² B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235, s. 1653.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ P. Radziejewicz, komentarz do art. 235, s. 728.

⁶⁵ B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235, s. 1653.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 1652.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 31.

Koncepcje umożliwiające wyznaczenie materialnych granic zmiany ustawy zasadniczej

Zakres proponowanych przez wnioskodawcę modyfikacji w projekcie ustawy o zmianie Konstytucji RP jest co do zasady nieograniczony⁷⁰. W nauce prawa konstytucyjnego wyodrębnił się nurt, który podkreśla konieczność wzmocnienia materialnej trwałości tych postanowień konstytucyjnych, które determinują aksjologiczną spójność ustawy zasadniczej⁷¹. Koncepcje prezentowane przez przedstawicieli tego nurtu odnoszą się najczęściej do stosowanych w innych państwach tzw. postanowień niezmiennych, teorii implikowanych zakazów zmiany konstytucji czy też doktryny tożsamości konstytucyjnej. Rozwiązania te nie znalazły odzwierciedlenia w polskim porządku konstytucyjnym⁷², zasługują one jednak na uwagę ze względu na konieczność oceny, czy na gruncie Konstytucji RP kwalifikowany tryb zmiany ustawy zasadniczej jest instrumentem wystarczającym do zagwarantowania przewidzianym w niej rozwiązaniom dostatecznej ochrony i trwałości. Należy także rozważyć możliwość i skutki potencjalnej ich aplikacji.

Najdalej idącym instrumentem zabezpieczenia materialnej tożsamości ustawy zasadniczej jest wyłączenie możliwości zmiany przepisów konstytucji, które statuuja zasady uznane za szczególnie doniosłe w obowiązującym porządku prawnym⁷³. Przepisy te są określane mianem tzw. postanowień niezmiennych. Zróznicowanie rangi poszczególnych postanowień ustawy zasadniczej może być jednak z kilku względów problematyczne⁷⁴. Przede wszystkim wiąże się ono bezpośrednio z zagrożeniami dla integralności konstytucji jako aktu prawnego, na system źródeł prawa powszechnie obowiązującego powinna bowiem oddziaływać całość jej przepisów. Ponadto nadana przepisom hierarchia może w miarę upływu czasu ulegać ewolucji. Dlatego też w piśmiennictwie proponuje się formułę tzw. postanowień relatywnie niezmiennych⁷⁵. Charakter relatywny (względny) niezmienności takich postanowień polega na tym, że brak możliwości zmiany odnosi się wyłącznie do dokonywania modyfikacji w aktualnie obowiązującej konstytucji. Nie wiąże on natomiast prawodawcy uchwalającego nową ustawę zasadniczą⁷⁶. Niezależnie od wyboru którejkolwiek z zaprezentowanych koncepcji należy jednak podkreślić, iż całkowite wyłączenie możliwości zmiany określonych norm konstytucyjnych powinno być stosowane z dużą

⁷⁰ B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235, s. 1646.

⁷¹ P. Radzewicz, komentarz do art. 235, s. 726.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 12.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 13.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 112.

ostrożnością⁷⁷. Musi ono również odnosić się jedynie do najistotniejszych – z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego – zasad. Ponadto ich prawidłowe stosowanie zależy od istnienia instrumentów gwarancyjnych, wśród których decydującą rolę odgrywa sądowa kontrola konstytucyjności zmian dokonywanych w ustawie zasadniczej. W tym zakresie postanowienia niezmiennialne pełnią funkcję materialnych podstaw kontroli⁷⁸. Należy także wskazać, iż w praktyce ustrojowej negatywnie oceniono skuteczność prób dekodowania z tekstu Konstytucji RP postanowień niezmiennialnych⁷⁹.

Brak wyraźnego wyłączenia możliwości zmiany określonych norm konstytucyjnych nie musi oznaczać całkowitej swobody prawodawcy konstytucyjnego w zakresie wprowadzanych modyfikacji⁸⁰. W nauce prawa konstytucyjnego wyodrębnił się kierunek rozważań, który jako podstawę ustanawiania tego rodzaju ograniczeń wskazuje wewnętrzną strukturę norm ustawy zasadniczej. Wyróżniono w ten sposób koncepcję tzw. implikowanych zakazów zmiany konstytucji⁸¹. Polega ona na tym, że z całokształtu postanowień ustawy zasadniczej, a więc z jej istoty (tożsamości), można wyprowadzić niepisany zakaz dokonywania określonych modyfikacji w jej tekście⁸².

Zarys założeń tej koncepcji został wyartykułowany w odniesieniu do porządku konstytucyjnego opartego na ustawie zasadniczej Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 1952 r.⁸³ przez S. Rozmaryna⁸⁴, który stwierdził: „Mimo braku takich wyraźnych zakazów jesteśmy zdania, że niektóre zasady prawne naszego ustroju, wyrażone w Konstytucji PRL, mogą być zmienione (...) jedynie w pewnym kierunku. To zaś – w braku trybów alternatywnych – oznacza (...) niedopuszczalność ich zmiany w kierunkach innych”⁸⁵. Zdaniem tego autora w ówczesnej ustawie zasadniczej brak było „postanowień absolutnie niezmiennych”⁸⁶. Można było w niej natomiast wskazać postanowienia, które mogą ulec modyfikacji jedynie wtedy, gdy zmiana ma określoną treść społeczno-polityczną, a zatem „tylko wtedy, gdy zdąża w pewnym określonym kierunku”⁸⁷. S. Rozmaryn zaliczył do kategorii postanowień relatywnie niezmiennych te zasady prawne, które

⁷⁷ K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 13.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235, s. 1646.

⁸⁰ K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 13.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 109.

⁸³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22 lipca 1952 r. (Dz.U. 1976, nr 7, poz. 36 ze zm.).

⁸⁴ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 109.

⁸⁵ S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1967, s. 274.

⁸⁶ *Ibidem*, s. 274–275.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 275.

określały Polską Rzeczpospolitą Ludową jako republikę ludu pracującego i ustaliły jej rozwój w kierunku socjalizmu. Wprowadzona zmiana w żadnym razie nie mogła doprowadzić do cofnięcia się z tego kierunku, który wyznaczyła ustawa zasadnicza⁸⁸.

W aktualnie obowiązującej Konstytucji RP nie zawarto uregulowań, które pozwoliłyby wyodrębnić kategorię postanowień relatywnie niezmiennych⁸⁹. W piśmiennictwie podjęto jednak próby wyprowadzenia tzw. implikowanych zakazów zmiany konstytucji z całokształtu postanowień konstytucji i jej aksjologii⁹⁰. Wiąże się to z koniecznością objęcia relatywną niezmiennością przepisów wyznaczających tożsamość ustawy zasadniczej. Merytoryczne podstawy tej koncepcji należy uznać za trafne, wątpliwości może budzić jednak kwestia jej stosowania w praktyce. W szczególności najbardziej problematyczne wydaje się orzekanie przez sądy konstytucyjne w przedmiocie przestrzegania „implikowanych zakazów”. Z tego względu koncepcja ta rozpatrywana jest wciąż jedynie w kategorii postulatów⁹¹.

Materialnych granic ingerencji w treść postanowień ustawy zasadniczej poszukuje się również w prawie międzynarodowym lub ponadnarodowym⁹². W nauce prawa konstytucyjnego na ogół wyraźnie odrzuca się możliwość skrępowania ustrojodawcy przez normy prawa międzynarodowego na innej niż wskazana w samej konstytucji podstawie. Należy jednak stwierdzić, iż współcześnie nie da się uniknąć wpływu tego rodzaju norm na proces interpretacji przepisów konstytucji, w szczególności tych, które dotyczą ochrony praw człowieka. Zjawisko fragmentaryzacji materii konstytucyjnej, związane przede wszystkim z procesem integracji europejskiej, znacząco oddziałuje bowiem na pozycję władzy ustrojodawczej⁹³.

Istotą koncepcji umożliwiających wyznaczanie materialnych granic ingerencji prawodawcy konstytucyjnego w treść ustawy zasadniczej było dążenie do zagwarantowania zakazu naruszania istoty tożsamości konstytucji⁹⁴, formalnie pojmowana „sztywność” ustawy zasadniczej nie obejmuje bowiem swoim zakresem granic działania władzy ustrojodawczej⁹⁵. Argumenty na rzecz limitowania swobody ustrojodawcy znajdują zatem aksjologiczne uzasadnienie⁹⁶, gdyż akcentują one znaczenie materialnej stabilności ustawy zasadniczej⁹⁷.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 110.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, s. 111.

⁹² K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 14.

⁹³ *Ibidem*, s. 15.

⁹⁴ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 108.

⁹⁵ K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 17.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 15.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 17.

Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że można wyróżnić dwa aspekty dotyczące zmiany konstytucji⁹⁸. Pierwszy z nich odnosi się do zakresu poprawek, a drugi – do ich głębokości⁹⁹. W tym kontekście istotna jest bowiem nie tylko sama forma zmiany konstytucji¹⁰⁰. Decydujące znaczenie przypisuje się również zakresowi przedmiotowemu wprowadzonych do niej modyfikacji, który jest rozumiany jako stopień intensywności ingerencji w tożsamość ustawy zasadniczej i zastany porządek konstytucyjny¹⁰¹, w tym w szczególności w sferę praw i wolności jednostki.

Jest to zagadnienie istotne przede wszystkim z tego powodu, iż ustawa zasadnicza tworzy ramy aksjologiczne dla całego porządku prawnego¹⁰². Jej postanowienia wyznaczają granice działania władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. Tożsamość konstytucji immanentnie wiąże się także z zagadnieniami jedności oraz ciągłości państwa. Dlatego też Konstytucja RP jest zaliczana do tzw. konstytucji sztywnych. Tryb jej zmiany wiąże się z koniecznością dochowania szczególnych wymogów proceduralnych. Utrudniona procedura zmiany, znacznie bardziej skomplikowana w porównaniu do procesu stanowienia ustaw zwykłych, ma gwarantować zwiększoną trwałość zadekretowanych w niej rozwiązań. Jest ona zatem uznawana za podstawowy wyznacznik jej stabilności¹⁰³.

W Konstytucji RP nie wskazano mechanizmów, które pozwoliłyby wyznaczyć materialne granice ingerencji w treść jej postanowień czy też dopuszczalną głębokość (zakres) wprowadzanych zmian¹⁰⁴. Choć w preambule do Konstytucji RP wspomniano o zagwarantowaniu „na zawsze” praw obywatelskich, mimo to nie jest możliwe całkowite wykluczenie sytuacji, w której zmiany proponowane przez wnioskodawcę mogłyby w swoich skutkach doprowadzić do obniżenia standardu ochrony praw jednostki¹⁰⁵. Niezależnie od oceny aksjologicznej tych rozwiązań nie można jednak stwierdzić, że modyfikacje takie byłyby niedopuszczalne. Wprowadzenie postanowień objętych gwarancją niezmienności powinno być bowiem wyraźnie zaznaczone w przepisach Konstytucji RP¹⁰⁶.

Objęcie konstytucyjnej regulacji dotyczącej wolności i praw jednostki wymogami procedury kwalifikowanej świadczy o wysokim stopniu ochrony norm, które

⁹⁸ M. Laskowska, *Pojęcie zmiany...*, s. 32.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ K.J. Kaleta, *Ograniczenia władzy...*, s. 4.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² P. Radziejewicz, komentarz do art. 235, s. 725.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 106.

¹⁰⁵ B. Szczurowski, P. Tuleja, komentarz do art. 235, s. 1646.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

dotyczą statusu jednostki¹⁰⁷. Fakultatywny charakter referendum zatwierdzającego przesądza jednak, iż stopień trudności przeprowadzenia zmiany konstytucji w tym trybie nie jest zbyt wysoki¹⁰⁸. Ponadto należy zauważyć, iż choć instytucja referendum zapobiega przyjęciu modyfikacji niecieszącej się poparciem suwerena, to nie eliminuje ona jednak całkowicie ryzyka „rozmycia” aksjologii ustawy zasadniczej¹⁰⁹. W konkluzji należy stwierdzić, iż objęcie postanowień konstytucyjnych poświęconych kwestiom wolności i praw jednostki wymogiem kwalifikowanej procedury dokonywania w nich zmian jest istotnym instrumentem zagwarantowania efektywnej ochrony w tej sferze. Utrudnione wymogi proceduralne w kontekście modyfikacji treści ustawy zasadniczej nie zawsze jednak mogą okazać się wystarczające z punktu widzenia zabezpieczenia jej aksjologicznej spójności. Dlatego też coraz większą wagę przywiązuje się do instrumentów prawnych zapewniających materialną trwałość jej uregulowaniom.

Koncepcje umożliwiające wyznaczenie materialnych granic ingerencji prawodawcy konstytucyjnego w treść postanowień konstytucji mają doniosłe znaczenie z perspektywy zagwarantowania nienaruszalności jej tożsamości. Materialna stabilność ustawy zasadniczej pełni prymarną rolę w kontekście ochrony wolności i praw jednostki. Podkreśla się jednak, iż koncepcje dotyczące wyznaczania materialnych granic zmiany konstytucji nie mają dostatecznych podstaw dogmatycznych¹¹⁰. Nie mogą one zatem limitować w sposób bezpośredni swobody regulacyjnej prawodawcy konstytucyjnego¹¹¹. Powinny one być jednak uwzględniane przez władzę ustrojodawczą zarówno w procesie rekonstrukcji tożsamości ustawy zasadniczej, jak i podejmowania decyzji w przedmiocie ewentualnych modyfikacji jej postanowień.

Bibliografia

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2015.
- Galster J., Lis-Staranowicz D., *Doktryna zastępowalności konstytucji. Ratione materiae wobec ratione temporis*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 10.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2021.
- Granat M., *Ukryte bogactwo preambuły Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 3.
- Kaleta K.J., *Ograniczenia władzy ustrojodawczej w demokracji konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 12.
- Laskowska M., *Pojęcie zmiany konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 12.
- Małajny R.M., *Pojęcie konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 2.
- Niżnik-Mucha A., *Zakaz naruszania istoty konstytucyjnych wolności i praw w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2014.

¹⁰⁷ A. Niżnik-Mucha, *Zakaz naruszania...*, s. 108.

¹⁰⁸ *Ibidem*, s. 107.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 108.

¹¹⁰ P. Radziejewicz, komentarz do art. 235, s. 726.

¹¹¹ *Ibidem*.

- Radzewicz P., komentarz do art. 235 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2023.
- Rozmaryn S., *Konstytucja jako ustawa zasadnicza Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1967.
- Sokolewicz W., *O gradacji zmian konstytucji* [w:] *Konstytucja. Wybory. Parlament. Studia ofiarowane Zdzisławowi Jaroszewi*, red. L. Garlicki, Warszawa 2000.
- Szczurowski B., Tuleja P., komentarz do art. 235 [w:] *Konstytucja RP*, t. II: *Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Szydło M., komentarz do art. 31 ust. 3 [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Tuleja P., komentarz do art. 8 [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Wołpiuk W.J., *Dziesięciolecie obowiązywania Konstytucji RP w świetle badań naukowych*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 10.
- Zalesny J., *Tryb zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Państwo – demokracja – samorząd. Księga jubileuszowa na sześćdziesięciopięciolecie Profesora Eugeniusza Zielińskiego*, red. T. Mołdawa, Z. Kiełmiński, G. Ulicka, K.A. Wojtaszczyk, B. Sikorska, Warszawa 1999.

Streszczenie

Celem artykułu jest zbadanie sposobów wyznaczania materialnych granic ingerencji w treść postanowień konstytucyjnych poświęconych wolnościom i prawom jednostki, materie te wchodzi bowiem w skład systemu wartości i zasad wyznaczających materialną tożsamość ustawy zasadniczej. Objęcie tych regulacji wymogami kwalifikowanej procedury zmiany świadczy o wysokim stopniu ochrony tych norm. W Konstytucji RP nie wskazano jednak sposobu wyznaczania materialnych granic proponowanych zmian. Najdalej idącym instrumentem zabezpieczenia materialnej tożsamości konstytucji jest całkowite wyłączenie możliwości zmiany określonych jej przepisów, nazywanych z tego względu postanowieniami niezmiennymi. Koncepcja tzw. implikowanych zakazów zmiany konstytucji polega natomiast na wyprowadzeniu z całokształtu postanowień ustawy zasadniczej zakazu dokonywania określonych modyfikacji. Materialna stabilność ustawy zasadniczej pełni doniosłą rolę z perspektywy ochrony konstytucyjnych wolności i praw.

Słowa kluczowe: ustawa zasadnicza, zmiana konstytucji, ochrona wolności i praw, materialna tożsamość konstytucji, prawodawca konstytucyjny

MATERIAL LIMITS OF INTERFERENCE IN THE CONTENT OF THE PROVISIONS OF THE CONSTITUTION AS AN INSTRUMENT FOR THE PROTECTION OF INDIVIDUAL FREEDOMS AND RIGHTS UNDER THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND OF 1997

Summary

The aim of the article is to analyze the ways of determining material limits of interference in the content of constitutional provisions devoted to individual freedoms and rights. These matters are part of the system of values and principles that determine the material identity of the Constitution.

Covering these regulations with the requirements of a qualified amendment procedure proves the high degree of protection of these standards. However, the Constitution of the Republic of Poland does not indicate how to determine the material limits of the proposed changes. The most far-reaching instrument for securing the material identity of the constitution is the complete exclusion of the possibility of modifying certain provisions of the constitution, which are therefore called immutable provisions. The concept of the so-called implied prohibitions on amending of the constitution consist in deriving from the entire provisions of the Constitution of a prohibition on making specific modifications. The material stability of the Constitution plays an important role from the perspective of protecting constitutional freedoms and rights.

Keywords: constitution, amendment to the Constitution, protection of freedoms and rights, material identity of the constitution, constitutional legislator

Krzysztof Wacek

Regionalna Izba Obrachunkowa w Rzeszowie

ORCID: 0009-0007-5468-3838

**DOKUMENTY PLANISTYCZNE
JAKO PRZESŁANKA WYWŁASZCZENIA
W ŚWIEŁLE ORZECZNICTWA
SĄDOWOADMINISTRACYJNEGO**

Wprowadzenie

Z demokratycznym państwem prawnym ściśle wiąże się zagadnienie ochrony własności. Zgodnie z art. 20 Konstytucji RP z 1997 r. wprowadzający zasadę społecznej gospodarki rynkowej wymienia jako ważny jej element własność prywatną. Przepis ten koreluje z następnym, tj. art. 21, według którego Rzeczpospolita Polska chroni własność i prawo dziedziczenia, a wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem.

Rozumienie pojęcia *własność*, użytego w art. 21 ust. 1 Konstytucji RP, może być szerokie, oderwane od znaczenia cywilistycznego. Funkcją tego przepisu jest stworzenie ładu instytucjonalnego i gwarancji poszanowania szerokiej kategorii praw majątkowych¹. W przepisie tym została sformułowana zasada ochrony własności jako jedna z zasad ustroju państwa. Ponieważ ust. 2 i ust. 1 zostały ujęte w jednej jednostce redakcyjnej, tj. w art. 21, zatem należy przyjąć, że odnoszą się one do własności. Pierwszy wyraża zasadę, a drugi przewiduje wyjątek od tej zasady w postaci dopuszczalności wywłaszczenia².

Własność nie jest prawem absolutnym i może podlegać ingerencji, przede wszystkim ze strony państwa. Prawo własności ustępować będzie w niektórych przypadkach np. ważnemu interesowi publicznemu.

