ACTA IURIDICA
Resoviensia

NR 4(35)/2021

pod redakcją naukową
Justyny Ciechanowskiej

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

WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO
RZESZÓW 2021

Redaktor naczelny:
dr hab. ANNA KOŚCIÓŁEK, prof. UR

Z-ca redaktora naczelnego:
dr WOJCIECH J. KOSIOR, LL.M.

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

Sekretarze redakcji:
dr KATARZYNA SZWED, dr JUSTYNA CIECHANOWSKA, mgr DANIEL BARCZAK

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 Kiovská, 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); Prof. dr hab. Marina Karaseva-Sentsova (Voronezh State University – Russia); dr doc. Marian Bedrii (Ivan Franko National University of Lviv – Ukraine); Prof. univ. dr. Ioan Leş (Lucian Blaga University of Sibiu – Romania); Assoc. Prof. PhD. Ioan Ganfalean (University „1 Decembrie 1918" of Alba Iulia – Romania); Lect. PhD. Miruna Mihaela Tudorascu (University „1 Decembrie 1918" of Alba Iulia – Romania); Víctor Hugo Ramírez Lavalle (Universidad Iberoamericana Puebla – Mexico); Professor Dr. Lecturer Irene Bajo Garcia (Universidad de Alicante – Spain); Prof. Ph.D. Evhen Tsybulenko (Tallinn University of Technology – Estonia); Prof. Ph.D. Tanel Kerikmäe (Tallinn University of Technology – Estonia); Prof. Angelo Viglianisi Ferraro (University "Mediterranea" of Reggio Calabria – Italy)

Opracowanie redakcyjne i korekta
BERNADETA LEKACZ

Opracowanie techniczne
EWA KUC

Łamanie
AGNIESZKA SZCZEPAŃSKA-PĄCZEK

Projekt okładki
JULIA SOŃSKA-LAMPART

Copyringht by
Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego
Rzeszów 2021

ISSN 2720-0574; DOI: 10.15584/actaires
Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

1918
WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO
35-959 Rzeszów, ul. prof. S. Pigonia 6, tel. 17 872 13 69, tel./faks 17 872 14 26
e-mail: wydaw@ur.edu.pl; https://wydawnictwo.ur.edu.pl
wydanie I; format B5; ark. wyd. 32,95; ark. druk. 28,75; zlec. red. 127/2021

Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego

ISSN 2720-0574

SPIS TREŚCI

JAN BASTA
Dowód z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki stosowania środków dyscyplinujących 11

ANNA DZIERŻAK
Dopuszczalność zajęcia ruchomości w egzekucji sądowej 24

GABRIELA FERET
Invocation of the GATT security exception after the Russia – Traffic in Transit case 36

PAWEŁ GACEK
Termin na złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania 47

ZUZANNA B. GĄDZIK
Prawnokarna ocena odpierania i zwalczania niebezpieczeństwa ze strony zwierząt 63

WOJCIECH GONET
Sale and lease of an enterprise including agricultural property. Civil law and tax problems 80

ANNA HADAŁA-SKÓRA
Ogłoszenie stanu wyjątkowego w Republice Czeskiej w 2020 r. – zarys problematyki 94

ANNA JACEK, BARBARA ZYCH
Standard wykonywania zawodu położnej w stanach nagłych w neonatologii – ocena obowiązującego stanu prawnego 102

MARIA JĘDRZEJCZAK
Współpraca z obywatelami podczas wydawania aktów legislacji administracyjnej – perspektywa polska i unijna 117

KRYSTIAN NOWAK
Legal status of judges in the Republic of Kosovo. Theoretical and legal analysis 130

MARIUSZ KĄDZIOŁKA
Przyspieszenie i usprawnienie postępowania apelacyjnego w świetle nowelizacji z 4 lipca 2019 r. 142

WOJCIECH J. KOSIOR
Nowa hipoteza do sporu o *pubertas* w prawie rzymskim – dyskusja z utrwalonym poglądem na temat granicy wieku 14 lat 155

MARLENA KRUSZYŃSKA-KOŚMICKA, MARCIN PRINC
Partycypacja cudzoziemców w gminach – zagadnienia administracyjnoprawne 174

IZABELA KUŁAK
Institutions authorized to prevent and combat phenomenon of corruption in Poland 194

MAREK LEWICKI
Współdziałanie w procesie stosowania prawa – krytycznie o regulacjach obowiązujących w zakresie wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych 206

ANNA ŁUKASZUK
Kondycja audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego z uwzględnieniem jakości audytu prowadzonego przez usługodawcę 228

MAGDALENA MAŁECKA-ŁYSZCZEK
Współdziałanie wewnętrzne i zewnętrzne jednostek samorządu terytorialnego – zagadnienia wybrane 246

PATRYK MASŁOWSKI
Zapewnienie bezpieczeństwa w sporcie w odniesieniu do wybranych zadań oraz statusu prawnego polskiej agencji antydopingowej 259

KATARZYNA MIASKOWSKA-DASZKIEWICZ
Obowiązkowe szczepienia ochronne a formalna przesłanka klauzuli limitacyjnej konstytucyjnych praw i wolności 268

ANDRZEJ NOWAK
Pojedynek – uprzywilejowane zabójstwo 282

BEATA NUZZO
La libertá economica durante il COVID-19 in Italia – i condizionamenti e limitazioni 292

KAROL OLEJNIK
Prawo właściwe dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej, ze szczególnym uwzględnieniem umów licencyjnych 306

SŁAWOMIR PAWŁOWSKI
Umowa publicznoprawna – niewykorzystana szansa 320

BARBARA PIETRZYK-TOBIASZ
Indywidualny plan badawczy w świetle ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce – teoria i praktyka 333

DOROTA PRZEKLASA
Współpraca między publicznymi służbami zatrudnienia a agencjami zatrudnienia w zakresie realizacji polityki rynku pracy 346

ŁUKASZ SOWUL
Konwalidacja nieuchylenia cywilnego wyroku zaocznego w wyroku kończącym sprawę 362

MILAN SUDZINA
Zabezpečovacie opatrenia podľa civilného sporového poriadku 372

MARCIN TOMASIEWICZ
Polityczno-prawne inspiracje teologii trynitarnej Tertuliana 383

ARTUR TRUBALSKI
Konstytucyjne mechanizmy zapewnienia bezpieczeństwa państwa w kontekście ochrony praw człowieka 405

DOROTA WILKOWSKA-KOŁAKOWSKA
Udział organizacji zawodowych w kontroli nad należytym wykonywaniem zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami po deregulacji w Polsce na tle rozwiązań brytyjskich 415

IWONA WRZEŚNIEWSKA-WAL
Rola podmiotów leczniczych w procesie zmian legislacyjnych na przykładzie działań związanych z epidemią wirusa SARS-CoV-2 431

GRZEGORZ ZIELIŃSKI
Wyzwania i przeszkody w realizacji współpracy w transgranicznej administracji służby zdrowia 442

AFILIACJE 456

ISSN 2720-0574

CONTENTS

JAN BASTA
Evidence from an opinion of a scientific or research and development institute with particular emphasis on the application of disciplinary measures 11

ANNA DZIERŻAK
Admissibility of seizure of movable property in court enforcement 24

GABRIELA FERET
Invocation of the GATT security exception after the Russia – Traffic in Transit case 36

PAWEŁ GACEK
Time limit for filing a statement of waiver of appeal 47

ZUZANNA B. GĄDZIK
Criminal Assessment of resisting and combating potential danger from animals 63

WOJCIECH GONET
Sale and lease of an enterprise including agricultural property. Civil law and tax problems 80

ANNA HADAŁA-SKÓRA
Declaration of a state of emergency in the Czech Republic in 2020 – overview of the issues 94

ANNA JACEK, BARBARA ZYCH
Standard for the profession of a midwife in neonatal emergency – assessment of the current legal status 102

MARIA JĘDRZEJCZAK
Cooperation with citizens in issuing acts of administrative legislation – Polish and EU perspective 117

KRYSTIAN NOWAK
Legal status of judges in the Republic of Kosovo. Theoretical and legal analysis 130

MARIUSZ KĄDZIOŁKA
Expediting and improving the appeal procedure in the light of amending act of July 2019 142

WOJCIECH J. KOSIOR
A new hypothesis for the dispute over *pubertas* in Roman Law – a discussion with the established opinion on the age limit of 14 years 155

MARLENA KRUSZYŃSKA-KOŚMICKA, MARCIN PRINC
Participation of foreigners in communes – administrative and legal issues 174

IZABELA KUŁAK
Institutions authorized to prevent and combat phenomenon of corruption in Poland 194

MAREK LEWICKI
Cooperation in process of applying of the law – critically about regulations applicable to the issuing of permits for the sale of alcoholic beverages 206

ANNA ŁUKASZUK
Condition of internal audit in local government units in regard to the quality of the audit conducted by the service provider 228

MAGDALENA MAŁECKA-ŁYSZCZEK
Internal and external cooperation of local government units – selected remarks 246

PATRYK MASŁOWSKI
Ensuring safety in sport in relation to selected tasks and the legal status of the Polish Anti-doping Agency 259

KATARZYNA MIASKOWSKA-DASZKIEWICZ
Mandatory preventive vaccinations and the formal premise of the limitation clause of constitutional rights and freedoms 268

ANDRZEJ NOWAK
A duel – a privileged way of killing 282

BEATA NUZZO
Economic freedom during the COVID-19 in Italy – conditioning and limitations 292

KAROL OLEJNIK
Law applicable to the contractual obligations in intellectual property law, with emphasis on license agreements 306

SŁAWOMIR PAWŁOWSKI
Public law contract – untapped potential 320

BARBARA PIETRZYK-TOBIASZ
Individual research plan in the light of the Higher Education and Science Act – theory and practice 333

DOROTA PRZEKLASA
Cooperation between public employment services and employment agencies in the implementation of labour market policies 346

ŁUKASZ SOWUL
Validation of non-revocation of the civil default judgment in the judgment closing the case 362

MILAN SUDZINA
Precautionary measures under the civil procedure code 372

MARCIN TOMASIEWICZ
Political and legal inspirations of Tertulian's theology of the Trinity 383

ARTUR TRUBALSKI
Constitutional mechanisms of state security in the context of human rights protection 405

DOROTA WILKOWSKA-KOŁAKOWSKA
The participation of professional organizations in the control of the proper exercise of real estate professions after deregulation in Poland in comparison with British solutions 415

IWONA WRZEŚNIEWSKA-WAL
The role of medical entities in the process of legislative changes on the example of activities related to the SARS-COV-2 virus epidemic 431

GRZEGORZ ZIELIŃSKI
Challenges and obstacles in implementing cooperation in cross-border administration of health care 442

AFFILIATIONS 456

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.1

Jan Basta

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-4572-9589

DOWÓD Z OPINII INSTYTUTU NAUKOWEGO LUB NAUKOWO-BADAWCZEGO, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM PROBLEMATYKI STOSOWANIA ŚRODKÓW DYSCYPLINUJĄCYCH

Wprowadzenie

W wypadkach wymagających wykorzystania w postępowaniu cywilnym wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii (art. 278 § 1 k.p.c.[1]). Może również zażądać opinii odpowiedniego instytutu naukowego lub instytutu naukowo-badawczego (art. 290 § 1 k.p.c.). Dowód ten przeprowadzany jest w tych sprawach, w których podlegający ocenie sądu problem ze względu na jego złożoność wymaga wyjaśnienia przez specjalistów o szczególnie wysokim stopniu przygotowania praktycznego i teoretycznego oraz gdy konieczne jest wykorzystanie najnowszych badań naukowych[2].

Osoba wyznaczona przez sąd na biegłego, która przyjęła włożony na nią obowiązek, zobligowana jest do wykonywania łączących się z funkcją biegłego obowiązków pod rygorem zastosowania wobec niej wskazanych w ustawie środków dyscyplinujących. W przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa, nieuzasadnionej odmowy złożenia przyrzeczenia lub opinii albo za nieusprawiedliwione opóźnienie w złożeniu opinii ustawodawca w art. 287 k.p.c. przewidział w stosunku do biegłych sankcję w postaci grzywny. W odniesieniu zaś do instytutu naukowego oraz naukowo-badawczego nie wprowadził analogicznej regulacji, która przewidywałaby możliwość dyscyplinowana tych jednostek jako takich. To z kolei rodzi pytanie o to, czy i wobec kogo należy stosować przewidziane w art. 287 k.p.c. środki w przypadku, gdy przeprowadzany jest dowód z opinii odpowiedniego instytutu.

[1] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2020, poz. 1575).
[2] Zob. wyrok SN z dnia 24 czerwca 1981 r., sygn. IV CR 215/81, OSPiKA 1982, nr 7–8, poz. 121.

Dowód z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego jako dowód z opinii biegłego

Instytucja biegłego ustanowiona została dla zapewnienia należytego funkcjonowania organów szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości i zabezpieczenia warunków prawidłowego wypełniania przez te organy ich ustawowych zadań[3].

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą opinia biegłego służy stworzeniu sądowi orzekającemu możliwości prawidłowej oceny materiału procesowego w wypadkach, kiedy ocena ta wymaga wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 278 k.p.c., a więc wiedzy wykraczającej poza objętą zakresem wiedzy ogólnej, powszechnej. Chodzi zatem o wiadomości, które są w posiadaniu fachowców z danej dziedziny[4]. Zadaniem biegłego zasadniczo nie jest poszukiwanie dowodów i okoliczności mających uzasadniać argumentację stron procesu, lecz dokonanie oceny przedstawionego materiału z perspektywy posiadanej wiedzy naukowej, technicznej lub branżowej[5].

Obowiązkiem powołanego biegłego jest udzielenie sądowi na podstawie posiadanych wiadomości fachowych i doświadczenia zawodowego informacji i danych niezbędnych do ustalenia oraz oceny okoliczności sprawy. Jakkolwiek opinia biegłego jest oparta na wiadomościach specjalnych, to podlega ona ocenie sądu w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał, a zatem na tle tego materiału dowodowego konieczne jest stwierdzenie, czy ustosunkowała się ona do wynikających z innych dowodów faktów mogących stanowić podstawę ocen w opinii zawartych oraz czy opierając się na tym materiale, w sposób logiczny i jasny przedstawia tok rozumowania prowadzący do sformułowanych w niej wniosków[6].

Rola biegłego w procesie ogranicza się zatem jedynie do wyjaśnienia niekiedy skomplikowanego stanu faktycznego. W zakresie czynności biegłego nie leży wejście w kompetencje sądu, tj. rozstrzygnięcie sporu, tylko objaśnienie stronom oraz organowi procesowemu zawiłości oraz niejasności danej sprawy. Równocześnie po wydaniu danej opinii sąd bada, czy jej wnioski są logiczne oraz znajdują potwierdzenie w przeprowadzonych przez biegłego badaniach w danym stanie faktycznym z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Reasumując, opinia biegłego ma za zadanie ułatwić składowi orzekającemu dokonanie należytej oceny przedstawionego stanu faktycznego. Stanowi ona zatem pomoc dla sądu w pojęciu i ocenie faktów, których organ procesowy samodzielnie może nie zrozumieć i niewłaściwie je ocenić[7]. Porównywanie roli sędziego

---

[3] J. Dzierżanowska, J. Studzińska, *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecznictwem*, Warszawa 2016, s. 17.

[4] Z. Drożdżejko, *Wpływ procesu opiniowania na czas trwania postępowania cywilnego* [w:] *Rola biegłych we współczesnych postępowaniach sądowych*, red. D. Gil, P. Rogowski, Lublin 2019, s. 423.

[5] Wyrok SA w Łodzi z dnia 13 października 2016 r., sygn. I ACa 432/16, Lex nr 2162983.

[6] Wyrok SA w Białymstoku z dnia 20 września 2018 r., sygn. I ACa 218/18, Lex nr 2574896.

[7] J. Misztal-Konecka, *Proces cywilny a opinia biegłego wydana w innym postępowaniu*, „Przegląd Sądowy" 2012, nr 11–12, s. 57–58.

i biegłego w procesie nie może jednak prowadzić do konkluzji, że skład orzekający wchodzi w kompetencje biegłego w zależności od swego swobodnego uznania. Sąd wobec tego nie może zastępować wniosków wynikłych z opinii swoimi ustaleniami, które nie są poparte faktami[8].

Z kolei potrzeba zasięgnięcia opinii placówki naukowej lub naukowo-badawczej pojawia się wyjątkowo, w szczególności gdy podlegający ocenie sądu problem wymagać będzie wiadomości specjalistów o szczególnie wysokim stopniu przygotowania praktycznego lub teoretycznego i gdy konieczne będzie do sporządzenia opinii wykorzystanie rezultatów najnowszych badań naukowych[9]. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy zostały wydane sprzeczne opinie biegłych. Sąd ma wówczas obowiązek zwrócić się do instytutu naukowego lub naukowo-badawczego o przedstawienie opinii[10]. Obowiązek, o którym mowa powyżej, ma miejsce, gdy opinia, którą dysponuje sąd, zawiera istotne luki, ponieważ nie odpowiada ona na postawione tezy dowodowe. Co więcej, sąd zwraca się do instytutu naukowego lub naukowo-badawczego w przypadku, gdy opinia jest niejasna, czyli nienależycie uzasadniona lub niedająca się zweryfikować. Dzieje się tak, gdy przedstawiona przez biegłego analiza nie pozwala organowi orzekającemu skontrolować jego rozumowania co do trafności jego wniosków[11]. Natomiast nie można mówić o konieczności zwrócenia się do instytutu o wydanie opinii, kiedy ta już wydana opinia zalegająca w aktach sprawy jest niekorzystna dla strony. Istotny także z uwagi na potrzebę zasięgnięcia opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego jest wymóg przeprowadzenia badań laboratoryjnych lub doświadczalnych[12].

Przepisy k.p.c. nie zawierają w swoim zbiorze definicji legalnej instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Definicję taką ustawodawca zamieścił w przepisach ustawy z dnia 10 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych[13]. Zgodnie z art. 1 ust. 1 InBadU instytutem badawczym jest państwowa jednostka organizacyjna wyodrębniona pod względem prawnym, organizacyjnym oraz ekonomiczno-finansowym, która prowadzi badania naukowe i prace rozwojowe ukierunkowane na ich wdrożenie i zastosowanie w praktyce, zwana dalej instytutem. Instytut nabywa osobowość prawną z chwilą wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego. Stosownie z art. 2 ust. 1 InBadU do podstawowej działalności instytutu badawczego należy: prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych, przystosowanie wyników badań naukowych i prac rozwojowych do potrzeb nauki oraz wdrażanie wyników badań naukowych i prac rozwojowych.

---

[8] J. Derlatka, *Świadek-ekspert na tle projektowanych przepisów o dowodach w postępowaniu uproszczonym*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 7, s. 365.

[9] A. Marciniak, komentarz do art. 290 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz. Art. 205[1]–424[12]*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, Legalis, Nb. 2.

[10] Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2011 r., sygn. II UK 160/10, Lex nr 786386.

[11] Wyrok SA w Gdańsku z dnia 14 listopada 2018 r., sygn. V ACa 16/18, Lex nr 2638969.

[12] Wyrok SN z dnia 12 maja 1999 r., sygn. II UKN 629/98, PPiPS 2000, nr 5–6, s. 105.

[13] Dz.U. 2012, nr 96, poz. 620 ze zm. (dalej: InBadU).

Instytut badawczy podlega obowiązkowemu wpisowi do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego i z tą chwilą uzyskuje osobowość prawną. Wpis do rejestru ma charakter konstytutywny. Postanowienie sądu rejestrowego o wpisie instytutu badawczego do rejestru jest skuteczne i wykonalne z chwilą jego wydania (art. 694^5 § 2 k.p.c.). W praktyce oznacza to, że wszelkie dane zawarte w postanowieniu podlegają wprowadzeniu do rejestru bez oczekiwania na uprawomocnienie się postanowienia[14].

Ustawa o instytutach badawczych zawiera także szereg możliwości działania dla instytutu badawczego w związku z funkcjonowaniem danej jednostki. Między innymi instytut w ramach swojej działalności może upowszechniać wyniki badań naukowych i prac rozwojowych, wykonywać badania i analizy oraz opracowywać opinie i ekspertyzy w zakresie prowadzonych badań naukowych i prac rozwojowych. Może również prowadzić działalność w zakresie informacji naukowej, technicznej i ekonomicznej, wynalazczości oraz ochrony własności przemysłowej i intelektualnej. W ramach aktywności instytutu badawczego mieści się też możliwość organizowania nauki w szkole doktorskiej i na studiach podyplomowych związanymi z prowadzonymi przez instytut badaniami naukowymi i pracami rozwojowymi, a także prowadzić inne formy kształcenia. Jest to przykładowy katalog działalności instytutów. Szersze wyliczenie zawiera przywołany akt normatywny.

Analizowana ustawa stworzyła również możliwość współpracy instytutów z sektorem prywatnym. Wprowadziła możliwość komercjalizacji i prywatyzacji instytutów, a co więcej – na jej gruncie dopuszczalne jest tworzenie spółek w celu rozpowszechnienia wyników badań naukowych[15].

Sąd Najwyższy w orzecznictwie rozszerzył zakres stosowania art. 290 § 1 k.p.c., wskazując, że podstawowym kryterium pozwalającym przyjąć, że dany podmiot należy uznać za instytut, o którym mowa w tym artykule, jest prowadzenie przez niego badań naukowych, w związku z czym tym instytutem w rozumieniu cytowanej regulacji może być też spółka z ograniczoną odpowiedzialnością[16].

Zgodnie z utrwalona linią orzeczniczą Sądu Najwyższego opinia instytutu naukowego (naukowo-badawczego) nie jest odrębnym środkiem dowodowym, lecz odmianą dowodu z biegłych[17]. Również doktryna jednoznacznie wypowiada się o tym, że dowód ten nie stanowi odrębnego od dowodu z opinii biegłego środka dowodowego[18]. Przede wszystkim należy dowód z opinii instytutu postrzegać

---

[14] D. Michta, komentarz do art. 1 [w:] *Ustawa o instytutach badawczych. Komentarz*, red. D. Michta, Warszawa 2013, Lex, Nb. 3.

[15] M. Citak, *Instytuty badawcze jako forma działalności naukowej i gospodarczej państwa – problematyka pozycji i formy prawnej*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu" 2015, nr 4, s. 67.

[16] Postanowienie SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., sygn. III CSK 7/09, OSG 2010, nr 10, s. 16.

[17] Postanowienie SN z dnia 6 grudnia 2019 r., sygn. V CSK 206/19, Lex nr 2770252.

[18] Szerzej na ten temat: N. Krej, *Opinia instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, przeprowadzona w postępowaniu cywilnym, jako odmiana dowodu z opinii biegłych – uwagi wybrane* [w:] *Rola biegłego w postępowaniach sądowych*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, Wrocław 2016, s. 151 i n.

w kategoriach odmiany dowodu z opinii biegłego, ponieważ opracowywana opinia jest przygotowywana kolegialnie przez biegłych posiadających odpowiednią wiedzę oraz cechujących się wysokim stopniem przygotowania teoretycznego oraz praktycznego[19]. Nie bez znaczenia jest fakt, że dowód z opinii instytutu naukowego podlega ocenie na podstawie tych samych kryteriów co opinia biegłego[20]. Opinia instytutu naukowego lub naukowo-badawczego jest szczególnym środkiem dowodowym, o randze wyższej w stosunku do zwykłego dowodu z opinii biegłego, co m.in. wynika z tego, że korzysta ona z renomy i autorytetu naukowego tego instytutu[21]. Z uwagi na powyższe czas sporządzenia opinii przez instytut jest znacznie dłuższy niż w przypadku „zwykłego" biegłego, wyższe są także koszty. Dlatego też sąd z rozwagą powinien decydować o przeprowadzeniu tego tej odmiany dowodu z uwagi na możliwość narażenia się na przewlekłość postępowania[22].

Konieczność przeprowadzenia takiej opinii wyłania się, kiedy przeprowadzone już opinie okazały się sprzeczne, albo też w przypadku, gdy dany stan faktyczny wymaga przeprowadzenia badań[23]. Dowód ten pozwala na wykorzystanie bogatego potencjału intelektualnego oraz możliwości technicznych, a także technologicznych jednostek, które dysponują wysokiej klasy środkami badawczymi oraz wydają opinie zespołowo po wspólnym przeprowadzeniu skomplikowanych badań[24]. Opinia instytutu naukowego, o czym już było wspomniane, stanowi odmianę dowodu z opinii biegłego. Celowość tych środków wyznacza potrzeba zaczerpnięcia przez sąd wiadomości specjalnych[25]. Istotne jest, że niezbędne dla postępowania wiadomości specjalne muszą być na najwyższym poziomie merytorycznym bądź gdy sporządzenie opinii wymaga specjalistycznej aparatury badawczej, którą dysponuje instytut[26].

Regulacje dotyczące dowodu z opinii biegłego sądowego i dowodu z opinii instytutu naukowego w znacznej mierze pokrywają się ze sobą[27]. Opinia instytutu powinna zawierać oprócz wymogów z art. 285 k.p.c. wskazanie osób, które ją przeprowadziły i wydały[28]. Opinia instytutu wydana na żądanie sądu (art. 290 § 1 k.p.c.) powinna być podjęta kolektywnie, po wspólnym przeprowadzeniu badania, oraz powinna wyrażać stanowisko nie poszczególnych osób, lecz instytutu, który

---

[19] A. Klich, K. Ziemianin, komentarz do art. 290 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2020, Legalis, Nb. 1.

[20] Wyrok SA w Gdańsku z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III AUa 2048/12, Lex nr 1428003.

[21] Postanowienie SN z dnia 9 października 2020 r., sygn. V CSK 53/20, Lex nr 3076396.

[22] N. Krej, *Opinia instytutu*…, s. 159.

[23] Wyrok SN z dnia 28 sierpnia 2009 r., sygn. III CSK 98/08, Lex nr 450157.

[24] M. Sieńko, art. 290 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. M. Manowska, Lex, Nb. 1.

[25] J. Derlatka, *Wykorzystanie dowodu z opinii biegłego sporządzonej w innej sprawie w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy" 2018, nr 7–8, s. 123.

[26] A. Partyk, *Dowód z opinii instytutu naukowego (art. 290 k.p.c.) w świetle orzecznictwa sądowego – wybrane zagadnienia*, „Roczniki Administracji i Prawa" 2019, R. XIX, s. 139.

[27] *Ibidem*, s. 142.

[28] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2019 r., sygn. I AUa 706/17, Lex nr 2728213.

te osoby reprezentują[29]. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą aby opinia instytutu naukowego mogła spełniać przesłanki z art. 290 § 1 k.p.c., powinna być przygotowana przez co najmniej dwie osoby – pracowników naukowych danej jednostki badawczej[30]. Opinia przeprowadzona przez instytut powinna wyrażać stanowisko danej instytucji (jako takiej), zatem powinna być podpisania przez osoby, które przeprowadziły nad nią badania, oraz tę właściwą osobę do reprezentowania instytutu[31].

Opinia biegłego natomiast sporządzona jest przez oznaczoną osobę i w jej imieniu. Opinia instytutu z kolei musi być przeprowadzona kolegialnie oraz wyrażać poglądy nie konkretnych pracowników, a instytutu jako całości[32]. Sąd, przeprowadzając dowód z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, może zażądać dodatkowych wyjaśnień, pisemnych bądź ustnych przez wyznaczoną do tego osobę. Równocześnie sąd może zarządzić złożenie dodatkowej opinii przez ten sam lub inny instytut (art. 290 § 1 zd. 2 k.p.c. oraz § 3 tego artykułu). Regulacja ta jest tożsama z opisaną w art. 286 k.p.c., a stosowaną wobec „zwykłego" biegłego. Tak samo przepisy dotyczące wyłączenia biegłego odnoszą się do wyłączenia instytutu (art. 290 § 5 k.p.c. w zw. z art. 281 k.p.c.) oraz co do prawa do wynagrodzenia za sporządzoną opinię.

Strona tak samo jak w przypadku biegłego może żądać wyłączenia instytutu naukowego lub naukowo-badawczego zgodnie z art. 290 § 5 k.p.c. Przepisy bowiem odsyłają do treści art. 281 k.p.c., który wskazuje na przesłanki wyłączenia „pojedynczego" biegłego. Zgodnie z nimi wyłączenia biegłego można się domagać, kiedy istnieje okoliczność tego rodzaju, która mogłaby wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności biegłego w danej sprawie[33]. Przy czym w przypadku ponownego opiniowania co do tych samych okoliczności biegły powinien podlegać wyłączeniu[34]. Nadmienić należy, że w przypadku art. 281 § 1 k.p.c. w zw. z art. 48 k.p.c. (*iudex inhalilitis*) biegły wyłączony jest z mocy ustawy, na co słusznie wskazuje J. Derlatka[35].

Podsumowując, opinia instytutu naukowego lub naukowo-badawczego ma zastosowanie w sytuacjach, gdy wysoce wyspecjalizowana jednostka autorytetem zawodowym swoich pracowników ma spełnić funkcję „najwyższego" eksperta w wyjaśnieniu wątpliwości i rozbieżności między stanowiskami zajętymi przez biegłych. Nie jest „superdowodem", którym sąd rozpoznający sprawę byłby związany[36]. Sam dowód w postaci opinii jest w istocie zbliżony do dowodu z opinii biegłego, natomiast nie może być z nim w pełni utożsamiany choćby z uwagi na kolektywność przeprowadzenia opinii przez instytut. Wspomniane orzecznictwo

[29] Wyrok SN z dnia 12 grudnia 2008 r., sygn. II CSK 387/08, Lex nr 577170.

[30] Wyrok SN z dnia 28 września 1965 r., sygn. II PR 321/65, OSNC 1966/5/84.

[31] Postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. I ACz 826/12, Lex nr 1267392.

[32] Wyrok SA w Poznaniu z dnia 12 czerwca 2019 r., sygn. III AUa 706/17, Lex nr 2728213.

[33] J. Misztal-Koncecka, *Znaczenie tzw. opinii prywatnych dla postępowania cywilnego*, „Monitor Prawniczy" 2013, nr 2, s. 72.

[34] J. Derlatka, *Świadek-ekspert*…, s. 367.

[35] J. Derlatka, *Wykorzystanie dowodu*…, s. 131.

[36] Wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. I PKN 5/00, Lex nr 1165859.

wskazuje, że opinia opracowana przez instytut powinna się cechować zdecydowanie wyższym poziomem wiadomości specjalnych niż opinia przeprowadzona przez pojedynczego biegłego[37].

Odpowiedzialność biegłych na gruncie przepisów k.p.c.

Stosownie do treści art. 6 k.p.c. sądy powinny przeciwdziałać przewlekaniu postępowania. Jednym ze środków służących do wcielenia w życie tej zasady procesowej jest grzywna przewidziana m.in. w art. 287 k.p.c. Opóźnienie złożenia opinii przez biegłego stanowi poważne uchybienie i jest jedną z przyczyn przewlekania procesu[38]. Istotne jest bowiem, że jedną z kluczowych reguł procesu cywilnego jest dbałość przez sąd o szybkość i ekonomię całego postępowania[39].

Treść art. 287 k.p.c. wskazuje, że za nieusprawiedliwione niestawiennictwo, nieuzasadnioną odmowę złożenia przyrzeczenia lub opinii albo nieusprawiedliwione opóźnienie złożenia opinii sąd skaże biegłego na grzywnę[40]. Przy czym istotne jest, że przeszkoda w sporządzaniu opinii musi być obiektywna – niezależna od biegłego. Tylko bowiem bezpodstawne uchylanie się od obowiązku sankcjonowane jest karą[41]. Obiektywnymi przeszkodami uniemożliwiającymi wydanie opinii może być długotrwała choroba, wyjazd, brak wiadomości specjalnych oraz nadmierne obciążenie zleconymi opiniami[42].

Powyższy przepis ma na celu dyscyplinowanie niefrasobliwych biegłych, których sąd może skazać na grzywnę w przypadku ziszczenia się przesłanek przewidzianych w tym artykule. Istotne jest, że wspomniana sankcja to jedyny środek przymusu dostępny sądowi w stosunku do biegłego[43]. Biegłego, który nie wykonał obowiązków nałożonych przez sąd, można ukarać grzywną i kosztami postępowania, jeśli koszty powstały na skutek niewykonania przez biegłego obowiązków[44]. W stosunku do biegłych nie wolno stosować przymusowego sprowadzenia ani kary aresztu, które są dopuszczalne w przypadku dyscyplinowania świadka[45].

---

[37] A. Partyk, *Dowód z opinii*…, s. 152.

[38] Postanowienie SN z dnia 22 grudnia 1971 r., sygn. II CZ 169/71, Lex nr 7041.

[39] P. Osowy, *Sądowa kontrola decyzji administracyjnej w procesie cywilnym (problemy graniczne) – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2020, nr 4, s. 70.

[40] W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2016, s. 272.

[41] J. Turek, *Biegły sądowy i jego czynności*, „Monitor Prawniczy" 2007, nr 24, s. 1365.

[42] J. Misztal-Konecka, *Wyłącznie biegłego w postępowaniu cywilnym*, „Monitor Prawniczy" 2013, nr 19, s. 1023.

[43] K. Knoppek, *Rozgraniczenie dowodu z zeznań świadków i dowodu z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 1984, nr 4, s. 125.

[44] H. Wiśniewska-Śliwińska, J.T. Marcinkowski, *Biegły sądowy – tryb powołania, wymagania, obowiązki*, „Orzecznictwo Lekarskie" 2011, nr 8, s. 38.

[45] K. Knoppek, *Rozgraniczenie dowodu*…, s. 125.

Zgodnie z art. 163 k.p.c. grzywna nie może przekraczać 3 tys. zł. W doktrynie przyjmuje się, że jest to kwota maksymalna, równocześnie gdy grzywna jest wymierzana kilkakrotnie w stosunku do tej samej osoby[46]. Grzywny ściąga się w drodze egzekucji sądowej na rzecz Skarbu Państwa. Na postanowienie o skazaniu biegłego na grzywnę służy zażalenie[47], które zgodnie z reformą dokonaną ustawą z dnia 4 lipca 2019 r.[48] rozpoznaje sąd I instancji w składzie trzech sędziów (art. 394^{1a} § 1 pkt 6 k.p.c.).

Problem dyscyplinowania instytutu naukowego lub naukowo-badawczego jako biegłego

W przepisach k.p.c. nie ma regulacji, która *expressis verbis* świadczyłaby o możliwości ukaraniu instytutu jako takiego. W przypadku zatem opóźnienia instytutu w związku z nieusprawiedliwioną przewlekłością np. co do złożenia opinii bądź też nieusprawiedliwionego niestawiennictwa osób, które sporządziły opinię w imieniu instytutu, czy też nieuzasadnioną odmowę złożenia opinii powstaje zagadnienie, czy i kogo zdyscyplinować przy użyciu dostępnych w ustawie środków.

W doktrynie funkcjonują dwa sprzeczne ze sobą stanowiska co do dyscyplinowania instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Pierwsze zakłada, że grzywna w przypadku nieusprawiedliwionego opóźnienia, nieusprawiedliwionego niestawiennictwa osoby wezwanej przez sąd czy też nieusprawiedliwionej odmowy złożenia opinii powinna być nałożona na osobę uprawnioną do reprezentacji instytutu (w szczególności w przypadku nieusprawiedliwionego opóźnienia w wydaniu opinii) bądź na osobę wyznaczoną celem złożenia ustnych wyjaśnień, która bez usprawiedliwienia nie stawiła się na rozprawie. Wyraził ją M. Łochowski[49].

Odmienne natomiast stanowisko zaprezentował P. Banach, który podzielił przepisy dotyczące biegłych na te, które mogą mieć skutek co do opinii instytutu (wyznaczenie i powołanie biegłego oraz formalna strona opinii), oraz te, które nie mogą mieć skutku co do opinii instytutu (składanie przyrzeczenia, wyłączenie biegłego, udział w postępowaniu, odmowa wydania opinii czy skazanie na grzywnę)[50]. Zdaniem tego autora niedopuszczalne jest nałożenie grzywny na instytut, bowiem

[46] J. Bodio, art. 163 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I: *Art. 1–729*, red. A. Jakubecki, Lex, Nb. 1.

[47] M. Piekarski, *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, „Palestra" 1960, nr 3, s. 17.

[48] Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2019, poz. 1469).

[49] M. Łochowski [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505^{39}*, t. I, red. T. Szanciło, Warszawa 2019, Legalis, Nb. 1.

[50] P. Banach, *Dowód z opinii instytutu naukowego i naukowo-badawczego* [w:] *Rola biegłego we współczesnym procesie*, red. J. Turek, Warszawa 2002, s. 37.

ustawodawca wprost nie wyraził, kogo w takiej sytuacji należy ukarać – czy pracownika jednostki wydającej opinię, czy kierownika danej placówki[51].

Odnosząc się do prezentowanych w literaturze stanowisk, należy wykluczyć brak możliwości dyscyplinowania instytutu w przypadku nieusprawiedliwionego opóźnienia w złożeniu opinii, nieusprawiedliwionej odmowy jej złożenia lub nieusprawiedliwionego niestawiennictwa osoby wezwanej przez sąd. Przyjęcie takiego poglądu oznaczałoby bowiem, że instytut jako podmiot wydający opinię byłby co do zasady „bezkarny". Tym samym sąd dysponowałby środkami dyscyplinowania biegłego jako osoby fizycznej, a nie miałby takich możliwości w przypadku instytutu, przez co ten mógłby pozwolić sobie na przewlekłość w sporządzaniu opinii. Takim „komfortem" natomiast nie mógłby się pochwalić inny biegły, co do którego sąd posiada wyrażone w ustawie środki dyscyplinujące. Biorąc pod uwagę powyższe, słuszne wydaje się stanowisko przyjmujące, że w przypadku, o którym mowa w art. 287 k.p.c., grzywnę należy nałożyć na kierownika danej jednostki, zaś w przypadku niestawiennictwa przed sądem osób, które sporządzały opinię – na właściwe osoby. W pierwszym przypadku (tj. nieusprawiedliwionego opóźnienia oraz nieusprawiedliwionej odmowy złożenia opinii) konieczne wydaje się ukaranie kierownika danej jednostki bądź osoby upoważnionej do reprezentowania instytutu na zewnątrz. Grzywna dla tych podmiotów jest uzasadniona, ponieważ są one przełożonymi właściwych biegłych, którzy mieliby sporządzić opinię instytutu, oraz reprezentują daną jednostkę. Istotne jest także, że osoby te (upoważnione do reprezentowania instytutu) muszą podpisać się na sporządzonej opinii, decydują zatem o jej zaakceptowaniu w imieniu podmiotu wydającego opinię. Natomiast samo ukaranie grzywną osób, które miałyby opracować opinię, nie znajduje uzasadnienia, bowiem może je łączyć z instytutem stosunek prawny (umowa o pracę bądź umowa cywilnoprawna), na podstawie którego sami nie decydują, dla kogo oraz w jakim terminie mają sporządzić daną opinię oraz czy opinia zostanie zaakceptowana przez przełożonych. Niezasadne zatem byłoby karanie tych osób w przypadku nieusprawiedliwionego opóźnienia oraz nieusprawiedliwionej odmowy złożenia opinii.

Istotne jest też to, że opinia instytutu jest odmianą opinii biegłego. Przed opinią instytutu są stawiane takie same wymagania (co do formy) jak przed opinią biegłego. Również opinia instytutu jest oceniana przez sąd pod tym samym kątem co opinia „zwykłego" biegłego. Skoro opinia instytutu jest odmianą opinii biegłego, a nie odrębnym środkiem dowodowym, właściwym rozwiązaniem jest stosowanie wobec instytutu środków służących do dyscyplinowaniu biegłego. Nie można pominąć tego, że sporządzenie opinii przez instytut jest zdecydowanie bardziej czasochłonne niż w przypadku „zwykłego" biegłego. Dlatego też, jak powyżej wspominano, sąd, dopuszczając ten rodzaj dowodu z opinii biegłego, może narazić się na przewlekłość postępowania. Wobec tego istnieje zasadność i potrzeba stosowania środków

[51] *Ibidem*.

dyscyplinujących wobec instytutu w przypadku, kiedy zobowiązany do sporządzenia opinii instytut bez usprawiedliwienia opóźnia się z jej złożeniem.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, że jeśli powstaje konieczność zdyscyplinowania instytutu jako całości, tj. w przypadku nieusprawiedliwionego niezłożenia opinii czy też nieusprawiedliwionego opóźnienia w złożeniu opinii, zachodzi podstawa do nałożenia grzywny na organ (tj. np. kierownika) instytutu uprawniony do jego reprezentowania na zewnątrz. Opinia instytutu powinna zawierać, jak wcześniej wspomniano, oprócz podstawowych wymogów dotyczących opinii, podpisy osób, które przeprowadziły badania, oraz podpis kierownika bądź innej osoby upoważnionej do reprezentowania instytutu na zewnątrz. Organ danego instytutu jest zatem odpowiedzialny za przeprowadzenie oraz terminowe złożenie opinii do sądu. Nieusprawiedliwione niezłożenie opinii w terminie czy też nieusprawiedliwiona odmowa złożenia opinii pociągać będzie odpowiedzialność organu kierującego daną instytucją w kontekście grzywny określonej w art. 287 k.p.c. w zw. z art. 163 § 1 k.p.c. Nie bez znaczenia jest też fakt, że opinia instytutu jest odmianą opinii biegłego. Wobec tego środki dostępne do dyscyplinowania biegłych znajdują zastosowanie w stosunku do instytutu. Natomiast w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa osoby wezwanej przez sąd zasadne wydaje się ukaranie osoby wskazanej przez instytut zgodnie z art. 290 § 4 k.p.c. W danym przypadku osoby reprezentujące instytut nie mają wpływu na to, czy wyznaczone osoby stawią się zgodnie z wezwaniem sądu. Wobec tego wówczas grzywna należy się bezpośrednio wezwanej osobie, a nie instytutowi jako takiemu.

Istotna jest także okoliczność, że stosownie do treści art. 38 k.c.[52] osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. „Działanie" w kontekście tego artykułu należy rozumieć jako podejmowanie czynności w stosunkach wewnętrznych osoby prawnej, jak i na zewnątrz – wobec osób trzecich[53]. Wszelkie czynności dokonywane są przez umocowane organy, a dopiero ich skutki przypisywane są osobie prawnej[54]. Zgodnie z teorią organów osoby prawnej opartą na unormowaniu art. 67 § 1 k.p.c. i art. 38 k.c. do podjęcia decyzji i wyrażenia woli osoby prawnej powołane są osoby fizyczne wchodzące w skład jej organu i działanie tych osób traktowane jest jako działanie organu osoby prawnej. Ponieważ osoby prawne dokonują czynności procesowych poprzez organy uprawnione do działania w ich imieniu, zachodzi ścisłe powiązanie zdolności procesowej osoby prawnej z posiadaniem przez nią takiego organu[55].

Jak podnoszono tytułem wprowadzenia, instytut posiada osobowość prawną, dlatego też odpowiedzialność za działania danej jednostki ponosić będzie jej organ

[52] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740).

[53] K. Kopaczyńska-Pieczniak, *(Nie)zależność reprezentacji od prowadzenia spraw w handlowych spółkach osobowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2019, nr 9, s. 11.

[54] J. Mucha-Kujawa, *Teoretycznoprawne aspekty przedstawicielstwa organizacyjnego jako pragmatycznego sposobu reprezentacji osoby prawnej*, „Studia Prawnicze" 2017, nr 3, s. 151.

[55] Wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 lutego 2019 r., sygn. I ACa 295/18, Lex nr 2704176.

kierujący, mianowicie osoby zasiadające w jego składzie – zgodnie z art. 38 k.c. i art. 67 § 1 k.p.c. Wskazane zatem będzie dyscyplinowanie instytutu poprzez konkretne jednostki nim kierujące, dlatego też środki dyscyplinujące dostępne wobec „zwykłego" biegłego należy stosować również wobec instytutu, a w szczególności względem osób piastujących funkcje w organach kierowniczych danej placówki.

Podsumowanie

Podsumowując, przepisy k.p.c. nie przewidują wprost dyscyplinowania instytutu naukowego jako biegłego. Wobec tego w kontekście nieusprawiedliwionego niewydania opinii bądź opóźniania się z jej złożeniem, jak też w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa osoby wezwanej przez sąd sądowi przysługują środki do nałożenia grzywny na biegłego, który jest osobą fizyczną. W przypadku natomiast osoby prawnej (tj. instytutu) konieczne jest sankcjonowanie kierownika bądź organu kierującego daną osobą prawną wówczas, kiedy ziszczą się przesłanki, o których mowa w art. 287 k.p.c. (nieuzasadniona odmowa złożenia opinii, opóźnianie się ze złożeniem opinii). Z drugiej strony uzasadnione jest sankcjonowanie konkretnego pracownika w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa danej osoby wezwanej przez sąd. Jak bowiem wynika z obszernego orzecznictwa, opinia instytutu powinna zostać przeprowadzona wspólnie przez pracowników tej jednostki, a następnie podpisana zarówno przez nich, jak i osobę uprawnioną do reprezentowania instytutu na zewnątrz. Wówczas dyscyplinowanie pracowników z uwagi na brak legitymacji do reprezentowania instytutu jest niezasadne w kontekście opóźnienia w wydaniu opinii oraz nieuzasadnionej odmowy co do wydania opinii, natomiast w przypadku niestawiennictwa wyznaczonej przez instytut osoby wezwanej przez sąd wydaje się zasadne. Nałożenie zatem na organ uprawniony do reprezentacji na zewnątrz danej osoby prawnej grzywny z art. 287 k.p.c. pozwoli na przyspieszenie procesu w przypadku opóźnień związanych z wydaniem opinii przez instytut bądź odmowy wydania takiej opinii. Sama celowość stosowania wobec instytutu środków dyscyplinujących skierowanych do biegłego znajduje uzasadnienie w fakcie, że dowód z opinii instytutu jest odmianą dowodu z opinii biegłego. Ponadto w przypadku przewlekłości w wydawaniu opinii przez instytut pozostawałby on w zasadzie bezkarny. Należy mieć na uwadze również to, że środki dyscyplinujące określone k.p.c. wyrażone zostały w stosunku do „zwykłego" biegłego. Z tej właśnie przyczyny jedno stanowisko doktryny wykluczało stosowanie tych środków wobec instytutu naukowego lub naukowo-badawczego. Koncepcja ta jednak powoduje bezkarność instytutu, na którą nie może sobie pozwolić „zwykły" biegły będący osobą fizyczną, dlatego też znajduje potwierdzenie teza o konieczności dyscyplinowania instytutu przy użyciu środków stosowanych wobec biegłego.

Bibliografia

Banach P., *Dowód z opinii instytutu naukowego i naukowo-badawczego* [w:] *Rola biegłego we współczesnym procesie*, red. J. Turek, Warszawa 2002.

Bodio J., art. 163 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*, t. I: *Art. 1–729*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2019.

Broniewicz W., Marciniak A., Kunicki I., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2016.

Citak M., *Instytuty badawcze jako forma działalności naukowej i gospodarczej państwa – problematyka pozycji i formy prawnej*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu" 2015, nr 4.

Derlatka J., *Świadek-ekspert na tle projektowanych przepisów o dowodach w postępowaniu uproszczonym*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 7.

Derlatka J., *Wykorzystanie dowodu z opinii biegłego sporządzonej w innej sprawie w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy" 2018, nr 7–8.

Drożdżejko Z., *Wpływ procesu opiniowania na czas trwania postępowania cywilnego* [w:] *Rola biegłych we współczesnych postępowaniach sądowych*, red. D. Gil, P. Rogowski, Lublin 2019.

Dzierżanowska J., Studzińska J., *Biegli w postępowaniu sądowym cywilnym i karnym. Praktyczne omówienie regulacji z orzecznictwem*, Warszawa 2016.

Klich A., Ziemianin K., komentarz do art. 290 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2020.

Knoppek K., *Rozgraniczenie dowodu z zeznań świadków i dowodu z opinii biegłego w postępowaniu cywilnym*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 1984, nr 4.

Kopaczyńska-Pieczniak K., *(Nie)zależność reprezentacji od prowadzenia spraw w handlowych spółkach osobowych*, „Przegląd Prawa Handlowego" 2019, nr 9.

Krej N., *Opinia instytutu naukowego lub naukowo-badawczego, przeprowadzona w postępowaniu cywilnym, jako odmiana dowodu z opinii biegłych – uwagi wybrane* [w:] *Rola biegłego w postępowaniach sądowych*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, Wrocław 2016.

Łochowski M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1–505[39]*, t. I, red. T. Szanciło, Warszawa 2019.

Marciniak A., komentarz do art. 290 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz. Art. 205[1]–424[12]*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019.

Michta D., komentarz do art. 1 [w:] *Ustawa o instytutach badawczych. Komentarz*, red. D. Michta, Warszawa 2013.

Misztal-Konecka J., *Proces cywilny a opinia biegłego wydana w innym postępowaniu*, „Przegląd Sądowy" 2012, nr 11–12.

Misztal-Konecka J., *Wyłącznie biegłego w postępowaniu cywilnym*, „Monitor Prawniczy" 2013, nr 19.

Mucha-Kujawa J., *Teoretycznoprawne aspekty przedstawicielstwa organizacyjnego jako pragmatycznego sposobu reprezentacji osoby prawnej*, „Studia Prawnicze" 2017, nr 3.

Osowy P., *Sądowa kontrola decyzji administracyjnej w procesie cywilnym (problemy graniczne) – zagadnienia wybrane*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2020, nr 4.

Partyk A., *Dowód z opinii instytutu naukowego (art. 290 k.p.c.) w świetle orzecznictwa sądowego – wybrane zagadnienia*, „Roczniki Administracji i Prawa" 2019, R. XIX.

Piekarski M., *Zażalenie w postępowaniu cywilnym*, „Palestra" 1960, nr 3.

Sieńko M., art. 290 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. M. Manowska, Lex, Nb. 1.

Turek J., *Biegły sądowy i jego czynności*, „Monitor Prawniczy" 2007, nr 24.

Wiśniewska-Śliwińska H., Marcinkowski J.T., *Biegły sądowy – tryb powołania, wymagania, obowiązki*, „Orzecznictwo Lekarskie" 2011, nr 8.

Streszczenie

W niniejszym artykule ujęto problematykę dowodu z opinii instytutu naukowego lub naukowo-badawczego oraz kwestię stosowania środków dyscyplinujących. Kodeks postępowania cywilnego w swoich regulacjach zawiera środki umożliwiające dyscyplinowanie biegłych, jednak przepisy te nie odnoszą się wprost do instytutów naukowych lub naukowo-badawczych. Zatem w sytuacji przewlekłości czy nieuzasadnionej odmowy sporządzenia opinii przez instytut naukowy lub naukowo-badawczy podmioty te byłyby „bezkarne" w porównaniu z biegłym. Dlatego też w wyżej wskazanych przypadkach należy wobec wspomnianych instytucji stosować środki dyscyplinujące adresowane do biegłego.

Słowa kluczowe: biegły, instytut naukowy lub naukowo-badawczy, grzywna

EVIDENCE FROM AN OPINION OF A SCIENTIFIC OR RESEARCH AND DEVELOPMENT INSTITUTE WITH PARTICULAR EMPHASIS ON THE APPLICATION OF DISCIPLINARY MEASURES

Summary

This article presents the issues of proof from the opinion of a scientific or research institute and the issue of applying disciplinary measures. In its regulations, the Code of Civil Procedure contains measures enabling the discipline of experts. However, these regulations do not apply directly to scientific or research institutes. Thus, in a situation of excessive length or unjustified refusal to prepare an opinion by a scientific or research institute, these entities would be "unpunished" compared to an expert. Therefore, in the above-mentioned cases, disciplinary measures should be applied to an expert against the above-mentioned institutions.

Keywords: expert, scientific or research institute, fine

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.2

Anna Dzierżak

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-7830-9505

DOPUSZCZALNOŚĆ ZAJĘCIA RUCHOMOŚCI W EGZEKUCJI SĄDOWEJ

Wprowadzenie

1 stycznia 2019 r. weszła w życie ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych[1], która zastąpiła uprzednio obowiązującą ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji[2]. Niezależnie od swego zasadniczego celu, tj. określenia ustroju i zasad wykonywania zawodu komornika sądowego, ustawa ta wprowadziła również szereg zmian w aktualnie obowiązujących przepisach, w tym także w ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego[3]. Na mocy tej ustawy dokonano w szczególności daleko idących zmian w zakresie regulacji prawnej egzekucji z ruchomości, zarówno w stadium zajęcia, jak i sprzedaży.

Zmiany wprowadzone na mocy ustawy o komornikach sądowych objęły m.in. regulację określającą warunki dopuszczalności zajęcia (art. 845 § 2 k.p.c.), a więc pierwszej czynności egzekucyjnej mającej niewątpliwie fundamentalne znaczenie dla całego procesu egzekucji z ruchomości. W dotychczasowym stanie prawnym przepis ten przewidywał, że zająć można te ruchomości dłużnika, które znajdują się w jego władaniu lub we władaniu samego wierzyciela, który do nich skierował egzekucję. W efekcie zmiany wyraźnie zastrzeżono natomiast, że ruchomości takie nie podlegają zajęciu, jeżeli z ujawnionych w sprawie okoliczności wynika, że nie stanowią one własności dłużnika. Na gruncie przedmiotowej zmiany powstaje pytanie o to, jak w aktualnym stanie prawnym należy ujmować warunki dopuszczalności zajęcia ruchomości w egzekucji sądowej. Rozstrzygnięcie tak ujętej kwestii wydaje się szczególnie istotne wobec tego, że władanie ruchomością, tj. faktyczne dysponowanie tą rzeczą, i prawo własności nie zawsze się pokrywają, zaś komornik

[1] Dz.U. poz. 771 (dalej: u.k.s.).

[2] Dz.U. 2016, poz. 1138 ze zm.

[3] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2020, poz. 1575 ze zm.), dalej: k.p.c.

nie jest uprawniony do badania ani zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym, ani stosunku prawnego, w jakim pozostaje dłużnik do ruchomości będącej w jego władaniu.

Warunki dopuszczalności zajęcia ruchomości w stanie sprzed nowelizacji

Zgodnie z art. 845 k.p.c. w brzmieniu sprzed zmian wprowadzonych na mocy u.k.s. zająć można było ruchomości dłużnika będące bądź w jego władaniu, bądź we władaniu samego wierzyciela, który do nich skierował egzekucję, zaś ruchomości dłużnika będące we władaniu osoby trzeciej można było zająć tylko wówczas, gdy osoba ta zgadza się na ich zajęcie albo przyznaje, że stanowią one własność dłużnika, oraz w wypadkach wskazanych w ustawie. Tak ujęte brzmienie art. 845 k.p.c. wywoływało istotne rozbieżności interpretacyjne zarówno w literaturze, jak i w praktyce stosowania prawa. Zasadnicza rozbieżność dotyczyła tego, czy samo władanie ruchomością jest wystarczające do jej zajęcia. W tej kwestii prezentowane były dwa przeciwstawne stanowiska.

Istota pierwszego stanowiska sprowadzała się do przyjęcia, że samo władanie ruchomością jest co prawda zasadniczo wystarczające do jej zajęcia, lecz w pewnych sytuacjach już na etapie zajęcia jasne jest, że wierzyciel nie powinien mieć możliwości zaspokojenia się z rzeczy, do której skierowano zajęcie, a komornik powinien od zajęcia odstąpić. Przesłanką świadczącą o tym miały być zaistniałe w danej sprawie okoliczności wywołujące u organu egzekucyjnego niepodważalną pewność, że dłużnik nie jest właścicielem danej rzeczy, wskutek czego ewentualne zajęcie naruszy prawa osób trzecich. Tak ujęte stanowisko znalazło wyraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2017 r.[4], w którym podkreślono, że komornik nie powinien dokonywać zajęcia danej ruchomości, gdy zostanie przedstawiony niebudzący wątpliwości dowód, że ruchomość będąca we władaniu dłużnika jest własnością osoby trzeciej. Sąd Najwyższy podkreślił przy tym, że nie chodzi o rozstrzyganie przez komornika kwestii materialnoprawnych i badanie stosunku prawnego, w jakim pozostaje dłużnik do ruchomości. to uprawnienie przysługuje bowiem wyłącznie sądowi. Chodzi natomiast o ocenę przedstawionych dowodów z punktu widzenia przesłanki „niebudzącej wątpliwości". W uzasadnieniu tego stanowiska podkreślono, że regulacja ujęta w treści art. 845 § 2 k.p.c. jest pewnym ułatwieniem pozwalającym komornikowi na sprawne wdrożenie środków przymusu oraz konsekwencją zasady, zgodnie z którą komornik nie jest uprawniony do rozstrzygania kwestii materialnoprawnych. Racje, które legły u podstaw tej regulacji, tracą jednak swoje znaczenie, jeżeli komornikowi zostanie przedłożony niebudzący wątpliwości dowód, że ruchomości będące we władaniu dłużnika lub wierzyciela

[4] Sygn. V CSK 364/16, Lex nr 2327133.

są własnością osoby trzeciej. W takim przypadku dokonywanie zajęcia i pouczanie właściciela zajętej ruchomości o potrzebie wytoczenia powództwa przewidzianego w art. 841 k.p.c. byłoby jedynie mnożeniem postępowań sądowych i związanych z tym kosztów. W charakterze uzasadnienia wspomnianego stanowiska przywołano również argumenty wynikające z wykładni językowej, która nakazuje przyjąć, iż w art. 845 § 2 k.p.c. nie chodzi o zajęcie jakichkolwiek ruchomości będących we władaniu dłużnika, lecz o zajęcie „ruchomości dłużnika".

Drugie ze wspomnianych stanowisk opierało się na założeniu, zgodnie z którym komornik, dokonując zajęcia, powinien się kierować jedynie tym, czy dana ruchomość znajduje się we władaniu dłużnika[5]. Pod pojęciem *władanie* rozumiano zaś faktyczną dyspozycję przedmiotem władanym bez względu na stosunek prawny władającego do tego przedmiotu[6]. Fakt ten uznawany był za wystarczającą podstawę do dokonania zajęcia. Na tym tle podkreślano, że bez znaczenia dla dopuszczalności zajęcia jest stosunek, w jakim dłużnik pozostaje do ruchomości (jest właścicielem rzeczy, jej współwłaścicielem, użytkownikiem czy posiada rzecz w imieniu osoby trzeciej), zaś komornik powinien poprzestać na stwierdzeniu, że dłużnik włada daną rzeczą. Stanowisko to opierano w szczególności na przepisach prawa materialnego ustanawiających określone domniemania odnośnie do stanu posiadania. Domniemywa się bowiem, że posiadanie jest zgodne ze stanem prawnym (art. 341 k.c.), zaś ten, kto rzeczą faktycznie włada, jest posiadaczem samoistnym (art. 339 k.c.). W wyniku tych dwóch kluczowych domniemań wysuwano kolejne domniemanie, przyjmując, że skoro dana osoba włada rzeczą jak właściciel, nie można wykluczyć, że takowym właścicielem jest. To z kolei stanowiło wystarczające uzasadnienie dla dokonania zajęcia przez komornika w oparciu o art. 845 § 2 k.p.c. W konsekwencji za prawnie irrelewantny, tj. niezwalniający komornika od obowiązku dokonania zajęcia, uznawano przypadek uzyskania informacji o prawach osób trzecich do podlegających zajęciu ruchomości. Zauważano przy tym, że osoby takie należy powiadomić o zajęciu, tak aby mogły one żądać zwolnienia zajętego przedmiotu od egzekucji na podstawie art. 841 k.p.c., gdyż prawo do zaspokojenia przysługuje wierzycielowi tylko z majątku dłużnika. Stanowisko to opierało się zatem na przyjęciu, że czym innym jest dopuszczalność zajęcia ruchomości przez komornika, czym innym zaś prawo wierzyciela do uzyskania zaspokojenia jego należności z zajętej rzeczy ruchomej[7].

Praktyczna realizacja drugiego ze wspomnianych stanowisk, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wspomnianego wyroku, prowadzi do

---

[5] Zob. T. Ereciński, H. Pietrzkowski, komentarz do art. 845 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. V: *Postępowanie egzekucyjne,* red. T. Ereciński, H. Pietrzkowski, Warszawa 2016, Lex/el., Nb. 2–5.

[6] J. Gudowski, komentarz do art. 309 [w:] *Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, t. II: *Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2019, s. 551.

[7] S. Rosmarin, *Wadliwe czynności egzekucyjne*, „Polski Proces Cywilny" 1935, nr 13–14, s. 536–538; F. Zedler, *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, t. III, Toruń 1995, s. 10.

przyzwolenia na bezrefleksyjne, a nawet świadome zajmowanie przez komornika ruchomości niebędących własnością dłużnika. W konsekwencji skutkowało to zbędnymi postępowaniami sądowymi połączonymi z kosztami, a często także prowadziło do sprzedaży ruchomości stanowiących własność osób trzecich, co bez wątpienia nie jest zgodne z celem egzekucji ani nie leży w interesie społecznym. Jednak interpretacja ta była dość powszechna w nauce i praktyce. To z kolei legło u podstaw interwencji legislacyjnej w obrębie dotychczasowej treści art. 845 § 2 k.p.c. Przepis ten uzupełniono o zastrzeżenie, zgodnie z którym nie podlegają zajęciu ruchomości, jeżeli z ujawnionych w sprawie okoliczności wynika, że nie stanowią one własności dłużnika. Celem tej zmiany, jak wynika z uzasadnienia[8], jest zwiększenie ochrony osób niebędących dłużnikami przez zastąpienie występowania na drogę kosztownego i czasochłonnego procesu o wyłączenie rzeczy spod egzekucji w trybie art. 841 k.p.c. koniecznością odstąpienia od zajęcia.

Warunki dopuszczalności zajęcia ruchomości w stanie prawnym po nowelizacji

Zmiana wprowadzona w brzmieniu art. 845 § 2 k.p.c. w wyniku nowelizacji dokonanej na mocy u.k.s. ma dla wykładni tego przepisu zasadnicze znaczenie. Wykluczyła ona bowiem możliwość dokonywania interpretacji zakładającej, że komornik, dokonując zajęcia, powinien się kierować jedynie tym, czy dana ruchomość znajduje się we władaniu dłużnika, zaś ewentualne uzyskanie przez komornika informacji o prawach osób trzecich do podlegających zajęciu ruchomości nie ma znaczenia dla dopuszczalności tej czynności. Dokonana na mocy nowelizacji zmiana porządkuje zatem problematykę warunków dopuszczalności zajęcia poprzez wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych powstających na gruncie dotychczasowego stanu prawnego.

W uprzednim stanie prawnym zakaz zajmowania ruchomości w warunkach wskazujących na to, że dłużnik nie jest jej właścicielem, był pewnym niepisanym wyjątkiem. Wyjątkiem, z którego mógł skorzystać organ egzekucyjny, a w efekcie odstąpić od zajęcia ruchomości po przedstawieniu na wspomnianą okoliczność dowodu niebudzącego wątpliwości. Wobec rozbieżności interpretacyjnych trudno było jednak przyjmować, aby komornik był zobligowany do tego, by zawsze postępować w ten sposób. Obecna regulacja nakłada natomiast na organ egzekucyjny wyraźny obowiązek odstąpienia od zajęcia, jeżeli tylko z ujawnionych w sprawie okoliczności wynika, że nie stanowią one własności dłużnika.

Jak można zauważyć, nowa regulacja nie zmieniła istoty dopuszczalności zajęcia ruchomości. Ruchomość nadal jest zajmowana poprzez zajęcie, które możliwe

[8] Uzasadnienie projektu ustawy o komornikach sądowych, druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 1582, cz. I, s. 46.

jest w odniesieniu do ruchomości będących we władaniu dłużnika albo samego wierzyciela, który do nich skierował egzekucję. Kluczowe jest jednak dodanie przez ustawodawcę w § 2 zastrzeżenia, według którego nie podlegają zajęciu ruchomości, jeżeli z ujawnionych w sprawie okoliczności wynika, że nie stanowią one własności dłużnika. Zmianę w treści art. 845 § 2 k.p.c. można sprowadzić do powiązania dopuszczalności zajęcia ruchomości z koniecznością uwzględnienia okoliczności, jakie zostaną ujawnione na chwilę dokonania tej czynności odnośnie do własności ruchomości podlegających zajęciu. Wspomniane okoliczności mają świadczyć o tym, że ruchomości będące we władaniu dłużnika nie stanowią jego własności. Konieczne jest zatem wykazanie, że ruchomość pozostająca we władaniu dłużnika stanowi własność osoby trzeciej, jako że tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza stwierdzoną okoliczność negatywną[9].

Komornik, dokonując oceny ujawnionych w sprawie okoliczności, rozważa możliwość odstąpienia od dokonywania czynności zajęcia. Należy przy tym podkreślić, że komornik wciąż nie jest uprawniony do badania ani zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym, ani stosunku prawnego, w jakim pozostaje dłużnik do ruchomości będącej w jego władaniu. W literaturze zauważa się jednak, że obecny stan prawny w pewien sposób przyczynił się do odwrócenia obowiązującej na gruncie prawnego przed 1 stycznia 2019 r. zasady, że komornik, dokonując zajęcia, nie bada statusu prawnego rzeczy ruchomej znajdującej się we władaniu dłużnika albo wierzyciela, w szczególności nie sprawdza, czy taka ruchomość pozostaje własnością dłużnika[10]. Istotne jest zatem, aby właściwie określić kompetencje komornika w związku z dokonywaną przez niego oceną okoliczności ujawnionych w sprawie, o których mowa w znowelizowanym art. 845 § 2 k.p.c. Odnosząc się do tej kwestii, należy podkreślić, że w zakresie dokonywanej przez siebie oceny komornik bada jedynie wiarygodność okoliczności, które mają świadczyć o tym, że ruchomość nie stanowi własności dłużnika. Wiarygodność ta powinna być w ocenie komornika na tyle wysoka, aby był on przekonany co do tego, że prawo własności danej rzeczy przysługuje osobie innej niż dłużnik. Nie wystarczy więc, że komornik ma wątpliwość odnośnie do tego, czy rzecz stanowi własność dłużnika. Ujawnione w sprawie okoliczności powinny bowiem wykazywać w sposób jednoznaczny, pewny i oczywisty, że ruchomości będące we władaniu dłużnika są własnością osoby trzeciej, zaś on włada tą rzeczą jako mający prawo inne niż własność.

W literaturze zauważa się, że przez ujawnione w sprawie okoliczności sprawy, o których mowa w art. 845 § 2 k.p.c., można rozumieć cały szereg różnych stanów faktycznych, które obejmują zarówno sytuacje, w których komornikowi z urzędu

[9] Zob. wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2003 r., sygn. II CKN 1409/00, OSNC 2004, nr 7–8, poz. 113.

[10] Zob. O. Marcewicz, komentarz do art. 845 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz do art. 730–1217*, red. A. Jakubecki, Lex/el., Nb. 2.

wiadomym jest, choćby z innych postępowań prowadzonych przeciwko temu samemu dłużnikowi, że dana rzecz nie należy do dłużnika, jak i przedstawienie w tym względzie stosownego dowodu tak przez dłużnika, jak i przez osobę trzecią[11]. Należy przy tym podkreślić, że analizowana zmiana nie oznacza nałożenia na dłużnika wymagania, aby przed zajęciem wykazał przysługujące mu prawo własności[12].

Nawiązując ponownie do przytoczonego już uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 kwietnia 2017 r., należy przyjąć, że okoliczności, o których mowa w art. 845 § 2 k.p.c., mogą być rozumiane w szczególności jako przedłożenie „niebudzącego wątpliwości" dowodu, że ruchomości, do których skierowano zajęcie, nie są własnością dłużnika. Dowód potwierdzający taki stan powinien być rozumiany szeroko. Najwiarygodniejszy dla organu egzekucyjnego wydaje się być oczywiście dokument, z którego wynika, że dłużnik nie jest właścicielem ruchomości podlegających zajęciu. Wygląda na to, że w praktyce w celu uzasadnienia potrzeby odstąpienia od zajęcia najczęściej przedkładane będą właśnie rozmaite dokumenty świadczące o tym, że właścicielem rzeczy podlegającej zajęciu jest osoba trzecia, a nie dłużnik. Kluczowe będą w szczególności wszelkie dokumenty, z których wynika, że dłużnik dokonał zbycia ruchomości na rzecz osoby trzeciej (np. umowa sprzedaży, zamiany, darowizny, faktura VAT), jak również dokumenty w inny sposób poświadczające okoliczność tego rodzaju, że ruchomości będące we władaniu dłużnika lub wierzyciela są własnością osoby trzeciej, zaś on włada nią jako mający prawo inne niż własność (np. dowód rejestracyjny pojazdu).

Aby komornik mógł uznać przedłożony mu dokument za wiarygodny, powinien on cechować się oryginalnością, autentycznością, zaś jego treść powinna klarownie wskazywać realnego właściciela. W związku z tym niezbędne jest przeprowadzenie pewnej weryfikacji przedkładanych dokumentów, organ egzekucyjny nie może bowiem bezrefleksyjnie przyjmować wszystkich wykazywanych za pomocą dokumentów okoliczności. Niekiedy pomimo przedłożenia określonego dokumentu przez dłużnika lub osobę trzecią komornik może powziąć wątpliwość co do tego, czy rzecz faktycznie nie stanowi własności dłużnika. Wątpliwość taka może powstać m.in. w szczególności, gdy dokument pochodzi od osób bliskich dłużnikowi (np. członka rodziny), gdy został sporządzony w krótkim czasie od zajęcia lub nawet w tym samym dniu. Należy podkreślić, że w razie powstania takiej wątpliwości komornik powinien dokonać zajęcia ruchomości, zaś osobie trzeciej pozostaje wykazanie swojego prawa w ramach postępowania wywołanego zaskarżeniem tej czynności lub wytoczeniem powództwa o zwolnienie zajętych przedmiotów od egzekucji. Dopiero brak wątpliwości sprawia, że przedkładany dokument może uzasadniać odstąpienie od zajęcia. Tylko taka interpretacja nie pozwala na wykorzystywanie

[11] P. Dzienis, M. Klonowski, komentarz do art. 261 [w:] *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Komentarz*, red. R. Reiwer, Warszawa 2019, Legalis, Nb. 149.

[12] A. Kościółek, *Zmiany w przepisach o zajęciu ruchomości w egzekucji sądowej* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018, s. 8.

zmiany w treści art. 845 § 2 k.p.c. w celu wyprowadzania z majątku ruchomości, które mogłyby służyć do zaspokojenia wierzyciela. Jest to tym bardziej istotne, że zachowanie takie podlega penalizacji. Zgodnie bowiem z art. 300 § 2 k.k.[13] kto w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela przez to, że usuwa, ukrywa, zbywa, darowuje, niszczy, rzeczywiście lub pozornie obciąża albo uszkadza składniki swojego majątku zajęte lub zagrożone zajęciem bądź usuwa znaki zajęcia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat.

Dokument nie jest jedyną okolicznością, z której może wynikać, że podlegające zajęciu ruchomości nie stanowią własności dłużnika. Okoliczności, o których mowa w art. 845 § 2 k.p.c., obejmują nie tylko przedłożone komornikowi dokumenty wykazujące własność osoby trzeciej. Pod pojęciem wspomnianych okoliczności należy również rozumieć przypadki, w których komornikowi z urzędu wiadome jest, że podlegająca zajęciu ruchomość nie stanowi własności dłużnika. Należy bowiem przyjąć, że komornik może uwzględnić posiadaną przez siebie wiedzę wynikającą z innego prowadzonego postępowania bądź zasięgnąć informacji od innego organu. Co więcej, przekonanie o potrzebie odstąpienia od zajęcia może także wynikać z okoliczności innego rodzaju. Jak słusznie wskazuje się w literaturze, akceptowalne są wyjaśnienia złożone przez osobę trzecią obecną w miejscu zajęcia ruchomości, a nawet pewne szczególne cechy albo znamiona przedmiotu[14]. Nie można w szczególności wykluczyć, że złożone komornikowi przez dłużnika lub osobę trzecią ustne oświadczenie na temat własności zajmowanej ruchomości w świetle okoliczności danej sprawy będzie mogło zostać uznane za wiarygodnie świadczące o tym, że nie stanowi ona własności dłużnika. Nie można też wykluczyć, że w pewnych sytuacjach same okoliczności towarzyszące dokonywaniu zajęcia będą w sposób jasny i oczywisty świadczyć o tym, że komornik powinien od zajęcia odstąpić. W charakterze przykładu wskazać można przypadki, w których dłużnik wykonuje zawód, w ramach którego często znajduje się w posiadaniu ruchomości stanowiących własność innych osób (np. serwisant elektroniki, maszyn czy mechanik samochodowy), zaś podczas zajęcia oświadcza, że ruchomości, do których komornik kieruje tę czynność, nie należą do niego.

Należy przy tym raz jeszcze podkreślić, że niezależnie od rodzaju okoliczności, z których wynika, że ruchomość nie stanowi własności dłużnika, dla dopuszczalności dokonania zajęcia istotne znaczenie ma wyłącznie ocena ich wiarygodności. Jeżeli natomiast w sprawie pojawia się konieczność rozstrzygnięcia kwestii materialnoprawnych i zbadania stosunku prawnego, w jakim pozostaje dłużnik do ruchomości, kompetencja ta należy wyłącznie do sądu. W takich przypadkach

[13] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2020, poz. 1444 ze zm.).

[14] F. Kruszelnicki, *Zarys systemu polskiego prawa egzekucyjnego o zabezpieczającego*, Warszawa 1934; T. Zembrzuski, *Zajęcie rzeczy ruchomej w toku postępowania egzekucyjnego*, „Dyskurs Prawniczy i Administracyjnynr" 2021, nr 1.

komornik powinien zatem dokonać zajęcia, pouczając jednocześnie osobę trzecią o możliwości wytoczenia powództwa o zwolnienie zajętego przedmiotu od egzekucji w celu potwierdzenia jej prawa do ruchomości w wyniku procesu sądowego.

Przedstawiona powyżej analiza aktualnych warunków dopuszczalności zajęcia ruchomości wydaje się uzasadniać wniosek, zgodnie z którym zmiana wprowadzona w treści art. 845 § 2 k.p.c. stanowi potwierdzenie słuszności stanowiska przyjmującego, że w pewnych sytuacjach komornik powinien od zajęcia odstąpić niezależnie od tego, że dłużnik włada ruchomością podlegającą zajęciu. W ten sposób ustawodawca starał się wyeliminować bądź przynajmniej w znacznej mierze ograniczyć przypadki zajmowania ruchomości stanowiących własność osoby innej niż dłużnik, a tym samym zwiększyć ochronę osób niebędących dłużnikami. To z kolei ma ograniczyć ryzyko wystąpienia nieodwracalnych skutków powstających w efekcie sprzedaży ruchomości stanowiących własność osób trzecich bez konieczności występowania na drogę kosztownego i czasochłonnego procesu o wyłączenie rzeczy spod egzekucji w trybie art. 841 k.p.c.

Zajęcie ruchomości stanowiącej własność osoby trzeciej

Zmiany wprowadzone w treści art. 845 k.p.c. niewątpliwie porządkują kwestie dopuszczalności zajęcia ruchomości tak, aby ograniczyć przypadki zajmowania ruchomości niestanowiących własności dłużnika. Nie są to jednak jedyne zmiany w obszarze regulacji prawnej zajęcia, których celem jest zwiększenie ochrony osób niebędących dłużnikami. Równocześnie bowiem ustawodawca – mając na uwadze możliwość wystąpienia w praktyce przypadków zajęcia ruchomości stanowiącej własność osoby trzeciej – przyznał takim osobom nieznane dotychczas środki obronne wzmacniające zasadę, zgodnie z którą prawo do zaspokojenia przysługuje wierzycielowi tylko ze składników majątku dłużnika. Bo choć zrozumiałe jest dążenie wierzyciela do odzyskania należności, to bezdyskusyjne jest, że zaspokojenie to nie może się odbywać kosztem osób postronnych.

W dotychczasowym stanie prawnym obrona przed zajęciem ruchomości stanowiącej własność osoby trzeciej sprowadzała się wyłącznie do możliwości wytoczenia powództwa o zwolnienie zajętego przedmiotu od egzekucji, wraz z którym osoba taka mogła się domagać zabezpieczenia powództwa poprzez zawieszenie postępowania egzekucyjnego. Realizacja wspomnianej obrony w praktyce wiązała się z koniecznością występowania na drogę kosztownego oraz czasochłonnego procesu o wyłączenie rzeczy spod egzekucji. Dlatego ustawodawca uznał ten sposób obrony za niewystarczający i zbyt uciążliwy. Przyczyniło się to do stworzenia alternatywy względem powództwa z art. 841 k.p.c. i tym samym do uzupełnienia środków przysługujących osobie trzeciej na wypadek zajęcia ruchomości stanowiącej jej własność o rozwiązanie ujęte w treści art. 845 § 2^2 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem komornik umarza postępowanie

w niezbędnym zakresie wówczas, gdy przedstawiono niebudzący wątpliwości dowód na piśmie, że zajęte ruchomości nie stanowią własności dłużnika, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie dotyczy to sytuacji, w której sam dłużnik dokonał zbycia ruchomości na rzecz osoby trzeciej.

Brzmienie art. 845 § 2^2 k.p.c. wyraźnie i jednoznacznie przesądza o tym, że do umorzenia postępowania konieczne jest przedłożenie komornikowi niebudzącego wątpliwości dowodu na piśmie, z którego wynika, że zajęte ruchomości nie stanowią własności dłużnika. Przepis ten nie precyzuje jednak, co oznacza dowód „niebudzący wątpliwości". Należy zatem uznać, że ocena tej kwestii pozostawiona została komornikowi. Wydaje się, że podobnie jak na gruncie art. 845 § 2 k.p.c. można przyjąć, że dla umorzenia postępowania istotne znaczenie ma wyłącznie ocena dokonywana pod kątem wiarygodności przedkładanego komornikowi dowodu na piśmie. Innymi słowy, dowód taki powinien wykazywać w sposób jednoznaczny, pewny i oczywisty, że zajęta ruchomość jest własnością osoby trzeciej.

Warto przy tym podkreślić, że art. 845 § 2^2 k.p.c. wyłącza możliwość umorzenia postępowania wówczas, gdy z przedkładanego komornikowi dowodu wynika, że dłużnik sam dokonał zbycia ruchomości na rzecz osoby trzeciej. W literaturze wskazuje się, że pod pojęciem *zbycie ruchomości na rzecz osoby trzeciej* należy ujmować nie tylko sytuacje, w których osoba wykazująca swoją własność nabyła rzecz bezpośrednio od dłużnika, lecz także przypadki, gdy z okoliczności sprawy wynika, że doszło do ciągu rozporządzeń rzeczą, a w owym łańcuchu uczestniczył jako zbywca dłużnik[15]. Równie szeroko ujmować należy kwestię czasu zbycia. Do wyłączenia stosowania art. 845 § 2^2 k.p.c. dochodzi bowiem bez względu na to, czy dłużnik dokonał zbycia ruchomości na rzecz osoby trzeciej przed, czy po wszczęciu przeciwko niemu egzekucji. W tym miejscu warto jednak podkreślić, że jeżeli dłużnik dokonał zbycia zajętej rzeczy ruchomej już po dokonaniu zajęcia, czynność taka będzie bezskuteczna względem wierzyciela i postępowanie nadal będzie się toczyć. Zgodnie bowiem z art. 848 k.p.c. zajęcie ruchomości ma ten skutek, że rozporządzenie ruchomością dokonane po zajęciu nie ma wpływu na dalszy bieg postępowania, a postępowanie egzekucyjne z zajętej ruchomości może być prowadzone również przeciwko nabywcy. Co więcej, możliwość kontynuowania postępowania z zajętej rzeczy istnieje niezależnie od dobrej czy złej wiary nabywcy zajętej ruchomości. Jeżeli jednak nabywca nie miał wiedzy o dokonanym zajęciu, może wytoczyć powództwo o zwolnienie tej rzeczy od egzekucji i w postępowaniu tym bronić się zarzutem, że nabył rzecz w dobrej wierze.

W nawiązaniu do powyższych uwag należy podkreślić, że ruchomość należąca do osoby trzeciej może zostać zajęta z naruszeniem przepisów określających warunki dopuszczalności zajęcia bądź bez ich naruszenia. Okoliczność ta z perspektywy osoby, która chce wykazać swoje prawo do zajętej ruchomości, ma istotne znaczenie, gdyż determinuje sposób postępowania.

[15] P. Dzienis, K. Gołaszewski, M. Klonowski, R. Reiwer, komentarz do art. 261, Nb. 151.

Jeżeli ruchomość została zajęta prawidłowo, a więc zachowane zostały wszystkie warunki dopuszczalności zajęcia wskazane w art. 845 k.p.c., osoba trzecia może skorzystać z możliwości, jaką stwarza art. 845 § 2^2 k.p.c. Wówczas przedstawia komornikowi niebudzący wątpliwości dowód na piśmie, że zajęte ruchomości nie stanowią własności dłużnika, co obliguje komornika do umorzenia postępowania w niezbędnym zakresie. Osoba trzecia może również wytoczyć powództwo o zwolnienie zajętego przedmiotu od zajęcia (np. jeżeli nie dysponuje ona niebudzącym wątpliwości dowodem na piśmie, że zajęte ruchomości nie stanowią własności dłużnika, lub jest to dowód wykazujący, że dłużnik sam dokonał zbycia ruchomości na jej rzecz). Warto przy tym zauważyć, że wspomniane środki nie są konkurencyjne względem siebie. Oznacza to, że skorzystanie z możliwości określonej w art. 845 § 2^2 k.p.c. *de lege lata* nie wyklucza możliwości wytoczenia powództwa na podstawie art. 841 k.p.c. Wręcz przeciwnie, w razie odmowy umorzenia postępowania wobec uznania przez komornika, że dany dowód na piśmie budzi wątpliwości, jedynym sposobem obrony osoby trzeciej pozostaje powództwo o zwolnienie zajętego przedmiotu z egzekucji. W takiej sytuacji osoba trzecia zostaje niejako odesłana na drogę procesową.

Jeżeli natomiast do zajęcia ruchomości doszło wbrew warunkom wskazanym w art. 845 k.p.c. (np. zajęcie nastąpiło pomimo ujawnionych w sprawie okoliczności, z których wynikało, że ruchomości nie stanowią własności dłużnika), osoba trzecia może złożyć skargę na podstawie art. 767 k.p.c. Należy przy tym podkreślić, że nowe ujęcie regulacji prawnej warunków dopuszczalności zajęcia sprawia, że wybór między skargą na czynności komornika a powództwem z art. 841 k.p.c. nie zawsze będzie oczywisty[16]. Okoliczność ta została uwzględniona przez ustawodawcę, który przyjął, że w przypadku złożenia przez osobę trzecią skargi na zajęcie miesięczny termin do wniesienia powództwa, o którym mowa w art. 841 § 3 k.p.c., zaczyna biec dla tej osoby od daty doręczenia jej postanowienia oddalającego skargę (art. 845 § 2^3 k.p.c.), a nie na warunkach ogólnych, tj. od dnia dowiedzenia się o naruszeniu prawa. Skorzystanie ze skargi nie stwarza więc ryzyka utraty ochrony, jaką mógłby zapewnić wyrok uwzględniający powództwo o zwolnienie zajętego przedmiotu od egzekucji. Osoba trzecia może zatem w pierwszej kolejności skorzystać z możliwości wykazania, że zajęta rzecz nie stanowi własności dłużnika w postępowaniu incydentalnym, toczącym się na skutek skargi. Następnie zaś, w razie oddalenia skargi, może podjąć obronę, wytaczając powództwo na podstawie art. 841 k.p.c. Tym samym w razie zajęcia ruchomości stanowiącej własność osoby trzeciej wbrew warunkom określonym w art. 845 k.p.c. osobie tej na skutek rozwiązania ujętego w treści art. 845 § 2^3 k.p.c. mogą przysługiwać dwa środki prawne, tj. skarga na zajęcie ruchomości oraz powództwo o zwolnienie zajętego przedmiotu od zajęcia na podstawie art. 841 k.p.c.[17]

---

[16] A. Kościółek, *Nowe zasady zajęcia ruchomości w egzekucji sądowej* [w:] *Sądowe postępowanie egzekucyjne. Nowe rozwiązania prawne*, red. R. Flejszar, Sopot 2020, s. 142.

[17] J. Jankowski, komentarz do art. 845 [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz. Art. 730–1217*, red. J. Jankowski, Warszawa 2019, Legalis, Nb. 2.

Podsumowanie

Dokonując podsumowania uwag przedstawionych w niniejszym opracowaniu, raz jeszcze podkreślić należy, że aktualna regulacja prawna zajęcia ruchomości w większym niż uprzednio stopniu realizuje postulat ochrony osób niebędących dłużnikami.

Do zwiększenia zakresu ochrony osób trzecich dochodzi w szczególności w efekcie doprecyzowania warunków dopuszczalności zajęcia, które sprowadza się do wyraźnego powiązania tej dopuszczalności z koniecznością uwzględnienia okoliczności, jakie zostaną ujawnione na chwilę dokonania tej czynności odnośnie do własności ruchomości podlegających zajęciu. Zmiana ta ma ograniczyć przypadki zajmowania ruchomości w sposób oczywisty niebędących własnością dłużnika, ograniczając tym samym konieczność występowania przez osoby trzecie na drogę kosztownego i czasochłonnego procesu o wyłączenie rzeczy spod egzekucji w trybie art. 841 k.p.c.

Podobne założenie legło u podstaw zmian w zakresie środków prawnych przysługujących osobie trzeciej na wypadek zajęcia ruchomości stanowiącej jej własność. Dotychczasowy system tych środków (tj. skargę na zajęcie dokonane wbrew warunkom wskazanym w art. 845 k.p.c. oraz powództwo o zwolnienie zajętego przedmiotu od egzekucji w razie dokonania zajęcia zgodnie z warunkami w art. 845 k.p.c.) uzupełniono o dodatkowe rozwiązanie, które sprowadza się do możliwości przedstawienia komornikowi niebudzącego wątpliwości dowodu na piśmie, że zajęte ruchomości nie stanowią własności dłużnika, co ma być alternatywą względem powództwa z art. 841 k.p.c., nie będąc jednocześnie konkurencją dla tego środka. Co więcej, zastrzeżono również, że w przypadku złożenia przez osobę trzecią skargi na zajecie miesięczny termin do wytoczenia powództwa, o którym mowa w art. 841 § 1 k.p.c., zaczyna biec dla tej osoby od dnia doręczenia jej postanowienia oddalającego skargę. Tym samym zarówno w przypadku zajęcia dokonanego zgodnie z art. 845 k.p.c., jak i z naruszeniem dyspozycji tego przepisu osobie trzeciej mogą przysługiwać właściwie dwa środki prawne.

Bibliografia

Dzienis P., Gołaszewski K., Klonowski M., Reiwer R. [w:] *Ustawa o komornikach sądowych. Ustawa o kosztach komorniczych. Komentarz*, red. R. Reiwer, Warszawa 2019.

Ereciński T., Pietrzykowski H. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. V: *Postępowanie egzekucyjne*, red. T. Ereciński, H. Pietrzkowski, Warszawa 2016.

Gudowski J., *Kodeks cywilny. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, t. II: *Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa 2019.

Jankowski J. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz. Art. 730–1217*, red. J. Jankowski, Warszawa 2019.

Kościółek A., *Nowe zasady zajęcia ruchomości w egzekucji sądowej* [w:] *Sądowe postępowanie egzekucyjne. Nowe rozwiązania prawne*, red. R. Flejszar, Sopot 2020.

Kościółek A., *Zmiany w przepisach o zajęciu ruchomości w egzekucji sądowej* [w:] *Analiza i ocena ustawy o komornikach sądowych oraz ustawy o kosztach komorniczych*, red. A. Marciniak, Sopot 2018.
Kruszelnicki F., *Zarys systemu polskiego prawa egzekucyjnego o zabezpieczającego*, Warszawa 1934.
Marcewicz O. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz do art. 730–1217*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2017.
Rosmarin S., *Wadliwe czynności egzekucyjne*, „Polski Proces Cywilny" 1935, nr 13–14.
Zedler F., *Postępowanie zabezpieczające i egzekucyjne. Komentarz*, t. III, Toruń 1995.
Zembrzuski T., *Zajęcie rzeczy w egzekucji z ruchomości*, „Dyskurs Prawniczy i Administracyjnynr" 2021, nr 1.

Streszczenie

Niniejszy artykuł prezentuje problematykę dopuszczalności zajęcia ruchomości w egzekucji sądowej. Analiza przedmiotowego zagadnienia dokonana została nie tylko w świetle aktualnego stanu prawnego, tj. stanu powstałego na skutek zmian wprowadzonych na mocy u.k.s., lecz również z uwzględnieniem uwag odnoszących się do uprzednio obowiązującej regulacji procesowej. Z przeprowadzonego zestawienia wynika, że w efekcie przeprowadzonych zmian dopuszczalność zajęcia została wyraźnie powiązana z koniecznością uwzględnienia okoliczności, jakie zostaną ujawnione na chwilę dokonania tej czynności odnośnie do własności ruchomości podlegających zajęciu. Celem tej zmiany jest zwiększenie ochrony osób niebędących dłużnikami przez zastąpienie występowania na drogę kosztownego i czasochłonnego procesu o wyłączenie rzeczy spod egzekucji w trybie art. 841 k.p.c. koniecznością odstąpienia od zajęcia. Nie są to jednak jedyne zmiany w obszarze regulacji prawnej zajęcia, których celem jest zwiększenie ochrony osób trzecich. Tak motywowanymi zmianami objęto bowiem również regulację prawną środków przysługujących osobie trzeciej na wypadek zajęcia ruchomości stanowiącej jej własność. Także tę kwestię poddano analizie w niniejszym opracowaniu.

Słowa kluczowe: egzekucja, egzekucja z ruchomości, warunki dopuszczalności zajęcia, dłużnik, osoba trzecia, wierzyciel, nowelizacja

ADMISSIBILITY OF SEIZURE OF MOVABLE PROPERTY IN COURT ENFORCEMENT

Summary

This article presents the issue of the admissibility of seizure of movable property in court enforcement. The analysis of the issue in question was made not only in the light of the current legal situation, i.e. the state resulting from the changes introduced by the Act of 22 March 2018 on Court Bailiffs, but also taking into account the comments relating to the previously binding procedural regulations. The purpose of this amendment is to increase the protection of non-debtors by replacing the costly and time-consuming process to exempt things from enforcement under Art. 841 of the Code of Civil Procedure with the necessity to withdraw from the seizure. However, these are not the only changes in the area of legal regulation of seizures aimed at increasing the protection of third parties. The changes motivated in such a way also included the legal regulation of the measures available to a third party in the event of seizure of movable property owned by it. This issue has also been analyzed in this study.

Keywords: court enforcement, enforcement of movable property, conditions of admissibility of seizure, debtor, third party, creditor, amendment

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.3

Gabriela Feret

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0003-3334-4283

INVOCATION OF THE GATT SECURITY EXCEPTION AFTER THE RUSSIA – TRAFFIC IN TRANSIT CASE

Introduction

The security exception provided by the Article XXI(b)(iii) of the General Agreement on Tariffs and Trade[1] (GATT), while recognizing the ever-increasing interdependence of states, works as the member states' sovereignty safeguard provision[2]. It reflects and accepts that the state sovereignty is the basis of present-day international law. In the past, the national security exception has functioned as a virtually unlimited escape clause from the GATT's obligations[3]. The situation changed after the establishment of the World Trade Organisation (WTO) and Dispute Settlement Mechanism (DSM) which aim is to provide security and predictability to the multilateral trading system[4] by, inter alia, reviewing cases and interpret particular provisions. Even though, some countries still believed that because of the specific wording of the national security clause, this provision is not the subject of DSM review. Even some European diplomats were agreeing that this interpretation could

[1] General Agreement on Tariffs and Trade, Annex 1A to the World Trade Organization Agreement (1994) 1867 UNTS 187; Article XXI b(iii): "Nothing in this Agreement shall be construed (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived; (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; (iii) taken in time of war or other emergency in international relations".

[2] M.J. Hahn, *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, "Michigan Journal of International Law" 1991, vol. 12, p. 558, 560.

[3] D.T. Shapiro, *Be Careful What You Wish For: US Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT*, "The George Washington Journal of International Law and Economics" 1997, vol. 31, no. 1, p. 97, 98.

[4] Article 3.2. Dispute Settlement Rules: Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization (adopted 15 April 1994, entered into force 1 January 1995) 1867 UNTS 187, (DSU).

prevail. Hugo Paemen, the European Union's (EU) ambassador to the United States (US), questioned whether the WTO can review a country's invocation of the national security exception except in cases of "flagrant and egregious abuse"[5].

The dispute regarding Article XXI(b)(iii) had to wait for its solution until 2019 when a panel issued a report on *Russia – Traffic in Transit*[6]. This was a historical moment for the international trade law as the national security provision for the first time was subjected to thorough analysis. The panel came into some interesting conclusions and limited States' discretion to the extent that no one could probably have imagined.

This article focuses on an analysis of the Article XXI(b)(iii) in a light of *Russia – Traffic in Transit* case. It sets out to examine the national security exception and the approach taken by the Dispute Settlement Body (DSB). In order to asses this, the interpretation of this clause in *Russia – Traffic in Transit* case is used as well as other relevant legal sources and scholars' articles.

Preliminary issues regarding national security

The first determination that the Panel must face when dealing with national security exception is whether invocation of the Article XXI(b)(iii) itself takes a complaint outside the jurisdiction of a panel. In other words, is a panel competent to deal with this matter or is the national security so "intimately connected to the sovereignty of a State (…), that it cannot conceivably be left to an international tribunal to determine"?[7] Problems related to adjudication of this provision arise from its peculiar wording combined with the delicate subject-matter and for a long time national security exception was a subject of multiples debates. Recent judgement in the *Russia – Traffic in Transit* put some light on this issue.

Jurisdiction

Despite the fact that the DSU does not contain rules on when panels or the Appellate Body (AB) shall exercise or decline jurisdiction it provides a number of rules on ascertaining the tribunal's jurisdiction over legal claims[8]. Article 6 stipulates that

[5] G.G. Yerkey, *European Union May Not File WT0 Case Against US. Over Cuba Bill, Aide Says*, "Int'l Trade Rep. (BNA)" 1996, no. 14, p. 560.

[6] Russia – Measures Concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, (WTO) WT/DS512/R, April 2019, (*Russia – Traffic in Transit*).

[7] D. Akande, S. Williams, *International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO*, "Va. J. Int'l L." 2003, no. 43, p. 365, 370.

[8] I. Bogdanova, *Adjudication of the GATT security clause: to be or not to be, this is the question*, WTI Working Paper 01/2019, p. 8.

it is members' right to ask for establishment of a panel if a dispute cannot be solved by consultation[9]. It also provides in paragraph 1 that the only time in which a panel will not be established is if the DSB decides by consensus not to establish one. Bearing in mind that the complaining party must be a member of the WTO and all WTO members are parties to the DSB, it is hard to imagine reaching such a consensus[10]. Another relevant provision is the Article 7 of the DSU which relates to standard terms of reference. According to that Article, a panel examine the matter referred to the DSB, taking into account the relevant provisions of the agreements suggested by parties and it makes findings as would assist the DSB[11]. That indicates that panel holds the power to examine all provisions of relevant agreements, including the national security one. Finally, Article 3.2 of the DSU in which members recognize that the dispute settlement system of the WTO serves to preserve the rights and obligations and to clarify the existing provisions of agreements[12]. It is worth to emphasise that the DSU itself is not subject to any national security exception[13].

This conclusion arrives from the fact that this provision is placed between the general exceptions/provisions and the dispute settlement rules. Such placement confirms that the security clause is an exemption from the substantive obligations and not from the rules of dispute settlement[14]. Therefore, WTO member has no direct legislative authority which it could turn to in order to refrain from using the system[15]. Further, tribunals are entitled to determine their own jurisdiction. This statement was confirmed in the United States – Anti-Dumping Act of 1916[16] and as noted neither a panel nor the AB has ever declined its jurisdiction[17]. Moreover, the jurisdiction of the WTO dispute settlement system is compulsory and therefore in this regard it could be concluded that "if they [WTO Members] want a third party to settle their dispute, recourse to dispute settlement under the DSU is the only option"[18].

Now turning to the Article itself. The text of the security exception does not explicitly deny jurisdiction of neither panels nor AB and additionally the title "Security Exceptions" implies that "it applies as an affirmative defence"[19].

---

[9] DSU, note 4, Article 6, para. 2.

[10] See: D. Akande, S. Williams, *International Adjudication*…, p. 379.

[11] DSU, note 4, Article 7.

[12] DSU, note 4, Article 3.2.

[13] See: D. Akande, S. Williams, *International Adjudication*…, p. 379.

[14] I. Bogdanova, *Adjudication*…, p. 9.

[15] See: D. Akande, S, Williams, *International Adjudication*…, p. 379.

[16] "We note that it is a widely accepted rule that an international tribunal is entitled to consider the issue of its own jurisdiction on its own initiative, and to satisfy itself that it has jurisdiction in any case that comes before it". United States – Anti-Dumping Act of 1916, AppellateBody Report, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopted 26 September 2000, DSR 2000:X, p 4793 para. 54.

[17] I. Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press 2009, p. 175.

[18] *Ibidem*.

[19] See: I. Bogdanova, *Adjudication*…, p. 9.

To sum up, once a panel is established, it has the jurisdiction to examine all legal issues relating to the dispute, even when one party invokes Article XXI(b)(iii)[20]. As noted, in principle if the matter is necessary or useful for the resolution of dispute submitted by the complainant, no matter within the scope of the WTO agreement is excluded from the panels resolution[21].

Non-justiciability

The fact that a WTO panel has power to interpret the national security exception does not automatically mean that it can also determine whether a state's security interests are threatened and what measures are needed to protect such interests[22]. In other words, tribunal must decide whether the case is justifiable or not. Non-justifiable case means that it is "not capable of being decided by legal principles or by a court of justice"[23].

It is essential to consider firstly, the self-judging nature of the provision. Article XXI (b) can be used to justify state's action, contrary to the GATT obligations, which *it(contracting party) considers necessary* for the protection of those essential security interests[24]. It can be therefore argue that the wording of this provision provides a very wide discretion to the party invoking national security provision to decide on what its essential security interests are and on what action is necessary to protect those interests.

However, the practice of other international tribunals, shows that besides of a wide margin of discretion afforded to states, in principle, courts have held themselves competent to determine security interests when the security exception was at stake. Moreover, some scholars consider even self-judging obligation as not a legal obligation. Thus, since the Article XXI was intended to create a legal obligation, it must be interpreted in a way that the final decision does not rest with the party invoking it but with the independent tribunal. For example, Judge Sir Hersch Lauterpacht in the *Norwegian Loans* case[25], stated in his separate opinion that the unilateral declaration accepting the compulsory jurisdiction of an international tribunal is invalid if later, after the dispute has come before the court and "in cases which cover potentially the entire field of possible disputes, (…) it determines that the Court has no jurisdiction"[26]. Further, he notes that such a self-judging instrument is unable to demonstrate the

[20] See: D. Akande, S. Williams, *International Adjudication*…, p. 380.

[21] *Ibidem*.

[22] See: *ibidem*, p. 381.

[23] Merriam Dictionary, https://www.merriam-webster.com/dictionary/nonjusticiable (7.05.2020).

[24] GATT, note 1, Article XXI.

[25] *Norwegian Loans* (Fr. v. Nor.), 1957 I.C.J. 9 (July 6).

[26] *Norwegian Loans* (Fr. v. Nor.), 1957 I.C.J. 9 (July 6), Separate opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht, 49.

acceptance of any legal obligation. He stated that, "an instrument in which a party is entitled to determine the existence of its obligation is not a valid and enforceable legal instrument of which a court of law can take cognizance. It is not a legal instrument. It is a declaration of a political principle and purpose"[27].

Secondly, as the panel in the *Russia – Traffic in Transit* noted in a footnote, the argument of non-justiciability comes directly from the "political question" doctrine. Such doctrine is rooted in the US constitutional law.

The US defines justiciability as the concept that "relates to the nature of the inquiry that an adjudicator could make over a matter put before it" and argues that panels are deprived of the right to conduct an inquiry into the security exception[28]. The essence of the "political question" doctrine is that "some disputes, although possibly justifiable as such, cannot be settledby judicial decision"[29] due to their political nature and therefore court must reject such claim without reaching the merits[30].

As can be seen in numerous scholarly works and numerous discussions on invoking national security exception in trade law, political doctrine has always been raised and carefully analyzed. The panel in the *Russia – Traffic in Transit* when recently reviewing for the first time in history, the Article XXI of the GATT did not address this issue as neither the panel nor the parties appear to have considered the possibility that a panel could refrain from exercising jurisdiction on this basis. However, political question argument was brought by the US and the panel did refer to this issue in footnote recognizing it as a potential argument for non-justiciability. Panel rejected this argument by invoking the ICJ statement that "as long as the case before it [ICJ] or the request for an advisory opinion turns on a legal question capable of a legal answer, it is duty-bound to take jurisdiction over it, regardless of the political background or the other political facets of the issue"[31]. Further, the panel noted that in the *Mexico – Taxes on Soft Drinks*[32], the AB stated that "a panel's decision to decline to exercise validly established jurisdiction would not be consistent with its obligations under Articles 3.2 and 19.2 of the DSU, or the right of a Member to seek redress of a violation of obligations within the meaning of Article 23 of the DSU"[33]. It can be therefore concluded that the panel simply lacks a procedural tool to decline to exercise jurisdiction[34].

---

[27] *Ibidem*.

[28] Russia – Measures Concerning Traffic in Transit (DS512), Third-Party Oral Statement of the United States of America (n.17).

[29] See: M.J. Hahn, *Vital Interests*…, p. 613.

[30] See: I. Bogdanova, *Adjudication*…, p. 13.

[31] *Russia – Traffic in Transit*, note 6, note 183.

[32] *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, Appellate Body Report, WT/DS308/AB/R, adopted 24 March 2006, DSR 2006:I.

[33] *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, note 87, para. 53.

[34] G. Vidigal, *WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue?*, "Legal Issues of Economic Integration" 2019, no. 46(3), Amsterdam Law School Research Paper no. 2019-21, p. 7.

To sum up, the more legally plausible argument for the WTO panels regarding the security exception is the self-judging wording of the exception and not the political question doctrine. However, as noted by scholars even years before the *Russia – Traffic in Transit* case, assuming that the Article XXI is entirely self-judging would mean that a WTO member is entitled to determine the scope and existence of its obligations under the GATT and to unilaterally determine (with binding effect) when it was obliged to comply with the GATT obligations[35]. This would vitiate the legal effect of the Agreement, lead to the absurd and to multiple abuses of the national security provision. Therefore, in the *Russia – Traffic in Transit*, the panel decided that "Russia's jurisdictional plea indeed requires it to interpret Article XXI(b)(iii) in order to determine if the power to decide whether the requirements for the application of the provision are met is vested exclusively in the Member invoking the provision, or the Panel retains the power to review such a decision concerning any of these requirements"[36].

Analyses of elements of the security exceptions provisions

After dealing with the possible issues which opposing party may raise on the preliminary stage of the proceeding in connection to invocation of national security issue and overcoming the matter of tribunals competence, we can turn to the merits and the way of interpretation of the national security provision. In order to do this, there is a need to divide this clause and discuss each element separately.

Emergency in International Relations

In the *Russia – Traffic in Transit* case one of the first questions that panel pose was if the phrase included in the Article XXI(b)(iii) "which it considers" should be understood as to qualify only the word *necessary* (with regards to the necessity of the measures for the protection of "its essential security interests") or to qualify also the determination of these "essential security interests"; or as well to qualify the determination of the matters described in the three subparagraphs of the Article XXI(b)[37].

The panel started its interpretation from the latter and after analyzes of the wording and context of the provision, it reached the conclusion that the existence of an emergency in international relations is an objective state of affairs: "the determination of whether the action was «taken in time of» an «emergency in international relations» under subparagraph (iii) of the Article XXI(b) is that of an

[35] See: D. Akande, S. Williams, *International Adjudication*…, p. 384.
[36] *Russia – Traffic in Transit*, note 6, 7.58.
[37] *Ibidem*, 7.63.

objective fact, subject to objective determination"[38]. Leaving to the members of the WTO the discretion which allow them to determine whether a measure is within the scope of subparagraphs of the Article XXI would lead to the creation of escape clause and would empowered countries to avoid all jurisdictional oversight[39]. In order to prevent this situation the panel stated that the XXI(b) provision operates as limitative, qualifying clause. It limits the discretion accorded under chapeau to the circumstances provided in subparagphs i–iii[40].

Further, panel limited potentially broad meaning of emergency by interpreting the Article XXI(b) as whole including also subparagraphs i and ii and not analyzing subparagraph iii in isolation. By doing so, it reached an interesting outcome: they all concern issues relating to the "defence and military interests, as well as maintenance of law and public order interests"[41]. Therefore, the panel set a high threshold for invoking the national security exception which can be use only in "a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state [which] give rise to particular types of interests for the Member in question, i.e. defence or military interests, or maintenance of law and public order interests"[42]. At the same time the panel explicitly confirmed that "emergency in international relations does not cover mere political or economic conflicts with other Members or states [even if] considered urgent or serious in a political sense"[43]. Panel did not stated that the member taking the measure shall be specially affected by the emergency it invokes. Established framework require WTO member to justify the measure on the basis of a specific emergency in international relations not on the general concept of an emergency[44].

Good faith principle

In the *Russia – Traffic in Transit*, the panel also recalled that "the obligation of good faith is a general principle of law and a principle of general international law which underlies all treaties, as codified in (…) the Vienna Convention"[45]. The panel in the Russia–Ukraine case determined that the obligation of good faith, requires members not to use the national security exception only to "circumvent their obligations under the GATT"[46].

---

[38] *Ibidem*, 7.77.
[39] See: G. Vidigal, *WTO Adjudication*…, p. 10.
[40] *Russia – Traffic in Transit*, note 6, 7.65.
[41] *Ibidem*, 7.74.
[42] *Ibidem*, 7.76.
[43] *Ibidem*, 7.75.
[44] See: G. Vidigal, *WTO Adjudication*…, p. 11.
[45] *Russia – Traffic in Transit*, note 6, 7.132.
[46] *Ibidem*, 7.133.

Panel also gave the example of behaviour which falls outside the requirements of bona fide: a member who tries to escape from the structure of reciprocal and mutually advantageous arrangements "by re-labelling trade interests, that it had agreed to protect and promote (…), as essential security interests"[47]. Panel's conclusion was reached when after having discussed the subparagraph, it turned to chapeau of the provision and performed two operations. Firstly, it divided the chapeau into two elements: the existence of "its essential security interests" and the necessity of the "action" taken by the Member to protect these interests. Secondly, the panel added to both of these elements the "obligation of good faith" according to which obligations must be both interpreted and performed in a good faith[48]. By imposing on members the obligation of good faith when invoking the Article XXI(b), and by the division of the chapeau of the provision, it created two additional legal hurdles requiring evidences to be provided[49]. Firstly, state must articulate before the panel the essential security interests that its measure seeks to protect, "sufficiently enough to demonstrate their veracity"[50]. Secondly, a measure should have a connection with the security interests articulated by the Member, in the sense that it could credibly be claimed to be "for the protection of" these interests. Both discussed in the next section.

Essential security interests

The threshold of the term *essential*

As noted by the panel in the *Russia – Traffic in Transit*, the word *essential* used in this provision evidently narrows the scope of the security interests[51]. Therefore, it should be read as interests relating to "the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally"[52].

In regard to sufficient level of articulation of essential, panel noted that "the specific interests that are considered directly relevant to the protection of a state from such external or internal threats will depend on the particular situation and perceptions of the state in question, and can be expected to vary with changing circumstances"[53]. For these reasons, it is left, in general, to every member to define what it considers to be its essential security interests[54] but its discretion

[47] *Ibidem*.
[48] See: G. Vidigal, *WTO Adjudication*…, p. 12.
[49] See: *ibidem*.
[50] *Russia – Traffic in Transit*, note 6, 7.134.
[51] *Ibidem*, 7.130.
[52] *Ibidem*.
[53] *Ibidem*, 7.131.
[54] *Ibidem*.

is limited by its obligation to interpret and apply the Article XXI(b)(iii) of the GATT in good faith[55].

Further, it noted that whether a sufficient level of articulation of essential security interests will depend on the emergency in international relations at issue. This suggests highly case-by-case approach. The panel also explicitly consider the situation when invocation of the security exception was not caused directly by an armed conflict, or a situation of breakdown of law and public order, stating that indeed such defence would be less obvious however not impossible[56]. "In such cases, a Member would need to articulate its essential security interests with greater specificity than would be required when the emergency in international relations involved, for example, armed conflict"[57].

The second issue that state would have to show is the connection between the measure and the security interests articulated by it. The test used in the *Russia – Traffic in Transit* by the panel was to review "whether the measures are so remote from, or unrelated to, the emergency that it is implausible that State implemented the measures for the protection of its essential security interests arising out of the emergency"[58].

Necessity of the measure

The complex three-tiered test in *Russia – Traffic in Transit* the panel noted that, once the measures were deemed to have been taken in time of emergency in international relations and to be sufficiently related to Russia's essential security interests articulated before the panel, it was "for Russia to determine the «necessity» of the measures for the protection of its essential security interests"[59].

In other words, Panel determined the necessity as the self-judging element of national security provision. It therefore does not need the in depth review of the necessity of the measure undertaken by panels under Article XXI and does not require the consideration whether the measures are discriminatory[60].

Even though the panel decided to allow states for the determination of the necessity, it limited significantly their discretion by requiring them to prove (i) the emergency in international relations, (ii) to present the precise character of the essential security interests that they seek to protect and (iii) the relationship between the measure and these interests in a minimally plausible manner, establishing a credible connection between measure, protected interests and circumstances which could justify the invocation of the measure.

[55] *Ibidem*, 7.132.
[56] *Ibidem*, 7.135.
[57] *Ibidem*.
[58] *Ibidem*, 7.139.
[59] See: G. Vidigal, *WTO Adjudication*…, p. 13.
[60] See: *ibidem*.

If the Panel had granted states with bigger discretion with regards to Article XXI(b), we could face some significant policy ramifications. Importing countries having the complete discretion on the judgment of essential national security under Article XXI would be allowed to impose trade restriction measures without the possibility of review what would open the gate for the rampant application of security interest exceptions to all kinds of products such as automobiles and semiconductors, all sorts of other "strategic" base materials under all kinds of circumstances[61].

Conclusions

The report issued by Panel in *Russia – Traffic in Transit case* without doubt took the debate about the national security exception to whole different level. It solved the discussion concerning the justifiability of that provision probably once for all. It also remarkably limited states discretion with regards to its interpretation which suggests that the DSB's aim was to reduce the risk of abuse to minimum before more countries follow recently frequent trend among members of invoking Article XXI to circumvent the obligations arising from GATT.

Although, the *Russia – Traffic in Transit* report put light on the issue of the security exception, it did not put the debate to an end. Quite contrary, it only exacerbated the conflict and added many new questions to it. For example, the Panel stated that emergency may also mean "heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state" this being much broader and not even strictly précised therefore still leaving a lot of space for discussing what exactly may be included under this particular definition. Secondly, with regard to good faith and essential interests, Panel suggested strong case-by-case approach and noted the specific interests depend on the particular situation and can vary with changing circumstances. Further, Panel stated that where invocation of security exception was not caused directly by armed conflict, or a situation of breakdown of law and public order, the defence through Article XXI would be less obvious and would required greater specificity but it did not exclude such option.

It must be also noted that this was only the statement of the Panel in this particular dispute. Another panel may approach security exemption differently which may be seen soon as the national security exception has been invoked recently also by the United Arab Emirates, the Kingdom of Bahrain and the Kingdom of Saudi Arabia in three disputes initiated by Qatar and by the United States in a case concerning additional import duties on steel and aluminium.

[61] L. Yong-Shik, *Three Wrongs Do Not Make a Right: The Conundrum of the US Steel and Aluminum Tariffs*, "World Trade Review" 2019, no. 18(3), p. 490.

Bibliography

Akande D., Williams S., *International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO*, "Va. J. Int'l L." 2003, no. 43.

Bogdanova I., *Adjudication of the GATT security clause: to be or not to be, this is the question*, WTI Working Paper 01/2019.

Hahn M.J., *Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception*, "Michigan Journal of International Law" 1991, vol. 12.

Merriam Dictionary, https://www.merriam-webster.com/dictionary/nonjusticiable (7.05.2020).

Shapiro D.T., *Be Careful What You Wish For: US Politics and the Future of the National Security Exception to the GATT*, "The George Washington Journal of International Law and Economics" 1997, vol. 31, no. 1.

Van Damme I., *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press 2009.

Vidigal G., *WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue?*, "Legal Issues of Economic Integration" 2019, no. 46(3), Amsterdam Law School Research Paper no. 2019-21.

Yerkey G.G., *European Union May Not File WT0 Case Against US. Over Cuba Bill, Aide Says*, "Int'l Trade Rep. (BNA)" 1996, no. 14.

Yong-Shik L., *Three Wrongs Do Not Make a Right: The Conundrum of the US Steel and Aluminum Tariffs*, "World Trade Review" 2019, no. 18(3).

Summary

This article sets out to examine the national security exception incorporated in an Article XXI(b)(iii) of GATT after a panel issued its final report in the *Russia – Traffic in Transit* case. This piece focuses on deep analyse of every element of above mention exception as to understand the significancy of each part and the approach taken by the Dispute Settlement Body. In order to do this, the interpretation of this clause in *Russia – Traffic in Transit* case is used as well as other relevant legal sources and scholars' articles.

Keywords: GATT, WTO*, Russia – Traffic in Transit* case, national security, exception, Article XXI(b)(iii)

POWOŁANIE SIĘ NA WYJĄTEK W ZAKRESIE BEZPIECZEŃSTWA GATT PO SPRAWIE RUSSIA–TRAFFIC IN TRANSIT

Streszczenie

Opracowanie ma na celu analizę zawartego w art. XXI(b)(iii) GATT wyjątku dotyczącego bezpieczeństwa narodowego w świetle ostatniego, końcowego rozstrzygnięcia w sprawie *Rosja – działania w zakresie ruchu tranzytowego*. Rozważania koncentrują się na ewaluacji poszczególnych elementów klauzuli i ocenie podejścia przyjętego przez Organ Rozstrzygania Sporów. W tym celu w artykule wykorzystano raport wydany w sprawie *Rosja – działania w zakresie ruchu tranzytowego*, a także źródła prawa dotyczące tej materii oraz wybrane pozycje bibliograficzne.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo narodowe, wyjątek, *Rosja – działania w zakresie ruchu tranzytowego*, art. XXI(b)(iii), GATT, WTO

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.4

Paweł Gacek

Komenda Główna Policji
ORCID: 0000-0001-6365-3146

TERMIN NA ZŁOŻENIE OŚWIADCZENIA O ZRZECZENIU SIĘ ODWOŁANIA

Wprowadzenie

Instytucja zrzeczenia się prawa do wniesienia odwołania[1] została wprowadzona do procedury administracyjnej na mocy ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw[2]. Zgodnie z art. 127a § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego[3] w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania strona może się zrzec prawa do wniesienia odwołania wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję[4]. Jak podkreśla doktryna, obowiązująca od 1 czerwca 2017 r. regulacja odnosząca się do zrzeczenia się odwołania stanowi powrót do konstrukcji, która w przeszłości obowiązywała w procedurze administracyjnej[5].

Wskazany art. 127a § 1 k.p.a. statuuje uprawnienie do skorzystania przez stronę postępowania administracyjnego z prawa do zrzeczenia się odwołania, zatem odnosi się wyłącznie do rozstrzygnięć, od których przysługuje środek zaskarżenia

[1] Zob. szerzej na ten temat: P. Gacek, *Zasada dwuinstancyjnego postępowania a zrzeczenie się prawa do wniesienia odwołania*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2018, nr 10, s. 66 i n.

[2] Art. 1 pkt 31 ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2017, poz. 935).

[3] Dz.U. 2018, poz. 2096 ze zm. (dalej: k.p.a.).

[4] Uchwalona zmiana uwzględniła postulat w zakresie przyjęcia bardziej elastycznej formuły administracyjnego toku instancji. K. Mełgieś, *Nowelizacja KPA – założenia podstawowe*, „Edukacja Prawnicza" 2017, nr 3, s. 54. Zrzeczenie się prawa do odwołania od decyzji administracyjnej zostało wprowadzone ze względu na ekonomię postępowania. T. Jezierski, *Zrzeczenie się prawa do odwołania od decyzji administracyjnej w kontekście uprawnień organizacji ekologicznych*, „Monitor Prawniczy" 2018, nr 12, s. 648.

[5] Zob. art. 87 ust. 3 pkt c rozporządzenia Prezydenta Rzeczpospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o postępowaniu administracyjnym (Dz.U. 1928, nr 36, poz. 341 ze zm.), a także art. 113 § 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 1960, nr 30, poz. 168). Por. B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 686.

w postaci odwołania. Dotyczy to także decyzji wydanych w I instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze, od których nie służy odwołanie, ale wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Zgodnie bowiem z art. 127 § 3 k.p.a. do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji[6]. W konsekwencji konstrukcja ta nie ma zastosowania do decyzji administracyjnych, od których nie przysługuje odwołanie. Są nimi decyzje organu odwoławczego, bowiem zgodnie z art. 15 k.p.a. postępowanie administracyjne jest co do zasady dwuinstancyjne. Na decyzje wydane przez organ II instancji nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji, zatem są one ostateczne (art. 16 § 1 k.p.a.)[7]. Odwołanie nie przysługuje również od decyzji organu I instancji, jeśli przepis szczególny tak stanowi[8], zasada dwuinstancyjności nie ma bowiem charakteru bezwzględnego[9]. W konsekwencji decyzja organu I instancji może mieć w szczególnych przypadkach charakter ostateczny. Innymi słowy, konstrukcja zawarta w art. 127a § 1 k.p.a. może mieć zastosowanie wyłącznie do decyzji nieostatecznych, bo przedmiotem odwołania jest nieostateczna decyzja[10]. Nie odnosi się natomiast ani do rozstrzygnięć ostatecznych, ani do prawomocnych.

Uprawnienie do zrzeczenia się odwołania jest ograniczone podmiotowo. Uprawnionym podmiotem, który może je złożyć, jest wyłącznie strona postępowania. Nie został natomiast w to usprawnienie wyposażony uczestnik na prawach strony.

Aby jednak wskazany wyżej podmiot mógł skorzystać z przysługującego mu uprawnienia do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania, decyzja musi zostać prawidłowo wprowadzona do obrotu prawnego. Decyzja, która nie weszła do tego obrotu, nie może bowiem być zaskarżona.

Kolejny wymóg, co zostało wyżej zaznaczone, związany jest z zaskarżalnością rozstrzygnięcia. Przepisy procedury administracyjnej przewidują precyzyjnie termin[11], w którym strona może skorzystać ze swojego uprawnienia do kwestionowania wydanego wobec niej rozstrzygnięcia. Termin ten skorelowany jest z terminem do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania. Przepis art. 127a § 1 k.p.a. wyraźnie stanowi, iż uprawnienie strony do złożenia oświadczenia w tym zakresie przysługuje wyłącznie w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania. Uprawnienie, o którym mowa wyżej, zostało zatem ograniczone temporalnie.

---

[6] P. Gołaszewski, *Nowelizacja Kodeksu postępowania administracyjnego oraz Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi z 7.4.2017 r. (cz. III)*, „Monitor Prawniczy" 2017, nr 17, s. 916.

[7] Ostateczność decyzji administracyjnej nie stanowi przeszkody zaskarżenia jej na drodze sądowoadministracyjnej. Decyzja, której nie można zaskarżyć do sądu administracyjnego, jest prawomocna (art. 16 § 3 k.p.a.).

[8] Mowa w tym przypadku o przepisie prawa powszechnie obowiązującego rangi ustawowej. K. Glibowski, uwagi do art. 15 [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2018, Legalis.

[9] *Ibidem*.

[10] Z. Kmieciak, *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011, s. 65.

[11] Szerzej na temat pojęcia *termin* zob. M. Kowalski, *Terminy w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, Wrocław 2013, s. 69 i n.

Oświadczenie to strona może złożyć dopiero po rozpoczęciu biegu terminu do wniesienia odwołania[12] i przed upływem tego terminu. Złożenie takiego oświadczenia po upływie terminu do wniesienia odwołania (jeśli odwołanie nie zostało złożone) jest bezprzedmiotowe z uwagi na uostatecznienie się decyzji administracyjnej, a w konsekwencji jej uprawomocnienie. Uprawnienie to nie może być realizowane również przed rozpoczęciem terminu do wniesienia odwołania, a tym samym przed wprowadzeniem decyzji do obrotu prawnego. Intencją ustawodawcy było wyeliminowanie sytuacji, w których strona uprawniona byłaby do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania jeszcze przed wydaniem decyzji w toku trwającego z jej udziałem postępowania administracyjnego[13] albo też oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania wobec oznaczonego organu administracji publicznej w odniesieniu nie tylko do postępowań, które organ ten obecnie prowadzi, ale które może w przyszłości prowadzić wobec strony[14]. Jak wynika wprost z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego: „Oświadczenie o zrzeczeniu się odwołania może być złożone dopiero po rozpoczęciu biegu terminu na wniesienie odwołania. Niedopuszczalne jest zatem zrezygnowanie z możliwości zaskarżenia decyzji «na przyszłość» – w szczególności przed wydaniem decyzji, od której będzie przysługiwało odwołanie (albo wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy)”[15].

Stąd też w dalszej części niniejszego opracowania konieczne jest precyzyjne wytyczenie granicy czasowej, w obrębie której materializuje się prawo do zrzeczenia się odwołania przez stronę. Kluczowym zagadnieniem jest ustalenie punktu na osi czasowej, który inicjuje bieg terminu do wniesienia odwołania, a także momentu, w którym termin ten upływa. Jak bowiem wskazano wcześniej, termin do wniesienia odwołania jest funkcjonalnie związany z uprawnieniem do zrzeczenia się prawa do wniesienia odwołania. Uprawnienie, o którym mowa, może być realizowane wyłącznie w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania.

Termin do wniesienia odwołania

Prawo do wniesienia odwołania może być realizowane w ściśle określonym czasie. Jest to o tyle istotne, że uchybienie terminowi do wniesienia odwołania

[12] K. Glibowski, uwagi do art. 127a [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2018, Legalis; *idem*, uwagi do art. 127a [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2018, Legalis.

[13] M. Adamczyk, *Zrzeczenie się prawa do wniesienia odwołania – problemy praktyczne*, „Serwis Administracyjno-Samorządowy” 2017, nr 6(257), s. 29.

[14] Nie jest bowiem dopuszczalne złożenie blankietowego oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania od wszystkich decyzji wydanych przez organ w określonym postępowaniu lub przed danym organem. P. Gołaszewski, *Nowelizacja Kodeksu*…, s. 915.

[15] Sejm VII kadencji, druk nr 1183, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw, s. 57, http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183 (28.11.2018).

skutkuje stwierdzeniem o jego niedopuszczalności na podstawie art. 134 k.p.a.[16] Organ zobowiązany jest w pierwszej kolejności do ustalenia dopuszczalności odwołania, a tym samym tego, czy zostało ono wniesione w ustawowym terminie. Odwołanie wniesione przed rozpoczęciem biegu terminu do wniesienia odwołania należy uznać za przedwczesne. Nie mogłoby ono być przedmiotem rozpatrzenia przez organ odwoławczy (co do *meritum*)[17], tak samo jak odwołanie wniesione po upływie ustawowego terminu[18]. W obu przypadkach organ odwoławczy stwierdza w drodze postanowienia o uchybieniu terminu do wniesienia odwołania, które jest ostateczne[19]. Wyjątek stanowi sytuacja, w której uprawniony uchybiłby terminowi do wniesienia odwołania, a następnie wystąpił o jego przywrócenie, co skutkowałoby jego przywróceniem[20].

Zgodnie z treścią art. 129 § 2 k.p.a.[21] odwołanie wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie – od dnia jej

[16] „Stwierdzenie przez organ odwoławczy uchybienia terminu do wniesienia odwołania na podstawie art. 134 k.p.a. winno być poprzedzone dokładnym wyjaśnieniem stanu faktycznego, co do tego, czy odwołujący się przekroczył termin określony w art. 129 § 1 k.p.a.". Wyrok NSA z dnia 11 maja 1994 r., sygn. SA/Gd 2813/93, Legalis nr 38549). „Z art. 129 § 1 i § 2 k.p.a. wynika, że warunkiem uruchomienia postępowania odwoławczego jest wniesienie odwołania z zachowaniem ustawowego 14-dniowego terminu. Oznacza to, że organ odwoławczy obowiązany jest w postępowaniu wstępnym zbadać, czy odwołanie zostało wniesione we wskazanym wyżej terminie". Wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2005 r., sygn. IV SA/Wa 994/05, Legalis nr 77228. W tym samym tonie wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 lutego 2006 r., sygn. I SA/Wa 756/05, Legalis nr 344145.