Skoro przy zachowaniu określonych przesłanek ustawa zasadnicza dopuszcza wywłaszczenie, to za dopuszczalny uznać należy automatycznie jego nieuchronny

¹ M. Kaliński, A. Krzywoń, „*Własność*” jako przedmiot ochrony na podstawie art. 21 ust. 1 Konstytucji RP, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 1, s. 17–32.

² K. Świderski, *Wywłaszczenie w świetle art. 21 ust. 2 Konstytucji RP*, „Casus” 2006, nr 4, s. 10.

skutek w postaci pozbawienia lub ograniczenia wykonywania prawa własności, prowadzący do powstania uszczerbku w majątku³. Zasadniczym celem istnienia instytucji wywłaszczenia jest możliwość zupełnego pozbawienia własności do-tychczasowego właściciela⁴.

W myśl art. 64 ust. 3 Konstytucji RP własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności. Natomiast według art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób; ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Ograniczenie w korzystaniu z konstytucyjnego prawa do własności może więc polegać na pozbawieniu prawa do własności (przy zachowaniu zasady proporcjonalności), gdy wymagają tego wartości określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁵.

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie wybranych zagadnień dotyczących wywłaszczenia jako przykładu ingerencji państwa w sferę prawa własności. Jego tezą zaś jest wykazanie na podstawie wybranego orzecznictwa sądowoadministracyjnego, że miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego oraz decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego są koniecznymi dokumentami do wywłaszczenia nieruchomości. W niniejszym opracowaniu postaram się potwierdzić, że dokumenty planistyczne są niezbędną przesłanką do wywłaszczenia nieruchomości.

³ T. Suchar, *O szkodzie bezprawnej i legalnej oraz kwestii naruszenia prawa własności w reżimie odpowiedzialności za wywłaszczenie*, „Casus” 2015, nr 5, s. 32–35.

⁴ M. Radajewski, *Normatywna treść konstytucyjnych przesłanek dopuszczalności wywłaszczenia*, „Przegląd Legislacyjny” 2018, nr 1, s. 23–38.

⁵ TK w wyroku z dnia 7 lutego 2001 r. (sygn. K. 27/00) stwierdził, że wielokrotnie rozważał zagadnienie granic ochrony prawa własności. W świetle art. 64 ust. 3 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP warunkami dopuszczalności ograniczeń praw własności są: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości oraz zakaz naruszania istoty prawa własności. Podnosi, że wymóg istnienia w demokratycznym państwie konieczności wprowadzenia ograniczenia odpowiada zasadzie proporcjonalności. Zasada ta dotyczy m.in. kryterium doboru środków skutecznych, czyli faktycznie służących realizacji zamierzonych celów. Organy władzy publicznej powinny ponadto wybierać środki niezbędne, w tym sensie że będą chroniły określone wartości w stopniu, który nie mógłby zostać osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Spośród możliwych środków należy wybierać najmniej uciążliwe dla jednostki. Ponadto ograniczenie danego prawa musi pozostać w odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia ustanowienie tego ograniczenia. Zob. też: M. Wolanin, *Wywłaszczenie nieruchomości. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory 2023*, stan na 31.08.2023, Legalis.

Pojęcie wywłaszczenia

Konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia jest o wiele szersze niż treść nadana mu w art. 112 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami, z charakteru Konstytucji RP wynika bowiem podstawowa zasada autonomiczności interpretacji użytych w niej pojęć, a zatem także pojęcia *wywłaszczenie*.

W art. 21 ust. 1 Konstytucji RP ustawodawca wprowadził zasadę ochrony prawa własności oraz prawa dziedziczenia. Pojęcie *wywłaszczenie* posiada konstytucyjne źródło w art. 21 ust. 2 Konstytucji RP, według którego wywłaszczenie jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy jest dokonywane na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem. Wywłaszczenie przeciwstawiono przy tym konstytucyjnej ochronie własności i prawa dziedziczenia uregulowanej w art. 21 ust. 1 Konstytucji RP. Przeciwwstawienie to wyznacza w istocie granice ochrony własności i prawa dziedziczenia poprzez wskazanie, że ochrona z art. 21 ust. 1 Konstytucji RP ulega wyłączeniu w przypadku konieczności realizacji celów publicznych, dla których okazuje się niezbędne dokonanie wywłaszczenia. Treść art. 21 ust. 2 Konstytucji RP pełni także rolę ochronną wobec własności i prawa dziedziczenia w taki sposób, że tylko wywłaszczenie w sposób określony w tym przepisie, a więc na cele publiczne i za słusznym odszkodowaniem, może wykluczyć ochronę własności i prawa dziedziczenia. Wyrokiem z 21czerwca 2005 r.⁶ Trybunał Konstytucyjny przyjął, że „zgodnie z art. 21 ust. 2 Konstytucji instytucja wywłaszczenia należy do sfery prawa publicznego i obejmuje przede wszystkim przymusowe wyzucie z własności na rzecz Skarbu Państwa lub innego podmiotu prawa publicznego”⁷.

W wyroku z dnia 9 grudnia 2008 r. Trybunał Konstytucyjny podsumował, że „wywłaszczenie jest wyjątkową, szczególną formą ingerencji w sferę własności, dopuszczalną w wypadkach, gdy w grę wchodzi cel publiczny. Łączy się ono z ograniczeniem lub odjęciem w całości prawa własności w drodze aktu indywidualnego, dotyczącego konkretnej nieruchomości, na rzecz konkretnego podmiotu. Polega ono na nabyciu przez Państwo własności nieruchomości lub innego prawa do nieruchomości, będącej własnością podmiotu niepaństwowego, w drodze ściśle sformalizowanego postępowania administracyjnego połączonego z jednoczesnym wypłaceniem wywłaszczonemu odszkodowania określonego przez przepisy wywłaszczeniowe. (...) Wywłaszczenie powinno być stosowane tylko w sytuacjach koniecznych, uzasadnionych celami publicznymi, których nie można zrealizować za pomocą innych środków prawnych. Cel (interes) publiczny winien

⁶ Wyrok TK z dnia 21 czerwca 2005 r., sygn. P 25/02, LEX nr 380224, OTK ZU-A 2005, nr 6, poz. 65; jest to tzw. orzeczenie interpretacyjne.

⁷ M. Strzępek, *Instytucja wywłaszczenia z art. 21 ust. 2 Konstytucji RP z 1997 r. w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 4, s. 87–100.

być przy tym rozumiany wyłącznie jako dobro ogółu, czyli całego społeczeństwa lub społeczności regionalnej”⁸.

Natomiast w wyroku z dnia 23 września 2014 r. Trybunał Konstytucyjny podtrzymał powołany pogląd i stwierdził, że „indywidualny akt administracyjny na mocy którego dokonywane jest wywłaszczenie podmiotu prywatnego dokonuje się zawsze z inicjatywy podmiotu publicznego, na rzecz którego przechodzi – wbrew woli dotychczasowego właściciela – własność lub inne prawo majątkowe. Konstytucyjne pojęcie wywłaszczenia obejmuje stany spełniające łącznie następujące warunki.

Wywłaszczenie jest szczególną formą ingerencji w sferę własności, dopuszczalną jedynie, gdy w grę wchodzi cel publiczny, którego nie można zrealizować za pomocą innych środków prawnych i następuje zawsze z inicjatywy podmiotu publicznego, na rzecz którego przechodzi własność lub inne prawo majątkowe. Wywłaszczenie stanowi akt indywidualny, obejmujący konkretną nieruchomość, na rzecz konkretnego podmiotu publicznego, w postępowaniu administracyjnym, wbrew woli właściciela prywatnego i polega na ograniczeniu bądź odjęciu w całości prawa własności lub innego prawa majątkowego. Cel (interes) publiczny należy rozumieć wyłącznie jako dobro ogółu, czyli całego narodu lub społeczności regionalnej, a wywłaszczenie następuje w interesie uwłaszczanego podmiotu publicznego (bezpośrednio) oraz w interesie całego narodu lub społeczności regionalnej (pośrednio). Wreszcie wywłaszczenie połączone jest z jednoczesnym wypłaceniem wywłaszczonemu słusznego odszkodowania, określonego przez przepisy wywłaszczeniowe”⁹.

Wywłaszczeniem w rozumieniu art. 112 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 2023, poz. 344) jest pozbawienie i ograniczenie praw rzeczowych dotychczasowych podmiotów tych praw, przysługujących do nieruchomości, w drodze decyzji administracyjnej, będącej zindywidualizowanym aktem władztwa publicznego, mającym charakter przymusu publicznego. Dokonanie wywłaszczenia nie jest uzależnione od wyrażania w tym względzie jakiegokolwiek woli przez podmiot mający być wywłaszczony z praw rzeczowych przysługujących mu do określonej nieruchomości. Nie ma więc żadnego znaczenia brak zgody tego podmiotu na dokonanie wywłaszczenia. Jeżeli nie zostanie uzyskana zgoda na zawarcie odpowiedniej umowy o przeniesienie praw do nieruchomości na podmiot publiczny (lub jej wygaśnięcie), zachodzi możliwość przymuszenia tego podmiotu do pozbawienia go praw do nieruchomości w drodze wywłaszczenia.

⁸ Wyrok TK z dnia 9 grudnia 2008 r., sygn. K 61/07, Dz.U. 2008, nr 223, poz. 1475. Zob. też: B. Sitek, *Komentarz do Konstytucji RP art. 23, 64*, Warszawa 2023, s. 56 – w publikacji znajduje się liczne orzecznictwo TK dotyczące wywłaszczenia.

⁹ Wyrok TK z dnia 23 września 2014 r., sygn. SK 7/13, Dz.U. 2014, poz. 1354.

Wywłaszczenie jest instytucją legalizującą realizację celu publicznego wskutek pozbawienia dotychczasowego właściciela prawa własności nieruchomości (całej lub w części), oczywiście dopuszczalną jedynie w przypadku, gdy ten cel nie może być zrealizowany w żaden inny sposób.

Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego oraz decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego jako przesłanki wywłaszczenia

Zakres stosowania przepisów dotyczących wywłaszczenia nieruchomości określa art. 112 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zakres ten w wyniku nowelizacji z 28 listopada 2003 r. został znacznie poszerzony. Wcześniej wywłaszczone mogły zostać tylko nieruchomości przeznaczone w planach miejscowych na cele publiczne. Obecnie wywłaszczone być mogą także nieruchomości, dla których wydana została ostateczna decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego. Przepis przesądza więc o nierozzerwalnym związku pomiędzy wywłaszczeniem a instytucjami planowania i zagospodarowania przestrzennego, omawiana instytucja prawna nie stanowi bowiem celu samego w sobie. Wywłaszczenie jest instrumentem służącym celowi nadrzędnemu w postaci pozyskania prawa do nieruchomości dla zrealizowania inwestycji służącej osiągnięciu celu publicznego. Innymi słowy, stanowi narzędzie pozyskania praw do nieruchomości służące zrealizowaniu zamierzeń inwestycyjnych wynikających z określonych dokumentów planistycznych.

Jeśli w odniesieniu do określonego obszaru obowiązuje plan miejscowy, a w planie tym nie przeznaczono konkretnej nieruchomości na cel publiczny, to nie może ona zostać wywłaszczona, nawet gdyby była niezbędna do realizacji jakiegoś celu publicznego. Zrealizowanie tego celu i wywłaszczenie nieruchomości będą w takim przypadku wymagały wcześniejszej zmiany planu miejscowego (obejmującej zmianę przeznaczenia nieruchomości potrzebnych do realizacji celu publicznego).

Samo przeznaczenie nieruchomości w planie miejscowym na konkretny cel publiczny nie jest równoznaczne z wywłaszczeniem, gdyż aby doszło do wywłaszczenia, należy spełnić przesłanki i zrealizować procedury wywłaszczeniowe określone w ustawie o gospodarce nieruchomościami (lub ewentualnie w innej ustawie szczególnej)¹⁰.

Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest aktem prawa miejscowego, w którym dokonuje się prawnie wiążącego ustalenia przeznaczenia terenu, rozmieszczenia inwestycji celu publicznego oraz określenia sposobów zagospodarowania

¹⁰ E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 5 grudnia 2007 r., sygn. II SA/Sz. 813/07, LEX nr 470057.

i warunków zabudowy terenu (art. 4 ust. 1 i art. 14 ust. 8 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym). Rozmieszczenia inwestycji celu publicznego na obszarze morskich wód wewnętrznych, morza terytorialnego i wyłącznej strefy ekonomicznej dokonuje się przy tym w sposób określony przepisami ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. 2022, poz. 457 ze zm.).

Jeżeli jednak miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego nie został sporządzony, to inwestycja celu publicznego może być określona na danym obszarze w drodze decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. W takim przypadku decyzja ta wydawana jest z zachowaniem warunków wynikających z obowiązujących przepisów prawa i nie może mieć charakteru uznaniowego.

Dopuszczalność zastosowania wyłączenia determinowana jest zatem istnieniem jednego z dwóch podanych wyżej dokumentów planistycznych, w których skonkretyzowany został cel publiczny zamierzony do zrealizowania na określonym terenie obejmującym jedną lub więcej nieruchomości. W ten sposób wyłączenie pełni służebną rolę wobec dokumentów planistycznych, chociaż jego dopuszczalność uwarunkowana została koniecznością spełnienia jeszcze jednego ustawowego warunku, tj. warunku niezbędności nieruchomości dla osiągnięcia celu publicznego¹¹.

Charakterystyka aktu planistycznego wskazuje, że jego postanowienia mogą prowadzić do ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki w zakresie, w jakim miejscowe plany zagospodarowania przestrzennego mogą w nie ingerować¹².

Pomiędzy planem miejscowym i decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego istnieje oczywiście wiele zasadniczych różnic. Plan miejscowy jako akt prawa miejscowego zawiera określenie przeznaczenia nieruchomości na cel publiczny jako jedyny normatywnie dopuszczalny sposób zagospodarowania tej nieruchomości. Natomiast decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego jest indywidualnym aktem z zakresu administracji publicznej o charakterze władczym, z jednej strony konkretyzującym lokalizację celu publicznego na określonej nieruchomości, ale z drugiej strony stanowiącym prawnie określoną formę oceny dopuszczalności lokalizacji celu publicznego na danej nieruchomości. Z ustalenia lokalizacji inwestycji celu publicznego w drodze omawianej decyzji nie wynika wyłączność realizacji takiej inwestycji na określonej nieruchomości, lecz tylko dopuszczalność jej realizacji. Nie jest bowiem wykluczone, by dla tej samej nieruchomości zostały ustalone w drodze decyzji o warunkach zabudowy warunki zabudowy na inne cele niż cele publiczne. Także i ta decyzja o warunkach

¹¹ M. Wolanin, *Wyłączenie nieruchomości...*; GospNierU Jaworski 2023, wyd. 8/Wolanin, stan na 31.08.2023, <https://legalis.pl>.

¹² A. Chorażewska, J. Jagoda, *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne w gminie a wartości konstytucyjne*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2012, nr 10, s. 43–75.

zabudowy nie określa jedyne go możliwego sposobu zagospodarowania nieruchomości objętej tą decyzją. Istotne jednak jest to, że decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego umożliwia sięgnięcie do wywłaszczenia jako procedury pozyskania praw do nieruchomości, aby w ramach ich wykonywania zrealizować cel publiczny na tej nieruchomości.

Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego oraz decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego są instrumentami planowania przestrzennego, ale różnią się między sobą pod wieloma aspektami.

Pierwszym z nich jest zakres i cel tych instrumentów. Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest dokumentem planistycznym ustalającym zasady zagospodarowania przestrzennego danej jednostki administracyjnej (np. gminy). Zawiera przepisy dotyczące zasad zabudowy, działek, infrastruktury, zieleni oraz przeznaczenia poszczególnych obszarów. Decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego jest jednorazową decyzją administracyjną wydawaną w celu określenia lokalizacji konkretnej inwestycji celu publicznego, która nie mieści się w ramach obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego.

Kolejną różnicą dotyczącą tych dokumentów planistycznych jest procedura ich opracowania. Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest opracowywany przez organ jednostki samorządu terytorialnego (np. gminy) i jest poddawany uzgodnieniom ze społecznością lokalną oraz innymi podmiotami. Proces przygotowania miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego jest bardziej złożony i wymaga przeprowadzenia analiz, konsultacji oraz procedur prawnych i administracyjnych. Decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego jest podejmowana przez organ właściwy do jej wydania (np. burmistrza, wójta) na podstawie wniosku inwestora. Procedura wydania decyzji jest szybsza i mniej złożona niż proces przygotowania miejscowego planu zagospodarowania.

Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego różni się także od decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego w zakresie ich obowiązywalności i wiążącego charakteru. Miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego jest aktem prawa miejscowego i stanowi podstawę prawną dla decyzji dotyczących zagospodarowania przestrzennego na danym terenie. Wszelkie inwestycje i działania muszą być zgodne z postanowieniami planu. Decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dotyczy tylko konkretnej inwestycji i ma charakter jednorazowy. Nie ma ona charakteru ogólnego i nie tworzy nowych zasad zagospodarowania przestrzennego dla danego obszaru.

Podsumowując, główne różnice między miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego a decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dotyczą ich zakresu, procedury opracowania oraz obowiązywalności i wiążącego charakteru.

Co istotne, jak wskazał WSA w Lublinie w wyroku z dnia 19 listopada 2019 r.: „Nie wystarczy ogólna zgodność realizacji celu publicznego z uregulowaniami planu. Koniecznym jest, aby konkretny przepis miejscowego planu zagospodarowania

przestrzennego wskazywał, że na konkretnej nieruchomości ma być lub może być realizowany konkretny cel publiczny. Plan miejscowy, aby stanowić podstawę do zastosowania instytucji z art. 124 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami musi nie tylko dopuszczać realizację celu publicznego, ale także w sposób dokładny określać lokalizację inwestycji, poprzez jednoznaczne określenie nieruchomości, przez które ma ona przebiegać oraz granic terenu, jaki może być pod nią zajęty. Zgoda na zajęcie nieruchomości winna dotyczyć inwestycji, której realizacja jest przewidziana w planie miejscowym, tzn. w tym planie został ustalony jej przebieg”¹³.

Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego przyjmuje, że decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu zawiera nie tylko pewne elementy informacyjne, ale kształtuje prawa i obowiązki inwestora, tym samym „rozstrzyga sprawę administracyjną i ma cechy decyzji administracyjnej w znaczeniu materialno-prawnym, a więc jest aktem stosowania normy prawa administracyjnego pośrednio kształtującej sytuację prawną adresata”¹⁴.

Samo wydanie decyzji nie stanowi podstawy przejścia prawa do nieruchomości na rzecz podmiotu, który wystąpił o wywłaszczenie. Terminem, w którym prawo własności nieruchomości przechodzi na rzecz Skarbu Państwa lub na rzecz jednostki samorządu terytorialnego, jest dzień, w którym decyzja o wywłaszczeniu nieruchomości stała się ostateczna. Natomiast przejście prawa użytkowania wieczystego następuje z dniem, w którym decyzja o wywłaszczeniu tego prawa stała się ostateczna, jeżeli prawo to było ustanowione na nieruchomości gruntowej stanowiącej własność innej osoby niż ta, na rzecz której nastąpiło wywłaszczenie. Tym samym w dniu, kiedy decyzja stała się ostateczna, prawo użytkowania wieczystego wygasa.