[17] „W przypadku niezłożenia odwołania od decyzji w terminie przewidzianym przepisami prawa organ odwoławczy nie może dokonać merytorycznej oceny prawidłowości decyzji organu pierwszej instancji". Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 11 maja 2017 r., sygn. III SA/Gd 248/17, Legalis nr 1633075.

[18] „Uchybienie terminu określonego w art. 129 § 2 k.p.a. dotyczy zarówno sytuacji wniesienia odwołania po jego upływie, jak również przed rozpoczęciem biegu wskazanego terminu, zanim decyzja weszła do obrotu prawnego". Wyrok WSA w Opolu z dnia 26 lutego 2008 r., sygn. II SA/Op 581/07, Legalis nr 268697; wyrok WSA w Warszawie z dnia 2 października 2006 r., sygn. VI SA/Wa 1316/06, Legalis nr 273036.

[19] P. Gacek, *Odwołanie od rozkazu personalnego*, „Przegląd Policyjny" 2016, nr 3(123), s. 95 i n. oraz powołany tam wyrok WSA w Opolu z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. II SA/Op 489/12, Legalis nr 770908.

[20] Przywrócenie terminu następuje wyłącznie na wniosek. Organ nie może przywrócić go z urzędu. Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 lipca 2002 r., sygn. IV SA 2230/00, Legalis nr 101469. „Rozpatrzenie odwołania wniesionego z uchybieniem terminu, który nie został przywrócony, stanowi rażące naruszenie prawa w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a." Uchwała 7 Sędziów NSA z dnia 12 października 1998 r., sygn. OPS 11/98, Legalis nr 46450; wyrok WSA w Łodzi z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. II SA/Łd 181/17, Legalis nr 1600277; Z. Kmieciak, *Odwołania w postępowaniu*…, s. 85. Por. też: wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 września 2017 r., sygn. II SA/Wa 2243/16, Legalis nr 1690687.

[21] Przepisy art. 129 § 1 k.p.a. w zw. z art. 129 § 2 k.p.a. określają obowiązki strony postępowania administracyjnego, która chce skorzystać z przysługującego jej prawa do zaskarżenia decyzji. Wyrok NSA z dnia 18 września 2012 r., sygn. II GSK 674/11, Legalis nr 552169; wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. II GSK 869/11, Legalis nr 779094; wyrok NSA z dnia 19 czerwca 2012 r., sygn. II GSK 853/11, Legalis nr 512107.

ogłoszenia stronie[22]. Przepisy szczególne mogą przewidywać inne terminy do wniesienia odwołania (art. 129 § 3 k.p.a.). Co do zasady więc termin ten jest 14-dniowy. Zdarzeniem inicjującym bieg tego terminu jest doręczenie decyzji lub jej ogłoszenie[23], przez co należy rozumieć również upływ terminów wskazanych w przepisach k.p.a., które skutkują przyjęciem tzw. fikcji doręczenia. Są to sytuacje, w których nie następuje fizyczne (rzeczywiste) doręczenie decyzji administracyjnej adresatowi, ale które skutkują przyjęciem, iż doręczenie to nastąpiło w oznaczonym czasie.

Przez doręczenie należy rozumieć wyraźną, władczą, obligatoryjną, formalną i nieodwołalną czynność procesowo-techniczną[24] właściwego organu administracji publicznej lub wykonującego funkcje zlecone, za pomocą której przekazuje (udostępnia) się pisma adresatowi w postępowaniu administracyjnym w sposób przewidziany prawem, z którą prawo wiąże określone skutki prawne[25]. Istotne jest to, że doręczenie, o którym mowa, jest czynnością zastrzeżoną dla organu administracyjnego[26]. Doręczenie decyzji administracyjnej przez organ administracji publicznej może zatem nastąpić wyłącznie w sposób wskazany w procedurze administracyjnej[27].

Skoro doręczenie decyzji warunkuje możliwość zainicjowania procedury odwoławczej, kluczowe znaczenie ma ocena prawidłowości tej czynności. Doręczenie

---

[22] „Instytucją służącą do wzruszenia decyzji organu pierwszej instancji w trybie zwykłym jest odwołanie, które strona może wnieść w terminie 14 dni od dnia doręczenia jej lub ogłoszenia decyzji (art. 127 § 1 k.p.a., art. 129 § 2 k.p.a.)". Wyrok NSA z dnia 5 grudnia 1997 r., sygn. I SA 1329/95, Legalis nr 41338.

[23] „Zdarzeniem będącym początkiem tego terminu jest doręczenie albo ogłoszenie decyzji". E. Iserzon, J. Starościak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Warszawa 1970, s. 132.

[24] Jak podkreśla doktryna, doręczenie jest czynnością materialno-techniczną wywołującą skutki określone w k.p.a. *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2006, s. 65; B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania*…, s. 298; J. Borkowski, J. Jendrośka, R. Orzechowski, A. Zieliński, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1985, s. 130; *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, red. A. Mudrecki, Gdańsk 2008, s. 100. Przeciwnie: A. Wróbel, który stwierdza, że doręczenie jest czynnością procesową organu administracji publicznej, z którą przepisy kodeksu wiążą skutki prawne. K. Chorąży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Kraków 2004, s. 68.

[25] G. Łaszczyca, A. Matan, *Doręczenie w postępowaniu administracyjnym ogólnym i podatkowym*, Kraków 1998, s. 47; G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–103*, Warszawa 2007, s. 410; *iidem*, *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003, s. 424; R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 277; L. Klat-Wertelecka, B. Kozicka, E. Pierzchała, *Decyzja postanowienie ugoda w postępowaniu administracyjnym*, Wrocław 2014, s. 75; *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011, s. 191.

[26] *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2006, s. 65.

[27] Problematyka ta przekracza jednak ramy niniejszego opracowania. Szerzej na temat sposobów doręczenia zob. G. Łaszczyca, A. Matan, *Doręczenie w postępowaniu*…; R. Suwaj, *Wydawanie decyzji administracyjnych*, Wrocław 2011, s. 148 i n.

wadliwe nie będzie skutkowało wprowadzeniem decyzji administracyjnej do obrotu prawnego, a zatem nie będzie powodowało rozpoczęcia biegu terminu do wniesienia od niej odwołania. Również wniesienie odwołania przed doręczeniem (ogłoszeniem) decyzji nie wywołuje skutków prawnych[28], odwołanie można bowiem złożyć wyłącznie po rozpoczęciu biegu terminu do wniesienia odwołania.

Skuteczne (prawidłowe) doręczenie inicjuje bieg terminu do wniesienia odwołania[29]. Nie ma przy tym znaczenia, czy faktycznie doręczenie nastąpiło, czy też zostały spełnione przesłanki uzasadniające przyjęcie fikcji doręczenia. Dzień rzeczywistego doręczenia decyzji, jak również dni wskazane w k.p.a., które powodują przyjęcie, że decyzja została doręczona, są dniami, od których biegnie termin do wniesienia odwołania. Należy w pełni podzielić tezę zaprezentowaną w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek zamiejscowy w Katowicach z dnia 28 sierpnia 1996 r.[30], w którym stwierdził on, że „termin do złożenia odwołania rozpoczyna swój bieg od dnia doręczenia decyzji stronie (art. 129 § 2 k.p.a.). Brak doręczenia decyzji względnie ustalenia, iż zostało ono dokonane z obrazą przepisów Kodeksu traktujących o doręczeniu (rozdział 8) oznacza, iż nie rozpoczął swojego biegu termin do złożenia odwołania. Jedynie bowiem prawidłowe doręczenie, a więc z zachowaniem zasad przewidzianych w k.p.a. – może wywołać przewidziany prawem skutek”[31]. Z cytowanego orzeczenia wynika nie tylko to, iż prawo do wniesienia odwołania warunkowane jest prawidłowym wprowadzeniem decyzji administracyjnej do obrotu prawnego[32], tj. prawidłowym doręczeniem (ogłoszeniem), ale i to, iż dzień doręczenia decyzji jest dniem początkowym terminu do wniesienia odwołania[33].

---

[28] K. Chorąży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne*…, s. 122 i powołana tam uchwała NSA z dnia 13 października 1997 r., sygn. FPK 13/97, ONSA z 1998, nr 1, poz. 7, a także wyrok NSA z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. I OSK 831/07, Legalis nr 271783.

[29] „Bieg terminu do złożenia środka odwoławczego warunkuje dopiero prawidłowe doręczenie rozstrzygnięcia”. Wyrok NSA z dnia 21 listopada 2014 r., sygn. I OSK 1855/13, Legalis nr 1162326.

[30] Wyrok NSA – Ośrodek zamiejscowy w Katowicach z dnia 28 sierpnia 1996 r., sygn. SA/Ka 2966/95, Legalis nr 280264.

[31] W tym samym tonie: „z brzmienia art. 129 § 1 k.p.a. wynika, że odwołanie wnosi się w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, a gdy decyzja została ogłoszona ustnie – od dnia jej ogłoszenia stronie. Zatem reasumując, z przytoczonych wyżej uregulowań wynika, że bieg terminu do wniesienia odwołania rozpoczyna się od dnia doręczenia decyzji stronie (art. 109 § 1 k.p.a.), a gdy była ogłoszona ustnie – od dnia jej ogłoszenia stronie”. Wyrok WSA w Olsztynie z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. II SA/Ol 973/17, Legalis nr 1715988; wyrok WSA w Olsztynie z dnia 25 października 2011 r., sygn. II SA/Ol 759/11, Legalis nr 416298.

[32] „Termin do wniesienia odwołania przez każdą stronę otwiera się z dniem, w którym decyzja wprowadzana jest do obrotu”. Wyrok WSA w Krakowie z dnia 29 maja 2014 r., sygn. II SA/Kr 416/14, Legalis nr 964274.

[33] „Faktem jest, że termin, określony w art. 129 § 2 k.p.a. jest terminem prekluzyjnym, a zatem jego uchybienie powoduje, że wniesienie odwołania po jego upływie jest bezskuteczne. Faktem jest również, że cytowany przepis określa datę początkową, od której ów termin rozpoczyna bieg (data doręczenia decyzji stronie)”. Wyrok WSA w Łodzi z dnia 3 listopada 2017 r., sygn. II SA/Łd 761/17, Legalis nr 1691549.

Terminy do wniesienia odwołania przewidziane przez przepisy procedury administracyjnej (tj. wynikające z art. 129 § 2 k.p.a. oraz z przepisów szczególnych – art. 129 § 3 k.p.a.) są terminami ustawowymi, nie mogą być więc przedłużane lub skracane przez organ administracji publicznej[34]. Ich upływ wywołuje skutek w postaci uostatecznienia się decyzji, a co za tym idzie – jej uprawomocnienia. Decyzja nie może być już od tego momentu wzruszona w administracyjnym toku instancji. Z uwagi na fakt, że nie była ona przedmiotem zaskarżenia w drodze odwołania, nie może być ona też zaskarżona w drodze sądowoadministracyjnej, skarga do sądu administracyjnego wymaga bowiem uprzedniego wyczerpania środków prawnych w administracyjnym toku instancji.

Zatem początkiem terminu do wniesienia odwołania jest zgodnie z art. 129 § 2 k.p.a. dzień doręczenia decyzji administracyjnej. Nie przeczy temu treść art. 57 § 1 k.p.a., który stanowi, że jeżeli początkiem terminu określonego w dniach jest pewne zdarzenie, przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło, przepis wymieniony jako ostatni odnosi się bowiem do sposobu obliczania tego terminu[35]. Przyjęcie odmiennej koncepcji, według której początkiem terminu oznaczonego w dniach jest dzień następujący po dniu, w którym miało miejsce określone zdarzenie (doręczenie decyzji), skutkowałoby tym, iż prawo do wniesienia odwołania nie materializowałoby się w dniu doręczenia decyzji, ale w dniu następnym, tj. w dzień następujący po dniu doręczenia. Należy bowiem zaznaczyć, że pojęcia *prawo do wniesienia odwołania* oraz *termin do wniesienia odwołania* nie są tożsame, istnieje jednak funkcjonalne sprzężenie pomiędzy tymi pojęciami. Prawo do wniesienia odwołania materializuje się w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania. Skoro strona nabywa prawo do wniesienia odwołania w dniu doręczenia decyzji i może je w tym samym dniu realizować, to przyjęcie, że termin do wniesienia odwołania rozpoczyna swój bieg od dnia następnego po dniu, w którym nastąpiło doręczenie, spowodowałoby, że albo strona musiałaby powstrzymać się z wniesieniem odwołania do dnia następnego po dniu, w którym nastąpiło doręczenie decyzji, albo należałoby uznać, że odwołanie wniesione w dniu doręczenia decyzji stronie jest przedwczesne, bo termin do wniesienia odwołania nie rozpoczął swojego biegu. Trudno byłoby także zaakceptować pogląd, według którego w dniu doręczenia decyzji stronie zmaterializowałoby się jej prawo do wniesienia odwołania, a zatem w tym samym dniu może ona z niego skorzystać, natomiast termin do wniesienia odwołania rozpocząłby swój bieg od dnia następnego. Skutkowałoby to twierdzeniem, że prawo do wniesienia odwołania przysługuje jeszcze przed rozpoczęciem biegu terminu do wniesienia odwołania.

---

[34] K. Glibowski, uwagi do art. 127 [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011.

[35] L. Żukowski, R. Sawuła, *Postępowanie administracyjne*, Przemyśl–Rzeszów 2010, s. 138; J. Borkowski, J. Jendrośka, R. Orzechowski, A. Zieliński, *Kodeks postępowania*…, s. 140; W. Dawidowicz, *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1983, s. 156; M. Kowalski, *Terminy w postępowaniu*…, s. 77; *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, red. A. Mudrecki, Gdańsk 2008, s. 115; *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2017, s. 276.

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że do zdarzeń „uruchamiających" bieg terminu należy zaliczyć doręczenie[36]. Jak podkreśla WSA w Szczecinie w wyroku z dnia 19 września 2013 r.[37]: „Zgodnie z treścią art. 129 k.p.a. odwołanie należy wnieść w terminie czternastu dni od dnia doręczenia decyzji stronie, przy czym przy obliczaniu tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym doręczono decyzję (art. 57 § 1 k.p.a.)". Podobnie WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 1 lipca 2016 r.[38] stwierdza, że „zgodnie z art. 129 § 2 k.p.a. bieg terminu do wniesienia odwołania rozpoczyna się od daty doręczenia stronie decyzji"[39]. Nie budzi wobec tego wątpliwości, że doręczenie decyzji inicjuje bieg terminu do wniesienia odwołania. Analogicznie termin do wniesienia odwołania rozpoczyna swój bieg od dnia ogłoszenia decyzji[40]. Jak bowiem wskazuje NSA w wyroku z dnia 18 października 2017 r.[41]: „Strona ma prawo skorzystania z wniesienia odwołania od decyzji nieostatecznej najwcześniej od dnia publicznego ogłoszenia o jej wydaniu, w jej interesie może być, aby z tego prawa skorzystać możliwie najszybciej", a także WSA w Olsztynie, który w wyroku z dnia 14 grudnia 2017 r.[42] podkreśla, że „bieg terminu do wniesienia odwołania rozpoczyna się od dnia doręczenia decyzji stronie (art. 109 § 1 k.p.a.), a gdy była ogłoszona ustnie – od dnia jej ogłoszenia stronie"[43].

Nie można zatem podzielić stanowiska R. Kędziory, który wskazuje, że „należy zauważyć, że zgodnie z art. 57 § 1 k.p.a., przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania, jako terminu wyznaczonego w dniach (art. 129 § 2 k.p.a.), nie uwzględnia się dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyznaczające początek terminu. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania rozpoczyna swój bieg następnego dnia po dniu, w którym nastąpiło doręczenie lub ogłoszenie decyzji wydanej w I instancji"[44]. Należy bowiem wyraźnie zaznaczyć, że przepis art. 57

---

[36] R. Stankiewicz, uwagi do art. 57 [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis.

[37] Sygn. II SA/Sz 237/13, Legalis nr 789941.

[38] Sygn. II SA/Po 562/15, Legalis nr 1544640.

[39] „Termin do wniesienia odwołania (wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy) przez stronę, za którą działa pełnomocnik, rozpoczyna swój bieg dopiero od dnia doręczenia rozstrzygnięcia pełnomocnikowi". Wyrok NSA z dnia 21 listopada 2014 r., sygn. I OSK 1855/13. „Czternastodniowy termin, jednakowy dla poszczególnych stron postępowania, można precyzyjnie zindywidualizować w odniesieniu do każdej z nich. Rozpoczyna on bieg od doręczenia decyzji poszczególnym uczestnikom postępowania". Wyrok WSA w Krakowie z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. II SA/Kr 1591/17, Legalis nr 1741579 i powołane tam orzecznictwo.

[40] K. Chorąży, W. Taras, A. Wróbel, *Postępowanie administracyjne*…, s. 122.

[41] Sygn. II OSK 2681/16, Legalis nr 1700297.

[42] Sygn. II SA/Ol 973/17, Legalis nr 1715988.

[43] W tym samym tonie: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, red. A. Mudrecki, Gdańsk 2008, s. 320.

[44] R. Kędziora, uwagi do art. 127a [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis. W tym samym tonie: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków*, red. A. Mudrecki, Gdańsk 2008, s. 276. Porównaj też: M. Kowalski, *Terminy w postępowaniu*…, s. 77.

§ 1 k.p.a. wskazuje, że dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wyznaczające początek terminu, nie uwzględnia się przy obliczaniu tego terminu. Nie jest to równoznaczne z tym, iż dnia tego nie wlicza się do terminu. Nieuwzględnienie określonego dnia przy obliczaniu terminu ma sens wyłącznie wtedy, jeśli dzień ten zaliczany jest do terminu. Jeśli dzień, w którym nastąpiło zdarzenie wyznaczające początek terminu, nie byłby jednym z dni terminu, to kwestia uwzględnienia bądź nieuwzględnienia tego dnia przy obliczaniu terminu nie miałaby żadnego znaczenia. Dzień ten pozostawałby poza okresem terminu.

Reasumując, termin do złożenia odwołania rozpoczyna swój bieg od dnia doręczenia decyzji, ale dnia tego nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania. Oznacza to, że obliczanie tego terminu rozpoczyna się od dnia następnego pod dniu, w którym ten termin rozpoczął swój bieg, tj. po dniu, w którym nastąpiło doręczenie decyzji.

Norma zawarta w treści art. 129 § 2 k.p.a. ma charakter gwarancyjny, statuuje bowiem uprawnienie dla strony postępowania do kwestionowania rozstrzygnięć wydanych przez organ administracyjny w postępowaniu administracyjnym. Winna zatem być interpretowana w taki sposób, aby zapewniała szeroką ochronę tych uprawnień. Należy mieć na uwadze nie tylko literalne brzmienie powołanych wyżej przepisów, które nie budzą wątpliwości co do ich treści w zakresie, w jakim normują kwestię biegu terminu oraz sposobu jego obliczania, ale przede wszystkim funkcje i cel, dla których zostały one ustanowione. Uprawniony winien mieć prawo do zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych w I instancji niezwłocznie po ich wprowadzeniu do obrotu prawnego, zaskarżyć można bowiem tylko rozstrzygnięcie funkcjonuje w tym obrocie. Adresat decyzji może zatem niezwłocznie po doręczeniu mu decyzji zakwestionować zawarte w nim rozstrzygnięcie. Odwołanie nie wymaga zachowania szczególnej formy, jak również uzasadnienia[45]. Strona nie jest zobowiązana do szczegółowej analizy decyzji. Może ona kwestionować jej treść tylko z tego powodu, że jest niezadowolona z określonego rozstrzygnięcia. Zobowiązanie jej do złożenia odwołania w dniu następnym po dniu, w którym doręczono jej decyzję, tylko z tego powodu, że od tego dnia miałby rozpocząć bieg termin do wniesienia odwołania, byłoby nieuprawnionym, a przede wszystkim niecelowym ograniczeniem tego uprawnienia. Zasadna wydaje się teza, że przesłanką przemawiającą za nieuwzględnieniem (pierwszego) dnia, w którym termin rozpoczął swój bieg, przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania było to, iż doręczenie decyzji może nastąpić w dowolnej porze dnia. Zatem adresat, któremu doręczono by decyzję w porze rannej, byłby w zdecydowanie korzystniejszej pozycji w stosunku do adresata, któremu doręczono by decyzję w późniejszej porze, bowiem miałby więcej czasu na powzięcie decyzji w kwestii złożenia odwołania, jeśli dzień doręczenia należałoby uwzględnić przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania. Ustanowienie

[45] Wyrok NSA z dnia 18 lipca 2014 r., sygn. II OSK 555/13, Legalis nr 1161757; wyrok NSA z dnia 4 lutego 1993 r., sygn. SA/Kr 558/92, Legalis nr 37647.

zasady obliczania terminu do wniesienia odwołania od dnia następnego po dniu doręczenia rozstrzygnięcia statuuje równe szanse dla każdego adresata, któremu decyzja została doręczona w danym dniu, niezależnie od pory, w której fizycznie nastąpiło to doręczenie[46]. Ustanowienie dnia doręczenia decyzji pierwszoinstancyjnej jako dnia inicjującego (rozpoczynającego) termin do wniesienia odwołania stanowi gwarancje tego, że uprawniony, który chce ją zakwestionować, nie musi wstrzymywać się z dokonaniem tej czynności do dnia następnego (po dniu, w którym nastąpiło doręczenie), ale może tego dokonać bezpośrednio po jej doręczeniu, bez zbędnej (nieuzasadnionej) zwłoki.

Bieg terminu do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania

Jak wskazano wcześniej, termin do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania jest ściśle skorelowany z terminem do wniesienia odwołania. Ten ostatni rozpoczyna swój bieg od dnia doręczenia adresatowi rozstrzygnięcia nieostatecznego. Doręczenie decyzji inicjuje bieg terminu do wniesienia odwołania. Oświadczenie o zrzeczeniu się odwołania może być złożone wyłącznie w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania. Zatem najwcześniej strona może skorzystać z tego uprawnienia w dniu doręczenia jej decyzji administracyjnej, niezwłocznie po dokonaniu tego doręczenia. Złożenie takiego oświadczenia przed dniem doręczenia decyzji jest prawnie nieskuteczne, oświadczenie nie może bowiem wywierać skutków na przyszłość (*pro futuro*). Nie może zatem odnosić się do rozstrzygnięcia, które *ipso facto* nie weszło do obrotu prawnego, chociażby okoliczności wskazywały, że organ wyda decyzję o określonej treści, nawet zgodnej z wolą samej strony. Oświadczenie o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania musi dotyczyć ściśle określonej decyzji administracyjnej, a ta staje się nią z chwilą doręczenia jej adresatowi. Decyzja niedoręczona nie wiąże organu i nie może być dla adresata (strony) źródłem praw i obowiązków. Decyzja niedoręczona nie wchodzi do obrotu prawnego. Tym samym nie może być decyzją administracyjną. Jak słusznie podnosi doktryna, doręczenie (ogłoszenie) jest nie tylko warunkiem jej bytu prawnego, ale od momentu uzewnętrznienia woli organu

[46] Nie można zatem podzielić stanowiska doktryny, z którego wynika, że „termin do wniesienia odwołania wynosi 14 dni, licząc od dnia doręczenia decyzji stronie albo jej ustnego ogłoszenia, jeżeli decyzja była ogłoszona ustnie". *Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017, s. 204. W tym samym tonie: K. Mełgieś, *Zmiany w konstrukcji trybu odwoławczego w postępowaniu administracyjnym*, „Edukacja Prawnicza" 2018, nr 1, Legalis, a także judykatura, która stwierdza że „stosownie do art. 129 § 2 k.p.a. czternastodniowy termin do wniesienia odwołania liczony jest od dnia doręczenia stronie odpisu rozstrzygnięcia w sprawie". Wyrok WSA w Opolu z dnia 26 lutego 2008 r., sygn. II SA/Op 581/07. Dnia doręczenia rozstrzygnięcia nie uwzględnia się bowiem przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania stosowanie do treści art. 57 § 1 k.p.a., zatem termin ten liczony jest od dnia następnego po dniu, w którym nastąpiło doręczenie (ogłoszenie) decyzji.

przez jej doręczenie (ogłoszenie) rozpoczyna się dopiero jej byt prawny, co oznacza, że z tą chwilą decyzja nabiera mocy prawnej[47]. Oznacza to również, że złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania w dniu doręczenia decyzji administracyjnej, ale jeszcze przed faktycznym jej doręczeniem, również nie będzie wywoływało skutków prawnych. Złożenie takiego oświadczenia będzie prawnie skuteczne, ale dopiero po dokonaniu czynności doręczenia. Czynności te nie mogą zaistnieć równocześnie w czasie. Nie może być mowy o równoczesnym doręczeniu decyzji i złożeniu oświadczenia o zrzeczeniu prawa do wniesienia odwołania, bowiem doręczenie musi zostać prawidłowo wykonane, aby decyzja weszła do obrotu prawnego, a tym samym by uruchomiony został bieg terminu do wniesienia odwołania. Zatem oświadczenie to może zostać złożone niezwłocznie po doręczeniu decyzji administracyjnej stronie, bowiem z tą chwilą termin do wniesienia odwołania rozpoczyna swój bieg, a oświadczenie to może być złożone wyłącznie w trakcie biegu tego terminu. Nie ma wobec tego znaczenia, że strona, której doręczono decyzję administracyjną, w rzeczywistości nie zapoznała się z jej treścią. Doręczenie jest czynnością, która wywołuje skutki prawne niezależnie od tego, czy adresat zaznajomił się treścią rozstrzygnięcia. Skoro nic nie sprzeciwia się złożeniu przez stronę odwołania po doręczeniu decyzji, ale przed faktycznym zapoznaniem się z zawartym w niej rozstrzygnięciem, to tym bardziej nic nie sprzeciwia się złożeniu oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania bez znajomości treści doręczonej decyzji. Jest to uprawnienie strony, którym może ona swobodnie dysponować. Ma prawo do złożenia takiego oświadczenia także w sytuacji, gdy doręczona jej decyzja jest obiektywnie dla niej niekorzystna. Motywy, dla których strona korzysta z tego uprawnienia, są irrelewantne z punktu widzenia dopuszczalności i skuteczności wykonanej przez stronę czynności. Z punktu widzenia zgodności z obwiązującym prawem istotne jest to, czy oświadczenie o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania zostało złożone w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania, a tym samym czy zostało złożone po doręczeniu (ogłoszeniu) decyzji administracyjnej lub też po upływie terminów, z którymi prawo wiąże skutek w postaci przyjęcia fikcji doręczenia. Należy bowiem zaznaczyć, że jeśli doręczenie nastąpiło w sposób inny niż fizycznie do rąk własnych adresata (doręczenie właściwe), to mógł on nie powziąć wiedzy o treści rozstrzygnięcia (chyba że zaznajomił się z jej treścią w inny sposób). Mimo tego ma on prawo do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania od chwili, od której przepisy prawa statuują doręczenie jako dokonane.

Konkludując, należy zaakcentować, że prawo do zrzeczenia się odwołania materializuje się w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania, a termin ten rozpoczyna swój bieg od chwili prawnie skutecznego doręczenia (ogłoszenia) decyzji administracyjnej albo też od momentu, w którym nastąpił skutek doręczenia. Uprawniony może zatem skorzystać z prawa do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu

[47] G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Postępowanie administracyjne*…, s. 422.

się odwołania jeszcze tego samego dnia, w którym doręczenie (ogłoszenie) decyzji nastąpiło, albo też po upływie określonego w przepisach prawa okresu, z którym prawo to wiąże określony skutek w postaci przyjęcia, że doręczenie nastąpiło, z tym jednak zastrzeżeniem, że musi to nastąpić najwcześniej po dokonaniu wymienionych czynności albo po upływie wskazanych w przepisach terminów. Oświadczenie takie jest zatem prawnie skuteczne, jeśli nawet nastąpiło niezwłocznie po doręczeniu (ogłoszeniu) decyzji stronie.

Uprawnienie to może być realizowane wyłącznie w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania, co oznacza, że okresem tym objęty jest cały czas, w którym wniesienie odwołania jest dopuszczalne. Upływ tego terminu powoduje utratę uprawnienia do zrzeczenia się odwołania z uwagi na fakt, że decyzja (w przypadku braku odwołania) staje się ostateczna, a co za tym idzie – prawomocna. Zrzeczenie się prawa do wniesienia odwołania nie mogłoby odnieść żadnego skutku nie tylko ze względu na literalne brzmienie art. 127a § 1 k.p.a., ale przede wszystkim dlatego, że oświadczenie takie odnosiłoby się do uprawnia, które wskutek upływu terminu wygasło. Strona postępowania, nie posiadając uprawnienia do wniesienia odwołania (po upływie terminu do wniesienia odwołania, jeżeli w tym terminie nie wniosła odwołania), traci uprawnienie do kwestionowania decyzji za pomocą zwykłych środków zaskarżenia. Tracąc uprawnienie pierwotne, tj. prawo do wniesienia odwołania, traci również uprawnienie, które jest z nim immanentnie związane, tj. uprawnienie do zrzeczenia się odwołania.

Termin do wniesienia odwołania co do zasady kończy swój bieg z upływem okresu wskazanego w art. 129 § 2 k.p.a., chyba że przepisy szczególne przewidują inne terminy do wniesienia odwołania (art. 129 § 3 k.p.a.). Ponieważ termin 14-dniowy jest terminem określanym w dniach, a dzień doręczenia, który jest początkiem tego terminu, jest jednocześnie zdarzeniem, o którym mowa w art. 57 § 1 k.p.a., dnia doręczenia (ogłoszenia) decyzji nie uwzględnia się przy obliczaniu tego terminu. Pomimo tego, że termin do wniesienia odwołania rozpoczął swój bieg od dnia doręczenia (ogłoszenia) decyzji, *de facto* jego obliczanie następuje od dnia następnego po dniu, w którym doręczenie (ogłoszenie) decyzji miało miejsce[48]. Dnia doręczenia (ogłoszenia) decyzji, mimo iż jest on dniem rozpoczynającym bieg terminu do wniesienia odwołania, a więc dniem będącym niewątpliwie jednym z dni tego terminu, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania.

Należy jeszcze raz podkreślić, że art. 127a § 1 k.p.a. uprawnia stronę do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania w tracie biegu terminu do wniesienia odwołania. Zatem nie ma znaczenia dla skuteczności tej czynności

[48] Przeciwnie: wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 listopada 2018 r., sygn. IV SA/Po 661/18, Legalis nr 1854713; wyrok WSA w Białymstoku z dnia 25 października 2018 r., sygn. II SA/Bk 422/18, Legalis nr 1848320; wyrok WSA w Białymstoku z dnia 25 października 2018 r., sygn. II SA/Bk 517/18, Legalis nr 1848321; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 26 września 2018 r., sygn. IV SA/Wr 328/18, Legalis nr 1835241 i powołane tam orzecznictwo; wyrok WSA w Gliwicach z dnia 26 kwietnia 2018 r., sygn. IV SA/Gl 24/18, Legalis nr 1766952.

ustalenie, czy dzień, w którym oświadczenie takie zostało złożone, uwzględnia się bądź nieuwzględnia przy obliczaniu terminu, ale czy dzień złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania jest dniem, który jest dniem terminu do wniesienia odwołania. Jeżeli odwołanie wnosi się w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji stronie, nie może budzić wątpliwości, że dzień ten inicjuje bieg terminu do wniesienia odwołania. Termin do wniesienia odwołania kończy swój bieg z upływem 14 dni, licząc od dnia następnego po dniu, w którym nastąpiło to doręczenie (ogłoszenie). Uprawnienie do zrzeczenia się odwołania może wygasnąć także w innym terminie (niż 14 dni), o ile dłuższy bądź krótszy termin do wniesienia odwołania zostanie ustanowiony w przepisach szczególnych.

Na marginesie należy wskazać, że użyte w art. 127a § 1 k.p.a. pojęcie *w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania* jest celowym zabiegiem ustawodawcy. Niezasadne wydaje się zamieszczenie w tekście tej jednostki redakcyjnej sformułowania *od daty doręczenia decyzji*. Po pierwsze dlatego, że doręczenie może dotyczyć zarówno decyzji nieostatecznej, jak i ostatecznej. Wobec tego należałoby konsekwentnie doprecyzować art. 127a § 1 k.p.a., że chodzi o doręczenie decyzji, od której przysługuje odwołanie. Po drugie, sformułowanie *w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania* wytycza precyzyjnie granice temporalne uprawnienia do zrzeczenia się odwołania. Jeśli ustawodawca wskazałby, że prawo do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania przysługuje od momentu doręczenia decyzji, wytyczyłby wyłącznie punkt początkowy, od którego uprawnienie to przysługuje stronie. Konieczne byłoby również określenie punktu na osi czasowej, od którego uprawnienie to już nie przysługuje. Musiałby wskazać, że prawo do złożenia tego oświadczenia przysługuje od dnia doręczenia decyzji, od której przysługuje odwołanie, do upływu terminu do wniesienia odwołania. Użycie sformułowania *w trakcie terminu do wniesienia odwołania* w sposób wyczerpujący precyzuje zarówno termin początkowy, jak i końcowy okresu, w którym możliwe jest złożenie tego oświadczenia. Obecna redakcja tego przepisu określa zatem syntetycznie temporalny zakres tego uprawnia bez konieczności zbędnego rozbudowania teksu jednostki redakcyjnej art. 127a § 1 k.p.a. Sformułowanie *od dnia doręczenia decyzji, od której przysługuje odwołanie* określa jedynie moment początkowy biegu terminu do wniesienia odwołania, natomiast sformułowanie *w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania* odnosi się do obu granic czasowych tego uprawnienia.

Podsumowanie

Niniejsze opracowanie stanowi próbę odpowiedzi na pytanie o zakres temporalny uprawnienia do zrzeczenia się dowołania. Jak wykazano, jest ono immanentnie związane z prawem do odwołania. Materializuje się w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania, stąd też konieczne było precyzyjne ustalenie granic

czasowych wytyczających początek i koniec terminu do wniesienia odwołania. Dowiedziono, że termin do wniesienia odwołania inicjowany jest doręczeniem (ogłoszeniem) decyzji adresatowi (stronie), mimo iż dzień doręczenia (ogłoszenia) decyzji nie jest uwzględniany przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania. Termin do wniesienia odwołania co do zasady jest 14-dniowy, chyba że przepis szczególny przewiduje odstępstwo od tej reguły. Zatem termin do wniesienia odwołania kończy swój bieg po upływie 14 dni bądź innej liczby dni z tym zastrzeżeniem, że przy obliczeniu tego terminu nie uwzględnia się dnia doręczenia (ogłoszenia) decyzji, a zatem termin ten liczony jest od dnia następnego po dniu, w którym doręczenie (ogłoszenie) decyzji nastąpiło.

Wskazane punkty na osi czasowej, które umożliwiają kwestionowanie decyzji administracyjnej w drodze odwołania, mają kluczowe znaczenie z uwagi na fakt, że tylko w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania możliwe jest złożenie oświadczenia o zrzeczeniu się odwołania, które będzie prawnie skuteczne. Prawo to jest zatem prawem zależnym od prawa pierwotnego, tj. prawa do odwołania. Może ono być realizowane najwcześniej po dokonaniu czynności doręczenia (ogłoszenia) decyzji administracyjnej, jeszcze w tym samym dniu, w którym została ona doręczona (ogłoszona). Dzień, w którym nastąpiło doręczenie decyzji, jest niewątpliwie dniem terminu do wniesienia odwołania (dniem inicjującym bieg tego terminu), chociaż nie uwzględnia się go przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania. Zobowiązanie wynikające z art. 57 § 1 k.p.a. do nieuwzględnienia dnia, w którym nastąpiło doręczenie decyzji, przy obliczeniu terminu do wniesienia odwołania nie jest bowiem równoznaczne z wyłączeniem tego dnia jako jednego z dni terminu do wniesienia odwołania. Skoro termin do wniesienia odwołania biegnie od dnia doręczenia (ogłoszenia) decyzji stronie, oświadczenie o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania złożone w tym dniu musi być prawnie skuteczne jako złożone w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania.

Konkludując, należy także zasygnalizować, że art. 57 § 1 k.p.a. odnosi się do sposobu obliczenia terminu określonego w dniach, nie wytycza natomiast granic czasowych okresu do wniesienia odwołania. Są one określone w art. 129 § 2 k.p.a. Początkiem terminu do wniesienia odwołania jest dzień doręczenia decyzji. Termin ten kończy się z upływem 14 dni (bądź innej liczby dni wynikających z przepisów szczególnych), licząc od dnia następnego po dniu doręczenia decyzji, bowiem tego dnia nie uwzględnia się przy obliczaniu tego terminu.

Czym innym jest termin do wniesienia odwołania, jego bieg, a czym innym sposób jego obliczania. Z faktu, iż określonego dnia nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu do wniesienia odwołania, nie można wywieść wniosku, iż dnia tego nie wlicza się do terminu do wniesienia odwołania. Dzień doręczenia decyzji jest dniem szczególnym, bowiem jest dniem inicjującym bieg terminu do wniesienia odwołania, którego jednak nie uwzględnia się przy obliczaniu tego terminu.

Bibliografia

Adamczyk M., *Zrzeczenie się prawa do wniesienia odwołania – problemy praktyczne*, „Serwis Administracyjno-Samorządowy" 2017, nr 6(257).

Adamiak B., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017.

Borkowski J., Jendrośka J., Orzechowski R., Zieliński A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1985.

Chorąży K., Taras W., Wróbel A., *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Kraków 2004.

Dawidowicz W., *Postępowanie administracyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1983.

Gacek P., *Odwołanie od rozkazu personalnego*, „Przegląd Policyjny" 2016, nr 3(123).

Gacek P., *Zasada dwuinstancyjnego postępowania a zrzeczenie się prawa do wniesienia odwołania*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2018, nr 10.

Glibowski K., uwagi do art. 15 [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2018, Legalis.

Glibowski K., uwagi do art. 127a [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2018, Legalis.

Gołaszewski P., *Nowelizacja Kodeksu postępowania administracyjnego oraz Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi z 7.4.2017 r. (cz. III)*, „Monitor Prawniczy" 2017, nr 17.

Iserzon E., Starościak J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, teksty, wzory i formularze*, Warszawa 1970.

Jezierski T., *Zrzeczenie się prawa do odwołania od decyzji administracyjnej w kontekście uprawnień organizacji ekologicznych*, „Monitor Prawniczy" 2018, nr 12.

Kędziora R., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011.

Kędziora R., uwagi do art. 127a [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017.

Klat-Wertelecka L., Kozicka B., Pierzchała E., *Decyzja postanowienie ugoda w postępowaniu administracyjnym*, Wrocław 2014.

Kmieciak Z., *Odwołania w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2011.

Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz dla praktyków, red. A. Mudrecki, Gdańsk 2008.

Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011.

Kowalski M., *Terminy w postępowaniu administracyjnym i sądowoadministracyjnym*, Wrocław 2013.

Łaszczyca G., Matan A., *Doręczenie w postępowaniu administracyjnym ogólnym i podatkowym*, Kraków 1998.Mełgieś K., *Nowelizacja KPA – założenia podstawowe*, „Edukacja Prawnicza" 2017, nr 3.

Łaszczyca G., Martysz C., Matan A., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–103*, Warszawa 2007.

Łaszczyca G., Martysz C., Matan A., *Postępowanie administracyjne ogólne*, Warszawa 2003.

Mełgieś K., *Zmiany w konstrukcji trybu odwoławczego w postępowaniu administracyjnym*, „Edukacja Prawnicza" 2018, nr 1.

Postępowanie administracyjne, red. T. Woś, Warszawa 2017.

Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2006.

Postępowanie administracyjne – ogólne, podatkowe, egzekucyjne i przed sądami administracyjnymi, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2017.

Suwaj R., *Wydawanie decyzji administracyjnych*, Wrocław 2011.

Żukowski L., Sawuła R., *Postępowanie administracyjne*, Przemyśl–Rzeszów 2010.

Streszczenie

Niniejszy artykuł został w całości poświęcony problematyce terminu do złożenia oświadczenia o zrzeczeniu się prawa do wniesienia odwołania. Instrumentem służącym przyspieszeniu osiągniecie celu, jakim jest wykonanie decyzji, jest prawo do zrzeczenia się odwołania. Może być ono wykonywane wyłącznie w trakcie biegu terminu do wniesienia odwołania. Omówiono konstrukcję prawną zawartą w art. 127a k.p.a. Zwrócono szczególną uwagę na termin początkowy i końcowy, w którym uprawnienie to może być realizowane.

Słowa kluczowe: odwołanie termin do odwołania, zrzeczenie się odwołania, decyzja administracyjna, ostateczność i prawomocność decyzji administracyjnej

TIME LIMIT FOR FILING A STATEMENT OF WAIVER OF APPEAL

Summary

This article was completely devoted to issues concerning the strict time limit in which the waiver of the right of the appeal against the administrative decision can be submitted. The legal instrument to accelerate the achievement of the goal of implementing the decision is the right to waive of the appeal. This construction can be performed only in strict time limit of appeal against a decision. There were discussed the legal structure contained in Art. 127a of the Act of 14 June 1960, the Code of Administrative Proceedings. Particular attention has been paid to issue of the time limit *a quo* and the time limit *ad quem* (cut-off date) on which the right can be exercised (performed).

Keywords: appeal against a decision, the strict time limit of appeal, the waiver of the right of the appeal against the administrative decision, administrative decision, finality of administrative decision and legal bind of administrative decision

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.5

Zuzanna B. Gądzik

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
ORCID: 0000-0002-9121-4658

PRAWNOKARNA OCENA ODPIERANIA I ZWALCZANIA NIEBEZPIECZEŃSTWA ZE STRONY ZWIERZĄT

Wprowadzenie

Człowiek i zwierzęta koegzystują ze sobą od początków swojego istnienia. Część gatunków została udomowiona, niektóre natomiast nadal pozostają w stanie dzikim. Niezależnie od kategorii, do której zaliczyć można dany gatunek, towarzystwo zwierząt może się wiązać dla człowieka z pewnym zagrożeniem. Dotyczy to zarówno sytuacji, w których zwierzę stanowi samoistne źródło niebezpieczeństwa dla dóbr człowieka (np. jego życia, zdrowia, mienia)[1], jak i gdy zagrożenie to wynika z posługiwania się przez człowieka zwierzęciem jako narzędziem. Eliminacja powyższego zagrożenia może się wiązać niejednokrotnie z zachowaniami wymierzonymi w dobro zwierząt i prowadzić do realizacji znamion czynów zabronionych, których istotą jest przede wszystkim pozbawienie zwierzęcia życia bądź zadanie mu bólu lub cierpienia (art. 35 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt[2]), jak również dotyczy odpowiedzialności karnej za uszkodzenie rzeczy (art. 288 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny[3]).

Ustalenie granic powyższej odpowiedzialności wiąże się ściśle z zaliczeniem zwierzęcia do rodziny zwierząt kręgowych lub bezkręgowych. W tym ostatnim przypadku sprawca może odpowiadać wyłącznie za zniszczenie lub uszkodzenie rzeczy[4]. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt znajduje natomiast zastosowanie tylko w stosunku do zwierząt kręgowych (art. 2 ust. 1 u.o.z.). Przyjmuje się bowiem, że w ich przypadku szczególna budowa układu nerwowego, umożliwiająca określone przewodzenie bodźców, warunkuje zdolność odczuwania przez

[1] M.in. w związku z jego reakcją obronną, stanem chorobowym lub naturalnym dla danego osobnika agresywnym zachowaniem.

[2] Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. 2020, poz. 638), dalej: u.o.z.

[3] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2020, poz. 1444), dalej: k.k.

[4] Przykładem takiej sytuacji może być pozbawienie życia roju pszczół, które jako owady nie podlegają ochronie na gruncie u.o.z.

nie bólu lub cierpienia[5]. Eliminuje to tym samym w związku z zakazem stosowania analogii na niekorzyść sprawcy możliwość zastosowania przepisu art. 35 ust. 1 lub 1a u.o.z. w przypadku zwierząt bezkręgowych (np. mięczaków lub owadów).

Ochrona zwierząt nie jest nieograniczona. W zależności od źródła zagrożenia ze strony zwierzęcia istnieje możliwość uchylenia bezprawności zachowań związanych z jego odpieraniem lub zwalczaniem. Niebezpieczeństwo może mieć bowiem charakter jednorazowy, związany z wystąpieniem określonych bodźców (np. atak ze strony zwierzęcia, które próbuje się bronić przed potencjalnym zagrożeniem ze strony człowieka lub innego zwierzęcia), lub trwały – z uwagi na cechy behawioralne danego osobnika. Ponadto istnieją również gatunki i rasy zwierząt, które z powodu swoich cech charakterystycznych (np. wydzielane toksyczne substancje, sposób funkcjonowania w warunkach naturalnych lub specyficzna budowa ciała) uznaje się za niebezpieczne dla człowieka. Odrębną kwestią wymagającą przeanalizowania pod kątem przepisów karnych jest sytuacja, w której zagrożenie ze strony zwierzęcia jest konsekwencją posłużenia się nim jako narzędziem przestępstwa lub wykroczenia (np. w przypadku szczucia człowieka psem). Niezależnie od powyższego zwierzęta mogą stanowić także źródło niebezpieczeństwa danego typu, w tym zagrożenia sanitarnego.

Zakres dóbr chronionych w kontekście odpierania i zwalczania niebezpieczeństwa ze strony zwierząt

Odpieranie niebezpieczeństwa pochodzącego ze strony zwierzęcia może wypełnić przede wszystkim znamiona czynu z art. 35 ust. 1 lub 1a u.o.z., tj. pozbawienia zwierzęcia życia lub znęcania się nad nim. Zgodnie z przepisem art. 35 ust. 1 u.o.z. odpowiedzialność karną ponosi sprawca, który zabija, uśmierca zwierzę albo dokonuje jego uboju z naruszeniem przepisów art. 6 ust. 1, art. 33 lub art. 34 ust. 1–4 u.o.z. Dotyczy ona zatem pozbawiania zwierzęcia życia w sposób niehumanitarny lub nieuzasadniony. Pomimo pozornie pokrywających się ze sobą zakresowo czynności sprawczych – zabijania, uśmiercania i uboju – rozróżnienie to pozostaje celowe i dotyczy w rzeczywistości różnych zachowań. Biorąc pod uwagę zakres tematyczny niniejszego artykułu, pominięta zostanie kwestia odnosząca się do uboju, dotyczy on bowiem charakterystycznych okoliczności pozbawiania zwierząt życia niewiążących się w żadnej mierze z odpieraniem jakiegokolwiek niebezpieczeństwa z ich strony. Kluczowe tymczasem pozostaje rozróżnienie czynności sprawczych polegających na zabijaniu zwierzęcia i jego uśmiercaniu.

Uśmiercanie zwierząt, w odróżnieniu od ich zabijania, dotyczyć będzie uzasadnionych przypadków, w których ustawodawca przewidział wyłączenie bezprawności pozbawienia zwierzęcia życia. Ich zakres zawarty został w przepisie art.

[5] Por. np. M. Janowski, *Status prawny zwierząt a ich kategoryzacja biologiczna*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2020, nr 4, s. 31 i n.

6 ust. 1 u.o.z. Zgodnie z nim zabrania się zabijania zwierząt z wyjątkiem: uboju i uśmiercania zwierząt gospodarskich oraz uśmiercania dzikich ptaków i ssaków utrzymywanych przez człowieka w celu pozyskania mięsa i skór; połowu ryb zgodnie z przepisami o rybołówstwie i rybactwie śródlądowym; konieczności bezzwłocznego uśmiercenia; działań niezbędnych do usunięcia poważnego zagrożenia sanitarnego ludzi lub zwierząt; zabicia lub poddania ubojowi zwierząt gospodarskich z nakazu powiatowego lekarza weterynarii, o którym mowa w art. 33b ust. 1 u.o.z.; usuwania osobników bezpośrednio zagrażających ludziom lub innym zwierzętom, jeżeli nie jest możliwy inny sposób usunięcia zagrożenia; polowań, odstrzałów i ograniczania populacji zwierząt łownych; usypiania ślepych miotów; czynności podlegających zakazom w stosunku do gatunków chronionych, określonych w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody[6], wykonywanych na podstawie właściwych zezwoleń; uśmiercania zwierząt gatunków obcych zagrażających gatunkom rodzimym lub siedliskom przyrodniczym w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody[7].

Przytoczone powyżej okoliczności uzasadniają potrzebę pozbawienia zwierzęcia życia. Należy jednak zaznaczyć, że sama jego zasadność nie będzie wystarczająca dla wyłączenia bezprawnego charakteru takiego zachowania. Uśmiercenie zwierzęcia musi odbywać się bowiem w sposób humanitarny – związany z minimalizowaniem towarzyszącego uśmiercaniu bólu lub cierpienia. Ustawodawca zastrzegł, że musi mieć ono miejsce zgodnie z zasadami zawartymi w przepisie art. 33 u.o.z. lub w odrębnych przepisach (art. 6 ust. 1 *in fine* u.o.z.). W przeciwnym razie uśmiercenie zwierzęcia jako niehumanitarne[8] wypełni znamiona czynu stypizowanego w przepisie art. 35 ust. 1 u.o.z.

Odpieranie niebezpieczeństwa ze strony zwierzęcia wiążące się z pozbawieniem go życia może znajdować uzasadnienie w niektórych przesłankach, o których mowa w przepisie art. 6 ust. 1 u.o.z. Dotyczy to zwłaszcza przypadków podejmowania działań niezbędnych do usunięcia poważnego zagrożenia sanitarnego ludzi lub zwierząt oraz usuwania osobników bezpośrednio zagrażających ludziom lub innym zwierzętom, jeżeli nie jest możliwy inny sposób wyeliminowania niebezpieczeństwa. Niezależnie od powyższego nie można zapominać, że przestępność zachowań związanych z naruszaniem dobra zwierzęcia może zostać również wyłączona w oparciu o normy ogólne – wynikające np. z przepisu art. 26 k.k.

Zabicie zwierzęcia odnosić będzie się natomiast do zachowań, dla których ustawodawca nie znalazł odpowiedniego uzasadnienia, jak również do tych, które przekraczają ich dopuszczalne granice[9]. Zabicie zwierzęcia w odróżnieniu od jego

[6] Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. 2020, poz. 55 i 471), dalej: u.o.p.

[7] Por. szerzej też: M. Rudy, *Traktat o uśmiercaniu zwierząt*, Warszawa 2019, s. 198 i n.

[8] Przez niehumanitarne uśmiercenie zwierząt należy rozumieć przede wszystkim pozbawienie ich życia w sposób związany z dodatkowym odczuwaniem przez nie zbędnego bólu lub cierpienia.

[9] W tym miejscu należy zaznaczyć, że w pewnym sensie niekonsekwencją ze strony ustawodawcy było wprowadzenie do katalogu przesłanek uzasadniających pozbawienie zwierzęcia życia,

uśmiercenia zawsze będzie zatem nieusprawiedliwione. Niezależnie od tego może być ono również niehumanitarne[10].

Zgodnie z przepisem art. 6 ust. 2 u.o.z. przez znęcanie się nad zwierzętami należy rozumieć zadawanie albo świadome dopuszczanie do zadawania bólu lub cierpień. W przepisie tym zawarto katalog zachowań, które mogą zostać uznane za przejaw znęcania się nad zwierzętami. Zalicza się do nich m.in. umyślne zranienie lub okaleczenie zwierzęcia, bicie zwierząt przedmiotami twardymi i ostrymi lub zaopatrzonymi w urządzenia obliczone na sprawianie specjalnego bólu, bicie po głowie, dolnej części brzucha, dolnych częściach kończyn, złośliwe straszenie lub drażnienie zwierząt etc. Podkreślić należy przy tym, że powyższy katalog ma oczywiście charakter otwarty i nie ogranicza się wyłącznie do zaproponowanych w nim czynności. Odpieranie niebezpieczeństwa ze strony zwierzęcia skutkujące spowodowaniem u niego bólu lub cierpienia może wypełnić znamiona czynu z art. 35 ust. 1a u.o.z. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że przyjmuje się, iż zachowanie polegające na znęcaniu się nad zwierzętami stanowi przestępstwo formalne – do jego znamion nie należy bowiem skutek przestępczy (np. w postaci uszkodzenia ciała zwierzęcia). Znaczenie ma jedynie okoliczność, że zachowanie sprawcy jest nastawione na jego zadawanie[11].

W odróżnieniu od uśmiercania, ustawodawca nie przewidział katalogu okoliczności, w przypadku których dopuszczalne będzie zadanie zwierzętom bólu lub cierpienia. Wobec tego należy przyjąć, że w przypadku tym zastosowanie znajdą przepisy ogólne k.k. odnoszące się do wyłączenia przestępczości czynu (na zasadzie przepisu art. 116 k.k.), jak również odpowiednie przepisy szczególne dopuszczające w pewnych okolicznościach wywołanie u zwierzęcia niekorzystnych bodźców[12]. Okoliczności te także należy uznać za usprawiedliwiające wskazane zachowanie sprawcy.

Na gruncie rozważań dotyczących odpierania i zwalczania niebezpieczeństwa ze strony zwierząt należy stanowczo podkreślić, że żadna z okoliczności wyłączających przestępny charakter powyższych czynów nie będzie dotyczyła sytuacji,

---

w przepisie art. 6 ust. 1 pkt 4a u.o.z., określenia *zabija* w stosunku do zwierząt gospodarskich, których uśmiercenie ma miejsce w związku z nakazem powiatowego lekarza weterynarii w sytuacji, o której mowa w przepisie art. 33b ust. 1 u.o.z. Biorąc pod uwagę wydanie przez powiatowego lekarza weterynarii formalnej decyzji o pozbawieniu tych zwierząt życia, niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że ma ono miejsce w sposób nieusprawiedliwiony. Por. też: Z. Gądzik, *Prawnokarna ochrona zwierząt wykorzystywanych w procedurach doświadczalnych*, Lublin 2018, s. 135.

[10] Por. K. Kuszlewicz, *Prawa zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019, s. 179.

[11] Zob. Z. Gądzik, *Prawnokarna ocena stosowania dopingu u zwierząt*, „Prokuratura i Prawo" 2017, nr 7–8, s. 69; M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, K. Dudka, M. Kulik, *Prawnokarna ochrona zwierząt – analiza dogmatyczna i praktyczna ścigania przestępstw z art. 35 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne" 2011, nr 9, s. 48. Inaczej: K. Topczewska, *Ustawa o ochronie zwierząt. Informator prawny dla praktyków*, Warszawa 2019, s. 12.

[12] Np. ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o ochronie zwierząt wykorzystywanych do celów naukowych lub edukacyjnych (Dz.U. 2019, poz. 1392) reguluje kwestie dotyczące dopuszczalności zadawania zwierzętom bólu lub cierpienia w ramach przeprowadzanych procedur doświadczalnych.

w której zachowanie sprawcy (pomimo jego formalnego usprawiedliwienia) będzie odznaczało się brakiem humanitarnego traktowania zwierząt. Ustawodawca pozwala w pewnych okolicznościach na naruszenie dóbr zwierząt, jednak w żadnym przypadku nie umożliwi, aby sprawca takiego czynu postępował w sposób, który wiązałby się z zadawaniem lub narażaniem zwierzęcia na nadmierny i zbędny w danych okolicznościach ból lub cierpienie. Z tego też względu wydaje się, że niedopuszczalne będzie wyłączenie przestępności typu kwalifikowanego przestępstwa stypizowanego w przepisie art. 35 ust. 2 u.o.z. Zgodnie z nim surowszą odpowiedzialność karną poniesie sprawca, który dopuszcza się czynu z art. 35 ust. 1 u.o.z. (nieuzasadnione lub niehumanitarne pozbawienie zwierzęcia życia) lub z art. 35 ust. 1a u.o.z. (znęcanie się nad zwierzętami) ze szczególnym okrucieństwem. Przez szczególne okrucieństwo rozumieć należy przedsiębranie przez sprawcę działań charakteryzujących się drastycznością form i metod, a zwłaszcza działanie w sposób wyszukany lub powolny, obliczony z premedytacją na zwiększenie rozmiaru cierpień i czasu ich trwania (art. 4 pkt 12 u.o.z.)[13]. Nie sposób przyjąć, że odpieranie lub zwalczanie niebezpieczeństwa ze strony zwierząt mające miejsce w takich okolicznościach można uznać za zachowania legalne.

Niezależnie od powyższego nie należy zapominać, że pomimo ich szczególnego charakteru i przyznania im zdolności odczuwania bólu lub cierpienia zwierzęta traktowane są z prawnego punktu widzenia jako rzeczy. Zgodnie z przepisem art. 1 ust. 2 u.o.z. w sprawach nieuregulowanych w u.o.z. do zwierząt stosuje się bowiem odpowiednio przepisy dotyczące rzeczy. Wobec tego czyny związane z pozbawieniem zwierzęcia życia lub jego zranieniem wypełniać będą znamiona przestępstwa zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy (art. 288 k.k.). Co istotne, dotyczyć to będzie nie tylko zwierząt kręgowych chronionych na gruncie powyższej ustawy, ale również bezkręgowców.

Zgodnie z przepisem art. 288 k.k. kto cudzą rzecz niszczy, uszkadza lub czyni niezdatną do użytku, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (§ 1). W wypadku mniejszej wagi sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (§ 2). Ustawodawca przewidział także odpowiedzialność za typ kwalifikowany powyższego przestępstwa dotyczący sytuacji, w której zniszczone, uszkodzone lub niezdatne do użytku mienie było znacznej wartości[14] (art. 294 § 1 k.k.). Warto też zaznaczyć, że w przypadku, gdy zniszczone, uszkodzone lub niezdatne do użytku mienie ma wartość nieprzekraczającą 500 zł, zachowanie sprawcy stanowi jedynie wykroczenie (art. 124 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń[15]). Za słuszny należy uznać pogląd, zgodnie z którym pomiędzy przepisem art. 35 ust. 1 u.o.z. a powyżej przytoczonymi przepisami dotyczącymi czynów przeciwko mieniu występuje zasadniczo zbieg kumulatywny.

[13] Por. szerzej np. M. Mozgawa, *Prawnokarna ochrona zwierząt*, Lublin 2001, s. 20 i n.

[14] Zgodnie z przepisem art. 115 § 5 k.k. mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200 tys. zł.

[15] Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. 2021, poza. 281), dalej: k.w.

Przyjmuje się bowiem, że pomimo iż ochrona zwierzęcia przed bólem i cierpieniem stanowi odrębną przesłankę, odróżniającą zwierzę od rzeczy, to w zakresie materialnym – dotyczącym ich wartości majątkowej – u.o.z. nie zawiera stosownych regulacji. Z tego względu, biorąc pod uwagę brzmienie przepisu art. 1 ust. 2 u.o.z., powyższy zbieg jest w pełni uzasadniony[16].

W kontekście odpowiedzialności karnej za czyny wymierzone w dobro zwierząt należy jednocześnie zaznaczyć, że w przypadku ich dopuszczenia się ustawodawca przewidział szereg środków penalnych (zarówno obligatoryjnych, jak i fakultatywnych) mających przede wszystkim charakter prewencyjny – chroniących zwierzęta przed ponownymi negatywnymi konsekwencjami zachowania sprawcy. Do środków tych zalicza się: przepadek zwierzęcia (art. 35 ust. 3 u.o.z.), zakaz posiadania wszelkich zwierząt albo określonej kategorii zwierząt (art. 35 ust. 3a–b u.o.z.), zakaz wykonywania wszelkich lub określonych zawodów, prowadzenia wszelkiej lub określonej działalności lub wykonywania wszelkich lub określonych czynności wymagających zezwolenia – które są związane z wykorzystywaniem zwierząt lub oddziaływaniem na nie (art. 35 ust. 4–4a u.o.z.), nawiązka na wskazany cel związany z ochroną zwierząt (art. 35 ust. 5 u.o.z.)[17].

Odnosząc się do odpowiedzialności karnej za pozbawienie zwierzęcia życia, nie można pominąć również przepisów dotyczących ich ochrony gatunkowej, ma ona bowiem charakter szerszy niż ochrona humanitarna zwierząt i wiąże się z potrzebą utrzymania i przetrwania poszczególnych gatunków[18]. Stanowi ona pewne uzupełnienie w zakresie ochrony zwierząt – mające szczególne znaczenie w przypadku bezkręgowców, które nie zostały objęte ochroną na gruncie przepisów u.o.z. Ustawodawca w przepisach u.o.p. wprowadził grupę przepisów chroniących życie gatunków chronionych – w tym również kryminalizujących zachowania polegające m.in. na zabijaniu zwierząt gatunków objętych ochroną ścisłą lub częściową w określony sposób (art. 131 pkt 1a u.o.p.) i zabijaniu dziko występujących zwierząt żyjących w parkach narodowych, rezerwatach przyrody, parkach krajobrazowych, obszarach chronionego krajobrazu (art. 127 pkt 1 u.o.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 3 u.o.p., 17 ust. 1 pkt 2 u.o.p., art. 24 ust. 1 pkt 1 u.o.p.). Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że zabijanie zwierząt nieobjętych żadnymi formami przyrody może mieć miejsce jedynie w związku z realizacją zadań uzasadnionych potrzebami ochrony przyrody, prowadzeniem badań naukowych lub edukacją, racjonalną gospodarką, amatorskim połowem ryb, prowadzeniem akcji ratowniczej, bezpieczeństwem

[16] M. Mozgawa [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zasobom przyrody i środowisku. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 93. Por. szerzej: M. Kulik, M. Mozgawa, *Zbieg przepisu art. 35 ustawy o ochronie zwierząt z przepisami typizującymi uszkodzenie rzeczy*, „Prokuratura i Prawo" 2011, nr 6, s. 5 i n. Odmiennie: M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008, s. 165.

[17] Por. Z. Gądzik, *Środki karne, przepadek zwierzęcia i nawiązka w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt*, „Prokuratura i Prawo" 2019, nr 3, s. 75 i n.

[18] Ł. Smaga, *Ochrona humanitarna zwierząt*, Białystok 2010, s. 98 i n.

powszechnym, bezpieczeństwem sanitarnym i weterynaryjnym, ochroną życia i zdrowia ludzi, zapobieganiem skutkom klęski żywiołowej lub ich usuwaniem. W przypadku, gdy sprawca będzie postępował poza granicami powyższych przesłanek, może ponieść odpowiedzialność za czyn stypizowany w przepisie art. 131 pkt 13 w zw. z art. 125 u.o.p.

Warto też wspomnieć, że powodowanie zniszczeń w świecie zwierzęcym o znacznych rozmiarach wypełnia znamiona przestępstwa z art. 181 § 1 k.k. Ustawodawca przewidział także odpowiedzialność karną wobec sprawcy, który wbrew przepisom obowiązującym na terenie objętym ochroną niszczy albo uszkadza rośliny lub zwierzęta, powodując istotną szkodę (art. 181 § 2 k.k.), bądź niezależnie od miejsca czynu niszczy albo uszkadza rośliny lub zwierzęta pozostające pod ochroną gatunkową, powodując istotną szkodę (art. 181 § 3 k.k.)[19].

Obrona konieczna

Nie będzie stanowiło przestępstwa naruszenie dobra zwierzęcia, jeżeli ma ono miejsce w ramach obrony koniecznej[20]. Zgodnie z przepisem art. 25 § 1 k.k. nie popełnia bowiem przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiekolwiek dobro chronione prawem.

Zwierzę nie będzie nigdy sprawcą bezprawnego zamachu, oczywiste jest bowiem, że nie może ono ponieść odpowiedzialności karnej[21] – nie jest podmiotem przestępstwa i nie ma zdolności do zawinienia. Co za tym idzie, również atak ze strony zwierzęcia nie może mieć charakteru bezprawnego, przez bezprawność rozumie się bowiem sprzeczność zachowania z normą prawnokarną. Jak słusznie podnosi się w doktrynie, warunek bezprawności zamachu odnosi się wyłącznie do zachowania człowieka. Tylko w jego przypadku podlega ono ocenom pod względem sprzeczności z prawem[22]. Z tego względu niedopuszczalne będzie uznanie, że osoba odpierająca atak ze strony zwierzęcia i powodująca przez to niekorzystne dla niego następstwa (np. śmierć lub uszczerbek na zdrowiu) postępowała w ramach obrony koniecznej. Bezprawność zachowań stypizowanych m.in. w przepisach art. 35 ust. 1–2 u.o.z. nie może zostać zatem wyłączona na gruncie przepisu art. 25 k.k.

---

[19] Ustawodawca przewidział też odpowiedzialność za typy nieumyślne powyższych przestępstw (art. 181 § 4–5 k.k.).

[20] Odmiennie i niesłusznie: A. Majewski, *Prawa człowieka a prawa zwierząt*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2015, nr 1, Lex/el.

[21] Należy jednak pamiętać, że w historii prawa znane są przykłady procesów zwierząt, które pociągano do odpowiedzialności karnej za określone czyny zabronione (np. zabójstwo). Zob. szerzej: M. Pastoureau, *Średniowieczna gra symboli*, Warszawa 2006, s. 36 i n.

[22] A. Grześkowiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, s. 250 i n.; A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 34.

Obrona konieczna może mieć natomiast miejsce w przypadku posłużenia się zwierzęciem jako narzędziem zamachu. Sprawca może dopuścić się przykładowo szczucia człowieka psem (art. 108 k.w.)[23], wykorzystywane przez niego zwierzę stanowić może inny przedmiot niebezpieczny w ramach określonych typów przestępstw (np. art. 280 § 2 k.k.)[24], jak również poprzez odpowiednie pokierowanie zwierzęciem może doprowadzić do naruszenia lub zagrożenia innych dóbr (np. życia lub zdrowia innego zwierzęcia)[25]. W tym przypadku zachowanie zwierzęcia może zostać uznane za formę bezprawnego, bezpośredniego zamachu – z uwagi na funkcję kierowniczą ze strony posługującego się zwierzęciem człowieka. Należałoby przyjąć, że nawet w przypadku utraty kontroli nad zwierzęciem jeżeli jego atak został zainicjowany przez człowieka, nie traci on swojego pierwotnego bezprawnego charakteru[26]. Prowadzi to do wniosku, że zabicie zwierzęcia lub jego zranienie nie będzie stanowiło przestępstwa ze strony osoby, która odpiera wspomniany powyżej zamach. Bezprawność jego zachowania zostanie bowiem wyłączona w oparciu o kontratyp obrony koniecznej, a w przypadku dóbr należących do innych osób – pomocy koniecznej.

W tym miejscu zwrócić należy jednak uwagę na zakres wyłączanej bezprawności. Kolizja dóbr, która występuje w przypadku kontratypu obrony koniecznej, dotyczy dobra, wobec którego skierowany jest zamach, oraz dobra osoby dokonującej tego zamachu. Oznacza to, że wyłączenie bezprawności zachowania osoby broniącej się nie będzie dotyczyło naruszenia żadnego innego dobra prawnego – dotyczy wyłącznie dóbr napastnika[27]. W przypadku, gdy zamachowiec posługuje się

---

[23] Por. szerzej: N. Dobrowolska, *Status prawny psa w Polsce*, Brzezia Łąka 2018, s. 324 i n.

[24] Zob. wyrok SA w Łodzi z dnia 9 sierpnia 2005 r., sygn. II AKa 135/05, Legalis nr 75218.

[25] W doktrynie zasadniczo wskazuje się, że przepisy art. 108 k.w. oraz art. 157 § 1 k.k. pozostają ze sobą w zbiegu pozornym. W przypadku, gdy pies wykorzystany do szczucia nim człowieka spowoduje naruszenie nietykalności cielesnej, uszczerbek na zdrowiu, śmierć bądź uszkodzenie mienia – co było objęte zamiarem szczującego – zachowanie sprawcy powinno być kwalifikowane wyłącznie w oparciu o odpowiednie przepisy k.k. Nie jest natomiast wykluczony zbieg realny przepisów w przypadku, gdy następstwem umyślnego szczucia psem był nieumyślnie spowodowany uszczerbek na zdrowiu lub nieumyślne spowodowanie śmierci. Zob. A. Michalska-Warias, komentarz do art. 108 k.w. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz aktualizowany*, red. T. Bojarski, Lex/el. 2021. Inaczej: P. Daniluk, komentarz do art. 108 k.w. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Legalis/el. 2020.

[26] Biorąc pod uwagę zakres tematyczny niniejszego artykułu, jedynie na marginesie należy wspomnieć, że niezależnie od odpowiedzialności karnej ustawodawca przewidział też odpowiedzialność odszkodowawczą za szkody wyrządzone przez zwierzę pozostające pod opieką człowieka. Zgodnie z przepisem art. 431 § 1 k.c. kto zwierzę chowa albo się nim posługuje, obowiązany jest do naprawienia wyrządzonej przez nie szkody niezależnie od tego, czy było pod jego nadzorem, czy też zabłąkało się lub uciekło, chyba że ani on, ani osoba, za którą ponosi odpowiedzialność, nie ponoszą winy. Por. szerzej: M. Wilejczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta pozostające pod opieką człowieka*, „Przegląd Sądowy" 2016, nr 9, s. 111 i n.; M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 321 i n.

[27] Wyrok SN z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. V KK 99/12, OSNKW 2013, nr 5, poz. 44. Podobnie: P. Daniluk, komentarz do art. 25 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2019.

zwierzęciem jako narzędziem i w wyniku odpierania takiego zamachu dochodzi do śmierci zwierzęcia lub jego zranienia, wyłączenie bezprawności dotyczy wyłącznie naruszenia dóbr zamachowca w zakresie, w jakim zwierzę do niego należy. Dochodzi bowiem do zniszczenia (w przypadku śmierci zwierzęcia) lub uszkodzenia (w przypadku zranienia zwierzęcia) narzędzia – rzeczy, którą się on posługuje.

Wyłączenie bezprawności w ramach obrony koniecznej odnosić się będzie zatem wyłącznie do zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy, lecz nie może obejmować wyłączenia bezprawności pozbawienia zwierzęcia życia lub jego zranienia, które zakwalifikować można jako przejaw znęcania się nad nim. W przypadku zachowań wskazanych w art. 35 ust. 1 i 1a u.o.z. dobra prawne, chronione na gruncie powyższych przepisów, są odrębne od dóbr zamachowca – uznaje się za nie wolność zwierzęcia od odczuwania bólu lub cierpienia, jak również życie i zdrowie zwierzęcia[28].

Stan wyższej konieczności

Należy podkreślić, że pomimo iż kontratyp obrony koniecznej nie wyłącza odpowiedzialności karnej czynów z art. 35 ust. 1–2 u.o.z. popełnianych w związku z odpieraniem ataku zwierzęcia, nie oznacza to jednak, że zachowanie takiej osoby każdorazowo stanowić będzie przestępstwo przeciwko dobrom zwierząt. Wyłączenie bezprawności lub winy sprawcy takiego czynu może bowiem nastąpić w tym przypadku w oparciu o instytucję stanu wyższej konieczności[29]. Zgodnie z przepisem art. 26 § 1 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakiemukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego. W sytuacji tej zachowanie osoby naruszającej dobro prawne nie jest bezprawne. Ustawodawca w przepisie art. 26 § 2 k.k. przewidział ponadto przesłanki warunkujące wyłączenie winy. Dotyczy to sytuacji, w której dochodzi do ratowania dobra chronionego prawem w warunkach określonych w art. 26 § 1 k.k., a sprawca poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

W przypadku stanu wyższej konieczności warunkiem wymaganym do zastosowania powyższej instytucji (zarówno jako okoliczności wyłączającej bezprawność, jak i winę) jest zatem wystąpienie stanu niebezpieczeństwa. Przez pojęcie to rozumieć należy pewien stan lub sytuację, w której istnieje obiektywne prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku. Źródłem niebezpieczeństwa może być działanie sił natury, zachowania zwierząt i zachowania człowieka[30].

[28] Por. Z. Gądzik, *Prawnokarna ocena*…, s. 119 i n.

[29] Por. np. A. Krukowski, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 62.

[30] Zob. *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2020, s. 284 i wskazana tam literatura.

W odróżnieniu od zamachu, o którym mowa w przepisie art. 25 § 1 k.k., w przypadku niebezpieczeństwa nie jest wymagana jego bezprawność. Musi być ono natomiast bezpośrednie.

Wyłączenie przestępnego charakteru czynu wymierzonego w dobro atakującego zwierzęcia może mieć zatem miejsce na gruncie powyższych przepisów. Nie ma przy tym znaczenia, czy poświęcenie dobra zwierzęcia (np. jego życia) wiązało się z tym, że inna osoba posługiwała się nim jako narzędziem, czy też niebezpieczeństwo to zaistniało niezależnie od jakiejkolwiek ludzkiej interwencji. Nie ma także znaczenia, czy zwierzę stanowiło czyjąś własność, czy było bezdomne lub dzikie, jak również to, czy atak ze strony zwierzęcia skierowany był przeciwko osobie, która broniła się przed nim, czy też był skierowany na inne dobro chronione prawem.

W oparciu o instytucję stanu wyższej konieczności można wyłączyć przestępność zachowań wymierzonych zarówno w dobro zwierzęcia (jego życie, zdrowie, wolność od bólu lub cierpienia), jak i czynów – przestępstw i wykroczeń związanych ze zniszczeniem lub uszkodzeniem rzeczy. W kontekście tego ostatniego znaczenia nie będzie miało również, czy atakujące zwierzę należało do podtypu kręgowców[31].

W odróżnieniu od przepisów prawa cywilnego[32], w przypadku stanu wyższej konieczności uregulowanego na gruncie k.k. brak jednoznacznej oceny co do zachowania osoby, która uchyla bezpośrednie niebezpieczeństwo, które uprzednio sama na siebie sprowadziła. Dominujący wydaje się pogląd, zgodnie z którym nie ma znaczenia, jakie jest źródło niebezpieczeństwa grożącemu dobru prawnemu – wywołać może je także sam sprawca[33]. Należy jednocześnie przyznać słuszność tezie, że celowe sprowadzenie niebezpieczeństwa nie będzie wyłączało przestępności czynu – niezależnie od proporcji dóbr[34]. Oznacza to, że sprawca, który celowo drażni zwierzę tylko po to, aby sprowokować je do ataku, w związku z którym następnie je zabija, nie może skutecznie powołać się na stan wyższej konieczności[35]. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w której zainicjowane podstępnie

[31] W związku z tym będzie można powołać się na stan wyższej konieczności np. w przypadku zniszczenia roju pszczół lub roju os bądź szerszeni, jeżeli bezpośrednio zagraża on dobru chronionemu, a niebezpieczeństwa tego nie da się inaczej uniknąć.

[32] Zgodnie z przepisem art. 424 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740) kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz albo zabił lub zranił cudze zwierzę w celu odwrócenia od siebie lub od innych niebezpieczeństwa grożącego bezpośrednio od tej rzeczy lub zwierzęcia, ten nie jest odpowiedzialny za wynikłą stąd szkodę, jeżeli niebezpieczeństwa sam nie wywołał, a niebezpieczeństwu nie można było inaczej zapobiec i jeżeli ratowane dobro jest oczywiście ważniejsze aniżeli dobro naruszone. Por. szerzej: M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia*…, s. 402 i n.

[33] Por. A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 282 i n.; J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 234 i n.

[34] Zob. W. Zalewski, *Deska Karneadesa, czyli o stanie wyższej konieczności w prawie karnym z „morskim" akcentem*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2014, nr 32, s. 447; L. Gardocki, *Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnicze" 1988, nr 1/2, s. 271.

[35] Warto przy tym zwrócić uwagę, że zachowanie takie wypełnia również znamiona wykroczenia stypizowanego w art. 78 k.w. Zgodnie z nim kto przez drażnienie lub płoszenie doprowadza zwierzę

niebezpieczeństwo przekształciło się w sposób nieprzewidywalny dla sprawcy w poważniejsze zagrożenie[36].

Istotne jest to, że dla wyłączenia przestępności pozbawienia zwierzęcia życia lub zadania mu bólu bądź cierpienia wymagane jest, aby niebezpieczeństwa nie dało się inaczej uniknąć jak tylko przez naruszenie powyższych dóbr. Jeżeli zatem istnieje inny realny sposób na jego odparcie lub uniknięcie[37], nie ma możliwości powołania się na instytucję, o której mowa w art. 26 § 1–2 k.k. W tej sytuacji zachowanie sprawcy zostanie zakwalifikowane jako przekroczenie granic stanu wyższej konieczności, w związku z którym sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub odstąpić od jej wymierzenia (art. 26 § 3 k.k.).

Usuwanie osobników bezpośrednio zagrażających ludziom lub innym zwierzętom

Ustawodawca wprowadził odpowiednie uregulowania dotyczące zwierząt, które stanowią zagrożenie dla ludzi lub innych zwierząt. Z przepisu art. 6 ust. 1 pkt 5 u.o.z. wynika wyjątek od zakazu pozbawiania zwierząt życia. Zgodnie z nim możliwe jest uśmiercenie zwierząt, które zagrażają ludziom lub innym zwierzętom, jeżeli nie jest możliwy inny sposób usunięcia zagrożenia. Przepis ten wyłącza zatem bezprawność zachowania, o którym mowa w przepisie art. 35 ust. 1 u.o.z. Co jednak istotne, wskazane uregulowania nie będą dotyczyły przypadków, gdy niebezpieczeństwo ze strony zwierzęcia ma charakter bezpośredni i nie istnieje inny sposób jego wyeliminowania, wówczas zastosowanie znajdują bowiem normy ogólne dotyczące stanu wyższej konieczności. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 5 u.o.z. odnosi się natomiast do osobników, które z pewnych określonych powodów przedstawiają zachowania agresywne i których hodowla lub posługiwanie się nimi wiąże się z ryzykiem wystąpienia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia ludzi i innych zwierząt. Agresja ze strony zwierzęcia może mieć podłoże biologiczne (wynikać z pewnych nieprawidłowości w zakresie układu nerwowego lub dokrewnego) i behawioralne (dotyczące wpływu środowiska, traktowania ze strony dotychczasowych opiekunów, przeżytej traumy etc.)[38].

---

do tego, że staje się niebezpieczne, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1000 zł albo karze nagany. Por. M. Kulik, komentarz do art. 78 k.w. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, Legalis/el.

[36] Zob. W. Zontek, komentarz do art. 26 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis/el. 2017. Za przykład można uznać zatem bezprawne wejście danej osoby na cudzy teren, w wyniku czego została ona zaatakowana przez pilnującego posesji psa.

[37] Np. poprzez ucieczkę albo odwrócenie uwagi zwierzęcia.

[38] Por. szerzej: J. O'Heare, *Zachowania agresywne u psów. Analiza przypadków, zapobieganie i terapia behawioralna*, Łódź 2009, s. 63 i n.

Konieczność uśmiercenie zwierzęcia ma w tym przypadku charakter subsydiarny, nie istnieje bowiem żadna inna możliwość usunięcia zagrożenia. Warto również pokreślić, że powyższa regulacja odnosi się przede wszystkim do osobników agresywnych, które atakują człowieka lub inne zwierzęta. Osoba, która uśmierca atakujące zwierzę, musi się zatem kierować zasadą proporcjonalności – dobro poświęcane nie może przedstawiać wartości oczywiście wyższej od wartości dobra ratowanego[39].

Warto też zaznaczyć, że sam agresywny charakter gatunku zwierzęcia nie stanowi automatycznie przesłanki do uznania zagrożenia dla ludzi i innych zwierząt, a w dalszej kolejności podstawy dla decyzji o zabiciu zwierzęcia[40]. W przeciwnym razie wszystkie zwierzęta będące drapieżnikami podlegałyby legalnej eksterminacji. Podobnie nie może stanowić podstawy do uśmiercenia zwierzęcia życia zaliczenie go do jednej z tzw. ras agresywnych[41] lub do kategorii gatunków zwierząt niebezpiecznych dla życia i zdrowia ludzi[42]. Cechy te stanowią naturalną, typową dla danej rasy lub gatunku właściwość, która wymaga od ich hodowców i właścicieli zachowania szczególnej ostrożności i właściwego traktowania niedoprowadzającego do eskalacji agresji z ich strony. Potwierdzenie nadmiernej agresywności powinno się opierać na obserwacji zwierzęcia przeprowadzonej uprzednio przez wykwalifikowaną osobę, która ustali, czy zachowanie danego osobnika było wynikiem pojedynczego zdarzenia, czy też jest dla niego cechą właściwą[43].

Na marginesie warto także zaznaczyć, że w przepisach u.o.p. zawarto zasady związane m.in. z posiadaniem i przetrzymywaniem zwierząt niebezpiecznych dla życia i zdrowia ludzi (art. 73 i n.). Dotyczy to przede wszystkim gatunków lub grup gatunków, które z przyczyn naturalnej agresywności lub właściwości biologicznych mogą stanowić poważne zagrożenie dla zdrowia lub życia ludzi. Należy uznać, że w ten sposób zwiększono gwarancję bezpieczeństwa i ochronę przed potencjalnymi przypadkowymi atakami ze strony tych zwierząt. Ograniczając możliwość ich

---

[39] Zob. W. Radecki, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Wrocław 2003, s. 39. Por. M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa*…, s. 92 i n.

[40] Por. W. Radecki, *Sokół i gołąb*, „Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka" 2006, nr 3, s. 39; Z. Gądzik, *Prawnokarna ocena*…, s. 136.

[41] Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie wykazu ras psów uznawanych za agresywne (Dz.U. nr 77, poz. 687) do ras psów uznawanych za agresywne zalicza się następujące: amerykański pit bull terier, pies z Majorki (*Perro de Presa Mallorquin*), buldog amerykański, dog argentyński, pies kanaryjski (*Perro de Presa Canario*), tosa inu, rottweiler, akbash dog, anatolian karabash, moskiewski stróżujący, owczarek kaukaski. Por. też: M. Duraj, *Rasy niebezpieczne psów w prawie polskim i w prawie niektórych landów niemieckich*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2012, nr 11, s. 32 i n.

[42] Wykaz tych zwierząt zawarty został w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 3 sierpnia 2011 r. w sprawie gatunków zwierząt niebezpiecznych dla życia i zdrowia ludzi (Dz.U. nr 173, poz. 1037).

[43] Zob. M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa*…, s. 88. Odmiennie: Ł. Smaga, *Ochrona humanitarna*…, s. 140 i n. Por. też: J. Blikowska, N. Bet, *Agresywne psy. Albo uśpienie, albo dożywocie*, http://www.rp.pl/artykul/584108_Albo-uspienie--albo-dozywocie-.html (27.02.2021).

posiadania, przetrzymywania, sprowadzania z zagranicy oraz sprzedaży, wymiany, wynajmu, darowizny i użyczania podmiotom nieuprawnionym do ich posiadania, zapewniono tym samym ich posiadanie i przetrzymywanie przez podmioty, które spełniając wymagane warunki, są w stanie nie dopuścić do narażenia ludzi na niebezpieczeństwo ze strony tych zwierząt[44].

Ustawodawca nie wprowadza stosownych regulacji dotyczących procedury uśmiercania zwierzęcia, w przypadku którego istnieje bezpośrednie niebezpieczeństwo dla ludzi lub innych zwierząt. Zastosowanie znajduje zatem ogólna zasada wyrażona w przepisie art. 33 ust. 1a u.o.z., zgodnie z którą uśmiercanie zwierząt może się odbywać wyłącznie w sposób humanitarny, polegający na zadawaniu przy tym minimum cierpienia fizycznego i psychicznego. Ustawodawca nie odnosi się w tym przypadku do kwestii związanej z uzyskaniem zgody właściciela zwierzęcia. Biorąc to pod uwagę, należy przyjąć, że niedopuszczalne jest powyższe uśmiercenie zwierzęcia bez zgody jego właściciela. W takiej sytuacji nie dochodzi bowiem do wyłączenia bezprawności zarówno czynu z art. 35 ust. 1 u.o.z., jak i art. 288 k.k.[45]

Biorąc pod uwagę, że przepisy u.o.z. mają na celu ochronę szeroko pojętego dobra zwierząt, nie odnoszą się one do ochrony mienia, które zwierzę stanowi dla swojego właściciela. Z tego względu zgoda właściciela zwierzęcia, które spełnia przesłanki z przepisu art. 6 ust. 1 pkt 5 u.o.z., nie może wyłączać bezprawności zachowania polegającego na zniszczeniu mienia na gruncie przepisów powyższej ustawy. Nie zmienia to jednak faktu, że powyższy czyn nie będzie w tej sytuacji bezprawny, w doktrynie przyjmuje się bowiem, że zgoda pokrzywdzonego (w tym przypadku właściciela zwierzęcia) wyłącza odpowiedzialność sprawcy za zniszczenie cudzej rzeczy[46].

Zagrożenie sanitarne ludzi i zwierząt

Nieco inny charakter zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi oraz innych zwierząt ma niebezpieczeństwo o charakterze sanitarnym. Odnosi się ono do sytuacji, w której ryzyko rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej zwierzęcej lub odzwierzęcej uzasadnia uśmiercenie osobników zakażonych lub podejrzanych o zakażenie lub chorobę zakaźną. Szczegółowy zakres postępowania w tej sytuacji reguluje odpowiednio rozdz. 8

[44] Warto w tym miejscu zaznaczyć, że naruszenie zakazów dotyczących m.in. przetrzymywania i posiadania zwierząt niebezpiecznych dla życia i zdrowia ludzi będzie się wiązało z odpowiedzialnością wykroczeniową na gruncie przepisu art. 131 pkt 4 u.o.p.

[45] Sytuacja ta oczywiście nie będzie miała miejsca w przypadku, gdy ze strony zwierzęcia groziło bezpośrednie niebezpieczeństwo, którego nie dało się inaczej uchylić. Wówczas zastosowanie znajdą bowiem inne przepisy – dotyczące stanu wyższej konieczności. Por. też: M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa*…, s. 94.

[46] Zob. *System Prawa Karnego*, t. IV: *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 88 i wskazana tam literatura.

ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt[47]. W przypadkach takich ustawodawca na podstawie przepisu art. 6 ust. 1 pkt 4 u.o.z. umożliwił uśmiercanie zwierząt w związku z podejmowaniem działań niezbędnych do usunięcia poważnego zagrożenia sanitarnego ludzi lub zwierząt. W doktrynie uznaje się ponadto, że powyższą przesłankę wypełnia pozbawianie zwierząt życia z uwagi na ich szczególny rodzaj życia i wysokie prawdopodobieństwo roznoszenia przez nie chorób (np. myszy lub szczury)[48].

Regulacje związane z procedurą powyższego uśmiercania zostały odpowiednio uregulowane w przepisie art. 33 ust. 2 u.o.z. Zgodnie z nim w takim przypadku zwierzę może być uśmiercone bez zgody właściciela na podstawie orzeczenia lekarza weterynarii. Ustalenie właściciela i uzyskanie jego zgody nie dotyczy zwierząt chorych na choroby podlegające obowiązkowi zwalczania na podstawie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt.

Podsumowanie

Powyższe rozważania wskazują, że niebezpieczeństwo ze strony zwierząt może mieć charakter wieloaspektowy, a jego zwalczanie wiąże się z odpowiedzialnością karną różnego rodzaju. Trudność w jednoznacznej ocenie zachowań polegających na odpieraniu i przeciwdziałaniu niebezpieczeństwu ze strony zwierząt wynika ze szczególnego i niejednorodnego charakteru prawnego – zarówno na gruncie prawa prywatnego i publicznego. Od wielu lat utrzymuje się bowiem trend związany z ich dereifikacją – odrzeczowieniem, skierowaniem uwagi, że zwierzęta stanowią żywe istoty, które są zdolne do odczuwania bólu lub cierpienia. Jednocześnie w świetle prawa właściwość ta nie jest jednak przypisywana wszystkim zwierzętom, co dodatkowo może wywołać pewne wątpliwości interpretacyjne. Co więcej, zwierzęta nie uzyskały podmiotowości prawnej i poza obowiązkiem traktowania ich z szacunkiem i zapewnienia im ochrony i opieki (art. 1 ust. 1 u.o.z.) w dalszym ciągu traktowane są jako rzeczy.

Stosunkowo szerokie pole kryminalizacji zachowań związanych z naruszeniami w ramach ochrony zwierząt podkreśla funkcję prewencyjną przepisów prawa karnego w tym zakresie. Dzięki tej różnorodności znamion czynów zabronionych ustawodawca chciał ograniczyć możliwość naruszania dóbr zwierząt, a dzięki zagrożeniu odpowiednią karą i środkami karnymi – odstraszyć potencjalnych sprawców od tego typu zachowań. Ich surowość i nieuchronność podkreśla dodatkowo istotność dobra prawnego, jakim jest życie zwierzęcia i jego wolność od zadawania mu bólu lub cierpienia.

[47] Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (Dz.U. 2020, poz. 1421).

[48] Zob. np. Ł. Smaga, *Ochrona humanitarna*…, s. 139 i n.; Z. Gądzik, *Prawnokarna ocena*…, s. 134.

Biorąc pod uwagę powyższe względy, należy pamiętać, że pomimo iż ochrona prawna zwierząt nie jest nieograniczona, cechą, która zasadniczo charakteryzuje legalność zachowań związanych z naruszeniem dóbr zwierząt, jest ich subsydiarność. Tylko w przypadkach, gdy niebezpieczeństwa ze strony zwierzęcia nie da się inaczej uniknąć, jak również gdy dobro ratowane reprezentuje odpowiednią wartość, ustawodawca przyzwala na pozbawienie go życia lub zadanie mu bólu bądź cierpienia. Będą one dopuszczalne zatem jedynie w ostateczności. Prawidłowość ta pozwala na wypracowanie swojego rodzaju kompromisu prawnego w relacjach człowieka ze zwierzęciem, zwłaszcza w sytuacjach, gdy zwierzę to stanowi dla człowieka źródło bezpośredniego zagrożenia.

Bibliografia

Blikowska J., Bet N., *Agresywne psy. Albo uśpienie, albo dożywocie*, http://www.rp.pl/artykul/584108_Albo-uspienie--albo-dozywocie-.html (27.02.2021).

Daniluk P., komentarz do art. 25 k.k. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2019.

Daniluk P., komentarz do art. 108 k.w. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Legalis/el. 2020.

Dobrowolska N., *Status prawny psa w Polsce*, Brzezia Łąka 2018

Duraj M., *Rasy niebezpieczne psów w prawie polskim i w prawie niektórych landów niemieckich*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2012, nr 11.

Gabriel-Węglowski M., *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008.

Gardocki L., *Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, „Studia Prawnicze" 1988, nr 1/2.

Gądzik Z., *Prawnokarna ocena stosowania dopingu u zwierząt*, „Prokuratura i Prawo" 2017, nr 7–8.

Gądzik Z., *Prawnokarna ochrona zwierząt wykorzystywanych w procedurach doświadczalnych*, Lublin 2018.

Gądzik Z., *Środki karne, przepadek zwierzęcia i nawiązka w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt*, „Prokuratura i Prawo" 2019, nr 3.

Goettel M., *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013.

Janowski M., *Status prawny zwierząt a ich kategoryzacja biologiczna*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej" 2020, nr 4.

Kodeks karny. Komentarz, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.

Krukowski A., *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965.

Kulik M., komentarz do art. 78 k.w. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2019, Legalis/el.

Kulik M., Mozgawa M., *Zbieg przepisu art. 35 ustawy o ochronie zwierząt z przepisami typizującymi uszkodzenie rzeczy*, „Prokuratura i Prawo" 2011, nr 6.

Kuszlewicz K., *Prawa zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019.

Lachowski J., *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005.

Majewski A., *Prawa człowieka a prawa zwierząt*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2015, nr 1, Lex/el.

Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979.

Michalska-Warias A., komentarz do art. 108 k.w. [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz aktualizowany*, red. T. Bojarski, Lex/el. 2021.

Mozgawa M., Budyn-Kulik M., Dudka K., Kulik M., *Prawnokarna ochrona zwierząt – analiza dogmatyczna i praktyczna ścigania przestępstw z art. 35 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt*, „Prawo w Działaniu. Sprawy Karne" 2011, nr 9.

Mozgawa M., *Prawnokarna ochrona zwierząt*, Lublin 2001.
O'Heare J., *Zachowania agresywne u psów. Analiza przypadków, zapobieganie i terapia behawioralna*, Łódź 2009.
Pastoureau M., *Średniowieczna gra symboli*, Warszawa 2006.
Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zasobom przyrody i środowisku. Komentarz, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017.
Prawo karne materialne. Część ogólna, red. M. Mozgawa, Warszawa 2020.
Radecki W., *Sokół i gołąb*, „Ochrona Środowiska. Prawo i Polityka" 2006, nr 3.
Radecki W., *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Wrocław 2003.
Rudy M., *Traktat o uśmiercaniu zwierząt*, Warszawa 2019.
Smaga Ł., *Ochrona humanitarna zwierząt*, Białystok 2010.
Spotowski A., *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990.
System Prawa Karnego, t. IV: *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013.
Topczewska K., *Ustawa o ochronie zwierząt. Informator prawny dla praktyków*, Warszawa 2019.
Wilejczyk M., *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta pozostające pod opieką człowieka*, „Przegląd Sądowy" 2016, nr 9.
Zalewski W., *Deska Karneadesa, czyli o stanie wyższej konieczności w prawie karnym z „morskim" akcentem*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2014, nr 32.
Zontek W., komentarz do art. 26 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis/el. 2017.

Streszczenie

Artykuł dotyczy oceny odpierania i zwalczania niebezpieczeństwa ze strony zwierząt. Problem wydaje się szczególnie istoty z punktu widzenia różnorodności przepisów regulujących ochronę zwierząt: jako istot zdolnych do odczuwania bólu lub cierpienia, stanowiących cudze mienie czy też w związku z ochroną środowiska. W każdym z powyższych zakresów ustawodawca przewidział bowiem odpowiedzialność karną za zachowania je naruszające. Oczywiste jest jednak, że ochrona prawna zwierząt nie jest nieograniczona i dopuszczalne są sytuacje, w których człowiek ma prawo bronić się przed niebezpieczeństwem ze strony zwierzęcia, nie narażając się przy tym na odpowiedzialność karną. Opracowanie przedstawia regulacje prawne, które wiążą się z brakiem bezprawności wspomnianych naruszeń mających miejsce w związku z odpieraniem i zwalczaniem niebezpieczeństwa ze strony zwierząt, tj. obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności, uśmiercania osobników niebezpiecznych dla ludzi i innych zwierząt oraz zwalczania zagrożeń sanitarnych.

Słowa kluczowe: niebezpieczeństwo, ochrona zwierząt, subsydiarność, odpowiedzialność karna

CRIMINAL ASSESSMENT OF RESISTING AND COMBATING POTENTIAL DANGER FROM ANIMALS

Summary

The article concerns the assessment of resisting and combating the danger from animals. The problem seems particularly important from the point of view of the variety of laws governing the protection of animals: as creatures capable of feeling pain or suffering, being someone else's property, or in connection with the protection of the environment. In each of the above ranges legislator has

foreseen criminal responsibility for behavior that violates them. It is obvious that the legal protection of animals is not unlimited and situations are permissible in which a person has the right to defend himself against the danger of an animal, without risking criminal liability. The article presents legal regulations that are related to the lack of unlawfulness of the above-mentioned violations in connection with resisting and combating danger from animals, i.e. necessary defense, necessity, killing individuals dangerous to humans and other animals, and combating sanitary threats.

Keywords: danger, protection of animals, subsidiarity, criminal liability

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.6

Wojciech Gonet

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

SALE AND LEASE OF AN ENTERPRISE INCLUDING AGRICULTURAL PROPERTY. CIVIL LAW AND TAX PROBLEMS

Introduction

The enterprise may include agricultural real estate or the right of perpetual usufruct of agricultural land. This implies the question to what extent the provisions of the Act of 11 April 2003 on the shaping of the agricultural system[1] should be applied to trade in an enterprise which includes agricultural real estate, shares or stocks not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments in a capital company being the owner or perpetual usufructuary of agricultural real estate with an area of at least 5 ha, or agricultural property with a total area of at least 5 ha; i.e. restrictions on the acquisition of agricultural property, shares, stocks of companies that own agricultural property with an area of at least 5 ha. The seller and buyer of the enterprise are usually interested in transferring the ownership of the entire enterprise, preferably under one agreement. The assumption that ASAS is a special provision referred to in Article 55^2 of the Civil Code[2] *in fine* would mean that the turnover of an enterprise which includes agricultural real estate, stocks or shares in the capital companies owning agricultural real estate with an area of at least 5 ha, would be subject to restrictions resulting from the act on shaping the agricultural system (ASAS).

The study concerns the issue of how much the provisions of the ASAS should be applied to the contracts for the sale or lease of an enterprise which includes agricultural property and how this may affect the taxation of contracts for the sale of the enterprise.

[1] Unit text of Dz.U. 2020, Item 1655 (henceforth cited as: ASAS).

[2] Act of 23 April 1964, the Civil Code, Dz.U. 2019, Item 1145 (henceforth cited as: CC).

The Scope of the Activities with the Enterprise as the Subject

The definition of an enterprise is included in Article 55[1] of the CC. The components of the enterprise mentioned in this provision, such as the ownership of real estate or movable property, including equipment, materials, goods, products, rights to use real estate or movable property, receivables, rights from securities, etc., are examples and not all should be part of it.

An enterprise is a set of components dominated by the intangible element, which is the essence of the enterprise. The decisive factor is having recipients of the goods and services offered and a reputation that attracts buyers[3]. An enterprise is when, to conduct business activity, it is sufficient to organize a specific set of intangible and tangible assets indicated in Article 55[1] of the CC[4].

An organized part of an enterprise should be distinguished from an enterprise, which is an organizationally and financially separated group of tangible and intangible assets in the existing enterprise, which includes liabilities, intended for the implementation of specific economic tasks, and which could also constitute an independent enterprise independently carrying out these tasks, as defined in Article 5a point 4 of the Act of 26 July 1991 on personal income tax[5], Article 4a point 4 of the Act of 15 February 1992 on corporate income tax[6], and Article 2 point 27e) of the Act of 11 March 2004 on tax on added value[7]. The organized part of an enterprise differs from an enterprise, e.g. by the fact that it includes obligations that are not part of the enterprise[8]. The division of an enterprise into several organizationally and financially separate parts and their sale differs from the sale of the entire enterprise, because in the first case, liabilities are also disposed of, and in the second one, only assets are[9]. An enterprise divided into several organizationally and financially separable parts is not a simple sum, because an enterprise includes an organizational and management element related to the merging of individual parts into a single whole.

The provision of Article 55[2] of the Civil Code provides that the entire enterprise can be sold in one operation, i.e. make an in-kind contribution to a capital

[3] W.J. Katner [in:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, vol. I, ed. M. Safjan, Warszawa 2007, p. 1229.

[4] *Ibidem*.

[5] Unit text of Dz.U. 2020, Item 1426.

[6] Unit text of Dz.U. 2020, Item 1406.

[7] Unit text of Dz.U. 2020, Item 106 (henceforth cited as: AVTA).

[8] P. Pinior [in:] *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, ed. W. Popiołek, Warszawa 2014, p. 127.

[9] An example of an organized part of an enterprise is a warehouse in glass factory with means of transport, employees of the enterprise producing, for example, glass articles. Another example of an organized part of an enterprise is e.g. apparatus, devices, technology, qualified employees, and patents for the production of a specific drug in a pharmaceutical plant constituting a separate department or section.

company, conclude an agreement for its donation, exchange, sale, dissolution of joint ownership, partial inheritance division, lease, rent, etc. The situation becomes more complicated when the enterprise includes non-transferable rights, such as use, contractual pre-emptive, redemption or the purchase of a specific component requires a decision of the minister of internal affairs: e.g. the purchase of a land property by a foreigner from outside the European Union (Article 1 of the Act of 24 March 1920 on the acquisition of real estate by foreigners[10] in the absence of the grounds for exemption listed in Article 8 sec. 1, points 2–7 AAREF). In the resolution of the Supreme Court of 25 June 2008[11], it was established that when concluding the contract of sale of the enterprise within the meaning of Article 55^1 of the CC the limitations or exclusions of the admissibility of transferring individual components of this enterprise remain valid resulting from the provisions of the Act, contractual reservation or the nature of the obligation. The same ruling indicated that the sale of an enterprise is a series of singular successions which means the necessity to conduct a separate legal assessment of each of them that is indirectly indicated in Article 75 § 4 of the CC. This leads to a separate assessment of the admissibility of each transfer of ownership of things and rights included in the enterprise, and thus, the sale of the enterprise does not consume individual requirements for its specific components. The following cannot be the subject of sale: the easement of the necessary road established for the vendor of the enterprise as an independent owner of the real estate (Article 146 of the CC in conjunction with Article 300 of the CC), copyrights (Article 16 of the Act of 4 February 1994 on copyright and related rights[12])[13].

Agreements covered by Article 55^2 of the CC, are not contracts of general title[14]. The provision of Article 55^2 of the CC:

- does not release the legal successor of the entrepreneur from fulfilling the additional conditions necessary for the transfer of rights included in the enterprise[15],
- deals with the relationship between the seller of the enterprise and the acquirer of the enterprise and does not regulate either the manner of transfer or the effects of the sale of the enterprise[16].

The contract for the sale of the fullest right to the enterprise is a double-effect agreement, i.e. binding and disposing, on the basis of which the obligation and the right to the enterprise are created[17]. The contract of sale of the right to the enterprise

[10] Unit text of Dz.U. 2017, Item 2278 (henceforth cited as: AAREF).

[11] III CZP 45/08, Lex no. 393765.

[12] Dz.U. 2019, Item 1231 as amended.

[13] W. Pawlak [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, vol. I, ed. J. Gudowski, Warszawa 2021, p. 1044.

[14] M. Kępiński [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. M. Gutowski, Warszawa 2018, p. 479.

[15] Decision of the Supreme Court of 25 June 2008, III CZP 45/08, Lex no. 393765.

[16] M. Habdas [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, vol. I, eds. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018, p. 432.

[17] *Ibidem*, p. 433.

has an impact on the sale of its components[18]. The double binding and disposing effect will apply to the elements, the sale of which does not require the fulfilment of special conditions or obligations[19], e.g. the sale of a pharmacy does not transfer to the buyer the rights resulting from the authorization to run a pharmacy issued to the seller[20]. The general principle of non-transferability in public law of rights resulting from concessions, permits and licenses is not undermined by the provision of Article 55^2 of the CC, which introduces the principle according to which a legal transaction concerning an enterprise covers everything that is part of the enterprise and provides that it does not apply if the content of a legal act or specific provisions leads to different results[21]. The sale of a business does not lead to universal succession, and specific conditions may be required to the successful transfer of certain components of the business[22]. This view is dominant in the literature on the subject[23].

The provision of Article 55^2 of the CC is dispositive in the sense that the parties can exclude certain elements of the enterprise from the scope of the disposition activities concerning it.[24] An enterprise may be acquired as a result of several contracts[25]. When the circumstances of concluding two agreements regarding the sale of an enterprise allow it to be assumed that one of them concerned the acquisition of liabilities and the other of the assets of this enterprise, such agreements may be jointly treated as the sale of the enterprise[26].

Qualifying whether a given activity is the sale of the enterprise or its components has tax consequences. The sale of the enterprise or its organized part is not subject to tax on goods and services (Article 6 point 1 of the AVTA), therefore their disposal for payment is subject to tax on civil law transactions, and the free disposal may be subject to tax on inheritance and donations if the buyer is a natural person. The sale of individual components of the enterprise is a supply of goods and is subject to tax on goods and services, unless a specific supply is exempt from this tax pursuant to Article 43 point 10 et seq. of the AVTA; in such case the sale for payment is subject to tax on civil law transactions and the free sale may be subject to inheritance and donation tax if the buyer is a natural person. Under certain

[18] *Ibidem*.

[19] *Ibidem*.

[20] Decision of the Supreme Administrative Court of 20 February 2007, II OSK 350/06, Lex no. 344615.

[21] *Ibidem*.

[22] M. Habdas [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, vol. I, eds. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018, p. 433.

[23] M. Kępiński [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. M. Gutowski, Warszawa 2018, p. 479; E. Gniewek [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. E. Gniewek, Warszawa 2004, p. 188; E. Skowrońska-Bocian [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, p. 283–284; R. Morek [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. K. Osajda, Warszawa 2013, p. 614. A different point of view is presented by J. Widło, *Rozporządzenie przedsiębiorstwem*, Kraków 2002, p. 170 and seq.

[24] M. Kępiński [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. M. Gutowski, Warszawa 2018, p. 477.

[25] Decision of the Supreme Court of 6 July 2005, III CK 705/04, Lex no. 150645.

[26] Decision of the Supreme Court of 24 June 1998, I CKN 780/97, Lex no. 34441.

circumstances, some transactions, which can be carried out separately, and which, on their own, may lead to taxation or exemption, should be considered as a unitary transaction if they are not independent of each other; for example, the fact of making an in-kind contribution of an enterprise to a capital company in several stages does not change the nature of the activity which should be regarded as a uniform transaction of the enterprise's in-kind contribution[27]. When a transaction consists of a set of elements and activities, all the circumstances in which it is made should be taken into account to determine whether it concerns a single transaction or two or more separate transactions[28].

The parties to the contract relating to the enterprise may decide themselves which components to exclude from the scope of the contract in question. However, they do not have full freedom in this regard. The scope of the exclusions cannot negate the essence of the enterprise within the meaning of Article 55^1 of the CC, therefore the sale of the enterprise should include at least those components that determine the functions performed by the enterprise[29]. The sale of the enterprise takes place when the components necessary for the performance of its economic tasks are transferred[30]. The sale of individual components of the enterprise, even if they represent a significant value compared to the value of the enterprise as a whole, does not constitute grounds for considering that it has been sold[31]. What components of the enterprise must be included in the content of the performed activity in order to be considered as the object of an enterprise, must be determined in a specific factual state[32]. The subject of the activity must be the minimum resources necessary to run the enterprise[33].

Issues Related to the Sale of an Enterprise Which Includes Agricultural Real Estate

An enterprise may be engaged in different activities, for example:

– production of medicines, and it may include agricultural property with an area of 2.3 hectares, which is used by this enterprise as a temporary landfill for storing waste, which is then removed from its territory,

[27] Decision of the Supreme Administrative Court of 7 December 2012, I FSK 89/12, Lex no. 1366327.

[28] *Ibidem*.

[29] Decision of the Supreme Court of 17 October 2000, I CKN 850/98, Lex no. 50895.

[30] Decision of the Supreme Court of 10 January, 1972, I CR 359/71, Lex no. 1385; decision of the Supreme Court of 30 January 1997, III CKN 28/96, Lex no. 29109; decision of the Supreme Administrative Court (until 31 December 2003) in Gdańsk of 6 October 1995, SA/Gd 1959/94, Lex no. 24237.

[31] Decision of the Supreme Administrative Court (until 31 December 2003) in Gdańsk of 6 October 1995, SA/Gd 1959/94, Lex no. 24237.

[32] E. Skowrońska-Bocian [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, p. 284.

[33] *Ibidem*.

– production of ecological goods, and it may include agricultural real estate with an area of several dozen or several hundred hectares, where plants are grown that are used in the further process of producing organic products from them, e.g. cosmetics, food, by the same enterprise, and only a small part of plants intended for the production of organic products is purchased from other agricultural producers,
– providing medical services (e.g. a private medical clinic), and it may include several agricultural properties with a total area of 3.1 ha, constituting class V land, not used in any way for commercial activities (not cultivated agricultural land),
– trading: shares in limited liability companies, shares of companies not admitted to organized trading within the meaning of the Act of 29 July 2005 on trading in financial instruments[34]; such an enterprise may include shares in a limited liability company that owns agricultural real estate with a total area of more than 5 ha and shares in a joint-stock company not admitted to organized trading pursuant to the provisions of the Act on Trading in Financial Instruments with a total area of more than 5 ha; the size of shares and stocks of capital companies that own agricultural real estate in the entire portfolio is small,
– trading: shares in limited liability companies, shares of companies not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments; such an enterprise may include shares in a limited liability company that owns agricultural real estate with a total area of more than 5 ha and shares in a joint-stock company not admitted to organized trading pursuant to the provisions of the Act on Trading in Financial Instruments with a total area of more than 5 ha; the size of shares and stocks of the capital companies owning agricultural real estate in the entire portfolio is dominant.

Seemingly, only the first, third and fourth situations seem to be the easiest to draw up a business sale agreement. In the situation described in point 3, for the buyer of a private medical clinic a low-class agricultural real estate may be important as in the future he intends to allocate it for the development and increasing the scope of medical activities, e.g. by building a rehabilitation clinic, pharmacy, etc. In the fourth case, the buyer may want to acquire the entire enterprise which includes shares and stocks in the companies owning agricultural real estate with an area of more than 5 hectares only because of these shares and stocks, whereas the remaining shares and stocks are purchased by him separately.

The provision of Article 55^2 of the Civil Code allows the parties to a future sale agreement, in the cases described above, to separate from its composition:
– (in the first case) an agricultural property with an area of 2.3 ha, serving as a temporary storage site for waste,
– (in the third case) an uncultivated agricultural property with an area of 3.1 ha,
– (in the fourth case) shares in a limited liability company owning agricultural real estate with a total area of more than 5 ha and shares in a joint-stock company not

[34] Unit text of Dz.U. 2020, Item 89, 284, 288 and 568.

admitted to organized trading pursuant to the provisions of the Act on Trading in Financial Instruments with a total area of more than 5 ha.

The provision of art. 55^2 of the Civil Code also allows to verify contracts for the sale of agricultural real estate, shares and stocks to the ASAS concerning the following aspects: whether the buyer is an individual farmer who can only be a natural person (Article 2a sec.1 of the ASAS); pre-emption right to agricultural real estate (Article 3 sec. 1, point 4 of the ASAS); the right of pre-emption of shares and stocks (Article 3a sec. 1 of the ASAS); and in the case of contracts other than sale, the right to acquire agricultural real estate by the NASC[35] (Article 4 sec. 1 of the ASAS); and the right to acquire shares and stocks by the NASC (Article 4 sec. 6 of the ASAS).

In the cases of 1, 3, 4, agricultural real estate, shares and stocks in the capital companies owning agricultural real estate with an area of more than 5 ha are elements that are not necessary for the implementation of economic tasks, i.e. a pharmaceutical enterprise may operate without an agricultural real estate with an area of 2.1 ha; the medical clinic will provide services to patients without disruptions after the sale of the agricultural property with an area of 3.1 ha; an entrepreneur who has a large number of shares and stocks in various capital companies may operate without shares, stocks of capital companies owning agricultural real estate with an area of more than 5 ha. The exclusion of the above said elements from the structure of the enterprise described in paragraphs 1, 3 and 4 means that the remaining components will be sold or disposed free of charge as an enterprise, because agricultural real estate, shares not admitted to organized trade, and shares in capital companies owning agricultural real estate with an area of more 5 hectares were elements that did not determine the function performed by the enterprise.

In the case described in point 2, agricultural real estate is an element influencing the scope of activities carried out by the enterprise. Without them, it can be difficult to ensure the right amount of plants for the production of organic cosmetics and food. It can be difficult or not feasible to buy plants of the right quality and grown under ecological conditions, instead of plants grown on the company's real estate. The sale of agricultural property where organic farming is carried out will be the sale of the enterprise, as it affects the economic activity carried out by the enterprise. In this case, it is easier to replace machines, devices, technologies for the production of organic cosmetics and food than the means for the production of substrates, i.e. properly maintained agricultural properties where agricultural crops are grown. The contract for the sale of the enterprise described in point 2 can be divided into 2 contracts: the sale of the agricultural real estate to which the provisions of the ASAS should apply and the sale of other elements.

If the enterprise includes agricultural real estate and the provisions on the pre-emptive right to purchase (Article 3 of the ASAS) applies to the contract of purchase and sale of such property, it is necessary to draw up the following:

[35] National Agricultural Support Centre.

– an agreement obliging the sale of agricultural real estate, provided that the NAS acting in the interests of the State Treasury does not exercise the pre-emptive right to purchase,
– an agreement obliging the sale of the remaining components of the enterprise, provided that an agreement is concluded transferring the ownership of agricultural property in the event that the NASC does not use the right of pre-emptive purchase of agricultural property.

These contracts may be covered by one title deed, and instead of the second contract, a preliminary contract for the sale of the remaining components of the enterprise may be concluded. Similar contracts may be drawn up in the case of sale of the company described in point 5.

The division of the contract of sale or another disposing of the enterprise which includes agricultural real estate into two concerning agricultural real estate and other components of the enterprise does not guarantee the achievement of the parties' goal, i.e. transfer of ownership of the entire enterprise, when the NASC exercises its pre-emption right to agricultural real estate. The sale of an enterprise which includes agricultural real estate, by a contract other than sale, may take place by title deed transferring the ownership, e.g. donation, but in this case the NASC has the right to acquire the agricultural real estate pursuant to Article 4 of the ASAS. The right to purchase is granted to the NASC, acting in the interests of the State Treasury, also in the case of the conclusion of contracts other than the sale of an enterprise that includes shares of limited liability companies, shares of companies not admitted to organized trading within the meaning of the Law on Trading in Financial Instruments, and those of companies owning agricultural real estate with a total area of more than 5 hectares (Article 4 sec. 6 of the ASAS). A different interpretation of Article 55^2 of the CC, indicating that when selling an enterprise or entering into another agreement on its transfer, the provisions of the UKUR do not apply, would lead to a situation where the transfer to the enterprise of agricultural real estate, shares, stocks in capital companies owning agricultural real estate with an area of more than 5 ha, could lead to the possibility of easily circumventing ASAS provisions. The provision of Article 55^2 of the CC indicates that activity involving an enterprise may not cover everything that is part of it, when specific regulations so provide; and such is the ASAS, which defines the acquisition of agricultural property very broadly, indicating that the acquisition of agricultural property may take place as a result of a legal transaction (e.g. having an enterprise as its object) and that the acquisition of agricultural real estate may occur as a result of any legal event (Article 2 point 7 of the ASAS). When transferring the ownership of an enterprise which includes any real estate, including agricultural, the notary making the contract is required to submit an application for the entry in the land and mortgage register via the ICT system that supports the court proceedings (Article 92 § 4 of the Act of 14 February 1991, Law on Notaries[36]).

[36] Dz.U. 2020, Item 1192.

For the turnover of a company which includes the right to use agricultural land or a farm, the provisions of the ASAS should also be applied, which results from Article 4a of the ASAS and Article 2c point 1) of the ASAS. All cases where the provisions of the ASAS do not apply to trading in agricultural real estate, shares not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments, shares in the capital companies that own agricultural real estate (e.g. pursuant to Article 1a, 1b, 1c; Article 3 sec. 5; Article 3a sec. 2; Article 4 sec. 4 of the ASAS), apply to the sale of an enterprise which includes agricultural real estate, shares and stocks described above.

Sale by the Syndic of the Bankruptcy Estate of the Enterprise Which Includes Agricultural Real Estate

The provision of art. 316 paragraph. 1 of the Bankruptcy Law Act of 28 February 2003[37] stipulates that the enterprise should be sold in bankruptcy proceedings as a whole, and if this is not possible, the organized part of the enterprise should be sold (Article 318 sec. 1 of the BL). The creditors' council may permit to withdraw from the sale of the enterprise as a whole (Article 206 sec. 1, point 2 of the BL). When the creditors "council has not been established, or when the creditors" council has not adopted a resolution to withdraw from the sale of the enterprise as a whole within the time limit indicated by the judge commissioner, the decision in this regard is made by the judge commissioner (Article 213 of the BL). The enterprise may be disposed of by the syndic within 30 days from the validation of the court decision authorizing the sale of the enterprise pursuant to the provisions of Part VII of the Preparation of the Liquidation of the BL, in particular pursuant to Article 56e of the BL.

The provisions of the ASAS do not apply to the agricultural real estate acquired in bankruptcy proceedings (Article 2a sec. 3, point 9 of the ASAS) and in the course of restructuring proceedings as a part of sanation proceedings (Article 2a sec. 3, point 4 of the ASAS). Agricultural property sold in bankruptcy and sanation proceedings may be purchased by anyone, but the NASC acting for the benefit of the State Treasury has a pre-emption right. The NASC acting for the benefit of the State Treasury also has the pre-emption right when an enterprise that includes agricultural real estate, the right to use agricultural land, a farm, shares not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments or shares in capital companies owning agricultural real estate with an area of more than 5 ha is being sold in bankruptcy or sanation proceedings. The creditors' council or the judge commissioner must agree to withdraw from the sale of the enterprise as a whole, when the enterprise includes agricultural real estate,

[37] Act of 28 February 2003, Bankruptcy Law, Dz.U. 2003, Item 1228 (henceforth cited as: BL).

the right to use agricultural land, a farm, shares not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments or shares in capital companies owning agricultural real estate with an area of more than 5 ha, because the NASC acting for the benefit of the State Treasury may exercise the pre-emption right as a result of concluding an agreement obliging the sale of the agricultural real estate belonging to the enterprise, and the buyer will be able to purchase the rest of the components of the enterprise.

The Apport of an Enterprise Which Includes Agricultural Real Estate

The subject of a non-monetary contribution to capital companies may be the enterprise or its organized part[38]. Article 55^2 applies to the contribution of an enterprise as an input to a commercial company, which means that when the enterprise is contributed in the form of an input, it may be transferred to the company in its entirety; it is possible to indicate specific assets transferred to the company or to indicate the enterprise as the subject of the contribution, with the exception of some components, e.g. agricultural real estate included in the enterprise[39]. The transfer of the right of an enterprise to a capital company consists in the transfer to it of all the rights that the vendor (shareholder) has in relation to the object of apport, and which have not been excluded in a manner permissible pursuant to Article 55^2 of the CC[40] in the company agreement or resolution confirming the increase of the share capital. When contributing an enterprise as an apport to a limited liability company, it is neither necessary nor decisive to state in the in-kind act that the object of the apport exhausts all the components of the enterprise within the meaning of Article 55^1 of the CC. In the case of an enterprise, the definition of the subject of contribution may consist in a general statement that the subject of the apport is the enterprise, or in the calculation of the contributed components directly or by referring to other documents, such as the balance sheet or specification of the apport[41].

The contribution of an enterprise to a capital company which includes agricultural real estate or the right of perpetual usufruct of agricultural land is the acquisition of agricultural real estate within the meaning of Article 2 point 7 of the ASAS. After its contribution to a capital company, the NASC, acting for the benefit of the State Treasury, may submit a declaration on the acquisition of the agricultural property in question, on the right of perpetual usufruct of agricultural land against the payment of the price of the property, or on the right of perpetual usufruct of agricultural land (Article 4 sec. 1 of the ASAS *in fine*), unless this right would not be due to the

[38] P. Pinior [in:] *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, ed. W. Popiołek, Warszawa 2014, p. 122, 126 and the referenced literature.

[39] *Ibidem*, p. 124 and the referenced literature.

[40] Decision of 6 December 2002, IV CKN 1601/00, Lex no. 1165529.

[41] Decision of the Supreme Court of 8 April 2003, IV CKN 51/01, Lex no. 78892.

exclusions under Article 4 sec. 4 of the ASAS. The NASC, acting for the benefit of the State Treasury, has the same right in the case of an apport of a capital company of an enterprise which includes shares, shares not admitted to organized trading within the meaning of the Act of 29 July 2005 on Trading in Financial Instruments, of an enterprise which is the owner or perpetual usufructuary of real estate agricultural property with an area of at least 5 ha, or of agricultural property with a total area of at least 5 ha. This means the NASC may submit a declaration on the purchase of shares against payment of their price (Article 4 sec. 6 of the ASAS). The right to acquire shares and stocks included in the enterprise, referred to in Article 4 sec. 6 of the ASAS, is not entitled to the NASC acting for the State Treasury in the cases specified in Article 4 sec. 4 of the ASAS.

Bringing to a capital company an enterprise which includes agricultural real estate, shares, stocks in a commercial company that is the owner or the perpetual usufructuary of agricultural real estate with an area of at least 5 ha, or agricultural real estate with a total area of at least 5 ha, takes place in one operation[42]. When making a contribution to a capital company, it is possible to conclude an agreement with a binding effect and a second agreement with a disposable effect. Whereby, the NASC, acting for the benefit of the State Treasury, has the right to acquire agricultural real estate, shares, stocks in a commercial law company that is the owner or perpetual usufructuary of agricultural real estate with an area of at least 5 ha and included in the enterprise contributed in apport, and may acquire it after the conclusion of an agreement with disposable effect. In the event of contribution of an enterprise consisting of stocks and shares in a commercial company that is the owner or the perpetual usufructuary of an agricultural property with an area of at least 5 ha, or agricultural property with a total area of at least 5 ha, the NASC may purchase the stocks and shares after the registration of the share capital increase in the register of entrepreneurs of the National Court Register (Article 4 sec. 6 of the UKUR *in fine*).

Execution by the NASC, acting for the benefit of the State Treasury, of the right to acquire real estate, the right of perpetual usufruct of agricultural land, shares, stocks in a commercial law company that is the owner or perpetual usufructuary of an agricultural property with an area of at least 5 ha, or agricultural property with a total area of at least 5 ha included in an enterprise contributed in apport to a capital company means that the capital company will acquire the incomplete enterprise. When the apport is made due to the agricultural real estate or shares in question, shares in a commercial company that is the owner or perpetual usufructuary of agricultural real estate with an area of at least 5 ha, or agricultural real estate with a total area of at least 5 ha, the intended economic goal will not be achieved.

[42] G. Gorczyński [in:] *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, ed. W. Popiołek, Warszawa 2014, p. 296, 301.

Lease of an Enterprise Which Includes Agricultural Real Estate

For agricultural properties acquired after 30 April 2016 the provisions of Article 2b sec. 1 and 2 of the ASAS are applies, ordering running a farm for a period of 5 years[43] during which the acquired real estate cannot be transferred to other entities. Agricultural property that was purchased after 30 April 2016 and became part of an agricultural holding cannot be the subject of a lease or lending agreement for a period of 5 years from the date of its purchase. This provision does not apply when the purchaser does not run an agricultural holding, i.e. the total area of agricultural real estate, including the acquired agricultural real estate, does not exceed 1 ha. An agricultural holding may become part of an enterprise. If the agricultural property, which was included in the enterprise or was incorporated into it, was acquired after 30 April 2016; and if the total area of the buyer's agricultural property exceeds 1 ha, this new agricultural property may not be leased. The entire enterprise cannot be leased either, i.e. together with the acquired new agricultural property, when the total area of the agricultural property included in the enterprise exceeds 1 ha. The subject of the lease may be an organized part of the enterprise which does not include agricultural property acquired after 30 April 2016; moreover, all other components of the enterprise may be leased without the newly acquired agricultural property.

Conclusion

In terms of what will ultimately be purchased, the application of the NASC provisions is uncertain for the sale of an enterprise consisting of agricultural real estate, shares or stocks not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments in a capital company that is the owner or perpetual usufruct user of agricultural real estate with an area of at least 5 ha, or agricultural real estate with a total area of at least 5 ha. The NASC, operating for the State Treasury, may exercise the right consisting in the acquisition of agricultural real estate in the event of:

- contracts of sale of the enterprise through the pre-emption right to agricultural real estates included in it,
- a contract other than the sale of an enterprise, through the right to acquire agricultural real estate that is part of it.

The NASC has the same rights in terms of the shares or stocks in question in the event of the sale of an enterprise consisting of shares or stocks not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments in a capital company that is the owner or perpetual usufructuary of an agricultural

[43] After the amendment to Art. 2b of the ASAS by Art. 1 point 6 (a) of the Act of 26 April 2019 (Dz.U. 2019, Item 1080) amending min. the ASAS as of 26 June 2019.

property with an area of at least 5 ha or agricultural property with a total area of at least 5 ha.

When the NASC, acting for the benefit of the State Treasury, exercises the pre-emptive right to the agricultural property, it may lead to the destruction of the contract of sale of the enterprise: the seller will be deprived of a part of the enterprise, while the potential buyer may not be interested in purchasing the rest of the enterprise, without the agricultural real estate. The binding legal regulations do not provide for the possibility of obtaining a declaration of non-execution of the pre-emption right for agricultural real estates included in the enterprise from the entity entitled to exercise the pre-emption right before the conclusion of the binding agreement, which could have increased the certainty of business transactions. This would additionally require establishing the relation of such a declaration to the pre-emption right, i.e. introducing a regulation stipulating that obtaining a declaration of non-exercise of the pre-emption right from the right holder in relation to a specific real estate, prior to the conclusion of an agreement obliging the sale of the enterprise, would exclude the pre-emption right.

The division into several contracts of the sale of an enterprise, which includes agricultural real estate, shares or stocks not admitted to organized trading within the meaning of the Act on Trading in Financial Instruments in a capital company being the owner or perpetual usufructuary of agricultural real estate with an area of at least 5 ha or agricultural real estate with a total area of at least 5 ha, raises doubts as to whether these contracts can be treated as a single transaction in terms of taxation and not be subject to tax on goods and services. To be sure in this respect, one should apply for an individual interpretation pursuant to Article 14b et seq. of the Act of 29 August 1997, of the Tax Ordinance[44], which extends the entire process of selling the enterprise.

To facilitate the turnover of an enterprise that includes agricultural real estate, rules should be introduced that apply to the sale of businesses under bankruptcy proceedings, i.e.: anyone can purchase an enterprise which includes agricultural real estate, shares or stocks in a capital company being the owner or perpetual usufructuary of agricultural real estate with an area of at least 5 ha, with the possible retention of other rights of the NASC, i.e. pre-emption rights and purchase rights. The simplest situation would be if the provisions of the ASAS would not apply to the sale of the enterprise or an organized part of the enterprise which includes agricultural real estate.

Bibliography

Gniewek E. [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. E. Gniewek, Warszawa 2004.

Gorczyński G. [in:] *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, ed. W. Popiołek, Warszawa 2014.

Habdas M. [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, vol. I, eds. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018.

Katner W.J. [in:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, vol. I, ed. M. Safjan, Warszawa 2007.

[44] Dz.U. 2020, Item 1325.

Kępiński M. [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. M. Gutowski, Warszawa 2018.
Morek R. [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. K. Osajda, Warszawa 2013.
Pawlak W. [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, vol. I, ed. J. Gudowski, Warszawa 2021.
Pinior P. [in:] *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, ed. W. Popiołek, Warszawa 2014.
Skowrońska-Bocian E. [in:] *Kodeks cywilny*, vol. I, ed. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011.
Widło J., *Rozporządzenie przedsiębiorstwem*, Kraków 2002.

Summary

The article concerns the issue of the sale of an enterprise which includes agricultural real estate. It was found that the provisions of the Act on shaping the agricultural system should be applied when transferring ownership of an enterprise, which includes agricultural real estate or shares of companies that own real estate with an area of more than 5 ha. This means, the sale of the enterprise must be divided into two binding contracts, and when the State Treasury does not exercise its pre-emption right – an ownership transfer contract must be made. Alternatively, the sale of an enterprise may be split into several contracts for agricultural property and other components, but this leads to difficulties in the tax classification of the entire transaction, i.e. whether it should be taxed with civil law transactions tax or each contract for the sale of a part of the enterprise with the tax on goods and services.

Keywords: enterprise, agricultural real estate, sale, share, value added tax

ZBYCIE I DZIERŻAWA PRZEDSIĘBIORSTWA W SKŁAD KTÓREGO WCHODZĄ NIERUCHOMOŚCI ROLNE. PROBLEMATYKA CYWILNOPRAWNA I PODATKOWA

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki zbycia przedsiębiorstwa, w skład którego wchodzą nieruchomości rolne. Stwierdzono, że przy przeniesieniu własności przedsiębiorstwa, w skład którego wchodzą nieruchomości rolne lub akcje spółek, które są właścicielami nieruchomości o powierzchni więcej niż 5 ha, należy stosować przepisy ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, co powoduje, że sprzedaż przedsiębiorstwa trzeba dzielić na dwie umowy: zobowiązującą, a gdy Skarb Państwa nie skorzysta z prawa pierwokupu, umowę przeniesienia własności. Można ewentualnie rozdzielić zbycie przedsiębiorstwa na kilka umów dotyczących nieruchomości rolnych i pozostałych składników, lecz prowadzi to do trudności w zakwalifikowaniu pod względem podatkowym całej transakcji, tzn. czy należy ją opodatkować podatkiem od czynności cywilnoprawnych, czy też każdą umowę zbycia części przedsiębiorstwa podatkiem od towarów i usług.

Słowa kluczowe: przedsiębiorstwo, nieruchomość rolna, sprzedaż, akcja, podatek od towarów i usług

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.7

Anna Hadała-Skóra

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-6432-5651

OGŁOSZENIE STANU WYJĄTKOWEGO W REBUBLICE CZESKIEJ W 2020 R. – ZARYS PROBLEMATYKI

L. Garlicki pojęcie *stan nadzwyczajny* definiuje jako wystąpienie w państwie sytuacji charakteryzującej się szczególnym zagrożeniem. W celu jej rozwiązania należy zastosować środki szczególne, takie jak: 1) ograniczenia praw oraz wolności obywatelskich; 2) skoncentrowanie władzy w rękach głowy państwa i rządu (egzekutywy); 3) zmiany w obszarze systemu stanowienia prawa oraz 4) zmiany w zakresie struktury i zasad funkcjonowania organów państwa. Inaczej rzecz ujmując, pod pojęciem *stan nadzwyczajny* rozumie się stan występujący w wewnętrznym porządku państwowym, podczas którego niektóre obowiązujące regulacje o charakterze konstytucyjnym ulegają zawieszeniu, natomiast w zamian wprowadzana jest regulacja wyjątkowa[1]. Z kolei M. Granat określa, że pod pojęciem *stan nadzwyczajny* należy rozumieć ograniczone ramami czasowymi odstąpienie od sposobu oraz zasad znajdujących się w konstytucji na rzecz działań o charakterze doraźnym, które wynikają z konstytucji, w sytuacji, kiedy zwykłe środki okazują się niewystarczające[2]. M. Zubik zwraca uwagę na to, że ze stanami nadzwyczajnymi często związane są mocno zaawansowane zmiany w obrębie reżimu prawnego oraz zasad dotyczących funkcjonowania organów władzy publicznej. Do najważniejszych celów będących istotą wprowadzenia stanu nadzwyczajnego należą: skupienie decyzji w bardziej ograniczonym gronie podmiotów, a także skrócenie procesów podejmowania decyzji (również mechanizmów o charakterze odwoławczym). Wszystkie te działania mają zagwarantować maksymalną sprawność kroków podejmowanych przez organy władzy publicznej, a także umożliwić tym podmiotom efektywne działanie, aby mogły zapobiegać zagrożeniom oraz przeciwdziałać konsekwencjom, o ile takie już mają miejsce. Z uwagi na fakt, że mowa zwłaszcza o działaniach faktycznych, właściwe w tym przypadku będą organy egzekutywy[3]. Z kolei w literaturze czeskiej V. Belling

[1] L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2018, s. 451 i n.

[2] M. Granat, *Prawo konstytucyjne. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2021, s. 739.

[3] M. Zubik, *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, Warszawa 2020, s. 420 i n. Zob. też: K. Składowski, *Stany nadzwyczajne w państwie* [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. D. Górecki,

przyjmuje definicję stanu wyjątkowego rozumianego jako „instytucja prawna oznaczająca zespół środków stosowanych przez organ państwowy w celu przezwyciężenia sytuacji poważnego, egzystencjalnego kryzysu zagrażającego istnieniu państwa i porządku konstytucyjnego, którego kształtu nie można z góry przewidzieć”[4].

Garlicki wyróżnia trzy charakterystyczne tendencje dla obecnych regulacji w zakresie stanów nadzwyczajnych: 1) konstytucjonalizację tych uregulowań; 2) dyferencjację różnych odmian stanów nadzwyczajnych oraz 3) parlamentaryzację obejmującą proces podejmowania decyzji w zakresie wprowadzenia lub kontynuacji stanu nadzwyczajnego. Istotą pierwszej wymienionej wyżej tendencji jest regulowanie problematyki stanów nadzwyczajnych na szczeblu konstytucyjnym. Wpływ na zależność występującą pomiędzy kompletnością oraz szczegółowością unormowań w tym obszarze a doświadczeniami o charakterze historycznym konkretnego państwa stanowi w tym przypadku cechę charakterystyczną. Mianowicie państwa posiadające demokratyczne tradycje do dziś funkcjonują bez regulacji w tym zakresie[5]. Z kolei biorąc pod uwagę państwa, które posiadają „bolesne” doświadczenia o charakterze historycznym, zauważyć można mocno rozbudowany zbiór przepisów zawarty w konstytucji[6]. Odnosząc się do drugiej ze wskazanych powyżej tendencji, należy podkreślić, że występujące zagrożenie determinuje stosowanie różnych środków. Z tego powodu regulacje na poziomie konstytucji wyróżniają: 1) stan wojenny – w przypadku wystąpienia zewnętrznego zagrożenia państwa; 2) stan wyjątkowy – ściśle związany z zagrożeniem bytu państwowego o charakterze wewnętrznym (wciąż występujący niekiedy pod nazwą stanu oblężenia), a także 3) stan klęski żywiołowej oraz 4) stan nadzwyczajnej konieczności gospodarczej. Nawiązując do ostatniej z tendencji, wskazać należy, że obecnie występujące w konstytucjach regulacje wyposażają parlament w zróżnicowane gwarancje, których istotą jest zobowiązanie do zajęcia przez ten organ stanowiska. Z powyższym ściśle związane jest utworzenie różnego rodzaju ograniczeń w zakresie takich kwestii, jak: 1) katalog możliwych do zastosowania środków; 2) czas trwania stanu nadzwyczajnego; 3) zakaz przeprowadzania wyborów parlamentarnych podczas stanu nadzwyczajnego; 4) zakaz wprowadzania zmian w niektórych ustawach oraz w innym obszarze[7].

Republika Czeska była jednym z pierwszych państw Unii Europejskiej, które w ramach działań mających na celu uniknięcie rozprzestrzeniania się pandemii

---

Warszawa 2020, s. 353 i n. Szerzej na ten temat: P. Radziewicz, komentarz do art. 228 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 652 i n.

[4] V. Belling, *Výjimečný stav a hranice právního státu*, „Právník” 2018, nr 3, s. 200. Zob. też: L. Kollert, *Výjimečný stav ajeho regulace vprávním státě*, „Časopis pro právní vědu apraxi” 2021, t. XXIX, nr 2, s. 227 i n.

[5] Jako przykład można wskazać Stany Zjednoczone Ameryki, gdzie regulacje obejmują jedynie niektóre obszary, zaś jednocześnie przyjmuje się, że występujące luki prawne będą uzupełniane, gdy zajdzie taka potrzeba.

[6] Jako przykład można wskazać regulacje niemieckie w Ustawie Zasadniczej z 1949 r.

[7] L. Garlicki, *Polskie prawo*…, s. 451 i n.

COVID-19 zdecydowało się na wprowadzenie obostrzeń na terenie kraju. Środki o charakterze zapobiegawczym podjęto już przed pierwszymi potwierdzonymi przypadkami zakażeń wirusem SARS-CoV-2[8].

Sposób uregulowania stanów nadzwyczajnych w Republice Czeskiej różni się od tego, który został zastosowany w Rzeczypospolitej Polskiej. Twórcy polskiej konstytucji umieścili regulacje dotyczące stanów nadzwyczajnych w osobnym rozdziale tego aktu. Dzięki temu możliwe stało się objęcie w sposób kompleksowy całokształtu zagadnień odnoszących się do tej kwestii[9]. W Republice Czeskiej prawo przewiduje cztery stany nadzwyczajne: 1) stan wyjątkowy; 2) stan zagrożenia państwa; 3) stan niebezpieczeństwa oraz 4) stan wojenny[10]. Ustawodawca w Konstytucji Republiki Czeskiej wymienia jedynie stan wojenny[11], który oprócz tego reguluje również ustawa o bezpieczeństwie Republiki Czeskiej[12]. Kolejny stan nadzwyczajny – stan niebezpieczeństwa – w głównej mierze normuje ustawa o postępowaniu w przypadku kryzysu i zmianie innych ustaw[13]. Natomiast stan wyjątkowy oraz stan zagrożenia państwa zostały uregulowane w drodze ustawy konstytucyjnej z 22 kwietnia 1998 r. o bezpieczeństwie Republiki Czeskiej[14].

Zgodnie z art. 5 tej ustawy rząd może ogłosić stan wyjątkowy w razie wystąpienia: 1) klęsk żywiołowych; 2) katastrof ekologicznych lub przemysłowych, a także 3) wypadków bądź innych niebezpieczeństw, które w znacznym stopniu zagrażają życiu, zdrowiu lub wartościom majątkowym albo porządkowi wewnętrznemu oraz bezpieczeństwu. W przypadku niebezpieczeństwa zwłoki premier może ogłosić stan wyjątkowy. Ten sam przepis określa, że w ciągu 24 godzin od deklaracji jego decyzja jest zatwierdzana lub odwoływana przez rząd. Rząd zobowiązany jest do

[8] Dane za stroną internetową: https://pism.pl/publikacje/Czeska_awangarda___sposoby_radzenia_sobie_z_epidemia_COVID19 (20.08.2021). 30 stycznia 2020 r. Czechy wstrzymały wydawanie wiz obywatelom Chin, natomiast 8 lutego 2020 r. zawieszone zostały loty z tego państwa. Większość restrykcji, w tym ograniczeń w zakresie działalności gospodarczej, jak również zamknięcie granic państwa, szkół oraz uczelni wyższych wprowadzono w Republice Czeskiej do połowy marca. Interesujący jest fakt, że rząd Republiki Czeskiej 20 marca 2020 r. jako pierwszy w UE wprowadził nakaz zasłaniania ust i nosa poza domem.

[9] S. Steinborn, komentarz do art. 228 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1606.

[10] Szerzej na temat stanów nadzwyczajnych zob. K. Skotnicki, *System konstytucyjny Czech*, Warszawa 2000, s. 65 i n. Zob. też: M. Żaba, *Ograniczenia praw i wolności w okresie pandemii Covid-19 w Republice Czeskiej* [w:] *Ograniczenia praw i wolności w okresie pandemii Covid-19 na tle porównawczym. Pierwsze doświadczenia*, red. K. Dobrzeniecki, B. Przywora, Warszawa 2021, s. 128 i n.

[11] Konstytucja Republiki Czeskiej z 16 grudnia 1992 r., tłum. M. Kruk-Jarosz, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/07/Czechy_pol_010811.pdf (1.08.2021).

[12] Ustawa o bezpieczeństwie Republiki Czeskiej – Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky (Ústavní zákon č. 110/1998 Sb.), https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-110 (15.08.2021).

[13] Ustawa o postępowaniu w przypadku kryzysu i zmianie innych ustaw – Zákon o krizovém řízení a o změně některých zákonů (krizový zákon) (Zákon č. 240/2000 Sb.), https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-240 (15.08.2021).

[14] Ustawa konstytucyjna z 22 kwietnia 1998 r. o bezpieczeństwie Republiki Czeskiej – Ústavní zákon o bezpečnosti České republiky (Ústavní zákon č. 110/1998 Sb.).

niezwłocznego przekazania Izbie Deputowanych informacji na temat ogłoszenia stanu wyjątkowego. Z kolei Izba Poselska jest uprawniona do odwołania tego ogłoszenia. Artykuł 6 ustawy precyzuje, że stan wyjątkowy może zostać ogłoszony wyłącznie z uzasadnieniem na określony czas i dla określonego terytorium. Jednocześnie wraz z ogłoszeniem stanu wyjątkowego rząd zobowiązany jest do wskazania: 1) które prawa określone w ustawie specjalnej mają zostać ograniczone i w jakim zakresie (zgodnie z Kartą Podstawowych Praw i Wolności)[15] oraz 2) jakie obowiązki mają zostać nałożone i w jakim zakresie. Przepis ten określa też ramy czasowe – stan wyjątkowy może zostać ogłoszony na okres nieprzekraczający 30 dni. Okres ten może być przedłużony jedynie za uprzednią zgodą Izby Poselskiej (izby niższej czeskiego parlamentu). Stan wyjątkowy kończy się wraz z upływem terminu, na jaki został ogłoszony. Wyjątkiem jest przypadek, gdy rząd lub Izba Poselska zdecyduje o jego zniesieniu przed upływem tego okresu[16].

Warto podkreślić, że w Republice Czeskiej najbardziej istotną konsekwencją wprowadzenia stanu wyjątkowego jest przesunięcie uprawnień z korzyścią dla władzy wykonawczej. Zgodnie z art. 4 Karty Podstawowych Praw i Wolności w zwykłych okolicznościach podstawowe prawa i wolności mogą zostać ograniczone jedynie na mocy ustawy uchwalonej przez parlament. Natomiast konsekwencją podjęcia decyzji o wprowadzeniu stanu wyjątkowego jest wyposażenie rządu w prawo do ograniczenia praw i wolności wymienionych w ustawie o postępowaniu w przypadku kryzysu i zmianie innych ustaw. Zgodnie z art. 6 tej ustawy rząd jest upoważniony do zarządzenia środków, takich jak np. ewakuacja osób i mienia z określonego obszaru, nałożenie obowiązku pracy, pomocy w pracy lub obowiązku zapewnienia zasobów materialnych, ochrona granic państwowych czy też zakaz wjazdu, pobytu i przemieszczania się osób w określonych miejscach. Jednak najbardziej istotne ograniczenie uregulowane zostało w art. 2 Konstytucji. Zgodnie z art. 2 ust. 3 „władza państwowa służy wszystkim obywatelom i może być wykonywana tylko w przypadkach, w granicach i w sposób przewidziany przez ustawę". Oznacza to, że nawet w stanie wyjątkowym rząd nie posiada prawa do nałożenia ograniczeń, których nie przewidują przepisy ustawy o postępowaniu w przypadku kryzysu i zmianie innych ustaw. Rząd nie może także ingerować w prawa podstawowe, które znajdują się w tej ustawie[17].

W związku z zagrożeniem dla zdrowia związanym z potwierdzonym występowaniem przypadków zarażenia koronawirusem SARS-CoV-2 na terytorium Republiki Czeskiej rząd czeski, działając na podstawie art. 5 oraz 6 ustawy konstytucyjnej o bezpieczeństwie Republiki Czeskiej w drodze uchwały z dnia 12 marca 2020 r. nr 194[18] ogłosił stan wyjątkowy na terytorium Republiki Czeskiej na okres 30 dni od godziny

[15] Karta Podstawowych Praw i Wolności z 16 grudnia 1992 r. (Zák. č. 2/1993 Sb.).

[16] https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-110 (10.09.2021).

[17] https://verfassungsblog.de/czechs-and-balances-if-the-epidemiological-situation-allows/ (11.11.2021); https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2000-240 (10.11.2021); https://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html (10.11.2021).

[18] https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2020-69 (15.08.2021).

14:00 12 marca 2020 r. do 17 maja 2020 r.[19] Z kolei na podstawie uchwały Rządu Republiki Czeskiej z dnia 23 kwietnia 2020 r. nr 443 w sprawie przyjęcia środków antykryzysowych[20] zarządzono z mocą od 27 kwietnia 2020 r., od godz. 00:00, na czas trwania stanu wyjątkowego m.in. takie ograniczenia, jak:

– zakaz wjazdu na terytorium Republiki Czeskiej dla wszystkich obcokrajowców, którzy nie mają pobytu czasowego powyżej 90 dni lub stałego pobytu w Republice Czeskiej[21],
– ograniczenia w swobodnym przepływie (od 24 marca 2020 r. od godz. 00:00 do 1 kwietnia 2020 r. do godz. 6:00 wprowadzono zakaz swobodnego przepływu osób w całej Republice Czeskiej)[22],
– osobom zamieszkałym w Republice Czeskiej nakazano: 1) ograniczenie do niezbędnego czasu poruszania się w obszarze miejsc publicznych, a także pozostanie

[19] https://www.statnisprava.cz/rstsp/clanky.nsf/i/vyhlaseni_nouzoveho_stavu_co_aktualne_plati_20032708_18742657 (17.08.2021).

[20] https://www.vlada.cz/assets/media-centrum/aktualne/uv200423-0443-_1_-converted.pdf (18.08.2021).

[21] Od powyższego zakazu wprowadzono wyjątki: 1) dla członków rodziny cudzoziemców, obywateli Republiki Czeskiej lub obywateli UE, którzy posiadają tymczasowe bądź stałe miejsce zamieszkania na terytorium Republiki Czeskiej; 2) dla obywateli UE oraz cudzoziemców posiadających zezwolenie na pobyt w Unii, którzy przejeżdżają przez Republikę Czeską w celu odbycia podróży do domu oraz posiadają notę, która została wydana w tym celu przez ambasadę (tranzyt i repatriacja), w sytuacji, gdy wjazd tych cudzoziemców leży w interesie Republiki Czeskiej; 3) w odniesieniu do pracowników transgranicznych, uczniów oraz studentów, którzy w celu podjęcia pracy lub nauki w Republice Czeskiej w sposób regularny przekraczają granicę z Republiką Czeską z sąsiedniego państwa; 4) dla pracowników transportu międzynarodowego; 5) dla pracowników świadczących usługi w zakresie infrastruktury krytycznej; 6) dla urzędników oraz dyplomatów organizacji międzynarodowych, w przypadku nagłych, awaryjnych sytuacji; 7) dla obywateli UE, którzy wjeżdżają na terytorium Republiki Czeskiej, aby prowadzić działalność gospodarczą, na maksymalny okres 72 godzin; 8) dla obywateli UE, którzy wjeżdżają na terytorium Republiki Czeskiej w celu prowadzenia działalności gospodarczej lub studiowania na uczelni wyższej (po spełnieniu określonych warunków). https://www.vlada.cz/assets/media-centrum/aktualne/uv200423-0443-_1_-converted.pdf (10.08.2021).

[22] Od powyższego zakazu wprowadzono wyjątki w następującym zakresie: w przypadku podróży, które są konieczne do zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych (np. w celu zakupu żywności, lekarstw oraz artykułów medycznych, artykułów higienicznych, paszy dla zwierząt i innych artykułów dla zwierząt), niezbędnych podróży w celu odwiedzenia bliskich osób/rodziny, podróży do miejsca pracy oraz w celu prowadzenia działalności gospodarczej lub innej podobnej działalności, zapewnienia opieki nad dziećmi, zapewnienia opieki nad zwierzętami, korzystania z niezbędnych usług finansowych i pocztowych, tankowania paliwa, podróży niezbędnej do zaspokojenia potrzeb i świadczenia usług na rzecz innej osoby (np. wolontariat, pomoc sąsiedzka), podróży do placówek służby zdrowia oraz placówek opieki społecznej, w tym niezbędnej pomocy krewnym/osobom bliskim, a także do placówek opieki weterynaryjnej, podróży w związku z nagłymi sprawami urzędowymi, w tym niezbędnej pomocy krewnym/bliskim osobom, wykonywania zawodów lub działalności służących zapewnieniu bezpieczeństwa, porządku wewnętrznego oraz zarządzania kryzysowego, ochrony zdrowia, świadczenia opieki zdrowotnej lub opieki społecznej, w tym także działalności w zakresie wolontariatu, indywidualnej opieki oraz posługi duchowej, transportu publicznego i innej infrastruktury, usług dla ludności, w tym: usług dostawczych, zaopatrzenia, opieki weterynaryjnej, przyrody lub parków, podróży powrotnej do miejsca zamieszkania, udziału w pogrzebie. https://www.vlada.cz/assets/media-centrum/aktualne/uv200423-0443-_1_-converted.pdf (16.09.2021).

w miejscu zamieszkania (z wyjątkiem przypadków wyżej wskazanych); 2) ograniczenie do minimum kontaktów z innymi osobami, w miejscach ogólnodostępnych przebywać mogło nie więcej niż dwie osoby (z wyjątkiem członków gospodarstwa domowego, wykonywania zawodu, prowadzenia działalności gospodarczej lub innej podobnej działalności, uczestniczenia w pogrzebie) i w miarę możliwości do zachowania odległości co najmniej 2 m w czasie kontaktu z innymi osobami (od 24 marca 2020 r. od godz. 00:00 do 1 kwietnia 2020 r. do godz. 06:00),

– zakaz poruszania się lub przebywania w jakimkolwiek miejscu poza miejscem zamieszkania bez środków ochrony dróg oddechowych (od godziny 00:00 19 marca 2020 r.),
– w związku z ograniczeniami dotyczącymi swobodnego przemieszczania się podjęto decyzję, że głosowanie w wyborach uzupełniających do Senatu Parlamentu Republiki Czeskiej[23], które miało się odbyć w terminie 27 i 28 marca 2020 r., a także 3 i 4 kwietnia 2020 r., zostało przełożone.

Należy zaznaczyć, że w Konstytucji Republiki Czeskiej z 16 grudnia 1992 r. nie określono szczegółów dotyczących form ograniczania praw oraz wolności jednostki. Ogólne klauzule w tym zakresie (np. prawo do zdrowia, prawo do życia czy zapewnienie wolności pobytu oraz przemieszczania się) znajdują się w innym akcie – jest to Karta Podstawowych Praw i Wolności[24]. Artykuł 3 Konstytucji określa, że Karta Podstawowych Praw i Wolności stanowi część porządku konstytucyjnego Republiki Czeskiej[25]. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (1950 r.), Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych (1966 r.) czy np. Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych (1966 r.) to stanowiące wzór dla twórców Karty międzynarodowe dokumenty, które zawierają regulacje w zakresie praw i wolności człowieka i obywatela. Jak słusznie zauważa A. Gajda, „Karta Podstawowych Praw i Wolności przyczyniła się do ukształtowania nowego, respektującego prawa człowieka ustroju Republiki Czeskiej"[26]. Zgodnie z postanowieniami Karty ogólne zapewnienie wolności pobytu oraz przemieszczania się z zasady są możliwe do ograniczenia w przypadku, gdy jest to nieuniknione w kontekście zachowania: 1) porządku publicznego; 2) bezpieczeństwa państwowego; 3) ochrony praw oraz wolności innych osób; 4) ochrony zdrowia, zaś w niektórych obszarach także 5) ochrony przyrody[27].

---

[23] Ogłoszonych w okręgu wyborczym nr 32 na mocy decyzji prezydenta nr 23/2020 Sb. w sprawie ogłoszenia wyborów uzupełniających do Senatu Parlamentu Republiki Czeskiej.

[24] Karta Podstawowych Praw i Wolności uchwalona 16 grudnia 1992 r. – Ústavní zákon č. 2/1993 Sb. ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb. https://www.psp.cz/docs/laws/listina.html (18.08.2021).

[25] Art. 3 Konstytucji Republiki Czeskiej, https://www.psp.cz/docs/laws/constitution.html (19.11.2021). Zob. też: K. Skotnicki, *System konstytucyjny*…, s. 20.

[26] A. Gajda, *Publiczny Obrońca Praw Republiki Czeskiej jako organ do spraw równości w kontekście standardów wyznaczanych przez dyrektywy Unii Europejskiej*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica" 2018, nr 84, s. 112.

[27] M. Żaba, *Ograniczenia praw*…, s. 129.

Ustawa o bezpieczeństwie konstytucyjnym wyposażyła rząd w uprawnienie do ograniczenia praw obywateli oraz do nakładania na nich bezpośrednio pewnych obowiązków. Rząd dysponuje prawem wykonywania tych nadzwyczajnych kompetencji wyłącznie w sposób i w przypadkach określonych nie tylko w ustawie o bezpieczeństwie, ale również w ustawie nr 240/2000 Sb. w sprawie zarządzania kryzysowego i zmian niektórych ustaw (ustawa o kryzysie)[28]. Uchwałę w sprawie przedłużenia stanu wyjątkowego rząd Republiki Czeskiej przyjął 9 kwietnia 2020 r., wydłużając termin do 30 kwietnia 2020 r. Następna rządowa uchwała – z 30 kwietnia 2020 r. – ponownie przedłużyła stan wyjątkowy, tym razem do 17 maja 2020 r.

Podczas stanu wyjątkowego wprowadzonego w związku z pojawieniem się wirusa SARS-CoV-2 większość środków nadzwyczajnych została wprowadzona przez rząd lub ministerstwa bez konsultacji z parlamentem, jednak opozycja uzyskała możliwość uczestnictwa w pracach organu roboczego ds. kryzysu. Czeski parlament przyjął także na wniosek rządu pewne nadzwyczajne akty prawne przy zastosowaniu przyspieszonej procedury, która dała możliwość bardziej elastycznego i sprawnego podejmowanie decyzji[29]. Republika Czeska – podobnie jak inne państwa – nie była przygotowana na walkę z wirusem SARS-CoV-2. Należy zauważyć, że zastosowane przez rząd Republiki Czeskiej środki mające na celu zapobieganie rozprzestrzenianiu się pandemii COVID-19 na terytorium państwa wpłynęły w zróżnicowanym zakresie na korzystanie z praw zagwarantowanych w Karcie Podstawowych Praw i Wolności. Podejmowane działania w głównej mierze ukierunkowane były na: 1) wolność pobytu i przemieszczania się; 2) prawo do nauki; 3) prawo do uczestnictwa w obrzędach i praktykach religijnych; 4) wolność osobistą; 5) prawo do swobodnego wykonywania działalności gospodarczej; 6) wolność zgromadzeń. Wprowadzone przez czeskie władze środki, które miały na celu ograniczenie wyżej wskazanych praw i wolności, nakładano stopniowo – wraz z przyjęciem przez rząd kolejnych uchwał[30].

W Republice Czeskiej kryzys związany z pandemią COVID-19 spowodował nie tylko ogólny chaos, lecz również znaczne przesunięcie uprawnień w kierunku władzy wykonawczej. Ogłoszenie stanu wyjątkowego 12 marca 2020 r. było pierwszą decyzją, która wpłynęła na osłabienie władzy ustawodawczej[31]. Jednak z uwagi na nieprzewidywalność tempa rozwoju epidemii na terytorium Republiki Czeskiej należy uznać, że nałożone przez rząd zakazy i obostrzenia były w momencie ich wprowadzania racjonalne. Działania te umożliwiły z kolei zminimalizowanie rozwoju, a przede wszystkim negatywnych skutków epidemii na terenie kraju[32].

---

[28] https://www.codexisuno.cz/a1Q?checked=1&lang=cs (23.08.2021).

[29] https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/652002/EPRS_BRI(2020)652002_EN.pdf (23.08.2021).

[30] M. Żaba, *Ograniczenia praw*…, s. 136 i n.

[31] https://verfassungsblog.de/czechs-and-balances-if-the-epidemiological-situation-allows/ (10.11.2021).

[32] M. Żaba, *Ograniczenia praw*…, s. 139 i n.

Bibliografia

Belling V., *Výjimečný stav a hranice právního státu*, „Právník" 2018, nr 3.

Gajda A., *Publiczny Obrońca Praw Republiki Czeskiej jako organ do spraw równości w kontekście standardów wyznaczanych przez dyrektywy Unii Europejskiej*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica" 2018, nr 84.

Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2018.

Granat M., *Prawo konstytucyjne. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2021.

Kollert L., *Výjimečný stav ajeho regulace vprávním státě*, „Časopis pro právní vědu apraxi" 2021, t. XXIX, nr 2.

Radziewicz P., komentarz do art. 228 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Składowski K., *Stany nadzwyczajne w państwie* [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. D. Górecki, Warszawa 2020.

Skotnicki K., *System konstytucyjny Czech*, Warszawa 2000.

Steinborn S., komentarz do art. 228 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Zubik M., *Prawo konstytucyjne współczesnej Polski*, Warszawa 2020.

Żaba M., *Ograniczenia praw i wolności w okresie pandemii Covid-19 w Republice Czeskiej* [w:] *Ograniczenia praw i wolności w okresie pandemii Covid-19 na tle porównawczym. Pierwsze doświadczenia*, red. K. Dobrzeniecki, B. Przywora, Warszawa 2021.

Streszczenie

W niniejszym artykule scharakteryzowano wybrane zagadnienia wiążące się z reakcją rządu Republiki Czeskiej na panującą w kraju sytuację – wprowadzenie stanu wyjątkowego w 2020 r. Działanie to podyktowane było chęcią uniknięcia rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2 na terenie tego państwa. We wstępnej części opracowania scharakteryzowano pojęcie stanu nadzwyczajnego w doktrynie prawa konstytucyjnego. W dalszej części zwrócono uwagę, że w Konstytucji Republiki Czeskiej ustawodawca nie uregulował wszystkich możliwych do wprowadzenia w tym państwie stanów nadzwyczajnych. Wskazano na inne akty prawne regulujące tę problematykę.

Słowa kluczowe: pandemia, stan wyjątkowy, prawa i wolności, COVID-19

DECLARATION OF A STATE OF EMERGENCY IN THE CZECH REPUBLIC IN 2020 – OVERVIEW OF THE ISSUES

Summary

This article characterizes selected issues related to the response of the Government of the Czech Republic to the prevailing situation in the country – the introduction of a state of emergency in 2020. This action was dictated by the desire to avoid the spread of SARS-CoV-2 virus on the territory of the country. In the introductory part of the article the concept of state of emergency in the doctrine of constitutional law was characterized. In the next part it was pointed out that in the Constitution of the Czech Republic the legislator has not regulated all the states of emergency that can be introduced in this country. Other legal acts regulating this issue are indicated.

Keywords: pandemic, state of emergency, rights and freedoms, COVID-19

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.8

Anna Jacek

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0003-2899-2147

Barbara Zych

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0001-8008-6630

STANDARD WYKONYWANIA ZAWODU POŁOŻNEJ W STANACH NAGŁYCH W NEONATOLOGII – OCENA OBOWIĄZUJĄCEGO STANU PRAWNEGO

Wprowadzenie

Na wstępie należy stwierdzić, że kluczowe dla dalszej jasności i precyzyjności poniższych rozważań jest określenie celu artykułu. Podjęte rozważania pozwoliły na sformułowanie celu opracowania, którym jest przeprowadzenie analizy i oceny standardu wykonywania zawodu położnej w aspekcie zaistnienia „stanu nagłego" w opiece neonatologicznej. Przed przystąpieniem jednak do dalszych wywodów uzasadnione jest w pierwszej kolejności odniesienie się do statusu prawnego zawodu położnej. Analiza treści postanowień ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej pozwala stwierdzić, że położna to osoba, która została zakwalifikowana i pomyślnie ukończyła oficjalnie i formalnie uznawane przez państwa, w którym się odbył, dany cykl kształcenia w zawodzie położnej i uzyskała kwalifikacje wymagane do uzyskania prawa wykonywania zawodu[1]. Nie ma wątpliwości, że zawód położnej należy zaklasyfikować do zawodów medycznych. Tu przywołać należy treść art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej[2], który precyzuje definicję osoby wykonującej zawód medyczny. Ustawodawca w wymienionym przepisie określił, że osobą wykonującą zawód medyczny jest „osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się nabyciem fachowych

[1] Ustawa z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (Dz.U. 2020, poz. 562 ze zm.), dalej: u.z.p.

[2] Dz.U. 2020, poz. 295 ze zm. (dalej: u.d.l.).

kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny”[3]. W odniesieniu do powyższego należy zwrócić uwagę na pogląd M. Dercza, który wskazuje, że „pojęcie osoby wykonującej zawód medyczny obejmuje osoby wykonujące zawody, których status jest określony ustawowo, jak i zawody, które nie mają na gruncie obowiązującego prawa takiego uregulowania”[4]. Zawód położnej jest zawodem uregulowanym ustawowo, co pozwala na jednoznaczne zaliczenie go do zawodów medycznych. W literaturze również wskazuje się, że zawód położnej należy zaklasyfikować do wolnych zawodów[5] oraz zawodów zaufania publicznego[6].

Dla przejrzystości i jasności dalszych wywodów należy też w tym miejscu wyjaśnić standard wykonywania zawodu położnej. Jest on „zbiorem rekomendacji” ułatwiającym wypełnianie obowiązku ustawowego w postaci konieczności nieustannego aktualizowania wiedzy i doskonalenia praktyki zawodowej. W swoim założeniu sprzyja dobrej praktyce, a opierając się na wiarygodnych dowodach naukowych, stwarza poczucie bezpieczeństwa każdej osobie wykonującej zawód położnej oraz stanowi najskuteczniejszy i najbezpieczniejszy sposób rozwiązywania problemów klinicznych[7]. Nie sposób nie zauważyć, że to w treści art. 11 ust. 1 u.z.p. ujęto przesłanki standardu wykonywania zawodu położnej, wskazując na należytą staranność, normy etyczne, poszanowanie praw pacjenta i jego bezpieczeństwo oraz aktualną wiedzę medyczną. Szczególnego jednak znaczenia nabiera standard wykonywania zawodu położnej w szeroko pojętej opiece medycznej nad noworodkiem świadczonej przez zawody samodzielne (tj. lekarza, pielęgniarkę, położną, fizjoterapeutę), które w szczególności regulują przepisy o wykonywaniu tych zawodów medycznych[8] oraz dotyczące możliwości uzyskania specjalistycznej wiedzy w ochronie zdrowia[9]. Odnosząc się *stricte* do zawodu położnej, oznacza to, że położna postępuje zgodnie z wymaganymi dla siebie regułami w konkretnej sytuacji, przy czym zobowiązana jest udzielać pomocy, która uzależniona jest od sytuacji klinicznej, posiadanej specjalizacji i umiejętności zawodowych. Z punktu widzenia zapewnienia medycznej opieki neonatologicznej na poziomie

[3] Art. 2 ust. 1 pkt 2 u.d.l.

[4] M. Dercz, komentarz do art. 2 [w:] M. Dercz, T. Rek, *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 39.

[5] M. Sadowska, komentarz do art. 2 [w:] M. Sadowska, W. Lis, *Ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 34–39.

[6] A. Fiutak, *Pielęgniarka i położna* [w:] *System Prawa Medycznego*, t. I: *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, red. E. Zielińska, R. Kubiak, L. Kubicki, Warszawa 2018, s. 268.

[7] M. Boratyńska, *Miejsce standardów lekarskich w systemie prawa medycznego – teoria i praktyka* [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, E. Sarnacka, M. Grassman, Warszawa 2019, s. 23.

[8] Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 2020, poz. 514 ze zm.), dalej: u.z.l.; u.z.p.; ustawa z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz.U. 2019, poz. 952 ze zm.).

[9] Art. 18 ust 1 u.z.l.; art. 67 ust. 1 u.z.p. oraz art. 35 ust. 1 ustawy o zawodzie fizjoterapeuty.

współczesnych standardów konieczna jest dobra organizacja w skali regionu, dobrze wykształcony i doświadczony personel medyczny, ale i oddziały wyposażone w unikatowy, z reguły drogi sprzęt i szpitale o różnym poziomie działania przez całą dobę[10].

Wybrane przesłanki standardu wykonywania zawodu położnej

Jak wskazano wyżej, jedną z przesłanek standardu wykonywania zawodu położnej jest należyta staranność. Staranność, ostrożność stanowi typ norm właściwy wszystkim dziedzinom ludzkiego działania. Ich celem jest maksymalizacja szans na osiągnięcie pożądanych wyników przy minimalizowaniu ryzyka niekorzystnych następstw ubocznych. Zachowanie należytej staranności jest kluczowym elementem zasad ogólnej ostrożności i stanowi dla pacjenta gwarancję, że podjęte czynności są dla niego bezpieczne[11]. W zawodzie położnej[12] zasada ta obowiązuje wszystkie klasy czynności tworzone dla potrzeb praktyki[13]. Pomimo braku gotowego katalogu zasad ostrożnego postępowania wskazówek można się doszukać w obowiązujących przepisach prawa i orzecznictwie sądowym w zakresie prawa medycznego. Dodać także należy, że w sytuacji wystąpienia wątpliwości natury medycznej położna ma możliwość zwołania narady[14].

Kryteria określające poziom wymagań w zakresie należytej staranności podlegają gradacji, ale w każdym przypadku muszą one być obiektywne, a poziom wymagań musi wyznaczać stan aktualnej wiedzy medycznej obejmujący nie tylko działania pielęgnacyjne, ale i metody leczenia oraz wyposażenie medyczne warsztatu pracy położnej w placówkach ochrony zdrowia. W pracy położnej należyta staranność będzie się wiązała z posiadanymi uprawnieniami i fachowymi kwalifikacjami, określonymi ramami konkretnej specjalizacji lub kursu[15]. Należy podkreślić, że położna w czasie udzielania świadczeń opiekuńczo-pielęgnacyjnych nie powinna wykraczać poza posiadane uprawnienia. Wyłącznym uzasadnionym odstępstwem od tej zasady jest udzielanie pomocy doraźnej przez położną „z należytą starannością, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta i dbałością o jego bezpieczeństwo”[16].

---

[10] *Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia Polskiego Towarzystwa Neonatologicznego*, Warszawa 2019.

[11] D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 101.

[12] Art. 11 ust. 1 u.z.p.

[13] M. Boratyńska, *Miejsce standardów*…, s. 5.

[14] Art. 25 u.z.p.

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

[16] Art. 11 ust. 1 u.z.p.

Jak wspomniano wyżej, zawód położnej jest również „zawodem zaufania publicznego”[17], wobec czego podlega on regulacjom prawnym (autoregulacji, regulacji środowiska zawodowego i prawa publicznego), posiada też określone standardy postępowania i kodeks etyki[18], a od położnych świadczących usługi medyczne wymaga się wysokich kompetencji merytorycznych i etycznych gwarantujących prawidłowe wykonywanie czynności zawodowych przy ustawicznym podnoszeniu swoich kwalifikacji[19]. Przepisy prawa polskiego określają bardzo dokładnie wymogi wykonywania zawodu położnej. Prawo wykonywania zawodu położnej przyznaje właściwa okręgowa rada pielęgniarek i położnych[20] osobie, która ma obywatelstwo polskie lub obywatelstwo państwa członkowskiego Unii Europejskiej, posiada dyplom położnej, pełną zdolność do czynności prawnych, a przy tym stan zdrowia pozwalający na wykonywanie zawodu i wykazuje nienaganną postawę etyczną[21]. W tym miejscu trzeba podkreślić, że pieczę nad prawidłowym wykonywaniem tego zawodu sprawuje samorząd zawodowy (Naczelna Izba Pielęgniarek i Położnych) wyposażony w samodzielność i władzę administracyjną, którą z mocy prawa obejmuje wszystkie pielęgniarki i położne z dniem uzyskania prawa wykonywania zawodu. Zatem przygotowanie do wykonywania zawodu położnej „powinno odpowiadać kryteriom wysokiej jakości i wiarygodności kojarzonej z pojęciem zaufania publicznego”[22].

Standard wykonywania zawodu położnej w stanach nagłych w neonatologii

Kluczowe dla dalszych rozważań co do standardu wykonywania zawodu położnej w stanach nagłych w neonatologii jest wyjaśnienie pojęcia *stan nagłego zagrożenia zdrowotnego*. Należy zauważyć, że literalna definicja analizowanego pojęcia została ujęta w treści postanowień art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym. Zgodnie z nią stan nagły zagrożenia zdrowotnego to „stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenia ciała lub utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych medycznych czynności

[17] Art. 17 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

[18] J. Zajdel, *Meritum. Prawo medyczne*, Warszawa 2016, s. 24.

[19] Art. 61 ust. 1 u.z.p.

[20] Art. 41 ust. 1 u.z.p.

[21] Art. 28 u.z.p.

[22] Ż. Skrenty, *Standardy wykonywania zawodu lekarza jako zawodu zaufania publicznego – wybrane zagadnienia* [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, E. Sarnacka, M. Grassman, Warszawa 2019, s. 56.

ratunkowych i leczenia”[23]. W innych aktach prawnych można znaleźć inne bliskoznaczne wyrażenia, tj. *zagrożenie zdrowia lub życia*[24], *przypadek niecierpiący zwłoki*[25], *bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu*[26], które oznaczają stan nagłego zagrożenia zdrowia lub życia[27]. W związku z powyższym na gruncie ustawowych definicji przez stan nagłego zagrożenia zdrowotnego należy rozumieć stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu, uszkodzenie ciała lub utrata życia, wymagające podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych i leczenia[28]. Dlatego działanie w stanie nagłym będzie miało „charakter jednorazowy (nawet jeżeli składa się z szeregu czynności), nie zaś charakter ciągłej opieki medycznej z bliżej nieokreślonym terminem jej zakończenia”[29]. Wśród podmiotów zobowiązanych do udzielenia pomocy wymienia się lekarza, pielęgniarkę, położną[30], ratownika medycznego, podmiot leczniczy, świadczeniodawcę i każdego, kto może udzielić pomocy bez narażenia siebie lub innej osoby na niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu[31].

Przechodząc do analizy standardu wykonywania zawodu położnej w stanach nagłych w neonatologii, należy przywołać art. 7 ust. 1 u.p.p., który precyzuje, że „pacjent ma prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych ze względu na zagrożenie zdrowia lub życia”. W celu realizacji tego prawa pacjenta położna „podejmuje konieczne działania w sytuacjach nagłych, do czasu przybycia lekarza”[32], w tym natychmiastowej reanimacji[33], a jeżeli udzielana pomoc świadczona jest przez lekarza, art. 5 u.z.p. wyznacza położnej „realizację zleceń lekarskich w procesie diagnostyki, leczenia i rehabilitacji”[34], dodatkowo precyzuje zakres i charakter udzielania samodzielnej opieki pielęgniarskiej „w określonym zakresie świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych”[35]. Bezspornie prawem pacjenta – noworodka – jest zachowanie zdrowia i życia, a dopiero w dalszej kolejności ma on inne uprawnienia w procesie

[23] Dz.U. 2020, poz. 882 ze zm.

[24] Art. 7 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2020, poz. 849), dalej: u.p.p.

[25] Art. 30 u.z.l.

[26] Art. 162 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2020, poz. 1444 ze zm.), dalej: k.k.

[27] Por. G. Glanowski, *Definicje bezwzględnego obowiązku pomocy medycznej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, nr 1, s. 71–81.

[28] *Ibidem*, s. 75.

[29] Wyrok SN z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. IV CSK 343/14.

[30] Art. 12 ust. 1 u.z.p.

[31] G. Glanowski, *Definicje bezwzględnego obowiązku*…, s. 74.

[32] Art. 4 pkt 5 u.z.p.

[33] Art. 5 pkt 7 u.z.p.

[34] Art. 4 pkt 4, 5 u.z.p.

[35] Art. 4 pkt 4 u.z.p.

diagnostyczno-leczniczym. Oznacza to, że obowiązkiem położnej jest przede wszystkim ratowanie pacjenta, a następnie respektowanie innych jego praw (informowanie o wykonywanych czynnościach, wykonywanie czynności za zgodą pacjenta lub prawnego opiekuna). W innym przypadku informowanie pacjenta opóźniałoby podjęcie medycznych czynności ratunkowych. Wobec powyższego obowiązkiem położnej jest przede wszystkim dokonanie oceny, czy pacjent znalazł się w stanie nagłym, a po uzyskaniu przekonania w tym zakresie podjęcie adekwatnych do tego stanu czynności medycznych bez znaczenia, czy w tym czasie właśnie świadczy pomoc lekarską, opiekę pielęgniarską, czy przypadkowo stała się świadkiem sytuacji wymagającej jej natychmiastowej interwencji[36]. Należy więc zaznaczyć, że w oddziale neonatologii i oddziale intensywnej opieki neonatologicznej nawet jeżeli lekarz nie będzie specjalistą w zakresie neonatologii lub pediatrii, lekarzem prowadzącym lub dyżurnym, a pielęgniarka i położna specjalistą opieki neonatologicznej, po stwierdzeniu stanu nagłego ma obowiązek podjąć działania zmierzające do wyeliminowania zagrożenia zdrowia lub życia pacjenta[37].

Obowiązek ratowania życia pacjenta nie musi być poprzedzony uzyskaniem zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego. Zatem w sytuacji nagłej, co do której przedstawiciel ustawowy nie wyraził wcześniej swojej woli, położna ma obowiązek podjęcia wszystkich uznanych przez siebie za wskazane zabiegów, które mają na celu odwrócenie niebezpieczeństwa dla małoletniego pacjenta.

Katalog czynności wykonywanych samodzielnie przez położną obejmuje wszystkie sfery aktywności zawodowej, tj. czynności diagnozy, terapii, rehabilitacji i profilaktyki zdrowotnej, które może wykonywać bez zlecenia lekarza[38]. Ustawa oprócz samodzielnego charakteru profesji poszerzyła kompetencje położnej, zakres jej decyzyjności[39] i niezależności zawodowej co do wykonywanych czynności zawodowych. Swoboda w korzystaniu z przyjętych w środowisku zawodowym reguł i wytycznych dotyczących udzielania określonego rodzaju świadczeń zdrowotnych[40] samodzielnie i na zlecenie (pod nadzorem) lekarza dowodzi, że zakres działań, jakie położna może podejmować autonomicznie, jest szeroki i ciągle ulega systematycznemu poszerzaniu na gruncie kolejnych ustaw[41]. Należy również podkreślić, że usamodzielnienie zawodu położnej nie stoi w sprzeczności z faktem podporządkowania zawodu w określonym zakresie lekarzowi, który nadal odgrywa wiodącą rolę w procesie leczenia. Zakres czynności wykonywanych samodzielnie

[36] Art. 33 ust. 1 u.z.p.

[37] Art. 33 ust. 1 u.z.l.

[38] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 28 lutego 2017 r. w sprawie rodzaju w sprawie rodzaju i zakresu świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych udzielanych przez pielęgniarkę albo położną samodzielnie bez zlecenia lekarskiego (Dz.U. 2017, poz. 497).

[39] Art. 2 u.z.p.

[40] Art. 5 ust. 1 u.z.p.

[41] K. Bączyk-Rozwadowska, *Samodzielność zawodowa pielęgniarki, położnej i ratownika medycznego*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2018, t. XXII, s. 25–47.

przez położną obejmuje udzielanie świadczeń zdrowotnych (w tym czynności ratunkowych) i stosowanie – we wskazanych obszarach – produktów leczniczych (leków) i tzw. środków pomocniczych[42]. Położna ma także prawo samodzielnie orzekać o rodzaju i zakresie świadczeń opiekuńczo-pielęgnacyjnych wykonywanych na rzecz pacjenta niezdolnego do samodzielnej egzystencji i samoopieki[43].

Szeroki zakres kompetencji położnej nie uprawnia jej do wykonywania zleceń lekarskich bez wyraźnego polecenia na piśmie umożliwiającego identyfikację lekarza i pacjenta[44], z wyjątkiem zaistnienia przypadku nagłego, wiążącego się z zagrożeniem życia pacjenta. Położnej przysługuje również prawo do odmowy wykonania zlecenia lekarskiego[45] oraz wykonania innego świadczenia zdrowotnego niezgodnego z jej sumieniem lub z zakresem posiadanych kwalifikacji, z podaniem niezwłocznie przyczyny odmowy na piśmie przełożonemu lub osobie zlecającej[46].

Resuscytacja krążeniowo-oddechowa

Reanimacja (ożywienie) po zatrzymaniu krążenia lub oddychania ma na celu uzyskanie powrotu podstawowych czynności życiowych i funkcji mózgu. W związku z tym oznacza uzyskanie pełnego powrotu do zdrowia w wyniku stosowania szeroko pojętego leczenia, w tym także leczenia przyczynowego. Z kolei resuscytacja jest pojęciem węższym i obejmuje doraźne postępowanie wspomagające czynność danego narządu (oddychania lub krążenia) również w sytuacji, gdy nastąpiło osłabienie jego funkcji. A zatem resuscytacja dotyczy postępowania i zabiegów wykonywanych w sytuacjach nagłych, gdy brak czasu nie pozwala na bardziej szczegółową analizę przyczyn wystąpienia sytuacji zagrożenia życia (rycina 1).

Reanimacja natomiast obejmuje postępowanie resuscytacyjne oraz analizę przyczyn zatrzymania krążenia, ich zwalczanie, usuwanie skutków i ewentualnych powikłań podejmowanych zabiegów resuscytacyjnych. Zasadniczym celem reanimacji jest przywrócenie samoistnej akcji serca, oddychania i funkcji układu nerwowego. Oczywiście im bardziej kwalifikowana pomoc jest udzielana, tym bardziej skomplikowany sprzęt jest używany i tym bardziej rozszerzone są cele postępowania[47], aż do pełnej reanimacji całego ustroju.

[42] Załączniki nr 2, 3, 4, 5, 6 do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 28 lutego 2017 r. w sprawie rodzaju i zakresu świadczeń zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych i rehabilitacyjnych udzielanych przez pielęgniarkę albo położną samodzielnie bez zlecenia lekarskiego (Dz.U. 2017, poz. 497).

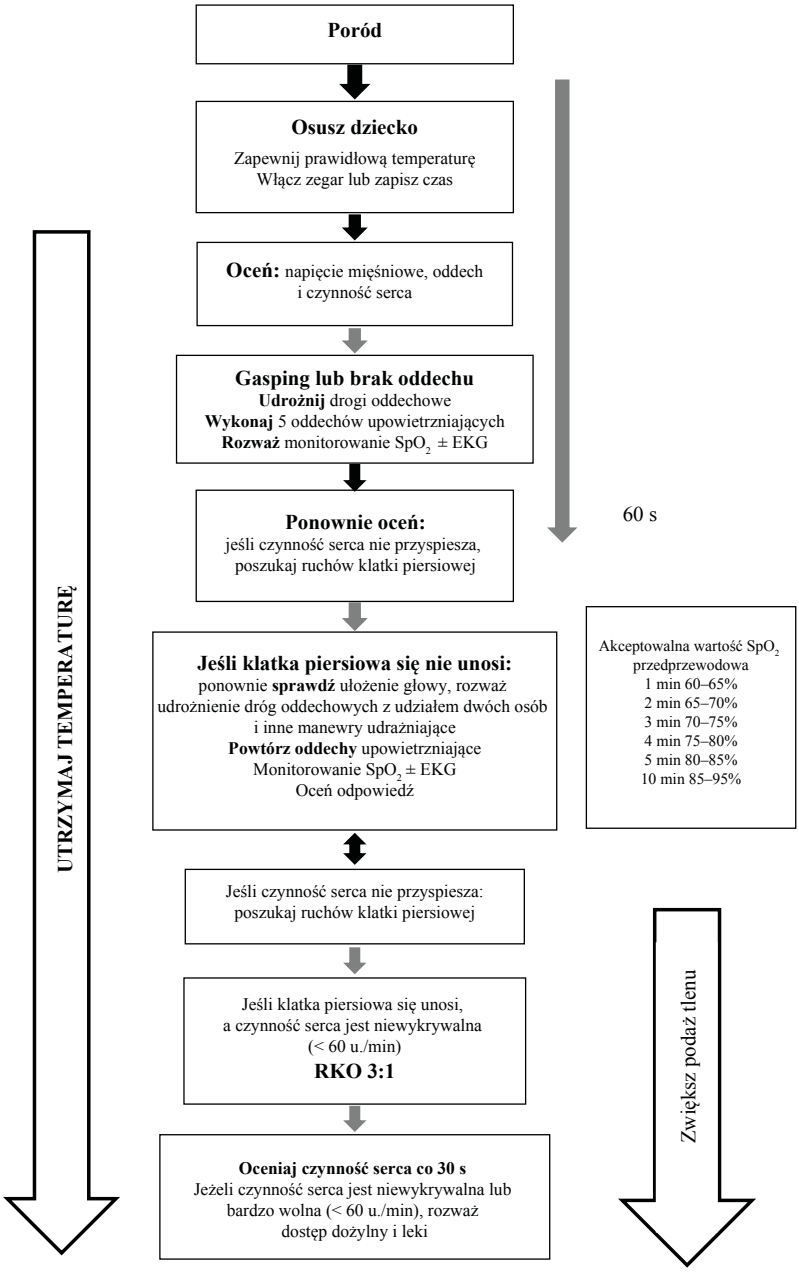
[43] Art. 15 ust. 4 u.z.p.

[44] Pkt II.2 Kodeksu etyki zawodowej pielęgniarki i położnej Rzeczypospolitej Polskiej, https://nipip.pl/prawo/samorzadowe/krajowy-zjazd-pielegniarek-i-poloznych/kodeks-etyki-zawodowej-pielegniarki-i-poloznej-rzeczypospolitej-polskiej/ (2.02.2021).

[45] Art. 12 u.z.p.

[46] *Ibidem*.

[47] U.z.p.



Rycina 1. Algorytm zabiegów resuscytacyjnych u noworodka[48]

[48] J. Wylliea, J. Bruinenberg, C.C. Roehr, M. Rüdiger, D. Trevisanuto, B. Urlesberger, *European Resuscitation Council Guidelines for Resuscitation 2015 Section 7. Resuscitation and support of transition of babies at birth*, „Resuscitation" 2015, no. 95, s. 249–263.

Wskazaniem do podjęcia postępowania reanimacyjnego jest występowanie nagłego zatrzymania krążenia i/lub oddychania, tj. sytuacja, gdy układ krążenia i/lub oddychania nagle jako pierwszy zaprzestaje swojej funkcji w ciągu zjawisk związanych ze śmiercią. W neonatologii, w przeciwieństwie do osób dorosłych, resuscytację po urodzeniu dziecka można z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć[49].

W resuscytacji neonatologicznej istnieją trzy podstawowe sytuacje kliniczne, w których może się okazać konieczne rozważenie decyzji o niepodejmowaniu resuscytacji po urodzeniu dziecka. Należą do nich: skrajne wcześniactwo, potwierdzone prenatalnie wady letalne i mnogie wady wrodzone związane z nieprawidłowym rokowaniem co do przeżycia i możliwością ciężkiego, nieodwracalnego uszkodzenia noworodka[50].

Noworodek urodzony na granicy przeżycia to tzw. skrajny wcześniak. Według wytycznych z 2010 r. dotyczących noworodków „nie zaleca się podejmowania resuscytacji, jeżeli wiek ciążowy (< 23 tygodnia ciąży), masa urodzeniowa (< 400 g) lub wady wrodzone wskazują na prawie pewne ryzyko zgonu lub nieakceptowanych powikłań w razie przeżycia dziecka". Rekomendacje światowe nie określają jednolitego stanowiska, od którego tygodnia życia płodowego nie należy podejmować resuscytacji. Granica ta waha się od 22. do 25. tygodnia ciąży[51]. Natomiast wszystkie autorytety środowiska medycznego zgadzają się co do tego, że podobnie jak podkreślają ostatnie wytyczne (2015 r.), „resuscytacja prawie zawsze jest wskazana, jeżeli szansa na przeżycie jest duża (> 25 tygodnia ciąży) przy akceptowalnym ryzyku powikłań"[52]. Dodatkowo rekomendacje podkreślają obowiązek indywidualnego podejścia do pacjenta i w podejmowaniu resuscytacji branie pod uwagę jego dojrzałości, szacowanej masy ciała, czynników pogarszających i poprawiających rokowanie przed urodzeniem i w okresie okołoporodowym.

Różnorodne jest także podejście w kwestii roli rodziców w podejmowaniu decyzji o resuscytacji, począwszy od wysłuchania ich stanowiska i opinii na ten temat do ostatecznych deklaracji i podpisania zgody. Według wytycznych resuscytacji z 2015 r. u dzieci na tzw. granicy przeżycia przy niepewnym rokowaniu i względnie dużym ryzyku powikłań obciążających dziecko należy uwzględnić opinie rodziców w zakresie podejmowania resuscytacji i ustalić w porozumieniu z nimi plan dalszego postępowania, w tym także przerwania resuscytacji i wsparcia krążeniowo-oddechowego.

Polskie rekomendacje Zespołu ds. Rekomendacji Etycznych w Perinatologii, powstałe na podstawie rozwiązań w różnych krajach europejskich, miały na celu

---

[49] E. Adamska, *Strategie resuscytacji* [w:] M. Rutkowska, E. Adamska, M. Reśko-Zachara, *Resuscytacja noworodka*, Bielsko-Biała 2016, s. 16–52.

[50] M. Rutkowska, *Niepodejmowanie resuscytacji, zaprzestanie resuscytacji* [w:] M. Rutkowska, E. Adamska, M. Reśko-Zachara *Resuscytacja noworodka*, s. 84–92.

[51] *Ibidem*, s. 84–92.

[52] *Resuscytacja i wsparcie okresu adaptacyjnego noworodków*, https://www.prc.krakow.pl/wyt2015/7_NLS.pdf (19.03.2021).

ułatwienie podejmowania odpowiedzialnych decyzji etycznych i medycznych. Wobec tego podjęte przez położną działanie musi być dostosowane do indywidualnego przypadku i zgodne z Kodeksem etyki[53]. Istotne z punktu prowadzonej analizy jest również odniesienie się do wrodzonych wad letalnych rozpoznanych prenatalnie. Do najczęściej zaliczanych wad należą trisomia 13.[54] i 18.[55] pary chromosomów. W przypadku potwierdzenia tych wad w okresie płodowym rodzice mają prawo wystąpić z prośbą o terminację ciąży z powodu „znacznego, nieodwracalnego uszkodzenia płodu". Tu zaznaczyć należy, że rodzice, którzy nie dokonali jej z powodu późno postawionej diagnozy lub osobistych przekonań, mają prawo prosić o niepodejmowanie działań resuscytacyjnych przy urodzeniu dziecka. Informacja ta powinna zostać odnotowana w dokumentacji medycznej pacjenta wraz z wynikiem kariotypu. Sytuacja taka znalazła swoje odzwierciedlenie w deklaracji weneckiej (1983 r.) Światowego Stowarzyszenia Medycznego o stanach terminalnych, która wskazuje na sytuację zmniejszenia cierpienia pacjenta i działanie w najlepszym jego interesie. Okoliczności te nie wykluczają ulgi w cierpieniu terminalnie chorego dziecka, a wstrzymanie leczenia nie zwalnia z obowiązku asystowania umierającemu i stosowania koniecznej farmakoterapii dla złagodzenia terminalnej fazy choroby. Deklaracja wskazuje też zasadność powstrzymania się od stosowania nadzwyczajnych środków niedających żadnych korzyści pacjentowi[56]. W tym przypadku niepodejmowanie działań resuscytacyjnych wskazuje ograniczanie działania do opieki paliatywnej z zachowaniem godności pacjenta. Dziecko umieszcza się w inkubatorze lub na prośbę rodziców pozostawia na ich rękach, zapewniając mu maksymalny komfort i zabezpieczenie przed utratą ciepła. W przypadku wystąpienia

[53] M. Rutkowska (Zespół ds. Rekomendacji Etycznych w Perinatologii), *Rekomendacje dotyczące postępowania z matką oraz noworodkiem urodzonym na granicy możliwości przeżycia z uwzględnieniem aspektów medycznych*, „Perinatol. Neonatol. Ginekol." 2012, s. 5–13.

[54] Zespół Pateau (trisomia 13. pary chromosomów) to zespół małych (twarzoczaszki, skóry, kończyn i jamy brzusznej) i dużych wad (ośrodkowego układu nerwowego, twarzoczaszki, serca i układu moczowo-płciowego). Rozpoznaje się przed lub po urodzeniu dziecka. Zaawansowany wiek matki stanowi czynnik ryzyka trisomii 13, jednak 20% przypadków zespołu Patau może wynikać z niezrównoważonej translokacji, rzadko mozaikowości. Rokowanie u pacjentów z zespołem Patau jest złe (przeżycia pacjentów żywo urodzonych wynoszą 7–10 dni, podczas gdy 90% tych dzieci nie przeżywa pierwszego roku). G.M. Williams, R. Brady, *Patau Syndrome*, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK538347/#article-26721.s2 (2.02.2021).

[55] Zespół Edwardsa (trisomia 18. pary chromosomów) to choroba genetyczna prowadząca do zespołu wad (twarzoczaszki, kończyn, klatki piersiowej, jamy brzusznej, miednicy/stawów biodrowych, narządów płciowych i skóry). Zespół ten jest drugim najczęstszym zespołem trisomii autosomalnej (po trisomii 21), a częstość występowania żywych urodzeń szacowana jest na 1/6000–1/8000. We wczesnym rozwoju zarodka częstość występowania trisomii 18 jest wyższa (1/2500–1/2600). Rozpowszechnienie trisomii 18 wzrasta wraz ze wzrostem wieku matki. Obecność poważnych wad rozwojowych w tym zespole jest powszechna, a najczęstsze są anomalie serca i nerek. Około 50% dzieci z trisomią 18 żyje dłużej niż tydzień, a 5–10% powyżej pierwszego roku życia. A. Cereda, J.C. Carey, *The trisomy 18 syndrome*, „Orphanet J Rare Dis." 2012, no. 7(81), https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3520824/ (2.02.2021).

[56] M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2013, s. 374–382.

duszności stosuje się bierną podaż tlenu, a w razie konieczności podejmuje się leczenie przeciwbólowe i sedacyjne.

Trzeba również zwrócić uwagę na mnogie wady wrodzone o niepewnym rokowaniu co do przeżycia i rozwoju. W przypadku mnogich wad wrodzonych rodzice są informowani o możliwościach diagnostycznych, leczniczych i rokowaniu co do przeżycia i rozwoju dziecka. Ważne jest w tej kwestii poznanie stanowiska rodziców w sprawie podjęcia lub niepodejmowania resuscytacji (o ile będzie konieczna) i systemowego leczenia. W celu wypracowania właściwej decyzji konieczna jest współpraca całego zespołu interdyscyplinarnego, ze szczególnym uwzględnieniem wymiany informacji i zastosowaniem zasady konsultacji. Ostateczne stanowisko zespołu medycznego, w tym także szpitalnej komisji etycznej, jest odnotowywane w Karcie konsylium prenatalnego[57]. W przypadku, gdy noworodek nie wymaga resuscytacji po urodzeniu, podejmuje się działania chirurgiczne, a decyzje co do jego dalszego leczenia konsultowane są w oddziale intensywnej terapii noworodka. Natomiast w sytuacji zgonu dziecka rodzicom proponuje się wykonanie badania autopsyjnego potwierdzającego rozpoznanie wady i wizytę w poradni genetycznej celem omówienia możliwości powtórzenia się podobnej wady w przyszłej ciąży wraz z zaplanowaniem jej prowadzenia.

Odnośnie do zgonu dziecka podczas resuscytacji należy zaznaczyć, że rodzice mają prawo do pełnej informacji o sytuacji zdrowotnej swojego dziecka, aby móc w sposób świadomy wyrazić swoje zdanie w zakresie dalszego postępowania medycznego. Porozumienie pomiędzy personelem medycznym i rodzicami ma kluczowe znaczenie dla rodziców, którzy powinni mieć poczucie, że uczyniono wszystko, co możliwe, dla dobra dziecka oraz że nie spoczywa na nich ostateczna odpowiedzialność za podejmowane decyzje. Według wytycznych z 2015 r. w przypadku prowadzenia ciągłych i prawidłowych zabiegów resuscytacyjnych może być uzasadnione ich przerwanie, jeśli u noworodka przez ponad 10 minut nie stwierdza się czynności serca. Wówczas lekarz, podejmując decyzję zaprzestania resuscytacji, powinien rozważyć prawdopodobną etiologię braku czynności serca, wiek ciążowy, potencjalną odwracalność sytuacji i preferencje rodziców. W takiej sytuacji istnieje konieczność wykonania badania autopsyjnego celem wyjaśnienia ewentualnej przyczyny braku odpowiedzi na prowadzoną resuscytację[58].

Wytyczne resuscytacji krążeniowo-oddechowej u noworodka mają kluczowe znaczenie w sytuacji globalnej pandemii związanej z COVID-19, chociaż do końca nie jest wyjaśnione, czy noworodki są potencjalnie zarażone, gdy u matki podejrzewa się lub potwierdza COVID-19. W tej sytuacji położna powinna być wyposażona w środki ochrony indywidualnej (ograniczającej kontakt z cząstkami wirusa unoszącymi się w powietrzu i przenoszonymi drogą kropelkową)[59].

---

[57] M. Rutkowska (Zespół ds. Rekomendacji Etycznych w Perinatologii), *Rekomendacje dotyczące postępowania*…, s. 5–13.

[58] M. Rutkowska, *Niepodejmowanie resuscytacji*…, s. 84–92.

[59] D.P. Edelson, C. Sasson, P.S. Chan, D.L. Atkins, K. Aziz, L.B. Becker, R.A. Berg, S.M. Bradley, S.C. Brooks, A. Cheng, M. Escobedo, G.E. Flores, S. Girotra, A. Hsu, B.D. Kamath-Rayne, H.C. Lee,

Podsumowanie

Należy stwierdzić, że wymagania dotyczące kwalifikacji zawodowych położnej wynikają ze zmieniającego się stanu prawnego. Regulacje prawne obejmują swoim zakresem prawa, obowiązki i kwalifikacje oraz zakres samodzielności zawodowej położnej[60]. Niezbędnym wymogiem wykonywania zawodu położnej jest posiadanie kwalifikacji zawodowych potwierdzonych dokumentem upoważniającym do używania tytułu położnej i prawa wykonywania zawodu. Tak więc położna to osoba o zdefiniowanych kwalifikacjach uwarunkowanych standardem kształcenia[61], potwierdzonych odpowiednimi dokumentami uprawniającymi do udzielania świadczeń pielęgnacyjnych, zapobiegawczych, diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych i promocji zdrowia w zakresie opieki nad kobietą, kobietą ciężarną, rodzącą, położnicą i noworodkiem.

O dużej dynamice i potrzebie rozwoju tego zawodu świadczy powołanie przez Ministra Zdrowia zespołu[62] i podzespołów merytorycznych[63] ds. opracowywania zmian w zakresie kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych, a w szczególności wypracowanie ścieżki rozwoju w obszarze praktyki zawodowej, tzw. ścieżki klinicznej w ciągle zmieniającym się systemie opieki zdrowotnej.

Nie należy jednak zapominać, że w pracy położnej podstawą bezpieczeństwa wykonywanych działań, obok staranności, dokładności i sumienności, jest znajomość zagadnień związanych z wykonywaniem zawodu, a w szczególności zakresu obowiązków, odpowiedzialności i uprawnień zawodowych położnej. Wprawdzie w toku nauki i szkolenia zawodowego położna nabywa prawo do wykonywania czynności medycznych – samodzielnie lub na zlecenie lekarza, ale to dopiero wiedza o posiadanych kwalifikacjach, a w dalszej kolejności uprawnienia do wykonywania ściśle określonych czynności stanowią podstawę podejmowanych przez nią decyzji o wykonaniu zadań. Trzeba tutaj zwrócić szczególną uwagę na częstą sytuację związaną z posiadanymi przez położną umiejętnościami manualnymi i technicznymi, które nie zawsze łączą się z uprawnieniami, jakie posiada, a jeżeli zdecyduje się

R.E. Lehotsky, M.E. Mancini, R.M. Merchant, V.M. Nadkarni, A.R. Panchal, M.A.R. Peberdy, T.T. Raymond, B. Walsh, D.S. Wang, C.M. Zelop, A.A. Topjian, *American Heart Association ECC Interim COVID Guidance Authors. Interim Guidance for Basic and Advanced Life Support in Adults, Children, and Neonates with Suspected or Confirmed COVID-19: From the Emergency Cardiovascular Care Committee and Get with the Guidelines-Resuscitation Adult and Pediatric Task Forces of the American Heart Association*, „Circulation" 2020, no. 141(25), s. e933–e943.

[60] U.z.p.

[61] Rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 lipca 2019 r. w sprawie standardów kształcenia przygotowującego do wykonywania zawodu lekarza, lekarza dentysty, farmaceuty, pielęgniarki, położnej, diagnosty laboratoryjnego, fizjoterapeuty i ratownika medycznego (Dz.U. 2019, poz. 1573 ze zm.).

[62] Zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 lutego 2020 r. w sprawie powołania Podzespołów merytorycznych do spraw opracowania zmian w zakresie kształcenia podyplomowego pielęgniarek i położnych (Dz.U. MZ 2020, poz. 10).

[63] *Ibidem*.

ona na wykonanie takich czynności, nie posiadając do tego kwalifikacji, przyczyni się do wystąpienia błędu, za który będzie ponosić odpowiedzialność[64]. Dlatego w tym celu powstał standard zawodu położnej, który jest powiązany z kodeksem etyki zawodowej i przepisami u.p.p., a w szczególności informowaniem pacjenta o jego prawach, udzielaniem pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu informacji o stanie zdrowia pacjenta, zachowaniem tajemnicy zawodowej i prowadzeniem dokumentacji medycznej. Zasady normujące moralną stronę postępowania położnej ujęte w ramy kodeksu etyki zawodowej niewątpliwie zobowiązują ją do przestrzegania praw pacjenta i dbania o godność zawodu.

W praktyce zawodowej położnej ustalenie błędu w konkretnej sytuacji będzie wymagało uwzględnienia całokształtu zaistniałych okoliczności w chwili podejmowania czynności leczniczo-diagnostycznych oraz sprecyzowania, czy były one zgodne z wymaganiami aktualnej wiedzy, nauki medycznej i powszechnie przyjętymi zasadami etyki zawodowej. Tylko w tym przypadku świadomość istniejącego ryzyka, uczenie się na błędach i wyciąganie z nich właściwych wniosków będzie doskonaliło umiejętności położnej i zapewniało wykonywanie czynności zgodnie z wytycznymi określonymi w standardach praktyki zawodowej. Ponadto wpłynie to na rozwój osobisty zdolności i nabycie biegłości w rozwiązywaniu problemów, a z punktu widzenia pacjenta – zapewni mu bezpieczeństwo podczas opieki. W praktyce zawodowej położnej zdarza się konieczność podejmowania trudnych decyzji, konfrontowania swoich umiejętności ze złożonymi problemami, a czasami świadome naruszanie prawa w imię dobra pacjenta[65].

Reasumując, przeprowadzona w niniejszym opracowaniu analiza aktów prawnych i literatury wskazuje wagę odpowiedzialności, przed jaką staje położna, wykonując swoje zadania zawodowe. W tym miejscu należy szczególnie mocno podkreślić, że osoby wybierające zawód położnej muszą mieć świadomość konsekwencji prawnych i moralnych swoich decyzji, gdyż zdrowie i życie pacjenta zależy od rzetelnej i odpowiedzialnej pracy wykonywanej z należytą starannością, aktualną wiedzą medyczną, dostępnymi metodami i środkami oraz według zasad etyki zawodowej tej profesji.

Bibliografia

Adamska E., *Strategie resuscytacji* [w:] M. Rutkowska, E. Adamska, M. Reśko-Zachara, *Resuscytacja noworodka*, Bielsko-Biała 2016.

Bączyk-Rozwadowska K., *Samodzielność zawodowa pielęgniarki, położnej i ratownika medycznego*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2018, t. XXII.

[64] S. Marczewska, Z. Kopański, *Błąd medyczny związany z wykonywaniem zawodu pielęgniarki*, „Journal of Public Health, Nursing And Medical Rescue" 2012, nr 4, s. 14–21.

[65] S. Marczewska, Z. Kopański, *Błąd medyczny związany z wykonywaniem zawodu pielęgniarki. Zadośćuczynienie i odszkodowanie za błędy medyczne oraz odpowiedzialność cywilna podmiotów leczniczych w Polsce*, „Studia Oeconomica Posnaniensia" 2015, nr 12, s. 14–21.

Boratyńska M., *Miejsce standardów lekarskich w systemie prawa medycznego – teoria i praktyka* [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, E. Sarnacka, M. Grassman, Warszawa 2019.
Dercz M., Rek T., *Ustawa o działalności leczniczej. Komentarz*, Warszawa 2019.
Edelson D.P., Sasson C., Chan P.S., Atkins D.L., Aziz K., Becker L.B., Berg R.A., Bradley S.M., Brooks S.C., Cheng A., Escobedo M., Flores G.E., Girotra S., Hsu A., Kamath-Rayne B.D., Lee H.C., Lehotsky R.E., Mancini M.E., Merchant R.M., Nadkarni V.M., Panchal A.R., Peberdy M.A.R., Raymond T.T., Walsh B., Wang D.S., Zelop C.M., Topjian A.A., *American Heart Association ECC Interim COVID Guidance Authors. Interim Guidance for Basic and Advanced Life Support in Adults, Children, and Neonates with Suspected or Confirmed COVID-19: From the Emergency Cardiovascular Care Committee and Get with the Guidelines-Resuscitation Adult and Pediatric Task Forces of the American Heart Association*, „Circulation" 2020, no. 141(25).
Fiutak A., *Pielęgniarka i położna* [w:] *System Prawa Medycznego*, t. I: *Pojęcie, źródła i zakres prawa medycznego*, red. E. Zielińska, R. Kubiak, L. Kubicki, Warszawa 2018.
Glanowski G., *Definicje bezwzględnego obowiązku pomocy medycznej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2013, nr 1.
Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*, Warszawa 2012.
Marczewska S., Kopański Z., *Błąd medyczny związany z wykonywaniem zawodu pielęgniarki*, „Journal of Public Health, Nursing and Medical Rescue" 2012, nr 4.
Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2013.
Rutkowska M., *Niepodejmowanie resuscytacji, zaprzestanie resuscytacji* [w:] M. Rutkowska, E. Adamska, M. Reśko-Zachara,*Resuscytacja noworodka*, Bielsko-Biała 2016.
Rutkowska M. (Zespół ds. Rekomendacji Etycznych w Perinatologii), *Rekomendacje dotyczące postępowania z matką oraz noworodkiem urodzonym na granicy możliwości przeżycia z uwzględnieniem aspektów medycznych*, „Perinatol. Neonatol. Ginekol." 2012.
Sadowska M., Lis W., *Ustawa o zawodach pielęgniarki i położnej. Komentarz*, Warszawa 2019.
Skrenty Ż., *Standardy wykonywania zawodu lekarza jako zawodu zaufania publicznego – wybrane zagadnienia* [w:] *Standard wykonywania zawodów medycznych*, red. A. Górski, E. Sarnacka, M. Grassman, Warszawa 2019.
Standardy opieki medycznej nad noworodkiem w Polsce. Zalecenia Polskiego Towarzystwa Neonatologicznego, Warszawa 2019.
Wieczorek E., *Odpowiedzialność cywilnoprawna względem pacjenta za błąd w sztuce medycznej* [w:] *Choroby XXI wieku – wyzwania w pracy fizjoterapeuty*, red. M. Podgórska, Gdańsk 2017.
Wylliea J., Bruinenberg J., Roehr C.C., Rüdiger M., Trevisanuto D., Urlesberger B., *European Resuscitation Council Guidelines for Resuscitation 2015 Section 7. Resuscitation and support of transition of babies at birth*, „Resuscitation" 2015, no. 95.
Zajdel J., *Meritum. Prawo medyczne*, Warszawa 2016.

Streszczenie

Celem artykułu było przeprowadzenie analizy i oceny standardu wykonywania zawodu położnej w aspekcie zaistnienia „stanu nagłego" w opiece neonatologicznej. Ze względu na formalnoprawny charakter opracowania podstawową metodą badawczą była metoda dogmatyczna. Artykuł zawiera rozważania co do standardu wykonywania zawodu położnej w stanach nagłych w neonatologii w odniesieniu do aktów prawnych oraz wytycznych co do postępowania położnej w opiece neonatologicznej. W podsumowaniu podkreślono znaczenie standardu w pracy położnej, odnosząc się do zdrowia i życia pacjenta, które są jednymi z podstawowych wartości człowieka.

Słowa kluczowe: położna, stan nagły, opieka neonatologiczna, prawo

STANDARD FOR THE PROFESSION OF A MIDWIFE IN NEONATAL EMERGENCY – ASSESSMENT OF THE CURRENT LEGAL STATUS

Summary

The aim of the paper was to analyse and evaluate the standard of practicing the profession of a midwife in terms of emergency in neonatal care. Due to the formal and legal nature of the work, the dogmatic method was the basic research method. The article contains considerations on the standard of performing the profession of midwife in neonatal emergency in relation to legal acts and guidelines for the conduct of a midwife in neonatal care.

Concluding, the importance of the standard in midwife's work was emphasized, referring to the health and life of a patient, which are one of the fundamental human values.

Keywords: midwife, emergency state, neonatal care, law

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.9

Maria Jędrzejczak

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID: 0000-0002-9384-7096

WSPÓŁPRACA Z OBYWATELAMI PODCZAS WYDAWANIA AKTÓW LEGISLACJI ADMINISTRACYJNEJ – PERSPEKTYWA POLSKA I UNIJNA

Wprowadzenie

Na przestrzeni ostatnich lat można zaobserwować wzrost znaczenia szeroko rozumianej współpracy administracji publicznej nie tylko z podmiotami usytuowanymi wewnątrz jej struktur, ale także na zewnątrz, w tym z obywatelami.

Charakterystyczne dla systemów demokratycznych jest włączanie podmiotów będących adresatami aktów normatywnych w proces ich stanowienia oraz umożliwienie współudziału w innych istotnych decyzjach publicznych. W Polsce istnieje szereg narzędzi instytucjonalnych służących współudziałowi obywateli w procesach decyzyjnych dotyczących sfery życia publicznego. Większość z nich służy komentowaniu projektów prawa, negocjowaniu poszczególnych rozwiązań, ale również legitymizacji przyjmowanych przepisów. Wymienionym celom służą m.in. konsultacje społeczne, petycje, wysłuchanie publiczne, dialog społeczny, obywatelska inicjatywa ustawodawcza, referendum, ale także – według niektórych autorów – nawet działalność lobbingowa[1].

W niniejszym opracowaniu uwagę skupiono na jednej z form partycypacji publicznej, jaką są konsultacje społeczne. Podstawową ich cechą jest to, że angażują grupy obywateli rzeczywiście zainteresowanych daną tematyką, są też nieskomplikowane formalnie i mają powszechny charakter. Ze względu na powyższe są one stosunkowo często wykorzystywane przez władzę publiczną i mogą dawać obywatelom w nich uczestniczącym rzeczywiste poczucie współdecydowania, także w procesie tworzenia prawa podustawowego.

Konsultacje społeczne stanowią przejaw partycypacji rozumianej jako udział obywateli w zarządzaniu sprawami społeczności, której są członkami. W doktrynie

[1] G. Makowski, *Przegląd prawno-instytucjonalnych ram konsultacji społecznych na poziomie samorządu terytorialnego* [w:] *Prawo a partycypacja publiczna. Bilans monitoringu 2012*, red. P. Sobiesiak-Penszko, Warszawa 2013, s. 24.

prawa administracyjnego partycypację definiuje się jako zjawisko polegające na możliwości uczestniczenia danej społeczności (np. gminy, powiatu, województwa czy państwa) w identyfikacji i rozwiązywaniu wspólnych potrzeb[2]. Pod tym pojęciem należy rozumieć wszystkie przejawy organizowania się ludzi zmierzające do osiągnięcia wspólnych celów, jak i włączanie się obywateli w proces realizacji zadań publicznych[3]. Konsultacje społeczne dotyczące aktów legislacji administracyjnej z pewnością są jednym z przejawów włączania się ludności w proces realizacji zadań publicznych, a dokładniej proces prawotwórczy aktów podustawowych.

Bezpośredni udział obywateli w realizacji zadań publicznych jest silnie akcentowany również w Unii Europejskiej. Partycypacja jest jedną z pięciu podstawowych zasad dobrego rządzenia zawartych w *European Governance. A White Paper*[4] (obok otwartości, odpowiedzialności, efektywności i spójności) oraz stanowi jedno z kryteriów *good governance* zarówno na poziomie europejskim, jak i państw członkowskich[5]. Z kolei w art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[6] ustanowiono, że „każdy obywatel ma prawo (…) uczestniczenia w kierowaniu sprawami publicznymi bezpośrednio lub za pośrednictwem swobodnie wybranych przedstawicieli". Odniesienie do możliwości bezpośredniego udziału obywateli w administrowaniu znalazło się też w preambule Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego, gdzie wskazano, że „prawo obywateli do uczestnictwa w kierowaniu sprawami publicznymi (…) może być realizowane w sposób najbardziej bezpośredni".

Unia Europejska, a wraz z nią także państwa członkowskie przywiązują coraz większą wagę do udziału obywateli w pracach organów administracji publicznej. W ostatnich kilkunastu latach, od momentu przystąpienia Polski do Unii, obserwowana jest tendencja do włączania członków społeczności lokalnych w aktywne uczestnictwo w życiu publicznym. Rozwiązywanie współczesnych problemów wymaga podejmowania wspólnych i skoncentrowanych wysiłków administracji publicznej i partnerów społecznych, a przede wszystkim wysiłków zmierzających

[2] K. Ostaszewski, *Partycypacja społeczna w procesie podejmowania rozstrzygnięć w administracji publicznej*, Lublin 2013, s. 9.

[3] D.R. Kijowski, *Partycypacja obywatelska w samorządowych procesach decyzyjnych – zagadnienia ogólne*, „Samorząd Terytorialny" 2010, nr 1–2, s. 9.

[4] *European Governance. A White Paper* z 25 lipca 2001 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_10 (20.06.2021), s. 6.

[5] Należy dodać, że również w państwach spoza obszaru europejskiego partycypacja społeczna stanowi ważny element rządzenia. Agencja Stanów Zjednoczonych na rzecz Rozwoju Międzynarodowego (United States Agency for International Development) definiuje *governance* jako zdolność rządu do efektywnego, wydajnego (tj. oszczędnego) i rozliczalnego procesu zarządzania politykami publicznymi, który jest otwarty na partycypację obywateli i zmierza do wzmocnienia systemu demokratycznego. Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, *Koncepcja good governance – refleksje do dyskusji*, Warszawa 2008, s. 6.

[6] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977, nr 38, poz. 167).

do pełnego zidentyfikowania i zrozumienia pojawiających się nowych potrzeb społecznych.

Polska administracja publiczna czerpie wzory i standardy z Unii Europejskiej oraz krajów zachodniej Europy, w których demokracja partycypacyjna najlepiej się rozwinęła. Z tego względu w niniejszym opracowaniu polskie regulacje prawne dotyczące konsultacji społecznych w procesie wydawania aktów legislacji administracyjnej zostaną porównane ze standardami przyjętymi na szczeblu unijnym, a w szczególności w modelu kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej (dalej: model k.p.a. UE)[7], który w zamyśle ma stanowić pierwowzór ogólnego rozporządzenia w sprawie procedury administracyjnej Unii[8]. W modelu tym wskazano standardy prawidłowego funkcjonowania administracji publicznej, które stanowią kompilację standardów stosowanych w poszczególnych państwach członkowskich. Z tego względu zostanie mu poświęcona szersza uwaga.

Konsultacje społeczne w polskim systemie prawnym

W polskim porządku prawnym konsultacje społeczne w procesie prawotwórczym stanowią najbardziej rozpowszechnioną formę komunikacji pomiędzy decydentami a społeczeństwem, mimo że nie są poddane bezpośredniej regulacji konstytucyjnej. Pośrednio nawiązuje do nich ujęte w preambule Konstytucji RP sformułowanie o „dialogu społecznym" jako jednym z fundamentów, na których oparte są prawa podstawowe Rzeczypospolitej Polskiej[9].

Istota konsultacji społecznych sprowadza się do pozyskiwania opinii, stanowisk oraz propozycji w sprawach, które pośrednio lub bezpośrednio odnoszą się do podmiotów usytuowanych poza systemem organów władzy publicznej i występujących wobec nich w charakterze partnerów społecznych[10]. Konsultacje społeczne są zatem procesem, w trakcie którego przedstawiciele organów władzy publicznej przedstawiają obywatelom i innym zainteresowanym podmiotom projekty planowanych przedsięwzięć, których skutki mogą ich dotyczyć, w celu uzyskania opinii

[7] Polska wersja: *ReNEUAL. Model kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej*, red. M. Wierzbowski, H.C.H. Hofmann, J.P. Schneider, J. Ziller, Warszawa 2015.

[8] Szerzej na ten temat: M. Jędrzejczak, *Proces stanowienia aktów legislacji administracyjnej – perspektywa polska i unijna* [w:] *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, red. J. Supernat, B. Kowalczyk, Warszawa 2017, s. 197 i n.

[9] „Ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu wolności i sprawiedliwości, współdziałaniu władz, dialogu społecznym". Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

[10] S. Patyra, *Konsultacje społeczne w procesie przygotowywania rządowych projektów ustaw – zarys problemu*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2014, nr 22, s. 499; C. Kosikowski, *Zasięganie opinii i korzystanie z ekspertyz oraz przeprowadzanie konsultacji społecznych i dokonywanie uzgodnień w procesie tworzenia prawa i jego kontroli – rzeczywistość czy fikcja?*, „Przegląd Legislacyjny" 2006, nr 1, s. 108.

służącej optymalizacji projektu planowanego przedsięwzięcia (włącznie z jego zaniechaniem)[11].

Konsultacje – niezależnie od ich przedmiotu, czasu trwania czy liczby osób biorących w nich udział – powinny obejmować kilka niezbędnych etapów. Wśród nich wskazuje się:

– prezentację projektu określonego przedsięwzięcia, np. aktu prawnego,
– prezentację opinii, uwag, stanowisk itp. do projektu,
– wymianę opinii między stronami konsultacji,
– poinformowanie przez przedstawicieli władzy publicznej o podjętej decyzji m.in. w drodze przedstawienia uwzględnionych i nieuwzględnionych opinii, uwag i stanowisk itp. wraz uzasadnieniem ich przyjęcia bądź odrzucenia[12].

Co istotne, stanowisko obywateli wyrażone podczas konsultacji społecznych z założenia ma charakter niewiążący. Konsultacje mają charakter wyłącznie opiniodawczy, mając na celu zbadanie poglądów danej grupy społecznej. Organy administracji publicznej nie są bezpośrednio związane wynikami konsultacji społecznych, ale można w tym przypadku mówić o pośrednim związaniu opartym na szeroko pojętej odpowiedzialności za działania podejmowane w ramach piastowanego stanowiska. Jednak wyniki konsultacji mogą (i powinny) mieć wpływ na ostateczne rozwiązania przyjęte w ramach aktu podustawowego[13]. Uwzględnienie zdania obywateli powinno być szczególnie istotne dla piastunów organów pochodzących z wyborów powszechnych, których ponowny wybór jest bezpośrednio uzależniony od poziomu zadowolenia obywateli z ich dotychczasowej działalności.

Konsultacje społeczne mogą być prowadzone obligatoryjnie albo fakultatywnie. Obligatoryjne konsultacje są prowadzone we wszystkich przypadkach, gdy wprost przewiduje to ustawodawca[14]. Natomiast potrzeba prowadzenia konsultacji z obywatelami w sytuacji, gdy ustawodawca nie wprowadził takiego obowiązku, wynika w głównej mierze ze stanu kultury politycznej, z dobrego obyczaju i woli władz publicznych, by je przeprowadzać[15]. Można wskazać kilka przesłanek przemawiających za przeprowadzaniem konsultacji społecznych, nawet gdy ustawodawca pozostawił tę kwestię uznaniu organu administracji publicznej. W wymiarze praktycznym należy podkreślić, że władza publiczna nie zawsze dysponuje wszystkimi informacjami niezbędnymi do podjęcia rozwiązań adekwatnych do oczekiwań

[11] Z. Zychowicz, *Konsultacje społeczne w samorządzie*, Szczecin 2014, s. 23.

[12] *Ibidem*.

[13] „Trudno uznać konsultacje z mieszkańcami za wymóg jedynie proceduralny. Oznaczałoby to bowiem traktowanie tych konsultacji w sposób skrajnie formalistyczny, tzn. tak, jakby ich wynik nie miał żadnego znaczenia. Znosiłoby to ich polityczną, a co za tym idzie i – odpowiednio – prawną doniosłość". Zob. wyrok TK z dnia 4 listopada 2003 r., sygn. K 1/03, Dz.U. 2003, nr 194, poz. 1907.

[14] Przykładowo obligatoryjne konsultacje są prowadzone przed wydaniem rozporządzenia w sprawie zmian terytorialnych granic gmin. Zob. art. 4a ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2020, poz. 713 ze zm.), dalej: u.s.g.

[15] Z. Zychowicz, *Konsultacje społeczne*…, s. 9.

mieszkańców. Rozwiązywanie skomplikowanych problemów społecznych wymaga współpracy z nimi. Zasadniczo adresaci aktów wiedzą lepiej, jakie rozstrzygnięcie jest dla nich korzystniejsze, a zadaniem organów administracji publicznej jest uwzględnienie słusznych interesów obywateli, dopóki nie naruszają one interesu publicznego. Ponadto konsultacje społeczne niewątpliwie czynią proces prawotwórczy oraz jego rezultaty bardziej zrozumiałymi dla społeczeństwa.

W wymiarze aksjologicznym aktywne uczestnictwo obywateli w procesie przygotowywania aktów normatywnych wpisuje się w filozofię budowania „kultury zaufania" w stosunkach pomiędzy państwem i obywatelami, co stanowi niezbędny warunek rzeczywistego funkcjonowania społeczeństwa obywatelskiego. Nie sposób również nie zauważyć, że włączanie podmiotów społecznych w proces tworzenia prawa zdecydowanie poszerza zakres transparentności procesu legislacyjnego, jednocześnie realizując założenia zasady pewności prawa i pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa[16].

W Polsce praktyka funkcjonowania konsultacji społecznych nie jest zadowalająca. Wśród przyczyn tego stanu rzeczy wymienia się m.in. obojętność, a nawet niechęć obywateli do partycypowania w administrowaniu, która przekłada się na niską frekwencję podczas konsultacji społecznych, która w niektórych gminach nie przekracza nawet 1% wyborców[17]. Z badania przeprowadzonego przez Centrum Badania Opinii Społecznej w 2018 r. wynika, że aż 38% badanych zadeklarowało brak poczucia wpływu na sprawy zarówno krajowe, jak i lokalne[18]. Powyższe wskazuje na potrzebę poszukiwania przez administrację publiczną nowych rozwiązań w tym zakresie.

Standardy dotyczące prowadzenia konsultacji społecznych na szczeblu unijnym

Dokumentem, który zapoczątkował prace nad udoskonalaniem procesu tworzenia prawa europejskiego jest tzw. raport Mandelkerna[19]. Składa się on z trzech obszernych części liczących łącznie 91 stron. Najistotniejsza w tym dokumencie jest część druga – polecane praktyki w zakresie dobrej legislacji.

---

[16] S. Patyra, *Konsultacje społeczne*…, s. 498–499.

[17] Z. Zychowicz, *Konsultacje społeczne*…, s. 10.

[18] Zob. wyniki zaprezentowane przez: A. Gendźwiłł, M. Żerkowska-Balas, *Polacy o samorządach. Opinia publiczna u progu samorządowej kampanii wyborczej*, Warszawa 2018, s. 12. Nie powinny być one odbierane jako zaskakujące, gdy ma się na względzie analizę niektórych przypadków nieuwzględnienia jednoznacznych rezultatów konsultacji społecznych. Przykładowo podczas konsultacji dotyczących powiększenia granic miasta Opole 99,7% mieszkańców gminy Dobrzeń Wielki (której część miała być wcielona do Opola) opowiedziało się przeciwko takiemu rozwiązaniu (przy udziale 62% osób uprawnionych do głosowania). Podobne wyniki uzyskano także w pozostałych gminach, których terytorium miało zostać uszczuplone. Pomimo jednoznacznie przeciwnego stanowiska mieszkańców gmin zmianę terytorialną przeprowadzono.

[19] Mandelkern Group on Better Regulation. Final Report z 13 listopada 2001 r., https://www.smartreg.pe/reportes/Mandelkern%20Report%20on%20Better%20Regulation%202001.pdf (20.06.2021).

W raporcie Mandelkerna znalazły się pewne ogólne wskazania, którymi prawodawcy krajowi powinni się kierować podczas tworzenia aktów normatywnych. Dotyczą one m.in. prowadzenia oceny skutków regulacji (*Regulatory Impact Assessment*)[20], która ma służyć rzeczywistej kontroli projektów aktów normatywnych. Wskazuje się na konieczność wprowadzenia obowiązku szerokiej oceny zalet i wad projektowanej regulacji przez podmiot wydający ten akt we współpracy z podmiotami zewnętrznymi: grupami interesu, przedstawicielami biznesu oraz przedstawicielami społeczeństwa obywatelskiego zorganizowanymi w organizacjach pozarządowych.

W raporcie znalazło się także zalecenie prowadzenia konsultacji (*consultation*) przez prawodawcę ze stronami, których projektowana regulacja będzie dotyczyć. Podkreślono, że tego wymaga demokratycznie prowadzony proces legislacyjny[21]. Zalecono również uproszczenie (*simplification*) języka prawnego, który jest skomplikowany i uciążliwy, podważając tym samym wartość aktów normatywnych dla przeciętnych obywateli jako odbiorców tych uregulowań, a także konsultujących treść tych aktów[22].

Ramowe rekomendacje w zakresie standardów i norm, jakie powinny być spełnione podczas konsultacji społecznych, zostały opisane w zestawie minimalnych standardów konsultacji przygotowanym w jednym z komunikatów Komisji Europejskiej[23]. Są nimi:

- jasna treść procesu konsultacji – wszystkie komunikaty związane z konsultacjami powinny być jasne i zwięzłe oraz zawierać niezbędne informacje ułatwiające udzielanie odpowiedzi,
- objęcie konsultacjami wszystkich grup docelowych – określając te grupy, należy zapewnić odpowiednim stronom możliwość wyrażenia swoich opinii,
- upowszechnienie konsultacji – należy zapewnić odpowiednią reklamę i dostosować środki komunikacji do celów konsultacji i potrzeb wszystkich docelowych odbiorców; nie wykluczając innych narzędzi komunikacji, otwarte konsultacje społeczne powinny być publikowane w internecie i ogłaszane w „pojedynczym punkcie dostępu" (*single access point*),
- ograniczenia czasowe uczestnictwa – pozostawienie wystarczającego czasu na uczestnictwo w konsultacjach; powinno się dążyć do zapewnienia co najmniej 8 tygodni na otrzymanie odpowiedzi na pisemne konsultacje publiczne i 20 dni roboczych na spotkania,
- potwierdzanie otrzymania odpowiedzi oraz informacje zwrotne – publikacja raportu opisującego wyniki konsultacji i sposób wykorzystania ich w trakcie dokonywania oceny skutków regulacji.

[20] *Ibidem*, s. 19 i n.

[21] *Ibidem*, s. 26.

[22] *Ibidem*, s. 32.

[23] European Commission, Towards a reinforced culture of consultation and dialogue – General principles and minimum standards for consultation of interested parties by the Commission, COM (2002) 704 final, Brussels, https://ec.europa.eu/governance/docs/comm_standards_en.pdf (20.06.2021), s. 19–22.

Następnym w kolejności chronologicznej dokumentem wydanym na poziomie unijnym, który odnosi się do kwestii prowadzenia konsultacji społecznych, jest komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie sprawności regulacyjnej Unii Europejskiej[24]. W większości powiela on założenia zawarte w raporcie Mandelkerna. W odniesieniu do konsultacji społecznych ułatwiono zainteresowanym podmiotom wyrażanie opinii poprzez przedłużenie minimalnego okresu konsultacji społecznych z wcześniej wskazanych 8 tygodni do 12[25].

Wskazane wyżej dokumenty stanowią jedynie pewne ogólne standardy, które należy uwzględniać, przeprowadzając konsultacje społeczne. Brak szczegółowości tych dokumentów może być jednocześnie postrzegany jako zaleta, gdyż ułatwia ich wdrożenie do zróżnicowanych porządków prawnych państw członkowskich.

Konsultacje społeczne podczas stanowienia aktów legislacji administracyjnej w modelu k.p.a. UE

Najbardziej szczegółowe, a zarazem najnowsze zalecenia w zakresie prowadzenia konsultacji społecznych są zawarte w modelu k.p.a. UE. Zgodnie ze standardami przedstawionymi w tym modelu wydanie aktu podustawowego powinno być każdorazowo poprzedzone przeprowadzeniem konsultacji społecznych[26]. Organy administracyjne powinny podejmować wszystkie decyzje dotyczące wydawania planowanych regulacji oraz ich kształtu z udziałem społeczeństwa.

W księdze drugiej modelu k.p.a. UE zostały ustanowione trzy etapy poprzedzające wydanie przez organ administracji publicznej aktu legislacji administracyjnej. Należą do nich: ogłoszenie projektu aktu wraz z memorandum wyjaśniającym, przeprowadzenie konsultacji społecznych oraz przygotowanie raportu zawierającego uzasadnienie z przeprowadzonych konsultacji.

---

[24] Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – sprawność regulacyjna UE z 12 grudnia 2012 r., COM (2012) 0746 *final*, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52012DC0746 (20.06.2021).

[25] *Ibidem*, s. 8.

[26] Podobne tendencje można odnaleźć w amerykańskim porządku prawnym, w którym pojawiło się pojęcie tzw. negocjowanego prawotwórstwa administracyjnego. Zob. J. Beechinor, *Negotiated Rulemaking. A Study of State Agency Use and Public Administrator's Opinions*, San Marcos 1998. Dotyczy ono zwłaszcza tej części legislacji administracyjnej, która odnosi się do interesów różnorodnych społeczności lokalnych. Do procesu stanowienia aktów podustawowych obowiązkowo wprowadza się opinie, oczekiwania i propozycje przyszłych adresatów danego aktu, a także – w uzasadnionych przypadkach – zaprasza się reprezentantów społeczności lokalnych do udziału w tym procesie, w tym do negocjowania założeń aktu normatywnego.

Ogłoszenie projektu aktu i memorandum wyjaśniającego

Zgodnie z art. II-2 modelu k.p.a. UE organ administracyjny, który planuje wydanie aktu legislacji administracyjnej, powinien podać do publicznej wiadomości: projekt tytułu planowanego aktu, krótki opis celu jego wydania wraz z podstawą prawną oraz nazwę organu odpowiedzialnego za przygotowanie aktu. Ponadto ten sam podmiot ma obowiązek przygotować memorandum wyjaśniające.

Memorandum ma zawierać ocenę skutków społeczno-gospodarczych planowanej regulacji oraz wyjaśnienie zasadności dokonanych wyborów łącznie z przedstawieniem możliwych alternatyw dla tych wyborów (art. II-3 ust. 1 lit. c modelu k.p.a. UE). Szczegółowość oceny skutków planowanej regulacji będzie zależna od rodzaju wprowadzanych przepisów. Im większe ma być oddziaływanie projektowanego aktu, tym bardziej wnikliwa powinna być ocena skutków. Ponadto w ocenie tej można zawrzeć analizę kosztów i korzyści. Istotne dla dokonania oceny planowej regulacji są wartości i zasady unijne – prawodawca, wprowadzając nową regulację, powinien uwzględnić m.in. prawa podstawowe, ochronę środowiska czy budżetu.

Przeprowadzenie konsultacji społecznych

Konsultacje przeprowadza organ odpowiedzialny za wydanie, zmianę bądź uchylenie aktu. Konsultacje powinno się przeprowadzać w formie elektronicznej za pośrednictwem specjalnie do tego przeznaczonej strony internetowej[27]. Na tej stronie oprócz projektu aktu wraz z memorandum wyjaśniającym należy zamieścić zaproszenie dla obywateli do przedstawienia uwag w drodze elektronicznej, informacje na temat terminu zgłaszania uwag (nie może być krótszy niż 12 tygodni od dnia publikacji) i procedury wydania aktu oraz wszelkie materiały pomocnicze wykorzystane przy opracowywaniu aktu. Warte podkreślenia jest to, że organ może zidentyfikować osoby, których projekt może w jakikolwiek sposób dotyczyć, i bezpośrednio zaprosić je do zgłaszania uwag.

Wszelkie zgłoszone uwagi podlegają publikacji na stronie przeznaczonej do konsultacji w celu uniknięcia powielania wielokrotnie tych samych uwag do aktu. Osoby fizyczne zgłaszające uwagi będą mogły żądać ukrycia ich tożsamości jedynie w „należycie uzasadnionych przypadkach" (art. II-4 ust. 4 modelu k.p.a. UE).

[27] Powyższe rozwiązanie, czyli konsultowanie online, zasługuje na szczególną uwagę w kontekście zaistniałego stanu pandemii. Należy jednak mieć na uwadze problem tzw. wykluczenia cyfrowego, który może doprowadzić do ograniczenia kręgu osób mogących wziąć udział w konsultacjach przeprowadzonych w takiej formule. W tym zakresie warto byłoby rozważyć wprowadzenie rozwiązań hybrydowych.

Publikacja raportu wraz z uzasadnieniem

Po przeprowadzeniu publicznych konsultacji organ odpowiedzialny za przygotowanie aktu opracowuje raport wraz z uzasadnieniem i innymi niezbędnymi materiałami pomocniczymi. Przygotowanie raportu zobowiązuje organ administracji do wnikliwej analizy zebranych komentarzy i przedstawienia sprawozdania z wyników tej czynności. Tym samym stanowi zapewnienie, że otrzymane uwagi zostały należycie uwzględnione, czyniąc zadość zasadzie przejrzystości działania organów. Raport pozwala także na wyjaśnienie, dlaczego określone uwagi nie zostały uwzględnione. W raporcie powinna się też znaleźć wzmianka na temat ewentualnych zmian wprowadzonych do wstępnego projektu aktu po konsultacjach instytucjonalnych, czyli z właściwymi organami.

Publikacja raportu wraz z uzasadnieniem jest ostatnim etapem poprzedzającym ustanowienie aktu.

Standardy unijne w polskim porządku prawnym

Ustanowione w modelu k.p.a. UE zasady tworzenia przepisów podustawowych z pewnością porządkują proces prawodawczy, jednocześnie zapewniając w nim możliwie szeroki udział obywateli. Należy jednak odnieść powyższe standardy do polskiego systemu prawnego.

Najważniejszy zgodnie z modelem k.p.a. UE jest etap konsultacji. To dla zapewnienia jego efektywności został ustanowiony etap ogłaszania projektu aktu wraz z memorandum wyjaśniającym oraz etap publikacji raportu z przeprowadzonych konsultacji z uzasadnieniem. Konsultacje społeczne są kluczowym sposobem włączania obywateli w proces prawodawczy, a efektywnie przeprowadzone, pozwalają na poprawę jakości tworzonego prawa, wychwycenie błędów na wczesnym etapie i stworzenie bardziej wyważonych i społecznie akceptowalnych rozwiązań.

W polskim porządku prawnym nie ma wymogu prowadzenia konsultacji społecznych dla wszystkich projektów aktów podustawowych. W zakresie wydawania rozporządzeń podstawę prawną do prowadzenia konsultacji stanowi Regulamin pracy Rady Ministrów[28]. Zgodnie z § 32 ust. 1 Regulaminu skierowanie do konsultacji publicznych projektu aktu normatywnego może nastąpić, jeżeli wystąpi o to Rada Ministrów lub jej organ pomocniczy. Nie każdy projekt aktu podlega konsultacji, jednak do każdego projektu należy przedstawić ocenę skutków regulacji[29], w której

[28] Uchwała nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. 2016, poz. 1006), dalej: Regulamin.

[29] Zgodnie z § 24 ust. 3 Regulaminu „przed rozpoczęciem prac nad opracowaniem projektu aktu normatywnego (…) organ wnioskujący dokonuje oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych".

wskazuje się przyczyny rezygnacji z prowadzenia konsultacji publicznych[30]. Warto w tym zakresie zwrócić także uwagę na akt prawa wewnętrznego, jakim są wytyczne do przeprowadzania oceny wpływu i konsultacji publicznych w ramach rządowego procesu legislacyjnego[31], które również wprowadzają określone standardy do procesu wydawania aktów podustawowych przez organy rządowe.

Co do zasady konsultacjom podlegają te projekty, które organ wnioskujący przekaże do konsultacji społecznych ze względu na ich znaczenie, stopień złożoności, pilność lub przewidywane skutki społeczno-gospodarcze (§ 36 ust. 1 Regulaminu), oraz te, które obligatoryjnie podlegają konsultacjom na podstawie odrębnych przepisów. Co istotne, w Regulaminie został wyznaczony siedmiokrotnie krótszy termin na prowadzenie konsultacji niż w modelu k.p.a. UE. Konsultacje rządowych aktów normatywnych powinny być prowadzone nie krócej niż 14 dni od udostępnienia projektu. Możliwe jest skrócenie tego terminu, ale wymaga to „szczegółowego uzasadnienia" (§ 40 ust. 3 Regulaminu). Po przeprowadzonych konsultacjach organ wnioskujący sporządza raport obejmujący omówienie wyników przeprowadzonych konsultacji.

Bardziej skomplikowana jest analiza procedury stanowienia aktów prawa miejscowego. Tryb wydawania tych aktów stanowi materię niezdeterminowaną przepisami Konstytucji RP i nieuregulowaną przepisami tylko jednej ustawy. Podstawy prawne do prowadzenia konsultacji można odnaleźć zarówno w ustawach ustrojowo-kompetencyjnych[32], jak i w szczegółowych ustawach z zakresu prawa materialnego[33].

W przypadku samorządowych aktów prawa miejscowego zasady i tryb przeprowadzania konsultacji z mieszkańcami gminy, powiatu i województwa określają uchwały organów stanowiących tych jednostek. Zatem to od ustaleń poczynionych w konkretnych uchwałach będzie zależała procedura wydawania aktów prawa miejscowego. Przykładowo zgodnie z uchwałą Rady m.st. Warszawy konsultacje są prowadzone, gdy wymagają tego przepisy ustaw albo z inicjatywy Prezydenta m.st. Warszawy lub Rady m.st. Warszawy bądź na wniosek m.in. Warszawskiej Rady Działalności Pożytku Publicznego czy rady dzielnicy[34]. Konsultacje takie są

[30] Do takich przyczyn może należeć m.in. „techniczny charakter aktu". Zob. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 stycznia 2019 r. w sprawie szczegółowego sposobu, trybu i terminów opracowania materiałów do projektu ustawy budżetowej (Dz.U. 2021, poz. 740).

[31] Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Kancelarią Prezesa Rady Ministrów, *Wytyczne do przeprowadzania oceny wpływu i konsultacji publicznych w ramach rządowego procesu legislacyjnego*, http://www1.rcl.gov.pl/sites/images/WytyczneOW.pdf (20.06.2021).

[32] Np. art. 5 ust. 2 u.s.g.: „jednostkę pomocniczą tworzy rada gminy, w drodze uchwały, po przeprowadzeniu konsultacji z mieszkańcami lub z ich inicjatywy".

[33] Np. art. 5a ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. 2020, poz. 1057 ze zm.): „organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego uchwala, po konsultacjach z organizacjami pozarządowymi (…), roczny program współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz podmiotami wymienionymi w art. 3 ust. 3".

[34] Zob. § 4 uchwały nr LXI/1691/2013 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 11 lipca 2013 r. w sprawie zasad i trybu przeprowadzania konsultacji z mieszkańcami m.st. Warszawy (Dz. Urz. Województwa Mazowieckiego 2013, poz. 8442).

prowadzone za pośrednictwem specjalnie do tego przeznaczonych stron internetowych, tzw. platform konsultacji społecznych[35].

Podsumowanie

Proces legislacyjny stanowienia aktów podustawowych nie został uregulowany jednolicie, a przyjęte w polskim prawie rozwiązania różnią się od zawartych w modelu k.p.a. UE. Przeprowadzanie konsultacji społecznych podczas każdego procesu legislacyjnego w sposób modelowo wskazany z pewnością miałoby pozytywne skutki m.in. w postaci stanowienia aktów zrozumiałych i aprobowanych przez adresatów, a także uwzględniających w możliwie dużym stopniu ich potrzeby i oczekiwania. Jednak wprowadzenie obligatoryjnych konsultacji społecznych dla wszystkich aktów podustawowych, które miałyby trwać minimum 12 tygodni od dnia publikacji projektu danego aktu, może być niemożliwe.

Dotyczy to w szczególności projektów niektórych rozporządzeń. Ściśle wykonawczy charakter tych aktów w niektórych przypadkach może uniemożliwiać konsultowanie ich treści. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie uznawał za konstytucyjnie niedopuszczalne sformułowanie upoważnienia ustawowego do stanowienia rozporządzeń w sposób pozwalający na samodzielne regulowanie przez administrację zagadnień, co do których w tekście ustawy nie wyrażono żadnych bezpośrednich wytycznych[36]. Część rozporządzeń reguluje treści ściśle sprecyzowane wytycznymi ustawowymi, a z drugiej strony ze swej istoty niewymagające konsultacji innych niż fachowe z tej racji, że np. wyrażają dane techniczne zdeterminowane wiedzą specjalistyczną[37]. Przeszkodą praktyczną dla spełnienia wymogu każdorazowych konsultacji społecznych jest także liczba wydawanych rozporządzeń. Statystyki wskazują, że w 1990 r. w Dzienniku Ustaw RP opublikowano 388 rozporządzeń, a w 2020 r. liczba ta wzrosła do 1627[38]. Obligatoryjne konsultacje w każdym przypadku zgodnie z zasadami zawartymi w modelu k.p.a. UE mogłyby być zatem utrudnione.

W odniesieniu do projektów aktów prawa miejscowego sytuacja kształtuje się jednak odmiennie. Akty prawa miejscowego z założenia powinny zawierać regulacje dostosowane do warunków lokalnych. Nie mają one charakteru *stricte* wykonawczego w takim rozumieniu jak rozporządzenia, a wytyczne dotyczące ich treści są formułowane w sposób umożliwiający organom terenowym twórcze implementowanie zapisów ustawy do lokalnych potrzeb i oczekiwań. Przemawia to

[35] Np. dla m.st. Warszawy taka platforma znajduje się pod adresem: http://konsultacje.um.warszawa.pl (20.06.2021).

[36] Np. wyrok TK z dnia 31 marca 2009 r., sygn. K 28/08, OTK ZU-A 2009, nr 3, poz. 28.

[37] Zob. przywołany wcześniej przykład projektu rozporządzenia w sprawie szczegółowego sposobu, trybu i terminów opracowania materiałów do projektu ustawy budżetowej na rok 2017.

[38] http://dziennikustaw.gov.pl (20.06.2021).

za potrzebą konsultowania tych aktów z mieszkańcami. Wyjątkowo przeprowadzenie konsultacji projektów aktów prawa miejscowego będzie niemożliwe. Dotyczy to aktów prawa miejscowego o charakterze porządkowym. Akty te wydawane są w sytuacjach zagrożenia życia, zdrowia lub mienia obywateli, ochrony środowiska naturalnego bądź w celu zapewnienia porządku, spokoju i bezpieczeństwa publicznego. W takich sytuacjach wymagana jest natychmiastowa aktywność prawodawcy, co uniemożliwia spełnienie wymogu przeprowadzenia konsultacji społecznych (względnie można byłoby rozważyć przeprowadzenie w tym zakresie następczych konsultacji, już po wejściu w życie aktu porządkowego, które mogłyby wpłynąć na jego treść w postaci późniejszej nowelizacji).

Zasadność oraz sposób wdrożenia standardów zaproponowanych w modelu k.p.a. UE w przypadku każdego z państw członkowskich wymaga uwzględnienia występujących w nim uwarunkowań oraz potrzeb[39]. W Polsce standardy w zakresie stanowienia aktów legislacji administracyjnej powinny być wdrożone, zwłaszcza w odniesieniu do prawa miejscowego, jednak z uwzględnieniem sytuacji wyjątkowych, stanowiących odstępstwo od przyjętego modelu. Konsultacje społeczne niewątpliwie stanowią gwarancję czynnego udziału obywateli w procesie prawodawczym, budując zaufanie społeczne do organów państwa, jednak zapewnienie tego udziału w jednakowym stopniu nie zawsze jest możliwe.

Bibliografia

Beechinor J., *Negotiated Rulemaking. A Study of State Agency Use and Public Administrator's Opinions*, San Marcos 1998.

Gendźwiłł A., Żerkowska-Balas M., *Polacy o samorządach. Opinia publiczna u progu samorządowej kampanii wyborczej*, Warszawa 2018.

Jędrzejczak M., *Proces stanowienia aktów legislacji administracyjnej – perspektywa polska i unijna* [w:] *Kodeks postępowania administracji Unii Europejskiej*, red. J. Supernat, B. Kowalczyk, Warszawa 2017.

Kijowski D.R., *Partycypacja obywatelska w samorządowych procesach decyzyjnych – zagadnienia ogólne*, „Samorząd Terytorialny" 2010, nr 1–2.

Kosikowski C., *Zasięganie opinii i korzystanie z ekspertyz oraz przeprowadzanie konsultacji społecznych i dokonywanie uzgodnień w procesie tworzenia prawa i jego kontroli – rzeczywistość czy fikcja?*, „Przegląd Legislacyjny" 2006, nr 1.

Makowski G., *Przegląd prawno-instytucjonalnych ram konsultacji społecznych na poziomie samorządu terytorialnego* [w:] *Prawo a partycypacja publiczna. Bilans monitoringu 2012*, red. P. Sobiesiak-Penszko, Warszawa 2013.

[39] Należy nadmienić, że aktualnie wstrzymano się od próby ujednolicenia procedur legislacyjnych aktów wydawanych przez organy administracji publicznej wszystkich państw członkowskich. Podniesiono poważne wątpliwości co do istnienia podstawy prawnej dla kodyfikacji postępowania administracyjnego UE. Nie ma przepisów traktatowych, które mogłyby stanowić podstawę prawną dla przyjęcia takiego aktu. Oznacza to, że uchwalenie ogólnego rozporządzenia w sprawie unijnej procedury administracyjnej wymagałoby zmiany traktatów UE, co wstrzymało prace nad tym aktem.

Ostaszewski K., *Partycypacja społeczna w procesie podejmowania rozstrzygnięć w administracji publicznej*, Lublin 2013.
Patyra S., *Konsultacje społeczne w procesie przygotowywania rządowych projektów ustaw – zarys problemu*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2014, nr 22.
ReNEUAL. Model kodeksu postępowania administracyjnego Unii Europejskiej, red. M. Wierzbowski, H.C.H. Hofmann, J.P. Schneider, J. Ziller, Warszawa 2015.
Zychowicz Z., *Konsultacje społeczne w samorządzie*, Szczecin 2014.

Streszczenie

W opracowaniu przedstawiono jedną z form partycypacji obywatelskiej w stanowieniu aktów podustawowych, jaką są konsultacje społeczne. Zagadnieniu temu poświęcono szczególnie dużo uwagi w prawie Unii Europejskiej, ustanawiając określone standardy prowadzenia konsultacji społecznych. Standardy te zostały odniesione do polskiego porządku prawnego. Wnioski wskazują, że nie wszystkie z nich można w pełni zrealizować.

Słowa kluczowe: partycypacja obywatelska, konsultacje społeczne, akty legislacji administracyjnej, proces stanowienia prawa, standardy unijne

COOPERATION WITH CITIZENS IN ISSUING ACTS OF ADMINISTRATIVE LEGISLATION – POLISH AND EU PERSPECTIVE

Summary

The study presents one of the forms of civic participation in issuing acts of administrative legislation, which is public consultation. This issue has received a lot of attention in the European Union law, by setting specific standards for conducting public consultations. These standards have been referred to the Polish legal system. The conclusions indicate that not all of them can be fully realized.

Keywords: civic participation, public consultation, acts of administrative legislation, law-making process, EU standards

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.10

Krystian Nowak

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0003-4853-1591

LEGAL STATUS OF JUDGES IN THE REPUBLIC OF KOSOVO. THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS

Introduction

The legal status of judges is a very important issue from the point of view of the standards of a democratic state and because of the role played by the judiciary in such a state. The purpose of this article is to examine the legal status of judges in Kosovo by subjecting to theoretical and legal analysis the procedure of their appointment and dismissal, the qualifications required for candidates for judicial positions, as well as the guarantees of their independent status. The analysis is based on the 2008 Constitution of the Republic of Kosovo, laws and regulations of the Kosovo Judicial Council. Due to the limitations arising from the narrow research area and the volume of this small study, it does not include references to the constitutional practice, judicial decisions and current problems of the judiciary in Kosovo, as they do not affect the status of judges and are not its subject matter.

Thirteen years after the adoption of the Kosovo Declaration of Independence, the issue of international recognition of Kosovo remains unresolved. The issue of recognition of Kosovo's independence has quite visibly divided the international community. Nevertheless, the foundation for the creation of the Republic of Kosovo was laid by the international community, which created the legal framework for the future statehood of Kosovo. The essential document that created this legal framework for Kosovo was the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement (the so-called Ahtisaari Plan)[1], which laid the foundations for the creation of a democratic state[2]. Currently, it is primarily the Constitution of the Republic of Kosovo, which was passed by parliament on 8 April 2008. The Basic Law has 162 articles and includes a Preamble and fourteen chapters. The first chapters contain

[1] Comprehensive Proposal For the Kosovo Status Settlement, http://www.kuvendikosoves.org/common/docs/Comprehensive%20Proposal%20.pdf (15.08.2021).

[2] See: A. Gashi, B. Musliu, *Justice system reform in Kosovo*, Prishtina 2013, p. 6 et seq.

regulations on the constitutional principles (Chapter I), the status of the individual in the state (Chapter II) and national minorities (Chapter III). In Chapter IV we find regulations concerning the legislative power. The next two chapters concern the executive power – the President of the Republic and the government. Chapters VII and VIII regulate the organization and functioning of the judiciary, the prosecutor's office and the Constitutional Court. On the basis of the subject criterion, the issues of economic relations (Chapter IX) and the security sector (Chapter XI) have been distinguished. The issues of local self-government are regulated in Chapter X. Chapter XII regulates the organization and functioning of the People's Representative, the Auditor General of Kosovo, the Central Election Commission and the Central Bank of Kosovo. Chapters XIII and XIV contain transitional provisions. It is also worth noting that the Constitution has already seen 26 amendments, the penultimate of which concerned the modification of the procedure for the election of members of the Kosovo Judicial Council.

The constitutional principles contained in the Constitution of Kosovo constitute a classic catalog of fundamental rules of modern democratic states. The constitutional system of Kosovo is based on several fundamental principles: 1) a republican form of government; 2) state sovereignty and independence; 3) a democratic state; 4) division, checks and balances of power; 5) a secular state, and 6) equality before the law and protection of the rights of minority groups[3]. A catalog of these principles indicates that Kosovo's constitutional system has its origins in democratic rules for the exercise of state power[4].

Procedure for appointing judges

The principle of separation of powers, checks and balances between the legislative, executive and judiciary is the key to determining the constitutional position of the judiciary[5]. This principle is defined in Article 4(1) of the Constitution, where it is simultaneously combined with the principle of democracy and republican form of state. Legislative power is exercised by the Assembly of the Republic of Kosovo. The executive power is dualistic, as it is exercised by the President and the Government of the Republic of Kosovo. Judicial power, on the other hand, is exercised by the courts. According to the provisions of the Basic Law, the Constitutional Court of the Republic of Kosovo, which is an independent body for the protection of the constitutionality of the law and at the same time responsible for the final interpretation of the Constitution, is not included in the judiciary.

[3] K. Nowak, *Konstytucja Republiki Kosowa. Wstęp i tłumaczenie*, Rzeszów 2008, p. 26.

[4] *Ibidem*, p. 27.

[5] See: N. Çeku, H. Xhemajli, *Constitutional principles and their impact on the establishing of the constitutional order and rule of law in Kosovo*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu" 2020, no. 4, p. 1081 et seq.

The provisions of the Constitution do not indicate in detail the systemic structure of the judiciary, being limited to highlighting the systemic position of the Supreme Court, which is the highest judicial body in Kosovo. Its President is elected and dismissed by the President of the Republic from among the judges of the Supreme Court on the proposal of the Kosovo Judicial Council for a seven-year term. The detailed system of the court system, its jurisdiction, organization is left to be regulated in the form of a law. An analysis of the provisions of the Law on Courts allows us to conclude that the court system has a three-tier nature (Basic Courts, Court of Appeals and Supreme Court).

A characteristic constitutional solution resulting from the nationality structure of Kosovo is the guarantee of representation of national minorities in various state institutions. The Constitution of Kosovo has original solutions concerning national minorities[6]. These solutions include political rights aimed at creating real participation of minority representatives in the exercise of power (e.g. 20 seats in the 20-seat Kosovo parliament are guaranteed to national minorities, at least two ministers are representatives of national minorities, three members of the Central Electoral Commission are elected by members of parliament whose seats are guaranteed to national minorities). This type of solution was also applied to the judicial authorities. According to Article 104(2) of the Basic Law, the structure of the judiciary is to reflect the ethnic diversity of Kosovo, and the composition of the courts is to reflect the ethnic structure in the given area of jurisdiction of the individual courts (Article 104(3) of the Constitution). Therefore, the Constitution guarantees that at least 15% of the judges of the Supreme Court (but not less than three judges) are to be drawn from the minority communities of Kosovo (Article 103(3) of the Constitution), at least 15% of the judges of the courts having the powers of courts of appeals, (but not less than two judges) are to be drawn from the minority communities of Kosovo (Article 103(6) of the Constitution)[7]. It is guaranteed that in the composition of the Kosovo Judicial Council two members of the council are elected by members of parliament holding seats reserved or guaranteed to the Serb-Kosovo community, and two members of the council are elected by members of parliament holding seats reserved or guaranteed to other communities. In contrast, candidates for judges that are reserved for members of Kosovo's minority communities can only be recommended by a majority of Council members who have been elected by Assembly deputies holding seats reserved or guaranteed to members of Kosovo's

[6] More extensively on this issue in: E. Bujwid-Kurek, *Status instytucjonalny i polityczny mniejszości serbskiej w Kosowie*, "Wschodnioznawstwo" 2015, nr 1, pp. 287–303; R. Rajczyk, *Prawno-instytucjonalny wymiar podmiotowości politycznej mniejszości etnicznych w Republice Kosowa*, "Studia Politicae Universitatis Silesiensis" 2017, t. 18, pp. 61–73; K. Nowak, *Konstytucja Republiki Kosowa wobec problemu mniejszości narodowych* [in:] *Nowe wyzwania i rozwiązania w europejskim systemie ochrony praw człowieka*, eds. J. Jaskiernia, K. Spryszak, Toruń 2018, pp. 604–616.