W myśl art. 16 § 1 k.p.a. decyzja jest ostateczna, jeżeli nie przysługuje od niej odwołanie w toku normalnych instancji. Znaczy to, że nastąpiło ostateczne załatwienie sprawy administracyjnej, brak jest możliwości jej ponownego rozpatrzenia i rozstrzygnięcia, i to pod rygorem stwierdzenia jej nieważności. Ostateczna decyzja o wywłaszczeniu nieruchomości stanowi podstawę do dokonania wpisu w księdze wieczystej na wniosek starosty lub organu wykonawczego jednostki samorządu terytorialnego (jeżeli nieruchomość została wywłaszczona na rzecz tej jednostki). Z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym decyzja o wywłaszczeniu stała się ostateczna, użyczenie, dzierżawa, najem oraz trwałe zarząd wywłaszczonej nieruchomości wygasają. Wywłaszczoną nieruchomość można jednak oddać w dzierżawę do czasu jej wykorzystania na cel, na który nastąpiło wywłaszczenie, jeżeli poprzedni właściciel złoży taki wniosek.

Wywłaszczenie nie jest więc dopuszczalne poza sytuacjami określonymi w art. 122a, 124 ust. 1b, art. 124b, 125 i 126 ustawy o gospodarce nieruchomo-

¹³ Wyrok WSA w Lublinie z dnia 19 listopada 2019 r., sygn. II SA/Lu 579/18.

¹⁴ Wyrok NSA z dnia 25 października 1995 r., sygn. SA/Gd 1094/95, ONSA 1996, poz. 163.

ściami, jeżeli określony obszar nieruchomości nie został objęty lokalizacją celu publicznego określoną w jednym z dwóch wymienionych wyżej dokumentów planistycznych.

Artykuł 112 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami zawiera zastrzeżenia umożliwiające w niektórych przypadkach dokonanie wywłaszczenia lub ograniczenia praw do nieruchomości z pominięciem wymogu zgodności z przeznaczeniem w planie miejscowym na cel publiczny albo do nieruchomości, dla których wydana została decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Po pierwsze, przepis art. 122a dodany nowelizacją ustawy z 24 września 2010 r., który dotyczy sytuacji, gdy cel publiczny został zrealizowany, a postępowanie wywłaszczeniowe nie zostało zakończone wydaniem ostatecznej decyzji o wywłaszczeniu. Kolejny wyjątek wynika z art. 124 ust. 1b dodanego ustawą z dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz.U. 2023, poz. 733 i 1688) i zmienionej ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2012, poz. 1256), który ma zastosowanie w sytuacji, kiedy decyzja dotyczy urządzeń łączności publicznej, bo wtedy decyzję w sprawie zezwolenia wydaje się w uzgodnieniu z Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej, przy czym decyzja w sprawie takich urządzeń może być wydana również w przypadku braku planu miejscowego lub gdy decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego nie jest wymagana. Następna szczególna procedura wynika z art. 124b dodanego nowelizacją ustawy z dnia 24 września 2010 r., który dotyczy zobowiązania do udostępnienia nieruchomości w celu wykonania czynności związanych z konserwacją, remontami oraz usuwaniem awarii ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń nienależących do części składowych nieruchomości, służących do przesyłania lub dystrybucji płynów, pary, gazów i energii elektrycznej, oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń, jak również z usuwaniem z gruntu tych ciągów, przewodów, urządzeń i obiektów, jeżeli właściciel, użytkownik wieczysty lub osoba, której przysługują inne prawa rzeczowe do nieruchomości, nie wyraża na to zgody. Wyjątek stanowi także art. 125 dotyczący ograniczenia sposobu korzystania z nieruchomości poprzez udzielenie zezwolenia na poszukiwanie, rozpoznawanie, wydobywanie i składowanie kopalin objętych własnością górnictw, a który po wejściu ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze umożliwia (art. 7 ust. 1) podejmowanie i wykonywanie działalności określonej tą ustawą, jeżeli nie naruszy ona przeznaczenia nieruchomości określonego w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego oraz w odrębnych przepisach, a w przypadku braku miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (zgodnie ze zmienionym 24 września 2023 r. art. 7 ust. 3 p.g.g.) jeżeli nie naruszy ona sposobu wykorzystywania nieruchomości wynikającego

z planu ogólnego gminy oraz przepisów odrębnych. Również przesłanki wynikające z art. 126 dotyczą zezwolenia na czasowe zajęcie nieruchomości. Wymienione działania mogą być też podejmowane na obszarach, dla których nie uchwalono planu miejscowego.

Pojęcie celu publicznego należy rozumieć tak, jak ukształtowane zostało ono przez art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Inwestycją celu publicznego jest wyłącznie inwestycja wypełniająca przesłanki realizacji celów, o których mowa w art. 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Oznacza to, iż przepis ten zawiera listę celów publicznych, która nie może zostać rozszerzona w drodze wykładni. Tak więc katalogu tego nie można uznawać za przykładowy¹⁵.

Istotnym elementem definiującym pojęcie *cel publiczny* jest powszechna dostępność do efektów wywłaszczenia. Wywłaszczenie będzie dokonane dla realizacji celu publicznego wówczas, gdy (przynajmniej teoretycznie) w tym przedsięwzięciu będzie mogła mieć udział każda osoba będąca w takim samym położeniu. Jest niedopuszczalne, aby wywłaszczenia dokonano w interesie publicznym, a następnie po wywłaszczeniu nastąpiła zmiana i dobro wywłaszczone zostało przekazane na inny cel niż publiczny¹⁶.

Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że cel publiczny, o którym mowa w art. 112 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami, określa w myśl art. 112 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami przeznaczenie w planie miejscowym na cele publiczne albo decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego¹⁷.

W wyroku z dnia 23 maja 2017 r. Naczelny Sąd Administracyjny wyraził pogląd, że decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego podlega kontroli instancyjnej oraz sądownoadministracyjnej, w tym pod kątem tego, czy planowana inwestycja zmierza do realizacji jednego z celów publicznych, o których mowa w art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Jeśli decyzja o lokalizacji inwestycji celu publicznego stanie się ostateczna, to korzysta z atrybutu trwałości i dopóki nie zostanie wyeliminowana z obrotu prawnego w przewidzianym do tego trybie, żaden inny organ (w tym starosta – art. 112 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami) nie może podważać, że określony w takiej decyzji cel jest w rzeczywistości celem publicznym w rozumieniu art. 6 ustawy o gospodarce nieruchomościami¹⁸.

Zgodnie z art. 112 § 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami wywłaszczenie nieruchomości polega na pozbawieniu albo ograniczeniu, w drodze decyzji, prawa własności, prawa użytkowania wieczystego lub innego prawa rzeczowego

¹⁵ Wyrok NSA z dnia 23 sierpnia 2023 r., sygn. II OSK 2914/20.

¹⁶ J. Krech, *Cel publiczny jako przesłanka dopuszczalności wywłaszczenia*, „Ius Novum” 2009, nr 4, s. 35–42.

¹⁷ Wyrok NSA z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. I OSK 427/10.

¹⁸ Wyrok NSA z dnia 23 maja 2017 r., sygn. I OSK 1265/16.

na nieruchomości. Wywłaszczenia dokonuje się na obszarach przeznaczonych w planach miejscowych na cele publiczne albo do nieruchomości, dla których wydana została decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego¹⁹.

Istotnym elementem instytucji wywłaszczenia jest zatem objęcie nieruchomości miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego lub decyzją o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego. Dla zastosowania art. 112 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami konieczne jest ustalenie, że nieruchomość objęta wnioskiem o wywłaszczenie położona jest na obszarze przeznaczonym w miejscowym planie na cele publiczne albo stanowi nieruchomość, dla której wydana została decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego²⁰.

Wyjątki dotyczące dokumentów planistycznych

Jeżeli chodzi o instytucje wprost służące pozbawianiu praw rzeczowych pod realizację celów publicznych, od przynajmniej kilkunastu lat wiodącą rolę przejmują tzw. specustawy, które doprowadziły do stanu „dekodyfikacji” wywłaszczenia *sensu stricto*. Są to akty prawne przewidujące zintegrowane zezwolenia wydawane w formie decyzji, które zarówno realizują funkcje decyzji lokalizacyjnej (określają przeznaczenie nieruchomości pod cel publiczny niezależnie od tego, czy plan miejscowy obowiązuje, czy nie), jak i zatwierdzają podział geodezyjny, udzielają pozwoleń na budowę (przy tym nie jest to zasadą) oraz – co najistotniejsze – orzekają o nabyciu z mocy prawa lub przejściu na rzecz podmiotów publicznych własności nieruchomości²¹.

Ustawodawca przewiduje szczególny tryb wywłaszczenia wynikający z przepisów odrębnych ustaw. Wywłaszczenie odbywa się na podstawie odrębnego przepisu, jednak postępowanie wywłaszczeniowe toczy się według przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami z modyfikacjami wynikającymi z przepisów szczególnych.

Pozostałe szczególne tryby wywłaszczenia znajdują podstawę w ustawach specjalnych mających na celu stworzenie warunków do realizacji konkretnych inwestycji bądź inwestycji o szczególnym znaczeniu dla państwa²².

¹⁹ Także: M. Radajewski, *Normatywna treść...*

²⁰ Wyrok NSA z dnia 26 maja 2023 r., sygn. I OSK 1244/22.

²¹ *Gospodarka nieruchomościami. Komentarz*, red. E. Klat-Górska, WKP 2024, stan na 1.01.2024, s. 692.

²² Przykładowo wymienić tutaj należy: ustawę z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (art. 50); ustawę z dnia 10 maja 2018 r. o Centralnym Porcie Komunikacyjnym (art. 39 ust. 2, art. 48, art. 50); ustawę z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych; ustawę z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym; ustawę z dnia 24 lutego 2017 r. o inwestycjach w zakresie budowy drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską; ustawę z dnia 24 lipca 2015 r. o przygotowaniu

Szczególny tryb wywłaszczenia nieruchomości przewiduje np. ustawa z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. Przede wszystkim ta specustawa przewiduje, że wojewoda w odniesieniu do dróg krajowych i wojewódzkich albo wykonujący zadania zlecone z zakresu administracji rządowej starosta w odniesieniu do dróg powiatowych i gminnych wydają decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej na wniosek właściwego zarządcy drogi (art. 11a ust. 1). Zgodnie z art. 11i ust. 2 w sprawach dotyczących zezwolenia na realizację inwestycji drogowej nie stosuje się przepisów o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz przepisów ustawy o rewitalizacji.

Decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej zatwierdza się podział nieruchomości, a linie rozgraniczające teren, w tym granice pasów drogowych, ustalone decyzją o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej, stanowią linie podziału nieruchomości (art. 12 ust. 1 i 2). Co więcej, nieruchomości lub ich części, o których mowa w art. 11f ust. 1 pkt 6, stają się z mocy prawa odpowiednio własnością Skarbu Państwa w odniesieniu do dróg krajowych lub własnością odpowiednich jednostek samorządu terytorialnego w odniesieniu do dróg wojewódzkich, powiatowych i gminnych – z dniem, w którym decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej stała się ostateczna (art. 12 ust. 4).

Z uwagi na wzajemną relację ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz specustawy drogowej oraz cechy decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wyklarował się pogląd, że przejęcie, o którym mowa w art. 12 ust. 4 specustawy drogowej, w istocie jest wywłaszczeniem przewidzianym w art. 112 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Teza taka została sformułowana na tle spornego zagadnienia dotyczącego dopuszczalności możliwości zastosowania wobec decyzji, o której mowa w art. 12 ust. 4 specustawy drogowej, przewidzianej w ustawie o gospodarce nieruchomościami instytucji zwrotu wywłaszczonej nieruchomości.

Spór ten definitywnie został rozstrzygnięty wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 czerwca 2021 r., który orzekł, że art. 23 specustawy drogowej rozumiany w ten sposób, że nie stanowi o nakazie odpowiedniego stosowania przepisów rozdziału 6 działu III ustawy o gospodarce nieruchomościami, jest niezgodny z art. 21 ust. 2 w zw. z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP²³. Trybunał przyjął stanowisko, że decyzja administracyjna, o której stanowi art. 11a ust. 1 i n. specustawy drogowej, może być uznana za decyzję wywłaszczeniową, o której

i realizacji strategicznych inwestycji w zakresie sieci przesyłowych; ustawę z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych; ustawę z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego; ustawę z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu.

²³ Wyrok TK z dnia 30 czerwca 2021 r., sygn. SK 37/19.

stanowi art. 112 ustawy o gospodarce nieruchomościami, głównym jej skutkiem jest bowiem nabycie własności nieruchomości przez Skarb Państwa albo określone jednostki samorządu terytorialnego kosztem osoby pozbawionej tej własności, za odszkodowaniem. Kwalifikacji tej decyzji jako decyzji wyłączeniowej nie musi sprzeciwiać się to, że nabycie odjętej własności przez wskazane podmioty następuje z mocy prawa (art. 12 ust. 4 specustawy drogowej), gdyż decyzja na podstawie art. 11a ust. 1 specustawy drogowej jest warunkiem koniecznym i wystarczającym ustawowego skutku utraty przez jeden podmiot, a nabycia przez inny własności nieruchomości. Różnica między decyzją prawo kształtującą a decyzją ze specustawy drogowej polega na tym, że pierwsza wywołuje wprost skutek prawnomaterialny zgodnie z ustawą, natomiast druga wywołuje taki skutek pośrednio, uruchamiając mechanizm ustawy. Jednak z funkcjonalnego punktu widzenia decyzja ze specustawy drogowej spełnia taką rolę jak decyzja o charakterze prawo kształtującej, a skutki prawnomaterialne obydwu postaci decyzji ostatecznie czerpią moc z aktu normatywnego.

Operatywność, a w istocie niezaprzeczalna skuteczność stosowania specustaw, podporządkowana dyrektywom prakseologii, a nie zasadzie pełnej gwarancji praw procesowych obywatela, niewątpliwie będzie powodować ich dalszy dynamiczny rozwój. W zależności od partykularnych potrzeb: politycznych, gospodarczych czy ekonomicznych prawodawca będzie konsekwentnie identyfikował istotne – w jego ocenie – cele publiczne, które będą realizowane nie w klasycznym trybie procesu inwestycyjnego (przy założeniu stosowania wyłączenia *sensu stricto* na podstawie komentowanych regulacji ustawy o gospodarce nieruchomościami), lecz za pomocą kolejnych specustaw stanowiących swoiste klony czy modyfikacje specustawy drogowej²⁴.

Podsumowanie

Odpowiadając na zadane na wstępie pytanie badawcze, czy dokumenty planistyczne są niezbędne do wyłączenia nieruchomości, stwierdzić należy, że co do zasady stanowią one istotną przesłankę wyłączenia nieruchomości (art. 112 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami). Orzecznictwo sądów administracyjnych potwierdza, że brak jednego z tych dokumentów może stanowić podstawę do uchylenia decyzji o wyłączeniu. Sąd administracyjny może uznać, że brak odpowiednich dokumentów uniemożliwia prawidłowe przeprowadzenie procedury wyłączenia oraz narusza prawa właściciela nieruchomości. Wnosząc o wyłączenie nieruchomości, należy zatem upewnić się, że posiadane dokumenty są kompleksowe i zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. W przypadku

²⁴ *Gospodarka nieruchomościami. Komentarz*, red. E. Klat-Górska, WKP 2024, s. 693.

ewentualnego sporu sądowego istnienie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego oraz decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego będzie kluczowe dla obrony interesów właściciela nieruchomości.

Wziąć jednak należy pod uwagę, że aktualnie wywłaszczenie *sensu stricto* odgrywa faktycznie epizodyczną rolę w procesie pozyskiwania nieruchomości pod realizację celów publicznych. Jeżeli chodzi o narzędzia przewidziane w przepisach ustawy o gospodarce nieruchomościami, prym wiodą instytucje quasi-wywłaszczenia, które jednak z definicji nie prowadzą do pozbawienia określonego prawa rzeczowego (zob. art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami – ograniczenie sposobu korzystania z nieruchomości). Poza tym powszechnie wykorzystywanym narzędziem w celu przejmowania nieruchomości pod cel publiczny jest instytucja przewidziana w art. 98 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami.

W ostatnich kilkunastu latach wśród instytucji prawnych służących pozbawianiu praw rzeczowych pod realizację celów publicznych dominującą rolę przejmują tzw. specustawy, które doprowadziły do marginalizacji wywłaszczenia w ujęciu ustawy o gospodarce nieruchomościami.

Bibliografia

- Bończak-Kucharczyk E., *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024.
- Chorażewska A., Jagoda J., *Planowanie i zagospodarowanie przestrzenne w gminie a wartości konstytucyjne*, „*Studia Iuridica Agraria*” 2012, nr 10.
- Gospodarka nieruchomościami. Komentarz*, red. E. Klat-Górska, WKP 2024.
- Kaliński M., Krzywoń A., „*Własność*” jako przedmiot ochrony na podstawie art. 21 ust. 1 Konstytucji RP, „*Przegląd Sądowy*” 2015, nr 1.
- Krech J., *Cel publiczny jako przesłanka dopuszczalności wywłaszczenia*, „*Ius Novum*” 2009, nr 4.
- Radajewski M., *Normatywna treść konstytucyjnych przesłanek dopuszczalności wywłaszczenia*, „*Przegląd Legislacyjny*” 2018, nr 1.
- Sitek B., *Komentarz do Konstytucji RP art. 23, 64*, Warszawa 2023.
- Strzępek M., *Instytucja wywłaszczenia z art. 21 ust. 2 Konstytucji RP z 1997 r. w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „*Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego*” 2012, nr 4.
- Suchar T., *O szkodzie bezprawnej i legalnej oraz kwestii naruszenia prawa własności w reżimie odpowiedzialności za wywłaszczenie*, „*Casus*” 2015, nr 5.
- Świderski K., *Wywłaszczenie w świetle art. 21 ust. 2 Konstytucji RP*, „*Casus*” 2006, nr 4.
- Wolanin M., *Wywłaszczenie nieruchomości. Komentarz praktyczny, orzecznictwo, wzory 2023*, Legalis.

Streszczenie

Artykuł przedstawia zagadnienie dotyczące wywłaszczenia jako przykładu ingerencji państwa w sferę prawa własności. Odpowiada na pytanie, czy dokumenty planistyczne są niezbędną przesłanką do wywłaszczenia nieruchomości. Celem niniejszego opracowania jest ukazanie w świetle

wybranego orzecznictwa sądowoadministracyjnego, że miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego oraz decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego są koniecznymi dokumentami do wywłaszczenia nieruchomości w procesie pozyskiwania nieruchomości pod realizację celów publicznych w trybie przewidzianym ustawą o gospodarce nieruchomościami.

Słowa klucze: wywłaszczenie, cel publiczny, dokumenty planistyczne, miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, decyzja o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego

PLANNING DOCUMENTS AS A PREMISE FOR EXPROPRIATION IN THE LIGHT OF JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE CASE LAW

Summary

The article presents the issue of expropriation as an example of state interference in the sphere of property rights. It answers the question whether planning documents are a prerequisite for expropriation of property. The aim of this article is to show, in the light of selected judicial and administrative case law, that a local spatial development plan and a decision on the location of a public purpose investment are necessary documents for the expropriation of real estate in the process of acquiring real estate for the realisation of public purposes under the procedure provided for in the Real Estate Management Act.