[7] In practice, there have been serious problems in implementing these guarantees. See: A. Imami, *Sfidat e reformimit të sistemit gjyqësor në Republikën e Kosovës*, "Centrum" 2017, no. 8, pp. 35–36.

minority communities. Only if this group of Council members fails to propose a candidate for a judicial position at two consecutive sessions of the Council, then any member of the Council may put forward a candidate for that position. A further guarantee is contained in Article 108(10) of the Constitution according to which candidates for judges of basic courts whose jurisdiction covers only the territory of one or two local government districts in which the Serb-Kosovo community constitutes the majority of the population may be proposed by two members of the Council who have been elected by members of parliament holding seats reserved or guaranteed to the Serb-Kosovo community, acting jointly and unanimously. If these two members fail to propose a candidate for a judicial position at two consecutive Council meetings, any member of the Council may put forward a candidate for that position. Such arrangements are intended to ensure that the structure of the judiciary reflects Kosovo's ethnic diversity. Similar solutions have been adopted by the Kosovan legislature with respect to the executive, legislative and self-governing bodies, as well as with respect to the composition of the Constitutional Court – the decision to recommend two candidates for Constitutional Court judges to the President of the Republic is taken in the so-called double majority procedure, i.e. by a majority vote of MPs present and voting, after having received the prior consent of a majority of MPs holding seats reserved for or guaranteed to representatives of national minorities[8].

The essential procedure for the appointment of judges is set out in Article 104(1) of the Constitution, according to which judges are appointed by the President of the Republic upon the proposal of the Kosovo Judicial Council. It must be assumed that the President is bound by the proposal of the Judicial Council and cannot refuse to appoint the proposed candidate for judge by the Council. According to Enver Hasani, the President cannot assess the legitimacy of such a proposal, as this would constitute a direct interference with the independence of the judiciary and the role of the Judicial Council as a guarantor of judicial independence[9].

In Kosovo, the Judicial Council was created based on the Southern European organizational model of judicial councils. This is due to the fact that it has been equipped with broad powers to protect judicial independence – powers to appoint, promote and transfer judges and powers to manage the judicial administration. In addition, the Council itself also proposes candidates or appoints specific persons to particular positions in the judiciary. Taking into account the composition of the Council, it should be noted that the Council is of mixed nature, as it is composed of persons appointed by the Parliament and by the judges from all three folds of the Kosovo judiciary. It is pleasing to note that in the 13-member council, the majority of its members are judges and there are at least ten of them (seven elected by the

[8] K. Nowak, *The Constitutional Court of Kosovo – Introductory Remarks*, "Przegląd Prawa Konstytucyjnego" 2020, nr 6, p. 506.

[9] E. Hasani, comment on art. 84 [in:] E. Hasani, I. Čukalović, *Komentar. Kushtetuta e Republikës së Kosovës*, Prishtinë 2013, p. 406.

other judges and three elected by the parliament). Among the council's constitutional duties there is the obligation to consult with the courts before submitting a request for judicial nominations in order to ensure that the composition of courts reflects the ethnic composition of the area of jurisdiction.

With regard to the issue of judicial appointments, Kosovo's Basic Law adopts a specific solution of accepting an initial judicial mandate that lasts three years. Only the re-appointment to the office of a judge – under an identical procedure, i.e. by the President of the Republic on the proposal of the Kosovo Judicial Council – results in a permanent judicial mandate, which is valid until retirement age. It can be assumed that this solution is intended as a kind of method for appointing the best candidates to the office of judge, and that the three-year initial mandate is intended to allow the National Judicial Council to assess its suitability to fulfill the duties of a judge. However, this solution raises a number of doubts in terms of the principle of irremovability and independence of judges. It is quite obvious that the renewal of a judge's mandate must make the judge dependent on the decision-makers renewing his or her appointment. It is satisfactory that the decisive role of the Judicial Council in determining whether a judge should receive a permanent appointment is constitutionally guaranteed. Also, the criteria and procedures for judicial reappointment are determined solely by the Council – with the Constitution indicating that the criteria and procedures used for reappointment of judges with initial appointments may differ from the constitutional procedure for removal of judges with permanent appointments. This situation undoubtedly affects the position of the initial mandate judge. It could be assumed that the adoption of the institution of the initial mandate of judges is modelled on the Serbian solutions. The current Serbian Constitution in Articles 146 and 147 also provides for an initial judicial mandate, which lasts three years[10]. However, the origins of the appointment of judges for renewable terms can also be traced to the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, which provided for the appointment of judges by the parliaments of the respective republics. It is worth adding that the Venice Commission in its opinions criticises this solution and expressly recommends that ordinary judges be appointed permanently until retirement. Probationary periods for judges in office are problematic from the point of view of independence[11]. It is also significant that

[10] A similar solution exists in Azerbaijan (Article 96 of the Law on Courts and Judges) and Finland, where in exceptional situations specified by law the head of state may appoint judges for a fixed period. Also, the 1990 Constitution of Croatia provided for a five-year period of appointment for judges who took office for the first time. Similarly, the 1992 Constitution of the Slovak Republic, as in effect until 1 July 2001, provided for the election of judges by the parliament at the request of the government for four years, with the election thereafter made permanent by the same procedure.

[11] Venice Commission, Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges, 16 March 2010, note 24, supra, para. 38, http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-e.pdf (28.08.2021); Venice Commission CDL-AD(2007)028, Report on Judicial Appointments - Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16–17 March 2007), para. 40–43, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2007)028.aspx

there is no control mechanism in a situation where the Judicial Council has passed a so-called negative resolution, refusing to present a particular candidate to the President with a request for reappointment to a permanent judicial seat. The Council merely provides such a person with a reasoned decision. The law does not provide for any means of appeal against the Council's resolution itself.

When a judge is first appointed, he or she undergoes initial training, which is organized by the Academy of Justice, which is the institution responsible for the professional development of judges and prosecutors. The bodies of the Academy are: Managing Board, Program Council and Executive Director. The Managing Board has broad powers, including creative powers in the form of appointing the members of the Program Council and the Executive Director. The composition of the Managing Board is mixed, as it includes three groups of members. The first group consists of virile members,. i.e. persons included in it by virtue of their function, whose term of office on the Managing Board is closely related to the term of office. These are: President of the Supreme Court and the Chief State Prosecutor. The second group of members are representatives of the Judicial Council of Kosovo, which appoints to this body one judge of the Basic Court, one judge of the Court of Appeals and one member of the Secretariat of the Judicial Council of Kosovo. The third group consists of representatives of the Kosovo Prosecution Council, which appoints to this body one prosecutor from the Basic Prosecution Office, one prosecutor from the Appellate Prosecution Office and one member from the Secretariat of the Kosovo Prosecution Council. The organizational structure of the Council formed in this way is intended to ensure a comprehensive and adequate representation of the judicial bodies and to guarantee the independence and impartiality of the Academy in the best interest of the judicial and prosecutorial system of the country. Initial training for judges lasts twelve months.

The basic requirements for candidates for the positions of judges include those of a formal nature, such as having citizenship of the Republic of Kosovo, having no criminal record (with the exception of the criminal offenses committed by negligence), having a law degree, having passed the Bar Examination and the Judicial Examination, and having at least three years of legal professional experience, as well as qualities of a personal nature, such as integrity and high professional reputation. In addition, there are number of additional specialized requirements for serving as a judge in the various divisions of the basic courts. A candidate to serve as a basic court judge in the Serious Crimes Division and the Juvenile Division should have at least three years of experience as a criminal law judge. A candidate to serve as a judge in the Administrative Affairs Division or the Business Division of the basic court should have at least six years of experience as a judge in administrative and

(28.08.2021); Venice Commission CDL(2005)066, Opinion on Draft Constitutional Amendments concerning the Reform of the Judicial System in "the former Yugoslav Republic of Macedonia", para. 23; 29–30, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2005)066-e (28.08.2021).

business matters. A candidate to serve as a judge in the Special Division should meet the qualifications to serve as a judge in the Serious Crimes Division and the Juvenile Division and have a positive performance evaluation. Additionally, a candidate for the position of judge in the Court of Appeals should have at least five years of judicial experience, a candidate for the position of judge in the Supreme Court should have at least eight years of judicial experience.

The President of the Supreme Court is elected by the President of the Republic from among the judges of the Supreme Court on the proposal of the Kosovo Judicial Council for a seven-year term. The presidents of other courts, namely the Court of Appeals and the Basic Courts, are elected by the Kosovo Judicial Council. In turn, according to Article 114 of the Constitution, the judges of the Constitutional Court are appointed by the President of the Republic upon the proposal of the Assembly. The term of office of the judges is 9 years, without the possibility of re-election. A citizen of the Republic distinguished by a high level of moral sense, with full legal capacity, who is an outstanding lawyer with an excellent professional reputation, who has at least ten years of professional experience, especially in the field of public and constitutional law, as evidenced by his/her practice as a judge, prosecutor, lawyer, civil servant, academic teacher or in any other position related to legal activities, and who has not been convicted of any crime, may be appointed as a judge of the Constitutional Court. The President and Vice President of the Constitutional Court shall be elected by secret ballot by the majority of judges of the Court for a term of 3 years[12].

Guarantees for the status of judges

The status of a judge is clearly delineated in the provisions of the Basic Law, which has equipped judges with guarantees of this status in the form of irremovability, non-transferability, incompatibility and immunity.

Under the provisions of the Constitution, judges in the exercise of their functions should be independent and impartial. The principle of independence means the independence of a judge from all factors that could, in the process of exercising the administration of justice, interfere with the content of his/her decisions. Judges are also supposed to be impartial in relation to the participants in judicial proceedings. Under Article 102(3) of the Constitution, courts adjudicate on the basis of the Constitution and the law in force, thereby binding the judge to the effect that any decisions made by him in his independent adjudication must be in accordance with the Constitution and laws. Thus, applicable law determines the scope of influence of judicial independence.

[12] See: N. Mansfield, *Creating A Constitutional Court: Lessons From Kosovo*, East-West Management Institute Occasional Paper Series, Spring 2013, p. 6.

Judges can only be removed from office if they are found guilty of a serious crime or serious misconduct. The dismissal of a judge is carried out in a manner analogous to the procedure of appointment to office, i.e. the act of dismissal is carried out by the President of the Republic upon the proposal of the Judicial Council. In addition, the Constitution guarantees a judge an appeal to the Supreme Court against the decision of the President of the Republic to remove him from office. In turn, judges of the Constitutional Court may be dismissed by the President of the Republic at the request of 2/3 of the judges of the Constitutional Court only in the event of committing a serious crime or serious neglect of duty. It is worth noting that the legislator expanded the catalog of grounds for dismissal of Constitutional Court judges, which may raise constitutional concerns[13].

The possible transfer of a judge without his/her consent will result in a violation of the constitutionally guaranteed standard of judge independence. Therefore, the Kosovo Constitution provides for only two possibilities to transfer a judge against his or her will – only to ensure the effectiveness of the judiciary and in the case of disciplinary measures. The transfer of a judge for up to 30 days is decided by the Chairman of the Judicial Council, in case of transfer for more than 30 days the Kosovo Judicial Council takes the decision. The proposal of the President of the Judicial Council for the transfer of a judge must contain a justification.

Judicial immunity is necessary to ensure the judiciary's role in the mechanism of checks and balances of powers, and thus the proper performance of its task of administering justice. Judges of all courts in the Republic of Kosovo have essentially identical formal and substantive immunity. Formal immunity consists in the fact that judges are – according to the provisions of the Constitution – protected from judicial prosecution and civil litigation. The essence of substantive immunity, on the other hand, boils down to the fact that judges cannot be removed from office for actions taken, decisions made and opinions expressed that fall within the scope of their duties as a judge or judge of the Constitutional Court.

Another instrument designed to ensure judicial independence is the institution of incompatibility. The principle of *incompatibilitas* is a development of the so-called judicial impartiality. The Basic Law provides that a judge may not perform any function outside the administration of justice, may not engage in any political activity or engage in any other activity specified by statute. Judges may not accept duties or undertake any functions that would in any way conflict with the principles of independence and impartiality of the judicial office. The legislature has extended this principle to prohibiting any action that would otherwise be incompatible with the duties of a judge or the provisions of the Kosovo Code of Ethics and Professional Conduct of Judges[14]. The

[13] Art. 9 (1) Law on the Constitutional Court of the Republic of Kosovo (no. 03/L-121).

[14] See: A. Shabani-Rama, *Kodi i etikës gjyqësore si faktor i domosdoshëm për rritjen e besimit të publikut në sistemin gjyqësorë*, "Justicia. Revistë shkencore juridike e kandidatëve të Programit të Trajnimit Fillestar 2013/2015 në Institutin Gjyqësor të Kosovës" 2015, no. 5, p. 128 et seq.

introduction of the above prohibitions stems from the need to ensure the separation of the judicial power from the legislative and executive powers.

A judge of the Constitutional Court may not simultaneously hold paid employment or any other public office, with the exception of a lecturer in legal sciences at accredited universities. In addition, a judge may not be: a member of political parties or other political movements or organizations; a member of the board of directors of public companies, enterprises and non-governmental organizations; or a member of a trade union.

Article 35 of the Law on Courts mandates that judges be provided with remuneration commensurate with the dignity of their office and the scope of their duties. Remuneration shapes the material status of a judge, which must be determined in such a way as to ensure freedom to perform judicial duties. The judicial remuneration system is regulated as follows: The President of the Supreme Court is paid no less than the Prime Minister of the Republic of Kosovo, judges of the Supreme Court are paid 90% of the salary of the President of the Supreme Court, the President of the Court of Appeals is paid the equivalent of the salary of a judge of the Supreme Court, other judges of the Court of Appeals are paid 90% of the salary of the President of the Court of Appeals, the President of the Basic Court is paid the equivalent of the salary of a judge of the Court of Appeals, Basic Court judges are paid 80% of the salary of the President of the Basic Court. In turn, the salary of judges of the Constitutional Court is 1.3 times the salary of judges of the Supreme Court.

Judges are subject to disciplinary responsibility under the rules set forth in the Act on Disciplinary Responsibility of Judges and Prosecutors. The subject matter of disciplinary liability encompasses disciplinary offences that a judge commits under the Act if he or she is convicted of an offence, violates the law or breaches official duties. The legislature enumerates a catalog of acts causing a judge to violate his or her official duties[15]. Disciplinary proceedings are conducted by the Kosovo

[15] Article 5(2) Law on disciplinary liability of judges and prosecutors: „A violation of duties of a judge, pursuant to this Law, shall include the following actions, if committed by a judge intentionally or with gross negligence:

2.1. performs official duties disrespecting the principle of judicial independence and impartiality by acting with prejudice or bias based on race, colour, gender, language, religion, political or other opinion, national or social origin, relation to any community, property, economic and social condition, sexual orientation, birth, disability or other personal status of a party to the proceedings;

2.2. does not accord the treatment required by Law to the parties to the proceedings, their representatives, witnesses and other participants to the proceedings;

2.3. communicates to unauthorized persons non-public information obtained in the course of his or her official duty;

2.4. accepts any kind of gifts or remuneration which may lead to, or appear to lead to improper influence on official decisions and actions;

2.5. abuses the official position in any form to obtain illicit benefits for oneself or other persons or for any other purposes in contradiction with the Law;

2.6. does not report any case of potential disqualification from proceedings where required by Law;

2.7. in continuity fails to timely perform official duties required by Law;

Judicial Council, which adjudicates by a nine-member panel, with a simple majority decision. Disciplinary sanctions are written non-public reprimand, written public reprimand, temporary salary reduction of up to fifty percent (50%) for up to one year, temporary or permanent transfer to a lower court, and a request for dismissal. The sanction of a request to the President of the Republic for removal from office of a judge may be ordered only if the judge has been convicted of a serious criminal offence, a intentional violation of Law, or a serious neglect of duties. A judge may appeal directly to the Supreme Court against the decision of the Judicial Council. The complaint against the decision of the Council has a suspensive effect and suspends the execution of the decision until the complaint is reviewed. The complaint shall be reviewed, within 30 days, by a panel of three judges appointed by the President of the Supreme Court. The decision of the Supreme Court shall be final.

Conclusions

The analysis of Kosovo's constitutional solutions leads to the conclusion that the adopted model of separation of powers does not rely solely on the qualification of individual bodies to the various segments of government. The Kosovo Basic Law also provides for mechanisms of mutual interaction, which serve mutual control and balance of legislative, executive and judicial powers. There is no doubt that the principle of balance of powers is an important element of the principle of

---

2.8. engages in any ex-parte communication concerning the cases;

2.9. interferes with the actions of other judges and prosecutors with the intent to influence their activities and decisions in a manner prohibited by Law;

2.10. makes public statements during ongoing proceedings which may, or appear to adversely affect fair trial and equal treatment of the parties to the proceedings or which could harm the credibility and reputation of the court, or otherwise communicates to the public information on the composition of court panels, evidences and decisions related to any cases, unless the disclosure of such information is required by Law;

2.11. performs any function, duty or service, assumes any responsibility or engages in any activity, is a candidate for, or is elected to any function or duty which is incompatible with the duties of a judge under the Constitution, the Law on Courts, and the Code of Ethics and Professional Conduct of Judges;

2.12. in continuity fails to participate in disciplinary procedures and to respond to disciplinary investigations, unless permitted by Law;

2.13. provides false or misleading information in matters related to disciplinary proceedings and court related administrative procedures, including promotion and transfers;

2.14. in continuity fails to participate without reasonable justification in mandatory training programs prescribed by Law or Council regulations and policies;

2.15. engages in behaviour while on duty or in private which harms the reputation of the court or which may harm public confidence in the impartiality or credibility of the judiciary;

2.16. becomes a member of a political entity or any other political organization, seeks or holds any political office, is a candidate or is elected to any political post, or otherwise engages in any political activity".

separation. At the same time, the mechanism of checks and balances, by its nature, presupposes the possibility of some interference in the scope of judicial power, but it cannot touch the judicial independence in the exercise of office.

The Kosovo legislature left to the parliament to regulate the issues of the structure of the judiciary. The executive has little influence over the process of judicial appointments, as proposals for judicial nominations are submitted by the Judicial Council after undergoing a procedure for judicial candidates determined by the Council regulation. The constitutional position of the Judicial Council created by the Basic Law makes it a special body of the state, which is mixed in terms of its composition, while the vast majority of its members are judges elected by the other judges.

The status of a judge in Kosovo finds a normative basis in the Constitution, the provisions of which give judges a guarantee of independence. Doubts from the point of view of the principle of judicial independence remain with regard to the institution of the initial judicial mandate. The lack of remedies in a situation where the Judicial Council has passed a resolution refusing to present a particular candidate to the President with a request for reappointment to a permanent judicial mandate should be strongly criticised. Kosovo, which is not a state with a stable democracy and well-established democratic customs, should avoid this type of solution. An additional element negatively affecting the judiciary and the status of judges are the still unformed mechanisms of legal culture[16]. This is why real and effective guarantees of judicial independence are so important. The solutions for ensuring the representation of national minorities in the judiciary, which stem from the nationality structure of the republic, and the history of the region, and whose foundations were outlined in the Ahtisaari Plan, should also be emphasized.

Bibliography

Asta G., *Il processo di state-building in Kosovo: una rilettura a venti anni dal suo avvio*, "Ordine internazionale e diritti umani" 2020, no 1.

Bujwid-Kurek E., *Status instytucjonalny i polityczny mniejszości serbskiej w Kosowie*, "Wschodnioznawstwo" 2015, nr 1.

Çeku N., Xhemajli H., *Constitutional principles and their impact on the establishing of the constitutional order and rule of law in Kosovo*, "Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu" 2020, no. 4.

Gashi A., Musliu B., *Justice system reform in Kosovo*, Prishtina 2013.

Hasani E., *Basic Features of the Constitutional System in Kosovo* [in:] *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power. Some Reflections from National and International Law*, eds. R. Arnold, J.I. Martínez-Estay, Springer International Publishing AG 2017.

Hasani E., comment on art. 84 [in:] E. Hasani, I. Čukalović, *Komentar. Kushtetuta e Republikës së Kosovës*, Prishtinë 2013.

[16] See: G. Asta, *Il processo di state-building in Kosovo: una rilettura a venti anni dal suo avvio*, "Ordine internazionale e diritti umani" 2020, no 1, p. 119 et seq.

Imami A., *Sfidat e reformimit të sistemit gjyqësor në Republikën e Kosovës*, "Centrum" 2017, no. 8.
Mansfield N., *Creating A Constitutional Court: Lessons From Kosovo*, East-West Management Institute Occasional Paper Series, Spring 2013.
Nowak K., *Konstytucja Republiki Kosowa wobec problemu mniejszości narodowych* [in:] *Nowe wyzwania i rozwiązania w europejskim systemie ochrony praw człowieka*, eds. J. Jaskiernia, K. Spryszak, Toruń 2018.
Nowak K., *Konstytucja Republiki Kosowa. Wstęp i tłumaczenie*, Rzeszów 2008.
Rajczyk R., *Prawno-instytucjonalny wymiar podmiotowości politycznej mniejszości etnicznych w Republice Kosowa*, "Studia Politicae Universitatis Silesiensis" 2017, vol. 18.
Shabani-Rama A., *Kodi i etikës gjyqësore si faktor i domosdoshëm për rritjen e besimit të publikut në sistemin gjyqësorë*, "Justicia. Revistë shkencore juridike e kandidatëve të Programit të Trajnimit Fillestar 2013/2015 në Institutin Gjyqësor të Kosovës" 2015, no. 5.

Summary

The status of a judge is a very important issue from the point of view of the standards of a democratic state and because of the role that judges play in the administration of justice. This article attempts to analyze the legal status of judges in the Republic of Kosovo by subjecting constitutional guarantees of judicial independence to theoretical and legal analysis. Indeed, the independent status of a judge is the minimum standard of legal protection that the state should provide to citizens. This study made it possible to formulate a statement that the mechanism of checks and balances of powers formed in the Constitution of Kosovo, which by its nature implies the possibility of some interference in the scope of judicial power, but it cannot touch the independence of judges in the exercise of their office. Some solutions in the Kosovo legal order that are unsatisfactory from the point of view of European standards were also pointed out.

Keywords: judge, judicial independence, judicial council, judicial power, Kosovo

STATUS PRAWNY SĘDZIÓW W REPUBLICE KOSOWA. ANALIZA TEORETYCZNOPRAWNA

Streszczenie

Status sędziego jest bardzo istotnym zagadnieniem z punktu widzenia standardów państwa demokratycznego oraz z uwagi na rolę, jaką sędziowie pełnią w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Niniejszy artykuł stanowi próbę analizy statusu prawnego sędziów w Republice Kosowa poprzez poddanie analizie teoretycznoprawnej konstytucyjnych gwarancji niezależności sędziowskiej. Niezawisły status sędziego jest bowiem minimalnym standardem ochrony prawnej, jaki państwo powinno zapewniać obywatelom. Badanie to pozwoliło sformułować wniosek, iż mechanizm kontroli i równowagi władz ukształtowany w Konstytucji Kosowa, który ze swej natury zakłada możliwości pewnej ingerencji w zakres władzy sądowniczej, nie może dotykać niezależności sędziowskiej w zakresie sprawowania urzędu. Wskazano również pewne rozwiązania obowiązujące w kosowskim porządku prawnym, które są niezadowalające z punktu widzenia standardów europejskich.

Słowa kluczowe: sędzia, niezależność sędziowska, rada sądownictwa, władza sądownicza, Kosowo

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.11

Mariusz Kądziołka

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-6788-1944

PRZYSPIESZENIE I USPRAWNIENIE POSTĘPOWANIA APELACYJNEGO W ŚWIETLE NOWELIZACJI Z 4 LIPCA 2019 R.

Wprowadzenie

U podstaw wprowadzanych na przestrzeni ostatnich lat zmian k.p.c. coraz częściej leży dążenie do przyspieszenia oraz usprawnienia postępowania. Świadczą o tym w szczególności stwierdzenia zawarte w uzasadnieniach wielu projektów ustaw nowelizujących, z których wyraźnie wynika, że celem wprowadzanych zmian jest „z jednej strony uproszczenie struktury postępowania procesowego, a z drugiej strony wprowadzenie mechanizmów, które przyczynią się do usprawnienia i przyspieszenia tego postępowania w ogólności”[1], albo że projektowane regulacje „służą przyspieszeniu postępowań sądowych”[2].

Nie inaczej jest w przypadku ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[3]. Z uzasadnienia projektu tej ustawy wynika bowiem, że celem nowelizacji jest przyspieszenie i usprawnienie postępowania cywilnego w ogólności, w szczególności zaś przyspieszenie oraz usprawnienie postępowania drugoinstancyjnego[4]. Z punktu widzenia tych kryteriów kluczowe dla postępowania apelacyjnego wydają się być przede wszystkim: zmiany obejmujące postępowanie międzyinstancyjne, którego celem jest kontrola apelacji pod względem jej szeroko rozumianej dopuszczalności, rozszerzenie dopuszczalności rozpoznania apelacji na posiedzeniu niejawnym, wprowadzenie uproszczonego trybu rozpoznania apelacji od wyroku oddalającego powództwo

[1] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy Sejmu VI kadencji nr 4332, s. 6.

[2] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy Sejmu VII kadencji nr 2678, s. 64.

[3] Dz.U. 2019, poz. 1496 (dalej: ZmKPCU).

[4] Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy Sejmu VIII kadencji nr 3137 (dalej: Uzasadnienie projektu), s. 79–80.

oczywiście bezzasadne, zmiany w treści apelacji, poszerzenie katalogu sytuacji, w których sąd może zlecić przeprowadzenie dowodu sędziemu wyznaczonemu, zmiany dotyczące uzasadniania wyroku sądu I instancji.

Warto przyjrzeć się, czy i na ile zmiany te mają potencjał osiągnięcia zamierzonych przez ustawodawcę celów w postaci skrócenia czasu rozpoznawania sprawy w postępowaniu drugoinstancyjnym i usprawnienia pracy sądów.

Zmiany dotyczące uzasadnienia wyroku sądu I instancji

Ustawodawca celem przyspieszenia i usprawnienia postępowania apelacyjnego dokonuje w pierwszej kolejności zabiegów odnoszących się do wcześniejszego etapu postępowania.

Jedną z takich zmian stanowi wykreślenie z dotychczasowej treści art. 328 § 1 k.p.c. zd. 3, zgodnie z którym sąd zobligowany był do sporządzenia uzasadnienia wyroku również wówczas, gdy wyrok został zaskarżony w ustawowym terminie oraz gdy wniesiono skargę o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, chyba że uzasadnienie zostało wygłoszone. W aktualnym stanie prawnym sporządzenie pisemnego uzasadnienia wyroku następuje tylko na wniosek strony. Ze zmianą wspomnianego przepisu koresponduje uchylenie art. 369 § 2 k.p.c., co oznacza, że ustawodawca wyłączył możliwość wniesienia tzw. apelacji wprost, a więc bez uprzedniego złożenia przez stronę wniosku o doręczenie wyroku z uzasadnieniem. Obecnie zatem możliwe jest wniesienie apelacji jedynie po uprzednim żądaniu przez stronę doręczenia jej wyroku z uzasadnieniem.

Prima facie powyższą zmianę należy ocenić pozytywnie, gdyż kontrola instancyjna dokonywana bez pisemnego uzasadnienia wyroku wymagałaby szczegółowej analizy całego postępowania przed sądem I instancji, co znacznie utrudniałoby jej sprawne przeprowadzenie. Dokonując oceny tej zmiany, należy mieć jednak na uwadze także to, że na mocy tej samej nowelizacji rozszerzono dotychczasową możliwość wydłużenia terminu na sporządzenie uzasadnienia wyroku. Zgodnie bowiem z dodanym na mocy nowelizacji art. 329 § 4 k.p.c. w przypadku niemożności sporządzenia pisemnego uzasadnienia wyroku w terminie prezes sądu może przedłużyć ten termin na czas oznaczony. Zdaniem projektodawcy ograniczenie możliwości przedłużenia terminu jedynie do sprawy zawiłej, jak to miało miejsce w poprzednim stanie prawnym, jest nieporozumieniem, skoro w dzisiejszych realiach pracy sądów czasochłonność uzasadnienia nie wynika z zawiłości spraw, lecz z nadmiernego obciążenia, zaś o czasie, na który przedłuża się termin, powinien decydować nie przepis, lecz prezes sądu, biorąc pod uwagę realia pracy konkretnego sędziego[5]. Stan ten w piśmiennictwie rodzi jednak obawy o zagrożenie wykorzystywania wspomnianego przepisu jako narzędzia do wywierania faktycznego wpływu

[5] *Ibidem*, s. 77.

na czynności poszczególnych sędziów oraz o nierówne traktowanie sędziów poprzez arbitralne wykonywaniem przez prezesów sądów uprawnienia polegającego na przedłużaniu (lub nieprzedłużeniu) czasu do sporządzenia uzasadnienia[6]. Obawy formułuje się też odnośnie do wpływu wprowadzonego rozwiązania na czas trwania postępowania[7]. Zauważa się w szczególności, że wobec wprowadzenia możliwości przedłużenia terminu na sporządzenie pisemnego uzasadnienia wyroku na czas oznaczony bez jednoczesnego wskazania maksymalnego czasu tego przedłużenia nietrudno wyobrazić sobie przypadki wyznaczania go na okresy kilkumiesięczne. Co więcej, zwraca się także uwagę na brak ograniczenia uprawnienia prezesa w tej materii do jednorazowej decyzji, co może doprowadzić do kilkakrotnego przedłużenia terminu, a w konsekwencji do znacznego przedłużenia całego postępowania[8].

Warto również pamiętać, że na mocy nowelizacji wprowadzono rozwiązanie przewidujące odstąpienie od sporządzenia uzasadnienia wyroku, jeżeli okaże się to niemożliwe (art. 331 § 4 k.p.c.). W razie niemożności sporządzenia uzasadnienia termin do wniesienia apelacji zasadniczo nie ulega wydłużeniu, gdyż jego bieg rozpoczyna się od dnia doręczenia stronie zawiadomienia o niemożności sporządzenia uzasadnienia. Należy jednak podkreślić, że sądy odwoławcze w wypadku niemożności sporządzenia uzasadnienia wyroku będą musiały szczegółowo przeanalizować całość akt sprawy: postępowanie przed sądem I instancji, pisma procesowe i oczywiście samą apelację, a następnie dokonać własnej analizy stanu faktycznego i prawnego sprawy[9]. Może to oczywiście w znaczący sposób wpłynąć na czas trwania postępowania odwoławczego, a tym samym wydłużyć czas trwania całego postępowania w sprawie[10].

Kolejną ze zmian, która odnosi się do wcześniejszego etapu postępowania, jest wprowadzenie możliwości sporządzenia uzasadnienia tylko części wyroku (art. 329 § 1 w zw. z art. 328 § 3 k.p.c.). W poprzednim stanie prawnym pojawiał się bowiem problem nadmiernego zakresu uzasadnień – pisemne uzasadnienie wyroku zawsze musiało obejmować całość rozstrzygnięcia, podczas gdy często było to zbędne. Obecna regulacja przewiduje możliwość sporządzenia uzasadnienia w zakresie wynikającym z wniosku o doręczenie wyroku z uzasadnieniem, przy czym we wniosku tym należy wskazać, czy pisemne uzasadnienie ma dotyczyć całości wyroku, czy jego części, w szczególności poszczególnych objętych nim rozstrzygnięć. Ograniczenie takie leży w interesie nie tylko sądu, ale i strony, ponieważ im krótsze będzie uzasadnienie, tym szybciej zostanie napisane, co znaczy, że strona zyska na czasie, co jest istotnym czynnikiem zwłaszcza w poważnych

[6] Zob. A. Góra-Błaszczykowska, *Ekspertyza na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy nr 3137*, s. 15–16.

[7] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy o apelacji przyczynią się do przyspieszenia i usprawnienia postępowania?* [w:] *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, M. Malczyk, Warszawa 2020, s. 208.

[8] *Ibidem*.

[9] A. Góra-Błaszczykowska, *Ekspertyza*…, s. 21–22.

[10] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 213.

sprawach, a właśnie w nich instytucja ta będzie mieć największe znaczenie[11]. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy sporządzony zgodnie z wnioskiem strony zakres uzasadnienia okaże się niewystarczający dla sądu II instancji, który będzie zmuszony poddać analizie materiał zgromadzony w aktach sprawy. Sama ocena stopnia wystarczalności sporządzenia uzasadnienia względem zakresu wynikającego z wniosku może się okazać dla sądu nierzadko czasochłonnym problemem[12].

Postępowanie międzyinstancyjne

W dotychczasowym stanie prawnym postępowanie międzyinstancyjne rozbite było na fazy prowadzone przez dwa sądy: I i II instancji. Sąd I instancji, dysponujący aktami sprawy, przedkładał je sądowi odwoławczemu wraz z apelacją już po dokonaniu wstępnego badania sporządzonego pisma, odrzucając apelacje spóźnione, wadliwe lub niedopuszczalne. Sąd II instancji kontynuował postępowanie międzyinstancyjne. Miało ono charakter kontrolny w stosunku do postępowania przed sądem I instancji, jednak o znacznie szerszym zakresie przez możliwość odniesienia się do sposobu rozpoznania apelacji[13]. Tym samym oba sądy prowadziły dwie niezależne kontrole. Takie ukształtowanie postępowania międzyinstancyjnego według projektodawców prowadziło do niepotrzebnego dublowania czynności, zbędnego obciążenia sądów I instancji oraz dawało pole do rozbieżności ocen co do wystąpienia braków formalnych[14].

Również w literaturze dwufazowy system postępowania międzyinstancyjnego bywał sporadycznie krytykowany jako prawnie ułomny i niewydolny funkcjonalnie[15]. Zauważono, że w skrajnych przypadkach takie „przerzucanie się" aktami mogło trwać nawet kilkanaście miesięcy, w trakcie których strona była pozbawiona możliwości realizacji swoich praw[16]. Z drugiej strony podkreślano natomiast, że podwójna kontrola ze strony sądów I i II instancji zwiększała prawdopodobieństwo wykrycia wad orzeczeń powstałych wskutek błędów sądu, a więc w większym stopniu gwarantowała rzetelną ocenę dopuszczalności i prawidłowości apelacji[17].

Ze względu na dostrzeżone niedoskonałości ustawodawca zdecydował się na zmianę postępowania międzyinstancyjnego, do czego doszło przez uchylenie

[11] Uzasadnienie projektu, s. 72.

[12] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 210.

[13] T. Zembrzuski, *Dokąd zmierza apelacja w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy" 2019, nr 7–8, s. 53.

[14] Uzasadnienie projektu, s. 79.

[15] A. Bąk, A. Gołębiowska, *Niektóre zagadnienia wstępnego postępowania apelacyjnego w sprawie cywilnej* [w:] *Jus et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, red. A. Jakubecki, J.A. Strzępka, Warszawa 2010, s. 50 i n.

[16] M. Śladkowski, *Apelacja i zażalenie w postępowaniu cywilnym po zmianach dokonanych ustawą z dnia 4 lipca 2019 r.*, „Roczniki Administracji i Prawa" 2020, nr 4, s. 181–201.

[17] T. Zembrzuski, *Dokąd zmierza*…, s. 54.

art. 370 k.p.c. oraz wprowadzenie zmian do treści przepisów art. 371 k.p.c. i 373 § 1 k.p.c. Na skutek wprowadzonych zmian postępowanie międzyinstancyjne zostało skoncentrowane w sądzie II instancji[18]. Zgodnie bowiem z art. 373 § 1 k.p.c. kontroli apelacji pod kątem dopuszczalności, terminowości i wymagań formalnych dokonuje wyłącznie sąd II instancji[19]. Rola sądu I instancji została natomiast ograniczona jedynie do niezwłocznego przekazania akt sprawy sądowi II instancji (art. 371 k.p.c.). Z powyższą zmianą koresponduje regulacja postępowania sądu II instancji w przypadku wniesienia apelacji bezpośrednio do tego sądu. Wówczas nie ma już potrzeby przesyłania apelacji sądowi I instancji, wystarczy bowiem jedynie zawiadomić go o wniesieniu apelacji oraz zażądać przedstawienia akt sprawy. Powodu wprowadzonej w tym zakresie nowelizacji upatruje się w odciążeniu sądów, zwłaszcza wielkomiejskich, w których każda czynność obrotu pocztowego zabiera około miesiąca, a czasem nawet kilka miesięcy.

Spoglądając na powyższe zmiany z perspektywy przyspieszenia i usprawnienia postępowania apelacyjnego, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że powierzenie sądowi II instancji wyłącznej kompetencji do kontroli szeroko rozumianej dopuszczalności apelacji powinno skrócić czas upływający od momentu wniesienia apelacji do sądu I instancji do chwili jej wpływu do sądu II instancji. Zmiana ta ma zatem realną szansę na skrócenie postępowania międzyinstancyjnego. W literaturze zgłasza się jednak wątpliwości odnośnie do wpływu tych zmian na przyspieszenie postępowania apelacyjnego w ogólności. Zauważa się w szczególności, że o ile nie zmieni się liczba wnoszonych apelacji, strona na wyznaczenie rozprawy apelacyjnej najprawdopodobniej będzie musiała czekać tyle samo czasu ile dotychczas, chyba że w apelacji nie złoży wniosku o przeprowadzenie rozprawy, a sąd II instancji rozpozna sprawę na posiedzeniu niejawnym (art. 374 k.p.c.)[20].

Co więcej, przyjęcie powyższych rozwiązań oznacza przeniesienie ciężaru podejmowania wszystkich czynności kontrolnych na sądy II instancji, co może mieć negatywny wpływ na czas rozpoznania apelacji. Projektodawca starał się co prawda zapobiec nadmiernemu obciążaniu sądów II instancji przez powierzenie kompetencji do wykonywania czynności związanych z nadaniem biegu apelacji również referendarzom sądowym (art. 372 § 2 k.p.c.). Założono bowiem, że przyznanie referendarzom sądowym uprawnienia do dokonywania kontroli przesłanek skutecznego wniesienia apelacji jest możliwe, gdyż czynności te nie stanowią wymiaru sprawiedliwości, a tylko formę ochrony prawnej[21]. Z punktu widzenia sprawności całokształtu postępowania rozwiązanie takie zasługuje na pozytywną ocenę, gdyż odciąża ono sędziów od czynności o charakterze proceduralnym, zaś

[18] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 216.

[19] M. Manowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. A. Adamczuk, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, Warszawa 2020, s. 1103 i n.

[20] K. Drozdowicz, *Czy uchylenie art. 370 KPC przyspieszy rozpoznawanie spraw przed sądami II instancji?*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 4, s. 220.

[21] Uzasadnienie projektu, s. 80.

ewentualna skarga na postanowienie referendarza rozpatrywana powinna być szybciej niż zażalenie na postanowienie sądu I instancji[22]. Warto jednak w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że możliwość osiągnięcia zakładanych założeń wydaje się problematyczna z punktu widzenia małej liczby stanowisk referendarskich w sądach II instancji. Jak słusznie zauważa bowiem K. Drozdowicz, jeżeli stan zatrudnienia referendarzy w sądach apelacyjnych i okręgowych nie ulegnie zmianie, art. 372 § 2 będzie miał charakter blankietowy[23].

Zmiany w treści apelacji

Zdaniem projektodawcy przyspieszeniu biegu postępowania mają służyć także zmiany w obszarze regulacji warunków formalnych apelacji. W tym zakresie zmianie uległa dotychczasowa treść art. 368 k.p.c., którą w szczególności uzupełniono o nowe jednostki redakcyjne, tj. § 1^1–1^3.

Jedna ze zmian w treści art. 368 k.p.c. sprowadza się do pominięcia w § 1 pkt 4 fragmentu „oraz wykazanie, że ich powołanie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji nie było możliwe albo, że potrzeba powołania się na nie wynikła później", który powiązany dotychczas był z powoływaniem w apelacji nowych faktów lub dowodów. Wymóg ten został przeniesiony do dodanego na mocy nowelizacji § 1^2 z tą jednak różnicą, że przepis ten wskazuje, iż apelujący ma uprawdopodobnić, a nie wykazać, że powołanie nowych faktów lub dowodów przed sądem I instancji nie było możliwe albo potrzeba ich powołania wynikła później. Istotą tego przepisu jest wymaganie uprawdopodobnienia okoliczności, które dotąd wymagały wykazania. Określa on zatem stopień dowodu wymagany od apelanta, który jest niezbędny do dopuszczenia nowego materiału procesowego[24]. Zmiany tej nie należy jednak odbierać jako zmiany o charakterze merytorycznym, gdyż również na gruncie poprzedniego stanu prawnego przyjmowano, że obowiązek wykazania wspomnianych okoliczności oznacza, że strona powinna co najmniej uprawdopodobnić ich wystąpienie[25]. W obecnym stanie prawnym, podobnie jak dotychczas, można zatem przekonać sąd o istnieniu przesłanki nowości bez konieczności sięgania po sformalizowane dowody[26].

Kolejną zmianą w treści art. 368 k.p.c. jest wprowadzenie do wymogów formalnych apelacji obowiązku wskazania przez skarżącego w zarzutach co do podstawy

---

[22] *Ibidem*.

[23] K. Drozdowicz, *Czy uchylenie*…, s. 220.

[24] P. Rylski, *Zmiany w przepisach o postępowaniu apelacyjnym w świetle modelu apelacji cywilnej*, „Polski Proces Cywilny" 2020, nr 1, s. 119–142.

[25] A. Kościółek, *Regulacja prawna apelacji w świetle nowelizacji KPC*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 21, s. 1157.

[26] M. Kłos [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz do art. 205^1–424^{12}*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, s. 908.

faktycznej rozstrzygnięcia faktów ustalonych przez sąd I instancji niezgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy lub istotnych dla rozstrzygnięcia faktów nieustalonych przez sąd I instancji (art. 368 § 1^1 k.p.c.). Jak słusznie zauważa się w literaturze, powyższa zmiana, mimo możliwości usprawnienia postępowania, może spowodować trudność dla strony we właściwym rozeznaniu i oznaczeniu tych faktów w treści apelacji[27]. Można wątpić, czy nowe wymagania formalne będą mogły spełnić osoby niezastępowane w postępowaniu apelacyjnym przez profesjonalnego pełnomocnika[28].

Jeżeli zaś chodzi o dodany na mocy nowelizacji art. 368 § 1^3 k.p.c., przepis ten ma charakter techniczny. Powołując fakt wykazany dowodem utrwalonym za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk, apelujący ma obowiązek oznaczyć część zapisu dotyczącego tego faktu. Mimo że z uzasadnienia wynika, że chodzi o dowody utrwalone za pomocą protokołu elektronicznego, analiza przepisów postępowania cywilnego o postępowaniu dowodowym jednoznacznie wskazuje, że zastosowanie art. 368 § 1^3 k.p.c. ma szerszy zakres. Dotyczy również dowodów, o których mowa w art. 308 k.p.c., a zatem dokumentów zawierających zapis obrazu, dźwięku albo obrazu i dźwięku[29]. Wprowadzoną zmianę należy oceniać pozytywnie z perspektywy przyspieszenia postępowania, gdyż sąd łatwiej odnajdzie właściwy dowód w nagraniu, unikając odsłuchiwania nierzadko wielu godzin nagrań niewiążących się z zarzutami apelacji. Jak słusznie zauważa ustawodawca, strona, która powołuje taki fakt, wie już, w której części zapisu znajduje się odnośny fragment, skoro na podstawie tego faktu wniosła apelację. Wymóg wykazania go nie obciąży nadmiernie strony, a uwolni sąd odwoławczy od sporej ilości zbytecznych wysiłków[30]. Powyższa modyfikacja koresponduje z realizacją postulatów szybkości i sprawności postępowania sądowego, a ponadto służy przeciwdziałaniu jego przewlekłości[31].

Rozpoznanie apelacji na posiedzeniu niejawnym

Zdaniem projektodawców przyspieszeniu postępowania drugoinstancyjnego służyć mają także zmiany w zakresie forum procedowania sądu odwoławczego. Uznano bowiem, że dotychczasowa możliwość rozpoznania apelacji na posiedzeniu niejawnym, ograniczona do przypadków cofnięcia pozwu, cofnięcia apelacji oraz nieważności postępowania, nie jest wystarczająca. W efekcie na wzór

[27] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 215.

[28] T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2020, s. 60–66.

[29] M. Kłos [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz do art. 205^1–424^{12}*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019, s. 909.

[30] Uzasadnienie projektu, s. 81.

[31] G. Kamieński, *Zmiany w postępowaniu odwoławczym w związku z reformą KPC*, Warszawa 2019, s. 4.

obowiązującego od 8 września 2016 r. w postępowaniu w I instancji art. 148^1 § 1 k.p.c. poszerzono możliwość rozpoznania apelacji przez sąd odwoławczy na posiedzeniu niejawnym. Projektodawca wyszedł bowiem z założenia, że skoro wprowadzono do postępowania pierwszoinstancyjnego możliwość rozpoznawania spraw na posiedzeniu niejawnym, to zastosowanie takiego rozwiązania jest tym bardziej możliwe w postępowaniu drugoinstancyjnym.

Powołując się na doświadczenie praktyczne płynące z orzecznictwa sądów odwoławczych, projektodawca rozszerzył dopuszczalne granice rozpoznania apelacji na posiedzeniu niejawnym o przesłankę obejmującą brak konieczności przeprowadzenia rozprawy, pozostawiając ocenę tej kwestii uznaniu sądu (art. 374 zd. 1 k.p.c.). Rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym jest przy tym niedopuszczalne, jeżeli strona w apelacji lub odpowiedzi na apelację złożyła wniosek o przeprowadzenie rozprawy (art. 374 zd. 2 k.p.c.). Jeżeli jednak cofnięto pozew lub apelację lub zachodzi nieważność postępowania, procedowanie na posiedzeniu niejawnym jest możliwe niezależnie od ewentualnego wniosku o przeprowadzenie rozprawy (art. 374 zd. 2 *in fine* k.p.c.). Sprawa podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym również wtedy, gdy zachodzi konieczność odrzucenia apelacji, albo w wypadku określonym w art. 3911 k.p.c., a więc w przypadku rozpoznania apelacji od wyroku oddalającego pozew oczywiście bezzasadny. Projektodawca zapewnia, że merytoryczne rozpoznanie spraw na tym nie ucierpi, gdyż strony często nie stawiają się na rozprawy odwoławcze, a jeżeli się stawią, to większość rozpraw odwoławczych sprowadza się tylko do podtrzymania apelacji przez jedną stronę i wniosku o jej oddalenie z drugiej strony, a motywacją stawienia się na rozprawie bywa tylko groźba obciążenia kosztami procesu[32].

Z uzasadnienia projektu nowelizacji wynika, że wprowadzone zmiany w sposób oczywisty mają się przyczynić do przyspieszenia postępowania odwoławczego. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że odstąpienie od wyznaczenia rozprawy rzeczywiście może wpłynąć na szybsze rozpoznanie apelacji, tym bardziej że zgodnie z art. 367 § 3 zd. 2 k.p.c. na posiedzeniu niejawnym sąd orzeka w składzie jednego sędziego. Należy mieć jednak na uwadze to, że w wypadku wydania wyroku na posiedzeniu niejawnym ustawa wymaga składu trzyosobowego (art. 367 § 3 zd. 2 *in fine* k.p.c.). To zaś może sprawić, że wprowadzona na mocy nowelizacji zmiana forum rozpoznania apelacji w praktyce nie spełni pokładanych w niej oczekiwań, a to z racji występujących w niektórych sądach problemów co do ustalenia obsadzenia za pomocą systemu losowania składu trójkowego w taki sposób, by możliwe było ustalenie dogodnego dla wszystkich sędziów terminu posiedzenia. Może się bowiem okazać, że teoretycznie niewymagające zbyt wielkiego nakładu czasu wyznaczenie posiedzenia niejawnego w celu rozpoznania apelacji, tak by zapewnić uczestniczenie w nim wszystkich sędziów bez zakłócania wykonywania przez nich obowiązków w innych sprawach, okaże się zabiegiem skomplikowanym,

[32] *Ibidem*, s. 81.

a w konsekwencji czas trwania postępowania będzie tak samo długi, jak byłby w przypadku wyznaczenia rozprawy[33].

Na marginesie powyższych uwag należy podkreślić że postępowanie apelacyjne ma charakter merytoryczny. W związku z tym objęte jest ono konstytucyjnie gwarantowaną zasadą jawności postępowania sądowego w takim samym stopniu jak postępowanie pierwszoinstancyjne. Jak zauważa A. Kościółek, wprowadzone rozwiązanie jest więc odstępstwem od tej zasady i jako takie nie znajduje wystarczającego uzasadnienia w charakterze tego postępowania[34]. Z kolei M. Michalska-Marciniak uważa, iż brak jest jakiegokolwiek zagrożenia dla jawności, zarówno zewnętrznej, jak i wewnętrznej postępowania, skoro to sama strona ma decydujący głos w kwestii, czy „życzy sobie" przeprowadzenia rozprawy. Jej wniosek w tym zakresie jest dla sądu wiążący i nie podlega merytorycznej ocenie[35].

Apelacja od wyroku oddalającego powództwo oczywiście bezzasadne

Na odrębną uwagę zasługuje art. 391^1 k.p.c. dodany do przepisów kodeksu w celu przyspieszenia i usprawnienia postępowania odwoławczego w ramach szerszej regulacji związanej z uproszczonym trybem rozpoznania sprawy z powództwa oczywiście bezzasadnego. W przypadku wniesienia apelacji od wyroku wydanego w trybie art. 191^1 k.p.c. postępowanie odwoławcze odbywa się na podstawie maksymalnie uproszczonych zasad, takich jak: możliwość rozpoznania apelacji na posiedzeniu niejawnym niezależnie od zwykle wymaganych do tego przesłanek, możliwość odstąpienia od czynności przygotowujących apelację do rozpoznania, ograniczenie zakresu rozpoznania apelacji do ustalenia, czy powództwo rzeczywiście jest oczywiście bezzasadne, wydanie wyłączenie orzeczenia kasatoryjnego w przypadku uznania apelacji za zasadną, ograniczenia uzasadnienia wyroku sądu II instancji w przypadku podzielenia oceny sądu I instancji, doręczenie wyroku sądu II instancji z uzasadnieniem tylko powodowi[36]. Z uzasadnienia projektu nowelizacji wynika, że uproszczenie postępowania w II instancji powinno doprowadzić do tego, że apelacja od wyroku oddalającego powództwo oczywiście bezzasadne będzie rozpoznawana w zasadzie „od ręki", przy czym czas ten zależeć ma od obciążenia konkretnego sądu odwoławczego, choć zasadnie można się spodziewać, że zamknie się on w kilku dniach[37].

---

[33] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 2018.

[34] A. Kościółek, *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018, s. 508 i n.

[35] M. Michalska-Marciniak [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2020, s. 847–848.

[36] Uzasadnienie projektu, s. 37.

[37] *Ibidem*.

Dążenia projektodawcy do przyspieszenia i usprawnienia postępowania w związku z powództwem oczywiście bezzasadnym, choć pozornie słuszne, w literaturze budzą wątpliwości co do ich praktycznego zastosowania[38].

Nieprecyzyjne określenie *powództwo oczywiście bezzasadne* stawia sędziów przed koniecznością dokonania wnikliwej i trudnej oceny, czy dany przypadek wypełnia treścią ten zwrot. Można się spodziewać, że taka ocena nie będzie „zamykać się w kilku dniach". Należy również podkreślić, że brak wypracowanego katalogu przypadków wypełniających treścią zwrot *powództwo oczywiście bezzasadne* może powodować odmienność oceny sędziów sądu I i II instancji co do oczywistej bezzasadności powództwa. W przypadku, gdy sąd II instancji na skutek rozpoznania apelacji uzna, że powództwo nie jest oczywiście bezzasadne, sprawa ponownie trafi do sądu I instancji, gdzie na podstawie art. 386 § 5 k.p.c. rozpatrywać ją będzie sąd w tym samym składzie. Opisywany mechanizm uważany jest w literaturze za instrument „karania" sędziów za popełnione błędy przez konieczność pochylenia się ponownie nad daną sprawą[39]. Może to spowodować, że sędziowie sądów I instancji wobec obaw o należytą ocenę „oczywistości" bezzasadności oraz jej konsekwencje w postaci uchylenia postępowania i przekazania do ponownego rozpoznania będą woleli kierować sprawę na rozprawę niż korzystać z regulacji określonych w art. 191^1 k.p.c. Konsekwencją takich rozwiązań może być marginalizacja tego przepisu.

Należy przy tym pamiętać, że z uwagi na art. 191^1 k.p.c., na podstawie którego sąd I instancji rozstrzyga sprawę bez jej rozpoznania, ponowne rozpoznanie sprawy w I instancji na skutek uchylenia wyroku i przekazania sprawy przez sąd II instancji będzie w zasadzie musiało zachodzić od podstaw[40]. W konsekwencji postępowanie, odwrotnie do zamierzonego celu projektodawcy, ulegnie wydłużeniu o ponowne postępowanie przed sądem I instancji[41].

Przeprowadzenie dowodu przez sędziego wyznaczonego

W zamierzeniu ustawodawcy do przyspieszenia postępowania przed sądem odwoławczym powinno się przyczynić także katalogu poszerzenie sytuacji, w których sąd może zlecić przeprowadzenie dowodu sędziemu wyznaczonemu. Zgodnie z zasadami ogólnymi sąd orzekający zleca przeprowadzenie dowodu jednemu ze swoich członków (sędzia wyznaczony) albo innemu sądowi (sąd wezwany) w wypadkach, gdy przeprowadzeniu dowodu przed sądem orzekającym sprzeciwia się charakter dowodu albo przez wzgląd na poważne niedogodności lub niewspółmierność kosztów w stosunku do przedmiotu sporu (art. 235 § 1 k.p.c.). Nowelizacja uzupełnia

[38] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 220–221.
[39] T. Zembrzuski, *Dokąd zmierza*…, s. 60.
[40] J. Mucha, *Czy znowelizowane przepisy*…, s. 221.
[41] *Ibidem*.

katalog sytuacji z art. 235 § 1 k.p.c., w których może nastąpić przeprowadzenie dowodu przez sędziego wyznaczonego, wprowadzając możliwość zlecenia przeprowadzenia dowodu sędziemu wyznaczonemu, również gdy przyczyni się to do przyspieszenia postępowania.

Wprowadzoną regulację należy ocenić w sposób pozytywny z perspektywy przyspieszenia postępowania, gdyż przeprowadzenie niektórych dowodów nie wymaga udziału pełnego składu sędziowskiego. Jak słusznie wskazano w uzasadnieniu nowelizacji, dowód może przeprowadzić jeden z nich, a dwaj pozostali mogą się zająć czynnościami w innych sprawach[42]. Powyższa regulacja jest jednak wyjątkiem od zasady przeprowadzania postępowania dowodowego przed sądem orzekającym i w związku z tym nie może być interpretowana rozszerzająco[43].

Podsumowanie

Reasumując, ustawodawca wprowadza szereg zmian o daleko idących konsekwencjach – zarówno dla sądów obu instancji, jak i dla stron postępowania[44], mających doprowadzić do skrócenia czasu rozpoznawania sprawy w postępowaniu drugoinstancyjnym i usprawnienia pracy sądów. Część z tych rozwiązań już teraz zasługuje na aprobatę (np. możliwość zlecenia przeprowadzenia dowodu sędziemu wyznaczonemu), pozostała część nie poddaje się jednak tak jednoznacznej ocenie (np. przeniesienie postępowania międzyinstancyjnego do sądu II instancji). Pełna ocena znowelizowanych przepisów będzie możliwa dopiero w praktyce ich stosowania.

Mimo dobrej woli ustawodawcy w dążeniu do poprawy jakości postępowań sądowych wprowadzone zmiany charakteryzuje pewna przypadkowość. Brakuje spójnej i kompleksowej wizji, opartej na mocnych podstawach teoretycznych i wiarygodnych badaniach statystycznych[45].

Bibliografia

Bąk A., Gołębiowska A., *Niektóre zagadnienia wstępnego postępowania apelacyjnego w sprawie cywilnej* [w:] *Jus et remedium. Księga jubileuszowa Profesora Mieczysława Sawczuka*, red. A. Jakubecki, J.A. Strzępka, Warszawa 2010.

[42] Uzasadnienie projektu, s. 82.

[43] M. Wójcik [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2019, s. 580–615.

[44] M. Klonowski, *Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena*, „Polski Proces Cywilny" 2018, nr 2, s. 180 –205.

[45] T. Zembrzuski, *Dokąd zmierza*…, s. 65.

Drozdowicz K., *Czy uchylenie art. 370 KPC przyspieszy rozpoznawanie spraw przed sądami II instancji?*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 4.
Ereciński T., *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2020.
Góra-Błaszczykowska A., *Ekspertyza na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy nr 3137*, Warszawa 2019.
Kamieński G., *Zmiany w postępowaniu odwoławczym w związku z reformą KPC*, Warszawa 2019.
Klonowski M., *Kierunki zmian postępowania cywilnego w projekcie Ministra Sprawiedliwości ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw z 27.11.2017 r. – podstawowe założenia, przegląd proponowanych rozwiązań oraz ich ocena*, „Polski Proces Cywilny" 2018, nr 2.
Kłos M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II: *Komentarz do art. 205^1–424^{12}*, red. A. Marciniak, Warszawa 2019.
Kościółek A., *Regulacja prawna apelacji w świetle nowelizacji KPC*, „Monitor Prawniczy" 2019, nr 21.
Kościółek A., *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018.
Manowska M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, red. A. Adamczuk, P. Pruś, M. Radwan, M. Sieńko, E. Stefańska, M. Manowska, Warszawa 2020.
Michalska-Marciniak M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2020.
Mucha J., *Czy znowelizowane przepisy o apelacji przyczynią się do przyspieszenia i usprawnienia postępowania?* [w:] *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, M. Malczyk, Warszawa 2020.
Rylski P., *Zmiany w przepisach o postępowaniu apelacyjnym w świetle modelu apelacji cywilnej*, „Polski Proces Cywilny" 2020, nr 1.
Śladkowski M., *Apelacja i zażalenie w postępowaniu cywilnym po zmianach dokonanych ustawą z dnia 4 lipca 2019 r.*, „Roczniki Administracji i Prawa" 2020, nr 4.
Wójcik M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do wybranych przepisów nowelizacji 2019*, red. A. Jakubecki, Warszawa 2019
Zembrzuski T., *Dokąd zmierza apelacja w postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Sądowy" 2019, nr 7–8.

Streszczenie

Tematem niniejszego opracowania jest analiza mechanizmów przyspieszenia i usprawnienia postępowania apelacyjnego. Problematykę tę omówiono w artykule w świetle zmian legislacyjnych wprowadzonych na mocy ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Z uzasadnienia projektu tej ustawy wynika bowiem, że celem nowelizacji jest przyspieszenie i usprawnienie postępowania cywilnego w ogólności, w szczególności zaś przyspieszenie oraz usprawnienie postępowania drugoinstancyjnego. Analizie poddano zmiany dotyczące uzasadniania wyroku sądu I instancji, zmiany dotyczące postępowania międzyinstancyjnego, zmiany w treści apelacji, rozszerzenie dopuszczalności rozpoznania apelacji na posiedzeniu niejawnym, wprowadzenie uproszczonego trybu rozpoznania apelacji od wyroku oddalającego powództwo oczywiście bezzasadne oraz poszerzenie sytuacji, w których sąd może zlecić przeprowadzenie dowodu sędziemu wyznaczonemu.

Słowa kluczowe: apelacja, nowelizacja, postępowanie cywilne

EXPEDITING AND IMPROVING THE APPEAL PROCEDURE IN THE LIGHT OF AMENDING ACT OF JULY 2019

Summary

The study presents the analysis of expediting and improving mechanisms of the appeal proceedings. This issue is discussed in the article in the light of legislative changes introduced under the Act of July 2019 Amending the Act Civil Procedure Code and Certain Other Acts. From the justification for the bill, it follows that the primary purpose of the amendment is to expedite and improve judicial proceedings in civil cases, whilst particularly expediting and improving an appeal to the court of second instance. The analysis covers the changes in the judgement justification of the court of first instance, changes in proceedings between the first and the second instance, changes in the appeal content, extending the admissibility of examining an appeal in closed session (in camera), introducing a simplified procedure for examining an appeal against a judgement dismissing a claim as manifestly unfounded as well as extending the situations in which the court may order a designated judge to take evidence.

Keywords: appeal, amendment, civil proceedings

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.12

Wojciech J. Kosior

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-4710-4523

NOWA HIPOTEZA DO SPORU O *PUBERTAS* W PRAWIE RZYMSKIM – DYSKUSJA Z UTRWALONYM POGLĄDEM NA TEMAT GRANICY WIEKU 14 LAT

Wprowadzenie

Osoby formalnie dojrzałe w źródłach prawa rzymskiego były określane jako *puberes*[1]. Co do zasady termin ten definiował kategorię osób, które ukończyły 12 lat w przypadku kobiet oraz 14 lat w przypadku mężczyzn i tak też wskazuje się w literaturze[2]. Zastrzeżenia jednak wymaga, że takie stanowisko i sztywne ustalenie

[1] A. Forcellini, *Lexicon Totius Latinitatis*, Prati 1868–1875, s. 952 (s.v. *pubes*); H.G. Heumann, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, s. 434 (s.v. *puber*); *Oxford Latin Dictionary*, Oxford 1968, s. 1511 (s.v. *pubes*); H.E. Dirksen, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum*, Berlin 1837, s. 788 (s.v. *pubes*); A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s. 661 (s.v. *pubes*); J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009, s. 804 (s.v. *puber*); W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 217 (s.v. *pubes*); J.H. Zedler, *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschafften und Künste*, Halle–Leipzig 1732, s. 576 (s.v. *puber*); W. Smith, *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, New York 1878, s. 821 (s.v. *pubes*).

[2] W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1999, s. 144–145; W. Osuchowski, *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1981, s. 182–183; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2009, s. 114–115; C. Kunderewicz, *Rzymskie prawo prywatne*, Łódź 1995, s. 72–73; P. Święcicka, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2011, s. 126; A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2011, s. 147–148; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne,* Warszawa 1969, s. 111; M. Żołnierczuk, *Zarys prawa rzymskiego*, Lublin 1998, s. 76; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bériér, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, s. 192–193; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1986, s. 208–209; M. Kuryłowicz, A. Wiliński, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2008, s. 101; W. Rozwadowski, *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 2002, s. 126–127; H.G. Knothe, *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung*, Frankfurt am Main–Bern–Lang 1983, s. 22–23; M. Kaser, *Handbuch des Römischen Privatrechtes. Handbuch der Altertumswissenschaft. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, s. 275; M. Kaser, R. Knütel, S. Lohsse, *Römisches Privatrecht*, München 2017, s. 97; И.Б. Новицкий, *Римско еправо*, Москва 2017, s. 49; О.М. Пашаева, *Римское право*, Москва 2013, s. 32–33; А.С. Рябова, *Римское Частное Право*,

granic wiekowych jest konsekwencją odwołania się do rozwiązań wypracowanych w późniejszym prawie justyniańskim. Przyjmuje się bowiem, że wcześniej, tj. w okresie prawa klasycznego, brak było takiej kategoryczności w stosunku do wieku męskiej dojrzałości. To podejście jest konsekwencją opinii Gaiusa wyrażonej we fragmencie G. 1, 196, zgodnie z którą w prawie klasycznym w temacie ustalania dojrzałości (*pubertas*) istniał spór między przedstawicielami dwóch szkół prawniczych, tj. sabinianami a prokulianami, o to, w jaki sposób mężczyźni[3] stawali się formalnie dojrzali – czy na podstawie oceny ich cech fizycznych, czy może wraz z przekroczeniem granicy 14 lat. Ten konflikt miał dopiero zakończyć cesarz Justynian w 529 r. w drodze konstytucji (C. 5, 60, 3), rozstrzygając, że chłopiec stawał się formalnie dojrzałym, a przez to nabywał pełną zdolność do czynności prawnych, po przekroczeniu 14 lat życia. Wraz z tym cesarskim rozstrzygnięciem kompilatorzy pracujący nad Digestami i Kodeksem zaczęli uzupełniać klasyczne teksty o wzmianki, że granicą między męską niedojrzałością a dojrzałością był wiek 14 lat[4]. Te dostrzeżone w wyniku wieloletnich badań modyfikacje zostały ujęte w opracowanym w latach 30. XX w. tzw. Indeksie Interpolacji[5].

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie nowego spojrzenia na powyższy pogląd, wypracowanego w drodze przeprowadzonych przeze mnie badań nad tekstami źródłowymi. Prezentowana przeze mnie hipoteza stanowi polemikę z utrwalonym w nauce stanowiskiem na temat sporu o sposoby ustalania męskiej dojrzałości w prawie rzymskim. Zasadniczo w poniższym tekście dokonuję pogłębionej analizy fragmentu G. 1, 196 dla ustalenia rzeczywistego znaczenia granicy wieku 14 lat w okresie prawa klasycznego. Podstawowym pytaniem, jakie stawiam i z którym się mierzę w przedstawionym opracowaniu, jest to, czy można mówić o tym, że spór o *pubertas* rozstrzygnięty został już w II w. n.e. przez cesarza Antoninusa Piusa, a nie jak przyjęto w nauce, w VI w. n.e. przez cesarza Justyniana. W artykule przytaczam też argumenty, które w mojej ocenie przemawiają za takim stanowiskiem.

Томск 2005, s. 47–48; J. Kincl, V. Urfus, M. Skřejpek, *Římské právo*, Praga 1997, s. 76; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, s. 99; C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, Rubbettino 1996, s. 84; F. Mackeldey, *Handbook of the Roman Law*, Philadelphia 1883, s. 130; W. Buckland, *A Textbook of Roman Law form Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, s. 161.

[3] Problemów nie było za to przy ustalaniu dojrzałości kobiety, przyjęto bowiem, że stawała się ona dojrzała po osiągnięciu 12. roku życia. Por. A. Arjava, *Women and Law in Late Antiquity*, New York 1996, s. 112–123; D. Górski, *Kobieta w starożytnym Rzymie: podmiot… czy przedmiot prawa?*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2002, nr 5(8), s. 67–73.

[4] Por. np. D. 28, 1, 5 oraz D. 28, 6, 2, pr.

[5] Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur, Tomus I Ad Libros Digestorum I–XX Pertinens, wyd. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1929; Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur, Tomus II Ad Libros Digestorum XXI–XXXV Pertinens, wyd. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1931; Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur, Tomus III Ad Libros Digestorum XXXVI–L Pertinens, wyd. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1935 oraz Index Interpolationum Quae in Iustiniani Codice Inesse Dicuntur. Tomus in quo ea commemorantur, quae viri docti in scriptis ante annum 1936 editis suspicati sunt, wyd. G. Broggini, Weimar 1969.

Oczywiście mam świadomość tego, że formułowanie nowych hipotez badawczych na gruncie utrwalonych poglądów może wydawać się śmiałym przedsięwzięciem. Jednak z drugiej strony istotą nauki jest przecież prowadzenie badań i wyprowadzanie wniosków, czasem wbrew takim ugruntowanym poglądom. Dlatego też nawet jeżeli zaprezentowana przeze mnie w tym artykule hipoteza spotka się z krytyką, to wartością prezentowanego opracowania stanie się właśnie wywołanie dyskusji na poruszony przeze mnie temat. Uczyni to zadość słowom noblisty W. Heisenberga, który twierdził, że prawdziwa nauka powstaje z dyskusji.

G. 1, 196 – koncepcja sporu, jaką wszyscy znamy

Zasadnicze rozważania wypada zacząć od tytułowego fragmentu G. 1, 196, w którym Gaius pisał o sporze między przedstawicielami dwóch poglądów na temat tego, w jaki sposób należało ustalać wiek dojrzały u mężczyzn, tj. czy wedle konkretnej liczby 14 lat, czy może na podstawie oględzin ciała[6]:

G. 1, 196: *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur: puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diuersae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIIII annos expleuit* [. . . . *tota pag.* . . . . .].

W tekście tym wskazano, że mężczyźni uwalniali się spod opieki wraz z osiągnięciem dojrzałości[7]. Dalej jurysta zaprezentował poglądy ferowane przez przedstawicieli dwóch ścierających się ze sobą szkół prawa. Pierwszy pogląd, za którym optowali sabinianie, odwoływał się do metody tradycyjnej, tj. weryfikacji stanu dojrzałości na podstawie oceny cech fizycznych danej osoby. Podstawowym wyznacznikiem miała być w tym przypadku zdolność do płodzenia dzieci. Był to przejaw konserwatywnego podejścia do prawa i rodowo-arystokratycznych tradycji. Jednak sabinianie dostrzegli też słaby punkt swojej teorii przejawiający się w tym, w jaki sposób stwierdzać należało dojrzałość osób niedorozwiniętych płciowo i eunuchów[8]. Zalecili wówczas, aby stosować do takich osób zasadę, w myśl której

[6] J. Kodrębski, *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974, s. 175 i n.; P. Cumin, *A Manual of Civil Law; Or, Examination in the Institutes of Justinian*, London 1854, s. 50–51; L.S. Cushing, *An Introduction to the Study of the Roman Law*, Boston 1854, s. 101; W.H. Rattigan, *De Jure Personarum, Or, a Treatise on the Roman Law of Persons*, London 1873, s. 234; E. Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, vol. 4, New York 1994, s. 468.

[7] H.L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufgaub und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, s. 199 i n.

[8] M. Kuefler, *The Manly Eunuch: Masculinity, Gender Ambiguity, and Christian Ideology in Late Antiquity*, Chicago–London 2001, s. 33.

stawały się one dojrzałe w wieku, w jakim inni osiągali dojrzałość płciową[9]. Jak słusznie zauważył J. Kodrębski[10], tym stwierdzeniem sabinianie sami przyznawali się do wadliwości swojego rozwiązania, bowiem w przypadku braku stwierdzenia fizycznych cech zewnętrznych osoby sami opierali się na granicy wieku. W omawianym fragmencie Gaius przytoczył też pogląd szkoły przeciwnej sabinianom, tj. prokulian, w myśl którego dojrzałość należało oceniać wyłącznie na podstawie wieku danej osoby przy jednoczesnym przyjęciu 14 lat jako granicy dojrzałości.

Analiza tekstu G. 1, 196 może wskazywać na to, że w prawie klasycznym rzeczywiście istniał spór co do sposobów ustalania *pubertatis* chłopców. Z jednej strony znajdowali się zwolennicy tradycyjnej metody, aby dojrzałość formalną wiązać z dosłowną dojrzałością fizyczną, a z drugiej stronnicy poglądu, aby męska dojrzałość zaczynała się wraz z odgórnie ustalonym wiekiem 14 lat, bowiem ta metoda sprawdziła się wcześniej w przypadku kobiet. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że taki klasyczny spór był toczony między dwiema szkołami prawa, ale najprawdopodobniej pogląd sabinian nie wytrzymał próby praktyki życiowej, która poszła w odmiennym kierunku. Za takim stanowiskiem opowiedzieli się przykładowo E. Volterra[11] oraz F. Schulz[12]. Warto też przytoczyć interesujące twierdzenie B. Zuberta[13], który uznał, że pomimo przyjęcia numerycznie określanej granicy wieku w wysokości ukończonych 14 lat metoda *habitus corporis* prawdopodobnie nadal była stosowana w wypadku zaistnienia sporu co do dojrzałości jakiejś osoby.

Przyjmuje się też, że wszelkie wątpliwości w przedmiotowym zakresie, a przez to i klasyczny spór między sabinianami a prokulianami ostatecznie rozstrzygnął cesarz Justynian konstytucją z 529 r.[14]:

C. 5, 60, 3, Imperator Justinianus: *Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecantes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indagnatione corporis inhonesta cessante*.

Cesarz uznał, że skoro w przypadku kobiet utrwalony został pogląd, aby traktować je za dojrzałe wraz z osiągnięciem przez nie 12 lat, to również należało zrezygnować z nieskromnej metody badania ciała mężczyzn i także im trzeba było przypisać numeryczną granicę dojrzałości, którą ustalono na 14 lat[15]. Potwierdzenie powyższego można znaleźć w Instytucjach Justyniana:

---

[9] Por. M.L. Domenget, *Institutes de Gaius*, Paris 1866, s. 110–113; B. Walker, J.T. Abdy, *The Commentaries of Gaius*, Cambridge 1870, s. 66–67.

[10] J. Kodrębski, *Sabinianie i Prokulianie*…, s. 176.

[11] E. Volterra, *Istituzioni di diritto*…, s. 653.

[12] F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, s. 165.

[13] B. Zubert, *Przeszkoda wieku do zaręczyn i małżeństwa w prawie rzymskim*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne" 1966, R. 13, s. 95.

[14] O reformie Justyniania por. A.B. Schwarz, *Die Justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1952, no. 69, s. 345 i n.

[15] P. Kruger, *Codex Iustinianus*, Berolini 1877, s. 490.

I. 1, 22, pr.: *Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur*.

Tekst ten stanowi, że momentem wyjścia spod opieki było osiągnięcie dojrzałości[16]. Dalej czytamy, że dawniej dojrzałość w przypadku mężczyzn oceniano nie na podstawie lat, ale według stanu ciała. Jednak z uwagi na to, że już w czasach poprzednich metodę badania ciała w przypadku kobiet uznano za wstydliwą, to z uwagi na czystość (moralność) ówczesnych czasów należało tę zasadę rozciągnąć również na mężczyzn. Dlatego też postanowiono, że formalna dojrzałość u mężczyzny zaczynała się po ukończeniu 14. roku życia, zaś pradawny zwyczaj, w myśl którego kobieta stawała się dojrzałą po ukończeniu 12 lat, został zachowany, bowiem w tym wieku nabywała zdolność do rodzenia dzieci[17].

G. 1, 196 – spór, którego nie było? Problem tekstów G. 1, 40 i G. 2, 113

Z powyższych rozważań może wydawać się, że wszystko składa się w spójną i logiczną całość. W takim ujęciu można by za Gaiusem przyjąć, że w okresie prawa klasycznego toczony był spór między sabinianami i prokulianami co do tego, w jaki sposób mężczyźni stawali się dojrzali (*puberes*) i nabywali pełną zdolność do czynności prawnych, tj. czy następowało to po przekroczeniu konkretnej granicy wiekowej (14 lat), czy może ustalano to indywidualnie w drodze badania cech fizycznych ciała (*habitus corporis*). Można by też uznać, że najprawdopodobniej pogląd sabinian o potrzebie każdorazowego badania fizycznego nie wytrzymał konfrontacji z rzeczywistością, ale ostatecznie dopiero cesarz Justynian miał zakończyć ten spór, przyjmując, że dojrzałość u mężczyzn zaczynała się wraz z przekroczeniem 14 lat.

Tak skonstruowany koncept mogą jednak podważać teksty samego Gaiusa, w których sam niejako kwestionuje to, jakoby jakikolwiek spór o sposób definiowania męskiej dojrzałości istniał, i kategorycznie przyjmuje koncepcję liczbowej granicy wieku 14 lat jako początku męskiej *pubertatis*. Otóż Gaius, który był

[16] J.T. Abdy, B. Walker, *The Institutes of Justinian*, Cambridge 1876, s. 61.

[17] Zob. J.G. Younger, *Sex in the Ancient World. From A to Z*, London–New York 2005, s. 126–127; D. Gourevitch, M. Raepsaet-Charlier, *La donna nella Roma antica*, Firenze–Milano 2003, s. 105.

przedstawicielem szkoły sabinian opowiadającej się za tradycyjną metodą *habitus corporis*, w swoich Instytucjach dwukrotnie, w dwóch różnych księgach, odwołał się do zasady, aby moment nabycia pełnej zdolności do czynności prawnych (czyli faktycznie dojrzałości) u mężczyzn łączyć z konkretną granicą 14 lat, a nie z jakimkolwiek badaniem ciała – oznaczać to by mogło, że sam jurysta nie zgadzał się z poglądem szkoły, której był przedstawicielem. Mowa tutaj o poniższych fragmentach:

G. 1, 40: *Cum ergo certus modus manumittendi minoribus XX annorum dominis per legem Aeliam Sentiam constitutus sit, euenit, ut qui XIIII annos aetatis expleuerit, licet testamentum facere possit et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen si adhuc minor sit annorum XX, libertatem seruo dare non possit*.

G. 2, 113: *Videntur ergo melioris condicionis esse feminae quam masculi; nam masculus minor annorum XIIII testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere uelit, femina uero potest; facta enim XII annorum testamenti faciundi ius nanciscitur*.

Nie wchodząc w szczegóły tych tekstów, wystarczy wskazać, że obydwa dotyczą zdolności mężczyzn do sporządzenia testamentu i w obydwu podkreślono, że taką zdolność mężczyzna nabywał po przekroczeniu granicy 14 lat. Gdy był poniżej tej granicy wieku, to nie mógł sporządzić testamentu. Podobnie zresztą we fragmencie Epit. Gai. 2, 2, 2[18] bazującym przecież na Instytucjach wskazano, że mężczyzna niedojrzały, tj. poniżej 14. roku życia, testamentu sporządzić nie mógł. Zdolność do testowania była nierozerwalnie związana z pełną zdolnością do czynności prawnych, a o tej zaś decydował fakt dojrzałości (*pubes*).

Wobec powyższego pojawia się problem, w jaki sposób rozumieć teksty autorstwa Gaiusa (G. 2, 113 i G. 1, 40) oraz komentarz do jego instytucji (Epit. Gai. 2, 2, 2), gdzie wprost i kategorycznie wskazano, że mężczyźni mogli sporządzać testamenty od 14. roku życia. Jakby nie patrząc, Gaius przyznał w tych tekstach, że o zdolności do testowania, a tym samym o pełnej zdolności do czynności prawnych i dojrzałości decydowało przekroczenie konkretnej granicy wiekowej 14 lat. Jeżeli stanowczo przyjąć, że w okresie klasycznym toczony był w praktyce opisany wcześniej spór o sposoby definiowania męskiej dojrzałości, to wychodzi z tego, że Gaius stanął w opozycji do poglądów szkoły sabinian, której przecież był przedstawicielem. Gdyby jednak uznać, że Gaius pozostał wierny tym przekonaniom, to powstałby paradoks prawny nie do rozstrzygnięcia. Jeśliby bowiem oprzeć się wyłącznie na literalnej analizie tych tekstów i poglądów na temat ustalania dojrzałości, to teoretycznie możliwa byłaby sytuacja, w której chłopiec ukończywszy 14 lat nabyłby prawo do testowania (zgodnie z G. 2, 113 i G. 1, 40), gdy jeszcze nie byłby formalnie dojrzałym z uwagi na odmowę przyznania mu tego statusu na podstawie oględzin jego ciała (przy przyjęciu, że jego cechy fizyczne nie były

[18] Epit. Gai. 2, 2, 2: *Item testamenta facere non possunt impuberes, id est minores quatuordecim annorum, aut puellae duodecim*.

jeszcze wystarczająco rozwinięte). Czyżby zatem Gaius dopuszczał wyjątek, w którym (jeszcze) fizycznie niedojrzali mający ukończone 14 lat nabywali prawo do testowania? Taki pogląd należałoby odrzucić, chociażby w świetle innych opinii Gaiusa wyrażonych wobec niedojrzałych, przez co nie sposób uznać, iżby jurysta uznawał ich prawo do sporządzania testamentów. Innym wytłumaczeniem byłoby to, że Gaius w swoich opiniach po prostu przychylił się do jednej ze stron konfliktu i uznał wyższość poglądu prokulian, że dojrzałość zaczynała się wraz z 14 latami. To jednak wytłumaczenie może jawić się jako wątpliwe, zwłaszcza jeżeli wziąć pod uwagę to, że Gaius zaliczany był do przedstawicieli szkoły sabinian[19], czyli tej, która uznawała wyższość ustalania dojrzałości na podstawie oględzin fizycznych i negowała wiązanie dojrzałości wraz z konkretnym wiekiem. W swoich badaniach brałem również pod uwagę dość skrajny pogląd o interpolacjach w Instytucjach Gaiusa, mogący wskazywać na to, że stanowcze użycie granicy 14 lat przez jurystę mogło być efektem pracy kompilatorów. Zagadnieniem interpolacji w Instytucjach Gaiusa zajmował się Ch. Appelton[20], który jednak nie dopatrzył się żadnych modyfikacji w interesujących mnie fragmentach G. 2, 113 i G. 1, 40. Pogląd ten jest zasadny i w świetle współczesnego stanu badań.

Nowa hipoteza – nowe spojrzenie na G. 1, 196

Jak wskazano wyżej, Gaius z jednej strony w G. 1, 196 pisał o sporze o sposób ustalania męskiej formalnej dojrzałości, a z drugiej strony w jego tekstach G. 1, 40 i G. 2, 113 nie ma śladu po tym, aby taki spór w ogóle miał jakiekolwiek znaczenie. Moim zdaniem tego problemu nie uda się rozwiązać wyłącznie w drodze samej tylko literalnej analizy tych tekstów. W tym przypadku trzeba sięgnąć do technicznej wykładni polegającej na głębszej analizie budowy tytułowego tekstu źródłowego, ze szczególnym uwzględnieniem historii jego rekonstrukcji.

Wyjaśniając powyższe stwierdzenie, należy zwrócić uwagę na bardzo istotną okoliczność związaną z fragmentem G. 1, 196. Tekst, jaki dzisiaj znany i jaki zacytowałem we wcześniejszej części artykułu, został zaczerpnięty z wydania Instytucji Gaiusa opracowanego przez E. Seckela i B. Küblera[21] i zawiera efekty dokonanej wcześniej rekonstrukcji odnalezionego w Weronie rękopisu Instytucji. Trzeba bowiem pamiętać, że Instytucje Gaiusa przez wieki pozostawały nieodkryte. Jedynie przypadkiem w XVIII w. odkryto pergamin zawierający teksty listów św. Hieronima, które zostały napisane na wcześniej zmytym łacińskim tekście jakiegoś dzieła o charakterze prawniczym. Tym dziełem okazały się być właśnie Instytucje Gaiusa, nad

[19] Por. W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny*…, s. 280 (s.v. *Gaius*).

[20] Por. Ch. Appelton, *Les interpolations dans Gaius. La vraie date de ses Institutes. Critiques qu'elles ont soulevées*, „Revue historique de droit français et étranger" 1929, no. 4(8), s. 197–241.

[21] E. Seckel, B. Kübler, *Gai Institutionum commentarii quattuor*, Leipzig 1938.

którymi z początkiem XIX w. rozpoczęto prace rekonstrukcyjne. Warto o tym wspomnieć z tego względu, że rekonstrukcja objęła m.in. właśnie interesującą mnie część dotyczącą granicy wiekowej 14 lat i fragmentu G. 1, 196. Na pierwszej, dokonanej w 1817 r. przez J. Göschena, E. Beckera oraz M. Bethmanna-Hollwega z Akademii Nauk w Berlinie transkrypcji tekstu Instytucji fragment G. 1, 196 znajduje się na stronie z numerem 52. Patrząc na tę stronę, możemy zauważyć, że fragment G. 1, 196 nie został odtworzony w całości, a jedynie składa się z pojedynczych słów. Kolejna strona 53 nie została w ogóle odczytana. Następny w miarę czytelny fragment pojawia się na stronie 54[22] i też dotyczy spraw związanych z wiekiem. Oznacza to, że Gaius przez trzy strony rękopisu (oznaczone przez badaczy numerami 52, 53 i 54) prowadził wywód na temat kwestii wieku i formalnej dojrzałości.

Następnie należy postawić pytanie o to, w jaki sposób doszło do opracowania tekstu w wersji, jaką dzisiaj znamy i cytujemy, skoro fragment G. 1, 196 nie zachował się w całości. Odpowiedź wydaje się być następująca – otóż na stronie 52 transkrypcji Instytucji z 1817 r. widoczna jest odręczna notatka autorów pracujących nad rekonstrukcją tekstu z odwołaniem do fragmentu Epit. Ulp. 11, 28, czyli do części *Regulae Ulpiani*, które – jak się powszechnie przyjmuje – powstały najprawdopodobniej z wykorzystaniem Instytucji Gaiusa[23]. Nie pozostawia to wątpliwości, że ten fragment posłużył badaczom za bazę do rekonstrukcji interesującego mnie tekstu, zaś jego treść przedstawia się następująco:

Epit. Ulp. 11, 28: *Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit; Proculeiani autem eum, qui quattuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum*.

W powyższym tekście mowa jest o tym, że dla kasjan[24] męska dojrzałość wiązała się z fizycznym stanem ciała, tj. ze zdolnością do płodzenia dzieci, zaś dla prokulian dojrzałość oznaczała osiągnięcie 14. roku życia. Autor fragmentu przytoczył również pogląd pośredni ferowany przez jurystę Luciusa Priscusa, który dojrzałość człowieka sugerował łączyć zarówno z wyglądem ciała, jak i liczbą lat[25].

Moim zdaniem szukając rozwiązania sporu o ustalenie męskiego *pubertas*, nie możemy przejść obojętnie nad faktem, że tekst G. 1, 196 nie został w całości odtworzony. Co więcej, to właśnie na tym, że tekst ten nie zachował się w całości, opieram swoją nową hipotezę badawczą. Jak wspomniałem wcześniej, Gaius rozważaniom

[22] Jest to fragment oznaczony współcześnie jako G. 1, 197, [. . . . .] *aetatem peruenerit, in qua res suas tueri possit, sicuti apud peregrinas gentes custodiri superius indicauimus*.

[23] Por. B. Czech-Jezierska, *Teodor Dydyński i legenda Gaiusa*, „Łódzkie Studia Teologiczne" 2018, nr 27(2), s. 29 (zob. przyp. 37).

[24] Inaczej sabinianie. Por. A. Dębiński, K. Burczak, *Ulpiani Liber singularis regularum. Przekład i objaśnienia*, Lublin 2016, s. 77.

[25] Por. J. Muirhead, *The Institutes of Gaius and Rules of Ulpian*, Edinburgh 1880, s. 387; J.T. Abdy, B. Walker, *The Commentaries*…, s. 399.

wieku poświęcił niemal trzy kolejne strony swojego rękopisu, a udało się odtworzyć jedynie kilka pojedynczych zdań (właściwie słów) uzupełnionych przez odwołanie do później powstałego dzieła najprawdopodobniej opartego na Instytucjach Gaiusa (Epit. Ulp. 11, 28). Wedle mojej autorskiej koncepcji nie jest wykluczone, że w brakującej części swojego wywodu w G. 1, 196 jurysta zaprezentował nie tylko istotę toczonego sporu i rywalizujące poglądy, ale być może zawarł tam też zdania mówiące o tym, że w praktyce prawnej wyznaczania momentu męskiej dojrzałości decydowała konkretna liczbowa granica 14 lat. Innymi słowy – uważam, że sam Gaius mógł w tym brakującym tekście wskazać, że w praktyce spór został rozstrzygnięty na korzyść prokulian ferujących pogląd o wyższości liczbowej granicy 14 lat. Najprawdopodobniej mógł przy tym się odwołać do konstytucji cesarza Antoninusa Piusa, w czasach panowania którego Gaius tworzył swoje dzieło. Jest kilka argumentów, które doprowadziły mnie do postawienia takiej hipotezy.

W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymaga to, skąd pojawił się pomysł, aby przyjąć, że Gaius w omawianym fragmencie po przedstawieniu różnych poglądów zaprezentował też ostateczne rozstrzygnięcie. Mianowicie w Instytucjach możemy znaleźć podobnie skonstruowany tekst, w którym Gaius, wyjaśniając określoną instytucję prawną, najpierw przytoczył różne koncepcje ferowane przez ówczesnych jurystów, zaś na końcu zaprezentował rozwiązanie sporu, odwołując się do cesarskiej konstytucji. Takim fragmentem jest G. 2, 195[26], gdzie Gaius przy okazji wyjaśniania instytucji legatu przywołał poglądy Sabinusa i Kasjusza oraz przeciwne im opinie Nerwy i Proculusa, zaś na końcu wskazał, że ten spór rozstrzygnął swoją konstytucją cesarz Antoninus Pius. Niewykluczone, że podobnie mogło być w spornym i nieodczytanym w całości fragmencie G. 1, 196, gdzie Gaius najpierw przedstawił różne poglądy prawne na temat ustalania męskiej dojrzałości, a na końcu mógł zaprezentować cesarskie rozstrzygnięcie. Warto też zauważyć, że we wcześniej omówionym fragmencie Epit. Ulp. 11, 28, bazującym na G. 1, 196, oprócz poglądów sabinian i prokulian wspomniany jest też pogląd pośredni ferowany przez Luciusa Priscusa. Nie jest zatem wykluczone, że również w tych brakujących zdaniach z G. 1, 196 Gaius wspominał o tym stanowisku, ale nie udało się odczytać tego fragmentu w całości. Przyjmuję, że autor fragmentu Epit. Ulp. 11, 28 czerpał wiedzę o poglądach w sporze właśnie z Instytucji, które komentował. Wobec tego można też zapytać, po co Gaius opisywał różne poglądy i spory doktrynalne rzymskich jurystów. Wydaje mi się, że odpowiadając na to, trzeba uwzględnić charakter Instytucji, które miały w swoim założeniu być podręcznikiem

[26] G. 2, 195: *In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse, sed postea quam scierit et spreuerit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerua uero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si uoluerit eam ad se pertinere: sed hodie ex diui Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti uidemur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per uindicationem coloniae, 'Deliberent', inquit, 'decuriones, an ad se uelint pertinere, proinde ac si uni legatus esset'.*

prawa przeznaczonym do nauki, a przez to zasadne było zaprezentowanie różnych spojrzeń na daną instytucję prawną. Zresztą analizując wybrane teksty z Digestów, możemy zauważyć, że juryści klasyczni często w swoich opiniach przytaczali różne wypowiedzi innych autorów wyrażane do komentowanej instytucji prawnej. Nie inaczej mogło być w tym przypadku.

Następnie wyjaśnienia wymaga, skąd pomysł, że to właśnie konstytucja cesarza Antoninusa Piusa mogła posłużyć za podstawę rozstrzygnięcia sporu na korzyść poglądu o wyższości stosowania granicy 14 lat przy wyznaczaniu męskiej *pubertatis*. W tym celu należy odwołać się do opisanych w Digestach dwóch cesarskich reskryptów z II w. n.e. wydanych przez cesarza Antoninusa Piusa w sprawie przesłuchania świadka z użyciem tortur[27]. Informacji o pierwszym z nich dostarczył niejaki Aurelius Arcadius Charisius:

D. 48, 18, 10, Aurelius Arcadius Charisius magister libellorum libro singulari de testibus: *pr. De minore quattuordecim annis quaestio habenda non est, ut et divus Pius Caecilio Iuventiano rescripsit. 1. Sed omnes omnino in maiestatis crimine, quod ad personas principum attinet, si ad testimonium provocentur, cum res exigit, torquentur.*

Jak czytamy w powyższym fragmencie, cesarz Antoninus Pius reskryptem wydanym między 138 a 150 r. n.e.[28], który był adresowany do Caeciliusa Iuventianusa, zabronił stosowania tortur wobec świadków mających mniej niż 14 lat, a więc tych, którzy nie osiągnęli jeszcze wieku dojrzałości. W dalszej części jednak mowa jest o odstępstwie od cesarskiego zalecenia. Mianowicie w przypadku przestępstw z kategorii *maiestatis crimine* wszyscy świadkowie bez wyjątku mieli zostać poddani torturom, ponieważ sprawa dotyczyła wagi państwowej, a więc samego cesarza[29].

O drugim z tych reskryptów wydanych przez cesarza Antoninusa Piusa pisał też Callistratus:

---

[27] Przesłuchanie z użyciem tortur – *quaestio per tormenta* – służyło jako środek uzyskania przyznania się obwinionego lub wiarygodnych zeznań świadków. Tortury w rzymskim procesie karnym jako sposób pozyskiwania dowodów winy oskarżonego były czymś oczywistym i powszechnym. Torturom nie były poddawane określone kategorie osób, zaś jednym z wyłączeń w tym przypadku był właśnie wiek. Zob. szerzej: A. Chmiel, *Zeznania świadków i ich wartość dowodowa w rzymskim procesie karnym*, Lublin 2013 (niepubl. praca doktorska), s. 175–180 i literatura tam cytowana. O stosowaniu tortur w prawie rzymskim por. B. Sitek, *„Quaestionem" intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem* [w:] *Crimina et mores: Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, red. M. Kuryłowicz, Lublin 2001, s. 161–168; J.-P. Levy, *La torture dans le droit romain de la preuve*, „Collatio iuris romani. Études dédiées A Hans Ankum à l'occasion de son 65è anniversaire" 1995, no. 1, s. 241–255; P.A. Brunt, *Evidence given under Torture in the Principate*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1980, no. 1(97), s. 256–265.

[28] R.L. Dise Jr., *The beneficiarii procuratoris of Celeia and the development of the statio network*, „Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik" 1996, no. 113, s. 290 (zob. przyp. 27).

[29] Por. M.G. Zoz, P. Ferretti, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*, vol. II: *Regole generali in tema di successioni*, Trieste 2013, s. 99; D. Dalla, *Senatus consultum Silanianum*, Mailand 1994, s. 98–100; W. Hüttl, *Antoninus Pius: Bd. Römische Reichsbeamte und Offiziere unter Antoninus Pius. Antoninus Pius in den Inschriften seiner Zeit*, Prag 1936, s. 133.

D. 48, 18, 15, 1, Callistratus libro quinto de cognitionibus: *De minore quoque quattuordecim annis in caput alterius quaestionem habendam non esse divus Pius Maecilio rescripsit, maxime cum nullis extrinsecus argumentis accusatio impleatur. Nec tamen consequens esse, ut etiam sine tormentis eisdem credatur: nam aetas, inquit, quae adversus asperitatem quaestionis eos interim tueri videtur, suspectiores quoque eosdem facit ad mentiendi facilitatem*.

Jurysta powołał się na reskrypt cesarski, tym razem kierowany do niejakiego Maeciliusa, w którym wskazano, że nie powinno się stosować tortur w trakcie przesłuchania osób poniżej 14. roku życia w sprawach zagrożonych karą śmierci, a w szczególności wówczas, gdy oskarżenie nie opierało się na solidnej podstawie dowodowej. Powodem ochrony takich świadków było przekonanie, że nim staną się dojrzali, to powinno się im oszczędzić okrucieństwa. W reskrypcie tym cesarz jednak wyraźnie zaznaczył, że zakaz tortur nie oznaczał automatycznie przyznania wiary im zeznaniom, ponieważ uznał, że osoby w tym wieku, a więc do 14. roku życia, czyli niedojrzałe, posiadały skłonności do kłamstwa[30].

Warto też zwrócić uwagę na to, że powyżej zacytowane fragmenty nie dotyczą jednego i tego samego reskryptu, ale każdy z nich opisuje inną cesarską dyspozycję. Przemawia za tym fakt, że każdy z tych reskryptów został zaadresowany do różnych namiestników. Zacytowane reskrypty mające dwóch różnych adresatów zostały wydane przez tego samego cesarza i mogą wskazywać na to, że zamierzeniem Antoninusa Piusa było wprowadzenie jednolitej praktyki w imperium, która zakazywałaby torturowania świadków poniżej 14. roku życia[31]. Z punktu widzenia moich badań istotne jest to, że w obydwu tekstach posłużono się liczbową granicą wieku 14 lat, a nie ogólnym określeniem niedojrzałości – *impubes*. Co oczywiste, bierzemy tu pod uwagę wyłącznie problem męskiej dojrzałości, zważywszy na charakter instytucji świadka w procesie karnym i wykluczenie kobiet z tej roli[32]. Wydanie dwóch różnych reskryptów o takiej samej treści oznacza, że cesarz Antoninus Pius w zasadzie przesądził, jak należało rozumieć granicę między niedojrzałością a dojrzałością. Prawdopodobne jest, że rozstrzygając kwestie przesłuchania świadków w postępowaniu karnym, przy odwołaniu do granicy 14 lat miał na uwadze nieznane nam rozstrzygnięcie wydane przez siebie w sferze prawa prywatnego. Istotne jest też to, że cesarz aż dwukrotnie musiał skierować tożsame reskrypty do namiestników. Można to interpretować w ten sposób, że po zdefiniowaniu przy użyciu granicy wieku 14 lat terminu *pubertas* w prawie prywatnym pojawiły się

[30] Por. J. Ermann, *Die Folterung Freier im römischen Strafprozeß der Kaiserzeit bis Antoninus Pius*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 2000, no. 117, s. 429 i n.

[31] Cesarz Antoninius Pius w swojej prawotwórczej działalności wykazywał pewne tendencje humanitarne. Por. F. Longchamps de Bérier, *Dwie konstytucje Antonina Piusa zakazujące srożenia się nad niewolnikami* [w:] *Crimina et mores: Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, red. M. Kuryłowicz, Lublin 2001, s. 88–89.

[32] A.W. Zumpt, *Der Criminalprozess der Römischen Republik*, Leipzig 1871, s. 247 i n.

wątpliwości, czy tak samo należało ten termin rozumieć na gruncie prawa i postępowania karnego, a to w początkowym okresie wymuszało interwencje cesarskie w dotychczas utrwalone praktyki przesłuchania niedojrzałych świadków. Należy też zwrócić uwagę na to, że te dwa wspomniane cesarskie reskrypty zostały wydane między 138 a 150 r. n.e., tj. jak dzisiaj przyjmujemy – w okresie rozkwitu prawa klasycznego. Co ważne, klasyczny charakter cytowanych tekstów nie był dotychczas kwestionowany w literaturze[33], przez co w ramach domniemania autentyczności przyjmujemy, że fragmenty te zawierają ówczesne zapatrywania prawne, które nie były później modyfikowane przez justyniańskich kompilatorów[34]. Analiza literalna wspomnianych tekstów również i dzisiaj każe uznać ich klasyczny charakter.

Na marginesie powyższych rozważań trzeba też wspomnieć, że w źródłach tylko w jednym jeszcze miejscu odnajdziemy powiązanie zakazu torturowania świadka z jego wiekiem, tj. w D. 29, 5, 1, 33[35]. Tekst ten jest fragmentem opinii wyrażonej na gruncie uchwały *s.c. Silanianum* z 10 r. n.e.[36], w którym udzielono odpowiedzi na pytanie, czy niedojrzali niewolnicy nie tylko nie mogli zostać skazani na karę śmierci, ale też czy należało im zaoszczędzić przesłuchania z użyciem tortur[37]. Jurysta odpowiedział, że nie powinno się stosować tortur wobec niedojrzałych, i powołał się przy tym na generalną zasadę, która zakazywała takich praktyk[38]. Z punktu widzenia moich badań najistotniejsze jest to, że w tekście tym posłużono się zwrotem ogólnym – *impuberes*, bez odwołania do jakiejkolwiek granicy wiekowej. Trzeba też podkreślić, że w całym tytule D. 29, 5 poświęconym *s.c. Silanianum* nie posłużono się numeryczną granicą wiekową na określenie tej grupy wiekowej.

Co ważne, wspomniany tekst przez odwołanie do *s.c. Silanianum* przedstawia zapatrywania prawne obowiązujące przed wydaniem reskryptów przez cesarza Antoninusa Piusa, a to zaś może świadczyć o tym, że wcześniej nie było rozstrzygnięte, jak należało interpretować niedojrzałość u świadków, co z kolei mogło być przejawem sporu, o którym pisał Gaius w G. 1, 196. Kolejną wzmiankę o torturowaniu

---

[33] Na podstawie Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur.

[34] W. Bojarski, *Remarks on textual reconstruction in Roman law* [w:] *Le droit Roman et le mode contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, Varsovie 1996, s. 89.

[35] D. 29, 5, 1, 33, Ulpianus libro 50 ad edictum: *Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus an vero etiam in quaestione? Et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur: et alias solet hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur: terreri tantum solent et habena et ferula vel caedi.*

[36] Świadczy o tym tytuł działu, w którym cytowany tekst się znajduje – D. 29, 5, *De senatus consulto Silaniano et Claudiano: quorum testamenta ne aperiantur.*

[37] Problematyką torturowania niedojrzałych świadków przesłuchiwanych w sprawach dotyczących przestępstw z ustawy *Iulia de de adulteriis coërcendis* zajął się pośrednio K. Stolarski, *Prawno karne regulacje dotyczące niewolników w 'Lex Iulia de adulteriis coercendis' z 18 roku p.n.e.* [w:] *Culpa et poena. Z dziejów prawa karnego*, red. M. Mikuła, P. Suski, Kraków 2009, s. 15–27.

[38] Por. F.W. Wasserschleben, *De quaestionum per tormenta apud Romanos historia commentatio*, Berlin 1834, s. 46–47. Zob. też: K. Amielańczyk, *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana*, Lublin 2006, s. 164 i n.; *idem*, *Głos cesarza Hadriana w sprawie s.c. Silanianum*, „Zeszyty Prawnicze" 2006, nr 6(1), s. 11 i n.

świadków i ich wieku odnajdujemy dopiero w już opisanych reskryptach, w których kategorycznie odwołano się do granicy 14 lat.

Uznanie klasycznego charakteru przytoczonych wyżej reskryptów cesarza Antoninusa Piusa (D. 48, 18, 10 oraz D. 48, 18, 15, 1) może pozwolić na przyjęcie, że w pierwszej połowie II w. n.e. ustalono, że dojrzałość – *pubertas* – zaczynała się wraz z przekroczeniem 14. roku życia. Mniej więcej w tym samym okresie Gaius pisał swoje Instytucje, które datowane są na około 160 r. n.e. Niewykluczone zatem jest, że jurysta we fragmencie G. 1, 196 opisał istnienie wcześniejszego sporu o formalną męską dojrzałość, przedstawił przy tym różne poglądy, a na końcu zawarł rozstrzygnięcie tego sporu, odwołując się do jemu aktualnych cesarskich konstytucji. Dokładnie taką technikę Gaius zastosował we wspomnianym wyżej fragmencie dotyczącym legatów G. 2, 195, gdzie najpierw zaprezentował różne poglądy szkół prawniczych na omawiany temat, zaś na końcu wskazał na to, jak sprawę widział cesarz Antoninus Pius. Słuszności tego poglądu broni też fakt, że w rzeczywistości cesarz Antoninus Pius w tym czasie przyjął, aby granicą między niedojrzałością a dojrzałością była sztywna liczba 14 lat. Tłumaczyłoby to też, dlaczego w dalszych swoich tekstach z Instytucji (G. 2, 113 oraz G. 1, 40) Gaius wprost opowiedział się za takim rozwiązaniem (i to sprzecznym ze stanowiskiem szkoły, którą reprezentował), pomijając w zupełności konflikt dwóch teorii.

W tym miejscu chciałbym dodatkowo wspomnieć o trzech konstytucjach cesarskich rozstrzygających sprawy z zakresu prawa spadkowego, które w swojej treści nawiązują do tekstów Gaiusa wiążących zdolność chłopca do sporządzenia ważnego testamentu (*de facto* zdolność do czynności prawnych) z granicą wieku 14 lat. Mam tu na myśli konstytucje C. 7, 64, 2[39], C. 6, 58, 4[40] oraz C. 6, 22, 4[41], wydane odpowiednio w latach 222, 290 i 294. Nie wchodząc w szczegóły tych dekretów, wystarczy zaznaczyć, że każdy z nich stanowczo – za Gaiusem – łączy zdolność testowania chłopca z granicą wieku 14 lat, i to do tego stopnia, że w jednym z nich nawet stwierdzono, że testament sporządzony przez osobę poniżej tego wieku nie wymagał zaskarżenia, bowiem z mocy prawa uznawało się go za nieistniejący[42].

[39] C. 7, 64, 2, Imperator Alexander Severus: *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiorem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit* (…).

[40] C. 6, 58, 4, Imperatores Diocletianus, Maximianus: *Si aut nullum testamentum nepos patrui tui ordinavit aut intra quattuordecim annos constitutus fecit et agnationis iure successio eius tibi delata est, etiam citra bonorum possessionis subsidium legitimo iure subnixus es.*

[41] C. 6, 22, 4, Imperatores Diocletianus, Maximianus: *Si frater patruelis tuus ante quartum decimum aetatis annum suae decessit, cum facere non potuit testamentum, nihil ex eius postremo recte postulatur iudicio. 1. Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris necdum emersissent vestigia, suum ordinavit sollemniter iudicium, hoc convellere frustra conaris.*

[42] Por. W. Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, „Revue internationale des droits de l'antiquité" 1965, no. 12, s. 347 i n.

Z powyższych konstytucji możemy wyprowadzić wniosek, że zdolność do dokonywania rozporządzeń testamentowych była przez cały okres prawa klasycznego zastrzeżona dla osób dojrzałych, co w przypadku mężczyzn oznaczało osoby po 14. roku życia. Najważniejsze z punktu widzenia moich badań jest to, że te trzy konstytucje w sposób kategoryczny łączą męską dojrzałość (*puberes*) i uprawnienia z niej wynikające z granicą wieku 14 lat. Co prawda tylko pierwsza z zacytowanych konstytucji (C. 7, 64, 2), datowana na 222 r., mieści się w formalnych granicach okresu klasycznego, to jednak dwie pozostałe (C. 6, 58, 4 i C. 6, 22, 4) zostały wydane kilka lat po umownym zakończeniu tego okresu, stąd też nie można im kategorycznie odmówić powiązań z prawem klasycznym, zwłaszcza jeżeli weźmiemy pod uwagę to, że umowną granicę zakończenia okresu prawa klasycznego opracowała późniejsza nauka prawa rzymskiego. Co ważne, wszystkie te konstytucje posługują się stanowczym odwołaniem do granicy 14 lat na długo przed tym, jak zrobił to cesarz Justynian. Trzeba także dodać, że oryginalny charakter tych tekstów, a zwłaszcza w zakresie wieku, nie był kwestionowany w literaturze[43]. Moim zdaniem za ich klasyczną autentycznością przemawia fakt, że w treści tych konstytucji mowa jest o zakazie sporządzania testamentów przez mężczyzn poniżej 14. roku życia, a dokładnie taki pogląd przedstawił Gaius w swoich Instytucjach (G. 2, 113 oraz G. 1, 40), co potwierdza dodatkowo, że te wymienione dekrety mają typowo klasyczny charakter i nie było potrzeby ich późniejszych modyfikacji.

Podsumowanie

Problem zaprezentowany w niniejszym artykule dotyczył pogłębionej analizy fragmentu Instytucji Gaiusa – G. 1, 196 – w którym zawarte są dywagacje jurysty o sposobie ustalania męskiej dojrzałości (*pubertas*). W prawie rzymskim osiągnięcie dojrzałości niosło ze sobą daleko idące skutki, ponieważ z tym momentem chłopiec stawał się mężczyzną z pełną zdolnością do czynności prawnych i powiązanymi z tym uprawnieniami. Wspomniany tekst zawiera w sobie opis sporu, jaki w okresie prawa klasycznego toczyli przedstawiciele dwóch szkół nauki prawa – sabinian i prokulian. Ci pierwsi opowiadali się za tym, aby dojrzałość łączyć z fizyczną dojrzałością ustalaną na podstawie badań ciała, a drudzy optowali za wprowadzeniem sztywnej granicy wieku 14 lat, od której zaczynałaby się formalna dojrzałość. Spór ten miał dopiero w VI w. zakończyć cesarz Justynian, wydając w tym zakresie stosowną konstytucją.

W wyniku przeprowadzonych przeze mnie badań postawiłem zupełnie nową hipotezę, zgodnie z którą spór o *pubertas* mógł zostać rozstrzygnięty dużo wcześniej, bowiem już w II w. przez cesarza Antoninusa Piusa. Punktem wyjścia do sformułowania takiego poglądu był przede wszystkim fakt, że tekst G. 1, 196 nie został

[43] Na podstawie Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur.

w całości odczytany, a jego aktualna wersja jest efektem XIX-wiecznej rekonstrukcji. Stwierdzenie powyższego stwarza zatem możliwość stawiania nowych hipotez badawczych na temat treści tego fragmentu, o ile przemawiają za tym logicznie dające się wyprowadzić argumenty. Do nowego spojrzenia na powyższy fragment i zawarty w nim pogląd skłonił mnie w zasadzie sam Gaius, a dokładniej teksty z jego Instytucji. Jurysta, pisząc o sporze o męską *pubertas*, będąc przedstawicielem jednej ze spierających się szkół prawa, na kartach swojego dzieła zajął stanowisko odmienne. Sabinianie opowiadali się za badaniami fizycznych cech ciała chłopca i od nich chcieli uzależniać przyznanie mu formalnej dojrzałości i połączonej z tym pełnej zdolności do czynności prawnych. Gaius zaś wbrew szkole, z której się wywodził, przy omawianiu instytucji prawa spadkowego (G. 1, 40 i G. 2, 113) zajął stanowisko odmienne, wywyższając pogląd prokulian o granicy wieku 14 lat ponad konserwatywną metodę badania ciała. To dało mi do myślenia o tym, czy ten słynny spór nie został aby rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron. Powyższe w połączeniu ze stwierdzeniem, że tekst G. 1, 196 nie zachował się w całości, dało mi następnie asumpt do dalszych badań. Zwróciłem uwagę na to, że Gaius napisał swoje Instytucje około 160 r. n.e., czyli za panowania cesarza Antoninusa Piusa, na którego zresztą w swoich opiniach wielokrotnie się powoływał. Ustaliłem również, że właśnie cesarz Antoninus Pius wydał dwa odrębne reskrypty (D. 48, 18, 10 oraz D. 48, 18, 15, 1), w których zabronił torturowania niedojrzałych świadków, przy czym – co ważne z punktu widzenia moich badań – niedojrzałość powiązał właśnie z granicą 14 lat. W tekstach zawierających te reskrypty nie dopatrzono się interpolacji, zatem przyjąć należy, że zawierają oryginalne zapatrywania okresu klasycznego. Kolejno pomocniczo odwołałem się do tekstu G. 2, 195, którego budowa jest niezwykle ciekawa. Mianowicie w tym fragmencie Gaius, opisując instytucję zapisu w prawie spadkowym, przedstawił różne ścierające się poglądy, zaś na końcu wskazał rozstrzygnięcie z powołaniem się na konstytucję cesarza Antoninusa Piusa. To wszystko skłoniło mnie do postawienia hipotezy, zgodnie z którą nie jest wykluczone, że fragment G. 1, 196 miał bardzo podobną strukturę, a dokładniej w nim Gaius też zaprezentował różne poglądy na temat męskiej dojrzałości i sposobów jej ustalania, zaś na końcu w części, która nie zachowała się do naszych czasów, wskazał na rozstrzygnięcie sporu, odwołując się do konstytucji cesarza Antoninusa Piusa przemawiającej za wyższością poglądu prokulian i granicy 14 lat dla *pubertas*. Ten sformułowany przeze mnie koncept wzmacniają dodatkowo cesarskie konstytucje z epoki klasycznej (C. 7, 64, 2; C. 6, 58, 4 oraz C. 6, 22, 4), w których posłużono się granicą wieku 14 lat przy okazji rozstrzygania spraw spadkowych, co w zasadzie stanowiło bezpośrednie odwołanie do poglądu z Instytucji Gaiusa.

Przy przyjęciu takiego poglądu należałoby uznać, że zapatrywanie wyrażone w VI w. przez cesarza Justyniana (C. 5, 60, 3 oraz I. 1, 22, pr.) w zasadzie nie było rozstrzygnięciem sporu o sposób ustalania męskiej dojrzałości, ale utrwaleniem wcześniejszego stanowiska zajętego przez cesarza Antoninusa Piusa. Warto

wspomnieć, że w źródłach justyniańskich, a w szczególności w Instytucjach Justyniana, bardzo często znajdujemy odwołania i potwierdzenia stanowisk zajętych wcześniej przez cesarzy Aleksandra Sewera i właśnie Antoninusa Piusa. Nie można zatem kategorycznie wykluczyć, że w przypadku wyznaczania męskiej dojrzałości i granicy wieku 14 lat było tak samo.

Niewykluczone jest też, że mimo konstytucji z II w. cesarza Antoninusa Piusa w praktyce nadal niekiedy stosowano metodę *habitus corporis* przy definiowaniu męskiej dojrzałości. Dlatego w VI w. w ramach ujednolicenia prawa przez cesarza Justyniana postanowiono – tym razem kategorycznie – powtórzyć, że jedyną dopuszczalną metodą ustalania *pubertas* u mężczyzn jest odwołanie do granicy 14 lat. Takie stwierdzenie nie wyłącza przecież hipotezy o tym, że rozstrzygnięcie sporu dokonane zostało na mocy wcześniejszej konstytucji, zaś w VI w. postanowiono tylko przywrócić ją do życia, nadając jej powszechnie obowiązującą moc prawną.

Bibliografia

Abdy J.T., Walker B., *The Institutes of Justinian*, Cambridge 1876.

Amielańczyk K., *Głos cesarza Hadriana w sprawie s.c. Silanianum*, „Zeszyty Prawnicze" 2006, nr 6(1).

Amielańczyk K., *Rzymskie prawo karne w reskryptach cesarza Hadriana*, Lublin 2006.

Appelton Ch., *Les interpolations dans Gaius. La vraie date de ses Institutes. Critiques qu'elles ont soulevées*, „Revue historique de droit français et étranger" 1929, no. 4(8).

Arjava A., *Women and Law in Late Antiquity*, New York 1996.

Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.

Bojarski W., *Remarks on textual reconstruction in Roman law* [w:] *Le droit Roman et le mode contemporain. Mélanges à la mémoire de Henryk Kupiszewski*, Varsovie 1996.

Brunt P.A., *Evidence given under Torture in the Principate*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1980, no. 1(97).

Buckland W.W., *A Textbook of Roman Law form Augustus to Justinian*, Cambridge 1921.

Chmiel A., *Zeznania świadków i ich wartość dowodowa w rzymskim procesie karnym*, Lublin 2013 (niepubl. praca doktorska).

Cumin P., *A Manual of Civil Law; Or, Examination in the Institutes of Justinian*, London 1854.

Cushing L.S., *An Introduction to the Study of the Roman Law*, Boston 1854.

Czech-Jezierska B., *Teodor Dydyński i legenda Gaiusa*, „Łódzkie Studia Teologiczne" 2018, nr 27(2).

Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Bériér F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009.

Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, Mailand 1994.

Dębiński A., Burczak K., *Ulpiani Liber singularis regularum. Przekład i objaśnienia*, Lublin 2016.

Dębiński A., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2011.

Dirksen H.E., *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum*, Berlin 1837.

Dise R.L. Jr., *The beneficiarii procuratoris of Celeia and the development of the statio network*, „Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik" 1996, no. 113.

Domenget M.L., *Institutes de Gaius*, Paris 1866.

Ermann J., *Die Folterung Freier im römischen Strafprozeß der Kaiserzeit bis Antoninus Pius*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 2000, no. 117.
Forcellini A., *Lexicon Totius Latinitatis*, Prati 1868–1875.
Gibbon E., *The Decline and Fall of the Roman Empire*, vol. 4, New York 1994.
Gourevitch D., Raepsaet-Charlier M., *La donna nella Roma antica*, Firenze–Milano 2003.
Górski D., *Kobieta w starożytnym Rzymie: podmiot… czy przedmiot prawa?*, „Studenckie Zeszyty Naukowe" 2002, nr 5(8).
Heumann H.G., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958.
Hüttl W., *Antoninus Pius: Bd. Römische Reichsbeamte und Offiziere unter Antoninus Pius. Antoninus Pius in den Inschriften seiner Zeit*, Prag 1936.
Index Interpolationum Quae in Iustiniani Codice Inesse Dicuntur. Tomus in quo ea commemorantur, quae viri docti in scriptis ante annum 1936 editis suspicati sunt, wyd. G. Broggini, Weimar 1969.
Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur, Tomus I Ad Libros Digestorum I–XX Pertinens, wyd. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1929
Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dic.untur, Tomus II Ad Libros Digestorum XXI–XXXV Pertinens, wyd. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1931.
Index Interpolationum Quae in Iustiniani Digestis Inesse Dicuntur, Tomus III Ad Libros Digestorum XXXVI–L Pertinens, wyd. E. Levy, E. Rabel, Weimar 1935.
Kaser M., *Handbuch des Römischen Privatrechtes. Handbuch der Altertumswissenschaft. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971.
Kaser M., Knütel R., Lohsse S., *Römisches Privatrecht*, München 2017.
Kincl J., Urfus V., Skřejpek M., *Římské právo*, Praga 1997.
Knothe H.G., *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung*, Frankfurt am Main–Bern–Lang 1983.
Kodrębski J., *Sabinianie i Prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974.
Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1986.
Kruger P., *Codex Iustinianus*, Berolini 1877.
Kuefler M., *The Manly Eunuch: Masculinity, Gender Ambiguity, and Christian Ideology in Late Antiquity*, Chicago–London 2001.
Kunderewicz C., *Rzymskie prawo prywatne*, Łódź 1995.
Kuryłowicz M., Wiliński A., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2008.
Levy J.-P., *La torture dans le droit romain de la preuve*, „Collatio iuris romani. Études dédiées A Hans Ankum à l'occasion de son 65è anniversaire" 1995, no. 1.
Litewski W., *Die römische Appellation in Zivilsachen*, „Revue internationale des droits de l'antiquité" 1965, no. 12.
Litewski W., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1999.
Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998.
Longchamps de Bérier F., *Dwie konstytucje Antonina Piusa zakazujące srożenia się nad niewolnikami* [w:] *Crimina et mores: Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, red. M. Kuryłowicz, Lublin 2001.
Mackeldey F., *Handbook of the Roman Law*, Philadelphia 1883.
Muirhead J., *The Institutes of Gaius and Rules of Ulpian*, Edinburgh 1880.
Nelson H.L.W., *Überlieferung, Aufgaub und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981.
Osuchowski W., *Rzymskie prawo prywatne. Zarys wykładu*, Warszawa 1981.
Oxford Latin Dictionary, Oxford 1968.
Rattigan W. H., *De Jure Personarum, Or, a Treatise on the Roman Law of Persons*, London 1873.
Rozwadowski W., *Prawo rzymskie. Zarys wykładu wraz z wyborem źródeł*, Poznań 2002.
Sanfilippo C., *Istituzioni di diritto romano*, Rubbettino 1996.
Schulz F., *Classical Roman Law*, Oxford 1951.

Schwarz A.B., *Die Justinianische Reform des Pubertätsbeginns und die Beilegung juristischer Kontroversen*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung" 1952, no. 69.
Seckel E., Kübler B., *Gai Institutionum commentarii quattuor*, Leipzig 1938.
Sitek B., *„Quaestionem: intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem* [w:] *Crimina et mores: Prawo karne i obyczaje w starożytnym Rzymie*, red. M. Kuryłowicz, Lublin 2001.
Smith W., *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, New York 1878.
Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2009.
Stolarski K., *Prawno karne regulacje dotyczące niewolników w 'Lex Iulia de adulteriis coercendis' z 18 roku p.n.e.* [w:] *Culpa et poena. Z dziejów prawa karnego*, red. M. Mikuła, P. Suski, Kraków 2009.
Święcicka P., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 2011.
Taubenschlag R., *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1969.
Volterra E., *Istituzioni di diritto privato romano,* Roma 1961
Walker B., Abdy J.T., *The Commentaries of Gaius*, Cambridge 1870.
Wasserschleben F.W., *De quaestionum per tormenta apud Romanos historia commentatio*, Berlin 1834.
Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2009.
Younger J.G., *Sex in the Ancient World. From A to Z*, London–New York 2005.
Zedler J.H., *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschafften und Künste*, Halle–Leipzig 1732.
Zoz M.G., Ferretti P., *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*, vol. II: *Regole generali in tema di successioni*, Trieste 2013.
Zubert B., *Przeszkoda wieku do zaręczyn i małżeństwa w prawie rzymskim*, „Roczniki Teologiczno-Kanoniczne" 1966, R. 13.
Zumpt A.W., *Der Criminalprozess der Römischen Republik*, Leipzig 1871.
Żołnierczuk M., *Zarys prawa rzymskiego,* Lublin 1998.
Новицкий И.Б., *Римское право*, Москва 2017.
Пашаева О.М., *Римское право*, Москва 2013.
Рябова А.С., *Римское Частное Право*, Томск 2005.

Streszczenie

W jednym z klasycznych źródeł prawa rzymskiego – Instytucjach Gaiusa – znajduje się fragment G. 1,196, w którym mowa jest o tym, że toczony był spór między dwiema znanymi szkołami prawa na temat tego, kiedy chłopiec stawał się formalnie dojrzały (*pubes*). Z jednej strony był pogląd, że dojrzałość przychodziła wraz z wiekiem 14 lat, a z drugiej strony byli przedstawiciele poglądu, którzy dojrzałość chcieli łączyć tylko z fizycznymi cechami ciała, a nie liczbą lat. Problem miał duże znaczenie z punktu widzenia prawa, ponieważ od stwierdzenia dojrzałości zależała pełna zdolność do czynności prawnej młodego obywatela. Zgodnie z późniejszymi źródłami przyjmuje się, że ten konflikt miał dopiero zakończyć w VI w. cesarz Justynian. W niniejszym artykule przedstawiam zupełnie nową hipotezę, wedle której ten konflikt mógł zostać zakończony dużo wcześniej, tj. w II w. przez cesarza Antoninusa Piusa. W opracowaniu przedstawiono szereg argumentów przemawiających za taką hipotezą.

Słowa kluczowe: pubertas, 14 lat, Antoninus Pius, sabinianie, prokulianie

A NEW HYPOTHESIS FOR THE DISPUTE OVER *PUBERTAS* IN ROMAN LAW – A DISCUSSION WITH THE ESTABLISHED OPINION ON THE AGE LIMIT OF 14 YEARS

Summary

In one of the classic sources of Roman law – the Institutions of Gaius – there is a fragment known as Gai. 1, 196, which says that there was the dispute between two known law schools about the moment defying when the boy became formally mature (*pubes*). On the one hand, there was the view according to which that maturity came with the age of 14 years, and on the other, there were representatives of the view who wanted to combine maturity only with the physical characteristics of the body, omitting the number of years. The problem was significant from the legal point of view, because the full legal capacity of a young citizen depended on his maturity. According to late sources this conflict was concluded in the sixth century by emperor Justinian. In this article I present a completely new hypothesis by suggesting that this conflict could had been resolved much earlier, i.e. in the second century by the emperor Antoninus Pius. The article presents a number of arguments in favor of this hypothesis.

Keywords: pubertas, 14 years, Antoninus Pius, the Sabinians, the Proculeans

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.13

Marlena Kruszyńska-Kośmicka

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID: 0000-0001-9176-3238

Marcin Princ

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID: 0000-0002-3727-7455

PARTYCYPACJA CUDZOZIEMCÓW W GMINACH – ZAGADNIENIA ADMINISTRACYJNOPRAWNE

Wprowadzenie

Administracja partycypacyjna to hasło, które obecnie tworzy mozaikę współczesnej administracji publicznej[1] opartej na zasadzie partnerstwa[2], w której występują różni aktorzy[3]. Bez wątpienia jest to temat bardzo szeroki i wielodyscyplinowy, który wymaga nieustannej atencji. Rozważania w artykule koncentrują się wokół regulacji prawnych dotyczących funkcjonowania gmin w aspekcie procesów migracyjnych. Tematyka ta dotychczas doczekała się kilku opracowań naukowych i analiz merytorycznych[4].

[1] P. Przybysz, *Instytucje prawa administracyjnego*, Warszawa 2020, s. 27.

[2] A. Barczewska-Dziobek, *Partnerstwo publiczno-społeczne jako zasada w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2019.

[3] P.J. Suwaj, *Udział społeczeństwa w decydowaniu publicznym – oblicza partycypacji społecznej w polityce publicznej w zakresie inwestycji drogowych*, „Samorząd Terytorialny" 2010, nr 1–2, s. 59.

[4] J. Szlachetko, A. Bochentyn, *Udział cudzoziemców i apatrydów w konsultacjach społecznych we wspólnotach samorządowych. Zagadnienia prawno administracyjne* [w:] *Internacjonalizacja prawa administracyjnego*, red. Z. Czarnik, J. Posłuszny, L. Żukowski, Lwów 2015, s. 473–478; S. Łodziński, *Prawa wyborcze dla cudzoziemców? Społeczne postrzeganie partycypacji politycznej imigrantów w Polsce* [w:] *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2016, s. 266–290; A. Bodnar, A. Ploszka, *Rozszerzenie czynnego i biernego prawa wyborczego w wyborach samorządowych na osoby nieposiadające obywatelstwa Unii Europejskiej*, „Samorząd Terytorialny" 2013, nr 9, s. 66–74; S. Łodziński, D. Pudzianowska, M. Szaranowicz-Kusz, *Prawa wyborcze dla cudzoziemców – tak czy nie? Analiza procesu przyznawania praw wyborczych na poziomie lokalnym cudzoziemcom z państw trzecich w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.

Udział cudzoziemców, czyli osób, którzy nie posiadają polskiego obywatelstwa[5], we współczesnym rozwoju kraju jest niekwestionowany. Z danych statystycznych wynika, że na 1 stycznia 2019 r. zezwolenie na pobyt (nie wliczając wiz) w Polsce posiadało 372 tys. cudzoziemców[6], a osobowy ruch graniczny obejmujący liczbę cudzoziemców, którzy wjechali do Rzeczypospolitej Polskiej w 2018 r., wynosił 18 049 118 osób[7]. W ubiegłym roku mimo pandemii i ograniczeń związanych z przekraczaniem granic liczba osób, które wjechały na terytorium Polski, wyniosła 6 189 029, w tym 5 475 544 to obywatele państw trzecich, i 713 485 to obywatele Unii Europejskiej[8]. W 2020 r. wojewodowie wydali 144 393 zezwolenia na pobyt czasowy oraz 10 291 pozytywnych decyzji w przedmiocie zezwolenia na pobyt stały[9]. Te liczby wyglądają imponująco, w szczególności na tle innych państw Unii.

Według Głównego Urzędu Statystycznego 31 grudnia 2019 r. w Polsce mieszkało 2 106 101 cudzoziemców[10]. Gdyby podzielić tę liczbę przez liczbę gmin w Polsce, to około 850 cudzoziemców przypadałoby na jedną gminę. Samorząd terytorialny zatem nie tylko powinien wykonywać swe zadania z myślą o tej grupie społecznej, ale także stwarzać warunki partycypacji cudzoziemców w podejmowaniu różnych decyzji, które wpływają na ich losy. Konstytucyjnie zagwarantowane prawo do samorządu implikuje bowiem prawo tych wspólnot do decydowania o ważnych sprawach[11]. Główną tezą studium jest stwierdzenie, że cudzoziemcy powinni być włączani w procesy decyzyjne w kraju, w którym koncentrują się ich interesy życiowe. Oczywiście nie oznacza to równej wagi głosu między obywatelami a cudzoziemcami, z istoty bowiem obywatelstwa, siły więzi między obywatelem a państwem teoretycznie wynika, że zakres uprawnień i status musi być inny[12]. Pomocne w weryfikacji tezy mogą być pytania badawcze. Przede wszystkim należy zastanowić się, czy obecne przepisy prawne pozwalają na uczestnictwo cudzoziemców w decyzjach podejmowanych na poziomie gmin, czy jednostki samorządu terytorialnego, korzystając z zagwarantowanej konstytucyjnie samodzielności, wykazują zainteresowanie cudzoziemcami i włączaniem ich w procesy decyzyjne.

---

[5] Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. 2020, poz. 35 ze zm.).

[6] https://udsc.gov.pl/statystyki/raporty-okresowe/raport-roczny-legalizacja-pobytu/2018-2/ (4.05.2021).

[7] https://www.strazgraniczna.pl/pl/granica/statystyki-sg/2206,Statystyki-SG.html (4.05.2021).

[8] *Informacja statystyczna za 2020 rok*, www.strazgraniczna.pl/pl/granica/statystyki-sg/2206,Statystyki-SG.html (4.05.2021).

[9] *Dane liczbowe dotyczące postępowań prowadzonych wobec cudzoziemców w 2020 r*., www.udsc.gov.pl/statystyki/raporty-okresowe/zestawienia-roczne/ (6.05.2021).

[10] M. Lis, *GUS podał szacowaną liczbę cudzoziemców w Polsce. Przekroczyła dwa miliony*, www.businessinsider.com.pl/twoje-pieniadze/praca/liczba-cudzoziemcow-w-polsce-to-ponad-dwa-miliony-gus-podal-dane/ydbgxy9 (12.05.2021).

[11] J. Korczak, *Wybrane zagadnienia prawne realizacji praw podmiotowych członków wspólnot samorządowych na tle rozwiązań* [w:] *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku, Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojtczak, Wrocław 2005, s. 359.

[12] Por. D. Pudzianowska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013.

Wobec powyższego należy zapowiedzieć, że opracowanie pozostaje na gruncie nie tylko nauki prawa administracyjnego, ale także nauki administracji, ponieważ sięga do rzeczywiście funkcjonującego aparatu administracji publicznej[13].

Podstawy teoretyczne rozważań w przedmiocie partycypacji cudzoziemców

Partycypacja społeczna jest rzeczywistą i postulowaną treścią relacji między podmiotami administrowanymi i podmiotami administrującymi. Może być rozpatrywana w kontekście koncepcji *good governace*[14], prawa do dobrej administracji[15] oraz standardów dobrej administracji, czyli ram i wzorców, które wyznaczają sposób postępowania wszystkich podmiotów, które dysponują tzw. pierwiastkiem publicznym[16].

Zgodnie z treścią art. 8 (zasada partycypacji) rekomendacji CM/Rec(2007)7 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w sprawie dobrej administracji z 20 czerwca 2007 r. „o ile podjęcie działania nie jest nagląco wymagane, władze publiczne powinny zapewniać osobom prywatnym sposobność uczestnictwa właściwymi środkami w przygotowywaniu i urzeczywistnianiu decyzji administracyjnych, które dotykają ich praw lub interesów". Wśród standardów Rady Europy warto zwrócić uwagę na postanowienie zawarte w art. 4 Konwencji z 1992 r. o udziale cudzoziemców w życiu publicznym na szczeblu lokalnym[17]. Konwencja obowiązująca w takich państwach, jak Czechy, Dania, Finlandia, Islandia, Włochy, Holandia, Norwegia i Szwecja[18], przewiduje, że „każda Strona będzie starała się zapewnić podjęcie uzasadnionych działań włączających cudzoziemców zamieszkałych na jej terytorium w publiczne dochodzenia, procedury planowania i inne procesy konsultacyjne dotyczące spraw lokalnych" (art. 4)[19]. Z perspektywy omawianego tematu treść obowiązującej w Polsce Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego[20] wydaje się być relewantna. Otóż sama koncepcja samorządu lokalnego opisana w art. 3

[13] Por. Z. Leoński, *Nauka administracji*, Warszawa 2004, s. 20; J. Łukasiewicz, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2004, s. 54–73; *Nauka administracji*, red. Z. Cieślak, Warszawa 2017, s. 35–36.

[14] M. Małecka-Łyszczek, *Partycypacja w ramach public governance* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.

[15] R. Sura, *Partycypacja społeczna fundamentem dobrej administracji (wybrane aspekty prawno-aksjologiczne)*, „Samorząd Terytorialny" 2015, nr 10, s. 9–15.

[16] M. Princ, *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*, Poznań 2016.

[17] CETS 144 – Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (coe.int), www.rm.coe.int/168007bd26 (15.05.2021).

[18] www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144/signatures?p_auth=BvoPQ6HS (15.05.2021).

[19] Each Party shall endeavour to ensure that reasonable efforts are made to involve foreign residents in public inquiries, planning procedures and other processes of consultation on local matters.

[20] Europejska Karta Samorządu Lokalnego sporządzona w Strasburgu 15 października 1985 r. (Dz.U. 1994, nr 124, poz. 607 ze zm.).

ust. 1 wytycza źródło rozumienia relacji zachodzącej w samorządzie lokalnym. Samorząd lokalny oznacza bowiem „prawo i zdolność społeczności lokalnych, w granicach określonych prawem, do kierowania i zarządzania zasadniczą częścią spraw publicznych". Prawo to „jest realizowane przez rady lub zgromadzenia (…) które mogą dysponować organami wykonawczymi im podlegającymi". Dodatkowo nie wyklucza się „możliwości odwołania się do zgromadzeń obywateli, referendum lub każdej innej formy bezpośredniego uczestnictwa obywateli, jeśli ustawa dopuszcza takie rozwiązanie". Ponadto art. 4 ust. 6 stanowi, iż „społeczności lokalne powinny być konsultowane o tyle, o ile jest to możliwe, we właściwym czasie i w odpowiednim trybie, w trakcie opracowywania planów oraz podejmowania decyzji we wszystkich sprawach bezpośrednio ich dotyczących". Zapewnienie możliwości udziału w podejmowanych decyzjach jest zatem ważną częścią wzorców, które regulują relację między administracją a jednostką.

Zgodnie z definicją zaproponowaną przez I. Niżnik-Dobosz termin *partycypacja społeczna* w samorządzie terytorialnym można rozumieć jako: „1) samodzielne uczestniczenie przez obywateli (ogół społeczeństwa) w administrowaniu lokalnym, w formach demokracji bezpośredniej; 2) legitymizowanie przez obywateli działalności organów samorządu terytorialnego przez korzystanie z praw wyborczych i kontrolnych; 3) odpowiednio udział obywateli, podmiotów/aktorów społecznych w podejmowaniu rozstrzygnięć lub/i wykonywaniu zadań publicznych, w tym usług, przez organy samorządu terytorialnego w zakresie spraw publicznych o charakterze lokalnym, ponadlokalnym lub regionalnym, a także spraw publicznych o charakterze ogólnopaństwowym, zleconych na rzecz jednostek samorządu terytorialnego w drodze ustawy lub przejętych przez te jednostki w drodze dobrowolnie zawartych porozumień administracyjnych z organami administracji rządowej"[21]. Dalsze rozważania będą prowadzone w oparciu o wymienione powyżej trzy warianty rozumienia partycypacji społecznej w samorządzie terytorialnym.

Ustawa o samorządzie gminnym głosi, że mieszkańcy gminy tworzą z mocy prawa wspólnotę samorządową (art. 1 ust. 1), a ilekroć w ustawie jest mowa o gminie, należy przez to rozumieć wspólnotę samorządową oraz odpowiednie terytorium (art. 1 ust. 2)[22]. Ponadto ważne, by przywołać również art. 11 ust. 1 – mieszkańcy gminy podejmują rozstrzygnięcia w głosowaniu powszechnym (poprzez wybory i referendum) lub za pośrednictwem organów gminy. Kierunek rozpoznania statusu prawnego cudzoziemca w Polsce wyznacza art. 37 Konstytucji RP[23]. Zgodnie z jego treścią kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji RP (art. 37 ust. 1), a wyjątki od tej zasady, odnoszące się do cudzoziemców, określa ustawa (art. 37 ust. 2). Przepis ten jest źródłem rozpoznania zasady uniwersalności (powszechności) korzystania

[21] I. Niżnik-Dobosz, *Partycypacja w samorządzie terytorialnym* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.

[22] Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2020, poz. 713 ze zm.), dalej: u.s.g.

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

z praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP. Przepisy te są wynikiem akceptacji założenia, że „pewne prawa podstawowe przysługują każdemu człowiekowi w każdym miejscu świata, niezależnie od posiadanego obywatelstwa, co wywodzono m.in. z uniwersalnego znaczenia zasady godności osoby ludzkiej”[24]. W tym miejscu podkreślić należy, że „każdy” oznacza zarówno obywateli, jak i cudzoziemców z apatrydami włącznie[25]. Tylko niektóre prawa konstytucyjne przysługują wyłącznie obywatelom, natomiast znaczna większość z nich dotyczy też cudzoziemców. W doktrynie wskazuje się, że postanowienia konstytucyjne nie ograniczają ustawodawcy zwykłego do rozszerzenia uprawnień konstytucyjnych w drodze ustawowej[26]. Dopuszcza się w tym zakresie, że poza prawami wyraźnie zastrzeżonymi dla obywatela „podmiotami wszystkich pozostałych wolności i praw muszą być zarówno obywatele, jak i cudzoziemcy”[27].

Kluczowy dla zrozumienia postulatu partycypacji cudzoziemców w życiu publicznym na terenie gminy jest art. 16 ust. 1 głoszący, że ogół mieszkańców jednostek zasadniczego podziału terytorialnego stanowi z mocy prawa wspólnotę samorządową. Ten przepis koresponduje z postanowieniami u.s.g. W naszej ocenie w świetle u.s.g. oraz na podstawie Konstytucji RP należy stwierdzić, że mieszkańcem gminy jest każda osoba, w tym cudzoziemiec, która koncentruje swoje życie na jej terytorium, niezależnie od długości jej lub jego pobytu[28]. Zatem z aprobatą przyjmuje się, że „w skład wspólnoty mieszkańców wchodzą nie tylko obywatele, ale również cudzoziemcy i bezpaństwowcy[29]. W literaturze można odnaleźć pogląd, że cudzoziemcy nielegalnie przebywający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej również tworzą wspólnotę samorządową[30]. To stanowisko podzielają autorzy niniejszego opracowania. Podstawa pobytowa oraz miejsce, z którego pochodzą może stanowić jedynie podstawę różnicowania zakresu praw i obowiązków ustawowych. Na marginesie warto zwrócić uwagę, że żaden przepis u.s.g. nie nawiązuje do realizacji zadania związanego z pobytem cudzoziemców na terenie gminy czy migracji[31].

---

[24] L. Garlicki, M. Zubik, art. 37 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016.

[25] M. Jabłoński, *Identyfikacja wolności i praw jednostki w pracach nad treścią Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 19.

[26] L. Garlicki, M. Zubik, art. 37.

[27] *Ibidem*.

[28] Pogląd ten został zasygnalizowany przez M. Princ, D. Kryska w referacie pt. *Tasks of territorial self-government units in the field of migration – Czech and Polish experiences* w ramach International Conference on Local Governance And Human Rights In The World Of Wicked Problems, Zagreb, Croatia on June 6th and 7th, 2019.

[29] Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 sierpnia 2020 r., sygn. IV SA/Po 815/20, Lex nr 3058209.

[30] M. Kumela-Romańska, *Administracyjno-prawny status cudzoziemca-członka wspólnoty samorządowej*, „Samorząd Terytorialny” 2007, nr 6, s. 42–50.

[31] M. Princ, D. Kryska, *Local Government Tasks in Managing Migrations in the Czech Republic and Poland*, „HKJU-CCPA (Hrvatska i komparativna javna uprava)” 2020, no. 20(2), s. 269–298.

Tematyka partycypacji społecznej w działaniach administracji publicznej jest dosyć dobrze opracowana w polskiej literaturze. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na analizę wszystkich aspektów uczestnictwa. W dalszej części skupimy się zatem na wybranych instrumentach, które uznaliśmy za istotne z punktu widzenia cudzoziemców. Stąd podążając za podziałem na bezpośredni i pośredni udział w podejmowaniu decyzji samorządowych, omówione zostaną takie zagadnienia, jak wybory, referendum, struktury partycypacyjne i inne ciała przedstawicielskie, konsultacje społeczne, budżety obywatelskie, organizacje pozarządowe, dostęp do informacji publicznej, inicjatywy uchwałodawcze oraz kontakt z radnymi i organem wykonawczym.

Prawa wyborcze przysługujące cudzoziemcom na szczeblu lokalnym

Udział cudzoziemców w życiu politycznym społeczności, w której zamieszkują, to jeden z podstawowych elementów ich integracji. Daje możliwość wpływania na proces decyzyjny, a tym samym przyczynia się do bycia pełnoprawnym członkiem wspólnoty lokalnej.

Na skutek wdrożenia do polskiego porządku prawnego dyrektywy Rady nr 94/80/WE z 19 grudnia 1994 r. ustanawiającej szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii Europejskiej mających miejsce zamieszkania w państwie członkowskim, którego nie są obywatelami[32], powstała rzeczywistość prawna uzasadniająca podział rozważań w zakresie praw politycznych przysługujących cudzoziemcom na szczeblu lokalnym, tj. na cudzoziemców będących obywatelami Unii oraz cudzoziemców niebędących obywatelami Unii.

Przepisy prawa polskiego przyznają czynne i bierne prawo wyborcze do organu stanowiącego gminy (rada gminy), w wyborach wójta w danej gminie wyłącznie obywatelom polskim oraz obywatelom Unii Europejskiej niebędącym obywatelami polskimi, którzy najpóźniej w dniu głosowania kończą 18 lat i stale zamieszkują na obszarze danej gminy[33]. Tym samym spośród wszystkich cudzoziemców mieszkających legalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyżej wymienione uprawnienie do głosowania w wyborach lokalnych przysługuje jedynie tym spośród nich, którzy mają status obywatela Unii.

Cudzoziemcy niebędący obywatelami Unii Europejskiej, przynależący do gminnej wspólnoty samorządowej, są pozbawieni możliwości korzystania z zasadniczej części uprawnień członka tej wspólnoty samorządowej, tj. z uprawnienia do

[32] Dyrektywa Rady 94/80/WE z 19 grudnia 1994 r. ustanawiająca szczegółowe warunki wykonywania prawa głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych przez obywateli Unii mających miejsce zamieszkania w Państwie Członkowskim, którego nie są obywatelami (Dz.U. UE. L. z 1994 r., nr 368, s. 38 ze zm.).

[33] Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz.U. 2020, poz. 1319).

bezpośredniego i pośredniego udziału w sprawowaniu władzy, a w konsekwencji w decydowaniu o sprawach dotyczących tej wspólnoty.

W ocenie autorów pozbawienie cudzoziemców niebędących obywatelami Unii Europejskiej zasadniczej części uprawnień członka wspólnoty samorządowej budzi uzasadnione wątpliwości chociażby z punktu widzenia art. 32 Konstytucji RP, w tym przede wszystkim ust. 2, zgodnie z którym „nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny".

Warto wskazać, iż wątpliwości natury konstytucyjnej budziło także przyznanie prawa do udziału w wyborach lokalnych obywatelom innych państw członkowskich Unii Europejskiej, co stało się kanwą rozstrzygnięcia w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r.[34] Trybunał orzekł o zgodności tego prawa z Konstytucją RP, uznając, że prawa wyborcze w wyborach lokalnych przysługujące obywatelom innych państw członkowskich Unii „nie zagrażają Rzeczypospolitej Polskiej jako dobru wspólnemu wszystkich obywateli, z uwagi na konstytucyjnie określony charakter wspólnot samorządowych oraz nałożone na nie zadania i przyznane w związku z tym kompetencje". Choć Trybunał Konstytucyjny uznał, iż w związku z przyznaniem praw wyborczych dla obywateli innych państw członkowskich Unii Europejskiej w wyborach lokalnych brak jest zagrożenia dla niepodległości Polski z uwagi na charakter wspólnot samorządowych stanowiących wspólnotę mieszkańców, nie znalazło to odzwierciedlenia w przyznaniu praw wyborczych w wyborach lokalnych w Polsce dla cudzoziemców spoza państw Unii.

Nawiązując do uwag poczynionych w części odnoszącej się do konstytucyjnej zasady uniwersalności, należy podkreślić, że uzasadnione są postulaty rozszerzenia praw wyborczych w wyborach samorządowych także na cudzoziemców niemających obywatelstwa Unii Europejskiej. Jak już wskazano, takie rozwiązanie znajduje uzasadnienie w brzmieniu art. 16 Konstytucji RP określającym zakres podmiotowy wspólnoty samorządowej jako ogółu mieszkańców jednostek zasadniczego podziału terytorialnego, co czyni stosowane aktualnie kryterium obywatelstwa irrelewantnym. Należy bowiem wskazać, iż to fakt zamieszkiwania, nie zaś posiadania obywatelstwa, ma kluczowe znaczenie w kontekście wspólnoty samorządowej[35]. Podkreślenia wymaga, iż celem wyborów organów jednostek samorządu terytorialnego jest wyłonienie podmiotów reprezentujących wszystkich mieszkańców danego terytorium, niezależnie od obywatelstwa, co wprost przemawia za przyznaniem praw wyborczych również cudzoziemcom niemających obywatelstwa Unii Europejskiej. W naszej ocenie konsekwentnie należałoby zmienić treść art. 26 ust. 2a u.s.g., zgodnie z którym „wójtem (burmistrzem, prezydentem miasta) nie może być osoba, która nie jest obywatelem polskim".

[34] Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04.

[35] A. Piekutowska, *Prawa wyborcze imigrantów. Refleksje na tle instytucji obywatelstwa europejskiego*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2016, nr 20/A, s. 188.

Ustawowe ograniczenia udziału cudzoziemców w referendum lokalnym

Instytucja referendum lokalnego jest jednym z podstawowych przejawów demokracji bezpośredniej sprawowanej przez mieszkańców samorządu terytorialnego[36].

Zgodnie z art. 170 Konstytucji RP prawo udziału w referendum lokalnym zostało zastrzeżone dla członków wspólnoty samorządowej. Z takiego brzmienia przepisu należy wnosić, iż Konstytucja RP statuuje prawo członków wspólnoty samorządowej do czynnego udziału w sprawowaniu władzy publicznej za pomocą demokracji bezpośredniej w postaci referendum bez względu na to, czy są obywatelami polskimi, czy cudzoziemcami. Fakt odwołania się do pojęcia *członkowie wspólnoty* powoduje, że przy określeniu kręgu podmiotów posiadających legitymację do głosowania w referendum lokalnym nie można posługiwać się wyłącznie przesłanką obywatelstwa, skoro członkami wspólnoty mogą być również obywatele innych państw czy nawet bezpaństwowcy[37].

Konstytucja RP nie określa jednak ani zasad, ani trybu przeprowadzenia referendum lokalnego, pozostawiając dookreślenie tej materii ustawodawcy zwykłemu[38]. Wspomniane kwestie zostały uregulowane w przepisach ustawy o referendum lokalnym[39]. Stosownie do art. 3 tej ustawy w referendum mają prawo brać udział osoby stale zamieszkujące na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego, posiadające czynne prawo wyborcze do organu stanowiącego tej jednostki. Mając na względzie, iż czynne prawo wyborcze do organu stanowiącego gminy przysługuje wyłącznie obywatelom polskim oraz obywatelom Unii Europejskiej niebędącym obywatelami polskimi, którzy najpóźniej w dniu głosowania kończą 18 lat i stale zamieszkują na obszarze danej gminy, również i w analizowanym przypadku spośród wszystkich cudzoziemców mieszkających legalnie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej prawo do udziału w referendum lokalnym przysługuje wyłącznie cudzoziemcom posiadającym status obywatela Unii. Tym samym cudzoziemcy niebędący obywatelami Unii, przynależący do gminnej wspólnoty samorządowej – podobnie jak w przypadku omówionego wcześniej czynnego i biernego prawa wyborczego do organów gminy – są pozbawieni prawa do udziału w referendum lokalnym. Cudzoziemcy spoza Unii nie mają możliwości współdecydowania o sprawach dotyczących wspólnoty samorządowej, której z racji zamieszkania są członkami. Jak już wskazano, w świetle regulacji konstytucyjnej okolicznością decydującą o prawie udziału w referendum lokalnym jest zamieszkiwanie na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego, a tym samym współtworzenie wspólnoty

[36] E. Olejniczak-Szałowska, *Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 2002, s. 17 i n.

[37] B. Naleziński, komentarz do art. 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

[38] M. Safjan, *Konstytucja RP*, t. II: *Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016.

[39] Ustawa z dnia 15 września 2000 r. o referendum lokalnym (Dz.U. 2019, poz. 741).

samorządowej. Jako że Konstytucja RP zastrzega prawo udziału w referendum lokalnym dla wszystkich mieszkańców wspólnoty samorządowej – bez względu na to, czy są obywatelami polskimi, czy cudzoziemcami[40] – brak jest przeszkód natury konstytucyjnej, które uniemożliwiałyby przyznanie prawa do udziału w referendum lokalnym także cudzoziemcom niemających obywatelstwa Unii Europejskiej.

Udział cudzoziemców w strukturach partycypacyjnych i innych ciałach przedstawicielskich w gminach

Udział cudzoziemców we wspólnocie lokalnej może zostać zapewniony przez funkcjonowanie różnorodnych struktur o charakterze partycypacyjnym. W ramach przyznanej przez Konstytucję RP oraz potwierdzonej przez ustawy zasady samodzielności samorząd terytorialny może sam kreować swoje struktury organizacyjne. Przede wszystkim w wyniku wyborów pewna część uprawnionych cudzoziemców może znaleźć się w radzie gminy (miejskiej) i w ten sposób reprezentować interesy cudzoziemców. Jeśli chodzi zaś o podmioty o charakterze partycypacyjnym, wymienia się rady, zespoły i komisje[41]. W świetle art. 21 ust. 1 u.s.g. rada gminy ze swojego[42] grona może powoływać stałe i doraźne komisje do określonych zadań, ustalając przedmiot działania oraz skład osobowy. Takie komisje podlegają radzie gminy, przedkładają jej plan pracy oraz sprawozdania z działalności (ust. 3). Artykuł 21 ust. 4 u.s.g. przyznaje możliwość uczestniczenia w posiedzeniach komisji radnych niebędący jej członkami. Mogą oni zabierać głos w dyskusji i składać wnioski, ale nie posiadają prawa udziału w głosowaniu. Warte odnotowania jest to, że komisje są refleksem samodzielności, jaką ustawodawca powierzył jednostkom samorządu terytorialnego, by w zależności od tego, co jest ważne dla poszczególnej gminy, mogły one swobodnie kształtować swoją strukturę. Stąd też nazwy komisji bywają różne, np. Komisja Górnicza w gminie Katowice[43], Komisja Spraw Społecznych, Osiedli i Partycypacji, Komisja ds. Polityki Senioralnej (Wrocław)[44], Komisja Polityki Gospodarczej i Morskiej (Gdańsk)[45], Komisja Samorządowa i Integracji Europejskiej (Warszawa)[46], Komisja

[40] D. Pudzianowska, *Prawa wyborcze i inne prawa polityczne cudzoziemców z państw trzecich w Polsce* [w:] *Prawa wyborcze dla cudzoziemców – tak czy nie?*, red. S. Łodziński, D. Pudzianowska, M. Szaranowicz-Kusz, Warszawa 2014, s. 109.

[41] A. Ziółkowska, A. Gronkiewicz, *Komisje, zespoły, rady jako forma partycypacji obywateli w samorządzie terytorialnym* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014, s. 280–304.

[42] Warto zwrócić uwagę, że 30 maja 2001 r. został uchylony art. 21 ust. 2, który pozwalał na wchodzenie do składu komisji osób spoza rady.

[43] bip.katowice.eu/RadaMiasta/Komisje/default.aspx (22.05.2021).

[44] bip.um.wroc.pl/artykuly/780/komisje-rady (22.05.2021).

[45] bip.gdansk.pl/rada-miasta/komisje-rady-miasta (22.05.2021).

[46] bip.warszawa.pl/Menu_podmiotowe/rada_warszawy_2018_2023/komisje/default.htm (22.05.2021).

ds. Rzeszowskiego Budżetu Obywatelskiego (Rzeszów)[47], Komisja Zdrowia i Rozwoju Społecznego (Sopot)[48], Doraźna Komisja ds. Współpracy Międzynarodowej i Promocji Zagranicznej (Poznań)[49]. Przegląd struktur wybranych miast na prawach powiatu w Polsce pozwala na stwierdzenie, że nie wyodrębnia się komisji, które zajmują się migracją bądź cudzoziemcami.

Na marginesie rozważań warto też jako dobry przykład podać funkcjonowanie w Czechach Komisji Rady Miasta stołecznego Pragi ds. integracji cudzoziemców (Komise Rady Hlavního města Prahy pro oblast integrace cizinců). Jest ona inicjującym i doradczym organem rady w zakresie integracji cudzoziemców przebywających na terenie miasta i ich włączania do społeczeństwa mieszkańców i obywateli miasta. W świetle obecnych przepisów nic nie stoi na przeszkodzie, by powołać taką komisję w ramach możliwości, jakie daje u.s.g. Ważne jest również to, aby ciała te składały się także z cudzoziemców, co obecnie wymagałoby jednak zmian legislacyjnych w przypadku cudzoziemców spoza Unii Europejskiej.

Przestrzeń do włączenia cudzoziemców w procesy decyzyjne może kreować statut gminy. Ilustracją w tym zakresie może być § 19 ust. 2 Statutu Miasta Poznania[50]. Otóż zgodnie z jego treścią przewodniczący komisji może zaprosić na posiedzenie komisji inne osoby, których obecność może być uzasadniona ze względu na przedmiot rozpatrywanej sprawy. Osoby, które zostaną zaproszone przez przewodniczącego, mają prawo zabrania głosu na posiedzeniu komisji. Podobne uregulowania można znaleźć w statutach innych gmin. Zatem od aktywności przewodniczącego zależy, czy dostrzega on potrzebę udziału cudzoziemców w obradach danej komisji. Zgodzić się trzeba z postulatem, że „ważne jest, aby w jej gremiach, oprócz fachowych urzędników, osób mających specjalistyczną wiedzę, różne kompetencje i umiejętności, znajdowali się w miarę możliwości reprezentanci środowisk, na rzecz których zadania te są wykonywane”[51]. To kryterium spełnia Zespół ds. Polityki Równości i Różnorodności powołany przez Prezydenta Miasta Poznania[52]. W Warszawie podobną rolę odgrywa Centrum Komunikacji Społecznej oraz Branżowa Komisja Dialogu Społecznego ds. Cudzoziemców. Takie zespoły mogą stanowić efektywną formę projektowania decyzji i działań ze względu na ich ogromny potencjał informacyjny[53]. Innym przykładem działań podejmowanych na rzecz cudzoziemców jest

---

[47] bip.erzeszow.pl/wladze-miasta/rada-miasta-rzeszowa/vii-kadencja-rady-miasta-2018-2023/komisje-rady-miasta-rzeszowa-viii-kadencji (22.05.2021).

[48] www.miasto.sopot.pl/strona/komisje (22.05.2021).

[49] bip.poznan.pl/bip/komisje/dorazna-komisja-ds-wspolpracy-miedzynarodowej-i-promocji-zagranicznej-uwaga-komisja-funkcjonowala-do-30-wrzesnia-2019-r,1390/ (23.05.2021).

[50] Uchwała nr LXXX/1202/V/2010 z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie Statutu Miasta Poznania.

[51] *Ibidem*.

[52] http://www.poznan.pl/mim/info/news/powolano-zespol-ds-polityki-rownosci-i-roznorodnosci,128327.html (22.05.2021).

[53] E. Knosala, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2006, s. 91; A. Ziółkowska, A. Gronkiewicz, *Komisje, zespoły*…

Gdański Model Integracji Imigrantów przyjęty przez radnych[54]. Podstawą prawną tego programu stała się ustawa o pomocy społecznej, która zakłada podejmowanie wśród zadań własnych innych działań wynikających z rozeznanych potrzeb, w tym tworzenie i realizację programów osłonowych. Myślą przewodnią aktu w ramach tak ogólnie sprecyzowanego zadania jest to, że cudzoziemcy są częścią jednostek samorządu terytorialnego. Zespół przygotowujący model integracji określił, że głównym celem jest wzmocnienie integracji imigrantów i imigrantek w kilku obszarach. Zakłada się również „włączanie migrantów w wydarzenia o charakterze partycypacyjnym w lokalnej społeczności poprzez zaproszenia do lokalnych konsultacji, warsztatów społecznych, zgłaszanie wniosków do budżetu obywatelskiego, kandydowanie do rad dzielnic".

Warto również zastanowić się nad tym, czy przestrzenią, która mogłaby być miejscem reprezentacji interesów cudzoziemców, są jednostki pomocnicze określane w literaturze jako instrument partycypacji społecznej[55]. Zgodnie z art. 5 ust. 3 u.s.g. zasady tworzenia, łączenia, podziału oraz znoszenia jednostki pomocniczej określa statut gminy. Także rada gminy określa organizację i zakres działania jednostki pomocniczej (art. 35 ust. 1 u.s.g.). Problem jednak w tym, że statuty jednostek pomocniczych najczęściej korespondują z postanowieniami Kodeksu wyborczego, odnosząc się do figurowania w spisie wyborców. Jest w tym pewna sprzeczność, ponieważ zazwyczaj wśród początkowej treści statutu najczęściej znajdujemy takie oto postanowienie, że mieszkańcy danej jednostki stanowią wspólnotę samorządową. Czy mieszkańcem zatem nie jest cudzoziemiec spoza Unii Europejskiej? Może warto zastanowić się nad tym, czy na tym poziomie samorządności nie dałoby się otworzyć możliwości kandydowania również cudzoziemców, którzy nie mieszczą się wśród grup uprawnionych podmiotów posiadających bierne i czynne prawo wyborcze?

Organizacje pozarządowe jako forma udziału cudzoziemców w wykonywaniu zadań publicznych

Wśród form strukturalnego oddziaływania można wyróżnić organizacje pozarządowe, w tym organizacje pożytku publicznego[56]. Wypada zgodzić się z poglądem, że obecność organizacji pozarządowych w sferze samorządowej jest wyrazem wdrożenia zasady partycypacji[57]. Niezależnie od tego, czy organizacja uzyskała

[54] Uchwała nr XXVI/673/16 Rady Miasta Gdańska z dnia 30 czerwca 2016 r. w sprawie przyjęcia na terenie Miasta Gdańska Modelu Integracji Imigrantów.

[55] M. Augustyniak [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021, art. 5.

[56] Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. 2020, poz. 1057 ze zm.).

[57] Zob. też: A. Barczewska-Dziobek, *Współpraca jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi – geneza rozwiązań*, „Samorząd Terytorialny" 2016, nr 1–2, s. 48–62.

status organizacji pożytku publicznego, czy go nie uzyskała, może wykonywać zadania, które będą tożsame z zadaniami publicznymi. Partnerstwo organizacji pozarządowych należy też rozpatrywać w świetle zasady subsydiarności[58]. Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie wprost proklamuje, że „organy administracji publicznej prowadzą działalność w sferze zadań publicznych, o której mowa w art. 4, we współpracy z organizacjami pozarządowymi oraz podmiotami wymienionymi w art. 3 ust. 3, prowadzącymi, odpowiednio do terytorialnego zakresu działania organów administracji publicznej, działalność pożytku publicznego w zakresie odpowiadającym zadaniom tych organów" (art. 5 ust. 1). Zgodnie z treścią art. 5 owa współpraca, oparta na zasadach pomocniczości, suwerenności stron, partnerstwa, efektywności, uczciwej konkurencji i jawności, obejmuje takie obszary, jak zlecanie zadań organizacjom pozarządowym oraz podmiotom wymienionym, wzajemne informowanie się o planowanych kierunkach działalności, konsultowanie z organizacjami w dziedzinach dotyczących działalności statutowej tych organizacji, tworzenie wspólnych zespołów o charakterze doradczym i inicjatywnym czy umowy partnerskiej.

Bardzo ciekawą formą partycypacji jest inicjatywa lokalna, czyli forma współpracy jednostek samorządu terytorialnego z ich mieszkańcami w celu wspólnego realizowania zadania publicznego na rzecz społeczności lokalnej. Wniosek w sprawie chęci realizacji zadania publicznego mogą złożyć mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego bezpośrednio bądź za pośrednictwem organizacji pozarządowych lub podmiotów wymienionych w ustawie (art. 19b). W myśl art. 4 ust. 1 prawa o stowarzyszeniach cudzoziemcy mający miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mogą zrzeszać się w stowarzyszeniach zgodnie z przepisami obowiązującymi obywateli polskich[59]. Konfrontując przywołane przepisy ustawy o pożytku publicznym i o wolontariacie z prawem o stowarzyszeniach, należy stwierdzić, że nie ma przeszkód, by cudzoziemcy, niezależnie od pochodzenia (Unia Europejska i spoza Unii Europejskiej), korzystali z tej formy udziału w wykonywaniu zadań publicznych. Powyższa uwaga dotyczy również fundacji[60]. W tym przypadku cudzoziemcy nie muszą znajdować się w spisie wyborców. Wydaje się, że regulacje prawne w tym zakresie nie wymagają zmian.

Prawne aspekty udziału cudzoziemców w konsultacjach społecznych

Kolejnym przejawem partycypacji społecznej są konsultacje społeczne, których celem jest „zasięganie opinii u osób trzecich, niebędących ekspertami w danej dziedzinie, jednakże mających określony pogląd na przedmiot konsultacji ze względu

[58] J. Korczak, *Wybrane zagadnienia*…, s. 374.

[59] Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. 2020, poz. 2261).

[60] Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. 2020, poz. 2167).

na bezpośrednie zaangażowanie w sprawę"[61]. Idea konsultacji spraw publicznych ze społecznością lokalną jest spójna z ideą samorządu terytorialnego rozumianego jako samodzielne wykonywanie administracji publicznej przez upodmiotowione społeczności lokalne[62].

Podstawę prawną przeprowadzania konsultacji społecznych w gminach stanowi art. 5a u.s.g. Zgodnie z regulacją ustawową uczestnikami konsultacji społecznych są mieszkańcy jednostki samorządu terytorialnego przeprowadzającej konsultacje (art. 5a ust. 1 u.s.g.). Jako że przepisy ustawy nie definiują, kto jest „mieszkańcem" gminy, dla ustalenia statusu mieszkańca jednostki samorządu terytorialnego – zarówno w judykaturze, jak i w doktrynie – zastosowanie znajduje art. 25 k.c.[63] Należy jednak podkreślić, iż wskazana regulacja nie określa statusu mieszkańca na gruncie prawa prywatnego, lecz miejsce pobytu osoby fizycznej, z tego też względu wymaga on odpowiedniego reinterpretowania na potrzeby m.in. u.s.g.[64] W doktrynie podnosi się, iż „w świetle art. 25 k.c. o miejscu zamieszkania decydują dwa czynniki: zewnętrzny (faktyczne przebywanie tj. *corpus*) i wewnętrzny (zamiar stałego pobytu, czyli *animus manendi*), występujące i trwające łącznie"[65].

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt analizowanej problematyki, należy wskazać, że mieszkańcem odpowiednio gminy będzie osoba fizyczna, przy czym jej narodowość pozostaje irrelewantna z punktu widzenia ustawowo określonego prawa do udziału w konsultacjach społecznych.

Mając na uwadze, że konsultacje społeczne przeprowadzane na podstawie m.in. przepisów u.s.g. mają na celu umożliwienie członkom wspólnoty samorządowej wypowiedzenia swojej opinii zbiorowej na określony temat będący przedmiotem konsultacji, w ocenie autorów w pełni zasadne jest umożliwienie wzięcia w nich udziału wszystkim mieszkańcom danej jednostki samorządu terytorialnego, bez względu na posiadane obywatelstwo.

Budżety obywatelskie jako forma partycypacji cudzoziemców na szczeblu lokalnym

Analizując prawnie dopuszczalne formy partycypacji cudzoziemców w gminach, warto również zasygnalizować problematykę dopuszczalności ich udziału w tzw. budżetach obywatelskich. Choć idea budżetów obywatelskich funkcjonuje w Polce od

[61] *Konsultacje społeczne jako narzędzie partycypacji publicznej. Opracowania tematyczne*, Warszawa 2019, s. 7.

[62] R. Marchaj, *Samorządowe konsultacje społeczne*, Warszawa 2016, s. 84.

[63] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740).

[64] R. Marchaj, *Samorządowe konsultacje społeczne. Propozycje de lege ferenda*, „Samorząd Terytorialny" 2020, nr 7–8, s. 66–78.

[65] M. Pazdan, komentarz do art. 25 Kodeksu cywilnego [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2013, s. 132.

kilku lat, to w polskim porządku prawnym problematyka ta doczekała się ustawowej regulacji dopiero w 2018 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych[66]. Na mocy przepisów tej ustawy w ramach budżetu obywatelskiego mieszkańcy – odpowiednio gminy, powiatu, województwa – w bezpośrednim głosowaniu mogą decydować corocznie o części wydatków budżetu danej jednostki samorządu terytorialnego. W literaturze podkreśla się, że zarówno budżet partycypacyjny, jak i fundusz sołecki „gwarantują mieszkańcom jednostek pomocniczych faktyczny udział w zarządzaniu wspólnotą lokalną"[67]. Jak podkreśla A. Misiejko, „budżet obywatelski miał stać się jednym z narzędzi budowania wspólnot samorządowych"[68].

Z punktu widzenia opisywanej problematyki należy podkreślić, iż w aspekcie podmiotowym polski prawodawca prawo do udziału w głosowaniu nad budżetem obywatelskim przyznaje mieszkańcom danej jednostki samorządu terytorialnego, w tym przypadku gminy. Przez mieszkańca w polskim porządku prawnym – mając na uwadze brzmienie przepisów m.in. u.s.g. – należy rozumieć osobę fizyczną zamieszkującą na terenie danej jednostki samorządu terytorialnego. Zgodnie z poglądami wyrażanymi zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie należy przyjąć, że ocena, kto jest mieszkańcem danej jednostki samorządu terytorialnego, następuje ponownie przez pryzmat art. 25 k.c., zgodnie z którym miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu. Tym samym mieszkańcem danej gminy jest osoba fizyczna, która przebywa na jej terenie z zamiarem stałego pobytu.

Należy podkreślić, iż regulacje przyjęte na gruncie u.s.g. prowadzą do wniosku, że dla przynależności do danej wspólnoty samorządowej nie ma znaczenia kwestia posiadania polskiego obywatelstwa, ponieważ jedyną przesłanką członkostwa jest zamieszkiwanie na terytorium danej gminy. Tym samym trzeba uznać, iż uprawnionymi do głosowania w ramach budżetu obywatelskiego są wszyscy mieszkańcy danej jednostki samorządu terytorialnego, w tym także cudzoziemcy.

Mając na uwadze powyższe, należy krytycznie odnieść się do nazewnictwa użytego przez polskiego ustawodawcę, ponieważ określenie *budżet obywatelski* zdaje się sugerować, iż ta forma partycypacji skierowana jest wyłącznie do obywateli, tj. do osób posiadających obywatelstwo (polskie czy też – jak się może wydawać z uwagi na zakres podmiotowy osób posiadających prawa wyborcze w wyborach samorządowych – Unii Europejskiej), co pozostaje w sprzeczności z celami regulacji ustawowej, która – jak wykazano powyżej – kierowana jest do mieszkańców danej jednostki samorządu terytorialnego bez względu na posiadane obywatelstwo. Należy uznać, iż bardziej

[66] Ustawa z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych (Dz.U. 2019, poz. 130 ze zm.).

[67] M. Augustyniak [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021.

[68] A. Misiejko, *Budżet obywatelski w praktyce samorządów*, Warszawa 2020, s. 11.

adekwatne z punktu widzenia celów i założeń regulacji ustawowej byłoby określenie *budżet partycypacyjny*, gdyż nie sugeruje ono zawężenia kręgu osób uprawnionych wyłącznie do osób posiadających obywatelstwo polskie czy też Unii Europejskiej.

Zważywszy, że regulacje prawne odnoszące się do przedmiotowej problematyki zaczęły obowiązywać niedawno na gruncie prawa polskiego, w naszej ocenie celem dalszych badań należałoby uczynić to, czy – a jeśli tak, to w jakim stopniu cudzoziemcy na terenie Rzeczypospolitej Polskiej korzystają z ustawowego prawa partycypacji w budżetach zwanych obywatelskimi, jak również to, czy napotykają w tym zakresie przeszkody stawiane przez samorządy gminne, nieznajdujące uzasadnienia w przepisach rangi ustawowej.

Obywatelska inicjatywa uchwałodawcza

Kolejną instytucją zaliczaną do form partycypacji społecznej jest obywatelska inicjatywa uchwałodawcza. W myśl art. 41a ust. 1 u.s.g. „grupa mieszkańców gminy, posiadających czynne prawa wyborcze do organu stanowiącego, może wystąpić z obywatelską inicjatywą uchwałodawczą". Należy zauważyć, że „prawo do wnoszenia oraz popierania obywatelskiej inicjatywy uchwałodawczej posiadają tylko mieszkańcy posiadający czynne prawo wyborcze w wyborach rady gminy, tj. obywatele Polski oraz obywatele Unii Europejskiej niebędący obywatelami polskimi, którzy w dniu udzielenia swojego poparcia ukończyli 18 lat oraz stale zamieszkują na obszarze gminy, której organ stanowiący jest adresatem wniesionej inicjatywy"[69]. Przy czym podobnie jak w przypadku wyborów czy referendum, ta forma uczestniczenia w życiu gminy nie jest dostępna dla cudzoziemców spoza Unii Europejskiej. Najczęściej uchwały w sprawie ustalenia szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych przewidują, że mieszkańcy mogą wystąpić z inicjatywą uchwałodawczą poprzez przedłożenie projektu uchwały[70]. W przypadku miasta Leszno radni zdecydowali, że pod pojęciem *mieszkańcy* należy rozumieć grupę co najmniej 300 mieszkańców posiadających czynne prawo wyborcze do Rady. Należy zauważyć, że inicjatywa obywatelska dotyczy tylko projektu uchwały. Ostateczny los propozycji mieszkańców spoczywa w rękach radnych. Warto również i w tym przypadku zgłosić zastrzeżenia do nazewnictwa, ponieważ nawet w świetle obecnych przepisów w tej formie partycypacji mogą wziąć udział cudzoziemcy z Unii Europejskiej.

---

[69] R. Marchaj [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021, art. 41(a).

[70] Uchwała nr LIII/730/2018 Rady Miejskiej Leszna z dnia 25 października 2018 r. w sprawie ustalenia szczegółowych zasad wnoszenia obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, zasad tworzenia komitetów inicjatyw uchwałodawczych, zasad promocji obywatelskich inicjatyw uchwałodawczych, formalnych wymogów, jakim muszą odpowiadać składane projekty (Dz. Urz. Województwa Wielkopolskiego 2018, poz. 8769).

Zakres podmiotowy prawa dostępu do informacji publicznej

W kontekście analizowanej problematyki warto wspomnieć o prawie dostępu do informacji, gdyż stanowi on podstawową i najprostszą formę partycypacji społeczeństwa[71].

Ustawa zasadnicza w art. 61 ust. 1 kształtuje prawo dostępu do informacji publicznej jako prawo zastrzeżone dla obywateli, bowiem dostęp taki ma prawo uzyskać obywatel, a nie „każdy"[72]. Jednak ustawodawstwo zwykłe, tj. przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej[73], reguluje kwestię zakresu podmiotowego prawa do informacji publicznej w sposób odmienny, ponieważ art. 2 ust. 1 tej ustawy stanowi, iż „każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo dostępu do informacji publicznej". Tak sformułowane uprawnienie obejmuje zdecydowanie szerszy krąg podmiotów niż regulacja konstytucyjna[74].

Ustawodawca, posługując się terminem *każdy*, zrezygnował z formułowania wobec wnioskodawców będących osobami fizycznymi wymogu posiadania obywatelstwa polskiego, jak to ma miejsce w Konstytucji RP. Co istotne w kontekście wcześniejszych rozważań odnoszących się do wspólnoty samorządowej, na gruncie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej brak jest także wymogu posiadania na terenie Polski stałego miejsca zamieszkania lub pobytu. Jak się podnosi w literaturze przedmiotu, takie ujęcie kręgu podmiotów uprawnionych do uzyskania informacji publicznej na gruncie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej statuuje zasadę powszechności dostępu do informacji publicznej[75].

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej problematyki, należy wskazać, iż prawo dostępu do informacji publicznej przysługuje zarówno obywatelom polskim, obywatelom państw wchodzących w skład Unii Europejskiej, jak i obywatelom innych państw, a także apatrydom niemogącym wylegitymować się posiadaniem żadnego obywatelstwa. Brak jest bowiem na gruncie obowiązujących przepisów prawa podstaw do jakiegokolwiek zawężania zakresu podmiotów uprawnionych do uzyskania dostępu do informacji publicznej[76].

---

[71] D. Fleszer, *Prawo do informacji a partycypacja obywatelska*, „Roczniki Administracji i Prawa" 2019, nr XIX(1), s. 91.

[72] A. Niżnik-Mucha, *Problematyka zakresu przedmiotowego konstytucyjnego prawa do informacji publicznej*, „Casus" 2008, nr 48, s. 15.

[73] Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. 2020, poz. 2176).

[74] I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2015; J. Czerw, *Dostęp do informacji publicznej w Polsce*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2013, nr 11, s. 7.

[75] P. Szustakiewicz, komentarz do art. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej [w:] *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, red. M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjyha3dmojoobqxalrtgy-2deojwhaya (30.05.2021).

[76] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 maja 2019 r., sygn. II SA/Wa 436/19, Lex nr 2741323.

Kontakt cudzoziemców z radnymi i organem wykonawczym

Kontakt z radnymi i organem wykonawczym (wójtem, burmistrzem, prezydentem) zalicza się do grupy form, które pozwalają na pośrednie oddziaływanie na podejmowane w samorządzie rozstrzygnięcia. Obowiązek utrzymywania więzi między radnymi a mieszkańcami wynika wprost z u.s.g. Radny ma obowiązek kontaktu z „mieszkańcami oraz ich organizacjami, a w szczególności przyjmuje zgłaszane przez mieszkańców gminy postulaty i przedstawia je organom gminy do rozpatrzenia, nie jest jednak związany instrukcjami wyborców" (art. 23 ust. 1 u.s.g.). Trafnie zauważa M. Rachaj, że przywołany przepis wskazuje na kilka form utrzymywania więzi[77]. Zgodzić należy się również ze stwierdzeniem, że „nakładając na radnego obowiązek utrzymywania stałej więzi z mieszkańcami oraz z ich organizacjami, ustawodawca jednak nie określił zasad, form ani metod tych kontaktów"[78]. Wiele zależy więc w tym względzie od pomysłowości radnych. Utrzymanie więzi z mieszkańcami jest także ważną częścią aktywności organu wykonawczego, często deklarowaną w trakcie kampanii wyborczych.

Powyżej opisany rodzaj utrzymania więzi, a zarówno pole do zwiększenia uczestnictwa mieszkańców, nie wymaga zmian legislacyjnych. Co ważne, swoboda, którą ustawodawca pozostawił radnym oraz wójtowi, burmistrzowi i prezydentowi, pozwala na włączenie w procesy decyzyjne wszystkich cudzoziemców zamieszkujących na terytorium gminy, niezależnie od obywatelstwa.

Podsumowanie

Podstawowym warunkiem integracji cudzoziemców w kraju, w którym koncentrują się ich interesy życiowe, jest stworzenie im warunków do współdecydowania o wspólnocie samorządowej, której na co dzień są członkami. Wyniki analizy poszczególnych rozwiązań prawnych zawartych w artykule pozwalają na stwierdzenie, że cele stawiane przed demokratycznym społeczeństwem aktualnie w Polsce nie są w pełni realizowane. W obszarze problematyki partycypacji cudzoziemców w gminie jako najistotniejszy problem jawi się brak możliwości udziału w życiu politycznym cudzoziemców niebędących obywatelami Unii Europejskiej, co zdaje się stać w sprzeczności z przepisami Konstytucji RP. Po drugie, należy zmienić terminologię, rezygnując z nazw *budżet obywatelski* czy *inicjatywa obywatelska*, ponieważ ich desygnatem nie są tylko obywatele. Po trzecie, warto zastanowić się, czy nie nadszedł czas, by w ogóle oderwać ideę samorządności od posiadania obywatelstwa.

[77] R. Marchaj [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021, art. 41(a).

[78] Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 8 maja 2008 r., sygn. III SA/Wr 119/08, ONSAiWSA 2010, nr 1, poz. 10.

Podzielamy pogląd, że samorząd terytorialny, który cechuje się uniwersalnością, prostotą, elastycznością, a także silną podwójną legitymacją demokratyczną, jest w stanie sprostać wymogom współczesności[79], w tym migracji cudzoziemców na ich terytorium. Forma korporacyjna najlepiej sprzyja idei partycypacji społecznej[80]. Przymiot samorządności jest realny tylko wówczas, gdy trwa nieustanny dialog między mieszkańcami a organami samorządowymi. Idea samorządu ma sens wtedy, gdy mieszkańcy posiadają realny wpływ na decyzje podejmowane przez wspólnotę i jej organy[81]. Chodzi tutaj o to, by mieszkańcy, także cudzoziemcy, nie byli tylko wyborcami[82]. Niniejsze opracowanie otwiera drogę do przeprowadzenia bardziej szczegółowych badań w tym zakresie, a przede wszystkim analizy tego, na ile w porównaniu z obywatelami partycypacja społeczna cudzoziemców osiąga realny wymiar. Podzielamy pogląd wyrażony przez R. Sowińskiego, że cudzoziemcy, „żyjąc i pracując w gminach europejskich, wzbogacają je o wartości, które dla nich samych są ważne"[83].

Bibliografia

Augustyniak M. [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021.

Barczewska-Dziobek A., *Partnerstwo publiczno-społeczne jako zasada w prawie administracyjnym*, Rzeszów 2019.

Barczewska-Dziobek A., *Współpraca jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi – geneza rozwiązań*, „Samorząd Terytorialny" 2016, nr 1–2.

Bodnar A., Ploszka A., *Rozszerzenie czynnego i biernego prawa wyborczego w wyborach samorządowych na osoby nieposiadające obywatelstwa Unii Europejskiej*, „Samorząd Terytorialny" 2013, nr 9.

Czerw J., *Dostęp do informacji publicznej w Polsce*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2013, nr 11.

Fleszer D., *Prawo do informacji a partycypacja obywatelska*, „Roczniki Administracji i Prawa" 2019, nr XIX(1).

Garlicki L., Zubik M., art. 37 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Warszawa 2016.

Jabłoński M., *Identyfikacja wolności i praw jednostki w pracach nad treścią Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.

[79] I. Lipowicz, *Nowa rola samorządu terytorialnego w państwie współczesnym*, „Samorząd Terytorialny" 2020, nr 7–8, s. 22–35.

[80] J. Korczak, *Partycypacja społeczna jako przedmiot regulacji statutu jednostek samorządu terytorialnego* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.

[81] Por. J. Korczak, *Wybrane zagadnienia*…, s. 375.

[82] P. Lisowski, *Aspekty podmiotowe w samorządzie terytorialnym – introductio* [w:] *20 lat samorządu terytorialnego w II i III Rzeczypospolitej. I Wydziałowa Konferencja Kół Naukowych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2010, s. 429.

[83] R. Sowiński, *Europejski i polski standard uczestnictwa cudzoziemców i mniejszości narodowych w życiu publicznym* [w:] *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku, Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojtczak, Wrocław 2005, s. 438.

Kamińska I., Rozbicka-Ostrowska M., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2015.
Knosala E., *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2006.
Konsultacje społeczne jako narzędzie partycypacji publicznej. Opracowania tematyczne, Warszawa 2019.
Korczak J., *Partycypacja społeczna jako przedmiot regulacji statutu jednostek samorządu terytorialnego* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.
Korczak J., *Wybrane zagadnienia prawne realizacji praw podmiotowych członków wspólnot samorządowych na tle rozwiązań* [w:] *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku, Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojtczak, Wrocław 2005.
Kumela-Romańska M., *Administracyjno-prawny status cudzoziemca-członka wspólnoty samorządowej*, „Samorząd Terytorialny" 2007, nr 6.
Leoński Z., *Nauka administracji*, Warszawa 2004.
Lipowicz I., *Nowa rola samorządu terytorialnego w państwie współczesnym*, „Samorząd Terytorialny" 2020, nr 7–8.
Lis M., *GUS podał szacowaną liczbę cudzoziemców w Polsce. Przekroczyła dwa miliony*, www.businessinsider.com.pl/twoje-pieniadze/praca/liczba-cudzoziemcow-w-polsce-to-ponad-dwa-miliony-gus-podal-dane/ydbgxy9 (12.05.2021)
Lisowski P., *Aspekty podmiotowe w samorządzie terytorialnym – introductio* [w:] *20 lat samorządu terytorialnego w II i III Rzeczypospolitej. I Wydziałowa Konferencja Kół Naukowych Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego*, red. J. Korczak, Wrocław 2010.
Łodziński S., *Prawa wyborcze dla cudzoziemców? Społeczne postrzeganie partycypacji politycznej imigrantów w Polsce* [w:] *Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych*, red. D. Pudzianowska, Warszawa 2016.
Łodziński S., Pudzianowska D., Szaranowicz-Kusz M., *Prawa wyborcze dla cudzoziemców – tak czy nie? Analiza procesu przyznawania praw wyborczych na poziomie lokalnym cudzoziemcom z państw trzecich w wybranych krajach Unii Europejskiej*, Warszawa 2014.
Łukasiewicz J., *Zarys nauki administracji*, Warszawa 2004.
Małecka-Łyszczek M., *Partycypacja w ramach public governance* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.
Marchaj R., *Samorządowe konsultacje społeczne*, Warszawa 2016.
Marchaj R., *Samorządowe konsultacje społeczne. Propozycje de lege ferenda*, „Samorząd Terytorialny" 2020, nr 7–8.
Marchaj R. [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2021.
Misiejko A., *Budżet obywatelski w praktyce samorządów*, Warszawa 2020, s. 11.
Naleziński B., komentarz do art. 170 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.
Nauka administracji, red. Z. Cieślak, Warszawa 2017.
Niżnik-Dobosz I., *Partycypacja w samorządzie terytorialnym* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.
Niżnik-Mucha A., *Problematyka zakresu przedmiotowego konstytucyjnego prawa do informacji publicznej*, „Casus" 2008, nr 48.
Olejniczak-Szałowska E., *Referendum lokalne w świetle ustawodawstwa polskiego*, Warszawa 2002.
Pazdan M., komentarz do art. 25 Kodeksu cywilnego [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2013.
Piekutowska A., *Prawa wyborcze imigrantów. Refleksje na tle instytucji obywatelstwa europejskiego*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2016, nr 20/A.
Princ M., *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*, Poznań 2016.
Princ M., Kryska D., *Local Government Tasks in Managing Migrations in the Czech Republic and Poland*, „HKJU-CCPA (Hrvatska i komparativna javna uprava)" 2020, no. 20(2).

Przybysz P., *Instytucje prawa administracyjnego*, Warszawa 2020.
Pudzianowska D., *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013.
Pudzianowska D., *Prawa wyborcze i inne prawa polityczne cudzoziemców z państw trzecich w Polsce* [w:] *Prawa wyborcze dla cudzoziemców – tak czy nie?*, red. S. Łodziński, D. Pudzianowska, M. Szaranowicz-Kusz, Warszawa 2014.
Sura R., *Partycypacja społeczna fundamentem dobrej administracji (wybrane aspekty prawno-aksjologiczne)*, „Samorząd Terytorialny" 2015, nr 10.
Safjan M., *Konstytucja RP*, t. II: *Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016.
Sowiński R., *Europejski i polski standard uczestnictwa cudzoziemców i mniejszości narodowych w życiu publicznym* [w:] *Europeizacja polskiego prawa administracyjnego*, red. Z. Janku, Z. Leoński, M. Szewczyk, M. Waligórski, K. Wojtczak, Wrocław 2005.
Suwaj P.J., *Udział społeczeństwa w decydowaniu publicznym – oblicza partycypacji społecznej w polityce publicznej w zakresie inwestycji drogowych*, „Samorząd Terytorialny" 2010, nr 1–2.
Szlachetko J., Bochentyn A., *Udział cudzoziemców i apatrydów w konsultacjach społecznych we wspólnotach samorządowych. Zagadnienia prawnoadministracyjne* [w:] *Internacjonalizacja prawa administracyjnego*, red. Z. Czarnik, J. Posłuszny, L. Żukowski, Lwów 2015.
Szustakiewicz P., komentarz do art. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej [w:] *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, red. M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damjyha3dmojoobqxalrtgy2deojwhaya (30.05.2021).
Ziółkowska A., Gronkiewicz A., *Komisje, zespoły, rady jako forma partycypacji obywateli w samorządzie terytorialnym* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.

Streszczenie

Przedmiotem rozważań zamieszczonych w niniejszym artykule są rozwiązania prawne, które stanowią ramy partycypacji społecznej cudzoziemców w procesach decyzyjnych podejmowanych na poziomie samorządu terytorialne. Autorzy zastanawiają się, czy regulacje prawne w tym zakresie zostały należycie ukształtowane. Opracowanie zawiera również przykłady działań podejmowanych przez niektóre gminy na rzecz zwiększenia udziału cudzoziemców we wspólnotach samorządowych.

Słowa kluczowe: cudzoziemcy, gmina, partycypacja

PARTICIPATION OF FOREIGNERS IN COMMUNES – ADMINISTRATIVE AND LEGAL ISSUES

Summary

The subject of considerations in this article are legal solutions that constitute the framework for social participation of foreigners in decision-making processes taken at the local government level. The authors wonder if the legal regulations in this area have been properly shaped. The article also includes examples of actions taken by some communes to increase the participation of foreigners in self-government communities.

Keywords: foreigners, commune, participation

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.14

Izabela Kułak

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0002-2821-257X

INSTITUTIONS AUTHORIZED TO PREVENT AND COMBAT PHENOMENON OF CORRUPTION IN POLAND

Introduction

Corruption is a common and extremely dangerous phenomenon. It is a threat to the prevailing order[1] and unrestrained and proper functioning of the state[2]. It is one of the elements contributing to the social pathology in the existential, political, institutional and legal aspects. Corruption deepens the gap between social strata. It makes it impossible to meet the needs in a legal manner, consistent with applicable law[3]. It contributes to the collapse of public values in a society[4]. It limits human rights that are enjoyed by every individual and the observance of which should be state-guaranteed. Moreover, it takes away citizens' sense of security and it violates the principle of market freedom. Citizens begin to doubt effectiveness of the legal system in their country. Corruption deprives them of the faith that they are protected by clear and transparent legal rules that are followed by all[5]. Corruption strikes the most important principles of the functioning of the state, inhibiting its economic growth, as well as reducing citizens' sense of security and standard of living[6]. Corruption undermines the foundations of democracy and threatens its core values, is contrary to the principle of social equality[7]. It causes destruction of social life which

[1] A.M. Szelest-Woźny, *Korupcja – analiza dysfunkcji państwa na przykładzie Polski (1989–2007)*, Toruń 2012, p. 26, 28.

[2] P. Chodak, *Czy korupcja zagraża jednostce? Wpływ i ocena przestępczości korupcyjnej na prawidłowe funkcjonowanie i rozwój Polski i jej obywateli* [in:] *Korupcja a bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. P. Chodak, Józefów 2013, p. 92.

[3] A.M. Szelest-Woźny, *Korupcja – analiza*…, p. 26.

[4] R. Dębowski, M. Flis, A. Kamiński, A. Zielińska, *Czy można budować bez korupcji?*, „Przegląd Antykorupcyjny" 2011, nr 1, p. 10.

[5] A.M. Szelest-Woźny, *Korupcja – analiza*…, p. 38.

[6] CBA *Mapa korupcji. Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2016 r.*, Warszawa 2017, p. 6.

[7] CBA, *Mapa korupcji. Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2015 r*., Warszawa 2016, p. 7.

reduces citizens' trust in the state and its institutions. The most dangerous threat to the democratic system and actual security of citizens, but also to the economy, can be seen in the non-economic costs of corruption. These include exceeding of powers, failure to comply with duties, bribery, clerical venality, influence peddling, paid favouritism, electoral fraud and economic crime[8]. Corruption poses a serious challenge for state institutions and is one of the greatest social issues[9].

The fight against corruption is undoubtedly a demanding task. Therefore, co-operation between all public administrative bodies and a high level of involvement in anti-corruption activities are essential. There are institutions in Poland that play a crucial role in preventing corruption. These include the Central Anticorruption Bureau (CBA), the Internal Security Agency (ABW), the Police and the Public Prosecutor's Office. Anti-corruption efforts are also undertaken by other entities like, for instance, The Supreme Audit Office, Customs Service or the Public Procurement Office. There are also entities that propose legislative initiatives, implement government programs and conduct preventive and educational activities regarding corruption. These are, for example, the Chancellery of the Prime Minister, the Ministry of Interior and Administration and the Commissioner for Human Rights[10].

1. The CBA was established under the Act of 9 June 2006[11] which came into force on 1 July of the same year[12]. It is a special service, established to combat corruption both in the public and economic sphere, primarily in public and local government institutions, as well as to fight against a devastating impact on the national economic interests (Article 1, paragraph 1 on the Act on the Central Anticorruption Bureau). This service is headed by the head of the Central Anticorruption Bureau that in turn is a central government administration body supervised by the Prime Minister and whose activities are controlled by the Sejm. The head of the CBA is appointed for a four-year term and dismissed by the Prime Minister. However, it is possible only after consulting the President of the Republic of Poland, the Special Services Committee and the Council for Special Services (Article 6 paragraph 2 on the Act on the Central Anticorruption Bureau)[13].

Tasks performed by the CBA are divided into operational and reconnaissance, investigative, control, analytical and informative[14].

By carrying out operational and reconnaissance activities, the Bureau aims to prevent, recognize and detect crimes. These tasks are also undertaken in order to

[8] CBA, *Mapa korupcji. Stan przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2013 r.*, Warszawa 2014, p. 5.

[9] CBA, *Mapa korupcji. Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2015 r.*, p. 7.

[10] CBA, *Poradnik antykorupcyjny dla urzędników*, Warszawa 2011, pp. 62–63.

[11] The Act of 9 June 2006 on the Central Anticorruption Bureau (Dz.U. 2021, Item 1671).

[12] For more, see: J. Potulski, *Korupcja w ujęciu normatywnym. Odpowiedzialność karna i jej wyłączenie*, Sopot 2018, pp. 69–72.

[13] CBA, *Informator*, Warszawa 2019, p. 5, https://cba.gov.pl/ftp/dokumenty_pdf/Informator%20o%20CBA_2019%20PL.pdf (18.01.2021).

[14] *Ibidem*, p. 6.

obtain and process information important in terms of combating corruption in state institutions and local self-government entities, as well as activity directed against the economic interests of the state. In a situation where there is a justified suspicion that a crime has been committed, the CBA officers conduct investigative activities[15] stated in the Criminal Procedure Code[16] (including actions performed in accordance with instructions of the court and the prosecutor)[17].

The CBA is the only special service allowed to control decisions in the areas of economy and asset declarations. The officers of the anti-corruption service conduct control activities in order to reveal corruption cases occurring in the national public institutions. It all leads to the disclosure of detrimental activities against the economic interests of the country and malpractice of public figures and officials. The basis for inspection is the annual plan approved by the Head of the CBA. If required, controls are executed on an ad hoc basis[18].

The analytical and information operations carried out by the CBA officers lead to the threat detection in terms of the economic interests of the state and informing the state authorities, as early as possible, about the threat. The purpose of these operations is also to develop preventive action plans. Analytical and informative projects support operational and reconnaissance tasks together with the investigative and control activities[19].

An important part of the functioning of the CBA is also performing preventive actions. The CBA conducts educational and preventive activities. At the same time, it cooperates with other institutions and non-governmental organizations whose area of activity is focused on the phenomenon of corruption as well[20]. Taking up educational activities is one of the methods of reducing corruption. The educational activity of the CBA is based primarily on conducting trainings and publishing information materials[21].

When discussing the Central Anticorruption Bureau, it is worth to mention the research carried out in March 2019 by the Public Opinion Research Center (CBOS). It shows that 47 per cent of respondents positively assess the activity of the CBA. So far, this is the best result in CBOS measurements. The fact that more and more citizens assess the CBA in a positive way is reflected by the number of signals reported to the Bureau about potential corruption offences[22].

2. Corruption prevention is a tedious task and undoubtedly requires a lot of shared effort. The commitment and cooperation between all public administration

[15] *Ibidem*, pp. 8–9.

[16] The Act of 6 June 1997 – Criminal Code (Dz.U. 2021, Item 534).

[17] CBA, *Informator*, pp. 8–9.

[18] *Ibidem*, p. 10.

[19] *Ibidem*, p. 12.

[20] *Zadania*, https://cba.gov.pl/pl/o-cba/zadania/350,zadania.html (18.01.2021).

[21] CBA, *Wskazówki antykorupcyjne dla urzędników*, Warszawa 2014, p. 5. See also N. Iyer, M. Samociuk, *Defraudacja i korupcja. Zapobieganie i wykrywanie*, Warszawa 2007, p. 77.

[22] CBA, *Informator*, p. 12.

bodies is particularly noticeable. It cannot be the case that all duties and all responsibility for the fight against corruption lies with only one, even such a highly specialized unit, like the CBA[23].

The Internal Security Agency (ABW) is one of the institutions entitled to undertake and conduct activities in regards to counteracting and combating corruption[24]. The ABW tasks and powers are regulated by the Internal Security Agency and Foreign Intelligence Agency Act of 24 May 2002[25]. According to Article 5 paragraph 1, point 2, letter c of the indicated legal act, the tasks of the Internal Security Agency include identification, prevention and detection of corruption offences committed by people holding public office, discussed in Article 1 and 2 of the Act of 21 August 1997 on the restriction of economic activity of individuals who perform public functions[26], if there is a risk that it will pose a national security threat. At this point, reference should also be made to other provisions of the Act, namely Article 27 and 29. Article 27 paragraph 1, point 1 of the Internal Security Agency Act states that the ABW, while performing operational and reconnaissance activities to identify, prevent and detect crimes, may conduct (in case of ineffectiveness or uselessness of other measures) operational control based on a court order[27].

Referring once again to Article 5 paragraph 1, point 2, letter c of the ABW and AW Act, it should be emphasized that this law enables the Agency to carry out tasks leading to identifying and prosecuting the perpetrators of corruption. At the same time, the Act introduces considerable restrictions in the context of the activities conducted by the Internal Security Agency, especially when it comes to a range of people against whom those tasks are performed by the Agency. It refers to people whose duties are of a public nature, but only those who are listed in the catalogue in Article 1 and 2 of the Act on the restriction of economic activity by persons with public functions. The above-mentioned includes also another required premise, i.e. "if it may be dangerous to the security of the state"[28].

The duties of the Internal Security Agency related to combating corruption include:

- detecting irregularities in public procurement,
- conducting inquiries and investigations based on materials obtained in the course of operational and exploratory work or provided by the prosecutor's offices in cases related to privatized entities,

---

[23] K. Bondaryk, *Wystąpienie szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego* [in:] *I Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna (Warszawa 9 grudnia 2010). Materiały Pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2011, pp. 21–22.

[24] A. Gradowski, *Rola Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego* [in:] *I Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna (Warszawa 9 grudnia 2010). Materiały Pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2011, p. 80.

[25] The Internal Security Agency and Foreign Intelligence Agency Act of 24 May 2002 (Dz.U. 2020, Item 27).

[26] The Act of 21 August 1997 on the restriction of economic activity by persons holding public functions (Dz.U. 2019, Item 2399).

[27] A. Gradowski, *Rola Agencji*…, p. 81.

[28] *Ibidem*, pp. 80–81.

– monitoring public procurement and privatization procedures defined by the Prime Minister,
– transferring information on threats regarding public procurement and the privatization process to the recipients indicated in Article 18 of the Act of 24 May 2002 on the Internal Security Agency and the AW (i.e., to the President of the Republic of Poland and the Prime Minister),
– conducting anti-corruption prevention actions[29].

Actions realized by the Internal Security Agency in the area of combating corruption are divided into operational and reconnaissance activities and investigative activities.

The Agency deals also with preventive activities, conducting specialized trainings, presenting information concerning threats to privatization and, in general, sharing knowledgeand experience acquired[30]. The ABW also controls government officials by investigating tax settlements and property declarations. It is a part of the security screening process when applying for a security certification which grants access to state secrets[31].

The Head of the Internal Security Agency. The head of the ABWis appointed and dismissed by the Prime Minister after prior consultation with the President of the Republic of Poland, the Council and the Special Services Committee (Article 14(1) of the Act on the Internal Security Agency and the AW).

The Internal Security Agency is extremely valuable for the state system in the context of preventing corruption. This is reflected in the high level of the ABW officers' commitment in performing anti-corruption activities[32].

3. The Police also play a significant role. The primary duty of the Police is to combat crimes, including corruption-related ones[33]. Extremely important in this aspect is the provision of Article 19 of the Act of the Police [34] which has transformed due to legislative amendments. They led to broadening the catalogue of crimes for which operational control can be applied. In addition, Article 19a about controlled giving or accepting financial profits was added. It should be noted that incorporating new methods of fighting corruption into the Polish legal system is a very important tool for both the Police and other services. The most known, and equally, the most effective methods in this area are operational control and controlled giving or accepting financial profits[35].

---

[29] *Zwalczanie korupcji*, https://www.abw.gov.pl/pl/zadania/zwalczanie-korupcji/50,Zwalczanie-korupcji.html (18.01.2021).

[30] A. Gradowski, *Rola Agencji*…, p. 82.

[31] K. Bondaryk, *Wystąpienie szefa*…, p. 22.

[32] A. Gradowski, *Rola Agencji*…, p. 83.

[33] Wydział ds. Zwalczania Korupcji Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji, *Policja w walce z korupcją. Opis sposobu działania sprawców w wybranych sprawach*, 9 December 2010, p. 3, https://antykorupcja.gov.pl/ftp/zdjecia/Policja_w_walce_z_korupcja.pdf (18.01.2021).

[34] The Act of the Police of 6 April 1990 (Dz.U. 2021, Item 1882).

[35] W. Jarczewski, *Wystąpienie Zastępcy Komendanta Głównego Policji* [in:] *Dobre praktyki w zakresie wspierania transparentności w sektorze publicznym i prywatnym. II Międzynarodowa*

In the context of the fight against corruption, it is worth mentioning the Police Commander in Chief, Superintendent Marek Papała's order of 30 September 1997, imperative establish anti-corruption task teams in the in The Provincial Police Headquarters, that would deal with economic crime. The first Anti-Corruption Unit in Poland was formed on 15 April 2000, at the Provincial Police Headquarters in Katowice. At the beginning of 2002, the General Headquarters of Police together with the Ministry of the Interior and Administration started taking regular actions leading to legislative changes. Their implementation was to enable more effective fight against corruption offences[36]. In the same year, at the request of the Minister of the Interior and Administration, the Council of Ministers of the Republic of Poland adopted the "Anti-Corruption Strategy". This government document contained a set of directional solutions and measures to be taken by the government administration in the fight against corruption. One of the tasks was to form Anti-Corruption Departments in all Provincial Police Headquarters[37].

The National Crime Information Center (KCIK) operates within the structures of the General Police Headquarters. The KCIK database contain information on cases being the subject of operational and investigation activities as well as initiated or completed preparatory proceedings. These materials relate to ongoing criminal proceedings. In addition, the criminal record system contains data about persons that such proceedings are directed against. The information collected by KCIK also relates to items used to commit crimes or items lost as a result of a crime. The activities carried out in the field of identifying and combating corruption should be constantly analyzed[38].

4. Addressing the subject of institutions authorized to fight corruption, the Public Prosecutor's Office should also be indicated. In order to discuss the contribution of the Public Prosecutor's Office and its importance in preventing and combating corruption, it is necessary to rely on legal regulations that equip the Prosecutor's Office with appropriate powers in this matter. One of the departments of the National Public Prosecutor's Office is the Department for Organized Crime and Corruption that is based on Article 19 paragraph 2 of the Act of 28 January 2016, Act on the Public Prosecutor's Office[39]. The task catalogue this authorityis responsible for has been defined in the Regulations of the internal operation of the common

Konferencja Antykorupcyjna, Warszawa, 9 grudnia 2011 r. Materiały pokonferencyjne, CBA, Warszawa 2012, pp. 33–34.

[36] The amendment to the Act of the Police concerned, inter alia, introducing a simplified process of consenting to the use of operational techniques by the Police and the controlled acceptance or granting of financial profits, which has already been discussed in this section. A novelty in the act was a provision indicating that a controlled buy may also be based on the submission of a proposal to accept or give a financial profit: Wydział ds. Zwalczania Korupcji Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji, *Policja w walce*…, p. 3.

[37] *Ibidem*, pp. 3–4.

[38] CBA, *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2017 r. Raport*, Warszawa 2017, p. 7, 5.

[39] The Act of 28 January 2016 on the Public Prosecutor's Office (Dz.U. 2021, Item 66).

organizational units of the General Prosecutor's Office[40]. It should be noted that this catalogue is not closed. Pursuant to the Regulations, the tasks of the Department for Organized Crime and Corruption include, inter alia, conducting and supervising preparatory proceedings in most serious crimes of bribery committed among the legislative authorities, government or local government administrative bodies, inspection bodies and law enforcement agencies (Paragraph 20, point 1, letter c of the Regulations) and "other crimes which, due to the nature and importance of the case, were transferred to the Department by the General Prosecutor or Public Prosecutor" (Paragraph 20, point 1, letter e). The unit is also required to coordinate preparatory proceedings conducted by Branch Divisions (Paragraph 20, point 3), as well as to collect and analyse gathered materials and information on corruption and organized crime. Based on that, the Department was also obliged to develop assessments including the dynamics and directions in which the crime in question is moving (Paragraph 20, point 4). The unit is also in charge of coordinating the activities of the Prosecutor's Office and other state bodies in terms of prosecuting and combating, among other, corruption (Paragraph 20, point 5 of the Regulations). An important mission of the Department is cooperation at the international level to develop a strategy for combating international organized crime and prosecuting perpetrators, as well as cooperation with the Polish representative in EUROJUST on the activities of the Prosecutor's Office. Collaboration in this matter is also established with representatives of other international and supranational organizations on the basis of international treaties ratified by the Republic of Poland in the field of combating crimes such as corruption (Paragraph 20, point 6). The tasks of the unit include exercising official supervision in cases indicated by the Public Prosecutor General Deputy for Organized Crime and Corruption, as well as performing activities under supervision exercised in preparatory proceedings by the General Prosecutor (Paragraph 20, point 7)[41]. Other tasks imposed on the Department by the Regulations of the internal operation of common organizational units of the Prosecutor's Office include making a practice of prosecution on the basis of conducted research and analysis (Paragraph 20, point 9), giving opinion on applications that are addressed to the Public Prosecutor General for allowing to admit a crown witness's testimony as evidence in the court (Paragraph 20, point 10) or preparing information on parliamentary interpellation, parliamentary inquiry and on senators' statements and providing explanations and answers requested by the Commissioner for Human Rights (Paragraph 20, point 11) – all within the Department's jurisdiction, of course. Pursuant to Article 20 paragraph 1 of the Public Prosecutor's Office Act,

[40] Regulation of the Minister of Justice of 7 April 2016 – Regulations of the internal operation of the common organizational units of the General Prosecutor's Office (Dz.U. 2017, Item 1206).

[41] At this point, it is worth quoting Art. 14 pargraph 2 of the the Act on the Public Prosecutor's Office which states that "one of the Public Prosecutor General Deputies is the Public Prosecutor General Deputy for Organized Crime and Corruption". This provision also indicates that the Prosecutor's Office plays an important role in preventing and combating corruption.

the aforementioned Branch Divisions of the Department for Organized Crime and Corruption are established at Regional Prosecutor's Offices.

The Public Prosecutor's Office also plays an important part when it comes to the cooperation with Internal Affairs Bureau of the Police[42].

5. Apart from the CBA, the ABW, the Police and the Public Prosecutor's Office, there are other entities that play a significant role in counteracting corruption. These are divisions or units which through their activity strive to reduce the level of corruption dangerous for various life areas. One of the most important premises in the entire system of combating such crime should be the reinforcement of public institutions that are on guard of obeying the law and established standards of public life[43].

A necessary factor for the proper functioning of the state is appropriate public financial management. It is the Supreme Audit Office (NIK) that plays a fundamental role in this respect. NIK by verifying the state's revenues and expenditures and analyzing its budget each year, it examines the credibility of information and financial transparency. Moreover, the Office controls the level of task implementation in the public space, carrying out a review in this area in terms of legality, efficiency and effectiveness of the activities. In the context of such financial scrutiny, external audit is always beneficial. It is a source of information for the society regarding violating the principles of legality, effectiveness, efficiency, retrenchment and accountability. Additionally, it provides knowledge of the violations of commonly accepted ethical principles[44]. From the viewpoint of anti-corruption activities, the Supreme Audit Office plays a special role in the area of preventive activity. The Office was not equipped with investigative powers, so it does not detect corruption. The responsibility of this institution is to reveal such irregularities in the functioning of other public institutions controlled by the NIK[45]. Being a part of the system that prevents and fights corruption, the NIK functioning and organization are determined both in the Constitution of the Republic of Poland[46] and the Supreme Audit Office Act of 23 December 1994[47]. The actions of the Supreme Audit Office concentrate on conducting audits and analysis and that enabled the recognition of the main areas where corruption poses

[42] For more, see: M. Węgliński, M. Pasterny, *Przeciwdziałanie korupcji z perspektywy piętnastoletnich doświadczeń Biura Spraw Wewnętrznych Komendy Głównej Policji* [in:] *Korupcja a bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. P. Chodak, Józefów 2013, p. 81.

[43] J. Płoskonka, *Korupcja – zagrożenia i metody jej zwalczania. Empiryczne badania nad poziomem korupcji*, „Służba Cywilna" 2003, nr 6, p. 130.

[44] *Ibidem*.

[45] J. Kościelniak, A. Hussein, *Doświadczenia Najwyższej Izby Kontroli w przeciwdziałaniu korupcji* [in:] *I Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna (Warszawa 9 grudnia 2010). Materiały Pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2011, pp. 48–49.

[46] See Art. 202–204 of the Constitution of the Republic of Poland 2 April 1997 (Dz.U. 1997, no. 78, Item 483).

[47] The Supreme Audit Office Act of 23 December 1994 (Dz.U. 2019, Item 489).

a risk and the primary mechanisms fostering corruption. In addition, it allowed of the development of conclusions indicating the necessity to take steps to reduce the level of risk of this type of crime[48].

The Customs Service is also responsible for preventing and combating corruption. However, the competence scope for the Service regarding the fight against corruption differs from the one that law enforcement agencies have. The Customs Service can only apply administrative measures[49].

Corrupt practices occur in the area of public procurement as well. The decision-making process and its implementation in this area are controlled by various public institutions which also play an extremely important role. Both the CBA and each authorized institution are responsible for a different aspect in terms of control over public procurement. The Public Procurement Office (UZP) verifies compliance with the procedures, the Regional Accounting Chambers (RIO) examine public procurement for the breach of the provisions of the Public Finance Act. The Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) is responsible for detecting bid rigging, whereas the Supreme Audit Office (NIK) carries out comprehensive inspections in state institutions[50].

The Ministry of the Interior and Administration, the Chancellery of the Prime Minister and the Commissioner for Human Rights are also entities that propose legislative initiatives, implement government programs and conduct educational and preventive actions in the field of counteracting corruption[51].

Conclusion

Corruption is a long known problem[52] that exists across all continents and in every culture. It may appear of course with different intensity in individual countries[53]. As a consequence, the society begin to doubt the entire institutional system of the country and individual organs. It leads to a situation in which the state ceases

[48] J. Kościelniak, A. Hussein, *Doświadczenia Najwyższej Izby*…, p. 49.

[49] J. Kapica, *Przeciwdziałanie korupcji w służbie celnej*, „Przegląd Antykorupcyjny" 2011, nr 1, p. 49.

[50] *Świadomi nadużyć finansowych i korupcji. Podręcznik dla urzędników zajmujących się zamówieniami publicznymi*. The work originally published in 2014 by the World Bank, entitled *Fraud and Corruption Awareness Handbook: A Handbook for Civil Servants Involved in Public Procurement*. The translation into Polish was prepared by the Central Anticorruption Bureau, 2015, pp. 9–10.

[51] CBA, *Poradnik antykorupcyjny*…, p. 63.

[52] B.E. Szachowicz, *Korupcja a filozoficzna koncepcja odpowiedzialności* [in:] *Korupcja a bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. P. Chodak, Józefów 2013, p. 120. For more, see: J. Bil, *Korupcja w (prywatnym) sektorze gospodarczym. Bezpieczeństwo ekonomiczne państwa*, Szczytno 2015, pp. 59–62, 69–74. See also A.Z. Kamiński, B. Kamiński, *Korupcja rządów. Państwa pokomunistyczne wobec globalizacji*, Warszawa 2004, pp. 23–24.

[53] A.Z. Kamiński, B. Kamiński, *Korupcja rządów*…, p. 15.

to deal effectively with problems, including corruption. State efficiency drops significantly. Citizens are less and less engaged in the country affairs and often adopt a passive attitude[54].

One of the main tasks of the state is to guarantee the security for the citizens and entities operating on its territory. Ensuring security and growth is necessary for an individual, a social group, the state and international organization[55]. The state must protect its citizens and institutions from corruption.

The phenomenon of corruption can be combated in two basic ways – through repressive and preventive actions. The first method can only be used by the state authorities that are entitled to perform investigative operations. The second type of activities, on the other hand, is carried out by state agencies and services and non-governmental organizations[56].

Bibliography

Bil J., *Korupcja w (prywatnym) sektorze gospodarczym. Bezpieczeństwo ekonomiczne państwa*, Szczytno 2015.

Bondaryk K., *Wystąpienie szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego* [in:] *I Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna (Warszawa 9 grudnia 2010). Materiały Pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2011.

CBA, *Informator*, Warszawa 2019, https://cba.gov.pl/ftp/dokumenty_pdf/Informator%20o%20CBA_2019%20PL.pdf (18.01.2021).

CBA, *Mapa korupcji. Stan przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2013 r.*, Warszawa 2014.

CBA, *Mapa korupcji. Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2015 r.*, Warszawa 2016.

CBA, *Mapa korupcji. Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2016 r.*, Warszawa 2017.

CBA, *Poradnik antykorupcyjny dla urzędników*, Warszawa 2011.

CBA, *Wskazówki antykorupcyjne dla urzędników*, Warszawa 2014.

CBA, *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej w Polsce w 2017 r. Raport*, Warszawa 2017.

Chodak P., *Czy korupcja zagraża jednostce? Wpływ i ocena przestępczości korupcyjnej na prawidłowe funkcjonowanie i rozwój Polski i jej obywateli* [in:] *Korupcja a bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. P. Chodak, Józefów 2013.

Dębowski R., Flis M., Kamiński A., Zielińska A., *Czy można budować bez korupcji?*, „Przegląd Antykorupcyjny" 2011, nr 1.

Gradowski A., *Rola Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego* [in:] *I Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna (Warszawa 9 grudnia 2010). Materiały Pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2011.

Iyer N., Samociuk M., *Defraudacja i korupcja. Zapobieganie i wykrywanie*, Warszawa 2007.

Jarczewski W., *Wystąpienie Zastępcy Komendanta Głównego Policji* [in:] *Dobre praktyki w zakresie wspierania transparentności w sektorze publicznym i prywatnym. II Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna, Warszawa, 9 grudnia 2011 r. Materiały pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2012.

[54] A.M. Szelest-Woźny, *Korupcja – analiza*…, p. 15.

[55] K. Ligęza, *Kryteria bezpieczeństwa państwa – aspekty teoretyczne* [in:] *Nauki społeczne i ekonomiczne – węzłowe zagadnienia*, eds. J. Żylińska, I. Przychocka, Warszawa 2018, p. 30.

[56] J. Bil, *Korupcja*…, p. 211. As cited in: *idem*, *Analiza porównawcza systemów zapobiegania korupcji na przykładzie wybranych państw federalnych*, „Journal of Modern Science" 2013, vol. 1(16), p. 375.

Kamiński A.Z., Kamiński B., *Korupcja rządów. Państwa pokomunistyczne wobec globalizacji*, Warszawa 2004.
Kapica J., *Przeciwdziałanie korupcji w służbie celnej*, „Przegląd Antykorupcyjny" 2011, nr 1.
Kościelniak J., Hussein A., *Doświadczenia Najwyższej Izby Kontroli w przeciwdziałaniu korupcji* [in:] *I Międzynarodowa Konferencja Antykorupcyjna (Warszawa 9 grudnia 2010). Materiały Pokonferencyjne*, CBA, Warszawa 2011.
Ligęza K., *Kryteria bezpieczeństwa państwa – aspekty teoretyczne* [in:] *Nauki społeczne i ekonomiczne – węzłowe zagadnienia*, eds. J. Żylińska, I. Przychocka, Warszawa 2018.
Płoskonka J., *Korupcja – zagrożenia i metody jej zwalczania. Empiryczne badania nad poziomem korupcji*, „Służba Cywilna" 2003, nr 6.
Potulski J., *Korupcja w ujęciu normatywnym. Odpowiedzialność karna i jej wyłączenie*, Sopot 2018.
Szachowicz B.E., *Korupcja a filozoficzna koncepcja odpowiedzialności* [in:] *Korupcja a bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. P. Chodak, Józefów 2013.
Szelest-Woźny A.M., *Korupcja – analiza dysfunkcji państwa na przykładzie Polski (1989–2007)*, Toruń 2012.
Świadomi nadużyć finansowych i korupcji. Podręcznik dla urzędników zajmujących się zamówieniami publicznymi. The work originally published in 2014 by the World Bank, entitled *Fraud and Corruption Awareness Handbook: A Handbook for Civil Servants Involved in Public Procurement*. The translation into Polish was prepared by the Central Anticorruption Bureau, 2015.
Węgliński M., Pasterny M., *Przeciwdziałanie korupcji z perspektywy piętnastoletnich doświadczeń Biura Spraw Wewnętrznych Komendy Głównej Policji* [in:] *Korupcja a bezpieczeństwo narodowe Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. P. Chodak, Józefów 2013.
Wydział ds. Zwalczania Korupcji Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji, *Policja w walce z korupcją. Opis sposobu działania sprawców w wybranych sprawach*, 9 December 2010, https://antykorupcja.gov.pl/ftp/zdjecia/Policja_w_walce_z_korupcja.pdf (18.01.2021).
Zadania, https://cba.gov.pl/pl/o-cba/zadania/350,zadania.html (18.01.2021).
Zwalczanie korupcji, https://www.abw.gov.pl/pl/zadania/zwalczanie-korupcji/50,Zwalczanie-korupcji.html (18.01.2021).

Summary

Corruption is a threat to people, society, the state and the economy. It is a phenomenon that particularly harms the basic principles of the functioning of the country. This article focuses on entities authorized to prevent corruption. Individual bodies, services and institutions obliged to fight corruption and equipped with a number of competences that facilitate the performance of their tasks are discussed. The Central Anticorruption Bureau, the Internal Security Agency, the Police, the Public Prosecutor's Office and other entities forming the system of prevention and combating corruption crime in Poland are presented. To discuss the subject it is necessary to refer to legal acts and the literature.

The aim of this description, however, is not a comprehensive presentation of the subject matter indicated in the title, as it seems impossible to provide an exhaustive study of each entity authorized to prevent corruption in only one article. Due to the limited scope of the article only a synthetic presentation of the subject matter has been presented.

Keywords: corruption, corruption prevention, anti-corruption activities, institutions in the fight against corruption

PODMIOTY UPRAWNIONE DO ZAPOBIEGANIA I ZWALCZANIA ZJAWISKA KORUPCJI W POLSCE

Streszczenie

Korupcja stanowi niebezpieczeństwo dla człowieka, społeczeństwa, państwa, gospodarki. Jest zjawiskiem, które w sposób szczególny godzi w podstawowe zasady funkcjonowania kraju. Przedmiotem rozważań podjętych w niniejszym artykule są podmioty uprawnione do zapobiegania korupcji. Omówiono poszczególne organy, służby i instytucje zobowiązane do walki z procederem korupcji i wyposażone w szereg kompetencji ułatwiających realizowanie nałożonych na nie zadań. Przedstawione zostały Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Policja, Prokuratura i inne podmioty stanowiące część systemu zapobiegania i zwalczania przestępczości korupcyjnej w Polsce. Dla omówienia poruszanego tematu obligatoryjne jest odniesienie się do aktów prawnych oraz korzystanie z literatury.

Celem niniejszego opracowania nie jest jednak kompleksowe przedstawienie wskazanej w tytule tematyki, gdyż niemożliwe wydaje się dokonanie rzetelnego opisu każdego z podmiotów uprawnionych do zapobiegania korupcji tylko w jednym artykule. Artykuł ze względu na ograniczone ramy zawiera jedynie syntetyczne przedstawienie tytułowej problematyki.

Słowa kluczowe: korupcja, zapobieganie korupcji, działania antykorupcyjne, podmioty w walce z korupcją

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.15

Marek Lewicki

Uniwersytet Łódzki
ORCID: 0000-0002-8349-2375

WSPÓŁDZIAŁANIE W PROCESIE STOSOWANIA PRAWA – KRYTYCZNIE O REGULACJACH OBOWIĄZUJĄCYCH W ZAKRESIE WYDAWANIA ZEZWOLEŃ NA SPRZEDAŻ NAPOJÓW ALKOHOLOWYCH

Wprowadzenie

Nie ulega wątpliwości, że wzgląd na szereg fundamentalnych zasad odnoszących się do działalności administracji publicznej, w szczególności zasad efektywności, sprawności czy też demokratyzacji, a także formułowane przy wykorzystaniu tych samych terminów nadzieje i oczekiwania przed nią stawiane sprawiają, iż współczesna administracja, wykonując powierzone jej zadania oraz kompetencje, w istotnym zakresie nie jest w stanie realizować ich bez podejmowania przybierającego różne formy współdziałania z innymi podmiotami – zarówno innymi podmiotami administrującymi, jak i podmiotami spoza struktury tej administracji (w tym spoza struktury władzy publicznej w ogóle). Uzasadnienie potrzeby (zasadności, konieczności) podejmowania tego współdziałania wiąże się przy tym z wieloma względami. Pomijając z oczywistych powodów ich szczegółową charakterystykę, wspomnieć tylko można, iż – najogólniej rzecz ujmując – do najważniejszych zaliczyć można dążenie do zapewnienia optymalnego standardu merytorycznego realizowanych zadań i kompetencji (co uzasadnia przede wszystkim wprowadzanie różnych form współdziałania z innymi podmiotami administrującymi), a także umożliwienie identyfikacji i uwzględniania stanowisk (opinii, oczekiwań, potrzeb itp.) wyrażanych przez podmioty administrowane (jednostki, ich grupy i organizacje), przekładające się na poziom akceptacji i legitymizacji podejmowanych przez administrację działań, a związane z wielce pożądaną w demokratycznym państwie prawnym demokratyzację i uspołecznienie procesów sprawowania władzy i administrowania[1].

[1] Na temat szeroko pojmowanego współdziałania w administracji por. M. Stahl, *Akty współdziałania (koordynacji)* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. V: *Prawne formy działania administracji*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 357–364. Na wspomniany aspekt

Zasygnalizowane uzasadnienie oraz walory szeroko ujmowanego współdziałania w procesach administrowania nie powinny jednak przesłaniać założenia, iż wykorzystywanie tych mechanizmów każdorazowo powinno być poprzedzone staranną analizą i oceną ich przydatności. Postawić można bowiem tezę, iż współdziałanie nie jest celem samym w sobie, ale podejmowane w szeroko pojmowanych procesach decyzyjnych, powinno przyczyniać się do optymalizacji ich sprawności (obejmującej również aksjologiczne uwarunkowania funkcjonowania administracji publicznej). W tym kontekście nie sposób nie zgodzić się z poglądem, iż nie ma potrzeby współdziałania, gdy określone zagadnienie (sprawa administracyjna) może zostać rozwiązane przez jeden organ ze względu na określony dla niego zakres zadań. W takiej sytuacji udział innych podmiotów powodowałby koszty społeczne i przedłużał czas niezbędny do podjęcia decyzji[2]. Dlatego prawodawca, wprowadzając obowiązek współdziałania, bądź organy administracji publicznej decydujące o podjęciu współdziałania dopuszczonego przez prawodawcę powinny dokonywać rozstrzygnięć w tym zakresie po przeprowadzeniu swoistego bilansu korzyści i kosztów uwzględniającego wszelkie relewantne – z uwagi na wyżej wskazane wartości – uwarunkowania działalności administracji publicznej.

Obszarem działania organów administracji publicznej, w którym instytucja współdziałania znajduje zastosowanie, będąc jednocześnie relatywnie szczegółowo sformalizowaną, jest wydawanie decyzji administracyjnych. Chodzi przy tym przede wszystkim o współdziałanie organów administracji publicznej w procesie wydawania tych decyzji[3]. Współdziałanie to może mieć charakter materialnoprawny lub procesowy[4]. Pierwsza forma jest związana z uzależnieniem rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej od zajęcia stanowiska przez inny organ. Podstawą prawną takiego współdziałania jest przy tym przepis prawa materialnego, natomiast jego tryb określa art. 106 i 106a k.p.a. Jak wskazuje się w literaturze, skutkiem tej formy współdziałania jest to, że organ prowadzący postępowanie, z którym dochodzi do współdziałania, „nie ocenia wszystkich aspektów sprawy samodzielnie, lecz korzysta ze wsparcia innego organu, który powinien zbadać sprawę pod określonym w przepisach kątem i w stosownej formie

uspołecznienia procesów administrowania w kontekście wydawanych przez organy administracji publicznej decyzji administracyjnych zwraca uwagę: B. Jaworska-Dębska, *Współdziałanie organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych* [w:] *Prawo*, *administracja*, *obywatele. Profesorowi Eugeniuszowi Smoktunowiczowi*, red. A. Jamróz, Białystok 1997, s. 113.

[2] J. Chlebny, *Przyczyny współdziałania organów administracji publicznej* [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego*, t. II, cz. 1: *Prawne formy działania administracji*, red. W. Chróścielewski, G. Łaszczyca, A. Matan, Lex/el. 2018.

[3] Z uwagi na przedmiot opracowania poniższe uwagi dotyczą decyzji wydawanych w tzw. ogólnym postępowaniu administracyjnym uregulowanym w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2021, poz. 735, dalej: k.p.a.

[4] B. Adamiak [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2017, s. 83–84.

sformułować swoje stanowisko”[5]. Z takiego współdziałania wynika obowiązek organu współdziałającego do wyjaśnienia okoliczności faktycznych sprawy w określonym zakresie, którym już nie zajmuje się organ załatwiający sprawę[6]. Z kolei współdziałanie procesowe odnosi się do problematyki ustalania stanu faktycznego przez organ administracji publicznej, który jest właściwy do rozpoznania sprawy. Dochodzi do niego przede wszystkim w przypadkach, gdy organ administracji udziela pomocy prawnej (art. 52 k.p.a.) albo na żądanie organu prowadzącego postępowanie przedstawia dokument, jego odpis lub wyciąg (art. 76a § 1 k.p.a.).

Przedmiotem niniejszego opracowania jest ocena zasadności wprowadzenia i potrzeby utrzymywania przewidzianej w ustawie z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[7] formy współdziałania materialnego przy wydawaniu zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych polegającego na wynikającym z art. 18 ust. 3a ustawy uwarunkowaniu wydania takiego zezwolenia uzyskaniem przez organ zezwalający pozytywnej opinii gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, o których mowa w art. 12 ust. 1–3 ustawy. Przy czym tezą, której weryfikacja stanowić będzie przedmiot rozważań, jest przekonanie, że *de lege lata* wspomniana regulacja nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia i powinna zostać uchylona jako niepotrzebnie komplikująca postępowanie administracyjne w sprawie wydania pozwolenia, nie wnosząc w kontekście wskazanych wyżej walorów uzasadniających wprowadzanie instytucji współdziałania w zasadzie żadnych korzyści. Ograniczone ramy opracowania wykluczają przy tym wyczerpującą analizę wszystkich aspektów podjętego problemu, dlatego uwaga skupiona zostanie na zasygnalizowaniu najważniejszych zdaniem autora argumentów związanych ze wskazanym celem artykułu.

Reglamentacja sprzedaży napojów alkoholowych

Zważywszy na cele, do których realizacji przyczyniać się mają działania organów administracji publicznej podejmowane na podstawie ustawy[8], za jedno z podstawowych zadań służących ich realizacji uznane zostało ograniczenie dostępności

[5] W. Chróścielewski, *Organ administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2002, s. 217.

[6] J. Chlebny, *Rodzaje współdziałania* [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego*, t. II, cz. 1: *Prawne formy działania administracji*, red. W. Chróścielewski, G. Łaszczyca, A. Matan, Lex/el. 2018.

[7] Dz.U. 2019, poz. 2277 ze zm. (dalej: ustawa).

[8] Cele te wynikają przede wszystkim z art. 1 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym organy administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego są obowiązane do podejmowania działań zmierzających do ograniczania spożycia napojów alkoholowych oraz zmiany struktury ich spożywania, inicjowania i wspierania przedsięwzięć mających na celu zmianę obyczajów w zakresie sposobu spożywania tych napojów, działania na rzecz trzeźwości w miejscu pracy, przeciwdziałania powstawaniu i usuwania

alkoholu (art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy). Nie ulega przy tym wątpliwości, że do najważniejszych rozwiązań przyjętych w ustawie, w oparciu o które zadanie to jest realizowane, należy poddanie reglamentacji działalności gospodarczej w zakresie sprzedaży napojów alkoholowych. Podkreślić przy tym trzeba, iż zasadniczy wpływ na faktyczny wymiar skutków tej reglamentacji, a tym samym stopień realizacji celów ustawy, mają organy samorządu gminnego realizujące przyznane im w tym zakresie kompetencje.

Wspomnianym sposobem reglamentacji sprzedaży napojów alkoholowych jest wprowadzony w art. 18 ust. 1 ustawy wymóg uzyskania zezwolenia na taką sprzedaż. Zgodnie z tym przepisem sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu lub poza miejscem sprzedaży może być prowadzona tylko na podstawie zezwolenia wydanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) właściwego ze względu na lokalizację punktu sprzedaży. Dodać należy, że poza wynikającym z tego przepisu zróżnicowaniem przedmiotu wymaganego zezwolenia ze względu na miejsce spożywania sprzedawanych napojów alkoholowych (w miejscu sprzedaży oraz poza miejscem sprzedaży) ustawodawca zróżnicował przedmiot wydawanych zezwoleń także z uwagi na zawartość alkoholu w napoju alkoholowym. W świetle art. 18 ust. 3 ustawy zezwolenia, o których mowa w ust. 1, wydaje się oddzielnie na następujące rodzaje napojów alkoholowych: 1) do 4,5% zawartości alkoholu oraz na piwo; 2) powyżej 4,5% do 18% zawartości alkoholu (z wyjątkiem piwa); 3) powyżej 18% zawartości alkoholu[9].

Z uwagi na przedmiot opracowania szczególne znaczenie przypisać należy wskazaniu przesłanek, od spełnienia których ustawodawca uzależnił wydanie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych. Rekonstrukcji części z nich dokonać można w oparciu o regulacje zawarte w art. 18 ustawy. W tym kontekście wskazać należy z jednej strony na treść ust. 6 tego przepisu, zgodnie z którym do wniosku o wydanie zezwolenia należy dołączyć dokument potwierdzający tytuł prawny wnioskodawcy do lokalu stanowiącego punkt sprzedaży napojów alkoholowych, zgodę właściciela, użytkownika, zarządcy lub administratora budynku, jeżeli punkt sprzedaży będzie zlokalizowany w budynku mieszkalnym wielorodzinnym, oraz decyzję właściwego państwowego inspektora sanitarnego o zatwierdzeniu zakładu, o której mowa w art. 65 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie

---

następstw nadużywania alkoholu, a także wspierania działalności w tym zakresie organizacji społecznych i zakładów pracy.

[9] Na marginesie tylko – z uwagi na wyłączenie konieczności stanowiącego przedmiot opracowania wymogu uzyskania opinii gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych – wspomnieć należy o szczególnych z uwagi na ich przedmiot zezwoleniach wydawanych na podstawie art. 181 ustawy – jednorazowych zezwoleniach sprzedaż napojów alkoholowych wydawanych przedsiębiorcom posiadającym zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych oraz jednostkom Ochotniczych Straży Pożarnych (ust. 1), a także zezwoleniach wydawanych na okres do 2 lat przedsiębiorcom, których działalność polega na dostarczaniu żywności na imprezy zamknięte organizowane w czasie i miejscu wyznaczonym przez klienta w oparciu o zawartą z nim umowę (ust. 4).

żywności i żywienia. Skutki prawne tych czynności prawnych rozpatrywać należy w kontekście materialnych przesłanek dopuszczalności wydania wnioskowanego zezwolenia[10]. Przede wszystkim jednak wydawanie przedmiotowych zezwoleń uwarunkowane zostało – jak już wspomniano – wynikającym z art. 18 ust. 3a uzyskaniem pozytywnej opinii gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, o których mowa w art. 12 ust. 1–3.

W kontekście ustawowo określonego przedmiotu opinii wydawanej na podstawie art. 18 ust. 3a ustawy konieczne jest podkreślenie, iż w istocie realny wymiar ograniczania dostępności alkoholu w drodze reglamentacji sprzedaży napojów alkoholowych, a tym samym stopień realizacji celów ustawy, determinowany jest przede wszystkim treścią aktów prawa miejscowego wydawanych przez rady gmin na podstawie upoważnień prawotwórczych zawartych w art. 12 ustawy. Zważywszy, że treść tych aktów stanowi podstawę i punkt odniesienia dla wyrażenia opinii koniecznej dla wydania zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych, wskazać należy na ich przedmiot. Stosownie do treści tych upoważnień przedmiotem tych aktów jest:

– po pierwsze – uchwałą podjętą na podstawie art. 12 ust. 1 – ustalenie maksymalnej liczby zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych na terenie gminy (miasta), odrębnie dla:
  1) poszczególnych rodzajów napojów alkoholowych, o których mowa w art. 18 ust. 3,
  2) zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia w miejscu sprzedaży,
  3) zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia poza miejscem sprzedaży,
– po drugie – uchwałą podjętą na podstawie art. 12 ust. 2 w zw. z ust. 1 – ustalenie maksymalnej liczby zezwoleń, o której mowa w ust. 1, odrębnie dla poszczególnych jednostek pomocniczych gminy,
– po trzecie – uchwałą podjętą na podstawie art. 12 ust. 3 – ustalenie zasad usytuowania na terenie gminy miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych,

[10] Wskazać przy tym należy na niejednolitość poglądów w zakresie procesowych uwarunkowań weryfikacji spełnienia tych przesłanek. Z jednej strony wyrażane jest stanowisko, iż w przypadku niedopełnienia obowiązku dołączenia tych dokumentów do wniosku organ powinien wezwać wnoszącego podanie – na podstawie art. 64 § 2 k.p.a. – do usunięcia tego braku w terminie 7 dni, z pouczeniem, że nieusunięcie go spowoduje pozostawienie podania bez rozpoznania. Tak: G. Krawiec, *Zgoda właściciela, użytkownika, zarządcy lub administratora budynku mieszkalnego wielorodzinnego jako warunek uzyskania zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych. Glosa do wyroku WSA w Gliwicach z dnia 10 sierpnia 2007 r., III SA/Gl 1477/06*, „Finanse Komunalne" 2008, nr 5 s. 72–79. Z drugiej zaś strony wskazuje się, że niezłożenie wymaganych dokumentów (pogląd ten został wyrażony w odniesieniu do zgody właściciela, użytkownika, zarządcy lub administratora budynku wielorodzinnego) skutkować powinno wezwaniem wnioskodawcy do uzupełnienia w wyznaczonym terminie brakującej zgody pod rygorem odmowy udzielenia zezwolenia. Tak: A. Ostapski, *Glosa do wyroku NSA z dnia 3 grudnia 2013 r., II GSK 1315/12*, „Samorząd Terytorialny" 2017, nr 4, s. 86–89.

– po czwarte – uchwałą podjętą na podstawie art. 12 ust. 4 – ustalenie dla terenu gminy lub wskazanych jednostek pomocniczych gminy ograniczeń w godzinach nocnej sprzedaży napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia poza miejscem sprzedaży[11].

Określając walor prawny regulacji zawartych w tych uchwałach[12] w kontekście przesłanek wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych, uwzględniając wskazany w przepisach upoważniających przedmiot regulacji tych uchwał, stwierdzić należy, iż nie powinna budzić wątpliwości teza o kwalifikacji ich jako dopełniających katalog materialnych przesłanek wydawania tych zezwoleń w tym znaczeniu, że określone zezwolenie może zostać wydane tylko wtedy, gdy nie został jeszcze wyczerpany określony w uchwale podjętej na podstawie art. 12 ust. 1 lub ust. 2 limit możliwych do wydania zezwoleń określonego rodzaju oraz gdy sprzedaż napojów alkoholowych będzie następowała w miejscu usytuowanym zgodnie z zasadami ustalonymi w uchwale wydanej na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy.

Wyrażanie opinii o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży napojów alkoholowych z uchwałami rady gminy *de lege lata* – wybrane zagadnienia

Ograniczając się do czasu, w którym wydawanie zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych pozostaje w kompetencji wójtów[13], podkreślić należy, iż w początkowym okresie analizowana instytucja współdziałania nie występowała. Do 18 czerwca 1993 r. ustawa nie uzależniała wydania zezwolenia od zajęcia stanowiska przez inny organ. Podkreślić przy tym należy, iż zgodnie z ówczesną treścią art. 18 ust. 1 zezwolenia te mogły być wydawane przez wójtów w granicach liczby punktów sprzedaży ustalonej dla danego województwa zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy.

Istotna zmiana w tym zakresie nastąpiła w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 17 kwietnia 1993 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[14]. Z jednej strony bowiem rady gmin uzyskały kompetencje

[11] Uchwały w tym przedmiocie – zważywszy na treść art. 18 ust. 3a ustawy – nie mają jednak znaczenia dla spraw wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych.

[12] Są to oczywiście uchwały będące aktami prawa miejscowego, a zatem źródłami prawa powszechnie obowiązującego na termie gminy.

[13] W pierwotnej wersji ustawy zezwolenia te wydawali wojewodowie (prezydenci miast stopnia wojewódzkiego) po zasięgnięciu opinii odpowiednich komisji rad narodowych stopnia wojewódzkiego oraz organizacji społecznych, o których mowa w art. 1, w granicach liczby punktów sprzedaży ustalonej dla danego województwa (miasta stopnia wojewódzkiego) zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy. Przejście kompetencji w tym zakresie w ręce wójtów nastąpiło 27 maja 1990 r. w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. nr 34, poz. 198).

[14] Dz.U. nr 40, poz. 184. Ustawa ta weszła w życie 19 czerwca 1993 r.

do wydawania aktów prawa miejscowego w zakresie ustalania, w drodze uchwały podjętej na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy, dla terenu gminy (miasta) liczby punktów sprzedaży napojów zawierających powyżej 4,5% alkoholu (z wyjątkiem piwa), przeznaczonych do spożycia poza miejscem sprzedaży, a także określania, w drodze uchwały podjętej na podstawie art. 12 ust. 2, zasad usytuowania na terenie gminy (miasta) miejsc sprzedaży napojów alkoholowych. Z drugiej zaś strony zgodnie ze znowelizowaną treścią art. 18 ust. 1 sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia na miejscu lub poza miejscem sprzedaży może być prowadzona tylko na podstawie zezwolenia wydawanego przez właściwego wójta lub burmistrza (prezydenta miasta) po zasięgnięciu opinii zarządu gminy. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca w żaden sposób nie określił przedmiotu opinii wydawanej przez zarząd gminy. Jednocześnie konieczność uwzględnienia rozwiązań normatywnych podejmowanych przez organy stanowiące gmin na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy znalazła odzwierciedlenie w treści art. 18 ust. 2 i 3. Zgodnie z nimi: po pierwsze – zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia poza miejscem sprzedaży mogły być wydawane w granicach liczby punktów sprzedaży ustalonej przez radę gminy zgodnie z art. 12 ust. 1 (ust. 2), po drugie zaś – zezwolenia na prowadzenie sprzedaży napojów alkoholowych przeznaczonych do spożycia na miejscu lub poza miejscem sprzedaży wydawane być mogły tylko dla placówek, których usytuowanie odpowiada zasadom określonym przez radę gminy zgodnie z art. 12 ust. 2 (ust. 3). Antycypując dalsze rozważania, podkreślić należy, iż w związku z tak ukształtowanymi regulacjami w tym okresie organ wydający zezwolenie (wójt) we własnym zakresie i w ramach samodzielnie prowadzonych czynności dowodowych oraz interpretacji relewantnych aktów normatywnych ustalał dopuszczalność wydania wnioskowanego zezwolenia z uwagi na uwarunkowania wynikające z aktów wydanych na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy.

Zmianę, która w kontekście problematyki współdziałania organów przy wydawaniu przedmiotowych zezwoleń wprowadziła model obowiązujący obecnie, wywołało wejście w życie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi[15]. Utrzymując konieczność uzyskania stanowiska innego organu przed wydaniem zezwolenia, ustawodawca w miejsce nieograniczonej przedmiotowo opinii zarządu gminy wprowadził – jako warunek wydania zezwolenia – wymóg uzyskaniu pozytywnej opinii gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, o których mowa w art. 12 ust. 1 i 2 ustawy. Jednocześnie w związku z nadaniem całkowicie nowej treści ust. 2 i 3 art. 18 zniesiono wskazane wyżej regulacje *expressis verbis* warunkujące dopuszczalność wydawania zezwoleń treścią aktów prawa miejscowego wydawanych na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy.

Jak wspomniano, ukształtowany ustawą z 30 sierpnia 2002 r. model współdziałania nie został w późniejszym czasie zmieniony. Niezależnie jednak od tego,

[15] Dz.U. nr 10, poz. 9. Ustawa ta weszła w życie 9 listopada 2002 r.

że z tego punktu widzenia nie miało to w moim przekonaniu żadnego znaczenia dla jego kształtu i oceny, nie sposób nie przywołać zmiany, która ostatecznie ukształtowała i dopełniła materialnoprawne uwarunkowania wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych oraz współdziałania organów w tym zakresie. Chodzi tu o zmianę dokonaną przepisami ustawy z dnia 10 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi oraz o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych[16]. W analizowanym zakresie regulacji dokonała ona istotnej modyfikacji treści art. 12 ustawy, odmiennie określając przedmiot kompetencji prawotwórczych rad gmin i ustalając go w kształcie wskazanym już wcześniej w tym opracowaniu[17]. W ten sposób zmianie uległa treść przesłanki wydawanych zezwoleń oraz punkt odniesienia (podstawa, wzorzec) opinii wydawanych na podstawie art. 18 ust. 3a przez gminne komisje rozwiązywania problemów alkoholowych[18]. Sam mechanizm obowiązujący od 2002 r. nie został jednak zmieniony.

Wskazane wynikające z ustawy uwarunkowania prawne pozwalają bliżej przyjrzeć się poszczególnym elementom tego mechanizmu.

Podmiot opiniujący – gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych

Podmiotem, od pozytywnej opinii którego ustawodawca uwarunkował wydanie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych, jest gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych (dalej: komisja). Już w tym miejscu podkreślić należy, iż bardzo skąpe regulacje zawarte w ustawie dotyczące tego podmiotu sprawiają istotne trudności w jednoznacznym określeniu jego statusu, zwłaszcza w kontekście ustrojowym. Punktem odniesienia ustaleń w tym zakresie jest przede wszystkim treść art. 4^1 ust. 3 ustawy. Zgodnie z nim wójtowie (burmistrzowie, prezydenci miast) powołują gminne komisje rozwiązywania problemów alkoholowych, w szczególności inicjujące działania w zakresie określonym w ust. 1 oraz podejmujące czynności zmierzające do orzeczenia o zastosowaniu wobec osoby uzależnionej od alkoholu obowiązku poddania się leczeniu w zakładzie lecznictwa odwykowego. Stosownie zaś do treści ust. 5 tego artykułu zasady wynagradzania członków gminnych komisji rozwiązywania problemów alkoholowych określa rada gminy w gminnych

[16] Dz.U. 2018, poz. 310. Ustawa weszła w życie 9 marca 2018 r.

[17] Szerzej na ten temat np. M. Lewicki, *Wybrane aspekty kompetencji prawotwórczych gmin w świetle znowelizowanej ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi*, „Samorząd Terytorialny" 2019, nr 4, s. 44–60.

[18] W konsekwencji rozszerzenia prawotwórczych kompetencji rad gmin o przewidzianą w znowelizowanym art. 12 ust. 2 ustawy możliwość ustalania maksymalnej liczby zezwoleń odrębnie dla poszczególnych jednostek pomocniczych gminy podstawą wyrażanych opinii jest również treść tych uchwał.

programach rozwiązywania problemów alkoholowych. W kontekście tych regulacji komisje kwalifikuje się jako obligatoryjny ustawowy organ pomocniczy gminy[19] czy też organ samorządu gminnego[20]. Nie uznając za konieczną bliższą analizę i rozstrzygnięcie tego problemu, stwierdzić należy, że wobec ustawowego przypisania komisji kompetencji do zajęcia stanowiska uzależniającego wydanie decyzji przez inny organ administracji publicznej nie ulega wątpliwości, iż ma ona status organu administracji publicznej w rozumieniu k.p.a., w szczególności zaś art. 106. Niezależnie od tego podnieść trzeba, iż bynajmniej niejednoznaczna jest procesowa kwalifikacja komisji z uwzględnieniem delimitacji organów administracji publicznej wynikającej z art. 5 k.p.a. Nie są one bowiem organem jednostki samorządu terytorialnego (w tym przypadku – gminy) w kontekście literalnej wykładni art. 5 § 2 pkt 6 k.p.a.[21] Jest to istotne o tyle, że w powszechnej i niekwestionowanej przez sądy administracyjne praktyce za organy wyższego stopnia od wydawanych w formie postanowień opinii komisji, a tym samym właściwe rzeczowo do rozpatrywania zażaleń na te postanowienia, uznawane są samorządowe kolegia odwoławcze – które zgodnie z art. 17 pkt 1 k.p.a. pełnią tę funkcję w stosunku do organów jednostek samorządu terytorialnego. Przyjąć jednak należy, iż praktyka ta, znajdująca oparcie w funkcjonalnej wykładni wskazanych przepisów, uwzględniającej status ustrojowo-kompetencyjny i zakres działania komisji, jak również regulacji art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych[22] uznana powinna być za zgodną z prawem. W konsekwencji – do czego przyjdzie jeszcze powrócić w tym opracowaniu – prowadzi to do powstania niestandardowej sytuacji, w której organem rozpatrującym środek prawny od postanowienia organu o kompetencjach szczególnych jest organ o kompetencjach ogólnych. Taka kwalifikacja komisji oraz samorządowego kolegium odwoławczego – oparta na ustawowo określonych zadaniach i kompetencjach tych organów – nie wydaje się

[19] Tak: I. Skrzydło-Dobosz, komentarz do art. 41 [w:] M. Koszowski, I. Skrzydło-Dobosz, *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Lex/el. 2020.

[20] Tak: W. Maciejko, *Prawny status GKRPA* [w:] D. Lebowa, W. Maciejko, *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Lex/el. 2011, który odnosząc się do statusu komisji, stwierdza, że ewolucja rozwiązań dotyczących komisji utrwaliła jej ustrojową pozycję jako samodzielnego organu gminy, odróżniając ją od komisji rady gminy. Niezależnie od tego poglądu stwierdzić należy, iż komisji w żaden sposób nie można kwalifikować jako organu gminy w znaczeniu *stricte* ustrojowym. W świetle bowiem art. 11a ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2020, poz. 713 ze zm.) organami gminy są rada gminy i wójt (burmistrz, prezydent miasta).

[21] Zgodnie z nim organami jednostek samorządu terytorialnego w rozumieniu k.p.a. są organy gminy, powiatu, województwa, związków gmin, związków powiatów, wójtowie, burmistrzowie (prezydenci miast), starostowie, marszałkowie województw oraz kierownicy służb, inspekcji i straży działających w imieniu wójta, burmistrza (prezydenta miasta), starosty lub marszałka województwa, a ponadto samorządowe kolegia odwoławcze.

[22] Dz.U. 2018, poz. 570. Zgodnie z nim samorządowe kolegia odwoławcze są organami wyższego stopnia w rozumieniu przepisów k.p.a. i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej należących do właściwości jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej.

budzić wątpliwości. Dowodzi jednak, że wbrew – o czym niżej – nieznajdującym w moim przekonaniu oparcia w przepisach prawa poglądom wyrażanych w doktrynie, jakoby komisja była szczególnie predestynowana z uwagi na realizowane zadania i profil merytorycznych kompetencji jej członków[23] do wyrażania opinii w przedmiocie określonym w art. 18 ust. 3a ustawy, ustawodawca powierzył kompetencje w zakresie rozpatrywania zażaleń na wydawane przez nią postanowienia organowi niewyspecjalizowanemu w sprawach profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych.

Tryb i forma wyrażania opinii przez komisję

W praktyce, doktrynie oraz orzecznictwie sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości teza o poddaniu formalnych aspektów współdziałania wprowadzonego w art. 18 ust. 3a ustawy regulacjom zawartym w art. 106 i 106a k.p.a. Istotą tego współdziałania jest bowiem uzależnienie wydania decyzji administracyjnej (zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych) od zajęcia stanowiska przez inny organ (pozytywnej opinii komisji), co stanowi hipotezę przesądzającą o konieczności stosowania tych przepisów w odniesieniu do objętych przedmiotem zawartych w nich regulacji zagadnień. W związku z tym, że aspekty proceduralne wyrażania opinii przez komisję nie mają szczególnego znaczenia dla podjętego w opracowaniu problemu, ich bliższa charakterystyka zostanie pominięta. Powrócić należy jednak do kwestii dopuszczalności weryfikacji zajętego przez organ współdziałający stanowiska.

Jak wynika z art. 106 § 5 k.p.a., zajęcie stanowiska przez organ współdziałający następuje w drodze postanowienia, na które służy stronie zażalenie. Przepis ten przesądza zatem o dopuszczalności weryfikacji stanowiska zajętego w trybie współdziałania materialnego przez organ wyższego stopnia. W przypadku opinii wydawanej przez komisję na podstawie art. 18 ust. 3a ustawy w konsekwencji rozpatrzonego zażalenia organ ten (samorządowe kolegium odwoławcze) może wydać w postępowaniu zażaleniowym każdy rodzaj postanowienia wynikający z odpowiednio stosowanego w tym postępowaniu art. 138 k.p.a.[24] Na podkreślenie zasługuje, że w związku z tym i w kontekście braku przepisów wyłączających taką możliwość samorządowe kolegium odwoławcze może uchylić postanowienie komisji i we własnym zakresie wydać postanowienie w przedmiocie opinii o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, o których mowa w art. 12 ust. 1–3 ustawy. Wskazanie na tę okoliczność nie ma przy tym na celu zanegowania

[23] Zgodnie z art. 41 ust. 4 ustawy w skład komisji wchodzą osoby przeszkolone w zakresie profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych.

[24] Jego stosowanie następuje na zasadzie wynikającej z art. 144 k.p.a., zgodnie z którym w sprawach nieuregulowanych w rozdziale dotyczącym zażaleń do zażaleń mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące odwołań. Sprawą objętą tym przepisem (nieuregulowaną w rozdziale o zażaleniach) jest kwestia postanowień wydawanych przez organ rozpatrujący zażalenie.

prawidłowości tego rozwiązania czy też podważenia merytorycznej zdolności samorządowych kolegiów odwoławczych do wydawania zgodnych z prawem reformacyjnych postanowień w przedmiotowych postępowaniach i merytorycznego orzekania w tych sprawach. Wręcz przeciwnie, służy podkreśleniu faktu, iż sam ustawodawca godzi się na to, że opinia warunkująca wydanie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych może zostać wyrażona przez organ inny niż komisja (organ wyższego stopnia). Dodać można, że zważywszy na przedmiot opinii, niewymagający w mojej ocenie w żadnym stopniu wiedzy specjalnej z zakresu spraw profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych, rozwiązanie to nie budzi zastrzeżeń. Jest natomiast wobec przekonania o możliwości, a nawet zasadności dokonywania właściwych merytorycznie ustaleń w zakresie objętym przedmiotem opinii przez organ wydający zezwolenie jednym z argumentów za zbędnością tego elementu w procedurze wydawania zezwoleń.

Przedmiot opinii

Analizowany przypadek współdziałania w procedurze wydawania decyzji – zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych charakteryzuje precyzyjne określenie przez ustawodawcę nie tylko formy zajęcia stanowiska przez komisję (opinia), ale również jej przedmiotu. Opinia komisji dotyczyć ma bowiem wyłącznie zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, o których mowa w art. 12 ust. 1–3. W tym kontekście nie powinno budzić wątpliwości, iż przedmiotem stanowiska zajmowanego przez komisję nie mogą być inne kwestie, co – poza stanowiącą podstawę wyrażenia opinii treścią art. 18 ust. 3a ustawy – wywodzić należy również z wynikającej z art. 6 k.p.a. zasady legalizmu oraz mieszczącego się w jej zakresie przedmiotowym statuowanym w art. 19 k.p.a. obowiązku organów administracji publicznej przestrzegania z urzędu swojej właściwości rzeczowej[25]. Wzgląd na ukształtowany treścią art. 18 ust. 3a ustawy przedmiot opinii skłania przy tym do wyrażenia kilku uwag.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zaopiniowaniu nie podlega ani wniosek o wydanie zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych, ani też projekt decyzji w tej sprawie. Ustalenia komisji, które winny znaleźć odzwierciedlenie w treści opinii, koncentrować się powinny wyłącznie na kwestii lokalizacji punktu sprzedaży napojów alkoholowych, w którym wnioskodawca chce prowadzić sprzedaż. Wskazać przy tym trzeba, że zgodnie z art. 18 ust. ust. 5 pkt 5 ustawy obligatoryjnym elementem wniosku o wydanie zezwolenia jest wskazanie adresu punktu sprzedaży. Jest to istotne o tyle, że już z tego powodu za nieznajdujące oparcia w przepisach ustawy należy uznać wyrażane niekiedy stanowisko, iż uzyskanie pozytywnej opinii obliguje organ zezwalający do wydania zezwolenia, uzasadniane

[25] Zob. np. wyrok NSA z dnia 11 maja 2016 r., sygn. II GSK 2995/14, CBOSA.

odwołaniem się do tego fragmentu art. 18 ust. 3a, który stanowi, że „zezwolenia, o których mowa w ust. 3, organ zezwalający wydaje po uzyskaniu pozytywnej opinii gminnej komisji". Kategoryczne brzmienie tej wypowiedzi ustawodawcy w żaden sposób nie może prowadzić do wniosku, iż pozytywna opinia obliguje organ zezwalający do wydania zezwolenia. Wskazuje bowiem tylko na uwarunkowanie jej wydania uzyskaniem takiej opinii (w żaden sposób nie determinując pozytywnego dla wnioskodawcy sposobu rozstrzygnięcia sprawy) i wynikający z tego obowiązek uzyskania takiej opinii przed wydaniem decyzji w sprawie.