Keywords: expropriation, public purpose, planning documents, local spatial development plan, decision on establishing the location of a public purpose investment

Iwona Wrześniewska-Wal

Szkoła Zdrowia Publicznego Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego

ORCID: 0000-0002-8892-5985

OCHRONA I RESPEKTOWANIE PRAW OSÓB Z NIEPEŁNOSPRAWNOŚCIĄ INTELEKTUALNĄ JAKO WYRAZ POSZANOWANIA ICH GODNOŚCI. UBEZWŁASNOWOLNIENIE – ZAGADNIENIA WYBRANE

Wprowadzenie

Każdy stan, który określamy chorobą, może niezależnie od przyczyny zakończyć się pełnym wyleczeniem lub spowodować krótkotrwałe lub długotrwałe skutki w postaci upośledzenia fizycznego lub psychicznego¹. Stąd nowoczesne myślenie o niepełnosprawności charakteryzuje się przekonaniem, że niepełnosprawność to kontinuum: każdy z nas był, jest lub będzie w swoim życiu niepełnosprawny². Niepełnosprawność jest częścią naszego życia.

Początkowo niepełnosprawność jako następstwo choroby lub urazu rozpatrywano tylko z medycznego punktu widzenia. Model ten odwołuje się do fizycznej strony zjawiska, gdyż niepełnosprawność jest postrzegana w świetle dwóch pojęć: *choroba* oraz *deficyt*³. Z tego powodu niepełnosprawność była traktowana jako stan wymagający odpowiedniej interwencji i opieki medycznej mającej na celu poprawę stanu zdrowia i funkcjonowania organizmu. Skutek jest taki, że osoby dotknięte niepełnosprawnością stają się „przedmiotami” działań medycznych⁴, gdyż są one „niepełne”, „wadliwe” lub „wybrakowane”⁵. Osoba taka, jako chora, powinna

¹ A. Wilmowska-Pietruszyńska, *Orzecznictwo lekarskie dla lekarzy oraz studentów wydziałów lekarskich i wydziałów lekarsko-dentystycznych uniwersytetów medycznych*, Warszawa 2019, s. 18.

² M. Perdeus-Białek, *Niepełnosprawność jako problem praw człowieka – droga do konwencji ONZ. O prawach osób niepełnosprawnych*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2009, nr 3, s. 162.

³ M. Wiliński, *Modele niepełnosprawności: indywidualny – funkcjonalny – społeczny* [w:] *Diagnoza potrzeb i modele pomocy dla osób z ograniczeniami sprawności*, red. A. Brzezińska, R. Kaczan, K. Smoczyńska, Warszawa 2010, s. 32.

⁴ J. Sztobryn-Giercuskiewicz, *Szanse i ograniczenia kształcenia akademickiego osób z niepełnosprawnościami w Polsce – perspektywa socjologiczna*, Łódź 2018, s. 20.

⁵ M. Wiliński, *Modele niepełnosprawności...*, s. 32.

zostać wyleczona i dostosowana do życia w „normalnym”, zdrowym społeczeństwie⁶. W przypadku braku takich możliwości wprowadza się ochronę w postaci instytucji prawa cywilnego, które ograniczają lub pozbawiają te osoby zdolności do czynności prawnych⁷.

Model medyczny od dawna jest już uznawany za podejście nieaktualne i niespełniające współczesnych standardów opieki nad osobami z niepełnosprawnością⁸, ale wciąż jest mocno osadzony w kulturze i społeczeństwie. Przykładem nowego modelu niepełnosprawności jest model społeczny wypracowany w Wielkiej Brytanii⁹. Zgodnie z założeniami społecznego modelu niepełnosprawności ani uszkodzenie ciała, ani występowanie ograniczenia funkcjonalnego nie może być podstawą uznania osoby za niepełnosprawną. Pojęcie niepełnosprawności społecznej oznacza mniej korzystną sytuację danej osoby wyrażającą się w ograniczeniu lub braku możliwości wypełniania przez nią „ról związanych z wiekiem, płcią oraz sytuacją społeczną i kulturową”¹⁰. Za niepełnosprawne uważa się osoby, które nie mogą, częściowo lub całkowicie, zapewnić sobie możliwości samodzielnego normalnego życia indywidualnego i społecznego na skutek wrodzonego lub nabytego upośledzenia sprawności fizycznej i/lub psychicznej¹¹. W Polsce M. Grzegorzewska po raz pierwszy wprowadziła do pedagogiki specjalnej dynamiczne ujęcie niepełnosprawności intelektualnej poprzez uznanie tego zaburzenia za element, który nie tylko w znaczący sposób determinuje zdolności i możliwości umysłowe osoby, ale także podkreśla możliwość osoby do prawidłowego rozwoju w każdym aspekcie życia¹².

Z uwagi na powyższe prawa osób z niepełnosprawnością, w tym również z niepełnosprawnością intelektualną, są przedmiotem zainteresowania organizacji międzynarodowych, m.in. Organizacji Narodów Zjednoczonych, Rady Europy i Unii Europejskiej. Działania tych organizacji, w tym regulacje prawne, mają zapewnić osobom z niepełnosprawnością intelektualną ochronę ich godności oraz przeciwdziałać ich dyskryminacji. W tym celu wspomniane organizacje formułują zasady, rekomendacje i wytyczne dotyczące umożliwienia osobom z niepełnosprawnością intelektualną realnego korzystania ze wszystkich praw i wolności na równi z innymi

⁶ M. Domański, *Ubezłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2014, nr 17, s. 10.

⁷ *Ibidem*.

⁸ J. Sztobryn-Giercuskiewicz, *Szanse i ograniczenia...*, s. 22.

⁹ M. Perdeus-Białek, *Niepełnosprawność jako problem...*, s. 163.

¹⁰ A. Mikrut, *O promowaniu godności człowieka w ramach konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, „Rocznik Komisji Nauk Pedagogicznych” 2016, t. LXIX, s. 105–121.

¹¹ A. Wilmonska-Pietruszyńska, *Zabezpieczenie społeczne ryzyka choroby i jej następstw – niezdolności do pracy i niezdolności do samodzielnej egzystencji w Polsce. Stan aktualny i proponowane zmiany*, „Postępy Nauk Medycznych” 2009, nr 4, s. 256–263.

¹² J. Zielińska, *Maria Grzegorzewska i jej interdyscyplinarna wizja Pedagogiki Specjalnej a czasy współczesne* [w:] *Idee Marii Grzegorzewskiej jako inspiracje rozwoju współczesnej pedagogiki specjalnej*, red. E. Dyduch, A. Mikrut, J. Zielińska, Kraków 2014, s. 193–201.

osobami. W części krajów Europy już od lat 70. XX w. nastąpiła głęboka zmiana podejścia do problematyki osób niepełnosprawnych, w szczególności niepełnosprawnych psychicznie i intelektualnie. Związane to było z rozwojem koncepcji praw człowieka oraz ogólnym rozwojem medycyny pozwalającym na poprawę stanu wielu osób z zaburzeniami psychicznymi i postępem technologicznym umożliwiającym szerszy udział osób niepełnosprawnych w życiu społecznym¹³. W tych krajach (m.in. Irlandia, Niemcy, Austria) proponuje się elastyczne rozwiązanie, gdzie społeczeństwo jest zobowiązane do stworzenia środowiska umożliwiającego pełne uczestnictwo osobom niepełnosprawnym we wszystkich dziedzinach życia¹⁴.

W Polsce tak nie jest. Ubezważnowolnienie jest podstawową instytucją, która ma chronić interes osoby, które z uwagi na swój stan zdrowia nie jest w stanie samodzielnie podejmować czynności prawnych dotyczących jej spraw. W założeniu jest ono instytucją prawną, która z jednej strony chroni daną osobę „dla jej dobra”, z drugiej zaś pozbawia ją podstawowych praw¹⁵, w tym zdolności do czynności prawnych. Przeciwnicy tej instytucji podnoszą, że ubezwłasnowolnienie narusza godność człowieka¹⁶. Zwolennicy pozostawienia ubezwłasnowolnienia widzą, że „polski system prawny nie wypracował dotychczas innej instytucji o podobnym kształcie, pozostaje ono póki co jedyną formą, spełniającą zapotrzebowanie w przedmiocie opieki komplementarnej”¹⁷.

Tymczasem w Polsce wzrasta liczba osób ubezwłasnowolnionych całkowicie – obecnie jest to około 90 tys. osób. Ponadto sądy stosują ubezwłasnowolnienie bezterminowo i nie jest ono okresowo kontrolowane. Zaskakujące jest to, że aż 89–92% wniosków o ubezwłasnowolnienie jest uwzględnionych¹⁸.

Celem opracowania jest, po pierwsze, przedstawienie jednej z najbardziej ingerujących w wolność człowieka instytucji prawa cywilnego – ubezwłasnowolnienia, a po drugie, ocena ubezwłasnowolnienia w kontekście zobowiązań międzynarodowych Polski, która ratyfikowała większość dokumentów dotyczących praw człowieka, jak również Konwencję ONZ o prawach osób niepełnosprawnych oraz przyjęła zobowiązania wynikające z dokumentów Rady Europy. Po

¹³ M. Domański, *Ubezważnowolnienie w prawie...*, s. 9.

¹⁴ M. Bar, *The Long Road to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Historical Perspectives*, Summer course on human rights law: Equality and International Law: Dealing with Disability, Academia of European Law, 19–23 June 2023, Florence.

¹⁵ M. Czubala, *Cele i funkcje ubezwłasnowolnienia w prawie polskim*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2019, nr 2, s. 86.

¹⁶ I. Markiewicz, J. Heitzman, A. Pilszyk, *Ubezważnowolnienie – instytucja wciąż potrzebna?*, „Psychiatria” 2014, nr 11(4), s. 203–210.

¹⁷ M. Kołodziej, *Ubezważnowolnienie seniora. Ograniczenie czy pomoc?*, „Kościół i Prawo” 2022, nr 1, s. 44.

¹⁸ J. Jaruga, *Ubezważnowolnienie w świetle międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka*, konferencja „Ubezważnowolnienie a prawa człowieka”, Komisja ds. Równego Traktowania przy NRA i Komisja Praw Człowieka przy NRA, 31 marca 2022 r.

trzecie, istotne są wnioski *de lege ferenda* dotyczące zmian w instytucji ubezpieczenia w związku z zapowiadanymi pracami Komisji Kodyfikacyjnej nad nowelizacją Kodeksu cywilnego¹⁹.

Ochrona godność osób z niepełnosprawnością intelektualną

Człowiek chory lub niepełnosprawny nie może być traktowany przedmiotowo, a więc jedynie od strony choroby, lecz powinien być widziany jako osoba²⁰. Prawo człowieka do poszanowania godności, wyrażającej się w poczuciu własnej wartości i oczekiwaniu szacunku ze strony innych ludzi, dotyczy wszystkich aspektów jego życia osobistego²¹.

Godność osoby ludzkiej jest prąródłem praw²². Źródłowy charakter godności w sensie aksjologicznym i normatywnym stanowi podstawę dla innych praw i wolności²³. Uznanie godności osoby ludzkiej jako źródła praw było niezwykle istotne w procesie tworzenia katalogu praw człowieka, gdyż pozwoliło na budowanie pomostu między prawem naturalnym a pozytywnym²⁴.

Gwarancję ochrony prawa człowieka opartego na godności osoby ludzkiej zapewniają trzy poziomy: międzynarodowy, regionalny i narodowy²⁵. W międzynarodowym porządku prawnym zasadnicze znaczenie mają: Karta Narodów Zjednoczonych (1945)²⁶, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (1948)²⁷, Konwencja

¹⁹ Ogólnopolska konferencja naukowa „60-lecie Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego – najważniejsze wyzwania na przyszłość”, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 4.07.2024, <https://wpia.uw.edu.pl/pl/konferencje/60-lecie-kodeksu-cywilnego-i-kodeksu-postepowania-cywilnego-najwazniejsze-wyzwania-na-przyszlosc> (2.09.2024).

²⁰ J. Orzeszyna, *Człowiek jako pacjent* [w:] Antonii Kępiński, *Sesja naukowa, 25-lecie Oddziału psychiatrycznego w Częstochowie i spotkanie Oddziału Śląskiego Polskiego Towarzystwa Psychiatrycznego*, Częstochowa, 11.05.2001, s. 59.

²¹ Wyrok SA w Białymstoku z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I ACa 771/12, LEX nr 1294696.

²² M. Safjan, *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 1, s. 226–227.

²³ D. Bieńkowska, R. Kozłowski, *Korelaty odpowiedzialności lekarskiej. Analiza etyczno-prawna zasady poszanowania godności i intymności pacjenta* [w:] *Odpowiedzialność w ochronie zdrowia*, red. E. Kruk, A. Wołoszyn-Cichocka, M. Zdyb, Warszawa 2018, s. 197.

²⁴ J. Kurowski, *Przyrodzona godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka w porządku międzynarodowym i konstytucyjnym* [w:] *Podstawy jednoci europejskiej*, t. I, red. J. Kurowski, O. Theisen, Lublin 1999, s. 191.

²⁵ A. Kosińska, *Concept of cultural rights and its protection in international legal system*, Winter School – Cultural Human Rights in Contemporary World, Szczecin, 27–29 February 2024.

²⁶ Karta Narodów Zjednoczonych. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i porozumienie ustanawiające komisję przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. 1947, nr 23, poz. 90 ze zm.).

²⁷ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Rezolucja Zgromadzenia Narodowego ONZ 217 A (III), przyjęta i proklamowana 10 grudnia 1948 r., http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (1.06.2024).

o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (1950)²⁸ i Pakty Praw Człowieka (1966)²⁹. Pojęcie godności występuje także w preambule i tekście Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych i Społecznych³⁰.

Karta Narodów Zjednoczonych jest pierwszą wielostronną umową, która daje początek międzynarodowej ochronie prawa człowieka. Preambuła tego dokumentu wskazuje na to, że państwa członkowskie dążą do „przywrócenia wiary w podstawowe prawa człowieka, w godności i wartość osoby ludzkiej” oraz zobowiązują się nie tylko do przestrzegania praw człowieka, ale także ich zdefiniowania i skodyfikowania³¹. Godność osoby ludzkiej jako źródło praw człowieka została wpisana do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka: „przyrodzona godność wszystkich członków wspólnoty ludzkiej jest podstawą wolności, sprawiedliwości i pokoju na świecie”. W tekście Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka można wyodrębnić podstawowe cechy godności, które wskazują, że jest ona przyrodzona (nieodłącznie związana z byciem człowiekiem) oraz że jest to wewnętrzna właściwość człowieka. Kolejne cechy godności to: powszechność (przysługuje każdemu człowiekowi), nienabywalność i niezbywalność (nie można jej się zrzec ani być pozbawionym)³². Oznacza to, że przynależy człowiekowi rozumianemu biologicznie, gatunkowo, czyli każdej istocie ludzkiej³³. Ponadto art. 1 Deklaracji zwraca uwagę na równość: „wszyscy ludzie rodzą się równi pod względem swej godności i swych praw”³⁴.

Równość jest pojęciem złożonym, uwarunkowanym wieloma czynnikami, zależy też od kontekstu – politycznego, społecznego, ekonomicznego, moralnego, obyczajowego³⁵. Osoby z niepełnosprawnością intelektualną stanowią grupę szczególnie narażoną na różne przejawy dyskryminacji w wielu aspektach ich życia. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności zapewnia każdemu korzystanie z praw i wolności wymienionych w Konwencji bez dyskryminacji wynikającej z jakichkolwiek przyczyn (art. 14)³⁶. Dodatkowo kwestie

²⁸ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284).

²⁹ J. Kurowski, *Przyrodzona godność...*, s. 192.

³⁰ J. Barcik, *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*, Warszawa 2013, s. 66–67.

³¹ J. Symonides, *Powszechna Deklaracja Praw Człowieka po 60 latach obowiązywania*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 12, s. 3–16.

³² J. Bucińska, *Społeczne prawa człowieka w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2003, t. XIII, z. 1, s. 130.

³³ L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Zagadnienia ustrojowe, procesowe i materialnoprawne. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014, s. 243–244.

³⁴ J. Kurowski, *Przyrodzona godność...*, s. 192.

³⁵ J. Barcik, *Międzynarodowe prawo...*, s. 196.

³⁶ B. Szczupał, *Równość wobec prawa jako jeden z warunków realizacji praw człowieka z niepełnosprawnością*, „Niepełnosprawność” 2009, nr 1, s. 149–156.

³⁷ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce w świetle standardów Rady Europy*, Łódź–Warszawa 2020, s. 94.

dorosłych osób z niepełnosprawnością psychiczną, intelektualną lub innymi zaburzeniami utrudniającymi bądź uniemożliwiającymi im autonomiczne podejmowanie decyzji życiowych, rozumienie i realizację takich decyzji lub prawidłową komunikację z otoczeniem poruszone zostały w Rekomendacjach R(99)4 Komitetu Ministrów Rady Europy z 23 lutego 1999 r. w sprawie zasad dotyczących ochrony prawnej niepełnosprawnych osób dorosłych³⁷. Dokument ten jest jednym z pierwszych aktów prawa międzynarodowego w sposób wyraźny sygnalizujących potrzebę odejścia od automatycznego pozbawiania osób z niepełnosprawnością intelektualną zdolności do czynności prawnych. Rekomendacje R(99)4 stały się pośrednio podstawą dla orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³⁸ i mają znaczny wpływ na europejski standard w zakresie ochrony osób z niepełnosprawnościami³⁹. W rekomendacji nr R(99)4 wskazuje się, że przyjęte przez państwa członkowskie środki prawne stosowane wobec tych osób powinny w możliwie jak najniższym stopniu ograniczać ich autonomię oraz zakres zdolności do czynności prawnych. Obowiązuje zasada „minimum koniecznej interwencji”, co oznacza, że wszelkie działania prawne, aby zapewnić jednostce ochronę praw, powinny być podejmowane tylko w niezbędnym zakresie, przy jednoczesnym poszanowaniu jej autonomii i zdolności do podejmowania własnych decyzji⁴⁰. Ponadto środki prawne w danym kraju powinny uwzględniać indywidualne potrzeby danej jednostki, stopień jej niepełnosprawności oraz okresowe nasilanie objawów niepełnosprawności. Niedopuszczalne jest automatyczne orzekanie o ubezwłasnowolnieniu całkowitym⁴¹.

Należy tu podkreślić znaczenie, jakie dla osób z niepełnosprawnością ma Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych⁴². Jest ona pierwszym wiążącym instrumentem międzynarodowym dotyczącym praw człowieka, który odnosi się konkretnie do niepełnosprawności. Dokument ten uzupełnia inne wspomniane wyżej konwencje dotyczące praw człowieka i chroni osoby z niepełnosprawnością przed dyskryminacją. Warto podkreślić, że przepisy Konwencji ONZ opierają się przede wszystkim na zasadach poszanowania godności oraz indywidualnej autonomii i niezależności jednostki, niedyskryminacji, prawie do pełnego uczestnictwa

³⁷ Rekomendacja R(99)4 Komitetu Ministrów Rady Europy z 23 lutego 1999 r. w sprawie zasad dotyczących ochrony prawnej niepełnosprawnych osób dorosłych, tłum. prof. dr hab. E. Bieńkowska, komentarz: Archiwum Kryminologii, Warszawa 1999–2000, t. XXV, s. 228–243.