Kolejną kwestią, zasadniczo nie dostrzeganą tak w praktyce, jak i orzecznictwie sądów administracyjnych oraz wypowiedziach doktryny, jest w moim przekonaniu niespójność określonego w art. 18 ust. 3a przedmiotu opinii z przedmiotem regulacji uchwał wskazanych w tym przepisie wynikającym z upoważnień zawartych w art. 12 ust. 1–3 ustawy. Niespójność ta dotyczy uwzględniania przez komisję przy wydawaniu opinii uchwał podejmowanych na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy, mocą których rady gmin określają maksymalną liczbę zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych na terenie gminy (miasta). Wszak uchwały te w żaden sposób nie normują kwestii lokalizacji punktów sprzedaż napojów alkoholowych – a w taki właśnie sposób ustawodawca określił przedmiot opinii komisji – dlatego nie mogą być przedmiotem wypowiedzi (opinii) o zgodności z nimi lokalizacji punktu sprzedaży, którego adres wskazał wnioskujący o wydanie zezwolenia. Innymi słowy, stwierdzenie przez komisję w postępowaniu zmierzającym do wydania opinii na podstawie art. 18 ust. 3a ustawy, iż wynikający z uchwały podjętej na podstawie art. 12 ust. 1 dopuszczalny limit określonego rodzaju zezwoleń został wyczerpany, nie może być podstawą sensownej pod względem semantycznym opinii o niezgodności lokalizacji punktu sprzedaży, którego adres został wskazany we wniosku, z treścią tej uchwały.

Niezależnie od powyższego praktyka dowodzi, iż decydujące o rzeczywistym zakresie wyrażanych przez komisje opinii znaczenie przypisuje się wskazaniu w art. 18 ust. 3a uchwał wydanych na podstawie określonych w nim przepisów, nie zaś ograniczeniu stanowiska tego organu do kwestii lokalizacji punktów sprzedaży napojów alkoholowych. W rezultacie sformułować można wniosek, że komisje faktycznie opiniują nie tyle zgodność lokalizacji wskazanego punktu sprzedaży z określonymi aktami prawa miejscowego, co dopuszczalność wydania przez wójta zezwolenia w kontekście regulacji prawnych zawartych w tych aktach.

Zasygnalizowanych wątpliwości nie budzi oczywiście wyrażanie przez komisje stanowiska uwzględniającego treść uchwał wydawanych na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy. Ustalanie w zawartych w nich regulacjach zasad usytuowania na terenie gminy (miasta) miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych w oczywisty sposób obejmuje sprawy lokalizacji miejsc sprzedaży napojów alkoholowych, w przedmiocie których wypowiadać ma się komisja. Przedmiot opracowania usprawiedliwia przy tym pominięcie szerszych rozważań dotyczących przedmiotu uchwał podejmowanych na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy. W tym kontekście – najogólniej rzecz ujmując – wskazać tylko należy, iż wiązany jest on oddaną w ręce organów

stanowiących gmin i niebudzącą wątpliwości, zważywszy na wskazane w ustawie cele, których realizacja jest obowiązkiem gmin, kompetencją do ustalania zasad dopuszczalnego usytuowania miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych, zapobiegającego ich lokalizacji w nieakceptowanej z uwagi na wskazane cele ustawowe odległości od miejsc i obiektów, które ze względu na swój charakter oraz osoby w nich przebywające i z nich korzystające uzasadniają wprowadzenie tego rodzaju ograniczenia. W konsekwencji przedmiotem regulacji podejmowanych uchwał jest przede wszystkim wskazanie tych miejsc i obiektów (w praktyce określanych w tym kontekście miejscami i obiektami chronionymi), minimalnej odległości, w jakiej usytuowane mogą być w stosunku do nich miejsca sprzedaży i podawania napojów alkoholowych, często również zasad mierzenia tej odległości. Przedmiot upoważnienia prawodawczego wyklucza przy tym normowanie w tych uchwałach innych spraw (np. zasad i warunków sprzedaży napojów alkoholowych), natomiast wzgląd na dyrektywę określoności regulacji prawnych nakazuje redagowanie tych uchwał w sposób precyzyjnie określający wprowadzane zasady[26].

Reasumując ten wątek, stwierdzić należy, iż w postępowaniu, którego przedmiotem jest zajęcie stanowiska w formie opinii komisji, przedmiotem ustaleń tego organu jest rozstrzygnięcie:

– czy ustalony uchwałą podjętą na podstawie art. 12 ust. 1 lub art. 12 ust. 2 limit zezwoleń w kategorii (rodzaju), o które ubiega się wnioskodawca, nie został wyczerpany oraz
– czy sprzedaż napojów alkoholowych w miejscu, którego adres został wskazany przez wnioskodawcę w złożonym wniosku, może się odbywać z uwagi za uwarunkowania wynikające z podjętej na podstawie art. 12 ust. 3 uchwały ustalającej zasady usytuowania miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych.

Podkreślić należy, iż wydanie opinii pozytywnej jest możliwe pod warunkiem pozytywnych ustaleń komisji w obu wskazanych aspektach (ustawa nie przewiduje opinii kombinowanej – częściowo pozytywnej lub częściowo negatywnej)[27].

Wydaje się już nawet w świetle tej bardzo ogólnej i uwzględniającej podstawy ich wyrażania charakterystyki przedmiotu wydawanych w postępowaniach w sprawach zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych opinii komisji, że można podać w wątpliwość zasadność wprowadzenia tego rozwiązania. W moim przekonaniu bowiem w związku z tą formą reglamentacyjnych kompetencji organów gminy,

[26] Z tego względu za absolutnie niedopuszczalne uznać należałoby określanie kluczowych elementów tych regulacji z wykorzystaniem niejednoznacznych i wysoce ocennych sformułowań, wskazując np. że miejsca sprzedaży i podawania napojów alkoholowych mogą być usytuowane w odpowiedniej (stosownej, właściwej, uwzględniającej realizację celów ustawy itp.) odległości od wskazanych w uchwale obiektów chronionych bądź też w równie niedookreślony sposób wskazując te obiekty (stanowiąc np., że są to miejsca i obiekty, w określonej odległości od których – z uwagi na ich charakter lub osoby na ich terenie przebywające i konieczność realizacji celów ustawy – nie mogą być lokowane miejsca sprzedaży i podawania napojów alkoholowych).

[27] Zob. wyrok NSA z dnia 19 kwietnia 2007 r., sygn. II GSK 387/06, CBOSA; wyrok WSA w Lublinie z dnia 20 września 2018 r., sygn. III SA/Lu 267/18, CBOSA.

jaką jest reglamentacja sprzedaży napojów alkoholowych, na etapie prowadzenia postępowań administracyjnych w sprawach wydawania zezwoleń w tym zakresie w obowiązującym stanie prawnym nie ma już miejsca na podejmowanie rozstrzygnięć (w tym wyrażanie opinii) determinowanych celowościowo, tzn. uwarunkowanych potrzebą (obowiązkiem) realizacji celów ustawy, w szczególności zaś przeciwdziałania alkoholizmowi poprzez ograniczenie dostępności alkoholu. Tego rodzaju działania i rozstrzygnięcia są podejmowane – co skądinąd oczywiste – w kontekście stanowionych na podstawie odrębnych kompetencji aktów normatywnych kształtujących prawne uwarunkowania wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych, przede wszystkim uchwał wydawanych na podstawie art. 12 ust. 1–3 ustawy, jak również gminnych programów profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych, których postanowienia na mocy art. 12 ust. 7 ustawy muszą być uwzględniane w tych uchwałach. W konsekwencji to przede wszystkim w procedurach podejmowania tych aktów powinien być zagwarantowany udział podmiotów i osób dysponujących specjalistyczną wiedzą z zakresu profilaktyki i przeciwdziałania problemów alkoholowych. Zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych jako akty stosowania prawa wymagają od urzędników prowadzących postępowania administracyjne w tych sprawach przede wszystkim wiedzy i kompetencji prawniczych umożliwiających właściwą ocenę występujących w tych sprawach stanów faktycznych pod kątem wynikających z przepisów prawa przesłanek udzielania tych zezwoleń. Nie bez znaczenia jest przy tym zasadniczo niekwestionowana teza, że zezwolenia te mają walor decyzji związanych, wykluczając uznaniowość, w ramach której byłoby ewentualnie miejsce na uwzględnianie w kontekście faktycznych uwarunkowań konkretnej sprawy celów ustawy[28].

Zasygnalizowany wyżej pożądany profil kompetencji, które powinny posiadać osoby związane z wydawaniem przedmiotowych zezwoleń, odnosi się także do kwestii wyrażania stanowiska w przedmiocie określonym w art. 18 ust. 3a ustawy. Wydaje się, że wiedza (nawet ekspercka) w zakresie profilaktyki i przeciwdziałania problemom alkoholowym, którą w związku z art. 41 ust. 4 ustawy powinni dysponować członkowie komisji, w żadnym stopniu nie gwarantuje lepszego – w porównaniu z dokonywanym we własnym zakresie przez organ prowadzący postępowanie – standardu ustaleń w tej kwestii[29]. Już chociażby z tego powodu

[28] O „ograniczonym zakresie uznania" decyzji wydawanych w tych sprawach mówi się przede wszystkim w kontekście przewidzianych w art. 18 ust. 3b ustawy sytuacji, w których liczba możliwych do wydania zezwoleń jest mniejsza od liczby ubiegających się o nie wnioskodawców. Zob. szerzej: I. Skrzydło-Dobosz, komentarz do art. 18 [w:] *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Lex/el. 2020.

[29] Takie stanowisko wyraża R. Sawuła (zob. *Glosa do wyroku z 23 VI 2005, II SA/OP 83/04*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka" 2005, nr 1, s. 114). Zob. też wyrok NSA z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. II GSK 2019/09, CBOSA. Tezy tej nie podważa w moim przekonaniu fakt, iż w programach szkoleń dla kandydatów i członków komisji podejmowane są zagadnienia związane z prawnymi uwarunkowaniami reglamentacji sprzedaży napojów alkoholowych.

wprowadzenie konieczności uzyskiwania w tym zakresie opinii komisji nie wydaje się uzasadnione. Na *stricte* prawny (związany przede wszystkim z interpretacją regulacji zawartych w uchwałach podejmowanych na podstawie art. 12 ust. 1–3 ustawy oraz prowadzeniem postępowania wyjaśniającego) charakter problemów występujących w procedurze opiniowania prowadzonej przez komisje wskazuje praktyka oraz orzecznictwo sądów administracyjnych. W kontekście uchwał ustalających zasady usytuowania miejsc sprzedaży i podawania napojów alkoholowych związane są one przy tym przede wszystkim z kwalifikacją konkretnych obiektów jako obiektów chronionych na gruncie tych uchwał oraz zasadami dokonywania pomiarów odległości wskazywanych w uchwałach. Jeszcze bardziej jest to widoczne w przypadku opiniowania dopuszczalności wydania zezwolenia z uwagi na ustalane uchwałami podejmowanymi na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 limity zezwoleń określonego rodzaju. Niezależnie od tego, że w tym aspekcie przedmiot postępowania i wyrażanej opinii w żaden sposób nie jest związany z zadaniowo-kompetencyjnym statusem komisji i jej członków, uzasadniając przekazanie jej tej sprawy, to wydanie opinii w tym zakresie skutkuje paradoksalną w swej istocie sytuacją konieczności podjęcia swoiście zwrotnego współdziałania na linii komisja–wójt (jako organ prowadzący postępowania główne), w którym komisja w celi wydania opinii musi uzyskać od wójta informacje na temat wydanych przez niego zezwoleń, aby następnie w wydanej przez siebie opinii stwierdzić, czy wynikający z przepisów powszechnie obowiązującego prawa limit zezwoleń został wyczerpany[30]. Również w tym przypadku wymóg uzyskania opinii komisji nie ma w mojej ocenie uzasadnienia.

Charakter i moc wiążąca opinii komisji

Przedmiot i ograniczone ramy niniejszego artykułu uniemożliwiają szczegółową analizę zagadnienia mocy wiążącej opinii komisji. Zasygnalizowane zostaną tu jednak najważniejsze kwestie w tym przedmiocie. Przede wszystkim wskazać należy, że w wypowiedziach dotyczących przewidzianych w przepisach prawa i sformalizowanych w art. 106 i 106a k.p.a. rodzajach stanowisk, w których organy współdziałające wyrażają swoje stanowiska w sprawie rozstrzyganej przez inny organ, dominuje pogląd, że opinia jest niewiążącą organ prowadzący postępowanie formą zajęcia stanowiska, której istotą jest znajdująca wyraz w formie postanowienia organu współdziałającego jego ocena faktów dokonana z użyciem

[30] Upraszczając: aby wójt mógł wydać zezwolenie, musi uzyskać opinię komisji o niewyczerpaniu limitu, dla wydania której komisja musi uzyskać informację od wójta o liczbie wydanych zezwoleń (przy czym informacja ta stanowi w zasadzie jedyną okoliczność wymagającą ustalenia i wydania opinii w tym zakresie). Można postawić pytanie, dlaczego zatem sam wójt nie mógłby samodzielnie i wiążąco ustalić, czy limit nie został już wyczerpany ze skutkiem w postaci odmowy wydania kolejnego zezwolenia w przypadku wyczerpania tego limitu.

ustawowo określonych lub subiektywnych kryteriów[31]. Jednocześnie podkreśla się, iż niezależnie od ogólnej charakterystyki instytucji opinii analiza mocy wiążącej stanowiska zajętego w tej formie przez organ współdziałający musi być dokonywana z uwzględnieniem szczegółowych regulacji ustawowych. Okazać się bowiem może, że stanowisko zajęte w formie „definicyjnie" niewiążącej opinii w świetle określonych rozwiązań prawnych będzie wiązało organ rozstrzygający.

W kontekście powyższego za co najmniej niejednoznaczny uznać należy walor opinii wydawanych przez komisje. Przede wszystkim podkreślić trzeba, że wydanie zezwolenia uwarunkowane zostało uzyskaniem przez organ zezwalający pozytywnej opinii komisji, a nie po prostu opinii. W konsekwencji zważywszy na formułowane w tym kontekście – zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie sądów administracyjnych – wypowiedzi za dominujące uznać można stanowisko, zgodnie z którym opinia wyrażona na podstawie art. 18 ust. 3a ustawy ma dla organu wydającego zezwolenia charakter wiążący w tym znaczeniu, że nie może on we własnym zakresie dokonywać ze skutkiem prawnym ustaleń w zakresie objętym przedmiotem opinii[32]. W moim przekonaniu ustalenia w tym zakresie nie są jednak tak oczywiste i jednoznaczne. Ograniczając się wyłącznie do zasygnalizowania problemu, stwierdzić należy, że – w moim przekonaniu – odrębnie rozważać trzeba przypadki, w których komisja wydała opinię negatywną i opinię pozytywną.

W przypadku wydania przez komisję opinii negatywnej wójt nie może wydać wnioskowanego zezwolenia[33]. Nie może też we własnym zakresie dokonywać czynności wyjaśniających oraz ustaleń w zakresie objętym opinią skutkujących podważeniem jej zasadności i w konsekwencji umożliwiających wydanie zezwolenia. W moim przekonaniu nie wynika to jednak z faktu, iż jest on związany wydaną przez komisję opinią negatywną w zakresie ustaleń faktycznych, interpretacji stosownych przepisów prawa czy wreszcie dokonanej subsumpcji, ale tym, że w toku postępowania nie uzyskano opinii pozytywnej, od czego art. 18 ust. 3a warunkuje wydanie zezwolenia. Nawet poprzedzone stosownymi czynnościami i znajdujące odzwierciedlenie w rzetelnym uzasadnieniu odmiennego stanowiska podważenie przez wójta opinii negatywnej nie wywołałoby bowiem skutku równoznacznego z ustawową przesłanką wydania zezwolenia, jaką jest „uzyskanie pozytywnej opinii". Inaczej rzecz ujmując, z punktu widzenia komisji wydanie negatywnej opinii jest wyrazem przekonania, że lokalizacja punktu sprzedaży napojów alkoholowych jest niezgodna z uchwałami rady gminy. Natomiast z perspektywy wójta jako organu prowadzącego postępowania w sprawie wydanie przez komisje negatywnej opinii jest równoznaczne z nieuzyskaniem opinii pozytywnej i koniecznością wydania decyzji odmownej bez możliwości weryfikacji tej opinii.

---

[31] Zob. np. P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Lex/el. 2021.

[32] Zob. np. wyrok WSA w Lublinie z dnia 19 maja 2011 r., sygn. III SA/Lu 506/10, CBOSA.

[33] Zob. np. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 13 grudnia 2018 r., sygn. II SA/Sz 1037/18, CBOSA; wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 5 lutego 2020 r., sygn. II SA/Bd 1104/19, CBOSA; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 10 marca 2021 r., sygn. I SA/Sz 60/21, CBOSA.

Sytuacja wygląda inaczej w przypadku opinii pozytywnych. Tutaj teza o bezwzględnym związaniu wójta tego rodzaju opiniami w zakresie ustaleń objętych ich przedmiotem i ze skutkiem w postaci niedopuszczalności ich ewentualnej weryfikacji w postępowaniu głównym nie zasługuje na akceptację. W moim przekonaniu wójt może w przypadku uznania, że lokalizacja punktu sprzedaży jest niezgodna ze stosownymi uchwałami rady gminy, odmówić wydania wnioskowanego zezwolenia. Oczywiście ustalenia w tym zakresie muszą być poparte przeprowadzeniem stosownych czynności wyjaśniających i oceną zebranego materiału dowodowego oraz uzasadnieniem odmiennej niż przyjęta w opinii komisji oceny sprawy w objętym nią przedmiocie. W kontekście wyrażonego poglądu warto szerzej przytoczyć tutaj stanowisko, jakie zajął w tym względzie Naczelny Sąd Administracyjny w często przywoływanym przy okazji analiz przedmiotowego zagadnienia wyroku. Otóż wskazał on w nim: „W ocenie NSA, w niniejszej sprawie pozytywna opinia gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy – co do zasady – wiąże organ orzekający w sprawie wydania zezwolenia na sprzedaż alkoholu. Nie jest przez to możliwa odmowa wydania zezwolenia z tego i tylko tego powodu, że organ zezwalający inaczej ocenił zbadaną przez komisję i pozytywnie zaopiniowaną kwestię zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy (podobne stanowisko NSA wyraził już wcześniej w wyroku z dnia 29 sierpnia 2007 r. sygn. akt II GSK 120/07). Zaznaczyć także należy, iż współczesny ciągły i dynamiczny rozwój różnych sfer życia społecznego powoduje, iż organy administracji publicznej muszą rozstrzygać coraz bardziej złożone sprawy administracyjne, co z kolei wymusza profesjonalizację i wyspecjalizowanie obrotu prawnego. W świetle tego, uzasadnione jest twierdzenie, iż określone części złożonej sprawy głównej, mogą zostać i w istocie zostają, przekazane do rozstrzygnięcia innym specjalistycznym organom, utworzonym właśnie w celu rozstrzygania szczególnych zagadnień. Prawidłowo więc twierdzi autor skargi kasacyjnej, że skoro ustawa przyznaje specjalnie utworzonej i wyspecjalizowanej jednostce gminnej (powołanej do zapewnienia prawidłowej profilaktyki antyalkoholowej i zwalczania problemów alkoholowych), uprawnienie do opiniowania zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z przepisami prawa miejscowego, to pozytywna opinia takiego organu ma istotne znaczenie w sprawie i nie może zostać – co do zasady – przez organ zezwalający pominięta (jest wiążąca). W określonych jednak przypadkach, nawet pomimo pozytywnej opinii komisji, organ może odmówić wydania zezwolenia. Odmowa taka nie może być jednakże uzasadniona samą niezgodnością lokalizacji punktu sprzedaży z uchwałami rady gminy, jako że kwestia ta została już rozstrzygnięta przez inny organ, w specjalnej procedurze. Pewnym wyjątkiem w tym zakresie mogłaby być natomiast ewentualna jaskrawa niezgodność opinii z uchwałami rady gminy np. pozytywna opinia wskazuje na prawidłową odległość punktu sprzedaży od szkoły, zaś jest oczywiste, iż odległość ta nie mieści się w przewidzianych do tego granicach. Taka sytuacja nie występuje jednak w rozpoznawanej sprawie”[34].

[34] Wyrok NSA z dnia 29 listopada 2009 r., sygn. II GSK 219/09, CBOSA.

Ocena tego judykatu nie jest jednoznaczna. Z jednej strony – o czym była już mowa – trudno upatrywać uzasadnienie w przekazaniu komisjom analizowanych opinii względami profesjonalizacji i wyspecjalizowania obrotu prawnego. Po drugie, w sposób trudny do jednoznacznej oceny uznał Naczelny Sąd Administracyjny możliwość weryfikacji przez wójta ustaleń dokonanych w pozytywnej opinii komisji, z jednej strony dopuszczając taką możliwość, z drugiej zaś jednak ograniczając ją do sytuacji „jaskrawej niezgodności opinii z uchwałami rady gminy" i oczywistości błędnie dokonanych przez komisję ustaleń. Można postawić pytanie, co w sytuacji, w której niezgodność ta jest niewątpliwa, ale nie jaskrawa czy oczywista. Pozostawiając to pytanie bez odpowiedzi, stwierdzić należy, że przy założeniu właściwego ustalenia i oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy przez wójta w zakresie objętym przedmiotem opinii komisji za zgodną z prawem uznać należy wydaną przez ten organ decyzję o odmowie wydania wnioskowanego zezwolenia ze względu na niezgodność lokalizacji punktu sprzedaży napojów alkoholowych z uchwałami rady gminy wydanymi na podstawie art. 12 ust. 1–3 ustawy mimo wydania w tym przedmiocie pozytywnej opinii komisji[35]. W moim przekonaniu pogląd ten z jednej strony nie pozostaje w sprzeczności z regulacjami ustawy, a z drugiej uwypukla charakter unormowań zawartych w aktach prawa miejscowego, stanowionych na podstawie wskazanych przepisów tej ustawy jako określających materialnoprawne przesłanki wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych. Zważywszy zaś na wskazywaną już okoliczność, iż weryfikacja spełnienia tych przesłanek nie wymaga szczególnej wiedzy i kompetencji dostępnych członkom komisji, a nie pracownikom organu wydającego zezwolenia[36], stanowisko to nie rodzi zagrożeń z punktu widzenia zapewnienia merytorycznej poprawności załatwianych spraw.

Inne kwestie

Niezależnie od problemów, które bez względu na to, jaki podmiot dokonywałby w ich zakresie rozstrzygnięć – wójt czy komisja – powstawałyby w postępowaniach w sprawach wydawania zezwoleń w kontekście konieczności uwzględniania w nich postanowień uchwał podejmowanych na podstawie art. 12 ust. 1–3 ustawy, a które

[35] Pogląd ten znajduje też „ostrożną" akceptację w doktrynie. Podziela go chociażby A. Ostapski, który aprobując przytoczone wyżej stanowisko NSA, stwierdza: „Gdyby wolą ustawodawcy było związanie organu wykonawczego gminy stanowiskiem gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych, w każdym przypadku nie przydałby mu postaci opinii i nadałby mu np. formę uzgodnienia. Organ zezwalający w razie niepodzielenia pozytywnej opinii komisji rozwiązywania problemów alkoholowych musi jednak uzasadnić w sposób logiczny i poprzedzony wszechstronną oceną materiału dowodowego stanowisko inne od opinii organu współdziałającego". Zob. A. Ostapski, *Opinia gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży napojów alkoholowych z uchwałami rady gminy – charakter i granice przedmiotowe*, Lex/el. 2013.

[36] Można zaryzykować twierdzenie, iż z uwagi na ten aspekt bardziej predestynowani do dokonywania ustaleń w tym zakresie są pracownicy aparatu pomocniczego organu wykonawczego gminy.

– najogólniej rzecz ujmując – wiążą się z koniecznością dokonywania ich wykładni i określania w świetle jej rezultatów prawnie wiążących konsekwencji określonych stanów faktycznych[37] w tym zakresie (są to, rzec można, problemy uniwersalne), wskazać można również i na takie, które uwarunkowane są przede wszystkim istnieniem analizowanej instytucji współdziałania skutkującej rozbiciem dokonywania ustaleń w zakresie spełnienia materialnych przesłanek na dwa postępowania – postępowanie główne oraz postępowanie w sprawie wydania opinii. Inaczej rzecz ujmując, są to problemy, które zasadniczo nie miałyby miejsca, gdyby rozbicia tego nie było. Przedmiotem poniższych uwag będzie przy tym przede wszystkim ich wskazanie, nie zaś szczegółowa analiza oraz proponowanie rozstrzygnięć w tym zakresie (wymagałoby to, jak się wydaje, odrębnego opracowania) mające na celu wzbogacenie argumentacji za wyrażoną w początkowej części opracowania tezą o zbędności tej instytucji w ustawie.

Podstawowym źródłem tych problemów jest scharakteryzowany wyżej przedmiot opinii wydawanych przez komisje, którym jest ocena dopuszczalności wydania zezwolenia ze względu na regulacje precyzyjnie określonych aktów prawa miejscowego. Rzecz w tym, że ocena ta dokonywana w wydawanym przez komisję postanowieniu powinna być podejmowana z uwzględnieniem stanu faktycznego istniejącego i stanu prawnego obowiązującego w dniu jego wydawania[38]. Ten sam wymóg odnoszony jest także do wydawanych przez wójtów decyzji rozstrzygających co do istoty sprawy w przedmiocie wydawania zezwoleń. Zasadniczo nie zdarza się przy tym, że oba akty – postanowienie i decyzja – wydawane są w tym samym dniu[39]. Wzgląd na wskazany temporalny aspekt załatwiania tych spraw oraz niedającą się wykluczyć możliwość zmian stanu faktycznego lub prawnego w zakresie objętym przedmiotem opinii i stanowiącym podstawę wyrażonego stanowiska aktualnym czyni pytanie o wpływ tych zmian zaistniałych w okresie między wydaniem postanowienia przez komisję a wydaniem ostatecznej decyzji w sprawie. Przykładowo jakie skutki wywoływać powinno dla toczącego się postępowania (po wyrażeniu opinii przez komisję) wejście w życie uchwały, w świetle której opinia powinna być zasadniczo inna (zmniejszono minimalną odległość od miejsc chronionych, zmniejszono limit zezwoleń) bądź też usytuowanie (zaistnienie)

[37] Problemy w tej kwestii, jak przekonuje praktyka, wynikają w dużej mierze z jakości prawodawstwa lokalnego w tym zakresie.

[38] Tak np. WSA w Rzeszowie w wyrokach z dnia 21 lutego 2017 r., sygn. II SA/Rz 1266/17 i II SA/Rz 1267/17, CBOSA.

[39] Założenie to uzasadnione jest, poza względami praktycznymi, również względami prawnymi wyrażającymi się przede wszystkim w stanowisku, iż wydanie przez wójta decyzji może nastąpić dopiero wtedy, gdy postanowienie komisji w sprawie opinii stanie się ostateczne (zob. uchwała NSA z dnia 9 listopada 1998 r., sygn. OPS 8/98, ONSA 1999, nr 1, poz. 7; wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 16 lipca 2008 r., sygn. III SA/Wr 617/07, CBOSA). Ma to szczególne znaczenie w przypadku postanowień negatywnie opiniujących lokalizację punktu sprzedaży – decyzja w tych przypadkach będzie mogła być wydana dopiero po upływie terminu do wniesienia zażalenia bądź też utrzymania w mocy postanowienia przez samorządowe kolegium odwoławcze.

w odległości mniejszej od przewidzianej w uchwale określonego w niej rodzaju „miejsca chronionego". Czy w takiej sytuacji wójt powinien ponownie zwrócić się do komisji o zajęcie stanowiska, czy we własnym zakresie ocenić wpływ tych zmian pod kątem dopuszczalności wydania zezwolenia, czy też – co jednak chyba należałoby *a priori* wykluczyć – zważywszy na dysponowanie ostateczną opinią, nie uwzględniać tych zmian w ogóle? W istocie rzeczy chodzi tutaj zatem o problem rozstrzygnięcia prawnych skutków swoiście rozumianego zdezaktualizowania się opinii komisji w toku postępowania głównego i przed wydaniem ostatecznej decyzji w sprawie (problem ten może narastać w związku z przedłużającym się czasem jego prowadzenia, co może wynikać chociażby z przekazania sprawy wójtowi do ponownego rozpatrzenia przez organ odwoławczy na podstawie art. 138 § 2 k.p.a.) wywołanego wspomnianymi zmianami stanu faktycznego lub prawnego. Nie ulega przy tym wątpliwości, że problem i sposoby jego rozwiązania silnie uwarunkowane są poglądami na moc wiążącą wyrażanych przez komisje opinii.

Innym skutkiem rozbicia działań i rozstrzygnięć w przedmiocie dopuszczalności wydawania zezwoleń, tym razem wpływającym na dynamikę postępowań w sprawach wydawania zezwoleń i podejmowanie ostatecznych rozstrzygnięć w tych sprawach, jest istnienie odrębnych ścieżek ich weryfikacji. W konsekwencji zarówno w postępowaniu przed organem wyższego stopnia (przypomnieć należy, iż w stosunku do obu rodzajów rozstrzygnięć jest nim samorządowe kolegium odwoławcze), jak i przed sądem administracyjnym (oba rozstrzygnięcia podlegają kontroli sądów administracyjnych) nie ma możliwości całościowej oceny sprawy wydania zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych uwzględniającej wszystkie materialnoprawne uwarunkowania jego wydawania. Jest to szczególnie widoczne w przypadku kwestionowania postanowień opiniujących przed organem odwoławczym czy sądem administracyjnym. Skutkuje to oczywiście niedopuszczalnością wydania decyzji w sprawie do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia tej kwestii (zaistnienia w obrocie prawnym ostatecznego postanowienia). Z kolei skuteczne zakwestionowanie decyzji (w postępowaniu odwoławczym czy sądowoadmnistracyjnym) może spowodować wskazany w poprzednim akapicie problem aktualności wydanej wcześniej opinii. W moim przekonaniu są to kolejne argumenty za weryfikacją analizowanych rozwiązań ustawy.

Podsumowanie i wnioski *de lege ferenda*

Podsumowując niniejsze rozważania, jeszcze raz wyrazić należy pogląd o zasadniczych trudnościach w identyfikacji korzyści wynikających z przewidzianej w art. 18 ust. 3 ustawy instytucji współdziałania. Zdając sobie w pełni sprawę z ewentualnego zarzutu subiektywnego i jednostronnego doboru i interpretacji argumentów, pozostaję przy tezie, że uwarunkowana wynikającym z tego przepisu zakresem opinia komisji oraz zasadniczo związany charakter wydawanych przez

wójtów decyzji w tych sprawach nie wnoszą do prowadzonych przez te organy postępowań głównych niczego, co uzasadniałoby dalsze funkcjonowanie opinii. W szczególności nie gwarantuje ona uspołecznienia tych postępowań. Nie wpływa również w moim przekonaniu na większy niż w sytuacji oceniania opiniowanych kwestii przez organ prowadzący postępowanie główne profesjonalizm ustaleń w tym zakresie. W konsekwencji niepotrzebnie tylko generuje wskazane wyżej problemy, a także rozprasza odpowiedzialność za realizację kompetencji w przedmiocie wydawania zezwoleń. W związku z powyższym jako wniosek *de lege ferenda* postulować można wyeliminowanie tej instytucji z procedury wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych i powrót do rozwiązań obowiązujących w tym zakresie w latach 1993–2002, kiedy do wójtowie samodzielnie weryfikowali dopuszczalność wydawania zezwoleń z uwagi na obowiązujące ograniczenia wynikające z aktów prawa miejscowego. Odnosząc te regulacje do aktualnej treści upoważnień prawotwórczych, oznaczałoby to możliwość wydawania zezwoleń w granicach limitów wynikających z uchwał podejmowanych na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy oraz dla miejsc, których usytuowanie odpowiada zasadom ustalonym uchwałą podjętą na podstawie art. 12 ust. 3.

Niezależnie od powyższego postulować można wzmocnienie statusu kompetencyjnego komisji umożliwiającego realne wykorzystanie wiedzy, kompetencji i wrażliwości ich członków, w szczególności w drodze ustawowego zagwarantowania im udziału w kreowaniu podejmowanych na szczeblu samorządu gminnego aktów generalnych w zakresie realizacji celów ustawy i na podstawie zawartych w niej upoważnień (chodzi tu przede wszystkim o gminne programy profilaktyki i rozwiązywania problemów alkoholowych oraz akty prawa miejscowego wydawane na podstawie upoważnień zawartych w art. 12 ustawy) chociażby w postaci wymogu opiniowania projektów tych aktów przez komisje.

Bibliografia

Chlebny J., *Przyczyny współdziałania organów administracji publicznej* [w:] *System Prawa Administracyjnego Procesowego*, t. II, cz. 1: *Prawne formy działania administracji*, red. W. Chróścielewski, G. Łaszczyca, A. Matan, Lex/el. 2018.

Chróścielewski W., *Organ administracji publicznej w postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2002.

Jaworska-Dębska B., *Współdziałanie organów samorządu terytorialnego przy wydawaniu decyzji administracyjnych* [w:] *Prawo*, *administracja*, *obywatele. Profesorowi Eugeniuszowi Smoktunowiczowi*, red. A. Jamróz, Białystok 1997.

Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, red. B. Adamiak, J. Borkowski, Warszawa 2017.

Krawiec G., *Zgoda właściciela, użytkownika, zarządcy lub administratora budynku mieszkalnego wielorodzinnego jako warunek uzyskania zezwolenia na sprzedaż napojów alkoholowych. Glosa do wyroku WSA w Gliwicach z dnia 10 sierpnia 2007 r., III SA/Gl 1477/06*, „Finanse Komunalne" 2008, nr 5.

Lebowa D., Maciejko W., *Gminna komisja rozwiązywania problemów alkoholowych*, Lex/el. 2011.

Lewicki M., *Wybrane aspekty kompetencji prawotwórczych gmin w świetle znowelizowanej ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi*, „Samorząd Terytorialny" 2019, nr 4.
Ostapski A., *Glosa do wyroku NSA z dnia 3 grudnia 2013 r., II GSK 1315/12*, „Samorząd Terytorialny" 2017, nr 4.
Ostapski A., *Opinia gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży napojów alkoholowych z uchwałami rady gminy – charakter i granice przedmiotowe*, Lex/el. 2013.
Przybysz P., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Lex/el. 2021.
Sawuła R., *Glosa do wyroku z 23 VI 2005, II SA/OP 83/04*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka" 2005, nr 1.
Skrzydło-Dobosz I., Koszowski M., *Ustawa o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. Komentarz*, Lex/el. 2020.
Stahl M., *Akty współdziałania (koordynacji)* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. V: *Prawne formy działania administracji*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.

Streszczenie

Obowiązujące regulacje prawne normujące procedurę i przesłanki wydawania zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych wymagają jako warunek wydania takiego zezwolenia uzyskania pozytywnej opinii gminnej komisji rozwiązywania problemów alkoholowych o zgodności lokalizacji punktu sprzedaży z określonymi uchwałami rady gminy. W ocenie autora artykułu, zważywszy na szereg okoliczności, przede wszystkim zaś przedmiot wymaganej opinii niewymagający dysponowania szczególnymi kompetencjami niedostępnymi organowi wydającemu zezwolenia, wprowadzenie tej formy współdziałania przy wydawaniu zezwoleń na sprzedaż napojów alkoholowych nie znajduje uzasadnienia i może zostać wyeliminowana bez szkody dla merytorycznej poprawności wydawanych w tym zakresie decyzji.

Słowa kluczowe: współdziałanie, opinia, napoje alkoholowe, reglamentacja

COOPERATION IN PROCESS OF APPLYING OF THE LAW – CRITICALLY ABOUT REGULATIONS APPLICABLE TO THE ISSUING OF PERMITS FOR THE SALE OF ALCOHOLIC BEVERAGES

Summary

The applicable legal regulations to the procedure and conditions for issuing permits for the sale of alcoholic beverages require, as a condition for issuing such a permit to obtain a positive opinion of the Communal Commission to solve alcoholic problems with the compliance of the location of the point of sale with certain resolutions of the Commune Council. In the opinion of the author of the article, considering a number of circumstances, and above all, the subject of the required opinion required not requiring the disposal of specific competences inaccessible authorization authority, the introduction of this form of cooperation when issuing permits for the sale of alcoholic beverages is not justified and can be eliminated, without any damage to substantive correctness issued in this regard decision.

Keywords: cooperation, opinion, alcoholic beverages, regulation

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.16

Anna Łukaszuk

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0001-8909-0070

KONDYCJA AUDYTU WEWNĘTRZNEGO W JEDNOSTKACH SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO Z UWZGLĘDNIENIEM JAKOŚCI AUDYTU PROWADZONEGO PRZEZ USŁUGODAWCĘ

Wprowadzenie

Audyt wewnętrzny funkcjonuje w sektorze finansów publicznych, w tym w jednostkach samorządu terytorialnego (dalej: JST), od ponad 20 lat, a od 10 lat w reżimie kontroli zarządczej. Podstawowym celem powołania instytucji audytu wewnętrznego jest dążenie do wysokiej jakości funkcjonowania jednostek sektora finansów publicznych przez usprawnianie procesów zarządzania, stymulowanie stałego podnoszenia tej jakości, wydajności pracy przez wspieranie działań kierownictwa, w tym wzrostu efektywności, sprawności administracji publicznej, oszczędnego, efektywnego zarządzania (oraz kontroli zarządczej), a także obniżenia kosztów i czasu działania czy eliminacji marnotrawstwa[1]. Zauważalny jest progres, jaki instytucja audytu wewnętrznego poczyniła przez ten czas, choć należy stwierdzić, że wciąż nie jest on wolny od nieprawidłowości i wymaga ustawicznych eksplikacji i usprawnień. Minister Finansów w zakresie koordynacji audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych upowszechnia standardy audytu wewnętrznego, propaguje wiedzę z zakresu jego roli i zadań. W celu stałego podnoszenia jakości audytu wewnętrznego upowszechniane są raporty benchmarkingowe, metodyka, dobre praktyki, sprawozdania z działalności audytu oraz wytyczne. Jednak jak wskazują najnowsze wyniki przeprowadzanych kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli (dalej: NIK)[2] oraz podsumowania wyników ankiet przeprowadzonych przez Ministerstwo Finansów, dotyczących funkcjonowania

[1] E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji pojęć i zadań z dziedziny kontroli i audytu wewnętrznego na podstawie ustawy o finansach publicznych*, „Kontrola Państwowa" 2010, R. LV, nr 1(330), s. 56.

[2] *Informacja o wynikach kontroli Audyt wewnętrzny w jednostkach samorządu terytorialnego*, LKI.430.007.2019 nr ewid. 76/2019/P/19/074/LKI, NIK, Delegatura w Kielcach 2020.

audytu wewnętrznego w JST[3], tematyka ta wciąż wymaga wyjaśniania podstawowej roli, jaką pełni audyt wewnętrzny zarówno względem kontroli zarządczej, jak i pozycji audytu w JST. W toku powyższych kontroli oraz przeprowadzonych ankiet niezmiennie od lat ujawniane są powtarzające się błędy dotyczące prowadzenia audytu wewnętrznego w JST.

W niniejszym artykule dokonano próby analizy kondycji audytu wewnętrznego funkcjonującego w JST w oparciu o wyniki kontroli NIK oraz ankiet prowadzonych przez Ministerstwo Finansów. W toku tej analizy wykazano, iż jakość audytu wewnętrznego funkcjonującego w JST jest nieodzownie związana ze stosowaną formą organizacji audytu wewnętrznego w tych jednostkach, jaką jest prowadzenie audytu przez zewnętrznego usługodawcę.

Audyt wewnętrzny jako istotny element kontroli zarządczej

Audyt wewnętrzny jest jednym z instrumentów mających służyć podwyższaniu jakości zarządzania w sektorze finansów publicznych, w tym w JST. Poprzez wspieranie wójta (burmistrza, prezydenta miasta), przewodniczącego zarządu JST w realizacji celów i zadań, dokonywanie systematycznej oceny kontroli zarządczej oraz czynności doradcze w rzeczywisty sposób wpływa na poziom zarządczego charakteru działalności prowadzonej przez JST. Audyt wewnętrzny w sposób bezpośredni powiązany jest z systemem kontroli zarządczej. Zgodnie z art. 272 ustawy o finansach publicznych[4] jest działalnością niezależną i obiektywną, której celem jest wspieranie ministra kierującego działem lub kierownika jednostki w realizacji celów i zadań przez systematyczną ocenę kontroli zarządczej oraz czynności doradcze. Ocena ta dotyczy w szczególności adekwatności, skuteczności i efektywności kontroli zarządczej w dziale administracji rządowej lub jednostce. Audyt wewnętrzny stanowi element kontroli zarządczej i jest bezpośrednio powiązany z kontrolą zarządczą, zarówno pod względem funkcjonalnym, jako działalność prowadzona w celu oceny tejże kontroli, jak i instytucjonalnym, przez osobę kierownika jednostki, który bezpośrednio odpowiada za funkcjonowanie obydwu systemów w jednostce. Nie należy więc utożsamiać audytu z kontrolą zarządczą, jak również nakładać na audytorów odpowiedzialności za stworzenie i zarządzanie systemem kontroli zarządczej w jednostce. Taka niewłaściwa interpretacja roli audytu wewnętrznego stanowi zaprzeczenie podstawowemu standardowi prawidłowego funkcjonowania audytu, a mianowicie jego niezależności i obiektywności[5].

---

[3] Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników ankiet dotyczącej funkcjonowania audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, Warszawa, grudzień 2019.

[4] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2021, poz. 305), dalej: u.f.p.

[5] Tezy reprezentowane w niniejszym artykule zawarte są m.in. w niepublikowanej pracy doktorskiej: A. Łukaszuk, *System zarządzania ryzykiem w jednostkach samorządu terytorialnego – aspekt prawny*, Lublin 2016.

Kontrola przeprowadzona przez NIK w JST, dotycząca funkcjonowania audytu wewnętrznego[6], wykazała, że niewłaściwa organizacja audytu oraz nieprawidłowe jego wykonywanie w znacznej części skontrolowanych jednostek powodowały, że nie był on efektywny, ponieważ w niedostatecznym stopniu służył usprawnianiu działalności tych jednostek. W związku z powyższym NIK negatywnie ocenił funkcjonowanie audytu wewnętrznego w tych jednostkach. Wskazano na bezpośredni związek nieprawidłowości dotyczących audytu wewnętrznego z kontrolą zarządczą funkcjonującą w JST. Audyt wewnętrzny jako narzędzie mające wspierać kierownika jednostki w realizacji celów i zadań poprzez dokonywanie systematycznej oceny kontroli zarządczej, czyli zadania zapewniające[7] oraz czynności doradcze[8], nie był należycie wykorzystywany. Ocena kontroli zarządczej powinna być dokonywana przede wszystkim w aspekcie jej adekwatności, skuteczności i efektywności. Działalność audytowa powinna zatem dostarczać niezbędnych wniosków wynikających z tej oceny, a zwłaszcza wniosków o charakterze systemowym, które wpływają na system kontroli zarządczej poprzez budowanie nowych lub zmianę już istniejących mechanizmów minimalizujących ryzyko wystąpienia nieprawidłowości lub nieosiągnięcia zakładanych celów funkcjonowania jednostki. Kontrola NIK wykazała, że po przeprowadzeniu w latach 2016–2019 przez audytorów wewnętrznych zadań zapewniających w 37% jednostek objętych kontrolą nie sformułowano żadnych wniosków o charakterze systemowym albo wnioski te nie wpłynęły na poprawę funkcjonowania jednostki i nie zostały uwzględnione w procesie identyfikacji i analizy ryzyka w kontroli zarządczej[9]. Udział wniosków

[6] Kontrolą zostało objętych pięć urzędów marszałkowskich, 15 urzędów gmin oraz pięć starostw powiatowych. Ponadto w Informacji wykorzystano wyniki kontroli rozpoznawczej przeprowadzonej w Urzędzie Miejskim w Starachowicach oraz w Urzędzie Miasta i Gminy w Staszowie. Okres objęty kontrolą to lata 2016–2019 (do 16 grudnia). Pytanie definiujące cel główny kontroli: Czy audyt wewnętrzny służy usprawnianiu działalności JST? Pytania definiujące cele szczegółowe kontroli: 1. Czy organizacja audytu wewnętrznego oraz sposób jego prowadzenia były zgodne z przepisami prawa? 2. Czy audyt wewnętrzny był prowadzony zgodnie ze Standardami audytu wewnętrznego? 3. Czy wyniki audytu wewnętrznego zostały wykorzystane w funkcjonowaniu jednostki? *Informacja o wynikach kontroli Audyt…*

[7] Działania podejmowane w celu dostarczenia niezależnej i obiektywnej oceny kontroli zarządczej. § 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie audytu wewnętrznego oraz informacji o pracy i wynikach tego audytu (Dz.U. 2018, poz. 506).

[8] W wyniku czynności doradczych audytor wewnętrzny może przedstawić propozycje dotyczące usprawnienia funkcjonowania jednostki. Cel i zakres czynności audytor wewnętrzny uzgadnia z kierownikiem jednostki. Audytor wewnętrzny może wykonywać czynności doradcze służące wspieraniu kierownika jednostki w realizacji celów i zadań na jego wniosek lub z własnej inicjatywy. Audytor wewnętrzny powstrzymuje się od wykonywania czynności doradczych, które prowadziłyby do przyjęcia przez niego obowiązków, odpowiedzialności lub uprawnień wchodzących w zakres zarządzania jednostką, i informuje o tym kierownika jednostki. § 22, 23 i 24 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie audytu wewnętrznego oraz informacji o pracy i wynikach tego audytu (Dz.U. 2018, poz. 506).

[9] *Informacja o wynikach kontroli Audyt…*, s. 8.

o charakterze systemowym we wszystkich wnioskach po zakończonych zadaniach zapewniających w jednostkach objętych kontrolą wynosił 58%. Przeważająca większość (84%) formułowanych przez audytorów wewnętrznych wniosków systemowych miała na celu przede wszystkim zapewnienie zgodnego z przepisami prawa i wewnętrznymi regulacjami funkcjonowania JST. Nie wypracowywano natomiast wniosków zmierzających do usprawnienia funkcjonowania jednostki pod względem skuteczności i efektywności działań albo czyniono to w bardzo ograniczonym zakresie – jedynie 16% wniosków[10]. Ważną funkcją audytu jest kreatywne oddziaływanie na proces zmian w funkcjonowaniu danej jednostki organizacyjnej m.in. w celu eliminowania błędów w obowiązujących przepisach i procedurach, procedur i przepisów hamujących postęp organizacyjny oraz obniżających jakość wykonywanych czynności, wzrostu wydajności i jakości pracy, proponowanie zmian mających na celu eliminowanie luk sprzyjających podejmowaniu działań nielegalnych, wprowadzanie innowacji w funkcjonowaniu i realizacji zadań skutkujących zwiększeniem efektywności i racjonalizacją wydatków publicznych[11].

Mając na uwadze, jak ważnym elementem kontroli zarządczej w JST jest sprawnie funkcjonujący audyt wewnętrzny, alarmujący jest fakt, iż w tak dużym procencie skontrolowanych jednostek nie sformułowano żadnych wniosków o charakterze systemowym lub nie przełożyły się one bezpośrednio na poprawę funkcjonowania jednostki, a jedynie niewielki procent wniosków przyczynił się do tego procesu. Jest to tym bardziej niepokojące, ponieważ audyt wewnętrzny funkcjonuje już od ponad 10 lat w ramach reżimu kontroli zarządczej i można byłoby założyć, że przez ten czas stał się narzędziem w rzeczywisty i bezpośredni sposób wpływającym na poprawę funkcjonowania JST. Powyższy stan rzeczy potwierdza tezę, iż audyt wewnętrzny nadal wymaga objaśniania w sposób systemowy jego roli i zadań w otoczeniu kontroli zarządczej, a w sposób szczególny jest to niezbędne w JST, nie są one bowiem zobligowane do przedstawiania Ministrowi Finansów informacji o realizacji zadań z zakresu audytu wewnętrznego, jak również informacji związanych z kontrolą zarządczą[12]. Brak obowiązku prowadzenia stałego monitoringu funkcjonowania zarówno audytu wewnętrznego jak i kontroli zarządczej powoduje ograniczenia i utrudnienia w dokonywaniu systematycznej analizy nieprawidłowości i trudności, z jakimi zmagają się zarówno kierownicy tych jednostek jako odbiorcy działań audytu wewnętrznego, jak i sami audytorzy działający w jednostkach. Fakt ten stanowi również przeszkodę w formułowaniu w sposób bieżący ewentualnych wyjaśnień, zaleceń i usprawnień audytu wewnętrznego w JST. Już w odniesieniu do poprzednich uwarunkowań prawnych słusznie zauważył P. Sołtyk, iż w przyszłości audyt wewnętrzny w administracji samorządowej powinien przyjmować rolę animatora, pokazując kierunki nowych rozwiązań organizacyjnych w systemach

[10] *Ibidem*, s. 14.

[11] D. Fleszer, *Audyt wewnętrzny i jego rola w zarządzaniu jednostką sektora finansów publicznych*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 5, s. 63.

[12] Art. 295 oraz 296 u.f.p.

zarządzania, biorąc również pod uwagę koszty projektowania i wdrażania proponowanych zmian. W JST audyt wewnętrzny powinien w coraz większym stopniu przybierać formę audytu proaktywnego poprzez czynny udział we wszystkich obszarach działalności jednostki[13].

Szczególnie niepokojący jest fakt, że wyniki kontroli NIK z 2020 r. dotyczącej funkcjonowania audytu wewnętrznego w JST są zbieżne co do wykazanych błędów i nieprawidłowości z wynikami kontroli NIK z 2011 r. Ówczesna kontrola miała miejsce bezpośrednio po wprowadzaniu przepisów ustanawiających kontrolę zarządczą i audyt wewnętrzny. Wówczas wykazała, że działalność audytu wewnętrznego, prowadzona na ogół zgodnie z przepisami prawa, w niewielkim stopniu przyczyniała się do systemowego wspierania kierowników skontrolowanych JST w realizacji celów i zadań. Wyniki zadań audytowych nie stanowiły z uwagi na wąski zakres tematyczny oraz zazwyczaj niewielką w stosunku do potrzeb liczbę wykonywanych zadań wystarczającego źródła informacji o adekwatności, skuteczności i efektywności całego systemu kontroli zarządczej. Również czynności doradcze, stanowiące istotny aspekt audytu wewnętrznego, w nikłym stopniu wspomagały wdrażanie i funkcjonowanie kontroli zarządczej[14]. Usługi doradcze audytu w niemałej mierze można utożsamiać z filozofią audytu proaktywnego. Niestety ten rodzaj audytu jest mało rozpropagowany w sektorze publicznym. Jego koncepcja koncentruje się na aktywnym udziale audytora we wszystkich działaniach związanych z opracowaniem mechanizmów kontrolnych tworzących spójny system zarządzania[15].

Znamiennym problemem pojawiającym się systematycznie w toku ewoluowania audytu wewnętrznego w JST jest brak zapewnienia organizacyjnej odrębności komórki audytu wewnętrznego przez kierownika jednostki, co zgodnie z art. 282 ust. 1 u.f.p. stanowi ustawowy obowiązek kierownika. Zapewnienie niezależności organizacyjnej audytu oraz bezpośredniej podległości audytu wewnętrznego kierownikowi jednostki to podstawa jego prawidłowego funkcjonowania. Nadal stwierdza się, że w części jednostek audyt wewnętrzny funkcjonuje wspólnie ze służbami kontrolnymi w ramach jednej komórki organizacyjnej, a w dokumentach wewnętrznych jednostki nie zostały określone mechanizmy zapewnienia niezależności audytu wewnętrznego, w szczególności bezpośredniej jego podległości kierownikowi jednostki[16]. Audyt nie może być postrzegany jako kolejne narzędzie kontroli w jednostce, które będzie się koncertować na wyszukiwaniu nieprawidłowości i wykazywaniu braków. Jak wskazują wyniki przeprowadzanych kontroli

[13] P. Sołtyk, *Audyt wewnętrzny w jednostkach samorządu terytorialnego – zasady ogólne*, „Finanse Komunalne" 2007, nr 1, s. 16.

[14] *Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego*, NIK, Kontrola P/10/132, Gdańsk, wrzesień 2011, s. 7.

[15] P. Sołtyk, *Problematyka oceny działalności audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego w świetle postulatów standardów zawodowych*, „Finanse Komunalne" 2017, nr 12, s. 65.

[16] *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 23–24.

oraz ankiet dotyczących działalności audytu wewnętrznego w JST, zdarza się, iż rola audytu wewnętrznego nie jest właściwie rozumiana. Przyczynami takiego stanu rzeczy mogą być zarówno brak lub niewystarczająca wiedza na temat audytu, ale także nieodpowiednia komunikacja lub niska jakość działań audytu. Zgodnie z komunikatem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie standardów audytu wewnętrznego dla jednostek sektora finansów publicznych[17] niezależność organizacyjna audytu wewnętrznego i fakt, że nie może być on narażony na jakiekolwiek próby narzucenia jego zakresu, stanowi podstawę jego prawidłowego funkcjonowania i wspierania kontroli zarządczej w jednostce[18]. Problematyka zapewnienia warunków niezbędnych do niezależnego, obiektywnego i efektywnego prowadzenia audytu wewnętrznego została również ukazana w wynikach ankiety przeprowadzonej przez Ministerstwo Finansów w JST. Niektóre z tych jednostek wykazały, że te warunki nie zostały zapewnione, czego wynikiem są przypadki łączenia komórki audytu wewnętrznego z komórkami kontroli. Jednocześnie wśród jednostek, które udzieliły odpowiedzi twierdzącej w zakresie zapewnienia organizacyjnej odrębności komórki audytu wewnętrznego w strukturze urzędu, wystąpiły liczne przypadki gdzie nazwa komórki wskazuje, że komórki audytu wewnętrznego są połączone z inną komórką organizacyjną lub stanowią jej część[19]. Ponadto

[17] Komunikat Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie standardów audytu wewnętrznego dla jednostek sektora finansów publicznych (Dz. Urz. Min. Roz. i Fin. poz. 28).

[18] Zgodnie ze Standardem 1110 – Niezależność organizacyjna. Zarządzający audytem wewnętrznym musi podlegać takiemu szczeblowi zarządzania w organizacji, który pozwoli audytowi wewnętrznemu wypełniać jego obowiązki. Zarządzający audytem wewnętrznym musi co najmniej raz na rok potwierdzać radzie organizacyjną niezależność audytu wewnętrznego. Interpretacja: audyt wewnętrzny jest niezależny organizacyjnie wtedy, gdy zarządzający audytem wewnętrznym podlega funkcjonalnie radzie. Podległość ta oznacza np., że rada zatwierdza kartę audytu wewnętrznego, plan audytu wewnętrznego oparty na analizie ryzyka, budżet i plan zasobów audytu wewnętrznego, otrzymuje od zarządzającego audytem wewnętrznym informacje na temat działań audytu wewnętrznego w odniesieniu do planu i innych spraw, zatwierdza decyzje w sprawie powołania i odwołania zarządzającego audytem wewnętrznym, wynagrodzenie zarządzającego audytem wewnętrznym, zadaje pytania kierownictwu i zarządzającemu audytem wewnętrznym, żeby ustalić, czy występują niepożądane ograniczenia zakresu lub zasobów. Standard 1110.A1: audyt wewnętrzny nie może być narażony na jakiekolwiek próby narzucenia jego zakresu, wpływania na sposób wykonywania pracy i informowania o jej wynikach. Zarządzający audytem wewnętrznym musi ujawnić radzie takie próby oraz omówić z nią możliwe implikacje. Komunikat Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie standardów audytu wewnętrznego dla jednostek sektora finansów publicznych (Dz. Urz. Min. Roz. i Fin. poz. 28).

[19] Trzy JST (jeden powiat, dwie gminy miejskie) udzieliły negatywnej odpowiedzi, tj. poinformowały, że organ wykonawczy JST nie zapewnił warunków niezbędnych do niezależnego, obiektywnego i efektywnego prowadzenia audytu wewnętrznego. W przypadku 12 JST, w których potwierdzono, że warunki do niezależnego, obiektywnego i efektywnego prowadzenia audytu wewnętrznego zostały zapewnione, udzielono negatywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące zapewnienia odrębności organizacyjnej. W przypadku 14 z 485 (2,9%) JST udzielona została odpowiedź negatywna, tj. organ wykonawczy JST nie zapewnił organizacyjnej odrębności komórki audytu wewnętrznego (KAW). Dotyczyło to: 1 urzędu marszałkowskiego, 2 miast na prawach powiatu, 6 powiatów, 3 gmin miejskich,

w niektórych jednostkach kierownik komórki audytu wewnętrznego nie podlega bezpośrednio kierownikowi JST[20].

Równie istotnym problemem ujawniającym wciąż braki wiedzy na temat elementarnych zasad i standardów dotyczących audytu wewnętrznego są przypadki przydzielania audytorom zadań wykraczających poza działalność audytową. Audytorom wewnętrznym nie wolno przyjmować odpowiedzialności za nieaudytowe funkcje i zadania, które podlegają okresowej ocenie audytu wewnętrznego. Mogą oni pełnić rolę konsultantów wyrażoną np. wsparciem przy określaniu procedur zarządzania ryzykiem[21]. Audytor nie pełni funkcji nadzorczych ani tym bardziej władczych. Do jego obowiązków po przeprowadzeniu kontroli należy obiektywna analiza przyczyn i skutków rozbieżności, powiadomienie kierownika jednostki o rezultatach kontroli oraz działalność doradcza, konsultacyjna, wspomagająca procesy zarządzania w formie czynności pokontrolnych, raportów i wniosków usprawniających funkcjonowanie jednostki[22]. Audyt wewnętrzny, aby mógł być uznany za rzeczywiście efektywne narzędzie wsparcia kierownika w zarządzaniu jednostką i usprawniania jej funkcjonowania, musi mieć zagwarantowane odpowiednie warunki. Podstawą w tym względzie jest zapewnienie funkcjonalnej i organizacyjnej niezależności, upowszechnianie wiedzy na temat roli i zadań audytu, wykwalifikowana i komunikatywna kadra audytu oraz świadomość kierownika jednostki o korzyściach i możliwościach prowadzenia audytu wewnętrznego. Audytor, wyrażając niezależną opinię o badanych obszarach, może się przyczynić do poprawy zarządzania jakością, a także do usprawnienia działalności jednostki poddanej audytowi. Należy zauważyć, że audytor wewnętrzny pełni w jednostce funkcję zapewniającą (*assurance*) i doradczą (*consulting*), natomiast nie dysponuje uprawnieniami władczymi wobec procesów poddawanych audytowi[23]. Wójt (burmistrz, prezydent miasta) oraz przewodniczący zarządu JST mają zasadniczy wpływ zarówno na kształtowanie odpowiedniego podejścia do audytu wewnętrznego, jak

2 gmin miejsko-wiejskich. W 9 z powyższych przypadków KAW została połączona z komórką kontroli. W dwóch przypadkach nie podano przyczyny niewyodrębnienia KAW, a w jednym zadania audytora wewnętrznego realizuje dyrektor jednej z komórek organizacyjnych urzędu (innej niż komórka ds. kontroli). Ponadto w jednym przypadku poinformowano o nieuwzględnieniu uwag do regulaminu organizacyjnego urzędu zgłoszonych przez audytora wewnętrznego. W 123 przypadkach nazwa komórki wskazuje, że KAW jest połączona z inną komórką organizacyjną lub stanowi jej część. Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników*…, s. 10.

[20] W 7 JST, w których udzielono pozytywnej odpowiedzi, kierownik KAW nie podlega bezpośrednio organowi wykonawczemu JST. Odpowiedzi takie sugerują, że warunki niezbędne do niezależnego, obiektywnego i efektywnego prowadzenia audytu wewnętrznego nie zostały w danych JST zapewnione. *Ibidem*.

[21] W trzech skontrolowanych jednostkach przypisywano audytorom zadania wykraczające poza działalność audytową. Było to niezgodne z art. 272 ust. 1 u.f.p. *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 25.

[22] E. Chojna-Duch, *Próba systematyzacji*…, s. 55.

[23] P. Sołtyk, *Audyt wewnętrzny*…, s. 8.

i jego funkcjonowanie w jednostce – począwszy od podjęcia decyzji o rozpoczęciu prowadzenia audytu w jednostce, poprzez ustawowy obowiązek zapewnienia warunków niezbędnych do niezależnego, obiektywnego i efektywnego prowadzenia audytu wewnętrznego, w tym zapewnienia organizacyjnej odrębność komórki audytu wewnętrznego oraz ciągłość jego prowadzenia w jednostce. Umiejętność prawidłowego wykorzystania środków, jakie oferuje audyt wewnętrzny, wymaga od zarządzającego jednostką adekwatnej wiedzy o możliwościach, ograniczeniach oraz instrumentach, jakimi dysponuje audyt. Kierownik jednostki winien upatrywać w audytorze partnera w budowie prawidłowego systemu kontroli zarządczej. Nie może oczekiwać przejęcia odpowiedzialności za system, lecz wsparcia w postaci dostarczenia rzetelnej, niezależnej oceny jego funkcjonowania.

Jakość audytu prowadzonego przez usługodawcę w JST

W toku przeprowadzanych kontroli niewystarczająca liczba audytorów, rzeczywiste braki kadrowe były wykazywane jako jedna z zasadniczych przyczyn nieprawidłowości w funkcjonowaniu audytu wewnętrznego w JST. Stanowiło to kluczowy powód braku możliwości zapewnienia ciągłości prowadzeni audytu, do czego na podstawie art. 282 u.f.p. zobowiązany jest kierownik jednostki. W okresie objętym kontrolą kierownicy 30% skontrolowanych jednostek poprzez niezatrudnienie audytora wewnętrznego albo niezawarcie umowy z usługodawcą nie zapewnili ciągłości prowadzenia audytu wewnętrznego. Niezachowanie ciągłości wykonywania zadań audytowych wynikało według kierowników jednostek kontrolowanych z niemożności „znalezienia" audytorów na rynku oraz z ich wysokich wymagań finansowych[24].

Jednostki samorządu terytorialnego zobowiązane są do prowadzenie audytu wewnętrznego, jeżeli ujęta w uchwale budżetowej JST kwota dochodów i przychodów lub kwota wydatków i rozchodów przekroczyła wysokość 40 000 tys. zł lub jeżeli kierownik tej jednostki podejmie decyzję o prowadzeniu audytu wewnętrznego[25]. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż obowiązek prowadzenia audytu wewnętrznego powstaje nawet wówczas, gdy próg kwotowy określony w przepisach ustawy zostanie przekroczony jednorazowo lub nadzwyczajnie. Bez znaczenia dla powstania tego obowiązku jest też fakt, czy przekroczenie tej kwoty nastąpiło w chwili ustalania uchwały budżetowej danej jednostki i zatwierdzenia planu, czy w chwili zmiany uchwały lub planu. Wraz z przekroczeniem ustawowych kwot i powstaniem obowiązku prowadzenia audytu wewnętrznego w JST ustawodawca nakazuje kierownikowi danej jednostki pisemnie powiadomić Ministra Finansów o rozpoczęciu prowadzenia audytu. Incydentalność powstawania takiego obowiązku

[24] *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 9.
[25] Art. 274 ust. 3 i 4 u.f.p.

może stanowić przyczynę nieprawidłowości w prowadzenia audytu wewnętrznego w tych jednostkach, wykazanych w wynikach przeprowadzanych kontroli i badań ankietowych, a bezpośrednio związaną z trudnościami z bezzwłocznym pozyskaniem audytora.

Z uzyskanych danych z przeprowadzonej kontroli wynika, że w 72 z 531 jednostek w okresie 2016–2019 nie zapewniono ciągłości prowadzenia audytu wewnętrznego, co również potwierdzają dane kontroli przeprowadzonej przez RIO w tym samym okresie, a jako przyczynę takiego stanu rzeczy JST podawały trudności z naborem na audytora wewnętrznego[26]. Słabości w prowadzeniu audytu wewnętrznego od lat pozostają te same i były związane przede wszystkim z trudnościami kadrowymi w zapewnieniu obsady adekwatnej do istniejących potrzeb, co skutkowało także problemami z wprowadzeniem, a następnie zachowaniem ciągłości wywiązania się z tego obowiązku, na co wskazywały już wyniki kontroli NIK z 2011 r.[27] Podkreślenia wymaga, że zaniechanie prowadzenia audytu wewnętrznego przez JST do tego zobowiązane stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych przewidziane w art. 18a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych[28]. Z konstrukcji jurydycznej art. 18a tej ustawy wynika, że przesłanką naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest niezatrudnienie audytora albo niezawarcie umowy na świadczenie usługi audytu. Oznacza to, że ryzyko naruszenia dyscypliny zostaje skutecznie ograniczone samym faktem zatrudnienia audytora albo zawarciem stosownej umowy z usługodawcą. Sama skuteczność i efektywność prac audytu, a także zgodność postępowania z regulacjami prawa ma dla ustawodawcy drugorzędne znaczenie. Ewentualne odstępstwa w tym zakresie mogą być zaklasyfikowane jedynie jako pewnego rodzaju dysfunkcja, nieprawidłowości lub niezgodności, ale co ważne – nie jest to czyn przesądzający o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych[29].

Przepis u.f.p. stanowiący, że w JST audyt wewnętrzny może być prowadzony przez usługodawcę, jeżeli ujęta w uchwale budżetowej JST kwota dochodów i przychodów oraz kwota wydatków i rozchodów jest niższa niż 100 000 tys. zł[30], nie rozwiązał problemu z niedoborami kadrowymi, a jak wskazują wyniki kontroli, uwidocznił trudności z jakością audytu prowadzonego w tych jednostkach przez usługodawcę. Regulacje prawne, wychodząc naprzeciw deficytowi audytorów wewnętrznych w JST, stwarzają możliwość realizacji audytu przez usługodawcę. Jednak taka forma audytu

[26] *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 21–22.

[27] *Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania*…, s. 7.

[28] Art. 18a: naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaniechanie prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostce sektora finansów publicznych do tego zobowiązanej, wskutek niezatrudniania audytora wewnętrznego albo niezawierania umowy z usługodawcą. Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2021, poz. 289).

[29] P. Sołtyk, *Usługodawca zewnętrzny audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 4, s. 46.

[30] Art. 278 ust. 3 u.f.p.

może być prowadzona tylko w JST o niewielkim potencjale finansowym przedstawionym w budżecie[31]. Podkreślenia wymaga też fakt, że przekroczenie ustawowego limitu, niezależnie czy w momencie uchwalania budżetu, czy w chwili jego nowelizacji skutkującej podwyższeniem którejkolwiek z kwot (dochodów, przychodów, wydatków, rozchodów), kreuje obowiązek zatrudnienia audytora wewnętrznego w JST[32]. Podsumowanie wyników ankiety Ministerstwa Finansów dotyczącej funkcjonowania audytu wewnętrznego w JST dowodzi, że jakość audytu jest bezpośrednio związana ze stosowaną formą organizacji audytu wewnętrznego w tych jednostkach – audytem prowadzonym przez usługodawcę. Należy zaznaczyć, że omawiana ankieta została wystosowana do wszystkich JST, są to więc dane zawierające pełne informacje o audycie wewnętrznym prowadzonym przez te jednostki[33].

Według stanu na 30 czerwca 2019 r. audyt wewnętrzny był prowadzony w 1156 z 1241 JST, co stanowi 93% jednostek zobowiązanych do prowadzenia audytu. Audyt wewnętrzny nie był prowadzony w 85 jednostkach do tego zobowiązanych, tj. w 8 powiatach, 6 gminach miejskich, 22 gminach wiejsko-miejskich, 49 gminach wiejskich. Przyczyny nieprowadzenia audytu wewnętrznego związane są przede wszystkim z brakiem możliwości pozyskania audytora wewnętrznego albo usługodawcy, w tym ze względu na brak osób z uprawnieniami (33 z 85 – 39% przypadków) oraz brak ofert składanych na ogłoszenie o naborze albo o zamówieniu na świadczenie usług audytu wewnętrznego (13 z 85 – 15% przypadków)[34]. Niemożność pozyskania audytora, czy to w formie zatrudnienia w jednostce, czy jako usługodawcy, rodzi wiele patologii związanych z niewłaściwym czasem pracy audytorów w JST. Jak wykazano, wymiar zatrudnienia audytorów w jednostkach jest jednym z czynników wpływających na właściwą i efektywną realizację zadań audytu. Najwyższa Izba Kontroli określiła to zjawisko mianem audytu *na akord*. W przypadku 12% audytorów wymiar ich czasu pracy w osobodniach przekraczał liczbę dni roboczych w roku (250 osobodni), 8% audytorów obsługiwało w ciągu roku cztery lub więcej jednostek, a co trzeci audytor prowadził audyt w więcej niż jednej JST[35]. Ustalenia kontroli wskazują, że zatrud-

[31] P. Sołtyk, *Usługodawca zewnętrzny*…, s. 45.

[32] Z. Ofiarski [w:] A. Borodo, W. Bożek, M. Cilak, K. Czarnecki, K. Kopyściańska, E. Kowalewska, P. Lenio, P. Majka, P. Mańczyk, W. Miemiec, M. Ofiarska, P. Pest, K. Sawicka, M. Stawiński, R. Sura, K. Święch-Kujawska, J. Wantoch-Rekowski, P. Zawadzka, Z. Ofiarski, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 278.

[33] Ankieta dotycząca funkcjonowania audytu wewnętrznego w JST została skierowana do wszystkich JST. Przeprowadzono ją w formie interaktywnej i została udostępniona JST od 22 lipca do 22 sierpnia 2019 r. Ankietę wypełniły 1964 z 2807 (70%) JST. Spośród tej grupy 1241 JST (63%) było zobowiązanych do prowadzenia audytu wewnętrznego. Respondenci przedstawili dane i informacje według stanu na 30 czerwca 2019 r., Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników*…, s. 2–4.

[34] *Ibidem*, s. 4.

[35] Z uzyskanych informacji wynika, że w przybliżeniu co trzeci audytor prowadził audyt w więcej niż jednej JST: w 2016 r. było to 28% audytorów, w 2017 r. – 34,5%, a w 2018 r. – 34,3%. *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 32.

nianie w urzędach JST audytora wewnętrznego w niskim wymiarze czasu (np. na 1/8 etatu) w sytuacji, gdy audyt nie może być wykonywany przez usługodawcę, stanowiło w istocie obejście przepisów u.f.p. dotyczących obowiązku zatrudnienia audytora w jednostce[36].

Usługodawcy prowadzili audyt w 58% JST, przy czym należy podkreślić, że największy odsetek usługodawców występuje w gminach wiejskich i miejsko-wiejskich[37]. Od lat niezmiennie odnotowuje się stały wzrost liczby usługodawców prowadzących audyt wewnętrzny w JST[38]. Biorąc pod uwagę, jak liczną grupę stanowią usługodawcy i jak tym samym mają istotny wpływ na kształtowanie audytu wewnętrznego w JST, należałoby podjąć próbę dokonania analizy poziomu świadczonych przez nich usług. Za pozytywne trzeba uznać, iż w zdecydowanej większości usługodawcy posiadali wymagane kwalifikacje do prowadzenia audytu[39], jak również umowy zawierane z usługodawcą zawierały postanowienia wymagane w art. 279 u.f.p.[40] Niestety, zdecydowanie negatywnym aspektem jest fakt, iż umowy te nie były zawierane na wymagany ustawowo czas co najmniej roku. Dotyczyło to aż 43% JST, co wiązało się z niezapewnieniem ciągłości prowadzenia audytu w tych jednostkach. Należy stwierdzić, że zawieranie umowy z usługodawcą na okres dłużysz niż rok jest dobrą praktyką, ponieważ gwarantuje ciągłość prowadzenia audytu wewnętrznego i jego większą skuteczność. Usługodawca zna jednostkę i działa bardziej efektywnie niż ewentualny nowy usługodawca. Zachowanie ciągłości audytu zapewnia realizację zaplanowanego cyklu audytu wewnętrznego i objęcie zadaniami audytowymi większej liczby obszarów działalności[41]. Najniższy wskaźnik udziału kierownika jednostki w przygotowaniu rocznego planu audytu

[36] *Ibidem*, s. 10.

[37] Usługodawcy prowadzą audyt w 67,6% gmin, w tym: 317 z 365 gmin wiejskich (86,8%) i w 209 z 325 miejsko-wiejskich (64,3%). Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników*…, s. 5.

[38] Odsetek JST prowadzących audyt wewnętrzny przez usługodawców systematycznie rośnie. W ankiecie Ministerstwa Finansów z 2016 r. było to 53% jednostek. Ministerstwo Finansów, *Ocena funkcjonowania kontroli zarządczej i prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, Warszawa, grudzień 2016, s. 10.

[39] Wyniki kontroli przeprowadzonej przez NIK wykazały, że wszyscy usługodawcy posiadali wymagane kwalifikacje, natomiast w ankiecie Ministerstwa Finansów w przypadku 49 z 1156 JST (4,2%) nie podano informacji o uprawnieniach audytorów wewnętrznych, w tym w 46 JST audyt prowadzi usługodawca, w przypadku 5 JST podane przez ankietowanych kwalifikacje nie stanowią uprawnień do prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych. *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 1; Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników*…, s. 23.

[40] W 86% skontrolowanych jednostek, w których audyt prowadzony był przez usługodawcę, umowa zawierała postanowienia wymagane art. 279 ust. 2 u.f.p., w tym gwarantujące prowadzenie audytu wewnętrznego zgodnie z przepisami tej ustawy. Pojedyncze nieprawidłowości stwierdzono w dwóch jednostkach. *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 11.

[41] B. Zaleska, *Audyt wewnętrzny prowadzony przez usługodawcę w jednostce samorządu terytorialnego (studium przypadku)*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie" 2017, t. XVIII, z. 2, cz. III, s. 266.

i jego zmianach również odnotowano w stosunku do usługodawców[42]. W zakresie obowiązku określenia priorytetów do planu audytu, a także zatwierdzenia plan audytu przez kierownika jednostki we wszystkich JST, w których nie zostały spełnione te wymogi, audyt prowadzony był przez usługodawcę[43]. Analogiczna sytuacja dotyczy szeregu obowiązków związanych z prowadzeniem audytu wewnętrznego w JST, wynikających z ustawy i regulacji zawartych w obowiązujących standardach audytu wewnętrznego, w których:

- kierownik JST nie otrzymał sprawozdania z prowadzenia audytu, wszystkie przypadki, gdzie kierownik jednostki nie otrzymuje sprawozdania dotyczyły jednostek, w których audyt prowadzi usługodawca,
- kierownik JST nie otrzymał sprawozdania z zadań zapewniających – większość przypadków (22 z 24 odpowiedzi – 91,7%), w których kierownik jednostki nie otrzymuje sprawozdania, dotyczyła jednostek, w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- kierownik JST nie otrzymał informacji o sposobie i terminie realizacji zaleceń oraz osobach odpowiedzialnych za ich realizację – większość przypadków (21 z 27 – 77,8%), w których kierownik jednostki nie otrzymuje tych informacji, dotyczyła jednostek, w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- otrzymanie informacji od audytowanego o odmowie realizacji zaleceń – większość przypadków (53 z 63 – 84,1%), w których kierownik jednostki nie otrzymuje takiej informacji, dotyczyła jednostek, w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- podejmowanie decyzji o realizacji zaleceń audytu w przypadku, gdy audytowany odmówił ich realizacji – większość przypadków (55 z 66 – 83%), że kierownik jednostki nie podejmuje decyzji w tym zakresie, dotyczyło jednostek, w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- otrzymywanie wyników czynności sprawdzających –większość przypadków (35 z 42 – 83%), że kierownik jednostki nie otrzymuje tych wyników, dotyczy jednostek, w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- wnioskowanie o przeprowadzenie czynności doradczych i uzgadnianie ich celu i zakresu – większość przypadków (45 z 57 – 78,9%), gdzie kierownik jednostki

[42] 36 z 37 przypadków (97%) JST, które wykazały brak współdziałania kierownika jednostki przy przygotowaniu rocznego planu audytu wewnętrznego i jego zmian, dotyczyło audytu wewnętrznego prowadzonego przez usługodawcę. Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników*…, s. 12.

[43] We wszystkich JST, które poinformowały, że w kompetencjach kierownika jednostki nie leży wyznaczanie priorytetów do planu audytu, audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca. W przypadku 8 JST (w tym 6 JST, w których audyt prowadzi usługodawca), mimo że JST poinformowała, że w kompetencjach kierownika jednostki leży wyznaczanie priorytetów do planu audytu, wskazano, że zadanie to wykonuje osoba inna niż kierownik jednostki. Zadanie to najczęściej powierzane jest sekretarzowi lub skarbnikowi JST. We wszystkich przypadkach, gdzie w kompetencjach kierownika jednostki nie leży podpisywanie planu audytu, w JST audyt prowadzony był przez usługodawcę. Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników*…, s. 13.

nie wnioskuje o przeprowadzenie tych czynności, dotyczy jednostek, w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- opracowanie karty audytu – karta audytu została opracowana tylko w 400 z 671 jednostek (59,6%), w których audyt wewnętrzny prowadzi usługodawca,
- opracowanie procedur prowadzenia audytu wewnętrznego – w jednostkach, w których audyt prowadzi usługodawca, procedury zostały opracowane tylko w 376 z 671 jednostek (56,0%),
- opracowanie programu zapewnienia i poprawy jakości – w jednostkach, w których audyt prowadzi usługodawca, program ten opracowany został tylko w 189 z 671 jednostek (28,2%),
- przeprowadzenie samooceny za ostatni rok – w jednostkach, w których audyt prowadzi usługodawca, samoocena została przeprowadzona tylko w 202 z 671 jednostek (30,1%),
- przeprowadzenie oceny zewnętrznej w ciągu ostatnich 5 lat – w jednostkach, w których audyt prowadzi usługodawca, ocena została przeprowadzona tylko w 18 z 671 jednostek (2,7%)[44].

Niewątpliwie możliwość prowadzenia audytu wewnętrznego w JST przez usługodawcę należy poczytywać jako pozytywne rozwiązanie ze strony ustawodawcy. Jednak jak wskazują wyniki przeprowadzonej przez Ministerstwo Finansów ankiety wśród tych jednostek, jakość audytu prowadzonego przez usługodawców budzi wiele wątpliwości i zastrzeżeń. Jest to tym bardziej istotne, gdyż to właśnie JST są głównym odbiorcą tych usług. Wykazane nieprawidłowości dowodzą, że niezbędne jest wprowadzenie pewnych zmian dotyczących audytu wewnętrznego świadczonego przez usługodawców, ale również sygnalizują, jak istotne jest prowadzenie systematycznego monitoringu audytu wewnętrznego w JST. Aby móc wprowadzić skuteczne rozwiązania, należy właściwie zdiagnozować przyczynę problemów dotyczących audytu wewnętrznego wykonywanego przez usługodawców.

We wnioskach pokontrolnych NIK wnosi o przygotowanie przez Ministra Finansów nowelizacji u.f.p. dotyczącej takich kwestii, jak:
- zwiększenie limitu kwoty dochodów i przychodów lub kwoty wydatków i rozchodów ujętych w uchwale budżetowej, po przekroczeniu których powstaje obowiązek prowadzenia audytu wewnętrznego w JST, oraz wyższy limit tych kwot dotyczącego możliwości zlecenia wykonywania audytu usługodawcy niezatrudnionemu w jednostce,
- zasada, aby minimalny stan zatrudnienia w urzędzie na stanowisku audytora (lub stanowiskach audytorów w przypadku zatrudniania na część etatu) wynosił co najmniej jeden pełny etat,
- rozwiązania uprawniające Ministra Finansów w ramach koordynacji wykonywania audytu wewnętrznego w jednostkach sektora finansów publicznych do uzyskiwania informacji o organizacji i prowadzeniu audytu w JST oraz do

[44] *Ibidem*, s. 15–22.

upowszechniania w oparciu o te informacje dobrych praktyk w działalności tych jednostek, a także wskazywania nieefektywnych rozwiązań dotyczących np. wykonywania audytu w wielu JST w ciągu roku przez audytora usługodawcę[45].

Minister Finansów w odpowiedzi na te postulaty oświadczył, iż trwają obecnie prace nad przygotowaniem projektu nowelizacji u.f.p. uwzględniającego postulat odnoszący się do zwiększenia tzw. kwoty progowej, której przekroczenie skutkuje powstaniem obowiązku prowadzenia audytu wewnętrznego. Jednak wskazując na pogłębiające się trudności w dostępie do usług świadczonych przez audytorów wewnętrznych, nie uznaje za zasadne wprowadzenie sztywnych wymogów dotyczących wymiaru czasu pracy audytorów. Dostrzega natomiast potrzebę zwiększenia dostępności usług świadczonych przez audytorów dla JST, czemu służyć ma wprowadzenie dodatkowego sposobu uzyskiwania kwalifikacji do prowadzenia audytu wewnętrznego na drodze egzaminu państwowego. Równocześnie zwraca uwagę na potrzebę rozszerzenia możliwości pozyskiwania informacji od JST na temat funkcjonowania audytu wewnętrznego[46].

W literaturze przedmiotu zwraca się również uwagę na fakt, że wśród ułomności wykonywania audytu przez usługodawcę zewnętrznego należy wskazać przede wszystkim jego mniejszą co do zasady,niż w przypadku audytora-pracownika znajomość specyfiki działania jednostki, zwłaszcza jej środowiska wewnętrznego, w tym kultury pracy, zasad etycznych i panujących zwyczajów. Wykonywanie obowiązków przez audytora wymaga od niego umiejętności i zdolności nawiązywania kontaktów, powinien być zatem osobą budzącą zaufanie. Potencjalnie może to utrudniać pracę audytora. Niebezpieczeństwo to jest tym większe, im częściej kierownik jednostki zmienia usługodawców albo im wyższa jest rotacja audytorów zatrudnionych u usługodawcy. Funkcjonuje także pogląd, iż wprowadzenie instytucji usługodawcy jako alternatywnej formy wykonywania audytu wewnętrznego w jednostce zakłóca klasyczny podział kontroli na zewnętrzną i wewnętrzną. Prowadzenie audytu przez usługodawcę uzasadnione jest w przypadku niektórych rodzajów audytu, np. finansowego, informatycznego, ekologicznego i podobnych, gdy podstawą jego pracy jest nie tyle kontakt z ludźmi, ile analiza i weryfikacja różnego rodzaju dokumentów[47].

Podsumowanie

W administracji publicznej audyt wewnętrzny odgrywa przede wszystkim rolę niezależnego instrumentu wspomagającego skuteczność zarządzania. Dostarcza racjonalnego zapewnienia, że system kontroli zarządczej działa zgodnie z przyjętymi

[45] *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 15.

[46] Stanowisko Ministra Finansów do informacji o wynikach kontroli z dnia 21 kwietnia 2020 r., PW1.0811.1.2020, *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 69–70.

[47] D. Fleszer, *Audyt wewnętrzny*…, s. 61.

normami. Jednak aby audyt wewnętrzny wypełniał wydajnie i skutecznie swoje cele i zadania, jego działalność powinna podlegać ocenie i bieżącemu monitorowaniu[48]. Działalność audytu wewnętrznego jest ściśle powiązana z systemem kontroli zarządczej. Zintegrowanie tych systemów jest niezbędne do osiągnięcia przez jednostkę założonych celów i zadań. Rolą audytu w systemie kontroli zarządczej jest wspieranie kierownika JST w dążeniach do osiągnięcia zakładanych celów poprzez systematyczną ocenę tej kontroli. Z tego punktu widzenia współdziałanie audytu wewnętrznego i kontroli zarządczej wydaje się być procesem naturalnym i nieuniknionym. Synergia, a także wspomaganie i uzupełnianie wzajemnych działań nie powinno powodować ich powielania, a tym bardziej przejmowania lub nakładania obowiązków kontroli zarządczej na audyt wewnętrzny. Jedynie taka współpraca zagwarantuje stworzenie spójnego, efektywnie działającego systemu zarządzania jednostką, a audyt powinien być integralną częścią tego systemu. Zważywszy na fakt, że do prowadzenia audytu wewnętrznego są zobligowane tylko JST spełniające ustawowo określone przesłanki, instytucja ta wymaga prowadzenia stałego monitoringu, a co za tym idzie – formułowania rozwiązań mających na celu usprawnienie jego funkcjonowania. W ocenie NIK zasadniczymi przyczynami nieefektywnego funkcjonowania audytu wewnętrznego w JST było niedostrzeganie przez kierowników jednostek roli i znaczenia działalności audytu w funkcjonowaniu jednostki, niezapewnienie ciągłości prowadzenia audytu oraz niewystarczająca liczba audytorów.

Ujawniające się na przestrzeni lat w wyniku prowadzonych kontroli NIK i badań Ministerstwa Finansów błędy w funkcjonowaniu audytu wewnętrznego w JST obrazują wciąż niewystarczający stan wiedzy na temat roli audytu, jego pozycji względem kontroli zarządczej, a także zadań i uprawnień zarówno po stronie kierowników jednostek, jak i audytorów. Jakkolwiek taki stan rzeczy mógł być zrozumiały w początkowym okresie funkcjonowania kontroli zarządczej, to obecnie, kiedy mija 10 lat od momentu wprowadzenia jej do rzeczywistości JST, jest niezrozumiałe i niedopuszczalne. Odnosi się to również do jakości usług audytu wewnętrznego świadczonych przez usługodawców w JST. Wyniki powyższych kontroli i badań jednoznacznie wskazują, iż zdecydowana większość błędów popełnianych w ramach wykonywanego audytu leży po stronie audytorów będących usługodawcami. Taki stan rzeczy pogłębia sytuacja, w której dostępność wykwalifikowanej kadry audytorskiej jest wysoce ograniczona, przede wszystkim dla najmniejszych JST, a koszty związane z prowadzeniem audytu corocznie się zwiększają[49].

---

[48] P. Sołtyk, *Problematyka oceny*…, s. 64.

[49] Wydatki związane z funkcjonowaniem audytu wewnętrznego w 27 skontrolowanych jednostkach wyniosły 3103,5 tys. zł w 2016 r., 3210,8 tys. zł w 2017 r., 3579,3 tys. zł w 2018 r. oraz 2488,3 tys. zł w 2019 r. (do 30 września). Zauważalny jest systematyczny wzrost wydatków na audyt. W 2018 r. w skontrolowanych jednostkach na audyt wydatkowano o 475,8 tys. zł więcej niż w 2016 r. (15,3%). Ponad 98% wydatków na audyt stanowiły wynagrodzenia. Pozostała kwota odnosiła się do wydatków na szkolenia pracowników oraz utrzymanie stanowisk pracy komórek

Podkreślenia wymaga fakt, iż audytora zatrudnionego w JST i usługodawcę obowiązują te same regulacje i standardy dotyczące audytu – nie wprowadza się zróżnicowania poziomu usług audytorskich ze względu na formę organizacji audytu wewnętrznego w tych jednostkach. Tym bardziej niezrozumiałe jest pojawianie się tak dużych dysproporcji w jakości funkcjonowania audytu wewnętrznego w zależność od formy jego organizacji w JST. Sygnalizowana od wielu lat przez JST jedna z przyczyn tego stanu rzecz, jaką jest niewystarczająca liczba wykwalifikowanych audytorów, nie może usprawiedliwiać i sankcjonować obecnych nieprawidłowości w działalności usługodawców. Zważywszy na istotę problemu, ewentualne rozwiązanie obecnej sytuacji jawi się jako długotrwały proces. Tym bardziej niezrozumiałe jest niepodejmowanie w ostatnich latach działań, które miałby naprawić ten stan rzeczy.

Sprawnie działający audyt wewnętrzny, niezależny, obiektywny i bezstronny powinien stanowić wsparcie dla każdej JST w drodze do osiągania założonych celów i zadań. Prowadzenie systematycznej oceny kontroli zarządczej oraz czynności doradcze mają być wyrazem zaangażowania audytora wewnętrznego w poprawę funkcjonowania każdej JST. Prawidłowe postrzeganie wagi tych zadań leży po stronie kierowników tych jednostek. Wójt (burmistrz, prezydent miasta), przewodniczący zarządu JST jest odpowiedzialny za zapewnienie odpowiednich warunków do funkcjonowania audytu. Jego wiedza o potencjale, roli, zakresie działania audytu niejednokrotnie stanowi o umiejętnym wykorzystaniu go jako narzędzia mającego wpierać jednostkę w usprawnianiu jej funkcjonowania.

Z tego względu niezmiernie istotnym działaniem jest nieustające propagowanie wiedzy zarówno wśród kierujących JST, jak i audytorów na temat właściwych, pożądanych zachowań dotyczących audytu wewnętrznego, upowszechnianie przykładów dobrych praktyk, a także dokonywanie wykładni niezrozumiałych lub spornych zagadnień. Działania te miałyby również na celu podwyższenie jakości audytu wewnętrznego świadczonego przez usługodawców. W tym względzie zasadne wydaje się przychylenie się do wniosku NIK o wzmożenie działań ze strony Ministra Finansów w zakresie koordynacji audytu wewnętrznego w JST oraz rozważenie działań mających na celu zobligowanie tych jednostek do regularnego przedstawiania informacji o realizacji zadań z zakresu audytu wewnętrznego.

---

audytu. Średnioroczne wydatki na działalność audytową w skontrolowanych jednostkach w latach 2016–2018 wyniosły 112 tys. zł. Wydatki te w jednostkach, w których audyt prowadzony był przez usługodawcę, kształtowały się na poziomie 18,8 tys. zł, natomiast w przypadku jednostek, w których audyt prowadzony był przez audytora zatrudnionego w jednostce – 177,8 tys. zł. Na znaczną dysproporcję tych wydatków wpływa to, że w przypadku objętych kontrolą 5 urzędów marszałkowskich z uwagi na skalę zadań audyt prowadzony był przez wieloosobowe komórki audytu wewnętrznego. Średnioroczne koszty audytu w tych urzędach marszałkowskich kształtowały się na poziomie 427,5 tys. zł. Średnioroczne koszty audytu w skontrolowanych urzędach zatrudniających audytora, z wyłączeniem urzędów marszałkowskich, wyniosły 73,7 tys. zł. *Informacja o wynikach kontroli Audyt*…, s. 28.

Bibliografia

Chojna-Duch E., *Próba systematyzacji pojęć i zadań z dziedziny kontroli i audytu wewnętrznego na podstawie ustawy o finansach publicznych*, „Kontrola Państwowa" 2010, R. LV, nr 1(330).

Fleszer D., *Audyt wewnętrzny i jego rola w zarządzaniu jednostką sektora finansów publicznych*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 5.

Informacja o wynikach kontroli Audyt wewnętrzny w jednostkach samorządu terytorialnego, LKI.430.007.2019 nr ewid. 76/2019/P/19/074/LKI, NIK, Delegatura w Kielcach 2020.

Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania kontroli zarządczej w jednostkach samorządu terytorialnego ze szczególnym uwzględnieniem audytu wewnętrznego, NIK, Kontrola P/10/132, Gdańsk, wrzesień 2011.

Łukaszuk A., *System zarządzania ryzykiem w jednostkach samorządu terytorialnego – aspekt prawny*, Lublin 2016 (niepubl. praca doktorska).

Ministerstwo Finansów – Departament Polityki Wydatkowej, *Podsumowania wyników ankiet dotyczącej funkcjonowania audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, Warszawa, grudzień 2019.

Ministerstwo Finansów, *Ocena funkcjonowania kontroli zarządczej i prowadzenia audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, Warszawa, grudzień 2016.

Ofiarski Z. [w:] A. Borodo, W. Bożek, M. Cilak, K. Czarnecki, K. Kopyściańska, E. Kowalewska, P. Lenio, P. Majka, P. Mańczyk, W. Miemiec, M. Ofiarska, P. Pest, K. Sawicka, M. Stawiński, R. Sura, K. Święch-Kujawska, J. Wantoch-Rekowski, P. Zawadzka, Z. Ofiarski, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2020.

Sołtyk P., *Audyt wewnętrzny w jednostkach samorządu terytorialnego – zasady ogólne*, „Finanse Komunalne" 2007, nr 1.

Sołtyk P., *Problematyka oceny działalności audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego w świetle postulatów standardów zawodowych*, „Finanse Komunalne" 2017, nr 12.

Sołtyk P., *Usługodawca zewnętrzny audytu wewnętrznego w jednostkach samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 4.

Zaleska B., *Audyt wewnętrzny prowadzony przez usługodawcę w jednostce samorządu terytorialnego (studium przypadku)*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie" 2017, t. XVIII, z. 2, cz. III.

Streszczenie

Audyt wewnętrzny stanowi istotny elementy kontroli zarządczej, a tym samym bezpośrednio wpływa na jakość zarządzania w JST. Sprawnie funkcjonujący audyt wewnętrzny stanowi wsparcie dla kierowników JST w osiąganiu założonych celów i zadań. Na przestrzeni lat funkcjonowania audytu wewnętrznego w JST można dostrzec zarówno umocnienie jego roli w tych jednostkach, jak i szereg powtarzających się nieprawidłowości. W toku przeprowadzonych kontroli przez NIK, a także wniosków z ankiet Ministerstwa Finansów nasuwa się wniosek, że jakość audytu wewnętrznego w JST jest bezpośrednio związana z formą organizacji audytu wewnętrznego, jaką jest prowadzenie audytu przez usługodawcę. Błędy oraz nieprawidłowości ujawnione w toku powyższych kontroli wymuszają bezzwłoczne wprowadzenie rozwiązań mających na celu usprawnienie i podniesienie jakości audytu wewnętrznego wykonywanego przez usługodawców w JST.

Słowa kluczowe: audyt wewnętrzny, jednostka samorządu terytorialnego, kontrola zarządcza, usługodawca

CONDITION OF INTERNAL AUDIT IN LOCAL GOVERNMENT UNITS IN REGARD TO THE QUALITY OF THE AUDIT CONDUCTED BY THE SERVICE PROVIDER

Summary

Internal audit is an essential element of management control, and the same directly affects the quality of management in local government units. An efficiently functioning internal audit supports local government units' heads in achieving the assumed goals and tasks. Over the years of functioning of internal audit in local government units, one can notice both the strengthening of its role in these units but also several frequent irregularities. In the course of inspections carried out by the Supreme Audit Office, as well as conclusions from the questionnaires of the Ministry of Finance, a decision arises that the quality of internal audit in local government units is directly related to the form of internal audit organisation, which is the audit by the service provider. Errors and irregularities revealed in the course of the controls mentioned above require the immediate introduction of solutions to improve and increase internal audit quality performed by service providers in local government units.

Keywords: internal audit, local government unit, management control, service provider

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.17

Magdalena Małecka-Łyszczek

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
ORCID: 0000-0002-8361-5064

WSPÓŁDZIAŁANIE WEWNĘTRZNE I ZEWNĘTRZNE JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO – ZAGADNIENIA WYBRANE

Wprowadzenie

Współdziałanie na poziomie struktur samorządowych przybierać może postać: 1) współdziałania wewnętrznego, tj. przebiegającego w odniesieniu do struktur samej administracji, i 2) współdziałania zewnętrznego, tj. łączącego potencjał administracji z podmiotami niepublicznymi. Aktualna analiza procesów współdziałania z udziałem administracji wskazuje, że mamy do czynienia z natężonym wyjściem poza współdziałanie wewnętrzne, w kierunku współdziałania odnoszonego do podmiotów ulokowanych poza sektorem publicznym, na których formy i liczebność przekłada się stopień społecznej partycypacji i wdrażania współzarządzania. Pod pojęciem *współdziałanie wewnętrzne* rozumiem klasyczne już jego formy, takie jak związki, porozumienia i stowarzyszenia. W tym kontekście przywołania wymaga również związek metropolitalny[1]. Kwestie niniejsze, jakkolwiek od lat stanowią przedmiot zainteresowania doktryny, nadal wywołują kontrowersje i dyskusje[2]. Również współdziałanie zewnętrzne niesie ze sobą olbrzymie bogactwo treści, gdyż zauważalny rozrost podmiotów niepublicznych (a przejmujących do wykonania zadania publiczne) pociąga za sobą konieczność

[1] B. Dolnicki, R. Marchaj, *Związek metropolitalny w województwie śląskim*, „Samorząd Terytorialny" 2017, nr 7–8, s. 5–18; R. Marchaj, *Związek metropolitalny w województwie śląskim z perspektywy pierwszego roku działania*, „Samorząd Terytorialny" 2018, nr 12, s. 5–18.

[2] Np. M. Ofiarska, Z. Ofiarski, *Związki komunalne i metropolitalne w Polsce*, Warszawa 2021; J. Korczak, *O nieporozumieniach wokół porozumień w administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny" 2009, nr 6, s. 20–38; A. Chrisidu-Budnik, J. Korczak, *Związek jednostek samorządu terytorialnego jako struktura sieciowa*, „Samorząd Terytorialny" 2012, nr 1–2, s. 86–103; M. Ofiarska, Z. Ofiarski, *Stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego – aspekty administracyjnoprawne i finansowoprawne*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu" 2012, nr 29, s. 81–104; J. Blicharz, *Zagadnienie charakteru prawnego stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2017, no 3775, s. 115–127.

podjęcia tej tematyki. Podmiotami, które włączyć się mogą w tę opcję współdziałania, są m.in. organizacje pozarządowe (co rozwija szczegółowo ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie[3]), jak i podmioty ekonomii społecznej[4] czy też chociażby mieszkańcy danej jednostki samorządu terytorialnego (inicjatywa lokalna[5]). Administracja nie powinna przecież funkcjonować w oderwaniu od coraz to bardziej rozbudowanego systemu form organizacji obywatelskiej czy też szerzej – bez dostrzegania koniecznego związku, jaki zachodzi pomiędzy społeczeństwem obywatelskim a gospodarką rynkową. Podstawowy zakres właściwości administracji obejmuje sfery działań realizowanych w bezpośrednich relacjach z podmiotami zewnętrznymi o różnym statusie, a widoczna ewolucja dokonuje się po obu stronach, i to nie tylko równolegle, ale także we wzajemnym uzależnieniu się od siebie[6]. Sektor publiczny powinien bowiem dostrzegać partnerów do współpracy nie tylko w swoim obrębie, ale również w ramach biznesu czy organizacji pozarządowych, tworząc partnerstwa publiczno-prywatne i publiczno-społeczne.

Współdziałanie zewnętrzne rodzi się na linii administracja rządowa – podmioty niepubliczne bądź administracja samorządowa – podmioty niepubliczne, a z uwagi na przyjętą w ramach art. 16 Konstytucji RP zasadę wykonywania istotnej liczby zadań publicznych przez samorząd terytorialny to właśnie ten drugi model powinien znajdować swoje szczególne rozwinięcie na gruncie obowiązującego prawa i to właśnie on będzie przedmiotem analizy w ramach niniejszego opracowania.

Skala przykładów dotyczących współdziałania zewnętrznego narasta, poszerzając problematykę zjawiska współdziałania o tworzone w jego wyniku sieci, ich uczestników (interesariuszy: administrację partycypującą i podmioty niepubliczne) i ich wzajemne powiązania. Współpraca ta prowadzi do wytworzenia więzi, która może charakteryzować się różnym natężeniem. Stąd możliwe są do wyprowadzenia rozmaite jej formy, które pozwalają na elastyczne adaptowanie rozwiązań prawnych w tym obszarze do realnych potrzeb podmiotów podejmujących współpracę. Chcąc uchwycić te procesy, sięgamy do takich określeń, jak

[3] Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. 2020, poz. 1057 ze zm.), dalej: u.d.p.p.w. Zob. też: A. Barczewska-Dziobek, *Współpraca jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi – geneza rozwiązań*, „Samorząd Terytorialny" 2016, nr 1–2, s. 48–62.

[4] M. *Małecka-Łyszczek*, *Współpraca administracji publicznej z podmiotami ekonomii społecznej*, Warszawa 2017.

[5] Art. 19b–h u.d.p.p.w. Szerzej: D. Fleszer, *Inicjatywa lokalna jako forma realizacji zadania publicznego*, „Samorząd Terytorialny" 2019, nr 6, s. 39–47; *eadem*, *Tryb i szczegółowe kryteria oceny wniosków o realizację zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej*, „Samorząd Terytorialny" 2019, nr 1–2, s. 75–83.

[6] J. Borkowski*, Podmioty administracji publicznej a przemiany ustrojowe* [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 58.

współdziałanie[7], *współpraca*[8], *partnerstwo*[9], *kooperacja*[10], ale również *kolaboracja*[11] czy *koprodukcja*[12].

Pragnąc doprecyzować pole badawcze, niniejszy artykuł dotyczy współpracy struktur administracji samorządowej, zaś szczególną uwagę skoncentrowano na następujących problemach szczegółowych:

[7] W języku polskim termin *współdziałanie* funkcjonuje w trzech znaczeniach. Po pierwsze, współdziałać to działać, pracować wspólnie z kimś, pomagać komuś w jakiejś działalności. Po drugie, wywierać wpływ na coś, przyczyniać się do czegoś razem z innymi czynnikami, a ponadto – funkcjonować razem z innymi. *Słownik języka polskiego*, t. III, red. H. Szkiłądź, S. Bik, B. Pakosz, C. Szkiłądź, Warszawa 1983, s. 768.

[8] Przyjmuję, że termin *współpraca* ujmować należy synonimicznie do terminu *współdziałanie*, gdyż każda współpraca wymaga współdziałania podejmujących ją stron, i to o wysokim stopniu doprecyzowania, tak iżby mogła ona sprawnie przebiegać i przynosić oczekiwane cele. Natomiast każde współdziałanie zakłada, że podmioty je podejmujące będą ze sobą współpracowały, aby osiągnąć zamierzony rezultat.

[9] Pojęcie *partnerstwo* odsyła zwłaszcza na grunt ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. 2020, poz. 711 ze zm.), która określa m.in. zasady współpracy podmiotu publicznego i partnera prywatnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego polegającego na wspólnej realizacji przedsięwzięcia, opartej na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

[10] Na gruncie doktryny prawa administracyjnego pojawia się też termin *kooperacja* dotyczący formy współdziałania administracji publicznej *stricte* z podmiotami spoza struktur administracji publicznej. Zdaniem M.A. Waligórskiego ustawodawca, umożliwiając kooperację (administracji z fundacjami, stowarzyszeniami, samorządami zawodowymi, samorządami gospodarczymi, podmiotami prywatnymi, organizacjami społecznymi, kościołami), określa formy, w jakich może być ona wykonywana, i sposoby kontroli wykonywania zadań publicznych przez podmioty niepubliczne oraz sytuacje uzasadniające ograniczenie lub pozbawienie prawa do wykonywania tych zadań. Tak: M.A. Waligórski, *Kooperacja jako forma aktywności administracji publicznej* [w:] *Nauka administracji wobec wyzwań współczesnego państwa prawa*, red. J. Łukasiewicz, Rzeszów 2002, s. 545. Jako ogólną podstawę prawną kooperacji przywołuje się zasadę współdziałania administracji publicznej ze społeczeństwem obywatelskim (sięgając do partycypacji społeczeństwa obywatelskiego w wykonywaniu zadań publicznych) w połączeniu z zasadą pomocniczości. I. Skrzydło-Niżnik, *Model ustroju samorządu terytorialnego w Polsce na tle zagadnień ustrojowego prawa administracyjnego*, Kraków 2007, s. 152.

[11] *Laborare* oznacza pracę, zaś przedrostek *ko-* wskazuje na czynienie czegoś razem, wspólnie. Szerzej: M. Małecka-Łyszczek, *Obywatelski element współdziałający czyli „kolaboratorzy administracji"* [w:] *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*, red. J. Niczyporuk, Paryż 2011, s. 143–151.

[12] Przyjmuję za D. Sześciło, że idea koprodukcji odzwierciedla postulaty koncepcji współzarządzania w dziedzinie organizacji systemu usług publicznych. Opiera się na trzech filarach: 1. Istotna partycypacja. Najpełniej ideę koprodukcji realizuje taki model partycypacji, w którym obywatel współdecyduje – na równych i partnerskich zasadach – o kształcie systemu usług publicznych, a także przez własną pracę uczestniczy w bezpośrednim świadczeniu usług publicznych. 2. Wymieszanie zasobów publicznych i prywatnych. W koprodukcji zaciera się sztywny podział na administrację jako świadczeniodawcę oraz obywatela jako odbiorcę i klienta systemu usług publicznych. Koprodukcja oznacza interakcję między administracją i zorganizowanymi grupami obywateli lub rzadziej indywidualnymi obywatelami. 3. Brak nastawienia na zysk po stronie uczestników (niekomercyjny charakter). Tak: D. Sześciło, *Współzarządzanie jako koprodukcja usług publicznych*, „Zarządzanie Publiczne" 2015, nr 1(31), s. 13–20.

1. Współdziałanie jako warunek *sine qua non* urzeczywistniania koncepcji współzarządzania (*governance*). Nie da się współzarządzać bez oparcia tych procesów na adekwatnie zbudowanym współdziałaniu pomiędzy podmiotami wchodzącymi w interakcję.
2. Współdziałanie jako czynnik mający wpływ na skuteczność działania administracji. W tym kontekście formy współdziałania postrzegać należy jako narzędzia zwiększające efektywność działania administracji samorządowej. Co więcej, każda z form współdziałania może być postrzegana jako przydatny instrument wykorzystywany w ramach (nakierowanej na optymalizację skuteczności administracji) koncepcji kontroli zarządczej.
3. Współdziałanie jako element wymagający należytej komunikacji. Zarówno współdziałanie wewnętrzne, jak i zewnętrzne jest uwarunkowane należytym porozumiewaniem się (przepływem informacji).

Wskazane kwestie wymagały będą analizy i rozwinięcia poprzez sięgnięcie do wybranych poglądów doktryny i stosownego ustawodawstwa, tak aby w rezultacie doprowadzić do sformułowania adekwatnych wniosków.

Współdziałanie jako element konieczny dla urzeczywistnienia koncepcji współzarządzania

Współdziałanie to jedno z pojęć podstawowych na gruncie problematyki związanej z funkcjonowaniem administracji publicznej. To również termin, którego nie sposób zamknąć jedynie w obszarze analizy prawnej, gdyż może być przedmiotem badań z uwagi na kontekst ekonomiczny, prakseologiczny czy chociażby socjologiczny. Współdziałanie to także jeden z kluczowych terminów w naukach o zarządzaniu. Przez to pojęcie rozumie się różnego rodzaju powiązania zachodzące pomiędzy jednostkami i grupami społecznymi działającymi zbiorowo, w sposób zorganizowany dążąc do realizacji wspólnych celów[13]. Z uwagi na cel współdziałania wyróżnia się:
- współpracę (kooperacja pozytywna),
- współzawodnictwo (rywalizacja),
- walkę (kooperacja negatywna).

Przy czym dla zbiorowego działania zorganizowanego znaczenie będzie miała jedynie kooperacja pozytywna. B. Kożuch współpracę tę postrzega jako współdziałanie polegające na koordynacji realizowanych przedsięwzięć i funkcji ustalonych w ramach podziału pracy, zauważając jednocześnie, że coraz częściej mamy do czynienia z potrzebą współdziałania, które przekracza granice organizacji, a nawet sektorów[14].

[13] B. Kożuch, *Cele i korzyści współpracy organizacji publicznych i pozarządowych* [w:] *Wpływ przemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*, red. J. Zimmermann, P.J. Suwaj, Warszawa 2013, s. 345.

[14] *Ibidem*, s. 345 i 355.

Przybliżenia wymaga samo pojęcie współzarządzania (*governance*). Jak to ujmuje D. Sześciło, jest to doktryna akcentująca społeczno-polityczny wymiar zarządzania publicznego, gdzie ważniejsze od *stricte* ekonomicznej wydajności jest budowanie między administracją a obywatelem relacji opartej na zaufaniu, współdziałaniu i współdecydowaniu o sprawach publicznych[15]. Można również ujmować współzarządzanie jako sterowanie sieciami niehierarchicznych współzależności występujących między aktorami publicznymi i niepublicznymi służące koordynacji działań zbiorowych i rozwiązywaniu problemów kolektywnych[16]. Pomimo istniejących pośród poszczególnych badaczy nurtu *governance* odmienności charakterystycznym punktem wspólnym dla nich wszystkich jest oparcie się na teorii sieci (*network structure*). Wynika to z obserwacji wskazanej przez J. Hausnera, iż niezależnie od preferowanej koncepcji i wprowadzanych rozwiązań współczesne zarządzanie publiczne polega na uczestnictwie organizacji publicznych w sieciach koordynacji, przyjmując przesunięcie domeny państwa w kierunku współtworzenia sieci i mechanizmów koordynacji działań zbiorowych[17]. W podobnym tonie wypowiada się H. Izdebski, wskazując, że władza publiczna jest tutaj postrzegana w kontekście sieciowo ujmowanego społeczeństwa obywatelskiego oraz państwa sieciowego, tj. współczesnego typu państwa przeciwstawianego podejściu etatystycznemu i centralistycznemu[18]. W skład państwa sieciowego wchodzą nie tylko sieci rozmaitych organów i instytucji publicznych, ale i podmiotów niepublicznych, tworząc partnerstwo wieloszczeblowe[19]. Chodzi zatem o poszukiwanie nowych dróg, „kanałów" do wymiany z podmiotami osadzonymi w środowisku zewnętrznym względem administracji[20]. Dlatego przyjąć należy, że współzarządzanie to nastawiony na partycypację ogół procesów moderowania polityki publicznej poprzez interakcję różnych organizacji w celu osiągnięcia wyższego poziomu efektów uzyskiwanych przez interesariuszy, polegający na poszukiwaniu równowagi pomiędzy ich uprawnieniami w społeczeństwie sieciowym[21]. Oznacza to przyjęcie takiej formy rządzenia, która opiera się na uzależnieniu możliwości osiągania

[15] D. Sześciło, *Współzarządzanie w gminie. Ramy prawne partycypacji obywatelskiej w samorządzie lokalnym* [w:] *Misja publiczna. Wspólnota. Państwo. Studia z prawa i administracji. Księga dedykowana pamięci Profesora Michała Kuleszy*, red. A. Mednis, Wrocław 2016, s. 416–417.

[16] *Współzarządzanie publiczne*, red. S. Mazur, Warszawa 2015, s. 13.

[17] J. Hausner, *Zarządzanie publiczne*, Warszawa 2008, s. 30.

[18] Model państwa sieciowego odzwierciedla złożony charakter struktur publicznych i niepublicznych funkcjonujących na różnych szczeblach i w różnych wymiarach, a zarazem współpracujących ze sobą. Tak: H. Izdebski, *Elementy teorii państwa* [w:] *Ekonomia społeczna a rozwój*, red. J. Hausner, Kraków 2007, s. 45. Zob. też: *idem*, *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 152–154.

[19] J. Przedańska, *Nowe zarządzanie publiczne a sytuacja prawna obywatela* [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbowicz, Wrocław 2009, s. 406 i przywołana tam literatura.

[20] J. Pierre, B. Guy Peters, *Governing Complex Societies. Trajectories and Scenarios*, London 2005, s. 115.

[21] H. Izdebski, *Nowe kierunki zarządzania publicznego a współczesne kierunki myśli polityczno-prawnej* [w:] A. Bosiacki, H. Izdebski, A. Nelicki, I. Zachariasz, *Nowe zarządzanie publiczne i public governance w Polsce i w Europie*, Warszawa 2010, s. 25.

zakładanych celów od równoczesnych interakcji wielu podmiotów określanych mianem interesariuszy. Jak zauważa I. Niżnik-Dobosz, zakładamy tutaj współdziałanie i partycypację przy wykonywaniu zadań publicznych organów administracji publicznej i podmiotów, które z ustrojowego punktu widzenia nie stanowią organów tejże administracji, a co z tym związane – powiązania ustrojowo-organizacyjne między tymi podmiotami nie opierają się na układzie centralizacji i wzajemnego hierarchicznego podporządkowania[22]. Podmioty publiczne i niepubliczne, współdziałając ze sobą, wchodzą w rozmaite interakcje, a badanie ich natury pozwala na wychwycenie tworzącej się poprzez nie sieci wzajemnych powiązań. Pomimo zawiłości teoretycznych i trudności definicyjnych można zatem przyjąć, że współzarządzanie sygnalizuje dążenie do zwiększenia udziału mieszkańców w zarządzaniu lokalnym ponad sztampowy standard obejmujący wybór organów i decydowanie o określonych sprawach w referendum[23].

Współdziałanie jako element mający wpływ na sprawność[24] działania administracji

Sięganie po współdziałanie (czy to wewnętrzne, czy to zewnętrzne) jest próbą poszukiwania recepty na sprawną administrację. Jak zauważają K.M. Ziemski i M. Kiełbus, nieustannie poszerza się zakres zadań stawianych przed samorządami bez jednoczesnego przekazywania im środków pozwalających na ich realizację, przy równoległym wzroście oczekiwań społeczności lokalnych przyzwyczajonych do sprawnie funkcjonującego, realizującego swoje zadania samorządu. Skutkuje to stopniowym zwiększaniem możliwości współpracy samorządu terytorialnego o formy początkowo niedostępne, takie jak np. związki powiatowo-gminne czy zawieranie porozumień wertykalnych, a wreszcie współpracę polegającą nie na

[22] I. Niżnik-Dobosz, *Płaszczyzny i ranga prawnego partnerstwa izb rzemieślniczych oraz małej i średniej przedsiębiorczości z administracją publiczną jako przykład realizacji idei public governance* [w:] *Zastosowanie idei public governance w prawie administracyjnym*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2014, s. 331.

[23] P. Kłucińska, D. Sześciło, B. Wilk, *Nowy model demokracji samorządowej – uwagi na tle zmian w ustawach samorządowych wprowadzonych ustawą z 11 stycznia 2018 r.*, „Samorząd Terytorialny" 2018, nr 10, s. 32.

[24] Pośród administratywistów pojęcia *efektywny*/*skuteczny*/*sprawny* używane są najczęściej zamiennie. Przy czym klasycznym punktem wyjścia jest sprawność. Szerokie, spajające ujmowanie sprawności/efektywności ma swoje uzasadnienie. Efektywna administracja to synonim dobrej administracji, a zatem jednocześnie skutecznej, sprawnej, bo szeroko postrzegana zasada efektywności kryje w swojej treści wiele innych: sprawność, szybkość, skuteczność, ekonomiczność działań administracji. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018, s. 173. Skuteczność, korzystność, ekonomiczność – triada walorów „dobrej roboty" może być postrzegana jako szeroko ujmowana efektywność pozwalająca na ocenę działalności administracji. Szerzej: M. Małecka-Łyszczek, *Podmiotowość jako składowa pojęcia samorządu terytorialnego* [w:] *Podmiotowość samorządu terytorialnego – ustrojowe pytania i dylematy*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warszawa 2020, s. 101–102.

przekazywaniu zadań, lecz optymalizowaniu kosztów i wysiłków organizacyjnych poprzez tworzenie związków i zawieranie porozumień w celu wspólnej obsługi jednostek organizacyjnych bezpośrednio realizujących zadania[25].

Poruszenie problematyki sprawności działania administracji przynosi pytanie o możliwy jej styk z koncepcją kontroli zarządczej[26]. Należy stwierdzić, że powiązanie takie występuje, i to przynajmniej co do dwóch kwestii. Po pierwsze, zarówno związki jednostek samorządu terytorialnego, jak i związki metropolitalne objęte są reżimem kontroli zarządczej[27]. W przypadku związków ich cele i zadania są pochodnymi celów i zadań jednostek samorządu terytorialnego, które je wykreowały. Związek jest narzędziem, instrumentem, z którego decydują się skorzystać powołujące go do życia jednostki samorządu terytorialnego, aby w ten sposób poprzez wykreowanie nowej (konsolidując ich potencjały) struktury przy jej użyciu wykonać zadania, które w innym przypadku realizowałyby w ramach własnych zatomizowanych możliwości. W tej sytuacji nie można się ograniczyć do powiązania, kompatybilności celów i zadań związku tylko z jedną jednostką samorządu terytorialnego, ale musimy popatrzeć z nieco szerszej perspektywy, mając na uwadze wszystkie te gminy czy też powiaty, które utworzyły związek. Związek wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność, a prawa i obowiązki gmin/powiatów uczestniczących w nim, związane z wykonywaniem zadań mu przekazanych, przechodzą na związek z dniem ogłoszenia jego statutu. Jednocześnie związek, kumulując potencjały jednostek samorządu terytorialnego, które do niego przystępują, poprzez swoje cele i zadania musi być spójny, powiązany z celami i zadaniami realizowanymi na poziomie tych jednostek. Jeśli brak celów i zadań, które samorządy mogą lepiej wykonać poprzez skorzystanie z formy współdziałania, jaką jest związek, wówczas brak zasadniczej przesłanki (wspólne wykonywanie zadań publicznych) dla utworzenia związku. Owo wspólne wykonywanie zadań publicznych M. Ofiarska określa zarówno jako subsydiarne, tzn. zamiast tworzących go jednostek samorządu terytorialnego, jak i komplementarne, tj. przy zastosowaniu wspólnych, uzupełniających się wzajemnie środków. Tym samym celem utworzenia związku będzie uzgodnione przez jednostki samorządu terytorialnego przekazanie niektórych spośród przynależnych im zadań (o ich rodzaju i zakresie będą one decydować poprzez odpowiednie ukształtowanie statutu) na rzecz tworzonego przez nie związku[28].

---

[25] K.M. Ziemski, M. Kiełbus, *Ewolucja publicznoprawnych form współpracy jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny" 2020, nr 4, s. 94.

[26] Zgodnie z art. 68 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2021, poz. 305 ze zm.), dalej: u.f.p., kontrolę zarządczą w jednostkach sektora finansów publicznych stanowi ogół działań podejmowanych dla zapewnienia realizacji celów i zadań w sposób zgodny z prawem, efektywny, oszczędny i terminowy. Zob. szeroko na ten temat: *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019, s. 13–335.

[27] Por. art. 9 u.f.p.

[28] M. Ofiarska, *Statuty związków międzygminnych – uwarunkowania prawne a praktyka* [w:] *Formy współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2012, s. 307.

Po drugie, skoro kontrola zarządcza polega m.in. na optymalnym wykorzystywaniu istniejących rozwiązań, tak aby realizacja celów i zadań jednostki była bardziej efektywna i skuteczna, można uznać, że *de facto* każda z możliwych do wyróżnienia na poziomie samorządów form ich współdziałania może być potencjalnie postrzegana jako przydatne narzędzie w rękach samorządów w tym obszarze, choć nie zawsze będzie to pociągało za sobą wdrażania założeń kontroli zarządczej w ramach struktur nowo powstałego podmiotu (np. stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego nie przynależą do sektora finansów publicznych i stąd nie wprowadzamy w ich ramach wymogów przynależnych kontroli zarządczej). Każde przemyślane sięgnięcie przez jednostkę samorządu terytorialnego po adekwatną w konkretnym przypadku formę współdziałania może przełożyć się przecież na działanie bardziej efektywne, oszczędne i terminowe, oczywiście cały czas mając na uwadze ramy prawne, a więc – w zakresie kryteriów kontroli zarządczej – czyniąc to w sposób zgodny z prawem[29].

W tym kontekście formy współdziałania postrzegać należy jako narzędzia zwiększające efektywność działania administracji samorządowej. Każda z form współdziałania może być przydatnym instrumentem wykorzystywanym w ramach koncepcji kontroli zarządczej. To dana jednostka samorządu terytorialnego adekwatnie do swoich potrzeb decyduje o użyciu konkretnej formy współdziałania.

Nie tylko współdziałanie dokonywane w obrębie samych struktur samorządowych sprzyjać może lepszemu zarządzaniu i przełożyć się na efektywniejsze i skuteczniejsze osiąganie celów i wykonywanie zadań. Musimy mieć również na uwadze współdziałanie ze strukturami administracji rządowej (np. poprzez stosowne porozumienia) czy też – patrząc jeszcze szerzej i wychodząc poza struktury administracji publicznej – z podmiotami niepublicznymi (dotykając problematyki prywatyzacji czy też uspołeczniania).

Samorząd współdziała zatem w obrębie własnych struktur (zwiększając tym samym potencjał i możliwości co do wykonywania i „zatrzymywania" zadań publicznych na tym poziomie) z organami administracji rządowej, jak i z podmiotami stojącymi poza strukturami administracji publicznej, co rozpatrywać należy w szerszym kontekście rozrostu struktur społeczeństwa obywatelskiego. Administracja nie będzie przecież działała należycie (sprawnie, skutecznie) bez instytucji, które daje jej społeczeństwo. Działając w pojedynkę, w odseparowaniu od społecznych zasobów i struktur, nie jest w stanie w dłuższej perspektywie zapewnić należytego wykonania zadań publicznych. Dodatkowo dochodzi kwestia wykonania ich w sposób, którego oczekują obywatele, stąd jak najszersze współuczestniczenie powinno być postrzegane jako korzystne zarówno dla społeczeństwa, jak i administracji. Dążenie do zaangażowania obywateli w sprawy publiczne powoduje, iż zarówno polepsza się funkcjonowanie samej władzy publicznej, jak i wpływa to korzystnie

[29] Szerzej: M. Małecka-Łyszczek, *Poziomy funkcjonowania kontroli zarządczej* [w:] *Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019, s. 101–112.

na podniesienie poziomu świadomości obywateli[30]. Współdziałanie, partycypowanie sprzyja zatem wzrostowi podmiotowości i umacnia pozycję obywateli w stosunku do władz publicznych. Każdy, nawet najdrobniejszy element form realizacji zasady demokratyzmu w administracji publicznej służy w ostateczności podnoszeniu sprawności działania tej administracji[31].

Komunikacja warunkująca współdziałanie

Zarówno współdziałanie wewnętrzne, jak i zewnętrzne jest uwarunkowane należytą komunikacją. Spoglądając na współdziałanie wewnętrzne w odniesieniu do związków komunalnych, konieczna jest wymiana informacji między gminami, między powiatami oraz między gminami a powiatami (jeśli mamy do czynienia ze związkiem powiatowo-gminnym). Mając na uwadze Górnośląsko-Zagłębiowską Metropolię, wyróżnimy komunikację poszczególnych gmin, a patrząc na samą procedurę tworzenia związku metropolitalnego – dodatkowo porozumiewanie się poprzez konsultacje z mieszkańcami. W odniesieniu do porozumienia w zależności od jego typu konieczna będzie komunikacja na linii jednostek samorządu terytorialnego: tego samego szczebla, różnych szczebli i jednostek samorządu terytorialnego oraz administracji rządowej. Natomiast forma stowarzyszenia pociągnie za sobą cyrkulację informacji w obrębie jednostek samorządu terytorialnego (tego samego rodzaju i o charakterze mieszanym).

Współdziałanie wymaga zatem komunikowania się. Współdziałanie podejmowane w ramach struktur administracji publicznej należy postrzegać jako przejaw wymiany informacji, interakcji, jakie między nimi zachodzą. Od jakości procesów tego porozumiewania się zależy sama możliwość podejmowania współdziałania, jego przebieg, a w rezultacie także i jego efekty.