³⁸ M. Domański, *Ubezwłasnowolnienie w prawie...*, s. 17.

³⁹ A. Pudło, *Problematyka ubezwłasnowolnienia w orzecznictwie europejskiego trybunału praw człowieka*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2019, nr XIX(2), s. 50.

⁴⁰ A. Szczygieł, *Zdolność do czynności prawnych osób niepełnosprawnych w świetle zobowiązań międzynarodowych Polski*, „Niepełnosprawność – Zagadnienia, Problemy, Rozwiązania” 2024, nr I(50), s. 100.

⁴¹ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce...*, s. 102.

⁴² Konwencja Praw Osób Niepełnosprawnych przyjęta na 61. Sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych w dniu 13 grudnia 2006 r., https://www.unic.un.org.pl/dokumenty/Konwencja_Praw_Osob_Niepelnosprawnych.pdf (1.02.2024).

w życiu społecznym i integracji społecznej, dostępności i równych szans. Osoba z niepełnosprawnością powinna korzystać z pełnego równouprawnienia oraz z równości wobec prawa, czyli posiadać takie same prawa i obowiązki, z jakich korzystają inni członkowie społeczeństwa, w tym z prawa do wolności i bezpieczeństwa, prawa do swobody poruszania się i do niezależnego życia, prawa do zdrowia, pracy i edukacji oraz prawa do udziału w życiu politycznym, kulturalnym i społecznym. Oznacza to, że nie jest również tak, że równość szans zawsze musi polegać na tym, że wszystkich ludzi w każdej sytuacji traktujemy w taki sam, jednakowy sposób – a zatem równość nie jest tożsama z zasadą równego traktowania, gdyż bywają sytuacje, kiedy ustanowienie równości szans wymaga szczególnego potraktowania niektórych jednostek⁴³. I choć Konwencja ONZ zawiera dość ogólne sformułowania, dokument ten nakłada obowiązki dla ratyfikujących go krajów. Państwa-strony zobowiązują się do podjęcia – poprzez stosowne legislacyjne, administracyjne oraz inne środki – skutecznych działań w celu poprawy warunków życia osób z niepełnosprawnością. Polska podpisała Konwencję 20 marca 2007 r., a Prezydent RP ratyfikował ją 6 września 2012 r.⁴⁴

Jednak interpretacja niektórych przepisów Konwencji ONZ nie była właściwa. Jej art. 12 w wersji angielskiej posługuje się terminem *legal capacity*, a w polskim tłumaczeniu został określony jako *zdolność prawna*. Oznaczało to, że polskie przepisy Kodeksu cywilnego są zgodne z Konwencją ONZ, gdyż według polskiego prawa nie można nikogo pozbawić ani ograniczyć w zdolności prawnej, która przysługuje każdemu przez sam fakt urodzenia aż do śmierci. Wniosek ratyfikacyjny zakłada oświadczenie wskazujące, iż Polska „interpretuje art. 12 Konwencji w sposób zezwalający na stosowanie ubezwłasnowolnienia, w okolicznościach i w sposób określony w prawie wewnętrznym, jako środka, o którym mowa w art. 12 ust. 4 Konwencji, w sytuacji, gdy wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego rodzaju zaburzeń psychicznych osoba nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem”⁴⁵. Komitet ONZ ds. praw osób z niepełnosprawnościami w rekomendacjach z 29 października 2018 r. wobec Polski zalecił m.in. uchylenie wszystkich dyskryminujących przepisów Kodeksu cywilnego i innych aktów umożliwiających pozbawienie osób niepełnosprawnych zdolności do czynności prawnych⁴⁶. Ponadto Komitet wskazał, aby Polska ustanowiła procedurę umożliwiającą odzyskanie tej zdolności oraz aby wypracowała taki mechanizm wspieranego podejmowania decyzji, który będzie respektować autonomię, wolę i preferencje osób z niepełnosprawnościami.

⁴³ B. Szczupał, *Równość wobec prawa...*, s. 149–156.

⁴⁴ Konwencja została opublikowana w Dzienniku Ustaw 25 października 2012 r. (poz. 1169).

⁴⁵ M. Zima-Parjaszewska, *Wspieranie podejmowania decyzji jako alternatywa ubezwłasnowolnienia*, konferencja „Ubezwłasnowolnienie a prawa człowieka”, Komisja ds. Równego Traktowania przy NRA i Komisja Praw Człowieka przy NRA, 31 marca 2022 r.

⁴⁶ *Ibidem*.

W porządku prawnym Unii Europejskiej godność człowieka jest częścią istoty praw zawartych w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁴⁷. Już art. 1 Karty stanowi: „Godność człowieka jest nienaruszalna. Musi być szanowana i chroniona”. Ponadto Karta zakazuje dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność (art. 21) oraz uznaje prawo osób z niepełnosprawnością do korzystania ze środków mających zagwarantować im niezależność, integrację społeczną i zawodową oraz pełny udział w życiu społeczności (art. 26). Karta została podpisana 7 grudnia 2000 r. podczas szczytu Rady Europejskiej w Nicei, włączona w system prawny Unii na mocy traktatu lizbońskiego, uzyskała status prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Należy pamiętać, że ma zastosowanie i może być wykorzystywana i przywoływana przez organy krajowe tam, gdzie m.in. przepisy prawa, stan faktyczny wchodzi w zakres wiążącego prawa Unii Europejskiej.

Godność stanowi podstawową wartość polskiego porządku konstytucyjnego. Konstytucja RP przyjęła osobowe ujęcie godności, traktując ją jako immanentną cechę każdej istoty ludzkiej (art. 30)⁴⁸. Wykładnia systemowa tego przepisu wskazuje, że normatywnym atrybutem godności jest jej przyrodzoność, nienaruszalność oraz równość, a także źródłowy charakter. „Zasada poszanowania godności człowieka wyznacza cel pozostałych przepisów prawa pozytywnego o statusie jednostki oraz stanowi podstawę dla ich interpretacji (wykładni w procesie stosowania prawa)”⁴⁹. W myśl art. 69 Konstytucji RP osobom niepełnosprawnym władze publiczne udzielają, zgodnie z ustawą, pomocy w zabezpieczaniu egzystencji, przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej.

Aspekty materialno-prawne ubezwłasnowolnienia

Pojęcie *ubezwłasnowolnienie* nie zostało zdefiniowane prawnie, a ustawodawca ustalił jedynie jego przesłanki, posługując się metodą psychiatryczno-psychologiczną zastosowaną w przypadku ubezwłasnowolnienia całkowitego, uzupełnioną o element socjalno-prawny w przypadku ubezwłasnowolnienia częściowego⁵⁰. Obie te instytucje (ubezwłasnowolnienie całkowite i częściowe) są oparte na zbieżnych, a w niektórych aspektach identycznych przesłankach, jednak różnią się w sposób istotny celami i skutkami prawnymi⁵¹. Ubezwłasnowolnienie całkowite (art. 13 k.c.) to sytuacja, która powoduje utratę zdolności do czynności prawnych, a ubezwłasno-

⁴⁷ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej w Polsce, Agency for Fundamental Rights (FRA), <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/eu-charter-fundamental-rights-use-and-added-value-eu-member-states> (1.02.2024).

⁴⁸ L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej*, Warszawa 2012, s. 30.

⁴⁹ Wyrok SO w Gdańsku z dnia 5 listopada 2014 r., sygn. XV C 1964/12, LEX nr 1894983.

⁵⁰ Postanowienie SN z dnia 26 stycznia 2012 r., sygn. III CSK 169/11, LEX nr 1129974.

⁵¹ *Ibidem*.

wolnienie częściowe (art. 16 k.c.) – jej ograniczenie. Ustawodawstwo polskie pod rządami dekretu z dnia 29 sierpnia 1945 r. – Prawo osobowe dopuszczało ubezwłasnowolnienie osoby, która „z powodu marnotrawstwa narażała siebie lub rodzinę na niebezpieczeństwo niedostatku”⁵². Obecnie przesłanki ubezwłasnowolnienia całkowitego określone zostały w art. 13 § 1 k.c. Zgodnie z tym przepisem ubezwłasnowolniona całkowicie może być osoba, która ukończyła lat 13, jeżeli wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem. Natomiast ubezwłasnowolniona częściowo może zostać, zgodnie z art. 16 § 1 k.c., osoba pełnoletnia z powodu choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, jeżeli stan tej osoby nie uzasadnia ubezwłasnowolnienia całkowitego, lecz potrzebna jest pomoc do prowadzenia jej spraw. Na podstawie przedstawionych wyżej przepisów k.c. można wyróżnić trzy grupy przesłanek medycznych ubezwłasnowolnienia całkowitego i częściowego, które są tożsame:

- choroba psychiczna,
- niedorozwój umysłowy,
- inny rodzaj zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwo lub narkomania.

Jeżeli ubezwłasnowolnienie ma być orzeczone z powodu choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego, sąd zażąda świadectwa lekarskiego wydanego przez lekarza psychiatrę o stanie psychicznym osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie, lub opinii psychologa o stopniu niepełnosprawności umysłowej tej osoby. Jeżeli ubezwłasnowolnienie ma nastąpić z powodu pijaństwa, sąd żąda także przedstawienia zaświadczenia poradni przeciwalkoholowej, a jeżeli ubezwłasnowolnienie ma nastąpić z powodu narkomanii – zaświadczenia z poradni leczenia uzależnień. Należy zauważyć, że ustawodawca używa tu archaicznej terminologii. Określenie *choroba psychiczna* nie występuje w podstawowych systemach klasyfikacji zaburzeń psychicznych⁵³. Obecnie trwają prace nad zmianą ustawy o ochronie zdrowia psychicznego⁵⁴, które mają na celu zastąpienie tego terminu określeniem *utrata zdolności do realnej oceny rzeczywistości* lub *kryzys zdrowia psychicznego*⁵⁵. Patrząc z perspektywy Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych

⁵² Art. 6 § 1 i 2 dekretu z dnia 29 sierpnia 1945 r. – Prawo osobowe (Dz.U. nr 40, poz. 223 ze zm.).

⁵³ Klasyfikacja ICD-10 – Międzynarodowa klasyfikacja chorób i problemów zdrowotnych, rewizja dziesiąta, <https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD10TomI.pdf> (6.09.2024). Klasyfikacja ICF – Międzynarodowa Klasyfikacja Funkcjonowania Niepełnosprawności i Zdrowia, 2011, https://www.cez.gov.pl/fileadmin/user_upload/Wytyczne/statystyka/icf_polish_version_56a8f7984213a.pdf (6.09.2024).

⁵⁴ Projekt ustawy wprowadza zmiany w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. 2020, poz. 685), <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-ochronie-zdrowia-psychicznego2> (6.09.2024).

⁵⁵ J. Heitzman, *Prawidłowość ujęcia niepoczytalności i poczytalności ograniczonej w Kodeksie karnym z perspektywy psychiatrii*, V Prawno-medyczne zebranie naukowe: „Niepoczytalność i poczytalność ograniczona w aspekcie prawnym, psychiatrycznym i psychologicznym”, PAN, 15 maja 2024 r.

Wolności oraz Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, a także dokumentów Unii Europejskiej zapewniających każdej osobie korzystanie z jej praw i wolności bez jakiejkolwiek dyskryminacji, pojęcie *niedorozwój umysłowy* uważane jest nie tylko za nieprecyzyjne, ale także stygmatyzujące i niepoprawne⁵⁶. W klasyfikacjach medycznych oba pojęcia zostały zastąpione terminem *niepełnosprawność intelektualna*, a obecnie używa się sformułowania *osoba z niepełnosprawnością intelektualną*. Warto też dostosować do obecnie obowiązujących ustaw termin *pijaństwo* i zmienić go na określenie *choroba alkoholowa*⁵⁷.

W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę na dość szeroką grupę innego rodzaju zaburzeń psychicznych, do których należy nie tylko pijaństwo i narkomania, ale także takie stany, jak: fobie, lęki, drastyczne przeżycia, np. zespół stresu pourazowego (PTSD – *Post-traumatic Stress Disorder*), czy zaburzenia ze spektrum autyzmu (ASD – *Autism Spectrum Disorders*). Wśród komentatorów przepisów k.c. dotyczących ubezwłasnowolnienia istnieje spór co do możliwości ubezwłasnowolnienia osób z typowymi objawami starości, jak m.in. zapominanie niedawnych wydarzeń z życia codziennego, brak planów na przyszłość czy nieświadomość pewnych zdarzeń i skutków⁵⁸. Wydaje się, że w każdym takim przypadku decydująca będzie ocena biegłych, która zgodnie z art. 553 k.p.c. oprócz oceny stanu zdrowia psychicznego lub zaburzeń psychicznych albo rozwoju umysłowego osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, powinna zawierać umotywowaną ocenę zakresu jej zdolności do samodzielnego kierowania swym postępowaniem czy prowadzenia swoich spraw, uwzględniając postępowanie i zachowanie tej osoby.

Warto podkreślić, że ustawodawca użył sformułowania *osoba może być ubezwłasnowolniona* w kontekście tych osób, które spełniają przesłanki ubezwłasnowolnienia. Oznacza, że sąd nie ma obowiązku ubezwłasnowolnienia osoby w każdym wypadku spełnienia się tych przesłanek⁵⁹. Wspomniane Rekomendacje nr R(99)4 wykluczają możliwość orzekania ubezwłasnowolnienia z „automatu”. W trakcie postępowania sąd na podstawie poczynionych ustaleń faktycznych ma udzielić odpowiedzi na pytanie, czy ewentualne ubezwłasnowolnienie leży rzeczywiście interesie osoby, której takie żądanie dotyczy⁶⁰. Sąd w miarę potrzeby z urzędu ma ustalić przede wszystkim stan zdrowia, sytuację osobistą, zawodową i majątkową osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie (art. 554¹ § 1 k.p.c.). Orzecznictwo podkreśla, że „ubezwłasnowolnienie ma na celu ochronę interesu osobistego lub majątkowego osoby fizycznej; niedopuszczalne zatem byłoby jego orzeczenie jeżeli sytuacja życiowa chorego jest ustabilizowana, ma on zapewnioną dostateczną opiekę faktyczną i nie zachodzi potrzeba podjęcia żadnych

⁵⁶ M. Zima-Parjaszewska, *Wspieranie podejmowania...*

⁵⁷ J. Heitzman, *Prawidłowość ujęcia...*

⁵⁸ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce...*, s. 21.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 16.

⁶⁰ Postanowienie SN z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. III CSK 149/14, LEX nr 1621772.

działań wymagających ustanowienia opieki prawnej”⁶¹. Według tego stanowiska judykatury zasadniczą kwestią jest konieczność zapewnienia ubezwłasnowolnieniu reprezentacji prawnej, dlatego nie jest decydujący sam stan psychiczny chorego, lecz to, czy jest w stanie funkcjonować samodzielnie, czy potrzebuje on pomocy w określonych sprawach.

Stanowisko przeciwne wskazuje, że sam stan choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego stwarza swoiste domniemanie co najmniej potrzeby pomocy w prowadzeniu swych spraw, a okresowe odzyskiwanie samodzielności przez chorego nie jest negatywną przesłanką dla ubezwłasnowolnienia⁶². Należy przyjąć, że stan chorego może ulegać zmianie – z biegiem czasu, z wiekiem, w związku z nakładaniem się innych jednostek chorobowych itd. Stąd w Rekomendacjach nr R(99)4 postulat, aby regulacje dotyczące pozbawiania lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych były elastyczne. Sąd, uzasadniając ubezwłasnowolnienie całkowite, powinien wykazać, że istnieje związek między przesłanką medyczną a niemożnością kierowania sprawami przez osobę, której dotyczy wniosek. Słusznie więc zauważył Sąd Najwyższy, że samo stwierdzenie potrzeby udzielenia pomocy osobie, której wniosek dotyczy, nie wystarcza do jej ubezwłasnowolnienia⁶³. Podobnie w przypadku diagnozy co do przyszłego pogorszenia stanu zdrowia nie może stanowić ona podstawy do ubezwłasnowolnienia całkowitego, jeśli w aktualnej sytuacji wystarczające jest ubezwłasnowolnienie częściowe⁶⁴. Ubezwłasnowolnić częściowo można jedynie taką osobę, która może kierować swoim postępowaniem, lecz potrzebna jest jej pomoc do prowadzenia swoich spraw.

Podsumowując powyższe, rozstrzygając o ubezwłasnowolnieniu określonej osoby, sąd musi mieć na względzie nadrzędną i uniwersalną regułę „dobra tej osoby”. Nie może bowiem omawiana instytucja służyć jedynie ochronie interesów lub wygodzie innych osób niż sam ubezwłasnowolniony. Należy pamiętać, że osobie ubezwłasnowolnionej całkowicie zostaje uniemożliwione korzystanie z jej praw, decydowanie o sobie. Nie może ona m.in. zawrzeć umowy (oprócz powszechnie zawieranych umów w drobnych bieżących sprawach życia codziennego – art. 14 § 2 k.c.), sporządzić testamentu (opiekun nie może tego zrobić w jego imieniu), zawrzeć małżeństwa, sprawować władzy rodzicielskiej, wykonywać niektórych zawodów.

Aspekty proceduralne ubezwłasnowolnienia

Sprawy o ubezwłasnowolnienie rozpoznawane są w trybie postępowania nieprocesowego. Z punktu widzenia godności osoby ludzkiej postępowanie w sprawie

⁶¹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. I ACa 559/14, LEX nr 1544766.

⁶² A. Partyka, *Podstawy ubezwłasnowolnienia*, LEX/el. 2020.

⁶³ Postanowienie SN z dnia 18 maja 1972 r., sygn. II CR 138/72, LEX nr 1436.

⁶⁴ Postanowienie SN z dnia 3 lipca 1974 r., sygn. II CR 253/74, LEX nr 7512.

o ubezwłasnowolnienie powinna cechować szczególna troska o gwarancje osób poddanych tej procedurze, gdyż mogą one mieć ograniczone możliwości obrony ze względu na deficyty fizyczne lub psychiczne. Po pierwsze, wniosek o ubezwłasnowolnienie i wszczęcie na jego podstawie postępowania o ubezwłasnowolnienie nie przesądza o ubezwłasnowolnieniu osoby wskazanej we wniosku. Dlatego Rekomendacje nr R(99)4 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących ochrony prawnej niepełnosprawnych osób dorosłych akcentują konieczność podmiotowego traktowania osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, nie zaś jako obiektu czynności procesowych ukierunkowanych na jej ubezwłasnowolnienie. Jednak polski ustawodawca nie zdecydował się wprowadzić przepisu zgodnego z Rekomendacjami, według którego „postępowanie w sprawie ubezwłasnowolnienia powinno być prowadzone z poszanowaniem osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie”⁶⁵. Po drugie, ochrona polega na tym, że postępowanie o ubezwłasnowolnienie niezależnie od jego zakresu (całkowite czy częściowe) toczy się z udziałem prokuratora. Udział prokuratora odnosi się do wszystkich faz postępowania, a sąd zobowiązany jest zawiadomić prokuratora o terminach posiedzeń, doręczać mu odpisy pism procesowy i odpisy orzeczeń tak jak każdemu innemu uczestnikowi postępowania. Gwarancją jest także to, że postępowanie toczy się przed sądem okręgowym. Obecnie od 28 września 2023 r. sądy te orzekają w składach jednoosobowych w I i II instancji⁶⁶. Po trzecie, jest ograniczony krąg osób, które mogą złożyć wniosek o ubezwłasnowolnienie (art. 545 § 1 k.p.c.). Należą do nich:

- małżonek osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie,
- jej krewni w linii prostej oraz rodzeństwo,
- jej przedstawiciel ustawowy osoby (np. rodzic dziecka),
- prokurator,
- Rzecznik Praw Obywatelskich,
- Rzecznik Praw Dziecka.

Dodatkowo zgodnie z art. 545 § 4 k.p.c. osoba, która zgłosi wniosek o ubezwłasnowolnienie w złej wierze lub lekkomyślnie, podlega karze grzywny. W doktrynie pojawiają się postulaty rozszerzenia katalogu podmiotów uprawnionych do wszczęcia postępowania o ubezwłasnowolnienie również o organizacje pozarządowe, zakłady leczenia psychicznego, psychiatryczne zakłady lecznicze, zakłady pomocy społecznej, zakłady lecznicze, gdyż są to podmioty, które posiadają informacje wskazujące na potrzebę ubezwłasnowolnienia danej osoby, choć z drugiej strony istnieje obawa dotycząca nadużywania tej instytucji⁶⁷.

⁶⁵ Projekt ustawy z dnia 9 maja 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 715 z 19 czerwca 2006 r., [https://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/B915F982DF9B2893C1257196003E1547/\\$file/715.pdf](https://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/0/B915F982DF9B2893C1257196003E1547/$file/715.pdf) (9.09.2024).

⁶⁶ Art. 544 § 1 zmieniony przez art. 1 pkt 32 ustawy z dnia 7 lipca 2023 r. (Dz.U. 2023, poz. 1860) zmieniającej niniejszą ustawę 28 września 2023 r.

⁶⁷ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce...*, s. 29–30.

Kolejny przepis dotyczy tego, kto ma prawo uczestniczyć w postępowaniu o ubezwłasnowolnienie. Krąg osób z tego przepisu jest węższy niż krąg wnioskodawców. Zgodnie z art. 546 § 1 k.p.c. jest to osoba, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, jej przedstawiciel ustawowy, małżonek osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie. Ze względu na różnice w tych przepisach powstało pytanie, czy można złożyć wniosek o własne ubezwłasnowolnienie. Pytanie jest o tyle interesujące, że skoro ubezwłasnowolnić można tylko osobę, która nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem, to czy taka osoba może złożyć wniosek o ubezwłasnowolnienie siebie samego? Ustawodawca nie ma wątpliwości. Zgodnie z art. 545 § 1 k.p.c. wniosek taki może złożyć: małżonek osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, jej krewni w linii prostej oraz rodzeństwo i jej przedstawiciel ustawowy, zaś możliwości takiej nie ma osoba, która uważa, że jej stan wymaga ubezwłasnowolnienia. Natomiast już o uchYLENIE lub zmianę ubezwłasnowolnienia może wystąpić nawet sam ubezwłasnowolniony, czyli ta sama osoba, która nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem (art. 559 § 3 k.p.c.).

W uchwale z dnia 28 września 2016 r. Sąd Najwyższy wywiódł, że można złożyć wniosek o ubezwłasnowolnienie samego siebie. W uzasadnieniu uznał on, że osoba taka jest bezpośrednio zainteresowana orzeczeniem, które może wydać sąd⁶⁸. Zdaniem Sądu Najwyższego nie ulega przy tym wątpliwości, że „przyznanie osobie niepełnosprawnej, dotkniętej zaburzeniami psychicznymi lub innymi ograniczeniami przewidzianymi w art. 13 § 1 i art. 16 § 1 k.c., uprawnienia do zgłoszenia wniosku o jej ubezwłasnowolnienie respektuje postanowienia Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych i stanowi przejaw uszanowania godności takiej osoby”⁶⁹. Rozstrzygnięcie to należy przyjąć z aprobatą, gdyż realizuje prawo osób z niepełnosprawnościami intelektualnymi do sądu, które jest gwarantowane zarówno w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, jak i w art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz przez inne Pakty Praw Człowieka.

Istotne jest to, że orzeczenie w przedmiocie ubezwłasnowolnienia może zapisać tylko po przeprowadzeniu rozprawy (art. 555 k.p.c.). Zgodnie z art. 547 k.p.c. „należy wysłuchać niezwłocznie po wszczęciu postępowania, które powinno odbyć się w obecności biegłego psychologa”. Z wysłuchania sąd nie może zrezygnować, nie można również przeprowadzić wysłuchania na posiedzeniu zdalnym. W pewnych sytuacjach sąd może nawet zarządzić przymusowe sprowadzenie tej osoby na rozprawę albo zarządzić wysłuchanie jej przez wyznaczonego sędziego (art. 547 § 2 k.p.c.).

⁶⁸ A. Sienkiewicz-Mrozowska, *Problemy procesowe w procedurze ubezwłasnowolnienia. Rozwiązania w innych krajach*, konferencja „Ubezwłasnowolnienie a prawa człowieka”, Komisja ds. Równego Traktowania przy NRA i Komisja Praw Człowieka przy NRA, 31 marca 2022 r.

⁶⁹ Uchwała SN z dnia 28 września 2016 r., sygn. III CZP 38/16, LEX nr 2113365.

Kluczowym dowodem postępowania jest opinia biegłych: biegłego lekarza psychiatry lub neurologa, a także psychologa (art. 553 k.p.c.). Opinia ta musi być sporządzona w ramach postępowania o ubezwłasnowolnienie i nie może być zastąpiona przez opinie biegłych sporządzone na potrzeby innych postępowań. Użyte w tym przepisie sformułowanie *musi* nie pozostawia wątpliwości, że chodzi o badanie przeprowadzone w ramach sprawy o ubezwłasnowolnienie, czyli ocenę stanu zdrowia psychicznego lub zaburzeń psychicznych albo rozwoju umysłowego osoby oraz zdolności do kierowania swym postępowaniem w dacie orzekania⁷⁰. Jednak w praktyce biegli wydają opinię na podstawie dokumentacji medycznej i dołączonego zaświadczenia lekarskiego, po jednorazowym badaniu osoby z niepełnosprawnością, która ma być ubezwłasnowolniona. W związku z tym w literaturze przedmiotu pojawiły się postulaty zwiększenia obowiązków biegłych polegającego na obowiązku obserwacji osoby objętej wnioskiem w warunkach naturalnych, tak aby w pełni ocenić, w jakich sytuacjach osoba ta potrzebuje wsparcia i jakie to powinno być wsparcie⁷¹.

Dodatkowo sąd może zarządzić oddanie osoby pod obserwację w zakładzie leczniczym: na podstawie opinii dwóch biegłych lekarzy; tylko jeśli uzna to za niezbędne; po wysłuchaniu uczestników postępowania; na czas nie dłuższy niż 6 tygodni – w wyjątkowych wypadkach do 3 miesięcy. Na postanowienie sądu w tym zakresie przysługuje zażalenie (art. 554 § 3 k.p.c.), gdyż jest to środek ograniczający wolności i prawa obywatelskie i może być zastosowany tylko wyjątkowo wtedy, gdy inne środki dowodowe okażą się niewystarczające⁷². Ponadto osoby takiej nie należy umieszczać w zamkniętym zakładzie leczniczym wówczas, gdy wynik potrzebny do oceny może być uzyskany w drodze obserwacji prowadzonej w inny sposób, np. w warunkach ambulatoryjnych⁷³.

Sąd powinien również przesłuchać świadków na okoliczność kompetencji społecznych i decyzyjnych osoby, której dotyczy wniosek. Sąd powinien posiadać jak najwięcej informacji na temat codziennych zachowań i możliwości osoby, która ma być ubezwłasnowolniona.

Kolejną gwarancją procesową jest to, że jeżeli wniosek o ubezwłasnowolnienie dotyczy osoby pełnoletniej, sąd może na wniosek uczestnika postępowania lub z urzędu, przy wszczęciu lub w toku postępowania, ustanowić dla niego doradcę tymczasowego (art. 548 § 1 k.p.c.). Jednak ustanowienie doradcy tymczasowego skutkuje ograniczeniem zdolności do czynności prawnych na równi z osobą ubezwłasnowolnioną częściowo. Inną godną polecenia w tej sytuacji instytucją jest ustanowienie kuratora (art. 556 § 2 k.p.c.). Różnica jest diametralna,

⁷⁰ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 20 listopada 2001 r., sygn. I ACa 753/01, LEX nr 78199.

⁷¹ A. Sienkiewicz-Mrozowska, *Problemy procesowe...*

⁷² Postanowienie SN z dnia 6 maja 1971 r., sygn. II CZ 51/71, LEX nr 1672008.

⁷³ Postanowienie SN z dnia 7 grudnia 1983 r., sygn. II CR 398/83, LEX nr 8576.

gdyż ustanowienie kuratora nie powoduje ograniczenia zdolności do czynności prawnych i pozwala na samodzielne podejmowanie decyzji przez osobę, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie.

Co do zasady sąd jest związany żądaniem wnioskodawcy (np. wniosek o ubezwłasnowolnienie całkowite). Zgodnie z art. 321 k.p.c. związanie sądu przy wyrokowaniu żądaniem oznacza niedopuszczalność orzekania co do przedmiotu, który nie był objęty żądaniem, ani ponad żądanie. W świetle Rekomendacji nr R(99) Komitetu Ministrów Rady Europy rozwiązanie to należy ocenić negatywnie, gdyż w toku postępowania może okazać się, że wystarczające jest orzeczenie ubezwłasnowolnienia częściowego, a nie tak jak wnosił wnioskodawca – całkowitego. W doktrynie wskazuje się, że problemy definicyjne oraz znaczne trudności związane z różnieniem poszczególnych przesłanek ubezwłasnowolnienia, wymagające wiedzy specjalistycznej w tym zakresie, przemawiają przeciwko temu rozwiązaniu⁷⁴.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego oraz zamknięciu rozprawy sąd w drodze postanowienia orzeka o tym, czy zasadne jest orzeczenie ubezwłasnowolnienia. Niestety wadą tych postępowań jest przewlekłość, choć sytuacja osoby objętej wnioskiem może się zmienić, a więc w tych spawach sąd powinien działać szybko⁷⁵. Ponadto materiał dowodowy, który oprócz opinii biegłego powinien stanowić wskazówkę dla sądu co do oceny możliwości kierowania swoim postępowaniem osoby objętej wnioskiem, jest bardzo skąpy. W praktyce wyznaczana jest tylko jedna rozprawa⁷⁶. W postanowieniu o ubezwłasnowolnieniu sąd wskazuje rodzaj ubezwłasnowolnienia (całkowite lub częściowe) oraz przyczyny jego orzeczenia.

Postępowanie po wydaniu orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu

Sąd, który orzekł ubezwłasnowolnienie, zarządza z urzędu przesłanie sądowi opiekuńczemu odpisu prawomocnego postanowienia, w którym orzekł ubezwłasnowolnienie, w celu dalszego procedowania co do wyznaczenia opiekuna.

Zgodnie z art. 559 k.p.c. istnieje możliwość uchylenia lub zmiany prawomocnego postanowienia orzekającego o ubezwłasnowolnieniu. Uchylenie ubezwłasnowolnienia może nastąpić, gdy ustaną przyczyny, dla których je orzeczono, a zmiana ubezwłasnowolnienia całkowitego na częściowe – w razie poprawy stanu zdrowia, a zmiana ubezwłasnowolnienia z częściowego na całkowite – w razie pogorszenia się tego stanu. Warto wskazać, że postępowanie o uchylenie ubezwłasnowolnienia może być wszczęte na wniosek lub z urzędu, a o zmianę rodzaju ubezwłasnowolnienia może być wszczęte na wniosek. Z tego powodu w doktrynie są postulaty, aby

⁷⁴ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce...*, s. 44.

⁷⁵ A. Sienkiewicz-Mrozowska, *Problemy procesowe...*

⁷⁶ *Ibidem*.

sąd również z urzędu mógł zmienić rodzaj ubezwłasnowolnienia⁷⁷. W postępowaniu o zmianę lub uchylenie ubezwłasnowolnienia z oczywistych względów musi uczestniczyć osoba, wobec której orzeczono ubezwłasnowolnienie. Warto jednak podać, na przykładzie danych statystycznych z Sądu Okręgowego w Katowicach, że w praktyce trudno jest zmienić lub uchylić orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu, co wydaje się nieadekwatne do celu tej instytucji. W 2022 r. było 16 spraw o ubezwłasnowolnienie (2 przekazane do innego sądu), w 2023 r. (do czerwca) – 17 (3 przekazane do innego sądu). Spraw o uchylenie ubezwłasnowolnienia nie było⁷⁸.

Podsumowanie i wnioski

Akty międzynarodowe, Unii Europejskiej i krajowe poświęcone prawom osób z niepełnosprawnością intelektualną są bardzo liczne. W niniejszym artykule omówiono tylko najważniejsze dotyczące godności i równego traktowania. Nie ulega wątpliwości, że tak duża liczba dokumentów wskazuje na dużą wagę kwestii ochrony i gwarancji dla osób z niepełnosprawnością intelektualną, a z drugiej strony w rzeczywistości dochodzenie tych praw nie jest łatwe. W mojej opinii rzeczywiste zagwarantowanie praw człowieka wymaga zatem stworzenia warunków, które umożliwią wprowadzenie mechanizmów wyrównujących szanse osób niepełnosprawnych oraz zwrócenie uwagi na ich podmiotowość. Wskazane w opracowaniu orzeczenia oraz literatura dotyczące osób z niepełnosprawnością intelektualną potwierdzają, że ubezwłasnowolnienie nie jest dobrym rozwiązaniem. Pomimo to należy dostrzec, że zmiany w przepisach (np. obligatoryjne wysłuchanie osoby, której dotyczy wniosek) poprawiły sytuację osób ubezwłasnowolnionych w ostatnich latach. Jednak w praktyce instytucja ubezwłasnowolnienia nie sprawdza się, a orzecznictwo i doktryna przyjmują sporne interpretacje. Zasadne wydają się postulaty zmiany instytucji ubezwłasnowolnienia na bardziej elastyczne środki prawne, a przede wszystkim dopasowane do konkretnej osoby, które stworzyłyby możliwość indywidualnego oznaczenia przez sąd rodzajów czynności, w zakresie których osoba z zaburzeniami psychicznymi miałaby pełną decyzyjność⁷⁹. Jednak zanim do tego dojdzie, należy w pierwszej kolejności:

- podkreślić, jak ważne jest poszanowanie godności osób z niepełnosprawnościami intelektualnymi, co będzie miało również wpływ na społeczne postrzeganie tych osób,
- uporządkować terminologię i wprowadzić spójne z pozostałymi obszarami prawa nazewnictwo,

⁷⁷ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce...*, s. 46.

⁷⁸ Konferencja NIL, *Rozmowy o etyce – Kodeks Etyki Lekarskiej, reklama, psychiatria*, 7 października 2023 r.

⁷⁹ D. Lubowiecki, *Ubezwłasnowolnienie w Polsce...*, s. 134.

- sąd nie powinien być związany żądaniem wnioskodawcy (np. wniosek o ubezwłasnowolnienie całkowite), lecz polegać na własnej rzetelnej ocenie materiału dowodowego,
- wprowadzić możliwości zmiany przez sąd z urzędu rodzaju ubezwłasnowolnienia (np. z całkowitego na częściowe).

Obecnie Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego zapowiada zmianę dotychczasowych unormowań dotyczących ubezwłasnowolnienia pod kątem rozwiązań wyznaczanych przez Konwencję ONZ o prawach osób niepełnosprawnych⁸⁰. Prace legislacyjne będą się koncentrowały nad instytucją pełnomocnictwa opiekuńczego. Ponadto rozwiązania zawarte w „Strategii na rzecz osób z niepełnosprawnościami 2021–2030” przyjętej przez polski rząd w lutym 2021 r. przewidują ustawę o asystencji osobistej, która to usługa umożliwia osobom z niepełnosprawnościami uczestnictwo w życiu lokalnej społeczności przez udział w wydarzeniach społecznych, kulturalnych, rozrywkowych czy sportowych. Projekt ustawy zakłada, że wraz z wprowadzeniem tych regulacji nastąpi zwiększenie możliwości realizacji niezależnego życia przez osoby z niepełnosprawnościami⁸¹. W mojej opinii kierunek tych działań jest właściwy, potrzebna jest jednak odpowiednia infrastruktura, usuwanie barier, ale też i wrażliwość społeczna. Niezależne życie nie oznacza, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną nie potrzebują wsparcia ze strony innych. Pragną jednak sprawować taką samą kontrolę nad własnym życiem i mieć możliwość dokonywania takich samych wyborów jak osoby pełnosprawne. Granice pomiędzy zdrowiem, chorobą a niepełnosprawnością nie zawsze są ostre. Nowoczesne metody diagnozy i leczenia w wielu przypadkach prowadzą do osiągnięcia stanu zdrowia pacjenta pozwalającego mu na świadome podejmowanie decyzji⁸², nawet w sytuacji upośledzenia umysłowego związanego z wadami genetycznymi⁸³.

Bibliografia

- Bar M., *The Long Road to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Historical Perspectives*, Summer course on human rights law: Equality and International Law: Dealing with Disability, Academia of European Law, 19–23 June 2023, Florence.
- Barcik J., *Międzynarodowe prawo zdrowia publicznego*, Warszawa 2013.

⁸⁰ Ogólnopolska konferencja naukowa „60-lecie Kodeksu cywilnego i Kodeksu postępowania cywilnego – najważniejsze wyzwania na przyszłość”, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 4 lipca 2024 r.

⁸¹ B. Dązbłaż, *Flagowy projekt prezydencki o asystencji osobistej wciąż bez finału*, <https://www.prawo.pl/samorzad/prezydencki-projekt-ustawy-o-asystencji-osobistej,521054> (16.09.2024).

⁸² J. Drobot, *Ubezwłasnowolnienie całkowite na tle rozwiązań europejskich*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2020, nr 1(22).

⁸³ H. Crowter, *It's only an Extra Chromosome*, Summer course on human rights law: Equality and International Law: Dealing with Disability, Academia of European Law, 19–23 June 2023, Florence.