Jak to już zostało podniesione, aktualna analiza współdziałania jednostek samorządu terytorialnego uwidacznia, że należy go ujmować również poprzez rozmaite sieci partnerstw, jakie jednostki te współtworzą z podmiotami niepublicznymi. Wykorzystanie mechanizmu sieci pozwala na wyeksponowanie wzrastającego znaczenia podmiotów niepublicznych w sferze dostarczania usług publicznych, jak i ściśle z tym powiązanych procesów komunikacyjnych. Sieciowość wymusza nieustanne angażowanie się w dyskusję i ustawiczną wymianę informacji pomiędzy współdziałającymi. Wymaga to od samej administracji przestawienia się z charakterystycznej dla niej formy monologu (i korzystania z władczych form działania) na

[30] R. Marchaj, *Wysłuchanie publiczne jako forma udziału wspólnoty lokalnej w procesie stanowienia prawa na szczeblu samorządowym* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014, s. 165.

[31] B. Dolnicki, *Sprawność i demokratyzm w strukturze działania polskiej administracji lokalnej* [w:] *Sprawność działania administracji samorządowej. VII Doroczna Konferencja Stowarzyszenia Edukacji Administracji Publicznej*, red. E. Ura, Rzeszów 2006, s. 113.

szeroko rozumiany dialog (wymagający zorientowania partnerskiego i partycypacyjnego) w ramach tworzonych sieci. Dialog zaś uwarunkowany jest wzajemnym przepływem informacji pomiędzy podmiotami go podejmującymi. Partnerstwo wyzwala zorientowanie na zewnątrz organizacji, przez co partnerzy niepubliczni mogą być postrzegani jako swoiste zasoby, dzięki którym organizacja może bardziej efektywnie osiągać cele i zadania. Powyższe procesy są oczywiście nieodłącznie związane z komunikacją. Jak zauważa B. Jaworska-Dębska, informacja o potrzebach i oczekiwaniach mieszkańców jest dobrem coraz bardziej pożądanym i docenianym przez samorząd terytorialny, który staje się coraz bardziej świadomy tego, że bez tej wiedzy nie może po prostu należycie działać[32]. Pragnąc spełnić owe potrzeby i oczekiwania mieszkańców, komunikacja pomiędzy poszczególnymi podmiotami partycypującymi musi istnieć już w punkcie wyjścia, tzn. w momencie podjęcia współpracy, gdyż tylko w ten sposób możliwe jest formowanie się koncepcji co do współrealizacji zamierzonego celu. Ponadto niezbędna jest w samym procesie realizacji przedsięwzięcia, tak żeby doprowadzić do akceptowalnego i ustalonego przez strony finału. W odniesieniu do partycypacji związanej z tworzeniem sieci sprawna i rzetelna komunikacja zewnętrzna warunkuje więc jej wykreowanie i należyte funkcjonowanie. Jeśli przyjmujemy, że administracja powinna brać pod uwagę społeczne propozycje, muszą być stworzone możliwości przekazywania ich (wzajemne informowanie, konsultowanie, tworzenie zespołów). Komunikację (zewnętrzną – wychodzącą poza struktury administracji) powiązać także należy z zaprezentowaną w ramach niniejszego artykułu problematyką współzarządzania (*governance*), stąd prognozować należy, iż stale zyskiwała będzie ona na znaczeniu.

Podsumowanie

Jak to zostało wskazane, problematyka współdziałania z udziałem jednostek samorządu terytorialnego (zarówno wewnętrznego, jak i zewnętrznego) jest wielowarstwowa i dotyka rozmaitych zagadnień natury szczegółowej. Stąd z uwagi na ramy niniejszego artykułu możliwe było poruszenie jedynie wybranych zagadnień związanych z tymi kwestiami. Przeprowadzone rozważania pozwalają na wyciągnięcie następujących wniosków końcowych:

1. Współpraca jest bazą, na której opiera się współzarządzanie. Współdziałanie współtworzy samą definicję współzarządzania. Angażowanie, „wplatanie" podmiotów niepublicznych w obszar długofalowej i zorganizowanej współpracy ze strukturami administracji samorządowej związane jest z kształtowaniem się społeczeństwa, w którym dochodzi do coraz szerszej i ściślejszej współpracy

[32] B. Jaworska-Dębska, *Rola informacji w funkcjonowaniu samorządu terytorialnego* [w:] *Organizacja administracji publicznej z perspektywy powierzanych jej zadań*, red. T. Bąkowski, Warszawa 2015, s. 202.

kumulującej potencjał władz publicznych, jak i w możliwie najszerszym zakresie – potencjał obywatelski. W takim modelu to sieci są ważniejsze niż hierarchie, delegowanie zadań na inne sektory niż wykonywanie ich przez sektor publiczny, motywowanie do działań niż ich nakazywanie, a co najważniejsze, stworzona powinna być przestrzeń i mechanizm wspólnego definiowania potrzeb publicznych i sposobu ich zaspokajania[33].

2. Prawidłowo, adekwatnie przedsiębrane współdziałanie wpływać może na zwiększanie skuteczności, efektywności działań podejmowanych przez samorządy.

3. Dla każdej z form współdziałania (planowania i przebiegu) konieczne jest należyte ukształtowanie procesów komunikacyjnych.

W kontekście zaprezentowanych wyżej rozważań,zgodzić się również należy, że przyszłość samorządu terytorialnego to właśnie szeroko rozumiana, podejmowana w różnych formach współpraca jednostek samorządu terytorialnego[34]. Z perspektywy rozrostu struktur społeczeństwa obywatelskiego: zwłaszcza współpraca zewnętrzna.

Bibliografia

Barczewska-Dziobek A., *Współpraca jednostek samorządu terytorialnego z organizacjami pozarządowymi – geneza rozwiązań*, „Samorząd Terytorialny" 2016, nr 1–2.

Blicharz J., *Zagadnienie charakteru prawnego stowarzyszeń jednostek samorządu terytorialnego*, „Acta Universitatis Wratislaviensis" 2017, no 3775.

Borkowski J., *Podmioty administracji publicznej a przemiany ustrojowe* [w:] *Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z konferencji poświęconej jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005.

Chrisidu-Budnik A., Korczak J., *Związek jednostek samorządu terytorialnego jako struktura sieciowa*, „Samorząd Terytorialny" 2012, nr 1–2.

Dolnicki B., Marchaj R., *Związek metropolitalny w województwie śląskim*, „Samorząd Terytorialny" 2017, nr 7–8.

Dolnicki B., *Sprawność i demokratyzm w strukturze działania polskiej administracji lokalnej* [w:] *Sprawność działania administracji samorządowej. VII Doroczna Konferencja Stowarzyszenia Edukacji Administracji Publicznej*, red. E. Ura, Rzeszów 2006.

Fleszer D., *Inicjatywa lokalna jako forma realizacji zadania publicznego*, „Samorząd Terytorialny" 2019, nr 6.

Fleszer D., *Tryb i szczegółowe kryteria oceny wniosków o realizację zadania publicznego w ramach inicjatywy lokalnej*, „Samorząd Terytorialny" 2019, nr 1–2.

Frączak P., Wygnański J., *Polski model ekonomii społecznej. Rekomendacje dla rozwoju. Zaproszenie do dyskusji*, Warszawa 2008.

Hausner J., *Zarządzanie publiczne*, Warszawa 2008.

Izdebski H., *Elementy teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2011.

Izdebski H., *Elementy teorii państw* [w:] *Ekonomia społeczna a rozwój*, red. J. Hausner, Kraków 2007.

[33] P. Frączak, J. Wygnański, *Polski model ekonomii społecznej. Rekomendacje dla rozwoju. Zaproszenie do dyskusji*, Warszawa 2008, s. 46.

[34] K.M. Ziemski, M. Kiełbus, *Ewolucja publicznoprawnych*…, s. 95.

Izdebski H., *Nowe kierunki zarządzania publicznego a współczesne kierunki myśli polityczno-prawnej* [w:] A. Bosiacki, H. Izdebski, A. Nelicki, I. Zachariasz, *Nowe zarządzanie publiczne i public governance w Polsce i w Europie*, Warszawa 2010.

Jaworska-Dębska B., *Rola informacji w funkcjonowaniu samorządu terytorialnego* [w:] *Organizacja administracji publicznej z perspektywy powierzanych jej zadań*, red. T. Bąkowski, Warszawa 2015.

Kłucińska P., Sześciło D., Wilk B., *Nowy model demokracji samorządowej – uwagi na tle zmian w ustawach samorządowych wprowadzonych ustawą z 11 stycznia 2018 r.*, „Samorząd Terytorialny" 2018, nr 10.

Kontrola zarządcza w jednostkach samorządu terytorialnego, red. B. Dolnicki, Warszawa 2019.

Korczak J., *O nieporozumieniach wokół porozumień w administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny" 2009, nr 6.

Kożuch B., *Cele i korzyści współpracy organizacji publicznych i pozarządowych* [w:] *Wpływprzemian cywilizacyjnych na prawo administracyjne i administrację publiczną*, red. J. Zimmermann, P.J. Suwaj, Warszawa 2013.

Małecka-Łyszczek M., *Obywatelski element współdziałający czyli „kolaboratorzy administracji"* [w:] *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*, red. J. Niczyporuk, Paryż 2011.

Małecka-Łyszczek M., *Podmiotowość jako składowa pojęcia samorządu terytorialnego* [w:] *Podmiotowość samorządu terytorialnego – ustrojowe pytania i dylematy*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warszawa 2020.

Małecka-Łyszczek M., *Współpraca administracji publicznej z podmiotami ekonomii społecznej*, Warszawa 2017.

Marchaj R., *Wysłuchanie publiczne jako forma udziału wspólnoty lokalnej w procesie stanowienia prawa na szczeblu samorządowym* [w:] *Partycypacja społeczna w samorządzie terytorialnym*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2014.

Marchaj R., *Związek metropolitalny w województwie śląskim z perspektywy pierwszego roku działania*, „Samorząd Terytorialny" 2018, nr 12.

Niżnik-Dobosz I., *Płaszczyzny i ranga prawnego partnerstwa izb rzemieślniczych oraz małej i średniej przedsiębiorczości z administracją publiczną jako przykład realizacji idei public governance* [w:] *Zastosowanie idei public governance w prawie administracyjnym*, red. I. Niżnik-Dobosz, Warszawa 2014.

Ofiarska M., Ofiarski Z., *Stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego – aspekty administracyjnoprawne i finansowoprawne*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu" 2012, nr 29.

Ofiarska M., Ofiarski Z., *Związki komunalne i metropolitalne w Polsce*, Warszawa 2021.

Ofiarska M., *Statuty związków międzygminnych – uwarunkowania prawne a praktyka* [w:] *Formy współdziałania jednostek samorządu terytorialnego*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2012.

Pierre J., Guy Peters B., *Governing Complex Societies. Trajectories and Scenarios*, London 2005.

Przedańska J., *Nowe zarządzanie publiczne a sytuacja prawna obywatela* [w:] *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, red. J. Boć, A. Chajbowicz, Wrocław 2009.

Skrzydło-Niżnik I., *Model ustroju samorządu terytorialnego w Polsce na tle zagadnień ustrojowego prawa administracyjnego*, Kraków 2007.

Słownik języka polskiego, t. III, red. H. Szkiłądź, S. Bik, B. Pakosz, C. Szkiłądź, Warszawa 1983.

Sześciło D., *Współzarządzanie jako koprodukcja usług publicznych*, „Zarządzanie Publiczne" 2015, nr 1(31).

Sześciło D., *Współzarządzanie w gminie. Ramy prawne partycypacji obywatelskiej w samorządzie lokalnym* [w:] *Misja publiczna. Wspólnota. Państwo. Studia z prawa i administracji. Księga dedykowana pamięci Profesora Michała Kuleszy*, red. A. Mednis, Wrocław 2016.

Waligórski M.A., *Kooperacja jako forma aktywności administracji publicznej* [w:] *Nauka administracji wobec wyzwań współczesnego państwa prawa*, red. J. Łukasiewicz, Rzeszów 2002.

Współzarządzanie publiczne, red. S. Mazur, Warszawa 2015.
Ziemski K.M., Kiełbus M., *Ewolucja publicznoprawnych form współpracy jednostek samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny" 2020, nr 4.
Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018.

Streszczenie

Współdziałanie na poziomie struktur samorządowych przybierać może postać: 1) współdziałania wewnętrznego, tj. przebiegającego w odniesieniu do struktur samej administracji, i 2) współdziałania zewnętrznego, tj. łączącego potencjał administracji z podmiotami niepublicznymi. Niniejszy artykuł dotyczy współpracy struktur administracji samorządowej, zaś szczególną uwagę skoncentrowano na następujących problemach szczegółowych: 1) współdziałanie jako warunek *sine qua non* urzeczywistniania koncepcji współzarządzania; 2) współdziałanie jako element mający wpływ na skuteczność działania administracji; 3) współdziałanie jako element wymagający należytej komunikacji.

Słowa kluczowe: współdziałanie, współzarządzanie, skuteczność administracji, komunikacja

INTERNAL AND EXTERNAL COOPERATION OF LOCAL GOVERNMENT UNITS – SELECTED REMARKS

Summary

Cooperation at the level of local government structures can take the form of: 1) internal interaction, i.e. in relation to the structures of the administration itself, and 2) external cooperation i.e. combining the potential of administration with non-public entities. This article will refer to the cooperation of local government administration structures, and particular attention will be focused on the following specific problems: 1) cooperation as a *sine qua non* condition for the implementation of the concept of governance; 2) cooperation as having an impact on the effectiveness of administration; 3) cooperation as requiring proper communication.

Keywords: cooperation, governance, administrative efficiency, communication

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.18

Patryk Masłowski

Politechnika Rzeszowska
ORCID: 0000-0002-6087-7248

ZAPEWNIENIE BEZPIECZEŃSTWA W SPORCIE W ODNIESIENIU DO WYBRANYCH ZADAŃ ORAZ STATUSU PRAWNEGO POLSKIEJ AGENCJI ANTYDOPINGOWEJ

Wprowadzenie

Jak pokazuje współczesna rzeczywistość, sport i emocje z nim związane stanowią dla wielu osób jeden z najważniejszych elementów codziennego życia. Już na wstępie warto podkreślić, że przytoczona teza odnosi się zarówno do czynnie go uprawiających na poziomie amatorskim lub profesjonalnym sportowców, jak i ukierunkowana jest również do ludzi, którzy nie zajmują się nim na co dzień, jednak interesują się sportem w sposób hobbystyczny, stając się kibicami poszczególnych jego dyscyplin, klubów sportowych czy też konkretnych zawodniczek lub zawodników sportowych. Ponadto warto podkreślić, iż wspomniane na początku emocje mogą wynikać z dwóch podstawowych czynników. Pierwszy z nich opiera się na fundamentalnej cesze sportu, czyli pozytywnej rywalizacji, której zazwyczaj towarzyszy duża adrenalina oraz żądza udowodnienia, że jest się lepszym od swojego konkurenta. Drugi ze wspomnianych czynników ma charakter bardziej przyziemny i związany jest z faktem, iż dla wielu osób zainteresowanie oraz uprawianie sportu stanowi tzw. odskocznię od obowiązków życia codziennego, takich jak praca, wychowanie potomstwa czy prowadzenie gospodarstwa domowego.

Wskazana powyżej powszechność funkcjonowania sportu w społeczeństwie, a także jego profesjonalizacja i komercjalizacja sprawiają, że zapewnienie bezpieczeństwa zarówno zawodników, jak i kibiców jest jednym z kluczowych problemów mających wpływ na jego pozytywne postrzeganie, a co za tym idzie – popularność na całym świecie[1]. Co warte podkreślenia – jak pokazują doświadczenia z przeszłości – różnorodność zagrożeń, jakie mogą wystąpić w sporcie, jest bardzo szeroka.

[1] A.J. Szwarc, *Problematyka prawna dopingu w sporcie* [w:] D. Wetoszka, *Prawo sportowe*, Warszawa 2018, s. 2.

Do grupy niebezpieczeństw zalicza się m.in. utratę życia lub zdrowia uczestników masowych imprez sportowych, utratę w związku z uprawianą dyscypliną sportu życia lub zdrowia sportowców czy występowanie różnego rodzaju form oszustw będących efektem zachowań o podłożu korupcyjnym czy wynikającym ze świadomego lub nieświadomego stosowania przez sportowców wielorakich substancji i metod uznawanych prawnie za tzw. doping w sporcie. To właśnie ostatniej z wymienionych kwestii został poświęcony niniejszy artykuł, gdyż różnorodność groźnych konsekwencji, jakie może ona generować, jest bardzo obszerna. Zaliczyć do nich można zarówno zagrożenie, jakie dla zdrowia, a nawet życia sportowca stanowi przyjęcie niebezpiecznej substancji lub użycie metody uznanej za niedozwoloną, jak i pogwałcenie jednej z najważniejszych zasad, na jakiej od tysięcy lat opiera się współzawodnictwo sportowe, a mianowicie reguły *fair play*. Stosowanie nielegalnego dopingu jest bowiem oszustwem naruszającym podstawowe kanony „czystości" rywalizacji pomiędzy sportowcami[2].

Definicja niedozwolonego dopingu w sporcie

Na wstępie tej części artykułu warto zaznaczyć, iż w języku potocznym określenie *doping* bardzo często kojarzone jest z emocjonalnym zachowaniem kibiców, które ukierunkowane jest na zagrzewanie do sportowej walki drużyny lub zawodnika, aby poprzez takie wsparcie przyczynić się do osiągnięcia przez wspomniane podmioty jak najlepszego wyniku sportowego. Dopiero w dalszej kolejności zwrot ten kojarzony jest w społeczeństwie ze stosowaniem przez sportowców niedozwolonych prawem substancji i metod, które wpływają na nienaturalny wzrost u osób go stosujących możliwości do osiągania lepszych wyników sportowych[3]. Analizując omawianą problematykę *stricte* pod kątem jej legalnej definicji, pojęcie *doping w sporcie* w polskim prawodawstwie występuje właśnie w odniesieniu do tzw. substancji oraz metod zabronionych[4]. Warto jednak podkreślić, że sposób postrzegania tego zagadnienia ulegał na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat znacznej ewolucji[5], co w znacznej mierze uwarunkowane było dynamicznym rozwojem nowoczesnych technologii, które znajdywały i nadal znajdują swoje zastosowanie również w odniesieniu do analizowanej w artykule tematyki.

W celu ustalenia, w jaki sposób polski ustawodawca rozumie definicję pojęcia *doping w sporcie*, zasadne jest odnieść się do treści art. 3 ustawy z dnia 21 kwietnia

[2] W. Cajsel, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 347.

[3] *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. I, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 663.

[4] Substancja zabroniona to substancja, która została określona w załączniku nr 1 do Międzynarodowej konwencji o zwalczaniu dopingu w sporcie sporządzonej 19 października 2005 r. w Paryża, zaś metoda zabroniona to działanie, które podobnie jak substancja zabroniona, wymienione zostało we wcześniej wskazanym akcie prawnym o charakterze międzynarodowym.

[5] *Leksykon prawa sportowego. 100 podstawowych pojęć*, red. M. Leciak, Warszawa 2017, s. 26–27.

2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie[6]. Warto nadmienić, że przepis ten ma charakter szczegółowy, a co za tym idzie – jest bardzo rozbudowany. W związku z tym właściwe wydaje się wskazanie wybranej części jego unormowań, co pozwoli zaznajomić się w pełni z zagadnieniem dopingu w sporcie oraz zrozumieć kierunek, jaki prawodawca postanowił obrać w walce z omawianym zagrożeniem. Za doping w sporcie uznaje się m.in.:

- obecność substancji zabronionej lub jej metabolitów czy markerów w próbce fizjologicznej zawodnika,
- fakt użycia lub usiłowania użycia przez zawodnika substancji lub metody zabronionej,
- bycie w posiadaniu substancji zabronionej lub urządzeń umożliwiających zastosowanie metody zabronionej,
- unikanie możliwości pobrania próbki fizjologicznej, brak zgody na pobranie próbki fizjologicznej lub nieuzasadnione niezgłoszenie się na przedmiotowe pobranie – wynikające z wcześniejszego powiadomienia zawodnika o wytypowaniu do pobrania próbki fizjologicznej przez osobę uprawnioną do jej pobrania,
- manipulowanie lub usiłowanie manipulowania jakąkolwiek częścią kontroli antydopingowej,
- nieprzedstawienie wymaganych informacji dotyczących miejsca pobytu zawodnika na potrzeby kontroli antydopingowej,
- podanie lub usiłowanie podania zawodnikowi substancji lub metody zabronionej w okresie zarówno podczas zawodów, jak i poza zawodami sportowymi,
- wprowadzenie do obrotu lub usiłowanie wprowadzenia do obrotu substancji zabronionej lub przyrządów, które umożliwiają zastosowanie metody zabronionej.

Powyżej przytoczone wybrane uregulowania art. 3 UDoping pozwalają w odniesieniu do omawianej materii wyciągnąć kilka następujących wniosków.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę na fakt, iż prawodawca, dostrzegając zagrożenie, jakie zjawisko dopingu w sporcie niesie dla szeroko pojętego bezpieczeństwa w sporcie, postanowił w 2017 r. wyodrębnić z treści obowiązującej od 2010 r. ustawy o sporcie[7] unormowania *stricte* odnoszące się do tzw. dopingu w sporcie i poświęcić im uwagę odrębnym, a zarazem równym hierarchicznie aktem prawnym, czego efektem było wejście w życie wymienianej już wcześniej UDoping, która w sposób systemowy – w wielu aspektach – na nowo uregulowała problematykę dopingu w sporcie, tak aby przyjęte rozwiązania w tym obszarze odpowiadały najnowszym ogólnoświatowym standardom.

Kolejna kwestia, która swoiście nawiązuje do treści poprzedniego akapitu, dotyczy katalogu zachowań, jakie współcześnie ustawodawca przyjął za niedozwolone, zaliczając je do form dopingu w sporcie. Przybliżone powyżej oraz pozostałe zawarte

[6] Ustawa z dnia 21 kwietnia 2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie (Dz.U. 2019, poz. 1872), dalej: UDoping.

[7] Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. 2020, poz. 1133).

w art. 3 UDoping nakazy oraz zakazy określonego postępowania mają charakter zdecydowanie bardziej szczegółowy, niż było to w ustawie o sporcie przed kwietniem 2017 r., a ponadto ukierunkowane są nie tylko na zawodników, ale także osoby z ich sportowego otoczenia, jak np. trenerów, fizjoterapeutów czy działaczy sportowych. Bardzo często zdarza się bowiem, że zawodnik przyłapany podczas kontroli antydopingowej na stosowaniu substancji zabronionej jest zupełnie szczerze nieświadomy przyczyn zaistniałej sytuacji, gdyż niedozwolona substancja została mu podana np. przez jego trenera lub fizjoterapeutę, w przeświadczeniu sportowca jako legalny suplement umożliwiający szybszą regenerację organizmu po intensywnych treningach czy zawodach sportowych. Stąd też ustawodawca, przewidując możliwość wystąpienia przytoczonego kazusu, postanowił zakwalifikować takie działanie np. trenerów lub fizjoterapeutów, a co za tym idzie – również ukaranie przykładowego sprawcy w równym stopniu jak zawodnika świadomie stosującego niedozwolony doping. Jednak jeszcze raz podkreślić należy, że warunkiem *sine qua non* takiej klasyfikacji sprawcy czynu jest pozostawanie zawodnika w nieświadomości takiego nielegalnego działania osoby trzeciej[8], co jednak w praktyce trudno jest jednoznacznie udokumentować.

Warto też wspomnieć o tym, że dokonując wykładni przepisów art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz 5 UDoping odnoszących się do wymienionych wcześniej prób unikania pobrania próbki fizjologicznej do kontroli antydopingowej lub choćby usiłowania manipulowania jakąkolwiek częścią rzeczonej kontroli, nasuwa się wniosek, iż prawodawca zakłada bezwzględną i bezkompromisową walkę ze zjawiskiem dopingu w sporcie, gdyż wspomniane wcześniej możliwe zachowania traktowane są w równej mierze co użycie lub obecność w organizmie sportowca substancji zabronionej czy posłużenie się którąkolwiek z zabronionych prawem metod. W tym miejscu należy podkreślić zasadność funkcjonowania omawianych przepisów, gdyż w celu zapewnienia „czystości" współzawodnictwa oraz bezpieczeństwa w sporcie mają one ze względu na swoją surowość charakter zarówno represyjny, jak i prewencyjny.

Polska Agencja Antydopingowa – geneza powstania, status prawny, struktura organizacyjna oraz zadania

Polska Agencja Antydopingowa (POLADA) to podmiot, który na mocy ustawy o zwalczaniu dopingu w sporcie przejął w kwietniu 2017 r. kompetencje Komisji do Zwalczania Dopingu w Sporcie jako organu właściwego do walki z nielegalnymi praktykami stosowania różnego rodzaju substancji lub metod zabronionych – powszechnie uważanych za tzw. doping w sporcie.

Genezą powstania POLADA było czerpanie przez prawodawcę pozytywnych wzorców, jakie na arenie międzynarodowej udało się wypracować w związku

[8] M. Badura, H. Basiński, G. Kałużny, M. Wojcieszak, *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 463.

z działalnością oraz strukturą organizacyjną Światowej Agencji Antydopingowej (WADA). W celu uściślenia należy przypomnieć, że WADA została powołana do życia w 1999 r., a już w 2004 r. stała się najważniejszą organizacją zajmującą się walką z dopingiem w sporcie na poziomie zarówno olimpijskim, jak i mistrzowskim na imprezach, które organizowane są przez poszczególne federacje sportowe[9].

Generalnie rzecz ujmując, zasadne jest wskazanie, że głównym celem funkcjonowania obu wspomnianych w poprzednim akapicie podmiotów jest walka ze zjawiskiem stosowania niedozwolonego dopingu w sporcie, która urzeczywistnia się poprzez działania zmierzające do jak najszybszego wykrycia sprawcy takiego czynu, a następnie ukarania wszystkich osób odpowiedzialnych za zaistniałą niezgodną z prawem sytuację. Aby w sposób szczegółowy dokonać analizy kompetencji, jakie od strony ustawowej POLADA, należy przybliżyć charakterystykę pozycji prawnej, jaką zajmuje ta organizacja w oparciu o treść wybranych regulacji ustawy o zwalczaniu dopingu w sporcie.

Niniejsze rozważania z całą pewnością należy zacząć od treści art. 4 UDoping, z którego wynika, iż POLADA jest państwową osobą prawną mającą swoją siedzibę w Warszawie, zaś podmiotem uprawnionym do nadzorowania jej działalności jest minister właściwy ds. kultury fizycznej, na którym spoczywa również obowiązek nadania statutu omawianej Agencji zawierającego unormowania dotyczące jej organizacji wewnętrznej, a także trybu pracy poszczególnych organów[10]. Analizując treść przyjętego statutu, należy zauważyć, że jego zapisy zajmują zaledwie jedną stronę, normując lakonicznie w ośmiu paragrafach m.in. zasady dotyczące posiedzeń Rady Polskiej Agencji Antydopingowej, uprawnienia Dyrektora Polskiej Agencji Antydopingowej do ustanowienia regulaminu organizacyjnego POLADA (w tym również jej schematu organizacyjnego), a także wymienione zostały komórki organizacyjne, które wchodzą w skład POLADA, tj. Sekretariat, Departament Informacji i Edukacji, Departament Administracyjno-Finansowy, Departament Kontroli Antydopingowej i Zarządzania Wynikami oraz Zespół Analityczno-Śledczy[11]. Tak zwięzły charakter uregulowań przedmiotowego statutu zapewne wynika z faktu, iż przepisy rozdz. 2 UDoping w sposób szczegółowy określają już nie tylko status prawny POLADA, ale też jej strukturę organizacyjną oraz zadania.

Otóż zgodnie z art. 6 UDoping do organów POLADA zalicza się powoływanych przez ministra ds. kultury fizycznej Dyrektora POLADA oraz Radę POLADA. Z punktu widzenia zarówno ustawowego, jak i w oparciu o wewnętrzne regulacje są to podmioty, których legalne uprawnienia oraz poparta doświadczeniem wiedza merytoryczna powinny stanowić fundament zapewnienia bezpieczeństwa w sporcie poprzez skuteczną walkę ze zjawiskiem dopingu w sporcie.

Osoba aplikująca na funkcję Dyrektora POLADA zobowiązana jest spełnić szereg enumeratywnie wymienionych w art. 9 ust. 1 UDoping warunków, do których

[9] S. Fundowicz, *Prawo sportowe*, Warszawa 2013, s. 218.

[10] Rozporządzenie Ministra Sportu i Turystyki z dnia 19 czerwca 2017 r. w sprawie nadania statutu Polskiej Agencji Antydopingowej (Dz.U. 2017, poz. 1256).

[11] Statut Polskiej Agencji Antydopingowej, https://www.antydoping.pl/regulacje/ (30.03.2021).

zalicza się m.in. posiadanie polskiego obywatelstwa, tytułu zawodowego magistra lub jemu równorzędnego, nieposzlakowanej opinii, minimum 3-letniego stażu pracy na stanowisku kierowniczym, a także co oczywiste – wiedzy oraz doświadczenia zawodowego w zakresie walki z nielegalnym dopingiem w sporcie. Natomiast do przykładowych zadań Dyrektora, jakie zobowiązany jest wykonywać podczas swojej 5-letniej kadencji, zalicza się m.in. reprezentowanie POLADA na zewnątrz organizacji, sporządzanie projektów zarówno rocznych, jak i wieloletnich planów działania, jak również występowanie do ministra właściwego ds. kultury fizycznej z wnioskami dotyczącymi wysokości dotacji podmiotowej z budżetu państwa przeznaczonej na dofinansowanie bieżącej działalności Agencji.

Drugim z wymienionych ustawowo organów jest Rada POLADA. Składa się ona z siedmiu członków, do których zalicza się trzy osoby wykonujące zawody w dziedzinach sportu, medycyny, prawa, biologii lub etyki oraz po jednym przedstawicielu: ministra właściwego ds. wewnętrznych, ministra właściwego ds. zdrowia, ministra właściwego ds. finansów publicznych, a także z ramienia Polskiego Komitetu Olimpijskiego[12]. Co do warunków, jakie wyżej wskazane podmioty zobowiązane są spełnić, zasadne jest wspomnieć, iż zgodnie z art. 13 ust. 2 i 3 ustawy o zwalczaniu dopingu w sporcie członkiem przedmiotowej Rady z mocy prawa nie może być osoba, która nie posiada pełnej zdolności do czynności prawnej, była karana dyscyplinarnie za doping w sporcie lub została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne albo umyślne przestępstwo skarbowe. Ponadto ustawodawca zastrzega, że opisywane członkostwo ma charakter niepołączalny z jakąkolwiek funkcją we władzach polskiego związku sportowego lub funkcją członka Panelu Dyscyplinarnego[13]. Warto też wspomnieć, że kadencja Rady POLADA jest o rok krótsza od kadencji Dyrektora i wynosi 4 lata, zaś na czele Rady stoi wybierany w głosowaniu tajnym spośród grona jej członków Przewodniczący, którego głównym zadaniem jest zwoływanie co najmniej raz na 3 miesiące oraz prowadzenie posiedzeń Rady[14].

Analizując kompetencje, jakie ustawodawca nadał omawianej Radzie, należy zwrócić uwagę na fakt, iż jej działalność ma w głównej mierze charakter opiniodawczy. Wynika to bezpośrednio z treści art. 12 UDoping, w którym wskazano, że do jej zadań należy opiniowanie: rocznych oraz wieloletnich planów funkcjonowania POLADA, sprawozdań z dotychczasowej działalności POLADA czy projektu rocznego planu, a także sprawozdania finansowego Agencji.

W celu uzupełnienia tych rozważań należy wspomnieć, że w odniesieniu do unormowań regulujących zasady funkcjonowania POLADA oprócz przepisów

[12] Art. 13 ust. 1 UDoping.

[13] Zgodnie z art. 35 UDoping Panel Dyscyplinarny to niezależny oraz bezstronny podmiot powołany do rozstrzygania w sprawach dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej za doping w sporcie w oparciu o uregulowania Światowego Kodeksu Antydopingowego, a także Międzynarodowej konwencji o zwalczaniu dopingu w sporcie, która została sporządzona 19 października 2005 r. w Paryżu.

[14] Art. 16 w zw. z art. 17 UDoping.

zawartych w rozdz. 2 UDoping oraz statutu Agencji aktem wewnętrznym uszczegóławiającym zakres działalności oraz organizację wewnętrzną jest Regulamin Organizacyjny Polskiej Agencji Antydopingowej z dnia 1 lipca 2017 r. stanowiący Załącznik do Decyzji nr 1 Dyrektora POLADA[15]. Analizując jego stosunkowo obszerną, bo zawartą na piętnastu stronach treść, można odnieść wrażenie, że akt ten ma charakter uzupełniający względem wcześniej wymienionej ustawy oraz statutu. Szczególnie dostrzegalne jest podkreślenie bardzo mocnej pozycji Dyrektora POLADA, która wynika z szeregu uprawnień, jakie mu przysługują w związku z zajmowanym stanowiskiem. Ponadto w sposób szczegółowy ustanowiono zakres kompetencji poszczególnych komórek organizacyjnych, które już wcześniej zostały wymienione w odniesieniu do § 7 Statutu POLADA, a także szereg innych technicznych aspektów funkcjonowania Agencji.

Warto również poruszyć jeszcze jedno zadanie POLADA, które należy ocenić jako swoistą misję przyświecającą wszystkim polskim podmiotom działającym na rzecz walki ze zjawiskiem dopingu w sporcie – działalność edukacyjną. Ukierunkowana jest ona na trzy grupy podmiotów. Pierwsza z nich to zawodowi sportowcy uprawiający sport wyczynowy, trenerzy oraz personel medyczny. Drugą grupę stanowią młodzi zawodnicy, którzy nie mają jeszcze ściśle sprecyzowanych planów dotyczących swojej kariery i ich trenerzy, a także rodzice. Ostatnia, a zarazem najszersza z punktu widzenia podmiotowego grupa to młodzież gimnazjalna oraz licealna, która zwłaszcza współcześnie narażona jest na niebezpieczne skutki, jakie może ze sobą nieść m.in. niekontrolowane stosowanie suplementów diety bez profesjonalnej wiedzy na ich temat[16] lub nawet substancji zabronionych, w tym znajdujących się na liście POLADA. Dlatego też należy mieć nadzieję, że Agencja wypracuje jeszcze bardziej efektywny model w zakresie działań edukacyjnych, zwłaszcza wśród młodych sportowców, co z pewnością należy uznać w tym obszarze za ze wszech miar pożądane.

Podsumowanie

Poprzez uchwalenie w kwietniu, a następnie wejście w życie w lipcu 2017 r. UDoping problematyka związana z przeciwdziałaniem dopingowi w sporcie, który od zarania dziejów w różnej formie towarzyszy rywalizacji sportowej, wkroczyła w Polsce w nowy etap. Głównym tego efektem jest wyodrębnienie tej tematyki z treści ustawy o sporcie poprzez uchylenie w całości jej rozdz. 9 zatytułowanego *Zwalczanie dopingu w sporcie* i ustanowienie nowego aktu prawnego *stricte*

[15] Regulamin Organizacyjny Polskiej Agencji Antydopingowej z dnia 1 lipca 2017 r. stanowiący Załącznik do Decyzji nr 1 Dyrektora Polskiej Agencji Antydopingowej z dnia 1 lipca 2017 r., https://www.antydoping.pl/regulacje/ (30.03.2021).

[16] https://www.antydoping.pl/programy-edukacyjne/ (30.03.2021).

poświęconego zagadnieniom walki z dopingiem w sporcie, a co za tym idzie – również zasadom funkcjonowania podmiotów odpowiedzialnych za to zadanie.

Jak zostało wskazane, obecny model funkcjonowania m.in. POLADA odzwierciedla międzynarodowe standardy, jakie zostały przyjęte przez WADA w odniesieniu do zorganizowania od strony systemowej szeregu przedsięwzięć ukierunkowanych na walkę z dopingiem w sporcie, zapewnienie bezpieczeństwa dla zdrowia sportowców oraz ugruntowanie najważniejszej reguły *fair play*[17], na której powinno się opierać współzawodnictwo sportowe. Potwierdzeniem tego jest stworzenie przez polskiego prawodawcę definicji dopingu w sporcie i innych przepisów antydopingowych w oparciu o modelowe rozwiązania, jakie w tej materii uregulowane zostały w treści Światowego Kodeksu Antydopingowego[18], którego aktualne brzmienie obowiązuje na całym świecie od 1 stycznia 2021 r.[19]

Najcelniejszym dowodem nakładu, a zarazem skuteczności pracy POLADA mogą być dane, jakie zostały przedstawione w raporcie z jej działalności w 2019 r.[20]:

- łącznie na próbkach krajowych wykonano 5523 analiz laboratoryjnych,
- wszczęto 65 postępowań antydopingowych,
- bezpośrednio objęto edukacją 5087 osób,
- budżet POLADA wyniósł 7,4 mln zł[21].

Na zakończenie należy stwierdzić, iż obserwowany aktualnie rozwój prawnych uregulowań antydopingowych korelujący z niewątpliwym wzrostem poziomu organizacyjnego podmiotów odpowiedzialnych za zapewnienie bezpieczeństwa w sporcie pozwala w sposób profesjonalny oraz systemowy przeciwdziałać oraz surowo karać wszelkie próby podejmowania tego rodzaju formy oszustwa w działalności sportowej.

Bibliografia

Badura M., Basiński H., Kałużny G., Wojcieszak M., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011.

Cajsel W., *Ustawa o sporcie. Komentarz*, Warszawa 2011.

Fundowicz S., *Prawo sportowe*, Warszawa 2013.

https://www.antydoping.pl/programy-edukacyjne/ (30.03.2021).

Leksykon prawa sportowego. 100 podstawowych pojęć, red. M. Leciak, Warszawa 2017.

Masłowski P., *Analysis and evaluation of the chosen aspects of the anti-doping in sport as a role of authorities of the country in order to assure safety in sport*, „Modern Managment Review" 2018, vol. XXIII.

[17] P. Masłowski, *Analysis and evaluation of the chosen aspects of the anti-doping in sport as a role of authorities of the country in order to assure safety in sport*, „Modern Managment Review" 2018, vol. XXIII, s. 147–148.

[18] *World Anti-Doping Code 2021*, Montreal 2021, https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code (4.04.2021).

[19] *Prawo sportowe*, red. M. Leciak, Warszawa 2018, s. 378–379.

[20] W momencie opracowywania niniejszego artykułu był to najnowszy opublikowany raport podsumowujący roczną działalność POLADA.

[21] POLADA Raport Roczny 2019, s. 4–5, https://www.antydoping.pl/centrum-pobran/ (30.03.2021).

Prawo sportowe, red. M. Leciak, Warszawa 2018.
Szwarc A.J., *Problematyka prawna dopingu w sporcie* [w:] D. Wetoszka, *Prawo sportowe*, Warszawa 2018.
Uniwersalny słownik języka polskiego, t. I, red. S. Dubisz, Warszawa 2003.

Streszczenie

Zapewnienie bezpieczeństwa w sporcie to jeden z najważniejszych aspektów wpływających na ogólnospołeczny pozytywny odbiór tej istotnej sfery życia codziennego. Pod pojęciem wspomnianego bezpieczeństwa należy rozumieć zapobieganie możliwości powstania jakiegokolwiek zagrożenia w stosunku do kibiców jako uczestników np. masowych imprez sportowych, jak i sportowców, którzy poprzez stosowanie niedozwolonego dopingu w sporcie nie tylko dopuszczają się oszustwa i jednocześnie łamania fundamentalnej dla sportu zasady *fair play*, ale też narażają się na utratę zdrowia, a nawet życia w związku z ryzykiem, jakie z punktu widzenia medycznego może nieść stosowanie nielegalnego dopingu.

Na podstawie ustawy o zwalczaniu dopingu w sporcie, która weszła w życie w 2017 r., głównym podmiotem odpowiedzialnym za walkę z tym negatywnym zjawiskiem stała się Polska Agencja Antydopingowa (POLADA), której struktura organizacyjna oraz uprawnienia odpowiadają ogólnoświatowym standardom, jakie poprzez swoją skuteczną działalność wykształciła Światowa Agencja Antydopingowa (WADA).

W niniejszym artykule omówiono wybrane aspekty dotyczące problematyki dopingu w sporcie, a także status prawny oraz zadania POLADA.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo w sporcie, antydoping, POLADA, sport

ENSURING SAFETY IN SPORT IN RELATION TO SELECTED TASKS AND THE LEGAL STATUS OF THE POLISH ANTI-DOPING AGENCY

Summary

Ensuring safety in sport is one of the most important aspects influencing the general social positive perception of this sphere of everyday life. The term of the aforementioned safety should be understood as preventing the possibility of any risk arising in relation to fans as participants of e.g. mass sports events and athletes who, by using illegal doping in sport, not only commit fraud and at the same time violate the principle of fair play, which is fundamental to sport, as well as risk the loss of health and even life due to the medical risk of illegal doping.

On the basis of the Act on Combating Doping in Sport, which entered into force in 2017, the Polish Anti-Doping Agency (POLADA) has become the main entity responsible for combating this negative phenomenon, whose organizational structure and powers correspond to the global standards that have been developed by the World Anti-Doping Agency through its effective activities. Anti-Doping Agency (WADA).

This article discusses selected aspects of doping in sport, as well as the legal status and tasks of the Polish Anti-Doping Agency.

Keywords: safety in sport, anti-doping, POLADA, sport

ACTA IURIDICA RESOVIENSIA Nr 4(35)/2021

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.19

Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
ORCID: 0000-0002-1898-8980

OBOWIĄZKOWE SZCZEPIENIA OCHRONNE A FORMALNA PRZESŁANKA KLAUZULI LIMITACYJNEJ KONSTYTUCYJNYCH PRAW I WOLNOŚCI[1]

Wprowadzenie

Prawna konstrukcja obowiązkowych szczepień ochronnych była przedmiotem dociekań doktryny prawa z różnych perspektyw. W podejmowanych rozważaniach w szczególności analizowano uprawnienia przedstawicieli ustawowych do podejmowania decyzji w sprawach dziecka w związku z dokonaniem szczepienia[2], egzekucji obowiązku szczepienia[3], a także problem odpowiedzialności odszkodowawczej za niepożądane skutki szczepionek[4]. Celem niniejszego opracowania jest ocena szczegółowego zagadnienia, jakim jest realizacja przez ustawodawcę wprowadzającego obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym zasady wyłączności ustawy przy ograniczaniu korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Nie ulega bowiem wątpliwości, że obowiązkowe szczepienia ochronne stanowią ingerencję w prawo do decydowania o swoim życiu osobistym gwarantowane w art. 47 Konstytucji RP.

[1] W niniejszym opracowaniu wykorzystano fragmenty projektu stanowiska Sejmu w postępowaniu przed TK w sprawie o sygn. akt SK 81/19, który został przygotowany przez autorkę w związku z realizacją obowiązków eksperta ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu.

[2] Zob. w szczególności: M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA*, „Prawo i Medycyna" 2013, nr 3–4; J. Haberko, *Administracyjnoprawny obowiązek szczepienia dzieci a zgoda przedstawiciela ustawowego na badania kwalifikacyjne*, „Studia z Prawa Publicznego" 2017, nr 3(19); R. Kubiak, J. Bartosiak, R. Tymiński, *Czy podpisywanie zgody na obowiązkowe i zalecane szczepienie jest konieczne podczas każdej wizyty?*, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia" 2013, nr 4; I. Jaworska, *Odmowa szczepienia dziecka i jej konsekwencje prawne*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2017, nr 3.

[3] S. Dziwisz, *Obowiązek szczepień ochronnych – prawne aspekty przeprowadzania i egzekwowania szczepień*, „Kontrola Państwowa" 2015, nr 2; J. Kosonoga-Zygmunt, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 08.01.2016 r., sygn. V KK 306/15*, „Prokuratura i Prawo" 2016, nr 11.

[4] U. Drozdowska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za niezawinione skutki obowiązkowych szczepień ochronnych – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2014, z. 17.

Artykuł 47 Konstytucji RP stanowi: „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym". Wymienione w cytowanym przepisie prawo do decydowania o życiu osobistym obejmuje „np. kwestie zawierania i utrzymywania znajomości oraz ich charakteru, decyzje o sposobie spędzania czasu wolnego, o przedmiocie rozwijanych osobistych zainteresowań, o miejscu i sposobie zamieszkiwania oraz stylu ubioru, o intensywności i kształcie poddawania się opiece lekarskiej itd."[5]. Możliwości decydowania poddane są wszelkie przejawy postępowania jednostki, a zatem również „decyzje", „czynności faktyczne" oraz „zachowanie"[6]. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny: „art. 47 konstytucji określa prawo każdego do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Oznacza, iż państwo zobowiązuje się z jednej strony do nieingerencji w konstytucyjnie określony zakres życia jednostek, a z drugiej strony zapewnia stosowną ochronę w przypadku, gdy działania takie zostały już podjęte"[7].

W ślad za treścią art. 47 Konstytucji RP zarówno przedstawiciele doktryny, jak i Trybunał Konstytucyjny wyodrębniają w zakresie przedmiotowym gwarancji konstytucyjnej zakotwiczonej w przywołanym przepisie jego odrębne substraty, mianowicie: 1) prawo do ochrony życia prywatnego; 2) prawo do ochrony czci i dobrego imienia oraz 3) prawo do decydowania o swoim życiu osobistym[8].

Zgodnie z art. 2 pkt 26 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[9] szczepienie ochronne polega na podaniu szczepionki przeciw chorobie zakaźnej w celu sztucznego uodpornienia przeciwko tej chorobie i w świetle art. 5 pkt 40 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[10] może być kwalifikowane jako świadczenie zdrowotne (działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działanie medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania). Zważywszy, iż w polskim systemie prawnym obowiązuje zasada autonomii pacjenta, której istota polega na tym, że pacjent ma prawo do

[5] P. Sarnecki, komentarz do art. 47 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 3.

[6] *Ibidem*, s. 4.

[7] Zob. wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. SK 10/00. Por. wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05.

[8] Zob. np. M. Wild, komentarz do art. 47 Konstytucji [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1175–1182; J. Rzucidło, *Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014, s. 162–165 wraz z cytowanymi tam poglądami doktryny; wyroki TK z dnia: 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05; 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13.

[9] Dz.U. 2020, poz. 1845 ze zm. (dalej: ustawa).

[10] Dz.U. 2020, poz. 1398 ze zm.

wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub odmowy takiej zgody po uzyskaniu odpowiedniej informacji (art. 16 u.p.p.)[11], bezskuteczność wyrażanej „niezgody" (czy też brak zgody) na przeprowadzenie obowiązkowych szczepień ochronnych względem siebie lub pozostającego pod naszą pieczą prawną dziecka należy ujmować jako ingerencję w sferę naszego życia prywatnego, którego komponentem jest – *verba constitutionis* – „prawo do decydowania o swoim życiu osobistym". Gdyby bowiem chodziło o inne świadczenie zdrowotne, niewyrażenie zgody na nie delegalizowałoby jego realizację. Tymczasem odmowa poddania siebie lub dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym, jakkolwiek nie prowadzi do przymusowego zaszczepienia (przymus bezpośredni), to wywołuje konsekwencje w postaci uruchomienia postępowania egzekucyjnego obowiązku o charakterze niepieniężnym, a w razie nieskutecznego zastosowania środków egzekucji administracyjnej – odpowiedzialność za wykroczenie na podstawie art. 115 § 2 w zw. z art. 115 § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń[12]. Tym samym można zasadnie przyjąć, że obowiązek poddania się szczepieniu stanowi ingerencję w prawo do stanowienia o swoim życiu osobistym[13]. Wniosek ten stał się podstawą wątpliwości konstytucyjnych rodziców dzieci objętych obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi, które zostały przedstawione w skargach konstytucyjnych skierowanych do Trybunału Konstytucyjnego[14].

[11] Zob. art. 16 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2020, poz. 849 ze zm.), dalej: u.p.p. W wypadku pacjentów małoletnich zgodę zastępczą wyraża ich przedstawiciel ustawowy (art. 17 ust. 2 u.p.p.).

[12] Dz.U. 2021, poz. 281 ze zm. (dalej: k.w.).

[13] Nieco bardziej złożone jest uzasadnienie akceptacji możliwości przyjęcia, że obowiązek szczepienny narusza prawo do decydowania o swoim życiu osobistym rodziców dziecka będących gwarantem realizacji poddania szczepieniu dziecka (art. 5 ust. 2 ustawy). Zważywszy na ograniczony merytorycznie zakres niniejszego opracowania, należy ograniczyć się do stwierdzenia, że w związku z brakiem limitowania zakresu tego przedmiotu ochrony (art. 47) w samej Konstytucji RP w literaturze dostrzega się, iż komponentami życia prywatnego są „przymioty, wewnętrzne przeżycia osobiste (jednostkowe) człowieka i ich oceny, refleksje dotyczące wydarzeń zewnętrznych i jego wrażenia zmysłowe, a także stan zdrowia" (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 295), co może przemawiać za tym, że elementem życia prywatnego rodziców jest proces decyzyjny rodzica, który – chcąc wykonywać swoją władzę rodzicielską z uwzględnieniem dyrektywy „dobra dziecka" – dokonuje swoistego bilansu korzyści między zaszczepieniem a niezaszczepieniem osoby, za którą ponosi odpowiedzialność. Por. art. 95 § 3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 2020, poz. 1359). Tymczasem zaskarżone przepisy ustawy, statuujące obowiązek szczepienny, wykluczają *per se* prawną akceptację odmowy rodzica, co sprawia, że nie może on skutecznie i bez konsekwencji uchylić się od realizacji tego obowiązku.

[14] Są to sprawy o sygn.: SK 81/19, SK 27/20, SK 79/20, SK 95/20, SK 99/20, SK 101/20, SK 107/20, SK 108/20, SK 119/20, SK 126/20, SK 127/20, SK 135/20, SK 6/21. Do dnia przyjęcia niniejszego opracowania do druku TK nie wypowiedział się w żadnej ze spraw, dlatego w poniższych rozważaniach uwzględnione zostaną argumenty, jakimi posłużyli się skarżący formułujący zarzut niespełnienia wymagania zachowania ustawowej formy ograniczeń prawa do samostanowienia.

Konstytucyjna klauzula limitowania konstytucyjnych praw i wolności

Jakkolwiek prawo do decydowania o swoim życiu osobistym jest gwarantowane konstytucyjnie[15], to ograniczenie w zakresie korzystania z niego może być konstytucyjnie usprawiedliwione w świetle postanowień art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej. Przepis ten nie proklamuje chronionych w trybie skargi konstytucyjnej praw i wolności człowieka i obywatela, „lecz wyznacza granice ingerencji w konkretne prawa konstytucyjne zagwarantowane w szczegółowych przepisach konstytucyjnych"[16]. W analizowanym przypadku art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest powiązany z jej art. 47 niewątpliwie wyrażającym jedno z konstytucyjnych praw.

Zgodnie z 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".

Istotą unormowania zawartego w cytowanym przepisie konstytucyjnym jest wyznaczenie granic ingerencji władzy publicznej w sferę wolności i praw konstytucyjnych (tzw. granic ograniczeń) poprzez ogólne określenie przesłanek, których spełnienie jest konieczne do wprowadzenia ograniczeń praw i wolności jednostki. Został on skonstruowany z trzech części, z których pierwsza to ustalenie przesłanki formalnej (wymóg ustawowej formy ograniczeń), druga – określenie przesłanek materialnych (poprzez specyfikację pojęcia *interes publiczny*) oraz trzecia – wskazanie maksymalnych granic dla wprowadzania ograniczeń (nakaz szanowania zasady proporcjonalności oraz zakaz naruszania „istoty" praw i wolności)[17].

Tym samym ograniczenie konstytucyjnego prawa do prywatności, które nie ma charakteru bezwzględnego, wymaga łącznego spełnienia warunków, do których należą: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia (zasada proporcjonalności); 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją choć jednej wartości spośród wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (ochrona wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych, ochrona porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności.

W dalszych rozważaniach przeanalizowane zostanie kryterium formalne dopuszczalności ograniczeń praw i wolności, mianowicie zasada wyłączności ustawy,

---

[15] Co więcej, w świetle art. 233 ust. 1 Konstytucji RP ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie może ograniczać wolności i praw określonych w jej art. 47.

[16] Wyrok TK z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. K 51/07. Zob. też: wyrok TK z dnia 17 listopada 2010 r., sygn. SK 23/07.

[17] L. Garlicki, K. Wojtyczek, komentarz do art. 31 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, s. 72.

natomiast poza ich zakresem pozostaje konstytucyjne usprawiedliwienie ograniczenia prawa do samostanowienia w drodze obowiązku szczepiennego w świetle pozostałych przesłanek zakotwiczonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Wyłączność ustawowa

W świetle wymogów stawianych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w przypadku ingerencji w prawa i wolności konstytucyjne dopuszczalna jest wyłącznie interwencja ustawodawcy. Jednocześnie należy podkreślić, iż dla uznania spełnienia tego warunku nie wystarczy *per se* wydanie aktu normatywnego rangi ustawowej. Zgodnie z ustaleniami Trybunału Konstytucyjnego z perspektywy prawa do prywatności niezbędne jest stwierdzenie dostatecznie precyzyjnej i konkretnej podstawy ustawowej wkroczenia w jego sferę i jest niedopuszczalne wprowadzenie ograniczeń aktami podustawowymi[18]. Tym samym w sprawach zawisłych przed Trybunałem Konstytucyjnym[19] jako wątpliwe konstytucyjnie zakwalifikowane zostało rozwiązanie polegające na tym, że jakkolwiek sam obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym wynika z ustawy[20], to już lista chorób, przeciwko którym należy przyjąć szczepienie, wynika z rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych[21], a więc aktu normatywnego o randze niższej niż ustawa. Z kolei liczba dawek poszczególnych szczepionek oraz wiek, w którym należy podać szczepionki, dookreślone zostały w Programie Szczepień Ochronnych[22] – komunikacie Głównego Inspektora Sanitarnego, a więc w akcie pozbawionym waloru normatywności.

Źródło obowiązku szczepień ochronnych

Nakaz poddania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym ma charakter osobistego świadczenia osoby zobowiązanej i bez wątpienia wynika z przepisów ustawowych, nie ma w związku z tym podstawy prawnej do jego konkretyzacji w formie decyzji administracyjnej (*verba legis*: „osoby przebywające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej są obowiązane na zasadach określonych w ustawie do: 1) poddawania się: […] b) szczepieniom ochronnym" – art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy oraz „osoby, określone na podstawie ust. 10 pkt 2, są obowiązane do poddawania się szczepieniom ochronnym przeciw chorobom zakaźnym określonym na podstawie

[18] Zob. np. wyroki TK z dnia: 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07; 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11; 29 października 2013 r., sygn. U 7/12.

[19] Zob. przyp. 14.

[20] Art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy.

[21] Dz.U. 2018, poz. 753 ze zm. (dalej: rozporządzenie MZ).

[22] Dalej: PSO.

ust. 10 pkt 1, zwanym dalej «obowiązkowymi szczepieniami ochronnymi»" – art. 17 ust. 1 ustawy). Pogląd ten jest utrwalony w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego[23]. Wykonanie przywołanego obowiązku *ex lege* zabezpieczone jest przymusem administracyjnym oraz odpowiedzialnością regulowaną przepisami k.w. W świetle ustalenia, że obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym wynika z ustawy, należy w dalszej części rozważań odnieść się do wątpliwości konstytucyjnych adresowanych wobec ulokowania w rozporządzeniu MZ oraz PSO (a więc w aktach o randze innej niż ustawa) treści, które kształtują obowiązek szczepienny.

Rozporządzenie MZ oraz PSO a obowiązek szczepień ochronnych

Przede wszystkim należy zauważyć, że nieuzasadnione konstytucyjnie jest twierdzenie, że wymóg formy ustawowej ograniczenia prawa lub wolności zakłada uregulowanie w akcie normatywnym rangi ustawy wszystkich kwestii, nawet o charakterze czysto technicznym, dotyczących realizacji szczepień. Rozwijając treść zasady wyłączności ustawowej, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „skoro ograniczenia mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia"[24].

Wobec powyższego trzeba więc odnotować, że art. 17 ust. 1 ustawy nakłada obowiązek poddania się szczepieniom ochronnym, zostawiając kwestie szczegółowe do uregulowania w rozporządzeniu. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy obowiązek szczepień dotyczy osób przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z obowiązku tego zwolnione są osoby przebywające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez okres krótszy niż 3 miesiące (z wyjątkiem szczepień poekspozycyjnych – art. 17 ust. 1a ustawy). W przypadku osoby nieposiadającej pełnej zdolności do czynności prawnych odpowiedzialność za wypełnienie obowiązku poddania się szczepieniom ochronnym ponosi osoba, która sprawuje prawną pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną albo opiekun faktyczny (art. 5 ust. 2 ustawy).

W rozporządzeniu MZ wydanym na podstawie art. 17 ust. 10 ustawy określony został wykaz chorób zakaźnych objętych obowiązkiem szczepień, a także granice wiekowe i inne okoliczności stanowiące przesłankę konkretyzacji tego obowiązku (przesłanki epidemiologiczne i kliniczne, np. styczność z chorymi). Kwestie te Ministerstwo Zdrowia ma obowiązek uregulować, uwzględniając dane epidemiologiczne dotyczące zachorowań, aktualną wiedzę medyczną oraz zalecenia Światowej

[23] Zob. np. wyroki NSA z dnia: 6 kwietnia 2011 r., sygn. II OSK 32/11; 1 sierpnia 2013 r., sygn. II OSK 745/12; 12 czerwca 2014 r., sygn. II OSK 1312/13; 6 czerwca 2017 r. sygn. II GSK 2399/17; 26 kwietnia 2018 r., sygn. II OSK 1499/16; 19 grudnia 2018 r., sygn. II OSK 2547/18; 21 listopada 2019 r., sygn. II OSK 3322/17.

[24] Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98.

Organizacji Zdrowia. *Ratio legis* pozostawienia unormowania tych kwestii w rozporządzeniu związane jest z koniecznością zapewnienia szybkiej reakcji na szybko zmieniające się warunki epidemiologiczne. Trzeba również przypomnieć, że nauka o chorobach zakaźnych oraz wakcynologia są częścią medycyny, dyscypliny, która niezwykle dynamicznie się rozwija, proponując coraz nowocześniejsze metody profilaktyki i zwalczania chorób zakaźnych.

Jak trafnie dostrzeżono w doktrynie, ulokowanie w ustawie zagadnień tak szczegółowych, jak wykaz chorób i obowiązkowych szczepień przeciwko nim, należy uznać za dysfukcjonalne, ponieważ w miarę szybkiego przecież postępu medycyny pociąga za sobą konieczność wielokrotnego nowelizowania[25].

Z tego względu należy uznać, że doprecyzowanie w rozporządzeniu MZ kręgu podmiotów objętych obowiązkowym i szczepieniami ochronnymi przeciwko chorobom wskazanym również w tym rozporządzeniu nie stanowi naruszenia zasady wyłączności ustawy w kwestii ograniczeń wolności i praw konstytucyjnych (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), bowiem zasada ta nie wyklucza przekazywania pewnych spraw do unormowania w drodze rozporządzeń. Idzie tu o sprawy techniczne lub ulegające częstym zmianom[26].

Nie sposób również uznać za zasadne twierdzenia, że to PSO jest podstawą nałożenia obowiązku zaszczepienia się lub dziecka w konkretnym momencie życia i ustaloną właśnie w PSO liczbą dawek poszczególnych szczepionek.

Wobec powyższego trzeba podkreślić, że brak w konstrukcji art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz art. 17 ust. 1 ustawy wskazania konkretnego momentu w życiu dziecka (miesiąca/roku jego życia) lub osoby dorosłej, w którym należy podać szczepionkę, oraz liczby dawek szczepionek jest efektem intencjonalnego i uzasadnionego zaniechania ustawodawcy i nie można mu przypisać charakteru luki tetycznej. Jakkolwiek *ratio legis* takiej decyzji prawodawczej nie wynika wprost z uzasadnienia projektu ustawy (w druku sejmowym nr 324/VI kad. wskazano tylko, że: „art. 17–21 nie przewiduje zmiany zakresu obowiązkowych szczepień oraz trybu ich przeprowadzania w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów", s. 6), to można je odczytać z art. 17 ust. 11 ustawy. Przepis ten jest normą kompetencyjną dla GIS, który ma obowiązek ogłosić PSO na dany rok ze szczegółowymi wskazaniami dotyczącymi stosowania poszczególnych szczepionek, wynikającymi z aktualnej sytuacji epidemiologicznej, przepisów wydanych na podstawie art. 17 ust. 10 i art. 19 ust. 10 oraz zaleceń. Ustawodawca, wskazując, jakie zmienne ma uwzględniać PSO, świadomie wybrał formułę komunikatu, którego opracowanie i ogłoszenie jest proceduralnie szybsze niż przyjmowanie odpowiednich postanowień w wyniku debat parlamentarnych w ustawie. Należy podkreślić, że PSO ze szczegółowymi wskazaniami dotyczącymi

[25] T. Dukiet-Nagórska, *Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach*, „Prawo i Medycyna" 2002, nr 11, s. 25–26.

[26] M. Szydło, komentarz do art. 31 Konstytucji [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 780–781 oraz przywołane tam orzecznictwo TK.

stosowania poszczególnych szczepionek na dany rok powinien bazować na: 1) aktualnej sytuacji epidemiologicznej; 2) rozporządzeniu MZ, które z kolei wydawane jest z uwzględnieniem danych epidemiologicznych dotyczących zachorowań, aktualnej wiedzy medycznej oraz zaleceń Światowej Organizacji Zdrowia[27]; 3) zaleceń (przepis nie przesądza, o jakie zalecenia idzie, ale uwzględniając, iż szczepienia wykonywane są przez przedstawicieli zawodów medycznych, zasadne jest twierdzenie, że będą to zalecenia towarzystw naukowych, autorytetów w dziedzinie medycyny odnoszące się do szczepień przeciwko konkretnym chorobom).

W literaturze przedmiotu wywiedziono, że „Program Szczepień Ochronnych na dany rok (art. 17 ust. 11), popularnie zwany kalendarzem, zmienia się przeciętnie co dwa lata. Zdarza się, że postęp wiedzy wskazuje na potrzebę przyjęcia dodatkowych dawek szczepionki, która jeszcze pięć lat wcześniej była podawana jednorazowo [autorka wskazuje na szczepionkę przeciwko ospie wietrznej – przyp. K.M.D.]. Pewne szczepionki pojawiły się stosunkowo niedawno: przeciwko rotawirusowi, pneumokokom, meningokokom, ospie wietrznej. Z kolei zaniechano szczepień przeciwko ospie prawdziwej i tyfusowi. Katalog wciąż się powiększa wraz z osiągnięciami medycyny”[28].

Program Szczepień Ochronnych jest ogłaszany przez GIS corocznie. Aktualny PSO, wedle którego mają być realizowane szczepienia ochronne w 2021 r., ogłoszony został w komunikacie GIS z dnia 26 października 2020 r. w sprawie Programu Szczepień Ochronnych na 2021 r.[29] Analiza zarówno struktury PSO, jak i postanowienia § 5 rozporządzenia MZ w brzmieniu: „Obowiązkowe szczepienia ochronne są prowadzone zgodnie z Programem Szczepień Ochronnych” pozwala na stwierdzenie, że jest on adresowany do lekarzy, pielęgniarek i położnych realizujących szczepienia ochronne, w tym te obowiązkowe. Program Szczepień Ochronnych nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego, normuje kwestie techniczne w postaci wskazań medycznych do szczepienia przeciwko chorobom wymienionym w rozporządzeniu MZ, w którym momencie życia dziecka oraz z użyciem jakiej szczepionki. Komunikat ma w istocie charakter czysto informacyjny, porządkujący, stanowi wykładnię aktualnego stanu wiedzy medycznej[30]. Podobnie PSO kwalifikują sądy administracyjne, uznając, że „określenie szczegółowego kalendarza szczepień, obwarowanego względami medycznymi, warunkami epidemiologicznymi,

[27] Aktualne zalecenia Światowej Organizacji Zdrowia w odniesieniu do schematu szczepień dla dzieci i dorosłych można odnaleźć pod adresem: https://www.who.int/immunization/policy/Immunization_routine_table1.pdf?ua=1 (30.03.2021).

[28] M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA*, „Prawo i Medycyna” 2013, nr 3–4, s. 73.

[29] Dz. Urz. Ministra Zdrowia poz. 90.

[30] S. Dziwisz, *System szczepień ochronnych dzieci*, „Kontrola Państwowa” 2016, nr 6, s. 91; M. Boratyńska, *Szczepienia ochronne*…, s. 73; M. Janik, *Działania przeciwepidemiczne na przykładzie szczepień ochronnych* [w:] *Administracja publiczna – aktualne wyzwania*, red. L. Zacharko, A. Matan, D. Grzegorczyk, Katowice 2015, s. 211–212; J. Haberko [w:] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, s. 275.

nie należy do materii ustawowej, co uzasadnia pozostawienie w tym przedmiocie regulacji dostosowanych do potrzeb medycznych w formie komunikatu ogłoszonego przez wyspecjalizowany organ administracji publicznej”[31].

W orzecznictwie konstytucyjnym jednolicie prezentowana jest materialna koncepcja aktu normatywnego, która nakazuje przyjąć, że „każda wypowiedź naczelnego lub centralnego organu państwowego, która wprowadza jakąkolwiek nowość normatywną do systemu obowiązującego prawa, podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego. Nazwa i prawna forma aktu, w którym taka wypowiedź normatywna została zawarta, nie ma wpływu na powstanie właściwości Trybunału Konstytucyjnego do zbadania jej zgodności z konstytucją i – ewentualnie – ustawami. Gdyby badanie to doprowadziło do wniosku, że prawna treść obwieszczenia wybiega poza odzwierciedlenie obowiązującego ustawodawstwa, to oznaczałoby to, że premier (minister) samoistnie ustanowił nową normę prawną i to pretendującą do rangi ustawy”[32]. O tym jednak, czy konkretna wypowiedź ma znaczenie normatywne, decyduje jej treść, a mianowicie to, czy wprowadza ona elementy, które nie zostały wprost ustawowo sprecyzowane[33]. W doktrynie również podkreśla się walor „nowości normatywnej” przypisywanej aktom normatywnym: „wejście w życie aktu prawa powszechnie obowiązującego powinno wiązać się z «nowością normatywną», a więc stworzeniem, modyfikacją lub uchyleniem powtarzalnych powinności (cecha abstrakcyjności) po stronie określonej klasy adresatów (cecha generalności)”[34]. W piśmiennictwie akcentuje się także, iż Konstytucja RP, nie definiując pojęcia źródeł (aktów) prawa powszechnie obowiązującego, wyznacza ich katalog. Jej przepisy oraz poprzedzający jej uchwalenie dorobek przedstawicieli nauki pozwalają jednak przyjąć, że źródłem prawa powszechnie obowiązującego jest akt, który w założeniu może służyć tworzeniu norm prawnych wiążących wszystkich (dowolnych) adresatów prawa[35]. W tym kontekście, kontynuując rozważania nad charakterem norm ogłoszonych w komunikacie GIS, nie można zapomnieć, że Trybunał, potwierdzając istnienie zamkniętego katalogu źródeł prawa powszechnie wiążącego, odnotowywał zarazem „wielość systemów normatywnych funkcjonujących we współczesnych społeczeństwach”, stwierdzając, że „obok norm prawnych istnieją m.in. normy postępowania stanowione przez podmioty prywatne, np. normy organizacji społecznych lub organizacji gospodarczych”, i że są one „częścią szeroko pojmowanego ładu społecznego, zbudowanego na zasadzie subsydiarności”[36].

---

[31] Wyrok NSA z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. II OSK 2547/18. Zob. też: wyrok NSA z dnia 21 listopada 2019 r., sygn. II OSK 43/18.

[32] Wyrok TK z dnia 7 lipca 2003 r., sygn. SK 38/01.

[33] Por. wyrok TK z dnia 21 czerwca 1999 r., sygn. U 5/98.

[34] Zob. M. Wiącek, komentarz do art. 87 [w:] *Konstytucja RP*, t. II: *Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek Warszawa 2016, s. 63.

[35] K. Działocha, komentarz do art. 87 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, s. 1. Por. też: M. Wiącek, komentarz do art. 87, s. 62.

[36] Wyrok TK z dnia 10 czerwca 2003 r., sygn. SK 37/02.

Rozstrzygając zatem, czy PSO wprowadza nowość normatywną, co przesądzałoby o jego obowiązującym charakterze, należy podnieść, że nawet gdyby PSO nie został ogłoszony, standardy prowadzenia szczepień ochronnych pozostałyby niezmienne, a personel przeprowadzający szczepienia musiałby zrekonstruować je z innych miarodajnych źródeł. Trzeba bowiem przypomnieć, że w myśl art. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty[37] lekarz ma obowiązek wykonywać zawód zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz z należytą starannością. Obowiązek ten jest również statuowany w art. 4 Kodeksu Etyki Lekarskiej, który nakazuje lekarzom działanie zgodnie ze współczesną wiedzą medyczną[38]. Analogiczną dyrektywę można wywieść z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej[39] wobec pielęgniarek i położnych, które swój zawód wykonują, m.in. wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej.

Należy też podzielić pogląd Ministra Zdrowia wyrażony w odpowiedzi na interpelację nr 32418/VII kad., zgodnie z którym „standardy medyczne, jako zbiory rekomendacji (zaleceń), odnoszących się do określonych działań w obszarze medycyny, co do zasady nie mają charakteru prawnego, a co za tym idzie – nie są bezwzględnie obowiązujące. Natomiast jako schematy postępowania, oparte na aktualnej wiedzy medycznej, tworzone zgodnie z zasadami Evidence Based Medicine (EBM), stanowią ważne wskazówki w codziennej praktyce medycznej. Należy w tym miejscu zauważyć, iż standardy nie powinny stanowić obligatoryjnego wymogu ich stosowania, poprzez publikowanie w formie aktów prawnych, ponieważ odnoszą się do sytuacji przeciętnych, najczęściej występujących w medycynie. W przeciwnym wypadku, wszelkie odstępstwa od nich w praktyce medycznej mogłyby skutkować np. odpowiedzialnością kierownika podmiotu leczniczego lub personelu udzielającego świadczeń".

Jednocześnie jednak nie sposób przecenić znaczenia PSO dla codziennej praktyki klinicznej lekarzy, pielęgniarek i położnych, których zdolność aktualizacji dorobku wiedzy medycznej jest zindywidualizowana. W tej perspektywie należy zauważyć, że nieprzyznanie przez ustawodawcę powszechnie obowiązującego charakteru normom PSO ujętym w komunikacie powoduje, iż ewentualne stwierdzenie przez Trybunał Konstytucyjny niekonstytucyjności postanowienia § 5 rozporządzenia MZ[40] nie zmieni niczego w perspektywie obowiązku lekarzy, pielęgniarek i położnych do podążania za wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej.

---

[37] Dz.U. 2020, poz. 514 ze zm. (dalej: u.z.l.).

[38] Na temat relacji pojęć *aktualna wiedza medyczna* oraz *współczesna wiedza medyczna* zob. szerzej: J. Haberko, *Aktualna wiedza medyczna a stosowanie homeopatii*, „Medyczna Wokanda" 2009, nr 1, s. 47–51.

[39] Dz.U. 2021, poz. 479.

[40] Będącego również przedmiotem kontroli w postępowaniach zainicjowanych skargami konstytucyjnymi wskazanymi w przyp. 14.

Konkludując, należy podzielić – zbieżny z wyżej przywołanymi zapatrywaniami doktryny – pogląd wyrażony w orzecznictwie sądowoadministracyjnym, że w komunikacie GIS wydanym na podstawie art. 17 ust. 11 ustawy „zawarte są specjalistyczne informacje z zakresu medycyny dotyczące technicznych kwestii wykonania obowiązku szczenienia, nie można zaś z niego wywieść dodatkowych norm, niż te wynikające z ustawy i rozporządzenia”[41].

Jednocześnie odnosząc się do twierdzeń wyartykułowanych w skargach konstytucyjnych zmierzających do obalenia domniemania konstytucyjności art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. b oraz art. 17 ust. 1 ustawy, że wskazanie w PSO konkretnego wieku, w którym mają zostać podane poszczególne szczepionki, w perspektywie równoczesnego ujęcia wieku osób zobligowanych do przyjęcia szczepionki w rozporządzeniu MZ w sposób ustalający granice dolne i górne może prowadzić do odmiennych interpretacji co do określenia momentu, w którym obowiązek poddania dziecka szczepieniom ochronnym aktualizuje się i staje się wymagalny, zważywszy na domniemanie konstytucyjności ustaw oraz nakaz prokonstytucyjnej wykładni przepisów prawa trzeba odnotować, że uprawniona jest wykładnia, zgodnie z którą „obowiązek poddania dziecka szczepieniu zaktualizuje się w dacie wskazanej przez lekarza w wezwaniu na badanie kwalifikacyjne oraz szczepienie doręczone odpowiednio osobie sprawującej prawną pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną bądź opiekunowi faktycznemu. Tak więc to ostatecznie lekarz podstawowej opieki zdrowotnej, kierując się zaleceniami wynikającymi z komunikatu GIS oraz posiadaną wiedzą medyczną, będzie inicjował moment wykonalności obowiązku poddania dziecka szczepieniu. Należy podkreślić, że na lekarzu spoczywa obowiązek przeprowadzenia badania kwalifikacyjnego przed zaszczepieniem. Ponadto posiada on kompetencje do odstąpienia od zaszczepienia w sytuacji stwierdzenia przeciwwskazań do szczepienia oraz do jego czasowego odroczenia”[42].

Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że w świetle art. 18 ust. 1 ustawy realizatorami obowiązku szczepień ochronnych są podmioty lecznicze udzielające świadczeń zdrowotnych z zakresu podstawowej opieki zdrowotnej, będące świadczeniodawcami w rozumieniu przepisów o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Natomiast stosownie do art. 17 ust. 9 ustawy do obowiązków lekarza sprawującego profilaktyczną opiekę zdrowotną należy powiadomienie osoby obowiązanej do poddania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym lub osoby sprawującej pieczę nad osobą małoletnią. Wykonanie tego obowiązku zabezpieczone

[41] Wyrok NSA z dnia 12 czerwca 2014 r., sygn. II OSK 1312/13. Zob. też: wyroki NSA z dnia: 4 lutego 2015 r., sygn. II OSK 1509/13; 22 listopada 2017 r., sygn. II OSK 799/16; 21 lutego 2018 r., sygn. II OSK 1089/16; 17 października 2018 r., sygn. II OSK 2523/16 oraz II OSK 2534/16; 15 stycznia 2019 r., sygn. II OSK 367/17.

[42] I. Jaworska, *Odmowa szczepienia*…, s. 62–63. Tak też: K. Pałka, *Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia* [w:] *System prawa medycznego*, t. II: *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018, s. 608.

jest dyspozycją art. 51 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym podlega karze grzywny ten, kto wbrew obowiązkowi nie zawiadamia pacjenta lub osoby sprawującej prawną pieczę nad osobą małoletnią lub bezradną albo opiekuna faktycznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 u.p.p. o obowiązku poddania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym lub nie informuje o ochronnych szczepieniach zalecanych.

Nade wszystko trzeba jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 17 ust. 7 ustawy urodzenie żywego dziecka nakłada na osobę wystawiającą zaświadczenie o żywym urodzeniu obowiązek założenia karty uodpornienia oraz książeczki szczepień dziecka, którą następnie przekazuje za pokwitowaniem osobie obowiązanej do poddania się obowiązkowym szczepieniom ochronnym[43]. Wzór książeczki szczepień został określony w załączniku nr 3 do rozporządzenia MZ i z analizy jego treści wynika, że książeczka zawiera wszystkie niezbędne informacje, aby rodzic dziecka zadośćuczynił obowiązkowym szczepieniom ochronnym, mianowicie wskazuje konkretny okres życia dziecka, w którym powinna mu zostać podana konkretna szczepionka. Na przykład pierwsza dawka szczepionki przeciwko odrze, śwince różyczce powinna zostać podana w 13.–14. miesiącu życia dziecka, druga natomiast – w jego 10. roku życia. Wobec powyższego trudno zgodzić się z zarzutem, że obowiązek zaszczepienia dziecka w konkretnym wieku (wymagalność) wywodzi się z PSO.

Podsumowanie

Reasumując poczynione rozważania, należy stwierdzić, że ustanowienie obowiązku poddania się szczepieniom obowiązkowym w ustawie z jednoczesnym doprecyzowaniem w rozporządzeniu listy chorób zakaźnych, kręgu podmiotów i sytuacji aktualizujących obowiązek szczepienia, a także konkretnego wieku osoby objętej obowiązkiem szczepiennym i liczby podawanych jej dawek szczepionki – w PSO nie narusza konstytucyjnej zasady lokowania ograniczeń praw i wolności w ustawie.

Zbieżny pogląd wyraził także Sąd Najwyższy, stwierdzając, iż „z art. 5 ust. 1 ustawy o zapobieganiu wynika wprost, że osoby przebywające na terytorium kraju są obowiązane, na zasadach określonych w tej ustawie, do poddania się szczepieniom ochronnym. Analiza przepisów przywołanej ustawy (jej art. 5 ust. 2 oraz tych zamieszczonych w jej rozdziale 4) pozwala – ponad wszelką wątpliwość – wyinterpretować normę prawną, która ustanawia prawną powinność poddania dziecka szczepieniu ochronnemu, tzn. określa wszystkie istotne cechy tego obowiązku. Wskazuje bowiem podmiot, na którym ten obowiązek ciąży, okoliczności, w których obowiązek ten się aktualizuje, oraz jego zakres. Obowiązek poddania małoletniego obowiązkowym szczepieniom ochronnym wynika więc z mocy przepisów ustawowych”[44].

[43] § 12 ust. 1 rozporządzenia MZ.

[44] Wyrok SN z dnia 8 stycznia 2016 r., sygn. V KK 306/15.

Bibliografia

Augustynowicz A., Wrześniewska-Wal I., *Aspekty prawne obowiązkowych szczepień ochronnych u dzieci*, „Pediatria Polska" 2013, nr 1(88).

Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

Boratyńska M., *Szczepienia ochronne małoletnich a wykonywanie władzy rodzicielskiej. Uwagi na tle wyroku NSA*, „Prawo i Medycyna" 2013, nr 3–4.

Drozdowska U., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za niezawinione skutki obowiązkowych szczepień ochronnych – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Białostockie Studia Prawnicze" 2014, z. 17.

Dukiet-Nagórska T., *Uwagi na temat Ustawy z dnia 6 września 2001 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach*, „Prawo i Medycyna" 2002, nr 11.

Działocha K., komentarz do art. 87 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 1999.

Dziwisz S., *Obowiązek szczepień ochronnych – prawne aspekty przeprowadzania i egzekwowania szczepień*, „Kontrola Państwowa" 2015, nr 2.

Dziwisz S., *System szczepień ochronnych dzieci*, „Kontrola Państwowa" 2016, nr 6.

Garlicki L., Wojtyczek K., komentarz do art. 31 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz II*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.

Haberko J., *Administracyjnoprawny obowiązek szczepienia dzieci a zgoda przedstawiciela ustawowego na badania kwalifikacyjne*, „Studia z Prawa Publicznego" 2017, nr 3(19).

Haberko J., *Aktualna wiedza medyczna a stosowanie homeopatii*, „Medyczna Wokanda" 2009, nr 1.

Haberko J., komentarz do art. 17 [w:] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020.

Janik M., *Działania przeciwepidemiczne na przykładzie szczepień ochronnych* [w:] *Administracja publiczna – aktualne wyzwania*, red. L. Zacharko, A. Matan, D. Grzegorczyk, Katowice 2015.

Jaworska, I., *Odmowa szczepienia dziecka i jej konsekwencje prawne*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2017, nr 3.

Kosonoga-Zygmunt J., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 08.01.2016 r., sygn. V KK 306/15*, „Prokuratura i Prawo" 2016, nr 11.

Kubiak R., Bartosiak J., Tymiński R., *Czy podpisywanie zgody na obowiązkowe i zalecane szczepienie jest konieczne podczas każdej wizyty?*, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia" 2013, nr 4.

Pałka K., *Świadczenia zdrowotne związane z chorobami zakaźnymi, w tym obowiązkowe i zalecane szczepienia* [w:] *System prawa medycznego*, t. II: *Szczególne świadczenia zdrowotne*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018.

Rzucidło J., *Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych* [w:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, red. M. Jabłoński, Wrocław 2014.

Sarnecki P., komentarz do art. 47 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003.

Szydło M., komentarz do art. 31 Konstytucji [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Wiącek W., komentarz do art. 87 [w:] *Konstytucja RP*, t. II: *Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek Warszawa 2016.

Wild M., komentarz do art. 47 Konstytucji [w:] *Konstytucja RP*, t. I: *Komentarz. Art. 1–86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Streszczenie

Obowiązek poddania siebie lub dziecka szczepieniom ochronnym może być niewątpliwie postrzegany jako ograniczenie w sferze konstytucyjnego prawa do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP). Ingerencja ta staje się jednak dopuszczalna przy uwzględnieniu ogólnej

klauzuli limitacyjnej wynikającej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Obok kryteriów o charakterze materialnym generalna klauzula formułująca przesłanki ograniczania praw i wolności konstytucyjnych wymaga ustawowej formy ograniczenia. W perspektywie ulokowania niektórych rozwiązań dotyczących obowiązku szczepiennego w rozporządzeniu wykonawczym oraz Programie Szczepień Ochronnych powstały wątpliwości co do zgodności regulacji obowiązku szczepiennego z formalnym warunkiem ulokowania go w ustawie. Celem niniejszego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie o sprostanie przez prawodawcę tej przesłance. Na podstawie przeprowadzonej analizy materiału normatywnego, orzecznictwa oraz poglądów doktryny uprawnione jest stwierdzenie, że aktualnie obowiązujące rozwiązania prawne odpowiadają zasadzie wyłączności ustawowej formy ograniczania praw i wolności konstytucyjnych.

Słowa kluczowe: obowiązkowe szczepienia ochronne, obowiązek *ex lege*, wyłączność ustawowa, ograniczanie konstytucyjnych praw i wolności

MANDATORY PREVENTIVE VACCINATIONS AND THE FORMAL PREMISE OF THE LIMITATION CLAUSE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS AND FREEDOMS

Summary

The obligation to subject oneself or a child to preventive vaccinations may undoubtedly be perceived as a restriction in the sphere of the constitutional right to decide about one's personal life (Art. 47 of the Constitution of the Republic of Poland). However, this interference becomes permissible taking into account the general limitation clause resulting from Art. 31 sec. 3 of the Constitution. Apart from the criteria of a material nature, the general clause specifying the premises for limiting constitutional rights and freedoms requires a statutory form of restriction. In view of placing some solutions regarding the vaccination obligation in the executive regulation and the Protective Vaccination Program, doubts arose as to the compliance of the provisions of the vaccination obligation with the formal condition for placing it in the act. The aim of this article is an attempt to answer the question whether the legislator meets this premise. On the basis of the analysis of the normative material, jurisprudence and views of the doctrine, it is legitimate to state that the currently binding legal solutions correspond to the principle of exclusive statutory form of limiting constitutional rights and freedoms.

Keywords: mandatory preventive vaccinations, *ex lege* obligation, statutory exclusivity, limiting constitutional rights and freedoms

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.20

Andrzej Nowak

Akademia Wychowania Fizycznego w Katowicach
ORCID: 0000-0002-5617-9113

POJEDYNEK – UPRZYWILEJOWANE ZABÓJSTWO

Pomimo tego, że nasz Kodeks karny z 1932 r. był powszechnie uznawany za nowoczesny i postępowy, zawierał jeszcze przepisy dotyczące tak archaicznej instytucji jak pojedynek. Ten sposób rozstrzygania sporów był już wówczas swoistym reliktem poprzedniej epoki, z którą ten akt prawny wszak zdecydowanie zrywał. Konieczność zamieszczenia stosownych unormowań wynikała jednak z sytuacji społecznej i panujących zwyczajów, konieczności zwalczania istniejących w społeczeństwie praktyk. Artykuł 229 tego kodeksu dotyczył tzw. pojedynku amerykańskiego, stanowiąc, iż karze więzienia do 5 lat podlega ten, kto zawiera umowę oddającą losowi rozstrzygnięcie pytania, która strona ma odebrać sobie życie. Do pociągnięcia do odpowiedzialności z tego przepisy nie wystarczało wstąpienie do klubu samobójców, którego członkowie mieli obowiązek co pewien czas po kolei odbierać sobie życie. Konieczne było zawarcie formalnej umowy, pisemnej lub ustnej, której treścią było losowanie, kto ma sobie odebrać życie. Nie jest przy tym niezbędne faktyczne odebranie sobie przez stronę życia czy usiłowanie tego. Samo zawarcie takiej umowy stanowiło przestępstwo.

Kolejnym odwołaniem do pojedynku był w Kodeksie karnym z 1932 r. przepis art. 238. Stanowił on wprost odpowiedzialność za zabicie człowieka w pojedynku lub spowodowanie uszkodzenia ciała. Sprawcy groziła kara więzienia do lat 5 lub aresztu. Przepis ten – ani cały kodeks – nie precyzował, co należy rozumieć przez pojedynek. W komentarzu do Kodeksu karnego z 1932 r. J. Makarewicz stwierdza[1], iż należy przez to rozumieć walkę dwu ludzi na równą zasadniczo broń, przy zachowaniu równych szans, przeprowadzoną według pewnych ogólnie przyjętych reguł, nie zaś chaotyczną bójkę. Takie reguły zawierały np. kodeksy honorowe. Pojedynek sam w sobie zgodnie z tym aktem prawnym nie był przestępstwem. Nie można było go podciągnąć pod przepis art. 242 sankcjonujący narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo, gdyż ten akt prawny stwarzał dla pojedynku osobne ramy. Kodeks wiązał odpowiedzialność za pojedynek z zaistnieniem zmian

[1] J. Makarewicz, *Kodek karny z komentarzem*, Lwów 1935.

w świecie zewnętrznym (śmiercią, uszkodzeniem ciała). Dlatego bezkarne było starcie dwóch osób, jeśli zakończyło się ono bezkrwawo. Było ono pojedynkiem (jeśli oczywiście spełniało inne wymogi), ale nie pociągało za sobą jakichkolwiek konsekwencji prawnych. Także wszelkie inne czynności dokonane przed samym pojedynkiem, związane z wyzwaniem na pojedynek, ustaleniem warunków walki, stawieniem się na umówione miejsce, wymianą strzałów czy złożeniem broni, nie wiązały się z sankcją.

Konieczność wprowadzenia tych przepisów – odnoszących się wszak do tak archaicznej, jak by się już wówczas wydawało, instytucji, jaką był pojedynek – wynikała z faktu dosyć powszechnego mimo wszystko funkcjonowania kodeksów honorowych dopuszczających taką formę rozstrzygania sporów.

Kodeksy honorowe na przykładzie kodeksu Boziewicza

Na ziemiach polskich obowiązywały różne kodeksy honorowe. Miały one swe źródło w Niemczech, Włoszech czy Francji. Jednak niewątpliwie najpopularniejszym w czasach II Rzeczypospolitej był kodeks Boziewicza stanowiący wyraz rodzimej analizy tego zjawiska i obowiązujących zwyczajów. W. Boziewicz w przedmowie do swojego dzieła *Polski kodeks honorowy* z 1919 r.[2], stwierdził iż nie myśli bronić zjawiska średniowiecznego, jakim jest pojedynek. Ograniczył się do stwierdzenia, iż we wszystkich kulturalnych społeczeństwach pojedynek od szeregu stuleci istniał jako zjawisko społeczne mniej lub bardziej szkodliwe. Uznał jednak, iż tak długo, jak prawna kultura społeczeństw karać będzie czynną zniewagę gentlemana 24-godzinnym aresztem zamienionym w karę grzywny, tak długo istnieć będzie ten rodzaj współrzędnego sądownictwa honorowego uzupełniający państwowy wymiar sprawiedliwości.

W czasach przed I wojną światową rozpowszechniło się na ziemiach polskich używanie niemieckich kodeksów honorowych Kuhlmanna, Barbassetiego, Bolgara, Ristova, Angelliniego wprowadzających w polski zwyczaj honorowy fatalne zdaniem Boziewicza germańskie naleciałości sprowadzające pojedynek do rozrywki sportowej młodzieży uniwersyteckiej.

Polskie zwyczaje honorowe – jak podaje Boziewicz – kształtowały się pod wpływem Włoch. Posiadały one jednak tyle cech osobistych i czysto rodzinnych, iż tworzyły zwarty kompleks uwzględniający cały szereg naszych narodowych własności. Tym silniej Boziewicz ubolewał nad wpływem niemieckim, który począł kazić polskie zwyczaje honorowe przepisami niemającymi nic wspólnego z naszym charakterem narodowym, nadającymi np. wyzwanemu, a więc obrażającemu, prawo wyboru broni. Zwyczaj ten, mający źródło w średniowiecznym rozporządzeniu cesarza Fryderyka Barbarossy, przyznający wyzwanemu prawo wyboru broni,

[2] W. Boziewicz, *Polski kodeks honorowy*, Warszawa 1919, s. 2.

miejsca i czasu oraz oznaczenia osoby sędziego, został zniesiony już przez prawo longobardzkie, a mimo to szerzył się w pewnych częściach Europy.

Odnosząc się już do samej treści tego aktu, należy zauważyć, iż był on niesamowicie skrupulatny. Zajmował się nie tylko samym przebiegiem pojedynku, który stanowił jakby najbardziej drastyczny sposób zakończenia konfliktu, ale określał dodatkowo cały szereg innych kwestii determinujących, kto jest zdolny do żądania i dawania satysfakcji honorowej, co to jest obraza i jakie są jej stopnie, precyzujących postępowanie honorowe czy prawa i obowiązki sekundantów czy sądów honorowych.

Przede wszystkim trzeba ustalić, kim były osoby zdolne do żądania i dawania satysfakcji honorowej, czyli osoby honorowe lub z angielskiego gentlemanami. Zgodnie z art. 1 kodeksu były to osoby płci męskiej, które z powodu wykształcenia, inteligencji osobistej, stanowiska społecznego lub urodzenia wznosiły się ponad zwyczajny poziom uczciwego człowieka. Określenie powyższe usuwało zatem kobietę spod mocy obowiązujących przepisów honorowych. Z tytułu wykształcenia zaliczano do osób zdolnych do żądania i dawania satysfakcji honorowej tych wszystkich, którzy ukończyli szkoły średnie. Mimo braku wykształcenia średniego podciągano pod pojęcie osób honorowych tych wszystkich, którzy swoją inteligencją lub wybitnymi zdolnościami dorastali albo przewyższyli poziom średniego wykształcenia. Za taką osobę uważano także kogoś zajmującego wybitne stanowisko społeczne (pozwalało to udzielić satysfakcji honorowej wieśniakowi będącemu posłem na sejm). Prawo to bez względu na posiadanie bądź nie wymienionych przymiotów przysługiwało zaś osobom stanu szlacheckiego.

Wszyscy ludzie honorowi byli sobie bezwzględnie równi. Dlatego nie wolno było odmawiać zadośćuczynienia z powodu różnicy stanu, urodzenia, stanowiska lub majątku. Osoba odmawiająca na takiej podstawie satysfakcji honorowej stawała się niehonorową. Zasada powyższa nie dozwalała np. członkowi rodu książęcego odmówić satysfakcji honorowej robotnikowi będącemu posłem na sejm.

Wykluczano ze społeczności ludzi honorowych:

- osoby karane przez sąd państwowy za przestępstwo pochodzące z chciwości zysku lub inne mogące danego osobnika poniżyć w opinii ogółu,
- denuncjant i zdrajca,
- tchórz w pojedynku lub na polu bitwy,
- homoseksualista,
- dezerter z armii polskiej,
- nieżądający satysfakcji za ciężką zniewagę wyrządzoną przez człowieka honorowego,
- przekraczający zasady honorowe w czasie pojedynku lub pertraktacji honorowych,
- odwołujący obrazę na miejscu starcia przed pierwszym złożeniem, względnie pierwszą wymianą strzałów,
- przyjmujący utrzymanie od kobiet niebędących jego najbliższymi krewnymi,
- kompromitujący cześć kobiet niedyskrecją,

– notorycznie łamiący słowo honoru,
– zeznający fałsz przed sądem honorowym,
– gospodarz łamiący prawa gościnności przez obrażanie gości we własnym mieszkaniu,
– ten, kto nie broni czci kobiet pod jego opieką pozostających,
– piszący anonimy,
– oszczerca,
– notoryczny alkoholik, o ile w stanie nietrzeźwym popełnia czyny poniżające go w opinii społecznej,
– ten, kto nie płaci w terminie honorowych długów,
– fałszywy gracz w hazardzie,
– lichwiarz i paskarz,
– paszkwilant i członek redakcji pisma paszkwilowego,
– rozszerzający paszkwile,
– szantażysta,
– przywłaszczający sobie nieprawnie tytuły, godności lub odznaczenia,
– obcujący ustawicznie z ludźmi notorycznie niehonorowymi,
– podstępnie napadający (z tyłu, z ukrycia itp.),
– sekundant, który naraził na szwank honor swego klienta,
– stawiający zarzuty przeciw honorowi osoby drugiej i uchylający się od ich podtrzymania przed sądem honorowym.

Nieślubne urodzenie nie stanowiło powodu do odmówienia satysfakcji honorowej.

Każdą wątpliwość dotyczącą zdolności danej osoby do dawania i żądania satysfakcji honorowej rozstrzygał sąd honorowy.

Przedmiotem każdej sprawy honorowej była obraza i jej honorowe zadośćuczynienie. Pojęciem tym określano każdą czynność, gestykulację, słowne, obrazowe lub pisemne wywnętrzenie się mogące obrazić honor lub miłość własną drugiej osoby, bez względu na zamiar obrażającego. Kodeks honorowy szczegółowo określał jej formy oraz stopnie. Nie ma potrzeby na potrzeby niniejszego opracowania zajmować się tą kwestią.

Trzeba jednak zaznaczyć, iż były osoby uprawnione do odrzucenia wyzwania: osoby urzędowe wykonywujące swoje czynności i obrażające w ich trakcie osoby trzecie (np. adwokat, sędzia, przysięgły, radny itd., każdy urzędnik). Również członkowie sejmu byli wolni od odpowiedzialności honorowej za swoje mowy sejmowe, o ile te nie zawierały ściśle osobistych wycieczek.

Wolni od obowiązku dania satysfakcji byli także:
– mąż, który znieważa człowieka uwodzącego mu żonę,
– głowa rodziny, skoro wyzywającym był człowiek starający się o rękę córki, siostry lub wychowanki wyzwanego, a powodem wyzwania jest odmówienie ręki jednej z wymienionych osób.

Jeśli tego rodzaju „immunitety" nie istniały, a doszło do obrazy, zastosowanie miało postępowanie honorowe. Jego podstawą była zasada, iż gentelman nie

powinien nigdy na zniewagę reagować zniewagą. Postępowanie honorowe rozpoczynało się od wyznaczenia przez obrażonego dwóch sekundantów, zwanych również zastępcami honorowymi. Winni oni w ciągu 24 godzin od chwili obrażenia ich klienta pociągnąć obraziciela do odpowiedzialności honorowej, czyli go wyzwać.

Sekundantowi nie wolno było przyjąć mandatu, jeśli jego klient żądał z góry pojedynku, aż do śmierci jednego z walczących. Stanowiło to niewątpliwie swoiste zabezpieczenie mające uchronić przed nadmierną eskalacją krwawej przemocy. Obowiązkiem sekundantów było generalnie podejmowanie starań o pokojowe załatwienie sprawy, a pojedynek uważano za ostateczność. O ile sekundanci ustalili pojedynek jako jedyny sposób honorowego załatwienia sprawy, ich obowiązkiem co do zasady było w nim uczestniczyć.

W postępowaniu honorowym znane były następujące rodzaje satysfakcji honorowej:
- wyjaśnienie,
- zaprzeczenie obrazy,
- odwołanie obrazy,
- usprawiedliwienie postępku tworzącego zniewagę i oświadczenie honorowe,
- przeproszenie,
- pojedynek,
- jednostronny protokół sekundantów.

Jak z tego wynika, przynajmniej teoretycznie zadaniem postępowania honorowego nie było zorganizowanie pojedynku, ale podjecie starań, by go uniknąć.

Zasadą kodeksu honorowego było, iż każda osobista zniewaga może być dochodzona jedynie przez osobę, której dotyka, przeciw tej osobie, która się jej dopuściła. Jednak istniały od niej wyjątki, tzw. zastępstwa. Za obrażonego ojca mógł w pojedynku wziąć udział syn, jeżeli:
- ojciec jest kaleką lub niezdolny fizycznie do władania bronią,
- ojciec przekroczył 60 lat życia,
- przeciwnik ojca jest bliższy wiekiem synowi niż ojcu.

Możliwe było również zastępstwo przyjaciela:
- jeżeli obrażony przyjaciel był małoletni, obrażający zaś pełnoletni,
- jeżeli obrażony przyjaciel fizycznie nie był zdolny do dochodzenia swej krzywdy z bronią w ręku (był chory, kaleki), a nie miał ojca ani brata lub syna, którzy by mogli go zastąpić,
- jeżeli obraziciel dopuścił się obrazy pod nieobecność przyjaciela i na pierwsze wezwanie obrońcy tegoż zniewagi nie cofnął.

Każda obraza kobiety godziła w jej naturalnego obrońcę. Na tej podstawie zastępstwa przysługiwały:
- mężowi w obronie czci żony,
- bratu, ojcu, wnukowi, wujowi, siostrzeńcowi lub szwagrowi, o ile była niezamężną, wdową lub rozwiedzioną z mężem,

– wszystkim wymienionym osobom, jeżeli kobieta zamężna nie żyła z mężem, choćby ów nawet w tej samej miejscowości przebywał,
– gospodarz domu, jeżeli u niego zniewaga kobiety miała miejsce, o ile był przy tym obecny,
– w każdym innym wypadku mężczyzna, który jej towarzyszył, a gdy ich jest kilku, najmłodszy z nich,
– mężczyzna, który prowadził kobietę pod rękę, nawet wówczas, gdy obecni byli przy tym krewni obrażonej.

W zasadzie każda osoba zdolna do dawania i żądania satysfakcji honorowej mogła brać czynny udział w orężnej walce. Dopuszczano jednak szereg wyjątków. Małoletniemu zabronione było używanie broni. Zatem obrażony przez małoletniego mógł obrazę pozostawić bez reakcji lub oddać sprawę sądowi karnemu. Natomiast jeśli małoletni został czynnie znieważony i nie korzystał z zastępstwa, mógł wyzwać obraziciela w ciągu 24 godzin od chwili znieważenia. Jednak pojedynek był możliwy dopiero po dojściu obrażonego do pełnoletniości.

Pojedynek był zabroniony zaś:
– między ojcem a synem,
– między braćmi, względnie braćmi przyrodnimi,
– między wujem a siostrzeńcem,
– między teściem a zięciem,
– między spokrewnionymi w pierwszym stopniu,
– z małoletnim,
– osobie, która dopuściła się poprzednio złamania reguł pojedynkowych,
– krewnemu, przyjacielowi lub sekundantowi, który pragnie zająć miejsce osoby ciężko rannej lub zabitej w pojedynku, który miał honorowy przebieg,
– sekundantowi, który chce stanąć zamiast swego klienta, który na placu się nie zjawił,
– osobie prowokującej pojedynki,
– dłużnikowi przeciw wierzycielowi tak długo, dopóki długu nie uiścił albo uiszczenie tegoż przed walką zabezpieczył, wyjąwszy wypadek, iż wierzyciel zajście sprowokował.

Obrażonemu przysługiwało prawo swobodnego wyboru legalnej broni pojedynkowej. Obrazicielowi nie wolno było zaś odrzucić broni tak wybranej. Honorową bronią były: szabla, szpada i pistolet. Żadnej innej broni przy pojedynku co do zasady używać nie wolno było.

Sekundanci przed pojedynkiem ustalali jego warunki. Głównie to, czy pojedynek miał się odbyć do pierwszej lub drugiej krwi, czy też do zupełnej niezdolności pojedynkowej. Przy pojedynku na pistolety określali zaś, ilokrotnie ma nastąpić wymiana strzałów i inne okoliczności. Przy spisywaniu warunków starcia należało, o ile było to możliwe, unikać warunku pierwszej krwi, tego rodzaju warunek sprowadzał bowiem pojedynek do rzędu zabawy, w której lekkie zadraśnięcie dawało możność uchodzenia za – jak to określił Bodziewicz – „taniego bohatera". Nie wolno było też spisywać w warunkach pojedynku śmierci jednego z walczących. Wreszcie

w warunkach starcia oznaczano czas i miejsce spotkani, przy czym w zasadzie pojedynek odbywał się nie wcześniej jak 12 godzin, a nie później jak 48 godzin, licząc od chwili spisania warunków pojedynku. Niedozwolony był pojedynek mający się odbyć bezpośrednio po obrazie.

Wielkość miejsca walki powinna wynosić:
– przy pojedynku na szable 15 m długości i co najmniej 6 m szerokości,
– przy pojedynku na pistolety szerokość 39–24 m, a co najmniej 12 m długości.

Krótsza odległość wymiany strzałów była niedopuszczalna (12 m oznaczało się za pomocą 16 kroków dorosłego mężczyzny).

Każda ze stron zobowiązana była stawić się na miejscu walki w towarzystwie lekarza biegłego w chirurgii i przynieść ze sobą jedną parę broni uznaną w spisanych poprzednio warunkach za broń danego starcia. Przy pojedynku pistoletowym broń i amunicję dostarczał obrażony. Pistolety musiały być tego samego kalibru i nie mogły być ostrzelane przez żadną ze stron.

Przy pojedynku na szable kierujący pojedynkiem wyznaczał przeciwnikom miejsca odległe od siebie o 3 m, na których stawali przeciwnicy, a obok nich sekundanci, a następnie zwracał się do przeciwników z krótkim pouczeniem o dobrodziejstwie rycerskiego załatwienia sporu pojedynkiem oraz o warunkach starcia, których strony mają się trzymać, wreszcie o komendzie. Jego obowiązkiem było baczenie, by przebieg pojedynku miał charakter spotkania rycerskiego, niedopuszczając do przekroczenia jakiegokolwiek postanowienia honorowego.

O ile pojedynek miał być prowadzony do zupełnej niezdolności do walki, w razie zranienia jednego z walczących po obejrzeniu rany przez lekarza należało walkę kontynuować. Walczącym wolno było zasłonić się przed cięciem bezbronną ręką. Zabronione było natomiast chwytanie ręką za broń przeciwnika czy przerzucanie szabli z jednej ręki do drugiej podczas walki.

Nie wolno było również walczącym:
– podczas walki rozmawiać, przeciwnika znieważać gestami lub słowy, albo przez wołania lub wykrzykniki mylić go,
– przed komendą: „Bij!" zadawać cięcia,
– rozmyślnie zadawać cięcia poniżej pasa przeciwnika,
– bezbronnego lub leżącego na ziemi przeciwnika zranić,
– bić przeciwnika koszem rękojeści,
– kolanami lub innymi częściami ciała dotykać ziemi,
– ręką, nogą lub ciałem poruszyć przeciwnika,
– składać przeproszenia lub usprawiedliwienia przed stwierdzeniem zakończenia pojedynku przez sekundantów,
– przy pojedynku na szpady zasłaniać się ręką przed pchnięciem (przy pojedynku na szable – wolno).

Istotne dla niniejszego opracowania wydają się konsekwencje przekroczenia zasad honorowych przy pojedynku. Wykroczenia te mogły być lekkie bądź ciężkie, a dopuścić się ich mogli sekundanci albo ich klienci.

Do lekkich wykroczeń zaliczano:
– rozmowy i krzyki podczas pojedynku,
– rozpoczęcie ataku przed komendą: „Bij!”,
– niezaprzestanie ataku bezpośrednio po komendzie: „Stój!”.

Natomiast ciężkim wykroczeniem było:
– złapanie w czasie walki przeciwnika ręką lub usiłowanie tegoż,
– zaatakowanie widocznie rannego przeciwnika,
– zranienie rozbrojonego przeciwnika lub takiego, który upadł,
– znieważenie przeciwnika słownie lub gestykulacją,
– w pojedynku na szpady chwycenie szpady przeciwnika ręką.

Przy przekroczeniach lżejszych kierujący pojedynkiem powinien go przerwać i dopuszczającemu się przekroczenia udzielić napomnienia lub nagany. Przy ciężkich przekroczeniach natomiast kierujący pojedynkiem powinien walkę przerwać, a sekundanci winni spisać protokół przedstawiający szczegółowo przebieg zajścia i przedłożyć tenże sądowi honorowemu do rozstrzygnięcia kwestii honoru osoby, która wykroczenia się dopuściła. Pojedynek w ten sposób przerwany był dla osoby niewinnej, względnie o ile przekroczenia dopuścili się sekundanci, dla obu stron honorowym załatwieniem zatargu. Jednak jeśli skutkiem złamania postanowień honorowych jedna ze stron poniosła śmierć, wówczas należało spisać protokół zajścia zawierający opinię obu lekarzy, podpisany przez wszystkich sekundantów, którzy nie dopuścili się złamania przepisów honorowych, i przekazać go władzom państwowym celem ścigania winnego za pospolite morderstwo.

Pojedynek na pistolety (co do którego oczywiście stosowano te zasady) można było obostrzyć liczbą wymienić się mających strzałów oraz sposobem strzelania. Jednak nawet przy najcięższym pojedynku, opiewającym na zupełną niezdolność do pojedynku walczących, dozwolona była najwyżej trzykrotna wymiana strzałów.

Z uwagi na sposób oddawania strzałów znano następujące rodzaje pojedynków:
1. Pojedynek ze stanowiskiem stałym, z dowolnym porządkiem strzałów lub na komendę. Polegał na tym, że wymiana strzałów następowała ze stanowiska stałego, którego nie wolno przeciwnikom było opuścić. W razie gdyby jeden z przeciwników to uczynił, należało natychmiast pojedynek przerwać i spisać odnośny protokół.
2. Pojedynek z awansem. Przy tym pojedynku zasadniczą cechą tegoż był tzw. awans, czyli pewien ściśle oznaczony kierunek poruszenia się przeciwników i jego rozmiar.
3. Pojedynek z awansem wzdłuż linii równoległych. Przy tej najniebezpieczniejszej odmianie pojedynku pistoletowego sekundanci kreślili na miejscu starcia dwie odległe od siebie o 12 m linie równoległe o długości 20 m. Po komendzie „Pal!” wolno było przeciwnikom albo natychmiast wystrzelić, albo też rozpocząć awans po swej linii w kierunku przeciwnika i w każdej chwili strzelić, celując przez czas dowolny, przerywając celowanie nawet kilkakrotnie.

Nie wolno było strzelać w powietrze. Taki strzał uważano za uchylenie od pojedynku nawet wówczas, gdy oddał go obraziciel. Zasadniczo nie wolno było

sekundantom ustanowić w warunkach pojedynku dłuższego czasu do oddania strzału niż 20 sekund. Ranionemu przysługiwało prawo oddania strzału w przeciągu 40 sekund od chwili otrzymania rany, nawet wówczas, kiedy upadł na ziemię. Jednak i wtedy nie wolno mu było wspierać się przy strzale.

Kodek Boziewicza znał także pojedynki obostrzone i amerykańskie. Pojedynkami obostrzonymi nazywano starcia, przy których sekundanci w warunkach pojedynku postanawiali, by przeciwnicy po bezskutecznym użyciu jednej broni chwycili inną broń honorową. Tego rodzaju pojedynek był jednak możliwy tylko przy ciężkim naruszeniu honoru jednego z przeciwników, tegoż żony, narzeczonej, matki, siostry lub czci familii albo też przy zniewadze czynnej. Obostrzyć pojedynek można było tylko bronią honorową.

Pojedynkiem amerykańskim nazywano natomiast pojedynek, w którym o życiu i śmierci przeciwników lub o nadaniu jednemu z nich w jakikolwiek sposób widocznej przewagi podczas walki decyduje los (np. pojedynek nakazujący przeciwnikowi wyciągającemu los popełnienie samobójstwa lub w którym los rozstrzyga, który z przeciwników posługiwać się będzie bronią nabitą, a który nienabitą, itp.). Pojedynki amerykańskie były uznawane jednak za akty niehonorowe, niemające nic wspólnego z odwiecznymi zasadami honoru. Ściągały one „niehonorowość" na wszystkie osoby biorące w nich udział.

Niedozwolone były również tzw. pojedynki wyjątkowe, niestanowiące walki honorowej. Wśród nich wyliczano np.:

- pojedynek na broń gwintowaną,
- pojedynek pistoletowy na odległość mniejszą niż 12 m lub z nieograniczonym czasem do celowania,
- pojedynek, w którym przeciwnicy obróceni do siebie plecami odwracają się na komendę i równocześnie strzelają,
- pojedynek na szable, przy czym obaj przeciwnicy mają zawiązane oczy,
- pojedynek na noże,
- pojedynek odbyty konno,
- pojedynek z jednym pistoletem,
- pojedynek na szable w ciemnościach, przy czym jeden z przeciwników ma w ręku latarkę, zaś drugi chustę, którą usiłuje latarkę przeciwnika zgasić,
- pojedynki mające miejsce bezpośrednio po obrazie.

Pojedynek od wieków towarzyszył ludzkości. Pojawiał się wówczas, gdy inne metody nie były wystarczające: gdy procedury „sądowe" nie doprowadzały do ustaleń faktycznych i konieczne było odwołanie się do mistycznych elementów lub gdy kara, która mogła być wymierzona przez system państwowy, nie była satysfakcjonująca dla pokrzywdzonego, lub gdy w ogóle jej nie było z uwagi na słabość państwa. Można przyjąć, iż częstotliwość pojedynków była większa w okresie rozprężenia i braku silnej władzy państwowej, a mniejsza, gdy państwo – nie zezwalając na takie praktyki – podejmowało skuteczną z nimi walkę. Ta walka jednak nie do końca mogła być skuteczna, pojedynki zyskiwały bowiem akceptacje

społeczną – przynajmniej częściową. W czasach, gdy honor urósł do rangi dobra najistotniejszego, poświęcanie dla niego życia uchodziło za rzecz normalną.

Jednak pojedynek to także krwawe rozrachunki pomiędzy oponentami w sytuacjach, gdy ranga konfliktu – z naszego współczesnego punktu widzenia – nie wymagała sięgania po tak drastyczne sposoby. Z zapartym tchem czytamy sienkiewiczowskie opisy pojedynku Wołodyjowskiego z Kmicicem czy Bohunem, jednak należy pamiętać, iż pod pojedynek starano się także podciągać i pijackie burdy wszczynane przez awanturników czy pojedynki, które były jedynie pretekstem do wyeliminowania niewygodnego przeciwnika politycznego.

Wydaje się, iż zjawisko to umarło śmiercią naturalną wraz z II wojna światową. Zaprzątnęły nas inne problemy powodujące, iż pojedynki przeszły do historii. Jednak od czasu do czasu odżywa ich idea. Niepokojące jest to zwłaszcza dlatego, iż powołują się na nią osoby czy grupy całkowicie myląc ducha uczciwej równej walki w imię wyższego celu z chuligańską awanturą wywołaną dla zabawy. Ich zachowania w żadnym wypadku nie można utożsamiać z pojedynkiem, a powoływanie się przez nich na odwieczne tradycje stanowi wyłącznie próbę usprawiedliwienia niskich pobudek czynu.

Bibliografia

Boziewicz W., *Polski kodeks honorowy*, Warszawa 1919.
Makarewicz J., *Kodek karny z komentarzem,* Lwów 1935.

Streszczenie

Artykuł omawia uprzywilejowany typ zabójstwa, jakim był pojedynek traktowany jako forma rozstrzygania sporów, ze szczególnym uwzględnieniem unormowań zawartych w Kodeksie karnym z 1932 r. oraz tzw. kodeksach honorowych. W opracowaniu przedstawiono również analizę najpopularniejszego aktu „obowiązującego" na terenie naszego kraju przed II wojną światową, tj. kodeksu Boziewicza.

Słowa kluczowe: pojedynek, kodeks honorowy, szabla, pistolet, historia

A DUEL – A PRIVILEGED WAY OF KILLING

Summary

The article discusses a privileged type of killing which was a duel, considered as a way of a settlement of the dispute, with particular emphasis on the regulations contained in the penal code of 1932 and so-called "codes of honor". The paper also presents an analysis of the most known "effectual" act in Poland before World War II – Boziewicz's Code.

Keywords: duel, code of honor, saber, gun, history

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.21

Beata Nuzzo

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
ORCID: 0000-0001-9320-5627

LA LIBERTÀ ECONOMICA DURANTE IL COVID-19 IN ITALIA – I CONDIZIONAMENTI E LE LIMITAZIONI

Introduzione

Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha dichiarato l'epidemia da COVID-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (Public Health Emergency of International Concern – PHEIC), come sancito nel Regolamento sanitario internazionale (International Health Regulations, IHR, 2005)[1] e l'11 marzo una "situazione pandemica"[2]. Il seguente 13 marzo l'Europa è stata indicata dall'OMS come il centro attivo della pandemia stessa. Nel fornire la definizione di pandemia l'OMS l'ha identificato nel "worldwide spread of a new disease. An influenza pandemic occurs when a new influenza virus emerges and spreads around the world, and most people do not haveimmunity"[3]. L'emergenza sanitaria causata dal virus COVID-19 ha comportato drastiche limitazioni ad alcune

[1] Per "emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale" si intende: "un evento straordinario che può costituire una minaccia sanitaria per altri Stati membri attraverso la diffusione di una malattia e richiedere una risposta coordinata a livello internazionale". La dichiarazione di PHEIC dell'OMS è accompagnata dall'obbligo di fornire raccomandazioni e misure temporanee, non vincolanti per i Paesi, ma significative sia dal punto di vista pratico che politico relativamente a: viaggi, commerci, quarantena, screening e trattamento. L'OMS inoltre definisce standard di pratica globali.

[2] Cfr. WHO Director General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 11 marzo 2020, si veda il sito dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. É opportuno notare che non è stabilito in modo chiaro il momento in cui un'epidemia diventa una pandemia – in generale si parla di pandemia quando in più Paesi avvengono epidemie con una trasmissione molto sostenuta, che non può più essere messa in relazione con il focolaio originario della nuova malattia. La gravità di una malattia non è il parametro decisivo perché venga dichiarata una pandemia, che riguarda invece l'efficacia con la quale una malattia si diffonde. La dichiarazione di pandemia implica che ogni Paese metta a punto un Piano pandemico e che lo aggiorni costantemente sulla base delle linee guida dell'Oms. L'ultima dichiarazione di pandemia da parte dell'Oms risale al 2009, quando l'influenza H1N1 colpì circa un miliardo di persone nei primi sei mesi, causando 600.000 morti.

[3] Definizione presente sul sito dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, nella sezione "Emergencies preparedness, response" – "What is a pandemic?".

fondamentali libertà costituzionalmente protette, con un livello di ampiezza e pervasività mai sperimentato prima nella storia dello Stato del diritto. In Italia (come del resto anche negli altri stati del mondo) sono state intraprese misure, applicate a zone sempre più ampie, tanto da coinvolgere l'intero Paese, che hanno fortemente ristretto i diritti e le libertà garantite costituzionalmente, tra cui la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.) e la libertà di condurre attività economiche (art. 41 Cost.) di milioni di persone. Le drammatiche vicende italiane che si sono manifestate non solo sul piano sanitario, ma anche sul piano economico, a causa delle forti limitazioni alla libertà economica[4], imposte della normativa "emergenziale", sollecitano una riflessione più ampia che riguarda la sorte dei diritti e delle libertà costituzionali e in specifico della libertà economica in condizioni di emergenza sanitaria che si traduce, tra l'altro nella valutazione delle misure che hanno limitato la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost. durante la fase più acuta dell'emergenza da COVID-19.

Una breve rassegna della "normativa anti-COVID"

A seguito dell'emergenza sanitaria dichiarata dall'OMS e degli episodi di diffusione del virus che si sono verificati nel Italia, il 31 gennaio 2020 il Consiglio dei ministri ha adottato la *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, ai sensi dell'art. 7, co. 1, lett. c), e dell'art. 24, co. 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, codice della protezione civile[5]. È stato previsto che per i sei mesi successivi all'adozione delprovvedimento per l'attuazione degli interventi necessari a fronteggiare l'emergenza, possono essere adottate ordinanze del Capo del Dipartimento della protezione civile "in deroga ad ogni disposizione vigente e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea"[6].

[4] IL DPCM dell'11 marzo ha disposto la chiusura di tutte le attività commerciali e di vendita al dettaglio ad eccezione dei negozi di generi alimentari, prima necessità, farmacie e parafarmacie. IL DPCM del 22 marzo ha poi disposto anche la chiusura di ogni attività produttiva non essenziale o strategica e vietato gli spostamenti in comuni diversi da quello in cui ci si trovava salvo che per casi eccezionali.

[5] Il Codice della protezione civile disciplina il Servizio nazionale della protezione civile, fornendo il quadro delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l'integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l'ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivanti da eventi calamitosi di origine naturale o dall'attività dell'uomo (Art.1 D.lgs 1/2018). I poteri di emergenza di cui alla legislazione sulla protezione civile – secondo l'opinione di diversi studiosi – fanno sorgere dubbi di legittimità costituzionale. Cfr. G. Azzariti, *L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione*, in *Costituzionalismo*.it, 17 febbraio 2010, nonché, anche per una sintesi dei principali orientamenti dottrinari in tema, C. Pinelli, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2009, pp. 317 ss.

[6] Così la delibera, che richiama l'art. 25, co. 2, lett. a) e b) del decreto legislativo n. 1 del 2018. La citata delibera ha attribuito il potere di ordinanza al Capo del Dipartimento della protezione civile,

Successivamente sono state adottate dal Governo disposizioni di urgenza a partire dal decreto-legge del 22 febbraio n. 6 del 2020, in quale in relazione a ben individuate aree territoriali, prevede che le "autorità competenti" possano adottare "ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica", tra cui il "divieto di allontanamento dal comune o dall'area interessata da parte di tutti gli individui comunque presenti nel comune o nell'area", nonchè il "divieto di accesso al comune o all'area interessata"[7].

In seguito, viene emanato il D.L. 17 marzo 2020, n. 18 recante *misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse dall'emergenza epidemiologica da COVID-19* (c.d. *Decreto Cura Italia* o D.L. n. 18/2020) e prima ancora, nonché dopo, diversi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, tra cui il decreto legge n. 34 (c.d. *Decreto Rilancio*) che è stato emanato, in data 19 maggio 2020. Lo stato di emergenza viene quindi prorogato con delibera del Consiglio dei ministri del 29 luglio 2020, sino al 15 ottobre 2020[8], alla conclusione delle comunicazioni rese dal Presidente del Consiglio. Segue quindi una seconda proroga, sino al 31 gennaio 2021, previa approvazione di una risoluzione sulle comunicazioni rese dal Ministro della salute sul contenuto dei provvedimenti di attuazione delle misure di contenimento per evitare la diffusione del virus COVID-19, in Senato, il 6 ottobre 2020, e allaCamera dei deputati, il 7 ottobre 2020[9]. Il D.P.C.M. del 7 settembre proroga al 7 ottobre *le misure precauzionali per contrastare e contenere la diffusione del virus* e prevede, tra l'altro, l'obbligo di mascherine al chiuso e nei luoghi aperti, dove non è possibile mantenere il distanziamento, il divieto di assembramento, il limite di capienza per i trasporti pubblici viene fissato all' 80%. Vengono confermate le regole stabilite il 7 agosto, in particolare l'obbligo di sottoporsi a tampone, per chi torna da paesi ritenuti a rischio. Permangono i divieti per partecipare ai concerti e agli eventi sportivi. Resta valida l'ordinanza del 12 agosto del Ministro della Salute, per controllare le persone che tornano dalle vacanze, o comunque da un periodo trascorso all'estero, fermo l'obbligo di isolamento fiduciario o di sottoporsi al test nel caso di provenienza da zone o paesi con accentuata presenza del virus.

---

e ciò, conformemente alla previsione generale dell'art. 5, c. 1, del Codice della protezione civile che dà facoltà al Presidente del Consiglio dei ministri di esercitare i poteri di ordinanza "tramite il Capo del Dipartimento della protezione civile".

[7] Si tratta di prescrizioni oggetto di specificazione con un contestuale D.P.C.M., e di poi in sostanza confermate dal successivo D.P.C.M. del 1/03/2020. Si è qualificato il decreto legge n. 6 alla stregua del decreto "più importante", in quanto lo schema in esso adottato "non è stato alterato dai numerosi decreti legge che da allora si sono susseguiti": così C. Pinelli, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, in www.dirittocomparati.it, pp. 1 ss.

[8] Dopo la votazione di una risoluzione in tal senso da parte del Senato il 28 luglio 2020 e da parte della Camera dei deputati il 29 luglio 2020. Cfr. AC, Risoluzione in Assemblea n. 6-00120, 29 luglio 2020 (seduta n. 382).

[9] Cfr. AC, Risoluzione in Assemblea n. 6-00120, 29 luglio 2020 (seduta n. 382).

Successivamente per effetto della delibera del Consiglio dei ministri del 13 gennaio 2021, lo stato di emergenza risulta prorogato sino al 30 aprile 2021, e in seguito, dopo le diverse proroghe, fino al 31 dicembre 2021[10]. Durante la vigenza dello stato di emergenza si susseguono diversi decreti legge, ordinanze, circolari e decreti ministeriali[11], tra cui innanzittutto quelli del Ministero della Salute; decreti e ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile[12]; ordinanze del Commissario straordinario per l'emergenza COVID-19[13]; decreti del Presidente del Consiglio dei ministri; provvedimenti delle Regioni e degli enti territoriali; linee guida e altri atti di *soft law*.

É proprio quell'ampio utilizzo, nonché il contenuto dei D.P.C.M. quale fonte del "diritto dell'emergenza"[14], incidente su diritti costituzionali, che costituisce uno degli aspetti più controversi sotto il profilo delle fonti della gestione dell'epidemia da COVID-19, ponendo la questione della compatibilità tra utilizzo dei D.P.C.M., principio di legalità e rispetto della riserva di legge in tema di limitazione dei diritti.

Il "diritto dell'emergenza" nella gestione dell'epidemia da COVID-19

La Costituzione italiana non prevede uno "stato d'emergenza", in cui si adottino provvedimenti eccezionali con ordinanze atipiche, ma prevede solamente lo "stato

[10] Il decreto legge n. 105 del 22 luglio 2021 ha prorogato lo stato di emergenza al 31 dicembre 2021, estendendo a tale data la possibilità di adottare provvedimenti di contenimento dell'emergenza all'interno della cornice normativa fissata dai decreti-legge n. 19 del 2020, con riferimento agli ambiti delle possibili misure emergenziali, e n. 33 del 2020, con riferimento alla definizione delle specifiche aree del territorio nazionale su cui applicare tali misure, corrispondentemente a specifici parametri in base ai quali valutare l'evolversi dei dati epidemiologici.

[11] Numerose sono ad esempio le circolari adottate dal Ministero dell'Interno e dirette in primo luogo ai prefetti, correlate alle norme via via adottate dal Governo. Cfr. a titolo esemplificativo, circolare del 23 febbraio 2020, recante Decreto-legge 22 febbraio 2020 recante *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 2019*, ma anche i decreti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Ministero dell'Economia e delle Finanze (come il decreto del 24 febbraio 2020, *Sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19*), del Ministero dello sviluppo economico, del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali.

[12] Decreti e ordinanze del Dipartimento della protezione civile, sono reperibili sul sito della Protezione civile, www.protezionecivile.gov.it/, alla voce "Emergenza Coronavirus", "Normativa".

[13] Le ordinanze sono reperibili sul sito del Governo, www.governo.it/, alla voce "Commissario straordinario per l'emergenza COVID-19, "Normativa".