- Bieńkowska D., Kozłowski R., *Korelaty odpowiedzialności lekarskiej. Analiza etyczno-prawna zasady poszanowania godności i intymności pacjenta* [w:] *Odpowiedzialność w ochronie zdrowia*, red. E. Kruk, A. Wołoszyn-Cichocka, M. Zdyb, Warszawa 2018.
- Bosek L., *Gwarancje godności ludzkiej*, Warszawa 2012.
- Bosek L., Wild M., *Kontrola konstytucyjności prawa. Zagadnienia ustrojowe, procesowe i materialnoprawne. Komentarz praktyczny dla sędziów i pełnomocników procesowych. Wzory pism procesowych*, Warszawa 2014.
- Bucińska J., *Społeczne prawa człowieka w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2003, t. XIII, z. 1.
- Crowter H., *It's only an Extra Chromosome*, Summer course on human rights law: Equality and International Law: Dealing with Disability, Academia of European Law, 19-23 June 2023, Florence.
- Drobot J., *Ubezwłasnowolnienie całkowite na tle rozwiązań europejskich*, „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe” 2020, nr 1(22).
- Domański M., *Ubezwłasnowolnienie w prawie polskim a wybrane standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Cywilne” 2014.
- Heitzman J., *Prawidłowość ujęcia niepoczytalności i poczytalności ograniczonej w Kodeksie karnym z perspektywy psychiatrii*, V Prawno-medyczne zebranie naukowe: „Niepoczytalność i poczytalność ograniczona w aspekcie prawnym, psychiatrycznym i psychologicznym”, PAN, 15 maja 2024 r.
- Jaruga J., *Ubezwłasnowolnienie w świetle międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka*, konferencja „Ubezwłasnowolnienie a prawa człowieka”, Komisja ds. Równego Traktowania przy NRA i Komisja Praw Człowieka przy NRA, 31 marca 2022 r.
- Kosińska A., *Concept of cultural rights and its protection in international legal system*, Winter School – Cultural Human Rights in Contemporary World, Szczecin, 27–29 February 2024.
- Kołodziej M., *Ubezwłasnowolnienie seniora. Ograniczenie czy pomoc?*, „Kościół i Prawo” 2022, nr 1.
- Kurowski J., *Przyrodzona godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka w porządku międzynarodowym i konstytucyjnym* [w:] *Podstawy jedności europejskiej*, t. I, red. J. Kurowski, O. Theisen, Lublin 1999.
- Lubowiecki D., *Ubezwłasnowolnienie w Polsce w świetle standardów Rady Europy*, Łódź–Warszawa 2020.
- Markiewicz I., Heitzman J., Pilszyk A., *Ubezwłasnowolnienie — instytucja wciąż potrzebna?*, „Psychiatria” 2014, nr 11(4).
- Mikrut A., *O promowaniu godności człowieka w ramach konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, „Rocznik Komisji Nauk Pedagogicznych” 2016, t. LXIX.
- Partyka A., *Podstawy ubezwłasnowolnienia*, LEX/el. 2020.
- Perdeus-Białek M., *Niepełnosprawność jako problem praw człowieka – droga do konwencji ONZ. O prawach osób niepełnosprawnych*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2009, nr 3.
- Safjan M., *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 1.
- Sienkiewicz-Mrozowska A., *Problemy procesowe w procedurze ubezwłasnowolnienia. Rozwiązania w innych krajach*, konferencja „Ubezwłasnowolnienie a prawa człowieka”, Komisja ds. Równego Traktowania przy NRA i Komisja Praw Człowieka przy NRA, 31 marca 2022 r.
- Szczupał B., *Równość wobec prawa jako jeden z warunków realizacji praw człowieka z niepełnosprawnością*, „Niepełnosprawność” 2009, nr 1.
- Sztobryn-Giercuskiewicz J., *Szanse i ograniczenia kształcenia akademickiego osób z niepełnosprawnościami w Polsce – perspektywa socjologiczna*, Łódź 2018.
- Wiliński M., *Modele niepełnosprawności: indywidualny – funkcjonalny – społeczny* [w:] *Diagnoza potrzeb i modele pomocy dla osób z ograniczeniami sprawności*, red. A. Brzezińska, R. Kaczan, K. Smoczyńska, Warszawa 2010.
- Wilmowska-Pietruszyńska A., *Orzecznictwo lekarskie dla lekarzy oraz studentów wydziałów lekarskich i wydziałów lekarsko-dentystycznych uniwersytetów medycznych*, Warszawa 2019.

- Wilmowska-Pietruszyńska A., *Zabezpieczenie społeczne ryzyka choroby i jej następstw – niezdolności do pracy i niezdolności do samodzielnej egzystencji w Polsce. Stan aktualny i proponowane zmiany*, „Postępy Nauk Medycznych” 2009, nr 4.
- Zielińska J, Maria Grzegorzewska i jej interdyscyplinarna wizja Pedagogiki Specjalnej a czasy współczesne [w:] *Idee Marii Grzegorzewskiej jako inspiracje rozwoju współczesnej pedagogiki specjalnej*, red. E. Dyduch, A. Mikrut, J. Zielińska, Kraków 2014.
- Zima-Parjaszewska M., *Wspieranie podejmowania decyzji jako alternatywa ubezwłasnowolnienia*, konferencja „Ubezwłasnowolnienie a prawa człowieka”, Komisja ds. Równego Traktowania przy NRA i Komisja Praw Człowieka przy NRA, 31 marca 2022 r.

Streszczenie

Artykuł pokazuje problem osób z niepełnosprawnością intelektualną z punktu widzenia ochrony ich godności w kontekście instytucji ubezwłasnowolnienia. Przedstawiony w opracowaniu model niepełnosprawności oparty na prawach człowieka generuje potrzebę kształtowania właściwych postaw społecznych, a więc takich, które będą sprzyjały inkluzji i wyeliminują stereotypy, uprzedzenia i dyskryminację. Kluczową regulacją jest Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, która podkreśla, że osoby z niepełnosprawnością posiadają zdolność do czynności prawnych na równi z innymi osobami. Natomiast instytucja ubezwłasnowolnienia stosowana w praktyce, również wobec osób z niepełnosprawnościami intelektualnymi, polega na pozbawieniu ich lub ograniczeniu im zdolności do czynności prawnych. W artykule zwrócono uwagę na rozwijanie w Polsce rozwiązań opartych na założeniach Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, która za fundamentalne wartości uznaje autonomię, wolność oraz pełne uczestnictwo we wszystkich sferach życia.

Słowa kluczowe: autonomia, godność, ochrona, osoba z niepełnosprawnością intelektualną, ubezwłasnowolnienie

PROTECTING AND RESPECTING THE RIGHTS OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES AS AN EXPRESSION OF RESPECT FOR THEIR DIGNITY. INCAPACITATION – SELECTED ISSUES

Summary

The article shows the problem of people with intellectual disabilities from the point of view of protecting their dignity in the context of the institution of incapacitation. The human rights-based model of disability presented in the paper generates the need to develop appropriate social attitudes, i.e. attitudes that foster inclusion and eliminate stereotypes, prejudice, and discrimination. A key regulation is the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which emphasizes that persons with disabilities have legal capacity on an equal footing with others. In contrast, the institution of incapacitation as applied in practice, also to persons with disabilities, consists of deprivation or limitation of legal capacity. The paper draws attention to the development of solutions in Poland based on the principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which recognizes autonomy, freedom, and full participation in all spheres of life as fundamental values.

Keywords: autonomy, dignity, protection, person with intellectual disabilities, incapacitation

Sławomir Zwolak

Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku-Białej, Filia w Stalowej Woli

ORCID: 0000-0002-4075-4400

**KILKA UWAG O WADLIWOŚCI UCHWAŁ DOTACYJNYCH
Z ZAKRESU OCHRONY ZABYTKÓW****Wprowadzenie**

Stanowienie aktów prawa miejscowego jest zadaniem własnym poszczególnych jednostek samorządowych¹, co oznacza, że w kompetencje te wyposażone zostały organy stanowiące działające w imieniu wspólnot samorządowych². Stanowienie aktów prawa miejscowego przez samorząd terytorialny wynika z podstawowych założeń statuujących jego pozycję ustrojową³. Na pierwszy plan wysuwa się zasada decentralizacji władzy publicznej, a konkretnie – decentralizacji funkcji prawodawczych. Ta powszechnie znana zasada koncentruje się na przekazywaniu kompetencji władzy państwowej organom jednostek samorządu terytorialnego wyłonionym w sposób demokratyczny przez społeczności lokalne⁴. Natomiast z istoty samorządu, wynikającej z realizacji zasady decentralizacji, należy wyprowadzić nadanie dość dużej samodzielności prawotwórczej rozumianej jako swoboda w tworzeniu norm i reguł postępowania w granicach zasady legalizmu, które to normy i reguły wiążą określone grupy adresatów i wpływają na ich sytuację podmiotową w postaci praw i obowiązków⁵.

Kompetencja ogólna organów jednostek samorządu terytorialnego do stanowienia aktów normatywnych wynika z ustaw samorządowych. Większość aktów prawa miejscowego ma formę uchwał organów stanowiących, a więc do ich

¹ A. Barczak, *Akty prawa miejscowego samorządu terytorialnego w prawie ochrony środowiska* [w:] *Źródła prawa w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2018, s. 38.

² D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, Warszawa 2020, s. 126.

³ I. Skrzydło-Niżnik, *Model ustroju samorządu terytorialnego w Polsce na tle zagadnień ustrojowego prawa administracyjnego*, Kraków 2007, s. 470.

⁴ D. Kurzyna-Chmiel, *Kilka uwag na temat aktów prawa miejscowego samorządu terytorialnego* [w:] *Źródła prawa w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2018, s. 412.

⁵ J. Podgórska-Rykała, *Samodzielność prawotwórcza jednostek samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, z. 4, s. 107–108.

wydawania uprawniona jest rada gminy oraz odpowiednio rada powiatu i sejmik województwa. Szczególnym rodzajem wykonawczych aktów prawa miejscowego są uchwały dotacyjne, które regulują proces udzielenia dotacji z budżetów jednostek samorządu terytorialnego.

Przykładem takich uchwał są sprawy związane z dotacją celową na wszelkie zadania dotyczące z ochrony zabytków. Podstawą prawną przekazywania tych dotacji jest art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami⁶, która stanowi, że w trybie określonym odrębnymi przepisami dotacja na prace konserwatorskie, restauratorskie lub roboty budowlane przy zabytku wpisanym do rejestru może być udzielona przez organ stanowiący gminy, powiatu lub samorządu województwa na zasadach określonych w podjętej przez ten organ uchwale.

Dekoncentracja procesu tworzenia przepisów wykonawczych do ustaw w postaci prawa miejscowego zakłada co prawda zróżnicowanie ich treści, ale to zróżnicowanie może sięgać jedynie granic wyznaczonych przez prawo⁷. Dlatego mając na uwadze zachowanie podstawowych zasad demokratycznego państwa prawa, akty prawa miejscowego podlegają nadzorowi, który obejmuje kontrole legalności stanowiących przez organy aktów prawa miejscowego. Przyjęte uchwały organów stanowiących dotyczące udzielenia dotacji celowej na zadania z zakresu ochrony zabytków są weryfikowane na etapie postępowania nadzorczego przez regionalne izby obrachunkowe, które w toku przeprowadzanej kontroli wielokrotnie na przestrzeni ostatnich lat stwierdzały naruszenie prawa.

Celem artykułu jest wykazanie najistotniejszych błędów prawnych pojawiających się w treści uchwał dotacyjnych dotyczących ochrony zabytków, które mają wpływ na ich wadliwość.

Zasady udzielania dotacji celowych dla zabytków

Organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego na podstawie delegacji ustawowej wyrażonej w art. 81 ust. 1 u.o.z. powinny określić zasady przyznawania dotacji dla wszystkich podmiotów spełniających warunki określone w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Pomimo że ustawodawca w treści art. 81 u.o.z. wprost nie wskazuje, dla jakich obiektów może być przyznana dotacja, to należy zauważyć, że dotacja może być przyznana tylko na prace przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, wyłączając tym samym obiekty położone w tzw. układzie urbanistycznym wpisanym do rejestru zabytków.

Zasadnicze znaczenie w sprawie ma to, że zgodnie z obowiązującymi przepisami budynek niebędący zabytkiem, położony na terenie układu urbanistycznego

⁶ Dz.U. 2022, poz. 840 ze zm. (dalej: u.o.z.).

⁷ D. Dąbek, *Prawo miejscowe*, s. 286.

wpisanego do rejestru zabytków, nie staje się z mocy prawa zabytkiem. Wpisanie do rejestru zabytków układu urbanistycznego ma na celu zachowanie najcenniejszych elementów historycznego rozplanowania oraz kompozycji przestrzennej zespołu, czyli zachowanie w niezmienionym kształcie rozplanowania placów i ulic, ich przebiegu, szerokości i przekroju, a także gabarytów zabudowy i zasadniczych proporcji wysokościowych kształtujących zespół. Objęcie ochroną i opieką układu urbanistycznego⁸ nie powoduje, że ochrona ta rozciąga się automatycznie na poszczególne elementy tego układu, bowiem nie wszystkie elementy tego obszaru posiadają zabytkowe cechy uzasadniające indywidualny wpis do rejestru zabytków⁹. Zatem można stwierdzić, że położenie określonej nieruchomości na terenie układu urbanistycznego wpisanego do rejestru zabytków nie oznacza, że ta nieruchomość uzyskuje status zabytku wpisanego do rejestru zabytków. Skutki wpisu historycznego układu urbanistycznego do rejestru zabytków oraz zakres jego ochrony konserwatorskiej nie został w ustawie sprecyzowany. W orzecznictwie przyjmuje się, że wpisanie do rejestru zabytków układu urbanistycznego ma na celu zachowanie najcenniejszych elementów historycznego rozplanowania oraz kompozycji przestrzennej zespołu. Oznacza to m.in. zachowanie w niezmienionym kształcie rozplanowania placów i ulic, ich przebiegu, szerokości i przekroju, a także zachowanie gabarytów zabudowy, zasadniczych proporcji wysokościowych kształtujących zespół¹⁰ oraz dachów, elewacji czy koloru zabudowy¹¹. Ograniczenia związane z prowadzeniem inwestycji na terenie historycznego układu urbanistycznego wpisanego do rejestru zabytków należy uznać za znaczące. Jednak niepokojąca wydaje się nieprzewidywalność działań administracji konserwatorskiej, która wynika z niedoprecyzowania zakresu tej ochrony¹². Stąd przyjąć należy, że na podstawie regulacji prawnych i orzecznictwa sądowego nie jest prawnie dopuszczalne przeznaczenie dotacji celowej na remont elewacji nieruchomości niewpisanych do rejestru zabytków, a położonych w układzie urbanistycznym, który został wpisany do rejestru zabytków. Oznacza to, że sam fakt położenia danej nieruchomości w układzie urbanistycznym nie determinuje w przypadku tej nieruchomości statusu prawnego zabytku wpisanego do rejestru¹³.

⁸ Zob. art. 6 ust. 1 u.o.z.

⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. VII SA/Wa 2551/15, LEX nr 2113944.

¹⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 27 marca 2009 r., sygn. I SA/Wa 1283/08, LEX nr 569597.

¹¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 18 maja 2006 r., sygn. I SA/Wa 1628/05, LEX nr 232229; wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 czerwca 2006 r., sygn. I SA/Wa 1543/05, LEX nr 232927.

¹² K. Zalasńska, *Zakres ochrony układu urbanistycznego wpisanego do rejestru zabytków* [w:] *Energetyka i ochrona środowiska w procesie inwestycyjnym*, red. M. Cherka, F. Elżanowski, M. Swora, K. Wąsowski, Warszawa 2010, s. 288.

¹³ Wyrok NSA z dnia 8 maja 2013 r., sygn. II OSK 2680/11, LEX nr 1343893.

Wada w postaci braku wpisu obiektów do ewidencji gminnej

Istotnym problemem związanym z wadliwością uchwał dotacyjnych w zakresie ochrony zabytków jest kwestia możliwości wprowadzenia zapisu w uchwale o udzielaniu dotacji na prace przy obiektach, które nie są wpisane do rejestru zabytków, lecz jedynie do innych ewidencji, np. gminnych. Zgodnie z art. 7 pkt 1 u.o.z. ochronie prawnej podlegają zabytki wpisane do rejestru zabytków¹⁴. Dlatego prawną ochronę zabytków wiązać należy przedmiotowo m.in. z ostateczną decyzją wojewódzkiego konserwatora zabytków o wpisie zabytku do rejestru zabytków. W świetle art. 8 u.o.z. rejestr zabytków dla zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzi wojewódzki konserwator zabytków. Z tego względu odnosząc przytoczone regulacje prawne do art. 81 ust. 1 u.o.z., należy przyjąć, że nie jest prawnie dopuszczalne przyznanie dotacji na zabytki, które są jedynie wpisane do gminnej ewidencji zabytków¹⁵. W tym zakresie warto zauważyć, że wykaz zabytków (ewidencja) jest pojęciem szerszym niż rejestr zabytków, jednak fakt ten potwierdza jedynie stanowisko, że wpisanie zabytku do ewidencji zabytków nie jest jednoznaczne z wpisaniem go do rejestru zabytków¹⁶. Wpis do gminnej ewidencji zabytków nie jest warunkiem uznania za zabytek, jednak niesie ze sobą skutki poprzez wprowadzenie dodatkowego reżimu prawnego przejawiającego się w realizacji kompetencji władczych przez administrację rządową, która w założeniu ma doprowadzić do objęcia ochroną konserwatorską tych obiektów zabytkowych, które nie są objęte formami ochrony zabytków wskazanymi w art. 7 u.o.z.¹⁷

Zatem w oparciu o regulacje prawne ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami nie wydaje się, aby była prawna możliwość przeznaczania dotacji celowej na remont elewacji budynków znajdujących się w gminnej ewidencji zabytków położonych poza układem urbanistycznym wpisanym do rejestru zabytków i nieznajdujących się w rejestrze zabytków.

Wada w postaci braku uzyskania stanowisk i opinii

Jednym z istotnych błędów prawnych uchwał dotacyjnych pojawiającym się w procedurze legislacyjnej jest wada o znaczeniu proceduralnym polegająca na nieuzyskaniu stosownych opinii i stanowisk uprawnionych organów publicznych,

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 marca 2007 r., sygn. IV SA/Wa 163/07, LEX nr 335145.

¹⁵ Uchwała Kolegium RIO w Łodzi z dnia 15 marca 2023 r., 11/34/2023 (Dz.Urz. woj. łódzkiego, poz. 2683).

¹⁶ Wyrok WSA w Kielcach z 26 października 2011 r., sygn. I SA/Ke 470/11, LEX nr 1084509.

¹⁷ A. Fogiel, *Zasada powszechnej ochrony zabytków* [w:] *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*, red. Z. Duniewska, M. Stahl, A. Krakala, Warszawa 2018, s. 588–589.

w tym Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dotyczących projektu uchwały rady gminy. Opinie i stanowiska są jednym z elementów procedury podejmowania uchwały w sytuacji udzielania dotacji określonym podmiotom, również podmiotom prowadzącym działalność gospodarczą. Wówczas udzielanie dotacji tym podmiotom powinno nastąpić z uwzględnieniem odpowiednich przepisów dotyczących pomocy publicznej lub pomocy *de minimis*¹⁸, stanowiącej rekompensatę za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym.

W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że uchwała dotacyjna powinna spełnić wymogi proceduralne określone w art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej¹⁹, zgodnie z którymi projekt uchwały przewidującej udzielenie pomocy *de minimis* powinien zostać przedłożony Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w terminie 14 dni może przedstawić zastrzeżenia dotyczące przejrzystości zasad udzielania pomocy²⁰, które organy jednostek samorządu terytorialnego powinny uwzględniać, podejmując uchwałę dotyczącą udzielenia pomocy *de minimis*.

Warto zauważyć, że obowiązek przedkładania stosownego projektu uchwały przewidującego udzielenie pomocy *de minimis* Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów stanowi jeden z elementów procedury podejmowania uchwały w wyżej wymienionym zakresie przedmiotowym²¹. Natomiast nieuzywanie przedmiotowej opinii i stanowisk, co jest jednym z elementów procedury podejmowania uchwały w tym zakresie, stanowi istotne naruszenie prawa skutkujące koniecznością orzeczenia nieważności całej uchwały²². W orzecznictwie sądowym i w doktrynie przyjmuje się, że istotnymi naruszeniami prawa oprócz podjęcia uchwały przez niewłaściwy organ brak podstawy prawnej, niewłaściwe zastosowanie przepisu prawnego będącego podstawą podjęcia uchwały jest także naruszeniem procedury podjęcia uchwały²³.

¹⁸ Zob. rozporządzenie Komisji UE nr 2023/2831 z 13 grudnia 2023 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy *de minimis* (Dz.Urz. UE L z 2023 r., poz. 2831).

¹⁹ Dz.U. 2023, poz. 702 (dalej: u.p.p.p.).

²⁰ Zob. art. 7 ust. 3 u.p.p.p.

²¹ Zob. uchwała Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 2 czerwca 2016 r., 140/p123/D/16 (Dz.Urz. woj. pomorskiego poz. 2333).

²² Zob. uchwała Kolegium RIO w Gdańsku z dnia 6 kwietnia 2017 r., 093/g127/D/17 (Dz.Urz. woj. pomorskiego, poz. 1976).

²³ P. Mierzejewski, *Ocena wpływu naruszenia zasad techniki prawodawczej na legalność aktu prawa miejscowego w orzecznictwie sądów administracyjnych. Wybrane zagadnienia* [w:] *Legislacja czasu przemian, przemiany w legislacji. Księga jubileuszowa na XX-lecie Polskiego Towarzystwa Legislacji*, red. M. Kłodawski, A. Witorska, M. Lachowski, Warszawa 2016, s. 276.

Wada w postaci zamieszczenia w uchwale postanowień umowy o dotację

Istotną wadą prawną w uchwałach dotacyjnych dotyczących ochrony zabytków jest zawieranie w tych uchwałach wszelkich postanowień odnoszących się do umowy o dotację. Taka umowa o dotację jest dwustronną czynnością konwencjonalną, podejmowaną przez podmiot sektora finansów publicznych w ramach jego kompetencji. Składniki treści, skutki prawne, przesłanki ważności oraz inne istotne elementy takiej umowy są kształtowane przepisami prawa publicznego i ma ona na celu realizację zadania publicznego, a jako formę zapłaty za realizację tego zadania publicznego przewiduje dotację celową lub przedmiotową udzielaną ze środków publicznych²⁴.

Pomimo że zawieranie zapisów umowy dotacyjnej w uchwale *prima facie* wydaje się słuszne, bowiem ma na celu informowanie potencjalnych beneficjentów, to jednak treść art. 81 u.o.z. nie pozwala na takie kształtowanie uchwał, gdyż wykracza to poza zakres delegacji ustawowej. Z zasady legalizmu wynika obowiązek zredagowania aktu prawa miejscowego w taki sposób, aby jego treść nie stanowiły przekroczenia delegacji ustawowej²⁵. Koresponduje to z treścią § 115 w zw. z § 143 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad technik prawodawczych²⁶, zgodnie z którą w akcie prawa miejscowego zamieszcza się tylko przepisy regulujące sprawy przekazane do unormowania w przepisie upoważniającym. Z orzecnictwa wynika, że nawet wszelkie odstępstwa w akcie prawa miejscowego od granic upoważnienia ustawowego należy uznawać za niezgodne z przepisami prawa²⁷.

Wypada podkreślić, że generalną zasadą uchwałodawczą aktów prawa miejscowego jest niewykraczanie poza delegację wskazaną w akcie o randze ustawowej. Konstytucja RP w art. 94 mówi, iż organy samorządu terytorialnego ustanawiają akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze działania tych organów, ale co ważne – na podstawie i w granicach prawa²⁸, bowiem wyrażona w art. 7 Konstytucji RP zasada stanowiąca, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, zaliczana jest do podstawowych zasad działania organów

²⁴ A. Ostrowska, *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2018, s. 163.

²⁵ M. Kaczocha, *Akty prawa miejscowego. Tworzenie, procedura, kontrola*, Warszawa 2022, s. 42.

²⁶ Dz.U. 2016, poz. 283.

²⁷ Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. II SA/Ol 1028/21, LEX nr 3294964. Również TK zwrócił uwagę, że niewłaściwa realizacja upoważnienia ustawowego stanowi jednocześnie naruszenie przepisów zawartych w Konstytucji RP, które określają tryb i warunki wydawania aktów podustawowych. Wyrok TK z dnia 5 listopada 2001 r., sygn. U 1/01, OTK 2001, nr 8, poz. 247; wyrok TK z dnia 30 stycznia 2006 r., sygn. SK 39/04, OTK-A 2006, nr 1, poz. 7.

²⁸ R. Gawłowski, P. Kozłowski, A. Sobolewska, *Tworzenie aktów prawa miejscowego*, Warszawa 2019, s. 89.

władzy publicznej i dotyczy nie tylko form działalności organów, ale również tworzenia prawa. W przypadku prawodawcy lokalnego oznacza to, że można podejmować jedynie takie uchwały i o takiej treści, jakie konkretnie wynikają z upoważnienia ustawowego. Organ wykonujący kompetencję prawodawczą zawartą w upoważnieniu ustawowym jest obowiązany działać ściśle w granicach tego upoważnienia. Nie jest upoważniony do wychodzenia poza zakres upoważnienia ustawowego. Okoliczność niewłaściwej realizacji upoważnienia ustawowego stanowi jednocześnie naruszenie przepisów zawartych w Konstytucji RP, które określają tryb i warunki wydawania aktów podustawowych. Treść przepisu upoważniającego, mając fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zakresu spraw, które są regulowane w uchwale, powinna być ustalana w drodze wykładni językowej, natomiast nie może być rozszerzana w drodze wykładni funkcjonalnej. Słusznie podkreśla się, że działalność prawodawcza samorządu terytorialnego w zakresie stanowienia aktów prawa miejscowego musi podlegać wszystkim wymogom poprawnej legislacji, które zostały skatalogowane w rozporządzeniu w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”. Naruszenie wymagań określonych w zasadach techniki prawodawczej może powodować naruszenie poprawnej legislacji w stopniu uzasadniającym zarzut niekonstytucyjności zakwestionowanych przepisów. W następstwie błędów w technice prawodawczej może okazać się, że rozwiązania w uchwałach są tak dalece wadliwe, że naruszają standardy prawodawstwa w państwie prawa²⁹. Zatem prawodawca nie powinien od tych zasad odstępować, bowiem zasady technik prawodawczych stanowią prakseologiczny kanon, który powinien być respektowany przez prawodawcę demokratycznego państwa prawa³⁰.

Analiza samodzielności legislacyjnej samorządu w przypadku wydawania dotacyjnych uchwał wymaga w pierwszej kolejności wskazania na stanowisko podkreślające, iż interpretacji upoważnień do wydawania tych uchwał należy dokonywać w sposób ścisły i literalny. Organ wykonujący kompetencję prawodawczą zawartą w upoważnieniu ustawowym jest obowiązany działać ściśle w granicach tego upoważnienia. Nie jest upoważniony ani do regulowania tego, co zostało już ustawowo uregulowane, ani też do wychodzenia poza zakres upoważnienia ustawowego³¹. Przepis ustawy ustanawiający upoważnienie do wydania aktu prawa miejscowego podlega ścisłej wykładni językowej i nie może prowadzić do objęcia zakresem upoważnienia materii w nim niewymienionych w drodze wykładni celowościowej³². Ograniczenie samodzielności prawodawczej w przypadku wydawania uchwał dotacyjnych uwidocznilo się w odniesieniu do trzech zagadnień:

²⁹ G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 31.

³⁰ Wyrok TK z dnia 21 marca 2001 r., sygn. K24/00, OTK 2001, nr 3, poz. 51.

³¹ Wyrok NSA z dnia 21 grudnia 2005 r., sygn. I OSK 1191/05, LEX nr 228225.

³² Wyrok NSA z dnia 8 maja 2013 r., sygn. II GSK 299/12, LEX nr 1328496.

1) zawężania lub rozszerzania przez organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego katalogu beneficjentów dotacji; 2) regulowania w dotacyjnej uchwale udzielania dotacji na refundację wydatków poniesionych już przez beneficjenta; 3) ustanawiania w dotacyjnej uchwale wzoru umowy zawieranej z beneficjentem dotacji lub określenia *essentialia negotii* tej umowy³³.

W świetle art. 250 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³⁴ zarząd jednostki samorządu terytorialnego, udzielając dotacji celowej, w tym jednostce finansów publicznych, w przypadku, gdy odrębne przepisy lub umowa międzynarodowa nie określają trybu i zasad udzielania lub rozliczenia dotacji, zawiera umowę, która określa w szczególności: 1) wysokość dotacji, cel lub opis zakresu rzeczowego zadania, na którego realizację są przekazywane środki dotacji; 2) termin wykorzystania dotacji nie dłuższy niż do 31 grudnia danego roku budżetowego; 3) termin i sposób rozliczenia dotacji oraz termin zwrotu niewykorzystanej części dotacji celowej, z tym że termin nie może być dłuższy niż terminy zwrotu określone w niniejszym dziale. Wynika z tego, że ustawodawca nie przypisał organom stanowiącym jednostek samorządu terytorialnego kompetencji do kreowania elementów umowy w uchwałach dotacyjnych, bowiem to organ wykonawczy w oparciu o art. 250 u.f.p. podpisuje umowę z beneficjentem. W związku z tym w treści uchwały dotacyjnej nie powinny być zawarte postanowienia dotyczące umowy o dotację³⁵. Należy w tym miejscu podkreślić, że art. 82a u.o.z. wyłączył z zakresu nakładów koniecznych, na które może być udzielana dotacja z budżetu jednostki samorządu terytorialnego, nakłady na badania archeologiczne. Ustawodawca wprowadził przy tym zasadę, że ewentualne dotacje na prace archeologiczne mogą być udzielane wyłącznie przez ministra właściwego ds. kultury i ochrony dziedzictwa narodowego. Zawarty w art. 77 u.o.z. katalog nakładów koniecznych³⁶, na jakie może być przeznaczona dotacja z budżetu jednostki

³³ A. Ostrowska, *Samorządowe prawo...*, s. 385–386.

³⁴ Dz.U. 2023, poz. 1270 ze zm. (dalej: u.f.p.).

³⁵ Zob. uchwała Kolegium RIO w Poznaniu z dnia 29 czerwca 2016 r., 13/722/2016 (Dz.Urz. woj. wielkopolskiego, poz. 4513).

³⁶ Zgodnie z art. 77 u.o.z. dotacja może obejmować nakłady konieczne na: 1) sporządzenie ekspertyz technicznych i konserwatorskich; 2) przeprowadzenie badań konserwatorskich lub architektonicznych; 3) wykonanie dokumentacji konserwatorskiej; 4) opracowanie programu prac konserwatorskich i restauratorskich; 5) wykonanie projektu budowlanego zgodnie z przepisami Prawa budowlanego; 6) sporządzenie projektu odtworzenia kompozycji wnętrz; 7) zabezpieczenie, zachowanie i utrwalenie substancji zabytku; 8) stabilizację konstrukcyjną części składowych zabytku lub ich odtworzenie w zakresie niezbędnym dla zachowania tego zabytku; 9) odnowienie lub uzupełnienie tynków i okładzin architektonicznych albo ich całkowite odtworzenie, z uwzględnieniem charakterystycznej dla tego zabytku kolorystyki; 10) odtworzenie zniszczonej przynależności zabytku, jeżeli odtworzenie to nie przekracza 50% oryginalnej substancji tej przynależności; 11) odnowienie lub całkowite odtworzenie okien, w tym ościeżnic i okiennic, zewnętrznych odrzwi i drzwi, więźby dachowej, pokrycia dachowego, rynien i rur spustowych; 12) modernizację instalacji elektrycznej w zabytkach drewnianych lub w zabytkach, które posiadają oryginalne, wykonane z drewna

samorządu terytorialnego, ma charakter zamknięty i nie może być rozszerzony o inne nakłady konieczne³⁷.

Podsumowanie

W świetle przedstawionych błędów prawnych uchwał dotacyjnych dotyczących ochrony zabytków organ samorządu terytorialnego w celu uchronienia się od negatywnych skutków prawnych w postaci unieważnienia uchwały dotacyjnej powinien w pierwszej kolejności przede wszystkim przestrzegać zakresu delegacji ustawowej z art. 81 u.o.z. Tym bardziej że zakres owej delegacji jest dość ograniczony w porównaniu do innych ustaw. Warto bowiem zauważyć, że ów przepis art. 81 u.o.z. stanowi wprost jedynie o zasadach udzielania dotacji, a więc chodzi tu o sposób postępowania z wnioskiem o udzielenie dotacji, formę załatwienia wniosku oraz określenie wymaganych dokumentów do rozpoznania tego wniosku³⁸.

Jednak tak skonstruowane upoważnienie nie daje podstaw do tworzenia zapisów uchwał przekraczających ten zakres. Oznacza to, że jednostka samorządu terytorialnego, decydując się na podjęcie uchwały dotacyjnej, powinna w pełni przestrzegać zakresu upoważnienia ustawowego, bowiem każde potencjalne wychodzenie poza zakres upoważnienia może doprowadzić do rozszerzenia dotacji na inne prace niż ustawowo dozwolone. W ten sposób generuje wadliwość uchwały dotacyjnej w postaci zawarcia w niej np. innych obiektów niż te, które są wpisane do rejestru zabytków, zapisów o umowie na dotacje czy zaniechania uzyskania stanowisk ustawowo określonych podmiotów.

Wydaje się, że odpowiednim narzędziem, aby zapobiec kwestionowaniu przyjętych przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego uchwał w postępowaniach nadzorczych, jest opracowanie zapisów uchwał pod kątem zgodności z zasadami technik prawodawczych i wymogami poprawnej legislacji, ale także wykorzystanie mechanizmu z art. 13 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych³⁹, w którym istnieje możliwość wystąpienia do regionalnej izby obrachunkowej o interpretacje różnych norm prawnych z szeroko pojętego zakresu finansów publicznych. W ten sposób rada gminy lub rada powiatu już na etapie legislacyjnym będzie miała możliwość poprawnie skonstruować

części składowe i przynależności; 13) wykonanie izolacji przeciwwilgociowej; 14) uzupełnianie narysów ziemnych dzieł architektury obronnej oraz zabytków archeologicznych nieruchomych o własnych formach krajobrazowych; 15) działania zmierzające do wyeksponowania istniejących, oryginalnych elementów zabytkowego układu parku lub ogrodu; 16) zakup materiałów konserwatorskich i budowlanych, niezbędnych do wykonania prac i robót przy zabytku wpisanym do rejestru; 17) zakup i montaż instalacji przeciwwłamaniowej oraz przeciwpożarowej i odgromowej.

³⁷ Wyrok WSA w Krakowie z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. I SA/Kr 1673/10, LEX nr 749225.

³⁸ Zob. *ibidem*.

³⁹ Dz.U. 2023, poz. 1325.

i sformułować zapisy uchwały dotacyjnej, pomijając późniejsze konsekwencje prawne związane z unieważnieniem oraz niepewnym losem postępowania sądowno-administracyjnego w przypadku zaskarżenia rozstrzygnięcia nadzorczego do sądu administracyjnego.

Bibliografia

- Barczak A., *Akty prawa miejscowego samorządu terytorialnego w prawie ochrony środowiska* [w:] *Źródła prawa w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2018.
- Dąbek D., *Prawo miejscowe*, Warszawa 2020.
- Fogiel A., *Zasada powszechnej ochrony zabytków* [w:] *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*, red. Z. Duniewska, M. Stahl, A. Krakala, Warszawa 2018.
- Gawłowski R., Kozłowski P., Sobolewska A., *Tworzenie aktów prawa miejscowego*, Warszawa 2019.
- Kaczocha M., *Akty prawa miejscowego. Tworzenie, procedura, kontrola*, Warszawa 2022.
- Kurzyna-Chmiel D., *Kilka uwag na temat aktów prawa miejscowego samorządu terytorialnego* [w:] *Źródła prawa w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2018.
- Mierzejewski P., *Ocena wpływu naruszenia zasad techniki prawodawczej na legalność aktu prawa miejscowego w orzecznictwie sądów administracyjnych. Wybrane zagadnienia* [w:] *Legislacja czasu przemian, przemiany w legislacji. Księga jubileuszowa na XX-lecie Polskiego Towarzystwa Legislacji*, red. M. Kłodawski, A. Witorska, M. Lachowski, Warszawa 2016.
- Ostrowska A., *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2018.
- Podgórska-Rykała J., *Samodzielność prawotwórcza jednostek samorządu terytorialnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, z. 4.
- Skrzydło-Niżnik I., *Model ustroju samorządu terytorialnego w Polsce na tle zagadnień ustrojowego prawa administracyjnego*, Kraków 2007.
- Wierczyński G., *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Zalaśńska K., *Zakres ochrony układu urbanistycznego wpisanego do rejestru zabytków* [w:] *Energetyka i ochrona środowiska w procesie inwestycyjnym*, red. M. Cherka, F. Elżanowski, M. Swora, K. Wąsowski, Warszawa 2010.

Streszczenie

Analiza wydawanych przez organy jednostek samorządu terytorialnego uchwał dotacyjnych z zakresu ochrony zabytków prowadzi do konstatacji, że niejednokrotnie podczas weryfikacji uchwał pojawia się problem ich wadliwości powodujących naruszenie standardów poprawnej legislacji. Aby zapobiec błędom pojawiającym się w uchwałach dotacyjnych, organy samorządu terytorialnego powinny spełniać wymagania określone w zasadach technik prawodawczych, w szczególności poprzez redagowanie przepisów uchwały w sposób precyzyjny, czytelny, wewnętrznie spójny, nie powielając i nie modyfikując przepisów ustawy oraz powstrzymując się od stosowania luzu interpretacyjnego.

Słowa kluczowe: akty prawa miejscowego, uchwały dotacyjne, ochrona zabytków

SEVERAL COMMENTS ON THE DEFECTIVENESS OF GRANT RESOLUTIONS IN THE FIELD OF MONUMENT PROTECTION

Summary

The analysis of subsidy resolutions on the protection of monuments issued by local government bodies leads to the conclusion that the problem of their defective nature often arises during the verification of resolutions, resulting in a violation of the standards of correct legislation. In order to prevent errors appearing in subsidy resolutions, local government bodies should meet the requirements specified in the principles of legislative techniques, in particular by drafting the provisions of the resolution in a precise, legible and internally consistent manner, without duplicating or modifying the provisions of the Act and refraining from applying loose interpretations.

Keywords: local law acts, subsidy resolutions, protection of monuments

AFILIACJE

Krzysztof Chmielarz – Akademia Tarnowska, ORCID: 0000-0002-1088-8133

Maciej Aleksander Kędzierski – Akademia im. L. Koźmińskiego w Warszawie, ORCID: 0000-0003-3074-1355

Magdalena Kisala – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, ORCID: 0000-0003-4593-0394

Melania Lech – Uniwersytet SWPS, ORCID: 0009-0009-8472-0438

Jan Pędowski – Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0009-0001-5656-3182

Michał Przybycień – Uniwersytet SWPS, ORCID: 0009-0008-1558-3620

Aleksandra Trachta – Szkoła Doktorska Uniwersytetu Jana Długosza w Częstochowie, ORCID: 0000-0003-4854-6494

Krzysztof Wacek – Regionalna Izba Obrachunkowa w Rzeszowie, ORCID 0009-0007-5468-3838

Iwona Wrześniewska-Wal – Szkoła Zdrowia Publicznego Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego, ORCID 0000-0002-8892-5985

Sławomir Zwolak – Wyższa Szkoła Administracji w Bielsku-Białej, Filia w Stalowej Woli, ORCID: 0000-0002-4075-4400