[14] Tale problema, in occasione della recente pandemia, si è presentato appieno in Italia, dove il Parlamento "è stato espropriato della gestione dell'emergenza sanitaria (il che era forse inevitabile), e dove anche lo strumento del decreto-legge – che avrebbe richiesto il coinvolgimento del Presidente della Repubblica e la conversione parlamentare – è stato utilizzato poco", e invece si sono utilizzati sistematicamente i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (D.P.C.M) sovrapponendoli al sistema normativo che fa perno sul Codice di Protezione Civile. Sugli aspetti giuridici, cfr. A. Celotto, *Necessitas non habet legem*, Mucchi, Modena 2020; su quelli politici, P. Ignazi, N. Urbinati, *Contagio e libertà*, Laterza, Roma–Bari 2020.

di guerra", che va deliberato dalle Camere che "conferiscono al Governo i poteri necessari" (art. 78 Cost.)[15]. La Costituzione non contiene neanche, a differenza di altri ordinamenti, disposizioni sulla distribuzione dei poteri in fase di emergenza[16]. Prevede invece che nei "casi straordinari di necessità e d'urgenza" il Governo adotti decreti legge, con forza di legge, che debbono essere convertiti in legge entro sessanta giorni (art. 77 Cost.). La proclamazione dello stato d'emergenza, fonte di poteri amministrativi eccezionali, è fondata, dunque, sulla disciplina legislativa adottata in materia di protezione civile. Per tale motivo l'introduzione di misure urgenti per contenere, gestire o fronteggiare "l'emergenza epidemiologica da COVID-19" è avvenuta proprio per mezzo della serie di decreti di cui il primo, ovvero il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, – all'art. 3, commi 1 e 2, (e senza fare alcun riferimento alla dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio) – ha espressamente affidato a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché (nei casi di estrema necessità ed urgenza) al Ministro della salute, ai Presidenti di Regione e ai Sindaci, il potere/dovere di adottare "ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica" (art. 1, comma 1).

Tali decreti, inizialmente, hanno introdotto una serie di misure di contenimento con specifico riguardo alle zone maggiormente colpite dall'emergenza; successivamente, gli interventi del governo sono stati estesi e resi omogenei su tutto il territorio nazionale. Le misure urgenti di "contenimento del contagio" che sono state adottate con questi atti, a base dello sviluppo e la diffusione dell'epidemia, progressivamente sono diventate più restrittive. I primi interventi hanno disciplinato la permanenza domiciliare fiduciaria e la sospensione di alcune attività, quali viaggi d'istruzione, eventi sportivi a porte aperte, attività didattiche ed altri. Successivamente, sono stati imposti limiti via via più stringenti alla circolazione delle persone, con l'indicazione tassativa delle ragioni che consentono spostamenti in deroga a tali limitazioni: ragioni lavorative, di salute o di comprovate necessità. Si è così giunti a vietare ogni forma di assembramento di persone in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Anche le attività lavorative sono state assoggettate a vincoli sempre più pesanti: sin dall'inizio è stato incentivato il ricorso allo *smart working*, in seguito l'orario di apertura dei locali di ristorazione è stato limitato alla fascia oraria compresa tra le 6.00 e le 18.00. In ultimo, all'apice del *lockdown*, è stata disposta la chiusura di tutte le attività commerciali al dettaglio (ad eccezione di quelle relative ai generi alimentari o di prima necessità, delle farmacie e delle parafarmacie), delle attività di ristorazione, nonché dei servizi alla persona. Inoltre, in attuazione delle disposizioni che sono state adottate dal Governo centrale per fronteggiare l'emergenza epidemiologica, sono stati emessi diversi provvedimenti da parte delle autorità

[15] D. Girotto, *Commento all'art. 78 Cost.*, in *Commentario breve alla costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Cedam, Padova 2008, p. 716 ss.

[16] Come fanno notare diversi studiosi, la Costituzione „costituzionalizza l'emergenza, pur non prevedendo – e non per dimenticanza – uno "stato di emergenza". Cfr. C. Tripodina, *La Costituzione al tempo del coronavirus*, in *Costituzionalismo*.it, n. 1/2020, p. 82.

periferiche regionali. Il propagarsi dell'epidemia ha spinto i Presidenti di Regione ed i Sindaci ad emanare ordinanze allo scopo di dettare misure specifiche per ciascuna realtà territoriale, a base dell'art. 50 del Testo Unico degli Enti locali che prevede questa possibilità nei casi di "emergenze sanitarie o di igiene pubblica", ma anche in relazione alle "necessità urgenti"[17]. Infatti, secondo l'art. 54 "il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato, provvedimenti anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".

Nell'introdurre le molteplici limitazioni, i D.P.C.M. si sono sempre riferiti al d.l. n. 6/2020, peró con il passar del tempo sono state presentate diverse opinioni di costituzionalisti che hanno posto in dubbio la effettiva validità della base legale di quel decreto-legge.

Tra l'altro si faceva notare che mentre il d.l. n. 6/2020 è stato emanato come provvedimento volto a introdurre misure su base locale (circoscritti alle c.d. zone rosse), i D.P.C.M. successivi, a partire da quello del 9 marzo, hanno introdotto limitazioni valide sull'intero territorio nazionale. Un altro problema riguarda la sorta di "delega in bianco" dell'art. 2 del d.l. n. 6/2020, che lascia ampi spazi di discrezionalità in capo ai destinatari[18]. Sorge quindi il dubbio per quanto riguarda la compatibilità di una simile disposizione con la riserva di legge, che è stata sancita dalla Costituzione in quanto condizione per limitare l'esercizio di libertà fondamentali, come quelle di cui p.es. agli artt. 16 e 41 Cost. Per questo il ricorso a una legge, visto che si tratta della limitazione di diritti fondamentali, "sarebbe stato indubbiamente non solo *l'optimum*, ma avrebbe inoltre garantito appieno la *ratio* della riserva di legge"[19]; tuttavia, „a fronte di un Parlamento rissoso e restio ad intervenire" e di una situazione di indubbia emergenza, pare fuori discussione la necessità del ricorso al decreto legge, fonte primaria e soggetto al controllo in tempi brevi delle Camere[20]. Inoltre, va notato, che dal punto di vista del profilo costituzionale è piuttosto preoccupante che l'ampio potere discrezionale di sospendere fondamentali garanzie costituzionali nei confronti di chiunque, si possa basare su una norma di legge estremamente generica che non pone alcun vincolo né contenutistico né temporale. Essa, infatti, si limita a indicare la finalità di prevenire la

[17] Queste ordinanze sono state emanate ai sensi dell'art 32, comma 3 della Legge 23 dicembre 1978 n. 833, che istituisce il Servizio sanitario nazionale e conferisce al Presidente della Giunta regionale e ai sindaci la possibilità di emanare ordinanze contingibili ed urgenti nelle materie di igiene e sanità pubblica. Inoltre, il potere di emettere ordinanze sindacali contingibili ed urgenti trova la propria legittimazione negli art. 50 e 54 del T.U.E.L. (Testo Unico degli Enti locali) adottato con D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

[18] Il tema è stato affrontato da diversi Autori, tra cui V. Di Capua, *Il nemico invisibile. La battaglia contro il COVID-19 divisa tra Stato e Regioni*, in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID-19*, 1, 2020.

[19] Cfr. L. Carlassare, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *Costituzionalismo*.it, n. 1/2009.

[20] Cfr. A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo*.it, n. 1/2021, p. 10.

diffusione dell'epidemia, rimandando all'organo amministrativo ogni valutazione non solo sulle concrete misure da adottare, ma anche su quando queste potranno essere abolite[21]. È pur vero, infatti, che i D.P.C.M. emanati sinora indicano una data di cessazione della loro efficacia – in caso contrario sarebbe evidente la violazione del principio di proporzionalità e la loro conseguente illegittimità per eccesso di potere – ma è altrettanto vero che la base legale non impedisce una loro reiterazione indefinita. In tal modo il necessario bilanciamento tra il diritto alla salute e altri diritti e interessi costituzionali in una situazione di emergenza, è stato demandato senza determinati limiti temporali a una singola autorità amministrativa, con una delega in bianco il cui incondizionato esercizio potrebbe giungere a danneggiare pericolosamente la libertà personale e non solo quelle di circolazione, riunione o di iniziativa economica[22].

"L'emergenza COVID-19" *versus* la libertà di iniziativa economica privata

L'emergenza sanitaria data dal virus COVID-19 ha comportato "drastiche limitazioni ad alcune fondamentali libertà costituzionalmente protette, con un livello di ampiezza e pervasività mai sperimentato prima nella storia repubblicana". Sono state applicate, inizialmente a porzioni di territorio sempre più ampie, fino a coinvolgere l'intero Paese, le cosiddette "misure anti-covid", che hanno fortemente ristretto la libertà di circolazione (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.) e la libertà di condurre attività economiche (art. 41 Cost.) di milioni di persone, con risvolti, visibili immediatamente anche sul piano economico, molto pericolosi.

La libertà economica costituisce difatti uno dei pilastri fondamentali e indispensabili per la società sui quali è costruito il modello dell'economia italiana, che aspira alla realizzazione del bilanciamento tra un principio di libertà individuale e la tutela di alcuni valori o interessi dell'intera collettività. L'art. 41 della Costituzione afferma che "l'iniziativa economica privata è libera", ma nello stesso tempo pone i limiti al suo esercizio: essa infatti "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale[23] o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". La stessa disposizone costituzionale affida alla legge il compito di determinare "i programmi

[21] Cfr. F. Sorrentino, *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, in *Costituzionalismo*.it, n. 1/2020, p. 139.

[22] Cfr. M. De Nes, *Emergenza COVID-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 2/2020, p. 3.

[23] Nella variegata giurisprudenza costituzionale è possibile individuare il principio secondo cui "sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione" (quali, ad es., la salute, l'ambiente, il diritto al lavoro, etc.), la cui tutela, pertanto, imponga, nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima. Cfr. L. Cassetti, *Articolo 41*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna, Il Mulino 2018, p. 268.

e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". L'iniziativa economica è dunque considerata libera, ma al contrario di molte libertà civili essa non è qualificata come inviolabile (diversamente dalle libertà personale, domicilio, corrispondenza, contemplate dagli artt. 13, 14, 15 Cost.); è inoltre sottoposta ai vincoli assai più rigidi (co 2 e 3 dell'art. 41 Cost.) di quelli previsti per le libertà civili; infine, la Corte costituzionale non ha mai qualificato l'iniziativa economica come diritto fondamentale[24]. Per questo tale libertà viene ritenuta una libertà di un rango diverso ed inferiore rispetto alle libertà civili, non configurabile come diritto fondamentale[25]. I limiti potenziali della libertà di iniziativa economica sono dunque riconducibili alla sicurezza, utilità sociale e bilanciamento con altri diritti/beni costituzionalmente protetti. La dottrina e la giurisprudenza concordano sul fatto che tale libertà è presidiata, in via generale, da una riserva di legge implicita, la quale, peraltro, si atteggia a riserva relativa, dal momento che la Corte ha espressamente riconosciuto che essa sia suscettibile di subire una certa "modulazione"[26].

A motivo del riconosciuto "statuto" costituzionale di questa libertà, diversi Autori hanno sollevato la questione di conformità/difformità di restrizioni originate dalla normativa "emergenziale" (adottata per fronteggiare la diffusione del COVID-19) rispetto al modello costituzionale[27]. Nel caso specifico, le principali misure di limitazione della libertà di iniziativa economica privata concretamente adottate, a valere sul tutto il territorio nazionale, sono state introdotte principalmente in tre "fasi" rispettivamente fondate sui tre decreti legge[28]. Tutti i D.P.C.M. menzionati hanno disposto "pesantissime e inedite limitazioni" alla libertà di iniziativa economica privata, mediante la sospensione ovvero l'imposizione di condizioni di esercizio per tipologie di attività, con contestuale indicazione di attività esclusedalle sospensioni o di attività assoggettate a regimi speciali[29]. I due D.P.C.M. della prima

[24] Nel corso degli anni sono stati presentate diversi opinioni, che hanno sottolineato che "il legislatore costituzionale ha opportunamente costruito tale libertà non come assoluta (ma del resto tutti i diritti fondamentali sono suscettibili di essere oggetto di bilanciamento con altri diritti fondamentali), ma l'ha subordinata, fra l'altro, al vincolo costituito dal mancato contrasto con l'utilità sociale". Cfr. p.e. sentenza della Consulta, n. 289 del 2010.

[25] Cfr. M.F. Russo, *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, in *magistraturaindipendente*.it /liberta-di-iniziativa-economica-e-dignita-della-persona-umana.htm, n. 8/2017, p. 7.

[26] Così la sent. n. 40/1964, par. 2 del Cons. in dir.

[27] Cfr. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 113; M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osserv. Cost. AIC*, n. 3/2020, p. 147 ss.

[28] Nella prima fase, fondata sul d.l. n. 6/2020, di particolare importanza risultano i D.P.C.M. 11 marzo e 22 marzo 2020, nonché, a modifica e integrazione di quest'ultimo, il d.m. 25 marzo 2020 emanato dal Ministro dello sviluppo economico; nella seconda fase, fondata sul d.l. n. 19/2020, i D.P.C.M. i D.P.C.M. 1 aprile, 10 aprile e 26 aprile 2020, nonché, a modifica e integrazione di quest'ultimo, il d.m. 4 maggio 2020 emanato dal Ministro dello sviluppo economico; nella terza fase, fondata sul d.l. n. 33/2020, i D.P.C.M. 17 maggio e 11 giugno 2020.

[29] Cfr. A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia*…, p. 43.

fase, del d.l. n. 19/2020, hanno concrettizzato le previsioni generali degli artt. 1 e 2 del d.l. n. 6/2020. Il primo (11 marzo) ha disposto in via generale la "sospensione delle attività commerciali al dettaglio", nonchè delle "attività dei servizi di ristorazione" e delle "attività inerenti ai servizi alla persona", ma altempo stesso, ha previsto una serie di eccezioni ed esclusioni – comunque sottoposte a specifiche condizioni di esercizio atte a ridurre il rischio sanitario. A base del decreto restavano comunque garantiti, nel rispetto delle norme igienico-sanitarie, "i servizi bancari, finanziari, assicurativi nonché l'attività del settore agricolo, zootecnico di trasformazione agro-alimentare comprese le filiere che ne forniscono beni e servizi". Il secondo D.P.C.M. (22 marzo), invece, concerneva tutte le "attività produttive industriali e commerciali", anche in questo caso disponendone in via generale la "sospensione", ad eccezione di quelle tipologicamente individuate nell'allegato, affidato alla discrezionalità del Ministro dello sviluppo economico. A tale generale sospensione, con eccezioni tassativamente elencate, sono state aggiunte diverse derogatorie, finalizzate a rendere meno rigido il meccanismo, limitando il più possibile gli effetti sospensivi: sono state consentite, infatti, "le attività produttive che possono comunque proseguire se organizzate in modalità a distanza o lavoro agile"; "le attività che erogano servizi di pubblica utilità, nonché servizi essenziali di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146", con obbligo di comunicazione al Prefetto e potere di quest'ultimo di verificare la sussistenza delle predette condizioni e, in caso di esito negativo, sospendere l'attività. Inoltre è stata concessa "l'attività di produzione, trasporto, commercializzazione e consegna di farmaci, tecnologia sanitaria e dispositivi medicochirurgici nonché di prodotti agricoli e alimentari", "ogni attività comunque funzionale a fronteggiare l'emergenza", nonchè "le attività degli impianti a ciclo produttivo continuo (…) dalla cui interruzione derivi un grave pregiudizio all'impianto stesso o un pericolo di incidenti"; infine, "le attività dell'industria dell'aerospazio e della difesa, nonché le altre attività di rilevanza strategica per l'economia nazionale", ma "previa autorizzazione del Prefetto". A tutte le imprese escluse dalla sospensione il D.P.C.M. 22 marzo ha espressamente imposto l'obbligo di rispettare le condizioni di esercizio dell'attività stabilite nel "protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 14 marzo 2020 fra il Governo e le parti sociali". I tre D.P.C.M. della seconda fase hanno seguito sostanzialmente lo stessoimpianto normativo dei due della prima fase. Anche in questa fase è stato attribuito al Ministro dello sviluppo economico, senza alcun criterio sostanziale e con il solo onere del parere del Ministro dell'economia e delle finanze, il potere di modificare gli allegati contenenti l'individuazione delle attività consentite, addirittura estendendolo, con il D.P.C.M. 26 aprile, anche agli elenchi delle attività di commercio al dettaglio e inerenti ai servizi alla persona. Invece nei due D.P.C.M. della terza fase, sono state eliminate le misure di sospensione delle attività economiche, mantenendo però l'imposizione di condizioni di esercizio di natura igienico-sanitaria. Infatti, entrambi D.P.C.M. hanno esteso a tutte le "attività

produttive industriali e commerciali" l'applicazione obbligatoria dei protocolli stipulati a livello nazionale di cui erano già destinatarie le imprese escluse dalla sospensione. Condizioni del tutto analoghe, anche se con limiti espliciti più puntuali e sulla base di protocolli o linee guida adottati dalle Regioni o dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome[30], sono state invece previste dall'art. 1 con specifico riferimento alle "attività commerciali al dettaglio", alle "attività dei servizi di ristorazione", alle "attività inerenti ai servizi alla persona", alle "attività degli stabilimenti balneari" e alle "attività delle strutture ricettive".

A fronte di una così massiccia emissione di provvedimenti, nella loro massima capacità restrittiva delle libertà e dei diritti fondamentali, si è posta comunque inesorabilmente la questione, supportata da diversi costituzionalisti, se il Presidente del Consiglio fosse legittimato alla loro adozione o se la riserva di legge prevista dall' art. 16 Cost. non imponesse unicamente l'uso dello strumento legislativo ordinario, tenuto conto che il necessario bilanciamento tra valori costituzionali in conflitto costituisce valutazione propria del Parlamento nell'esercizio della funzione che l'art.70 gli affida[31].

Conclusioni

In condizioni di emergenza sanitaria come quella causata dal COVID-19, che inevitabilemente comprime libertà fondamentali, tra cui la libertà economica, diventa molto importante stabilire i confini entro i quali la limitazione, se non la privazione di quelle libertà, può dirsi compatibile con i principi superiori del sistema, previsti dalle costituzioni e dalle carte internazionali sui diritti umani. L'emergenza richiede infatti un intervento proporzionato alla gravità della situazione, e necessario alla tutela di altri valori costituzionali. Tra questi, in particolare, si prospetta predominante la salute, diritto individuale e di interesse collettivo ai sensi dell'art. 32 Cost., valore che consente limitazioni di altre libertà per esplicita dizione della Costituzione[32]. La limitazione dei diritti fondamentali prevista dalla Costituzione in situazioni eccezionali è dunque possibile, a condizione che le procedure seguite

[30] Cfr. Le *Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome* del 16 maggio e dell'11 giugno 2020, reperibili, rispettivamente, nell'allegato 17 del d.P.C.M. 17 maggio e nell'allegato 9 del d.P.C.M. 11 giugno.

[31] Cfr. A. D'Andrea, *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, in *Questione Giustizia* on line, 20 aprile 2020.

[32] I diritti non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso, in cui altri diritti e altri interessi e beni possono legittimarne la portata. A tale proposito, non mancano i riferimenti nel testo costituzionale: il domicilio è inviolabile, ma sono ammessi accertamenti e ispezioni per motivi di sanità (art. 14 Cost.); ogni cittadino può circolare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni imposte dalla legge "in via generale" per ragioni sanitarie (art. 16 Cost., i Costituenti pensavano proprio ai cordoni sanitari); i cittadini hanno diritto di riunirsi, salvo le limitazioni giustificate da comprovati motivi di "incolumità pubblica" (art. 17 Cost.); l'iniziativa economica è libera, ma non può svolgersi in contrasto con la dignità e la sicurezza dei lavoratori (art. 41 Cost.).

siano in sintonia con i precetti costituzionali. Il giudizio di legittimità costituzionale, secondo la giurisdizione della Corte costituzionale, deve basarsi ai giudizi di valore[33] e alle forme di razionalità pratica[34], attenta agli effetti delle leggi, ai dati della realtà e alle caratteristiche del singolo caso, visto che i diritti non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso, in cui altri diritti e altri interessi e beni possono legittimarne la portata.

Come è stato già accennato anche le libertà economiche, oltre a dover essere orientate all'utilità sociale, possono essere limitate dalla legge; tali restrizioni devono però necessariamente essere limitati nel tempo e strettamente giustificati dalla situazione di emergenza. È legittimo, dunque, porrere la questione se la disciplina prodotta per contrastare l'emergenza sanitaria possa derogare in modo così forte ai principi costituzionali e se dinanzi ad una tale emergenza sia giustificata l'adozione per via amministrativa di misure dirette a farvi fronte, ispirate appunto alla logica della crisi causata dalla diffusione del COVID-19. Inoltre, sorge il dubbio se a fronte dell'emergenza epidemologica, esistono strumenti, a livello costituzionale come a livello legislativo, adeguati ad affrontare, alla base della Costituzione, anche un fenomeno, come quello di pandemia dichiarata al livello mondiale. Su questoargomento alcuni Autori sostengono, che in particolare, la normativa "emergenziale", nella misura in cui è intervenuta sulle attività riconducibili all'iniziativa economica privata, disponendone la sospensione o limitandone le modalità di esercizio, progressivamente modificando tali restrizioni in ragione dell'andamento della diffusione del virus, ha implicato senza dubbio operazioni di bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica, da un lato, e, principalmente, la tutela della salute e dell'incolumità pubblica, dall'altro. Ciò significa che tanto gli atti di rango primario, quali i decreti legge, quanto le fonti *extra ordinem* di rango secondario, quali i D.P.C.M. che, in attuazione dei primi, si sono susseguiti e sovrapposti nel corso della fase più acuta dell'emergenza[35], laddove hanno compresso la libertà di cui all'art. 41 Cost., lo hanno fatto senz'altro a tutela di beni e finalità che la stessa Costituzione individua espressamente quali possibili cause di limitazione di tale libertà[36].

Alcuni costituzionalisti segnalano però il pericolo di eclissi delle libertà costituzionali sottolineando che l'uso dei decreti legge, pur corretto durante emergenza covid, in quanto previsto in Costituzione proprio per far fronte a casi straordinari di necessità e d'urgenza, appare uno strumento inadeguato per supportare misure così

[33] C.C.la sent.n. 130 del 1988.

[34] C.C. sent.n. 172 del 1996.

[35] Il decreto legge è dunque strutturalmente limitato e finalizzato alla risposta all'emergenza, ovvero tenuto al rispetto dei requisiti di coerenza e proporzionalità rispetto all'obiettivo, oltre che temporalmente limitato, contempla il necessario intervento del Parlamento e la possibilità che il Presidente della Repubblica eserciti un ruolo di garanzia.

[36] Fra gli altri, in questo senso, G. Silvestri, *COVID-19 e Costituzione*, sul sito di Unicost-Unità per la Costituzione www.unicost.eu, 10 aprile 2020; A. Lucarelli, *Costituzione, fonti*…, p. 566; U. De Siervo, *Il contenimento di COVID-19: interpretazioni e Costituzion*e, Modena 2021, p. 14.

fortemente restrittive delle libertà fondamentali. Sostengono inoltre che durante la pandemia anche la Costituzione nella sua integrità finisce per essere soggetta ad un bilanciamento con l'emergenza, in cui è la Carta fondamentale a soccombere[37]. Diversi studiosi fanno anche notare, che il d.l. n. 6/2020, costituisce una base normativa di per sé troppo vaga e indeterminata, e come tale del tutto inadeguata a delimitare correttamente il potere d'emergenza affidato al Presidente del Consiglio dei ministri. Va messo in evidenza che quella indeterminatezza della disciplina legislativa, nell'ambito della libertà economica ha contribuito tra l'atro all'assenza di ogni criterio orientativo, per il titolare del potere, ai fini della selezione delle attività commerciali e produttive da sospendere o da consentire.

La polemica che riguarda la libertà economica, nonché altri diritti fondamentali, in condizioni di emergenza sanitaria dovuta dal COVID-19 non sembra per ora trovare per ora unasoluzione semplice ed univoca – tuttavia, come è stato opportunamente rilevato da alcuni commentatori: "La realtà ci consegna dunque una sospensione a scadenza incerta dei diritti fondamentali a colpi di decreti legge e di provvedimenti amministrativi. E se oggi dobbiamo accettare le limitazioni imposte ai nostri diritti in nome dell'emergenza ed a tutela della salute di tutti, non sottovalutando anche l'idoneità di detti strumenti a spiegare effetti immediati in una situazione che va affrontata con rapidità ed efficienza, abbiamo anche il dovere di percepire come giuristi e come cittadini l'eccezionalità di tali limitazioni, ricordando che un assetto democratico è incompatibile con uno Stato militarizzato e onnipresente che domina le nostre vite e i nostri spazi esistenziali". Il pericolo di eclissi delle libertà costituzionali nei tempi del covid può comunque essere scongiurato tenendo presente che "il saldo mantenimento e la salvaguardia dei principi del costituzionalismo democratico – legalità e Stato di diritto, garanzia dei diritti fondamentali, assetto pluralistico dei poteri, carattere democratico-rappresentativo delle istituzioni politiche – non possono né debbono mai essere sacrificati a presunte esigenze di efficienza e rapidità degli interventi"[38].

Bibliografia

Algostino A., *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di COVID-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, "Costituzionalismo.it" 2021, n. 1.

Azzariti G., *L'eccezione e il sovrano. Quando l'emergenza diventa ordinaria amministrazione*, "Costituzionalismo.it" 2020, n. 2.

Calamo Specchia M., *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, "Osservatorio Costituzionale Rivista AIC" 2020, n. 3.

Carlassare L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, "Costituzionalismo.it" 2009, n. 1.

Cassetti L., *Articolo 41*, in Clementi F., Cuocolo L., Rosa F., Vigevani G.E. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna 2018.

[37] Cfr. V. Onida, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme 2020.

[38] *Ibidem*.

Celotto A., *Necessitas non habet legem*, Modena 2020.
D'Andrea A., *L'emergenza sanitaria e il ruolo del Governo: qualche preoccupazione costituzionale senza disfattismo*, "Questione Giustizia" 2020, n. 3.
De Nes M., *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale* "BioLaw Journal –Rivista di BioDiritto" 2020, n. 2.
De Siervo U., *Il contenimento di Covid-19: interpretazioni e Costituzione*, Modena 2021.
Di Capua V., *Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni*, "Federalismi.it, Osservatorio emergenza COVID-19" 2020, n. 1.
Girotto D., *Commento all'art. 78 Cost.,Commentario breve alla costituzione*, (a cura di) Bartole S., Bin R., Padova 2008.
Ignazi P., Urbinati N., *Contagio e libertà*, Roma–Bari 2020.
Lucarelli A., *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, "Rivista AIC" 2020, n. 2.
Luciani M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, "Rivista AIC" 2020, n. 2.
Onida V., *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Milano 2020.
Pinelli C., *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, "Rivista di Diritti Comparati" 2020, n. 2.
Pinelli C*., Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, "Diritto pubblico" 2009, n. 2.
Russo M.F., *Libertà di iniziativa economica e dignità della persona umana*, "Magistraturaindipendente.it" 2017, n. 8.
Silvestri G., *Covid-19 e Costituzione*, "Unicost.eu" 2020, n. 4.
Sorrentino F., *Riflessioni minime sull'emergenza Coronavirus*, "Costituzionalismo.it" 2020, n. 1.
Tripodina C., *La Costituzione al tempo del coronavirus*, "Costituzionalismo.it" 2020, n. 1.

Sommario

La società italiana, come altre società di stampo liberale, si è trovata ad affrontare l'emergenza sanitaria causata dal virus SARS-CoV-2, che ha comportato drastiche limitazioni di alcune libertà fondamentali costituzionalmente protette, tra cui la libertà personale, la libertà di movimento, la libertà di riunione, nonché la libertà di iniziativa economica, comprimendole fino quasi ad annullarle. Per questo è sorto il problema di stabilire i confini entro i quali la limitazione, se non la privazione, di quelle libertà può dirsi compatibile con i principi superiori dell'ordinamento, previsti dalle costituzioni e dalle carte internazionali sui diritti umani. Ciò che desta perplessità dal punto di vista costituzionale non sono tanto le misure restrittive in sé, quanto le modalità con cui esse sono state adottate nell'ordinamento italiano, e che sono molto evidenti nell'esempio della libertà di iniziativa economica.

Parole chiave: libertà economica in Italia, libertà costituzionali, diritto dell'emergenza, pandemia COVID-19, normativa anti covid in Italia

ECONOMIC FREEDOM DURING THE COVID-19 IN ITALY – CONDITIONING AND LIMITATIONS

Summary

Italian society, like other liberal-minded societies, has been faced with the health emergency caused by the SARS-CoV-2 virus, which has led to drastic limitations on some fundamental constitutionally protected freedoms, including personal freedom, freedom of movement, freedom of assembly,

as well as freedom of economic initiative, compressing them to the point of almost nullifying them. For this reason, the problem has arisen of establishing the boundaries within which the limitation, if not the deprivation, of those freedoms can be said to be compatible with the higher principles of the legal system, provided for by the constitutions and international charters on human rights. What is perplexing from a constitutional point of view are not so much the restrictive measures in themselves, but rather the ways in which they have been adopted in the Italian legal system, and which are very evident in the example of economic freedom.

Keywords: economic freedom in Italy, constitutional freedoms, emergency law, COVID-19 pandemic, anti-covid legislation in Italy

WOLNOŚĆ GOSPODARCZA W OKRESIE EPIDEMII COVID-19 WE WŁOSZECH – UWARUNKOWANIA I OGRANICZENIA

Streszczenie

Społeczeństwo włoskie, podobnie jak inne społeczeństwa liberalne, stanęło w obliczu zagrożenia zdrowia spowodowanego wirusem SARS-CoV-2, które doprowadziło do drastycznego ograniczenia niektórych podstawowych wolności chronionych przez Konstytucję, w tym wolności osobistej, wolności przemieszczania się, wolności zgromadzeń i wolności inicjatywy gospodarczej, aż do ich prawie całkowitej eliminacji. Pojawił się w związku z tym problem ustalenia granic, w obrębie których ograniczenie, a nawet pozbawienie tych wolności może być uznane za zgodne z zasadami ustrojowymi przewidzianymi w konstytucjach czy też międzynarodowych kartach praw człowieka. Z konstytucyjnego punktu widzenia poważne wątpliwości wzbudzają nie tyle same środki ograniczające wspomniane prawa i wolności, co raczej sposoby, w jakie zostały one wprowadzone do włoskiego systemu prawnego, a które są bardzo widoczne na przykładzie ograniczeń wolności gospodarczej.

Słowa kluczowe: wolność gospodarcza we Włoszech, wolności konstytucyjne, prawo stanu wyjątkowego, pandemia COVID-19, ustawodawstwo anty-COVID we Włoszech

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.22

Karol Olejnik

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID: 0000-0002-7973-5063

PRAWO WŁAŚCIWE DLA UMÓW Z ZAKRESU PRAWA WŁASNOŚCI INTELEKTUALNEJ, ZE SZCZEGÓLNYM UWZGLĘDNIENIEM UMÓW LICENCYJNYCH

Wprowadzenie

Jednym z najważniejszych elementów tworzących dzisiejszą rzeczywistość ekonomiczną i społeczną są dobra niematerialne. Wiele rozwiniętych państw świata zawdzięcza im swoją pozycję na arenie międzynarodowej. W celu zapewnienia optymalnego wzrostu gospodarczego państwa zacieśniają współpracę, której skutkiem jest transfer technologii i związanej z nią *know-how*. Specyfika własności intelektualnej, związana z jej niematerialnym charakterem, widoczna jest w konstrukcjach prawnych umożliwiających obrót i korzystanie z tych dóbr. Co do zasady czynności prawne związane z własnością intelektualną przybierają formę umowy o przeniesienie praw albo umowy o korzystanie z tych praw, zwanej licencją. Ze względu na postępującą globalizację stronami tych umów często są podmioty z różnych państw. W sytuacjach, w których nie uregulowano kwestii wyboru prawa, pojawia się pytanie, jakie prawo będzie właściwe do rozstrzygania o stosunkach wynikłych z takich umów.

Niniejszy artykuł podejmuje tematykę prawa właściwego dla zobowiązań umownych wynikających z umów o przejście praw własności intelektualnej, w szczególności umowy licencji. Początkowo zasadniczą regulacją z tego zakresu była ustawa – Prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r.[1] Następnie, po rozpoczęciu procesu integracji Polski w Atenach 8 kwietnia 1994 r. od złożonego przez Polskę wniosku o członkowsko w Unii Europejskiej, wzrosło znaczenie regulacji wspólnotowych. Pierwszym międzynarodowym aktem podejmującym tematykę prawa właściwego dla umów licencji była konwencja rzymska[2] z 1980 r., która

[1] Ustawa z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 1965, nr 46, poz. 290 ze zm.), dalej: Prawo prywatne międzynarodowe z 1965 r.

[2] Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych otwarta do podpisu w Rzymie 19 czerwca 1980 r. (Dz.U. 2008, nr 10, poz. 57).

weszła w życie po jej ogłoszeniu w krajowym dzienniku ustaw 22 stycznia 2008 r. Postanowienia konwencyjne obowiązywały w Polsce niespełna 2 lata, do momentu wejścia w życie rozporządzenia Rzym I[3] 17 grudnia 2009 r., które obowiązuje do dziś. Regulacja ta zostanie omówiona w najszerszym zakresie ze względu na to, że właśnie w niej znajdziemy odpowiedź na pytanie o właściwość prawa dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej. Aktualnie obowiązująca krajowa regulacja – Prawo prywatne międzynarodowe[4] – w przeciwieństwie do ustawy z 1965 r., o której mowa wyżej, zawiera co prawda w rozdz. 10 przepisy określające prawo właściwe dla praw własności intelektualnej, choć nie porusza kwestii dotyczących umów[5]. W związku z tym, że prawa właściwego dla tego zagadnienia należy poszukiwać zgodnie z regułami określonymi w rozporządzeniu Rzym I, pominięto w poniższych rozważaniach postanowienia z polskiej ustawy.

Problematyka prawa właściwego dla umów licencji była szeroko podejmowana przez przedstawicieli doktryny na gruncie Prawa prywatnego międzynarodowego z 1965 r. Niektóre starsze prace z zakresu własności przemysłowej takich autorów, jak S. Sołtysiński czy M. Pazdan, straciły jedynie częściowo na znaczeniu pomimo nowego prawodawstwa unijnego oraz uchylenia powyższej ustawy 16 maja 2011 r.

Należy wskazać, że niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie zagadnienia prawa właściwego dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej w ogólności, poruszając tematykę zarówno umów prawnoautorskich, jak i własności przemysłowej. Wynika to z samej konstrukcji tego rodzaju kontraktów, które wykazują wyraźne podobieństwo we wszystkich obszarach dóbr niematerialnych[6]. Różnice w poszczególnych obowiązkach stron czy skutkach prawnych umowy pozostają bez znaczenia dla poniższych rozważań.

Prawo właściwe dla umów licencji w świetle rozporządzenia Rzym I

Rozporządzenie Rzym I jest niejako kontynuatorem konwencji rzymskiej. Obie regulacje dążą do tego, aby w sytuacji, w której strony umowy nie dokonają wyboru prawa, właściwe było prawo państwa najściślej związanego z kontraktem[7] (art. 4 ust. 5 konwencji rzymskiej i art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I). Unijny prawodawca zdecydował się w rozporządzeniu nr 593/2008 (w przeciwieństwie do

[3] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Dz. Urz. UE L 2008, nr 177), dalej: rozporządzenie Rzym I.

[4] Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 2015, poz. 1792 ze zm.).

[5] M. Pazdan, *Prawo Prywatne Międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, art. 46, s. 407.

[6] K. Grzybczyk, *Prawo właściwe dla autorskoprawnej umowy licencyjnej*, Warszawa 2009, rozdz. I: *Umowy z zakresu prawa autorskiego*.

[7] R. Sikorski, *Prawo właściwe dla umów licencyjnych o korzystanie z praw własności intelektualnej w świetle rozporządzenia Rzym I* [w:] *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*, red. P. Grzegorczyk, K. Weitz, Warszawa 2012, rozdz. I: *Wprowadzenie*.

konwencji rzymskiej) na jednoznaczne wskazanie prawa właściwego w odniesieniu do niektórych umów, najpopularniejszych w obrocie prawnym. Przykładem są m.in. umowa franczyzy czy dystrybucji, które wykazują elementy podobne do umowy licencyjnej. W obu regulacjach przyjęto również za wiodącą teorię świadczenia charakterystycznego (art. 4 ust. 2 konwencji rzymskiej i art. 4 ust. 2 Rzym I), która nie doznaje ograniczenia nawet przez wskazanie katalogu szczegółowych reguł kolizyjnych w art. 4 ust. 1 lit. a–h Rzym I[8]. Zatem decyzja prawodawcy europejskiego o zastąpieniu postanowień konwencji rzymskiej nową regulacją, ze względu na bezpośrednie wskazanie prawa właściwego w stosunku do niektórych umów, miała prowadzić do zwiększenia przewidywalności norm kolizyjnych i zapewnienia pewności prawa[9].

Przebieg poszukiwania prawa właściwego[10]

Poszukiwanie prawa właściwego dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej w świetle rozporządzenia Rzym I można przedstawić w postaci czterech punktów, przy czym należy wskazać, że jest to swego rodzaju uproszczenie:

1. Poszukiwania należy rozpocząć od sprawdzenia, czy strony umowy skorzystały ze swojego prawa wynikającego z art. 3 ust. 1 Rzym I do swobodnego wyboru prawa właściwego.
2. W sytuacji, w której strony nie dokonały powyższego wyboru, należy przejść do przepisu art. 4 ust. 1 Rzym I, w którym wskazano prawo właściwe dla poszczególnych rodzajów umów, z zastrzeżeniem polegającym na pierwszeństwie przepisów szczegółowych z zakresu umów przewozu, konsumenckich, ubezpieczenia i o pracę (tj. art. 5–8 Rzym I).
3. Jeśli zawarty przez strony kontrakt nie odpowiada rodzajem tym literalnie wskazanym w ust. 1, należy ustalić świadczenie charakterystyczne dla danej umowy. Miejsce zwykłego pobytu[11] strony, która zobowiązała się do spełniania takiego świadczenia, będzie wyznacznikiem prawa państwa, które będzie właściwe.
4. Jednak w przypadku niektórych umów jednoznaczne ustalenie świadczenia charakterystycznego może się okazać niemożliwe. Wtedy prawem właściwym będzie prawo tego państwa, z którym dany kontrakt wykazuje najściślejszy związek. Ta norma kolizyjna znajdzie zastosowanie również w przypadku, w którym inne prawo właściwe niż to ustalone na podstawie ust. 1 i 2 zdaje się mieć ściślejszy związek z daną umową (art. 4 ust. 3).

[8] *Ibidem*.

[9] Pkt 6 i 16 preambuły do rozporządzenia nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I).

[10] Art. 3, 4 Rzym I oraz R. Sikorski, *Prawo właściwe…*, rozdz. II: *Ogólna charakterystyka poszukiwania prawa właściwego dla umów licencyjnych w świetle postanowień rozporządzenia Rzym I*.

[11] Miejsce zwykłego pobytu jest ustalane zgodnie z art. 19 ust. 1–3 Rzym I.

Swoboda wyboru prawa właściwego

W rozporządzeniu Rzym I prawodawca unijny przewidział swobodę wyboru prawa właściwego dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej. Takiego wyboru strony mogą dokonać tylko spośród istniejących i obowiązujących systemów prawnych danego państwa. Należy wskazać, że może także być to system prawny kraju niebędącego członkiem Unii Europejskiej[12]. Ograniczenie to zostało wprowadzone pomimo tego, że w art. 4 ust. 2 projektu rozporządzenia[13] przewidziano możliwość wskazania jako prawo właściwe przepisów i zasad materialnego prawa umownego uznanego na poziomie międzynarodowym lub wspólnotowym. Zmiana w stosunku do pierwotnych założeń miała się przyczynić do zwiększenia pewności prawa.

Wyboru prawa właściwego można dokonać zarówno poprzez wyraźne wskazanie sytemu prawnego, jak i w sposób dorozumiany. W stosunku do konwencji rzymskiej pojęcie *dostatecznie pewny* zastąpiono w art. 3 ust. 1 Rzym I określeniem *jednoznaczny*. Powodem zmiany były problemy interpretacyjne pierwszego z pojęć oraz dążenie prawodawcy europejskiego do uzyskania większej przewidywalności[14]. Zgodnie z art. 3 ust. 2 Rzym I strony mogą zamieścić klauzule wyboru prawa właściwego w zawieranej umowie lub w każdym innym czasie, w formie porozumienia, nawet jeśli uprzednio dokonano wyboru innego prawa. Taka regulacja nasuwa pytanie o skuteczność postanowienia stron co do właściwego prawa dokonanego przed zawarciem umowy licencyjnej. Posłużenie się określeniem *w każdym czasie*[15] pomimo tego, że mogłoby sugerować skuteczność porozumień dokonanych przed wejściem przez strony w stosunek obligacyjny, rodzi pewne niebezpieczeństwo i niepewność. Chodzi tu w szczególności o sytuacje, w których zawarta zostałaby umowa licencyjna o innej treści, niż pierwotnie zakładano. Przeciwko przemawia też posłużenie się przez prawodawcę unijnego pojęciem strony, które implikuje, że podmioty muszą być stronami kontraktu licencyjnego, aby móc decydować o prawie dla niego właściwym.

W art. 3 ust. 1 Rzym I przewidziano możliwość wyboru prawa właściwego zarówno dla całej umowy, jak i tylko dla jej części. W przypadku, w którym strony dokonały wyboru różnych systemów prawnych dla poszczególnych postanowień umownych, następuje rozszczepienie statutu kontraktowego[16]. Oznacza to, że prawo materialne wskazane przez normy kolizyjne[17] będzie odmienne dla poszczególnych

---

[12] K. Grzybczyk, *Prawo właściwe*…, rozdz. IV: *Prawo właściwe dla zobowiązań wynikających z umowy licencyjnej*.

[13] Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) z 15 grudnia 2005 r., COM(2005) 650, wersja ostateczna.

[14] K. Grzybczyk, *Prawo właściwe*…, rozdz. IV.

[15] W angielskiej wersji językowej rozporządzenia: *at any time.*

[16] R. Sikorski, *Prawo właściwe*…, rozdz. III: *Wybór prawa przez strony umowy licencyjnej*.

[17] J. Poczobut, *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2017, *Wprowadzenie do problematyki prawa międzynarodowego prywatnego*, pkt 92.

jej elementów określonych w art. 12 ust. 1 Rzym I. Należy w tym miejscu wskazać, że zakres prawa właściwego ustalony na podstawie rozporządzenia Rzym I doznaje ograniczeń zgodnie z art. 12 ust. 2 w odniesieniu do sposobu wykonania oraz środków, które może podjąć wierzyciel w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania. W takiej sytuacji brane pod uwagę będzie prawo państwa, w którym następuje wykonanie umowy, zgodnie z zasadą *lex loci protectionis*, która zbiorczo określa przepisy mające na celu ochronę uprawnionych z patentu i osób trzecich w miejscu udzielenia praw wyłącznych[18]. Zatem poza statutem kontraktowym pozostanie np. ocena przesłanek udzielenia licencji na patent[19].

Swoboda wyboru prawa właściwego doznaje na gruncie rozporządzenia Rzym I pewnych ograniczeń. Przede wszystkim należy wskazać art. 3 ust. 3 i 4, w którym podkreślono, że dokonany przez strony wybór nie narusza stosowania tych przepisów, których nie można wyłączyć w drodze umowy. Chodzi tu zatem o przepisy, których przestrzeganie uważane jest przez państwo za tak istotny element ochrony jego interesów publicznych, że znajdują one zastosowanie do stanów faktycznych objętych ich zakresem bez względu na to, jakie prawo jest właściwe dla umowy zgodnie z rozporządzeniem Rzym I[20]. Dodatkowo na swobodę wyboru wypływ może mieć obowiązywanie klauzuli porządku publicznego[21].

Uznaje się, że sąd nie jest uprawiony do kwestionowania ważności dokonanego przez strony wyboru, nawet jeśli nastąpił on w sposób arbitralny przez jedną ze stron umowy. Pojawia się na tej podstawie problem z wyborem prawa właściwego dokonanym w drodze porozumienia stron, który jednak został niejako podyktowany przez stronę ekonomicznie silniejszą. W przeciwieństwie do relacji konsument–przedsiębiorca czy pracownik–pracodawca, nie ma regulacji szczegółowych, które chroniłyby interes strony słabszej w umowie licencyjnej. Jak podkreśla K. Grzybczyk, sytuacja braku równowagi między stronami może się pojawić w kontraktach prawnoautorskich między twórcami oraz licencjobiorcami, którzy z reguły mają lepszą pozycję negocjacyjną[22]. Sugerowałoby to zasadność wprowadzeniach takich przepisów szczegółowych. Uważam jednak, że umowy licencyjne ze względu na swój uniwersalny charakter i wykorzystywanie również w odniesieniu do własności przemysłowej nie dają się wyodrębnić na tyle skutecznie jak umowy konsumenckie czy pracownicze. Trudno bowiem w wielu stosunkach licencyjnych z góry ustalić stronę słabszą, dla której słuszne byłoby wprowadzenie dodatkowej ochrony[23].

---

[18] S. Sołtysiński, *Prawo właściwe dla licencji patentowych w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1989, nr 2, s. 35.

[19] *Ibidem*.

[20] Art. 9 Rzym I (przepisy wymuszające swoje zastosowanie).

[21] R. Sikorski, *Prawo właściwe*…, rozdz. III.

[22] K. Grzybczyk, *Prawo właściwe*…, rozdz. IV.

[23] Za przykład mogą posłużyć: umowa wzajemnego licencjonowania wynalazku między dwoma przedsiębiorcami (tzw. *cross-licenses*) czy umowa wydawnicza, w której po stronie autorskiej występuje wiele podmiotów z różnych państw.

Prawo właściwe w przypadku braku wyboru prawa

Przed wejściem w życie rozporządzenia Rzym I sporym poparciem w doktrynie i orzecznictwie cieszył się pogląd wskazujący jednakową regułę kolizyjną dla umów przenoszących prawa oraz udzielających licencji[24]. Zgodnie z teorią świadczenia charakterystycznego prawem właściwym jest prawo miejsca pobytu przenoszącego prawa lub udzielającego licencji. Potwierdzał to również projekt rozporządzenia Rzym I[25], który zaproponował wprowadzenia sztywnej reguły kolizyjnej odpowiadającej stanowisku dominującemu w piśmiennictwie. Zgodnie bowiem z projektowanym art. 4 ust. 1 lit. f umowa dotycząca własności intelektualnej lub przemysłowej jest regulowana prawem kraju, w którym osoba przekazująca lub nadająca prawa ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zakładając, że doszłoby do uchwalenia rozporządzenia Rzym I o zakładanej pierwotnie treści, tak surowa regulacja nie doznawałaby żadnego ograniczenia ze względu na to, że nie przewidywano możliwości przełamania reguły w sytuacji, w której dana umowa pozostaje w znacznie ściślejszym związku z państwem innym niż państwo wskazane w art. 4 ust. 1 lub 2 aktualnie obowiązującego Rzym I[26]. Ostatecznie prawodawca unijny zrezygnował z wprowadzania szczególnej reguły kolizyjnej dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej ze względu na szeroką krytykę przedstawicieli doktryny wskazującą przede wszystkim zbyt dużą ich różnorodność. Sztywna zasada wskazująca prawo właściwe w miejscu pobytu osoby przenoszącej lub nadającej prawo nie budziłaby co do zasady wątpliwości w większości przypadków. Jednak pojawiają się w obrocie prawnym umowy, dla których reguły z projektowanego rozporządzenia Rzym I nie byłyby trafione ze względu na występujący czasem wyjątkowy podział obowiązków dokonany przez strony. W zakresie umów licencyjnych za przykład posłużyć może kontrakt wydawniczy, który kładzie większy nacisk na eksploatację dzieła. Natomiast w zakresie przenoszenia prawa należałoby wskazać umowę czasowego przeniesienia lub umowę przenoszącą tylko część prawa (obie wykazują podobieństwo do kontraktu licencyjnego). Wydaje się, że ściślejszy związek z prawem innego państwa pojawia się też wtedy, kiedy wielu twórców mających miejsce pobytu w różnych państwach przenosi swoje prawa autorskie do jednego dzieła na jeden podmiot[27].

W art. 4 ust. 1 Rzym I wprowadzono natomiast sztywne reguły kolizyjne dla innych umów, które wykazują w pewnym stopniu podobieństwo do umów z zakresu prawa własności intelektualnej. Pierwszą z nich jest umowa franczyzy (ust. 1

[24] T. Targosz, *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, „LEX" 2010, s. 3. Autor, wskazując dominujący pogląd orzeczniczy, ma na myśli orzecznictwo zagraniczne ze względu na znikomą praktykę polskich sądów.

[25] Wniosek dotyczący rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) z 15 grudnia 2005 r., COM(2005) 650, wersja ostateczna.

[26] Art. 4 ust. 3 Rzym I. Mowa tu o klauzuli korekcyjnej, o której więcej w dalszej części opracowania.

[27] T. Targosz, *Umowy przenoszące*…, s. 2.

lit. e), w której nieodłącznym elementem jest zezwolenie na korzystanie ze znaku towarowego, często także pojawia się licencja na korzystanie z *know-how*, dóbr chronionych prawem autorskim czy rozwiązań chronionych prawem patentowym[28]. Prawem właściwym dla tej umowy jest prawo państwa, w którym franczyzobiorca ma miejsce zwykłego pobytu. Przyjęto w doktrynie, że w umowie franczyzy franczyzodawca zezwala franczyzobiorcy na korzystanie z określonej metody prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na sprzedaży towarów czy świadczeniu określonych usług, franczyzobiorca natomiast zobowiązuje się dokonać zapłaty[29]. Już *prima facie* widać, że jest to stosunek bardziej złożony od umowy licencyjnej. Warto jednak zwrócić uwagę, że ta reguła z art. 4 ust. 1 lit. e Rzym I stoi w opozycji do klasycznej teorii świadczenia charakterystycznego, bowiem franczyzobiorca jest tym podmiotem, który spełnia świadczenie pieniężne. Umową, która praktycznie zawsze zawiera elementy licencyjne, będzie również umowa dystrybucji. Sztywna reguła z art. 4 ust. 1 lit. f Rzym I wskazuje prawo państwa, w którym dystrybutor ma miejsce zwykłego pobytu. Treść takich kontraktów najczęściej obejmuje zezwolenie na korzystanie ze znaku towarowego, które może odrywać istotną rolę ze względu na wykorzystanie produktu w promocji[30].

Dla obu typów kontraktów wskazanych powyżej umowa licencyjna ma jedynie charakter pomocniczy wobec podstawowego zobowiązania, którym jest odpowiednio korzystanie z określonej metody prowadzenia działalności gospodarczej czy sprzedaż produktów[31]. Zatem sztywne reguły kolizyjne znajdą zastosowanie do umów o korzystanie z praw własności intelektualnej tylko w przypadku, kiedy umowy te będą miały charakter uzupełniający. W innych sytuacjach ze względu na prymat zasady świadczenia charakterystycznego poszukiwanie prawa właściwego będzie znacznie zbliżone do tego, które znane jest z konwencji rzymskiej[32].

Teoria świadczenia charakterystycznego

Na początku należy wskazać, że teoria świadczenia charakterystycznego jest głęboko zakorzeniona w doktrynie prawnej Unii Europejskiej. Została pierwotnie sformułowana przez A. Schnitzera na gruncie prawa szwajcarskiego. Następnie została przyjęta w konwencji rzymskiej jako pewnego rodzaju forma zobiektywizowania koncepcji najściślejszego związku umowy z prawem danego państwa.

[28] R. Sikorski, *Prawo właściwe*…, rozdz. IV: *Artykuł 4 ust. 1 lit. e Rozporządzenia Rzym I – szczególna reguła kolizyjna dla umów franchisingu*.

[29] *Ibidem*.

[30] *Ibidem*, rozdz. IV: *Artykuł 4 ust. 1 lit. f Rozporządzenia Rzym I – szczególna reguła kolizyjna dla umów dystrybucji*.

[31] *Ibidem*.

[32] *Ibidem*, rozdz. IV: *Podsumowanie rozważań odnoszących się do stosowania norm kolizyjnych wyrażonych w art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rzym I*.

W znaczący sposób ułatwiła ona ustalenie prawa właściwego dla umowy w sytuacji braku wyboru prawa przez strony[33]. Określenie prawa właściwego na jej podstawie opiera się na ustaleniu łącznika dla umowy od wewnątrz, a nie od zewnątrz stosunku. Tym samym teoria świadczenia charakterystycznego w świetny sposób wpisała się w postępującą globalizację prawa, pozostawiając bez znaczenia elementy mniej istotne, takie jak posiadane przez strony obywatelstwo, miejsce zawarcia umowy czy miejsce wykonania umowy[34].

Zgodnie z jedną z definicji[35] teoria świadczenia charakterystycznego zakłada, że dany stosunek zobowiązaniowy powinien podlegać prawu państwa, z którym powiązana jest strona umowy spełniająca świadczenie charakterystyczne dla danego stosunku. Łączy ona zatem dany kontrakt z najbliższym jego otoczeniem społecznym i ekonomicznym[36]. Wykorzystanie teorii świadczenia charakterystycznego nie powoduje problemów przy ustaleniu prawa właściwego dla zobowiązań jednostronnych oraz umów wzajemnych, w których świadczenie jednej ze stron ma charakter pieniężny, ponieważ charakterystyczne będzie to ze świadczeń, za które należna jest płatność[37], czyli np. przyznanie prawa do korzystania z danego składnika majątku[38]. Słusznie zatem byłoby przyjąć, że taki składnik majątku może mieć też charakter niematerialny, a samo ustalenie w ten sposób prawa właściwego będzie zasadne przy umowach o korzystanie z praw własności intelektualnej[39].

W przeciwieństwie do niektórych stosunków zobowiązaniowych, w przypadku umowy licencyjnej przedstawiciele doktryny są jednak zgodni, że nie jest możliwe określenie świadczenia, które zawsze będzie charakterystyczne, niezależnie od szczegółowych postanowień stron w danym stosunku[40]. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku umowy przenoszącej prawa[41]. W związku z powyższym w celu znalezienia prawa właściwego dla tego typu umów należy w każdym przypadku zbadać sytuację prawną każdej ze stron. Również na gruncie konwencji rzymskiej

[33] Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, Official Journal C 282, 31/10/1980 P. 0001–0050, komentarz do art. 4, nr 3.

[34] *Ibidem*.

[35] M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2007, s. 133.

[36] Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, Official Journal C 282, 31/10/1980 P. 0001–0050, komentarz do art. 4, nr 3.

[37] *Ibidem*.

[38] W raporcie dotyczącym konwencji rzymskiej z 1980 r. użyto sformułowania: *granting of a right to make use of an item of property*.

[39] R. Sikorski, *O prawie właściwym dla licencji praw autorskich*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2009, nr 4, s. 121.

[40] *Ibidem*, s. 122.

[41] Wyżej wskazane były umowy czasowego przeniesienia lub przenoszące tylko część prawa. W tych przypadkach trudno przyjąć, że są one bliżej związane ze środowiskiem społeczno-ekonomicznym państwa, w którym znajduje się siedziba przenoszącego prawo do własności intelektualnej.

dominował pogląd, zgodnie z którym charakterystyczne może być zarówno świadczenie licencjodawcy, jak i licencjobiorcy, w zależności od okoliczności danego stosunku. Zatem przyjęcie stanowiska przeciwnego[42] byłoby niezgodne z teorią świadczenia charakterystycznego[43], w której świadczenie niepieniężne nigdy nie będzie tym wyznaczającym punkt ciężkości umowy.

Klauzule korekcyjne

Prawodawca europejski był świadomy niedoskonałości reguł kolizyjnych wskazanych w art. 4 ust. 1 i 2 Rzym I. Podyktowane jest to przede wszystkim niemożliwością pełnego skategoryzowania wszystkich umów, które cechują się tak dużą różnorodnością. Stąd w art. 4 ust. 3 i 4 wprowadzone zostały reguły korekcyjne opierające się na poszukiwaniu prawa najściślej związanego z kontraktem, które niejako uzupełniają zasadniczy mechanizm wyboru prawa właściwego.

Zgodnie z art. 4 ust. 4 Rzym I jeżeli nie można ustalić prawa właściwego zgodnie z ust. 1 lub 2, umowa podlega prawu państwa, z którym wykazuje najściślejszy związek. W przypadku umów o korzystanie z praw własności intelektualnej wykorzystanie tej klauzuli korekcyjnej będzie miało miejsce w sytuacji, w której nie ma możliwości określenia, które ze świadczeń jest charakterystyczne. Za przykład posłużyć może tzw. umowa *cross-licenses*, w której obie strony są licencjodawcami i licencjobiorcami jednocześnie, ale również umowa, w której jeden podmiot zobowiązuje się do wytworzenia dzieła i zezwolenia na korzystanie z niego, a drugi natomiast do ponoszenia opłat licencyjnych i rozpowszechniania dzieła[44]. Wtedy należy ustalić, z którym państwem dana umowa ma ściślejszy związek, przez analizę relewantnych okoliczności, takich jak posiadane przez strony obywatelstwo, miejsce ich stałego pobytu, zawarcia umowy, ale także miejsce eksploatacji dobra[45]. Wzięcie pod uwagę ostatniej z powyższych okoliczności prowadzi do wniosku, że prawem właściwym będzie prawo miejsca zwykłego pobytu licencjobiorcy. W tym miejscu dochodzi przykładowo do znoszenia przez licencjodawcę korzystania z patentu, wykonania obowiązku korzystania z prawa przez licencjobiorcę, dostarczenia dokumentacji, sprzętu[46] oraz następuje przekazanie *know-how*. Miejsce eksploatacji dobra jest na tyle znaczącym czynnikiem,

[42] Stanowisko przeciwne, wskazujące, że świadczeniem charakterystycznym w każdym przypadku jest to, do którego zobowiązany jest licencjodawca, było podstawą projektowanego art. 4 ust. 1 lit. f rozporządzenia Rzym I. Natomiast sztywne reguły kolizyjne z art. 4 ust. 1 powstały właśnie na podstawie teorii świadczenia charakterystycznego z wyodrębnienia poszczególnych stosunków zobowiązaniowych niejako „przed nawias".

[43] R. Sikorski, *Prawo właściwe…*, rozdz. V: *Poszukiwanie świadczenia charakterystycznego w umowach licencyjnych – przegląd głównych stanowisk*.

[44] *Ibidem*, rozdz. VI.

[45] *Ibidem*.

[46] S. Sołtysiński, *Prawo właściwe…*, s. 25.

że w większości przypadków będzie przesądzało o prawie właściwym dla umowy licencji, z pierwszeństwem przed takimi okolicznościami, jak miejsce jej zawarcia, język, w którym została sporządzona, czy waluta, w której określono wysokość opłat licencyjnych[47].

Reguła wyrażona w art. 4 ust. 3 Rzym I, zgodnie z którą jeżeli ze wszystkich okoliczności sprawy wyraźnie wynika, że umowa pozostaje w znacznie ściślejszym związku z państwem innym niż państwo wskazane w ust. 1 lub 2, stosuje się prawo tego innego państwa, podobnie jak w przypadku ust. 4 ma zastosowanie w wyjątkowych przypadkach. Na gruncie prawa własności intelektualnej można wskazać sytuację, w której spółka przenosi wszelkie prawa związane z danym dobrem niematerialnym na zależną spółkę zagraniczną stworzoną w celu zawierania umów licencyjnych. Trudno w takim przypadku uznać, że prawem ściślej związanym będzie prawo państwa, w którym siedzibę ma ten wyodrębniony podmiot, ponieważ powiązanie takiej umowy będzie miało jedynie charakter przypadkowy[48].

Interesujący jest także fakt, że w polskiej wersji językowej rozporządzenia Rzym I określenie *najściślejszy związek* ma zdecydowanie słabszą wymowę niż jego odpowiednik w wersji angielskiej, który brzmi *manifestly more closely connected*[49]. Podkreślone tu zostało, że klauzule korekcyjne z art. 4 ust. 3 i 4 Rzym I mogą być wykorzystywane w absolutnie wyjątkowych okolicznościach.

Prawo właściwe w świetle konwencji rzymskiej

W związku z tym, że na podstawie art. 24 ust. 1 Rzym I konwencja rzymska została zastąpiona rozporządzeniem nr 593/2008 we wszystkich państwach członkowskich[50], a jej znaczenie sprowadza się głównie do wartości historycznej, rozważania na jej temat będą miały ograniczony charakter. Jej przedstawienie ma jednak wpływ na pełniejsze ukazanie procesu kształtowania się aktualnie obowiązujących regulacji dotyczących prawa właściwego dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej W szczególności ze względu na to, że wiele postanowień konwencyjnych zostało następnie powtórzonych w rozporządzeniu Rzym I[51]. W Polsce tekst konwencji rzymskiej został opublikowany w Dzienniku Ustaw 22 stycznia 2008 r., czyli w dniu, który uznaje się na wejście w życie

[47] R. Sikorski, *Prawo właściwe*…, rozdz. VI.

[48] *Ibidem*.

[49] T. Targosz, *Umowy przenoszące*…, s. 8.

[50] Z wyjątkiem tych terytoriów państw członkowskich, które są objęte terytorialnym zakresem zastosowania tej konwencji, a do których nie stosuje się niniejszego rozporządzenia zgodnie z art. 299 Traktatu.

[51] K. Grzybczyk, *Prawo właściwe*…, rozdz. IV: *Konwencja rzymska o prawie właściwym dla zobowiązań umownych*.

jej postanowień. Polska przystąpiła do konwencji bez ograniczania zakresu jej zastosowania[52].

Zgodnie z art. 1 konwencji zakres przedmiotowy aktu został ograniczony w stosunku do niektórych zobowiązań, w tym umownych. Jednak w ust. 2 nie ma mowy o umowach dotyczących własności intelektualnej, dlatego prawo właściwe zarówno dla kontraktów prawnoautorskich, jak i z zakresu własności przemysłowej ustalane było do 16 grudnia 2009 r.[53] na podstawie postanowień konwencyjnych.

Podobnie jak w rozporządzeniu Rzym I, regulacja prawa właściwego opierała się na kilku podstawowych zasadach. Zgodnie z pierwszą i nadrzędną z nich, wyrażoną w art. 3 konwencji, strony umowy miały swobodę wyboru prawa właściwego. Natomiast w przypadku niedokonania wyboru kontrakt podlegał prawu państwa, które wykazywało najściślejszy z nim związek. Przedstawiciele doktryny wskazywali, że chodzi o najściślejszy związek z danym państwem, a nie danym systemem prawnym[54]. Dla wprowadzenia bardziej przewidywalnego rezultatu poszukiwania prawa właściwego na gruncie konwencji posłużono się teorią świadczenia charakterystycznego. Zgodnie z art. 4 ust. 2 konwencji domniemywa się, że umowa wykazuje najściślejszy związek z tym państwem, w którym strona, na której spoczywa obowiązek spełnienia świadczenia charakterystycznego, w chwili zawarcia umowy ma miejsce zwykłego pobytu. Kontrakty licencyjne są jednak w przeważającej mierze zawierane pomiędzy profesjonalnymi uczestnikami rynku, stąd jeżeli umowa została zawarta w ramach działalności zawodowej lub gospodarczej strony, domniemywa się, że umowa wykazuje najściślejszy związek z państwem, w którym znajduje się jej główne przedsiębiorstwo, lub jeżeli zgodnie z umową świadczenie ma być spełnione przez inne przedsiębiorstwo niż główne – z państwem, w którym znajduje się to inne przedsiębiorstwo. Koncepcja Schnitzera jest również podstawowym sposobem wyznaczania prawa właściwego na gruncie rozporządzenia Rzym I. W młodszej regulacji dla osiągnięcia większej jednolitości prawodawca unijny poszedł o krok dalej, wskazując *expressis verbis*, które ze świadczeń jest tym charakterystycznym (art. 4 ust. 1 Rzym I).

Pojawiały się jednak sytuacje, w których określenie świadczenia charakterystycznego było niemożliwe (art. 4 ust. 5 konwencji). Wtedy ze względu na wyłączenie domniemania z ust. 2 wykazanie najściślejszego związku stawało się zadaniem trudniejszym, należało bowiem przeprowadzić „obiektywny test dotyczący wskazania najściślejszego związku, który ma za zadanie nie tyle odpowiedzieć na pytanie, jakiego

[52] Zgodnie z art. 22 ust. 1 konwencji rzymskiej każde umawiające się państwo może w czasie podpisywania, ratyfikacji, przyjęcia lub zatwierdzenia zastrzec sobie prawo niestosowania przepisów (dotyczy to art. 7 ust. 1 i 10 ust. 1 lit. e).

[53] Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 stosuje się od dnia następnego (tj. 17 grudnia 2009 r.) zgodnie z treścią art. 29 Rzym I (wyjątek stanowi art. 26 Rzym I, który stosuje się 17 czerwca 2009 r.).

[54] K. Grzybczyk, *Prawo właściwe*…, rozdz. IV.

państwa prawo strony wskazałyby, gdyby dokonały wyboru prawa, ile wskazanie najistotniejszego elementu umowy lub przynależności do określonej grupy umów"[55].

Podsumowanie

Zarówno w konwencji rzymskiej, jak i w jej następcy prawnym – rozporządzeniu Rzym I widać zrozumienie dla daleko idącej różnorodności umów z zakresu prawa własności intelektualnej. W aktualnych realiach gospodarczych nie ma miejsca na brak elastyczności w regulacjach stosunków zobowiązaniowych w ogólności. Co prawda niektóre umowy kształtują sytuację prawną stron w taki sposób, że można przyjąć sztywne reguły kolizyjne i jednoznacznie określić prawo dla nich właściwe[56], to jednak taki stan rzeczy nie odpowiada umowom o przeniesienie praw własności intelektualnej czy kontraktom licencyjnym. Z jednej strony traci na tym pewność i przewidywalność rozstrzygnięć prawnych, z drugiej natomiast umożliwia to dostosowanie regulacji do szczególnej charakterystyki danego stosunku. Rozwiązanie przyjęte przez europejskiego prawodawcę, wprowadzające koncepcję świadczenia charakterystycznego i klauzule korekcyjne, w mojej ocenie w pełni zasługuje na aprobatę[57].

W zakresie kontraktów licencyjnych przepisy rozporządzenia Rzym I pozwalają co do zasady przyjąć, że dla umów, w których licencjobiorca zobowiązany jest jedynie do okresowego dokonywania płatności na poczet opłat licencyjnych, świadczeniem charakterystycznym będzie świadczenie licencjodawcy. Natomiast jeśli na licencjobiorcę nałożone zostaną dodatkowe obowiązki[58], należy przyjąć, że to one na ogół stanowić będą charakterystyczne świadczenie, co przełoży się na prawo właściwe dla takiego stosunku[59].

Takiej elastyczności rozstrzygnięć nie zapewnia polska regulacja – Prawo prywatne międzynarodowe[60], która z góry ustala za właściwe prawo miejsca zamieszkania lub siedziby nabywającego prawo. Aktualność polskiej ustawy wiąże się z rozgraniczeniem statutu obligacyjnego i statutu patentowego czy prawnoautorskiego oraz wykorzystywaniem jej jedynie przy ustalaniu prawa właściwego dla danego prawa własności intelektualnej[61].

---

[55] *Ibidem*.

[56] Zob. art. 4 ust. 1 Rzym I.

[57] Elastyczne reguły kolizyjne dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej oceniane są pozytywnie w piśmiennictwie. Zob. R. Sikorski, *Prawo właściwe*…; M. Pazdan, *System Prawa Prywatnego*, t. XXb, Warszawa 2015.

[58] Przede wszystkim należy wskazać obowiązek korzystania z wynalazku czy innego dobra niematerialnego oraz obowiązek wydania utworu w określonym nakładzie (umowa wydawnicza).

[59] R. Sikorski, *Prawo właściwe*…, rozdz. XII.

[60] Chodzi tu zarówno o ustawę z dnia 4 lutego 2011 roku – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 2015, poz. 1792 ze zm.), jak i jej poprzedniczkę z dnia 12 listopada 1965 r. (Dz.U. 1965, nr 46, poz. 290 ze zm.).

[61] A. Nowicka [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. J. Poczobut, Warszawa 2017, art. 46 i 47.

Bibliografia

Grzybczyk K., *Prawo właściwe dla autorskoprawnej umowy licencyjnej*, Warszawa 2009.
Nowicka A. [w:] *Prawo prywatne międzynarodowe*. *Komentarz*, red. J. Poczobut, Warszawa 2017.
Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2007.
Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018.
Pazdan M., *System Prawa Prywatnego*, t. XXb, Warszawa 2015.
Poczobut J., *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2017.
Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, Official Journal C 282, 31/10/1980 P. 0001–0050.
Sikorski R., *O prawie właściwym dla licencji praw autorskich*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego" 2009, nr 4.
Sikorski R., *Prawo właściwe dla umów licencyjnych o korzystanie z praw własności intelektualnej w świetle rozporządzenia Rzym I* [w:] *Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*, red. P. Grzegorczyk, K. Weitz, Warszawa 2012.
Sołtysiński S., *Prawo właściwe dla licencji patentowych w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1989, nr 2.
Targosz T., *Umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe*, „LEX" 2010.

Streszczenie

Niniejszy artykuł podejmuje problematykę ustalania prawa właściwego dla umów z zakresu prawa własności intelektualnej w ogólności. Po przystąpieniu przez Polskę do Unii Europejskiej w stosunkowo krótkim okresie obowiązywały na jej terytorium różne akty prawne regulujące tę materię. Autor przedstawia aktualną procedurę ustalania prawa właściwego dla umów o przeniesienie praw niematerialnych i kontraktów licencyjnych na podstawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 593/2008 z 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I). Zaprezentowano kolejność działań przy ustalaniu prawa właściwego – począwszy od swobody wyboru prawa, przez sztywne reguły kolizyjne i koncepcję świadczenia charakterystycznego, aż po klauzule korekcyjne. Jednocześnie w tekście dokonano ogólnego porównania obecnie obowiązujących regulacji z przepisami konwencji rzymskiej z 1980 r., która była podstawą dzisiejszych unijnych rozwiązań. Autor szczególny nacisk położył na umowy o korzystanie z praw własności intelektualnej, dla których ustalenie właściwego prawa przysparza znacznie więcej problemów praktycznych.

Słowa kluczowe: prawo własności intelektualnej, umowy o przeniesienie prawa, umowy licencyjne, prywatne prawo międzynarodowe, prawo kolizyjne

LAW APPLICABLE TO THE CONTRACTUAL OBLIGATIONS IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW, WITH EMPHASIS ON LICENSE AGREEMENTS

Summary

This article deals with the issue of determining the law applicable to contracts in the field of intellectual property law in general. After Poland joined the European Union, in a relatively short period of time, various legal acts regulating the above-mentioned matter were in force. The author presents the

current procedure for determining the law applicable to contracts for the transfer of intangible rights and license contracts on the basis of the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Author presents the sequence of actions in determining the applicable law – from the freedom to choose the law, through set decisive rules and the concept of characteristic performance, to correction clauses. At the same time, the text compares the current regulations with the provisions of the Rome Convention of 1980, which was the basis of today's EU legal solutions. The author put particular emphasis on agreements for the use of intellectual property rights, for which the determination of the applicable law brings about more practical problems.

Keywords: intellectual property law, transfer agreements, license agreements, international private law, conflict of law

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.23

Sławomir Pawłowski

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
ORCID: 0000-0002-2060-6638

UMOWA PUBLICZNOPRAWNA – NIEWYKORZYSTANA SZANSA

Wprowadzenie

Jedną z form prawnych działania administracji publicznej, której potencjał wciąż pozostaje niewykorzystany, jest umowa publicznoprawna (umowa administracyjna). Przejawia się to przede wszystkim w tym, że w polskim systemie prawnym, odmiennie chociażby niż w systemie niemieckim, brak jest ogólnej podstawy prawnej do skorzystania z tej formy prawnej realizacji zadań publicznych. Podstawa prawna takich działań mogłaby się znaleźć zarówno w k.p.a., jak i w odrębnej ustawie ogólnej o podstawowym znaczeniu dla funkcjonowania administracji publicznej. W konsekwencji uwzględnienia tego postulatu załatwienie indywidualnej sprawy administracyjnej mogłoby następować nie tylko poprzez wydanie władczego, jednostronnego objawu woli organu determinującego sferę praw i obowiązków publicznoprawnych, ale także poprzez działania konsensualne, których istotą jest wypracowanie wspólnego stanowiska w wystarczającym stopniu satysfakcjonującego obu uczestników stosunku administracyjnego. Brak takiej ogólnej normy kompetencyjnej oznacza, że organy administracji mogą skorzystać z niej tylko wtedy, jeśli przepis szczególny na to pozwala. Z taką sytuacją w materialnym prawie administracyjnym mamy do czynienia stosunkowo rzadko. Umowa ta stanowić by mogła zatem alternatywę dla klasycznej formy działania publicznego.

Zagadnienia związane z uregulowaniem i wykorzystaniem umowy publicznoprawnej nie należą do prostych i oczywistych, a ewentualne jej wprowadzenie będzie zapewne źródłem kolejnych wątpliwości. Niemniej zakres potencjalnego zastosowania jest szeroki i niesie ze sobą wiele korzyści. Oznacza to, że ciągle aktualne jest promowanie tego rozwiązania, które finalnie powinno stać się trwałym elementem polskiego porządku prawnego. Z racji kilku prób wprowadzenia umowy publicznoprawnej do polskiego porządku prawnego, które ostatecznie nie zakończyły powodzeniem, zasadne jest twierdzenie, że jej brak jest przejawem

niewykorzystanego potencjału, jaki niesie ona ze sobą we współczesnym administrowaniu.

W artykule została wykorzystana metoda dogmatyczno-prawna oraz prawnoporównawcza.

Umowa publicznoprawna w innych krajach

Krajem, który najczęściej podaje się jako przykład funkcjonującej z powodzeniem umowy publicznoprawnej (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*)[1], są Niemcy. Wyróżniają one dwa rodzaje umów: koordynacyjne (zawierane pomiędzy równorzędnymi stronami) oraz suboordynacyjne (zawierane między organem administracji publicznej a podmiotem administrowanym, oparte na zasadzie nadrzędności i podporządkowania). Przedmiotem dalszego zainteresowania jest przede wszystkim druga z tych umów, gdyż pierwsza z nich, funkcjonująca jako porozumienie, znana jest polskiemu porządkowi prawnemu[2]. Nie jest jednak tak, że w ustawodawstwie niemieckim najpierw wprowadzono tę instytucję do prawa pozytywnego, a dopiero później nastąpiło praktyczne jej wykorzystanie. Jej początki łączyć należy z prawem budowlanym, co więcej – to właśnie w tej sferze, a więc inwestycyjnej, często znajduje zastosowanie.

W Niemczech obowiązuje zasada generalnej dopuszczalności umów publicznoprawnych, nie istnieje więc zamknięty katalog takich umów (*numerus clausus*), niemniej wyróżnia się dwa typy, o czym niżej, które można by określić jako umowy nazwane. Stanowią one tym samym właściwy instrument do załatwienia złożonych spraw administracyjnych czy nietypowych. Zapewne z tego powodu w piśmiennictwie niemieckim funkcje takich kontraktów charakteryzuje się za pomocą czterech określeń: elastyczność, kooperacja, przejrzystość i akceptacja[3].

Zgodnie z § 54 niemieckiej ustawy o postępowaniu administracyjnym[4] stosunek prawny z zakresu prawa publicznego może być zawarty, zmieniony lub zniesiony w drodze umowy publicznoprawnej, o ile nie stoją temu na przeszkodzie przepisy prawa. Stąd też stroną takiej umowy musi być zawsze organ administracyjny, a jej przedmiot normowany jest przepisami prawa administracyjnego. Umowa administracyjnoprawna rozstrzyga sprawę indywidualną i wywołuje skutki prawne jak decyzja administracyjna, a więc kończy postępowanie (§ 9 VwVfG). Musi być

[1] Zob. szerzej: F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2003, s. 941 i n.; B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*, „Państwo i Prawo" 2001, z. 3, s. 79; Z. Cieślik, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004, s. 12–13.

[2] W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych* [w:] *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, red. E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczyca, Kraków 1999, s. 121.

[3] F.O. Kopp, U. Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*…, s. 947–948.

[4] Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG, BGBl. I S 102/2003 ze zm. (dalej: VwVfG).

zgodna z prawem, wiąże organ i stronę jak akt administracyjny, może być wykonana także w drodze egzekucji. Istnieje możliwość odstąpienia od niej w określonych okolicznościach[5]. Co jednak najważniejsze, organ administracyjny posiada generalną kompetencję do jej zawierania, stąd nie musi legitymować się szczególnym upoważnieniem, jak ma to obecnie miejsce w Polsce. W przepisach odrębnych może być z kolei sformułowany zakaz zawierania takich umów[6].

Niemiecka ustawa wyróżnia wprost dwa typu umów administracyjnych: ugodę (*Vergleichsvertrag*, § 55 VwVfG) i umowę wymienną (*Austauschvertrag*, § 56 VwVfG). Pierwsza z nich mimo podobieństwa językowego nie przypomina ugody, o której stanowi polski k.p.a.[7] Jest to umowa usuwająca istotne niejasności co do rzeczywistego stanu faktycznego lub prawnego w drodze wzajemnych ustępstw. Stanowi ona nieco kontrowersyjny instrument, gdyż priorytet kładziony jest na skuteczność, sprawność administracji, co może nastąpić z naruszeniem zasady praworządności. Przemawiają za tym istotne wątpliwości co do stanu faktycznego i prawnego, które nie są możliwe do usunięcia bez znacznych kosztów czy wzajemnych ustępstw. Przeciwwskazaniem dla jej zawarcia może być przepis szczególny. Z kolei umowa wymiany nawiązuje do koncepcji umów dwustronnie zobowiązujących, gdyż związana jest ze wzajemnymi świadczeniami, do których zobowiązują się jednostka i organ.

W VwVfG unormowano także kwestię formy prawnej zawierania (pisemna, § 57), wkraczania w prawa osób trzecich (§ 58), wadliwości umów, w szczególności ich nieważności (§ 59), wadliwość następczej – klauzula *rebus sic stantibus*, wypowiedzenia umowy (§ 60), rygoru natychmiastowej wykonalności (§ 61). W nieuregulowanym zakresie stosuje się pozostałe przepisy VwVfG, a uzupełniająco przepisy k.c. (§ 62), niemniej roszczenia na tle tych umów podlegają kognicji sądów administracyjnych.

Drugim, w którym pojawiła się umowa prawa publicznego, jest francuski porządek prawny (*contrats administratif*)[8]. Nie jest ona jednak instytucją prawa pozytywnego, a wytworem orzecznictwa sądowego i doktryny. Stąd brak jednoznacznych przesądzeń co do jej kluczowym elementów. Wskazuje się zatem, że do jej zawarcia niezbędne jest zgodne oświadczenie woli, a jej treścią jest „zobowiązanie do osobistego i bezpośredniego współdziałania w wypełnianiu służby publicznej i wynikające stąd podporządkowanie administracji albo zastrzeżenie rozstrzygania sporów na tym tle do właściwości sądów administracyjnych"[9].

---

[5] B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna*…, s. 83.

[6] Zob. H. Maurer, *Allegemaines Verwaltungsrecht*, München 1999, s. 370.

[7] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2021, poz. 735 ze zm.).

[8] Zob. G. Vedel, *Droit administratif*, Paris 1973, s. 230.

[9] A. Krawczyk, *Umowa administracyjna* [w:] *Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym. Raport zespołu eksperckiego*, red. Z. Kmieciak, Warszawa 2016, s. 132, http://www.nsa.gov.pl/archiwum-aktualnosci/raport-ekspercki-nt-reforma-prawa-o-postepowaniu-administracyjnym,news,27,313.php?p=9 (28.04.2021).

Wynika z tego, że muszą być spełnione dwa warunki. Pierwszy, formalny, oparty na kryterium ustawowym, jest ziszczony, jeśli po jednej stronie stosunku prawnego występuje organ administracji publicznej. Jak podnosi J. Wegner, może tu chodzić o organ zarówno w znaczeniu ustrojowym, jak i funkcjonalnym, tzn. obejmuje się tym pojęciem także podmiot prawa prywatnego, któremu zlecono wykonywanie funkcji publicznych[10]. Kryterium to ma znaczenie podstawowe i jest prostsze w stosowaniu. Drugi warunek, materialny, zakłada, że przedmiotem tej umowy muszą być sprawy publicznoprawne, a więc musi być spełniona przesłanka *public service*, czyli wykonywania służby publicznej[11]. W umowie tej uprzywilejowaną pozycję posiada organ administracji publicznej, który w uzasadnionych przypadkach, podyktowanych ochroną interesu ogólnego, może jednostronnie ją rozwiązać, co następuje za odszkodowaniem[12].

Wśród innych państw, w których unormowana jest umowa prawa publicznego, wskazać można Finlandię (ustawa o postępowaniu administracyjnym z 2003 r.), Grecję (Kodeks postępowania administracyjnego z 1999 r.), Hiszpanię (ustawa o reżimie prawnym administracji publicznej i postępowaniu administracyjnym powszechnym z 1992 r.), Włochy (ustawa o postępowaniu administracyjnym z 1990 r.), Estonię (ustawa o postępowaniu administracyjnym z 2001 r.)[13], Portugalię (odrębna ustawa – Kodeks umów publicznych nr 18/2008 z 2008 r.[14]), Chorwację, Czechy[15] czy Gruzję[16].

Powyższe wskazuje, że umowa prawa publicznego, w szczególności subordynacyjna, od wielu lat z powodzeniem funkcjonuje w europejskim porządku prawnym, stanowiąc alternatywę dla klasycznej formy prawnej działania administracji publicznej.

Umowa publicznoprawna w Polsce – próby uregulowania

Umowa publicznoprawna stanowi przykład rozwijania idei „państwa współpracującego", w którym jednostkę traktuje się nie tylko jako podmiot podporządkowany władzy państwowej, ale również podmiot partycypujący, a więc mający wpływ na

[10] J. Wegner, *Przyszłość form konsensualnych w postępowaniu administracyjnym*, „Studia Prawa Publicznego" 2019, nr 2, s. 55.

[11] Zob. B. Asso, F. Monera, J. Hillairet, A. Bousquet, *Contentieux administratif*, Levallois Perret 2006, s. 21.

[12] J. Wegner, *Przyszłość form*…, s. 56.

[13] Zob. więcej na ich temat: Z. Kmieciak, *Postępowanie administracyjne w Europie*, Warszawa 2010.

[14] Portugalski Kodeks umów publicznych z 28 stycznia 2008 r., http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/CCPTextoconsolidadojan2016.pdf (18.02.2019).

[15] Kodeks postępowania administracyjnego z 24 czerwca 2004 r., Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.

[16] A. Kubiak, K. Tskhadadze, *Ogólny kodeks administracyjny Gruzji*, „Samorząd Terytorialny" 2006, nr 5, s. 61–73.

wydawane rozstrzygnięcia[17]. Jak już wspomniano, klasycznie, po części za doktryną niemiecką, wyróżnia się dwa rodzaje umów publicznoprawnych: koordynacyjne, zawierane przez równorzędne podmioty, oraz subordynacyjne, w których między stronami występuje relacja podporządkowania. Te pierwsze w Polsce są od dawna wykorzystywane i noszą nazwę porozumień. W drugim przypadku stroną stosunku administracyjnoprawnego jest jednostka (osoba fizyczna lub prawna) nienależąca do struktur administracji publicznej. Jako przykłady takich umów na gruncie prawa niemieckiego B. Dolnicki wskazuje umowę między pracodawcą a pracownikiem (urzędnikiem) w sprawie obowiązku zwrotu kosztów szkolenia w razie wcześniejszego wystąpienia ze służby, w sprawie szczególnego korzystania z drogi publicznej, w sprawie dodatkowych kosztów wybudowania kanalizacji, w sprawie kosztów pobytu cudzoziemca, w sprawie przyznania i wypłaty subwencji[18]. We wskazanych wyżej przykładach uwidacznia się jedna z zalet tej konsensualnej formy działania – organ administracji publicznej może załatwić sprawę administracyjną nie w klasycznej władczej, jednostronnej formie, czyli akcie administracyjnym, ale alternatywnej – umowie publicznoprawnej.

W rodzimym prawodawstwie zasadniczo panuje zgodność co do potrzeby włączenia tej instytucji do sytemu prawnego, a dokładniej do administracyjnego prawa procesowego[19]. Przy tym wypowiedzi na temat umów w administracji są formułowane od wielu lat po transformacji ustrojowej. Przytoczyć można chociażby monografię zbiorowa pod redakcją J. Bocia[20] czy autorską Z. Cieślaka[21] i wiele innych. Dodać należy, że już w okresie powojennym J.S. Langrod sformułował pogląd o potrzebie uwzględnienia w formach prawnych realizacji zadań publicznych umów[22].

Kolejną zaletą byłaby, poprzez wprowadzenie regulacji prawnej, możliwość ujednolicenia dotychczasowych poglądów doktryny na tę umowę. Jest to tym bardziej potrzebne, że charakterystyka umów w administracji ze względu na ich różnorodność nie jest łatwa. Z pewnością zatem regulacja miałaby charakter porządkujący.

W duchu tych postulatów w krajowym prawodawstwie w ostatnim czasie podjęto próby wprowadzenia tej umowy do sytemu prawnego. W pierwszej kolejności wypada wskazać inicjatywę pod kierunkiem Rzecznika Praw Obywatelskich, której wynikiem jest projekt ustawy Przepisy ogólne prawa administracyjnego (POPA)[23]

---

[17] Zob. K. Obermayer, *Komentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Neuwied–Kriftel 1999, s. 1040–1041.

[18] B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna*…, s. 81.

[19] Z nowszej literatury np. I. Lipowicz, *Prawne formy działania administracji publicznej – między stabilizacją a potrzebą przełomu*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, nr 4, s. 42 i n.; A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, s. 128.

[20] *Umowy w administracji*, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008.

[21] Z. Cieślik, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004.

[22] J.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 2003, s. 313–314.

[23] Była to już trzecia próba stworzenia tych przepisów – projekt pochodzi z 2008 r. Pierwsza próba miała miejsce w 1988 r., a druga – w 1996 r.

zawierający w rozdz. 6 kooperacyjne formy realizacji zadań publicznych: porozumienie i umowę administracyjną[24]. Artykuł 42 ust. 1 POPA stanowił, że „organ administracji publicznej, właściwy do załatwienia sprawy zakresu administracji publicznej w drodze decyzji administracyjnej albo poprzez podjęcie innego aktu lub czynności władczej, uprawniony jest do zawarcia umowy z osobami, których interesów prawnych lub obowiązków sprawa dotyczy, o ile nie stoją temu na przeszkodzie przepisy szczególne (umowa administracyjna)". Niewątpliwie zawierał on generalne upoważnienie do zawierania umów, o ile przepis szczególny nie wyłączał takiej możliwości. Z kolejnych ustępów wynikało, że umowa taka zastępowałaby decyzje administracyjne lub inne czynności władcze. Mogłaby z jednej strony służyć do ustalenia stanu faktycznego lub stanu prawnego w sprawach, w których ustalenie okazało się niemożliwe albo wymagało poniesienia kosztów niewspółmiernych wobec celu postępowania. W takim wypadku byłaby ona swego rodzaju kompromisem, układem. Koncepcja ta nawiązywała do ugody w VwVfG. Z drugiej strony również umowa taka mogła zobowiązywać stronę do świadczenia na rzecz organu administracji publicznej, które miałoby się mieścić w ramach zadań publicznych przypisanych temu organowi przepisami prawa. Byłaby to zatem recepcja niemieckiej umowy wymiany. Wskazano również formę prawną jej zawierania, kwestie bezskuteczności, niewykonania umowy przez organ administracji publicznej (skarga na bezczynność), a także odesłania w sprawach zawierania i wykonywania w sprawach nieuregulowanych do przepisów k.c.

D.R. Kijowski jest zwolennikiem poglądu, że z racji tego, iż umowę tę należy kwalifikować do materialnego prawa administracyjnego, nie powinna być ona częścią k.p.a.[25] Z racji jednak tego, że ostatecznie projekt nie był procedowany, pomysł uwzględnienia jej w przepisach procesowych powrócił podczas prac nad opracowaniem koncepcji modyfikacji postępowania administracyjnego przygotowanej przez zespół powołany decyzją Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2012 r. Umowa administracyjna została ujęta w rozdz. 7b, w art. 113l–r w sposób lakoniczny. Wiele kwestii zostało unormowanych bardzo podobnie jak w POPA, np. układ, zajęcie stanowiska przez inny organ, forma prawna, pojawiły się jednak nieliczne nowe kwestie. Przykładowo art. 113m wprowadzał zasadę, że zawarcie umowy czyni niedopuszczalnym wydanie decyzji w tej samej sprawie (chyba że zachodzi nieważność umowy), a art. 113n § 1 umożliwiał organowi administracji publicznej odroczenie wydania decyzji, jeżeli strona złożyła oświadczenie o zamiarze zawarcia umowy, a organ uznał to za możliwe i celowe. Dopiero jeśli jej zawarcie byłoby niemożliwe lub istotnie ograniczone, to załatwienie sprawy administracyjnej następowałoby przez wydanie decyzji.

[24] Sejm RP VI kadencji, druk nr 3942, wniosek z dnia 29 grudnia 2010 r.

[25] D.R. Kijowski, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego – trzecie podejście*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2008, nr 60, s. 16.

Wskazana powyżej lakoniczność wynika ze zmiany pierwotnej koncepcji. O ile początkowo zamiarem projektodawców było przejęcie rozwiązań z POPA, o tyle ostatecznie nie skorzystano ze wszystkich propozycji. Między innymi zrezygnowano z wprowadzenia umowy wymiany, którą to modyfikację uznać należy za doniosłą. Wynika to z szerszego kontekstu. Mianowicie w obu propozycjach musiano zmierzyć się z dylematem funkcji tej umowy, tzn. czy ma ona stanowić alternatywę dla aktu administracyjnego, towarzyszyć mu, czy też nie ma być z nim związana. W obu projektach widoczna jest zgoda co do tego, że stanowić będzie alternatywę dla decyzji administracyjnej. Jak wskazuje A. Krawczyk, relacje te mogą być bardziej złożone, ale z racji braku tradycji z krajowej kulturze prawnej tej formy prawnej działania zdecydowano się skorzystać tylko z tych rozwiązań niemieckich, które są sprawdzone i uznane za bezsporne[26].

Z innych doniosłych zmian wskazać można zrezygnowanie w przypadku oceny skutków wadliwości umów administracyjnych z koncepcji „bezskuteczności" na rzecz koncepcji ich „nieważności" (art. 113). Zrezygnowano także ze sformułowanej w POPA drogi dochodzenia roszczeń w razie niewykonania umowy przez organ, tj. roszczeń odszkodowawczych i możliwości żądania ustalenia istnienia obowiązku jej wykonania oraz jego treści, na rzecz skargi na bezczynność organu.

Ostatecznie jednak złożony projekt nowelizacji k.p.a. z dnia 28 grudnia 2016 r. nie zawierał rozdz. 7b *Umowa administracyjna* (art. 113l–r)[27]. W konsekwencji doniosła nowelizacja k.p.a. z dnia 7 kwietnia 2017 r.[28] nie wprowadziła kontraktu administracyjnego do kanonu form działania administracji publicznej.

Umowa publicznoprawna a umowy w administracji w polskim prawodawstwie

Na wstępie podnieść należy, że umowę publicznoprawną charakteryzuje brak swobody kontraktowania właściwy dla umów prawa prywatnego. Dotyczy to zarówno dowolnego kształtowania treści tych umów, jak i wyboru kontrahenta. Nadto celem takiej umowy jest zaspokojenie potrzeb ogółu, a więc jest ona związana z realizacją zadań publicznych, co niekiedy może następować przy braku równorzędności uczestników tego stosunku prawnego[29]. Niemniej te skromne, aczkolwiek kluczowe wytyczne nie są uznawane w judykaturze za wystarczające dla jej wyodrębnienia i wiele z zawieranych umów w administracji traktowanych jest jako prywatnoprawne. Sytuacja ta nie powinna szczególnie dziwić, gdyż w umowach tych często występują pierwiastki

[26] A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, s. 140.

[27] Nr druku 1183, s. 151, https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1183 (8.03.2021).

[28] Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 935).

[29] Tak samo: L. Staniszewska, *Zagadnienia konstrukcyjne umów publicznoprawnych*, „Studia Prawa Publicznego" 2019, nr 3, s. 149.

publicznoprawne i prywatnoprawne, a przewaga jednego z nich często determinuje ostateczną klasyfikację danego kontraktu. A z racji braku normatywnego ujęcia umowy publicznoprawnej w sposób generalny niejako naturalnym punktem odniesienia jest prawo powszechne, czyli cywilne, co następuje nawet wtedy, gdy występują wskazane powyżej cechy charakterystyczne dla umów zawieranych przez administrację.

Wobec powyższego klasyfikacja umów publicznoprawnych nie jest łatwa, a tym bardziej oczywista[30]. Niektórzy przedstawiciele doktryny przeprowadzają ją w oparciu o zaprezentowaną wcześniej regulację niemiecką, która z racji chociażby jednej z dłuższych tradycji jej stosowania stanowi ważny punkt odniesienia, i to nie tylko dla polskiej dogmatyki. Inni z kolei przedstawiają autorskie rozwiązania[31]. Generalnie za A. Błasiem można wyróżnić dwa podstawowe typu umów w administracji: umowy cywilnoprawne i administracyjnoprawne (publicznoprawne)[32]. Z kolei według D.R. Kijowskiego umowy publicznoprawne mają trzy podtypy: umowy międzynarodowe, porozumienia administracyjne (umowy koordynacyjne), typowe umowy administracyjne (umowy subordynacyjne)[33]. Zaprezentowane przykładowe podziały nie odzwierciedlają jednak złożoności tej problematyki na gruncie polskiego ustawodawstwa. Dzieje się tak z oczywistego powodu – brak wzorca czy zrębowych przepisów kształtujących umowę publicznoprawną skutkuje tym, że ustawodawca na potrzeby konkretnej regulacji w sposób mniej lub bardziej kompleksowy określa *essentialia negotii* dopuszczalnych umów. Ich charakter prawny nie jest przy tym jednoznaczny, stąd zasadne jest posługiwanie się również szerszym pojęciem – umowy w administracji.

Aby jednak zobrazować występujące zróżnicowanie w postrzeganiu poszczególnych umów w administracji, wskazać należy te sfery oraz te przepisy szczególne, w których ustawodawca posługuje się terminem *umowa w prawie publicznym*. Technika legislacyjna jest przy tym różnorodna – od metody niemalże zupełnej regulacji po lakoniczne, niejako zdawkowe jedynie wskazanie, że formą prawną działania jest umowa.

Współcześnie doniosłą rolę odgrywa umowa partnerstwa publiczno-prywatnego[34], jednak jej klasyfikacja nie jest oczywista. Jak wskazuje Z. Cieślik, umowy te mogą stanowić zarówno przykład umowy subordynacyjnej, a więc zastępować akt administracyjny, jak i nie pozostawać z nim w żadnym związku[35]. Zarówna ta

[30] *Ibidem*, s. 140.

[31] S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych*. *Problematyka prawna*, Warszawa 1994, s. 121–124.

[32] A. Błaś, *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych* [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, red. M. Stahl, J.P. Tarno, M. Górski, Łódź 2000, s. 335.

[33] D.R. Kijowski, *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji*, „Państwo i Prawo" 1987, z. 6, s. 78.

[34] Art. 7 i n. ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. 2021, poz. 711 ze zm.).

[35] Z. Cieślik, *Umowa administracyjna*…, s. 44 i n.

umowa, jak i umowa o koncesję na roboty budowlane lub usługi[36] czy umowa o dotację celową na realizację zadań publicznych[37] są zbliżone do niemieckiej umowy wymiany. Niemniej z racji tego, że nie są powiązane w żaden sposób z decyzją administracyjną, zdaniem A. Krawczyk nie można ich ująć jako konstrukcji administracyjnego prawa procesowego[38]. Innymi słowy – nie powinny one wchodzić w zakres przedmiotowy umów publicznoprawnych w zaprezentowanych projektach. Stąd też wielokroć traktuje się je jako umowy zawierane w sferze prywatnoprawnej. Ma to miejsce w szczególności w stosunku do umowy dotacyjnej, mimo że brak w niej swobody w zakresie wyboru kontrahenta, kształtowania treści umowy czy sposobu kontraktowania[39].

Niezależnie od powyższego zdarza się i tak, że mimo iż podstawa prawna, a więc kompetencja organu do zawierania umów w administracji, powinna wynikać z umocowania ustawowego, to niekiedy treść tych umów normowana jest aktami podustawowymi[40]. Trudno uznać za sanującą okoliczność, że delegacja do normowania tych treści wynika wprost z ustawy, gdyż nie usuwa to wątpliwości co do naruszenia zasady prymatu ustawy przy ograniczaniu praw i wolności jednostki (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Równie trudne w jednoznacznej ocenie jest zawarcie w porozumieniu, a więc umowie koordynacyjnej, upoważnienia do zawierania umów prywatnoprawnych, gdzie treść tych umowy określa się w załączniku do tego porozumienia[41].

W praktyce ze względu na brak generalnej regulacji prawnej umowy publicznoprawnej oraz ograniczania jej w doktrynie i judykaturze do porozumień administracyjnych, a więc sfery wewnętrznej, wielu umowom zawieranym przez administrację przypisuje się charakter mieszany. Oznacza to, że zazwyczaj cząstkowo normuje się jej elementy ustawie, a w pozostałym zakresie odsyła się do przepisów k.c. Takie nieznaczne określenie ich treści znajduje się np. w ustawie z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (art. 136)[42] czy ustawie z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (art. 41)[43].

---

[36] Art. 3 ust. 1 ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. 2021, poz. 541 ze zm.).

[37] Art. 151 i 250 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2021, poz. 305 ze zm.).

[38] A. Krawczyk, *Umowa administracyjna*, s. 142.

[39] Zob. A. Ostrowska, *Koncepcja umowy administracyjnej na przykładzie umowy o dotację w świetle polskich i zagranicznych regulacji*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu" 2018, nr 3, s. 23.

[40] Zob. art. 12a ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. 2021, poz. 573 ze zm.).

[41] Zob. porozumienie nr 37 z dnia 30 grudnia 2020 r. zawarte pomiędzy Wojewodą Dolnośląskim a Zarządem Województwa Dolnośląskiego w sprawie powierzenia Województwu Dolnośląskiemu zadania publicznego związanego z zapewnieniem funkcjonowania dyspozytorni medycznych na terenie województwa dolnośląskiego (Dz.U.W.Dolno. 2020. poz. 7365).

[42] Dz.U. 2020, poz. 1398 ze zm.

[43] Dz.U. 2021, poz. 523 ze zm.

Z kolei przykładem umowy subordynacyjnej są kontrakty socjalne[44], umowa ekspropriacyjna czy umowa urbanistyczna. Ostatnia z nich stanowi egzemplifikację niedawno, tj. w 2015 r., wprowadzonych rozwiązań w prawie zagospodarowania przestrzeni[45]. Na jej podstawie inwestor w ramach realizacji inwestycji głównej na nieruchomości niezabudowanej zobowiązuje się do budowy na swój koszt i do nieodpłatnego przekazania na rzecz gminy inwestycji uzupełniających w postaci infrastruktury technicznej, społecznej lub lokali mieszkalnych. Stanowi to warunek uzyskania pozwolenia na budowę. W ramach inwestycji uzupełniających możliwe jest również zobowiązanie go do budowy na swój koszt i do nieodpłatnego przekazania na rzecz gminy lokali innych niż mieszkalne, przeznaczonych na potrzeby działalności kulturalnej, społecznej, edukacyjnej lub sportowej. Wymiar zobowiązań ma być proporcjonalny do wzrostu wartości nieruchomości w wyniku uchwalenia albo zmiany miejscowego planu rewitalizacji. Ukończenie inwestycji uzupełniającej stanowi warunek przystąpienia do użytkowania obiektów budowlanych stanowiących inwestycję główną. W takim wypadku inwestor jest też zwolniony z renty planistycznej oraz opłaty adiacenkiej. Zdaniem M. Krusia jest wiele argumentów przemawiających za jej publicznoprawnym charakterem: dotyczy ona spraw publicznych (zadań publicznych organu), jej zawarcie służy realizacji celów publicznych, nawiązuje się nią stosunek administracyjnoprawny, a organ będący jej stroną jest związany przed wszystkim zasadą praworządności, a nie swobodą kontrahowania[46]. W sprawie jej charakteru prezentowane są także inne stanowiska[47].

Natomiast przykładem rozbieżności w kwestii charakteru prawnego umów zawieranych przez administrację w krajowym porządku prawnym jest umowa ekspropriacyjna stanowiąca obligatoryjny, wstępny etap pozyskiwania nieruchomości na realizację inwestycji celu publicznego[48]. Szczególnie w przypadku tej umowy aktualny staje się postulat szerszej debaty na temat generalnego wprowadzenia umowy publicznoprawnej do systemu prawnego, gdyż przez wiele lat była ona niezasadnie traktowana jako umowa objęta pełną swobodą kontraktowania, czyli umowa prawa prywatnego[49]. Dopiero w 2017 r. Trybunał Konstytucyjny dostrzegł, że umowa ta zawierana jest pod groźbą, przymusem wywłaszczenia w drodze aktu

[44] Zob. I. Sierpowska, *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2012, s. 318–320.

[45] Zob. art. 37i ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. 2021, poz. 741 ze zm.).

[46] M. Kruś, *Umowa urbanistyczna jako przykład umowy administracyjnej na tle polskiego i europejskiego porządku prawnego*, „Studia Prawa Publicznego" 2019, nr 3, s. 136.

[47] Zob. P. Ruczkowski, *Umowa urbanistyczna w procesie rewitalizacji – charakter prawny i konsekwencje prawne jej zawarcia*, „Annales UMCS" 2020, nr 1, s. 93.

[48] Zob. S. Pawłowski, *Pojęcie, przedmiot i charakter prawny umowy* wywłaszczeniowej (*ekspropriacyjnej*), „Zeszyty Naukowe KUL" 2018, nr 4, s. 155–167.

[49] Zob. np. wyrok NSA z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. I OSK 507/05, Lex nr 194064; wyrok SN z dnia 20 września 2013 r., sygn. II CSK 703/12, Lex nr 1383075; uchwała SN z dnia 24 września 1992 r., sygn. III AZP 11/92, OSNCP 1993, nr 6, poz. 93.

administracyjnego, stanowiąc w istocie alternatywę dla aktu administracyjnego[50]. W praktyce oznaczało to, że osoba, która w trybie tej umowy przekazała nieruchomości na cele publiczne, a więc ułatwiając i przyspieszając realizację zadania publicznego, była gorzej traktowana niż osoba, która zgody takiej nie wyraziła. Nadmienić należy, że jej brak skutkuje obowiązkiem wszczęcia formalnego postępowania wywłaszczeniowego – pozyskanie nieruchomości na cele publiczne znacząco się wydłuża. Mimo tych wydawałoby się oczywistych konsekwencji do momentu wydania wspomnianego wyroku Trybunału Konstytucyjnego pod względem gwarancji ochrony prawa własności osoby, które nie przystąpiły do umowy, były lepiej traktowane, co wyrażało się przede wszystkim w objęciu ich obowiązkiem zwrotowym.

Podsumowanie

Do niekwestionowanych zalet umów publicznoprawnych należy możliwość wpływania podmiotów administrowanych na treść stosunków administracyjnoprawnych. Umowy te są nie tylko wyrazem konsensusu, jaki należy osiągnąć pomiędzy uczestnikami tych stosunków, ale stają się nadto wyrazem uczestniczenia, partycypacji w realizacji zadań publicznych, a więc trendu, na który kładzie się nacisk obecnie w naukach o prawie administracyjnym i administracji[51]. Zgodzić się należy z J. Wegner, że konstruując umowę publicznoprawną, w prawie polskim warto skorzystać z doświadczeń innych państw, które tylko potwierdzają popularność i przydatność tej instytucji[52].

Mimo wydawałoby się wielu oczywistych zalet takich umów w Polsce ciągle próby ich uregulowania w sposób generalny nie zakończyły się powodzeniem. Fakt ten należy odnotować z przykrością, jako niewykorzystaną szansę skorzystania na większą skalę z dwustronnych form działania.

Dotychczas zgłoszone propozycje w największym stopniu czerpią z rozwiązań niemieckich, niemniej krytycznie należy ocenić rezygnację w ostatniej próbie z wprowadzenia umowy jako układu. Jest to jednak uwaga szczegółowa. Wydaje się, że obecnie zamiast kreować coraz to nowe próby ujęcia umowy publicznoprawnej w przepisach prawnych, skupić by się należało na jej implementowaniu do krajowego sytemu prawnego. Z tego względu warto by to uczynić wedle propozycji zawartych w ostatnim projekcie jako rozwiązaniu dopracowanym. Oczywiście należałoby pilnie monitorować stosowanie tej formy prawnej działania administracji i dopiero odpowiednio do zauważonych i zgłoszonych propozycji i zastrzeżeń

[50] Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. SK 39/15, OTK-A 2017, nr 86.

[51] Zob. np. J. Wenger-Kowalska, *Idea governance a współczesne kierunki rozwoju prawa*, „Państwo i Prawo" 2016, z. 5, s. 5.

[52] J. Wegner, *Przyszłość form*…, s. 73.

uzupełniać przyjęte rozwiązania, przede wszystkim o wspomniany układ. Nie oznacza to jednocześnie, że w takim przypadku zostaną rozwiązane wszelkie problemy związane z umowami w administracji, gdyż istnieje szereg takich umów, których w sposób oczywisty nie można by przypisać do umów publicznoprawnych ze względu na ich mieszany, tj. cywilno-administracyjny charakter.

Postulowanie jak najszybszego wprowadzenia umowy publicznoprawnej jako instytucji prawnej wydaje się tym bardziej potrzebnie, że ostatnio coraz donioślejszą rolę odgrywają kontrakty w przedmiocie zamówień publicznych, które niejako zawłaszczają problematyką umów w administracji.

Bibliografia

Asso B., Monera F., Hillairet J., Bousquet A., *Contentieux administratif*, Levallois Perret 2006.

Biernat S., *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa 1994.

Błaś A., *Formy działania administracji w warunkach prywatyzacji zadań publicznych* [w:] *Administracja i prawo administracyjne u progu trzeciego tysiąclecia*, red. M. Stahl, J.P. Tarno, M. Górski, Łódź 2000.

Cieślik Z., *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004.

Dolnicki B, *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*, „Państwo i Prawo" 2001, z. 3.

Kijowski D.R., *Przepisy ogólne prawa administracyjnego – trzecie podejście*, „Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich" 2008, nr 60.

Kijowski D.R., *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji*, „Państwo i Prawo" 1987, z. 6.

Kmieciak Z., *Postępowanie administracyjne w Europie*, Warszawa 2010.

Kopp F.O., Ramsauer U., *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, München 2003.

Krawczyk A., *Umowa administracyjna* [w:] *Reforma prawa o postępowaniu administracyjnym. Raport zespołu eksperckiego*, red. Z. Kmieciak, Warszawa 2016.

Kruś M., *Umowa urbanistyczna jako przykład umowy administracyjnej na tle polskiego i europejskiego porządku prawnego*, „Studia Prawa Publicznego" 2019, nr 3.

Kubiak A., Tskhadadze K., *Ogólny kodeks administracyjny Gruzji*, „Samorząd Terytorialny" 2006, nr 5.

Langrod J.S., *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Kraków 2003.

Lipowicz I., *Prawne formy działania administracji publicznej – między stabilizacją a potrzebą przełomu*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016, nr 4.

Maurer H., *Allegemaines Verwaltungsrecht*, München 1999.

Obermayer K., *Komentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, Neuwied–Kriftel 1999.

Ostrowska A., *Koncepcja umowy administracyjnej na przykładzie umowy o dotację w świetle polskich i zagranicznych regulacji*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu" 2018, nr 3.

Pawłowski S., *Pojęcie, przedmiot i charakter prawny umowy wywłaszczeniowej (ekspropriacyjnej)*, „Zeszyty Naukowe KUL" 2018, nr 4.

Ruczkowski P., *Umowa urbanistyczna w procesie rewitalizacji – charakter prawny i konsekwencje prawne jej zawarcia*, „Annales UMCS" 2010, nr 1.

Sierpowska I., *Pomoc społeczna jako administracja świadcząca. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2012.

Staniszewska L., *Zagadnienia konstrukcyjne umów publicznoprawnych*, „Studia Prawa Publicznego" 2019, nr 3.

Taras W., Wróbel A., *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych* [w:] *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, red. E. Knosala, A. Matan, G. Łaszczyca, Kraków 1999.

Umowy w administracji, red. J. Boć, L. Dziewięcka-Bokun, Wrocław 2008.
Vedel G., *Droit administratif*, Paris 1973.
Wegner J., *Przyszłość form konsensualnych w postępowaniu administracyjnym*, „Studia Prawa Publicznego" 2019, nr 2.
Wenger-Kowalska J., *Idea governance a współczesne kierunki rozwoju prawa*, „Państwo i Prawo" 2016, z. 5.

Streszczenie

Umowa publicznoprawna (umowa administracyjna) jest jedną z tych form prawnych działania administracji publicznej, której potencjał w Polsce wciąż pozostaje niewykorzystany. Występuje tylko jako rozwiązanie szczególne, brak natomiast rozwiązania o charakterze systemowym, stanowiącego generalną podstawę do ich zawierania. Tymczasem w większości krajów europejskich jest ona trwałym elementem systemu prawnego, zazwyczaj ogólnej procedury administracyjnej. W Polsce mimo podjętych kilku prób jej uregulowania ostatecznie nie zakończyły się one powodzeniem. Stąd ciągle nie może ona stanowić alternatywy dla klasycznej formy działania administracji publicznej – aktu administracyjnego. W konsekwencji wielu umów zawieranych przez administrację traktowanych jest jako cywilnoprawne. Często jest to czynione pomimo braku charakterystycznej dla prawa prywatnego swobody kontraktowania.

Słowa kluczowe: umowa publicznoprawna, umowa administracyjna, prawne formy działania administracji, stosunek administracyjnoprawny, formy konsensualne w prawie administracyjnym

PUBLIC LAW CONTRACT – UNTAPPED POTENTIAL

Summary

A public-law contract (administrative agreement) is one of those legal forms of activity of public administration, the potential of which in Poland still remains unused. It appears only as a special solution, but there is no systemic solution constituting the general basis for their conclusion. Meanwhile, in most European countries it is a permanent element of the legal system, usually in a general administrative procedure. In Poland, despite several attempts to regulate it, they were ultimately unsuccessful. Hence, it still cannot be an alternative to the classic form of public administration – an administrative act. As a consequence, many contracts concluded by the administration are treated as civil law. This is often done despite the lack of the freedom of contract characteristic of private law.

Keywords: public law contract, administrative agreement, legal forms of administration, administrative-legal relationship, consensual forms in administrative law

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.24

Barbara Pietrzyk-Tobiasz

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
ORCID: 0000000272800037

INDYWIDUALNY PLAN BADAWCZY W ŚWIETLE USTAWY – PRAWO O SZKOLNICTWIE WYŻSZYM I NAUCE – TEORIA I PRAKTYKA

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce[1], zwana potocznie „Konstytucją dla Nauki", wprowadziła nowy model kształcenia doktorantów. Zgodnie z postanowieniami tej ustawy powołane do życia zostały szkoły doktorskie, do których pierwszy nabór miał miejsce w 2019 r. Celem reformy było podniesienie jakości kształcenia doktorantów, a co za tym idzie – zwiększenie jego skuteczności przejawiającej się w przygotowaniu i obronie rozprawy doktorskiej[2]. W związku z tym położony został nacisk na postrzeganie doktoranta w kategoriach „młodego badacza", który przede wszystkim powinien się skupić na realizacji założonych badań. Ma temu służyć szereg rozwiązań przewidzianych w ustawie – począwszy od powszechnego systemu stypendialnego (art. 209 ust. 1 PSWN), przez zakaz zatrudniania doktoranta w charakterze nauczyciela akademickiego lub pracownika naukowego (art. 209 ust. 10 PSWN), aż do obowiązku sporządzenia i przedstawienia indywidualnego planu badawczego (IPB) – art. 202 ust. 1 PSWN[3].

Indywidualny plan badawczy jest nowym rozwiązaniem w procesie kształcenia doktorantów[4]. Pełni on w nim fundamentalną rolę, będąc jego podstawowym elementem. W uzasadnieniu do projektu ustawy podkreślono, że IPB jest „swoistym kontraktem zawieranym, w ciągu pierwszych 6 miesięcy kształcenia, pomiędzy

[1] Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. 2020, poz. 85 ze zm.), dalej: PSWN.

[2] Por. uzasadnienie do projektu ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, s. 4–5, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2446 (23.11.2020), dalej: uzasadnienie.

[3] Zob. też. Ł. Kierznowski, *Nauki prawne a szkoły doktorskie. Wybrane zagadnienia*, „Krytyka Prawa" 2020, t. XII, nr 2, s. 143.

[4] Rozwiązania takiego nie przewidywała ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. 2016, poz. 1842 ze zm.).

doktorantem a szkołą doktorską przy udziale promotora, z którym plan jest uzgadniany”[5]. Kluczowa rola IPB w procesie kształcenia doktoranta przejawia się przede wszystkim w tym, że jego należyta bądź nienależyta realizacja jest przedmiotem oceny środokresowej przeprowadzanej w połowie okresu kształcenia (art. 202 ust. 2 PSWN).

Obecnie, niemal po 2 latach działalności szkół doktorskich, kiedy pierwsze IPB zostały już złożone, można dokonywać pewnych ocen, jak w praktyce funkcjonują przewidziane w ustawie mechanizmy. Celem niniejszego artykułu będzie zatem zaprezentowanie regulacji prawnych dotyczących IPB oraz przedstawienie i ocena ich funkcjonowania w praktyce.

Plan badawczy na etapie rekrutacji do szkoły doktorskiej

Zgodnie z art. 200 ust. 2 PSWN rekrutacja do szkoły doktorskiej odbywa się w drodze konkursu na zasadach określonych przez senat albo radę naukową. Ustawodawca ogranicza się jedynie do wskazania wymogów minimalnych względem przyszłych doktorantów. Przepis art. 200 ust. 1 PSWN stanowi, że do szkoły doktorskiej może być przyjęta osoba, która posiada tytuł zawodowy magistra, magistra inżyniera albo równorzędny. W drodze wyjątku, jeśli jest to uzasadnione najwyższą jakością osiągnięć naukowych, kształcenie w szkole doktorskiej może podjąć osoba, która nie posiada żadnego z wymienionych wcześniej tytułów zawodowych. Osoba taka musi jednak być przynajmniej absolwentem studiów I stopnia lub studentem, który ukończył trzeci rok jednolitych studiów magisterskich. Powyższe rozwiązanie ma na celu umożliwienie kształcenia jednostkom wyróżniającym się wiedzą lub umiejętnościami[6].

Szczegółowe kryteria oceny kandydata powinny zostać określone przez senat albo radę naukową. Zgodnie z art. 200 ust. 3 PSWN zasady rekrutacji oraz program kształcenia doktorantów podmiot prowadzący szkołę doktorską udostępnia nie później niż 5 miesięcy przed rozpoczęciem rekrutacji. W piśmiennictwie wskazuje się, że warunki przyjęcia kandydata do szkoły doktorskiej „mają charakter materialnoprawny, ponieważ ich niespełnienie stanowi podstawę decyzji o odmowie przyjęcia”[7].

Częstą praktyką jest organizacja dwuetapowego postępowania rekrutacyjnego. Pierwszy etap polega na weryfikacji przedłożonych przez kandydata dokumentów, drugim zaś etapem jest rozmowa kwalifikacyjna. Na ogół przeprowadzenie drugiego etapu jest uzależnione od uzyskania przez danego kandydata określonej

[5] Uzasadnienie, s. 47.

[6] Zob. B. Mikołajczyk, R. Naskręcki, *Szkoły doktorskie i ich rola w kształceniu doktorantów*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe” 2017, nr 2(50), s. 120.

[7] M. Pyter, art. 200 PSWN, Nb. 2 [w:] A. Balicki, M. Pyter, B. Zięba, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis.

liczby punktów z pierwszego etapu. Dokumenty niejednokrotnie wymagane w praktyce, jakie należy złożyć, aplikując do szkoły doktorskiej, to w szczególności: dyplom ukończenia studiów wyższych, dokumentacja potwierdzająca dorobek naukowy kandydata (lista publikacji, uczestnictwo konferencjach naukowych, udział w projektach badawczych, uzyskane stypendia, granty), kwestionariusz osobowy (w szczególności informacje dotyczące uzyskanych tytułów naukowych, odbyte staże, szkolenia, zainteresowania naukowe), opinia osoby posiadającej wskazany stopień naukowy potwierdzająca predyspozycje kandydata do pracy naukowej. Bardzo często wymagane jest też przedłożenie przez kandydata projektu planu badawczego, zwanego inaczej zarysem planu badawczego bądź koncepcją badań.

Wspomniany projekt planu badań – o ile oczywiście jego złożenie zostało w przepisach wewnętrznych uczelni przewidziane – odgrywa w procesie rekrutacji zasadniczą rolę, bowiem jest to swoiste, formalnie przedstawione „ucieleśnienie pomysłu" kandydata na badania, które chciałby on realizować w ramach kształcenia w szkole doktorskiej. W odniesieniu do samej formy przedstawienia tego projektu uczelnie najczęściej przyjmują jedno z dwóch rozwiązań. Pierwszym z nich jest określenie elementów, jakie kandydat powinien zamieścić w swoim zarysie projektu badawczego[8]. Drugie rozwiązanie polega na tym, że wymieniane są kryteria, na podstawie których komisja rekrutacyjna będzie dokonywała oceny przedłożonego projektu[9].

Z praktycznego punktu widzenia wydaje się, że – w dużym uproszczeniu – modelowy projekt planu badawczego powinien zawierać odpowiedź na trzy podstawowe pytania. Po pierwsze, powinien zawierać odpowiedź na pytanie, co kandydat do szkoły doktorskiej chciałby badać, a więc przede wszystkim należy uwzględnić tu przedmiot badań (zakreślenie pewnej tematyki), cele oraz hipotezy badawcze. Po drugie, kandydat powinien określić, dlaczego chciałby prowadzić dane badania (wskazać istnienie luki badawczej, przedstawić wartość naukową prowadzonych badań, ewentualnie opisać swoje osobiste zainteresowania i uwarunkowania). Po trzecie, w projekcie powinna się znajdować odpowiedź na pytanie o to, w jaki sposób kandydat chciałby prowadzić dane badania. Chodzi tu zatem, najprościej mówiąc, o wstępną, przewidywaną metodologię badań. Niekiedy zostaje również przewidywany wymóg dołączenia do projektu spisu pozycji bibliograficznych, który ma na celu m.in. pokazanie, jakie postępy kandydat już poczynił w sferze eksplorowania danego tematu badawczego.

[8] Taki model funkcjonuje np. na Uniwersytecie Jagiellońskim. Zob. *Dla Kandydatów*, https://human.phd.uj.edu.pl/rekrutacja (23.11.2020).

[9] Takie rozwiązanie przyjęto np. na Uniwersytecie Warszawskim. Zob. załącznik do uchwały nr 500 Senatu Uniwersytetu Warszawskiego z dnia 22 stycznia 2020 r. w sprawie zasad rekrutacji do szkół doktorskich na Uniwersytecie Warszawskim – Szczegółowe warunki i tryb rekrutacji do szkół doktorskich na Uniwersytecie Warszawskim.

Praca nad IPB po przyjęciu kandydata do szkoły doktorskiej

Po pozytywnie zakończonym postępowaniu rekrutacyjnym kandydat zostaje przyjęty do szkoły doktorskiej w drodze wpisu na listę doktorantów (art. 200 ust. 4 PSWN). Natomiast formalne rozpoczęcie kształcenia ma miejsce z chwilą złożenia ślubowania (art. 200 ust. 8 PSWN). W dalszej kolejności rozpoczynającemu kształcenie doktorantowi wyznacza się promotora lub promotorów. Zgodnie z art. 201 ust. 2 PSWN następuje to w terminie 3 miesięcy od dnia podjęcia kształcenia. W doktrynie wskazuje się, że termin ten ma charakter instrukcyjny, bowiem jego niedochowanie nie rodzi negatywnych skutków prawnych[10]. Jednak należy podkreślić, że zbytnie wydłużanie procedury wyznaczania doktorantowi promotora, a w szczególności wykraczanie poza termin wskazany w ustawie może się wiązać z niedostępnością opieki naukowej dla doktoranta, a co za tym idzie – z niemożnością rozpoczęcia prac nad sporządzaniem IPB[11]. Aby więc umożliwić jak najszybsze rozpoczęcie współpracy doktoranta z promotorem, uczelnie niekiedy decydują się na nieformalne uzyskanie zgody potencjalnego promotora na sprawowanie opieki nad doktorantem już w trakcie trwania postępowania rekrutacyjnego. Jeszcze dalej idące rozwiązania nakładają na kandydata obowiązek uzyskania zatwierdzenia przez promotora składanego projektu badawczego, jak również dołączenia zgód przewidywanego promotora projektu badawczego oraz kierownika jednostki, w której będzie realizowany projekt. W szczególności ostatnia z przytoczonych regulacji może budzić pewne wątpliwości głównie ze względu na to, że stawia w zdecydowanie lepszej sytuacji absolwentów danej uczelni, którzy mają kontakt z kadrą naukową w danym podmiocie.

Niemniej praca nad sporządzaniem IPB może się rozpocząć dopiero wtedy, gdy doktorant faktycznie zostanie objęty opieką i nadzorem naukowym promotora. Promotor zapoznaje się bowiem z zarysem projektu badawczego, o ile był on składany przez doktoranta w procesie rekrutacji. Jeśli wymóg taki nie był przewidziany, doktorant przystępuje do opracowywania IPB, stosując się do zaleceń i wskazówek promotora. Jak już było wspomniane, zdarza się i tak, że współpraca z promotorem rozpoczyna się jeszcze na etapie rekrutacji, co ma miejsce wtedy, gdy projekt badawczy składany przez kandydata na tym etapie wymaga zatwierdzenia przez przyszłego promotora. Mając na uwadze powyższe, można uznać, że zarys projektu badawczego przedkładany w postępowaniu rekrutacyjnym stanowi swego rodzaju „zaczyn", który zostanie następnie przekształcony w IPB. W konsekwencji jest to więc także „zaczyn" przyszłej rozprawy doktorskiej.

Praca nad IPB nie jest rzecz jasna żadnym etapem formalnym. Etap ten przybiera postać konsultacji doktoranta z promotorem (promotorami) w zakresie

[10] Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie. Komentarz do art. 198–216 oraz 259–264 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce*, Warszawa 2018, s. 44; M. Pyter, art. 201 PSWN, Nb. 2 [w:] A. Balicki, M. Pyter, B. Zięba, *Prawo o szkolnictwie*…

[11] Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie*…, s. 44.

poszczególnych elementów planu badawczego. Promotor, sprawując opiekę naukową nad doktorantem, może zalecić usunięcie, poszerzenie lub modyfikację określonych elementów projektu badawczego, wprowadzenie dodatkowych elementów, jak też sprecyzowanie pewnych kwestii. Ponadto czasami okazuje się, że sugestie i zalecenia promotora prowadzą do zmiany koncepcji badań, zmiany przewidzianej metodologii, a nawet zmiany tematyki badawczej.

Indywidualny plan badawczy w świetle PSWN

Newralgiczny dla rozważań dotyczących IPB jest przepis art. 202 ust. 1 PSWN uzupełniony o regulację art. 204 ust. 2 PSWN będącejego logiczną konsekwencją. Zgodnie z art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN doktorant w uzgodnieniu z promotorem lub promotorami opracowuje IPB zawierający w szczególności harmonogram przygotowania rozprawy doktorskiej i przedstawia go podmiotowi prowadzącemu szkołę doktorską w terminie 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia kształcenia. Natomiast w myśl art. 204 ust. 2 PSWN IPB określa termin złożenia rozprawy doktorskiej. Termin ten może być przedłużony, nie dłużej jednak niż o 2 lata, na zasadach określonych w regulaminie szkoły doktorskiej.

Przytoczone wyżej regulacje odnoszą się do trzech kluczowych zagadnień związanych z IPB. Zaliczyć do nich można: sposób opracowywania, zawartość oraz termin złożenia IPB.

Sposób opracowania IPB

Już z samej literalnej treści przepisu art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN, a w szczególności z użytego w nim zwrotu *w uzgodnieniu*, wynika obowiązek współpracy doktoranta i promotora w zakresie sporządzania IPB. W doktrynie podnosi się, że tylko plan badawczy opracowany z uzgodnieniu z promotorem będzie można uznać za IPB w rozumieniu PSWN[12]. Z tego względu tak istotny jest nieformalny etap konsultowania sporządzonego planu badań. Należy jednak pamiętać, że użyte w art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN pojęcie *uzgodnienie* powinno mieścić się w zakresie opieki naukowej sprawowanej przez promotora nad doktorantem, a więc odnosić się do inspirowania, udzielania porad, sugestii czy zaleceń dotyczących sporządzania IPB. Nie chodzi tu zatem o stworzenie utworu współautorskiego w rozumieniu przepisów Prawa autorskiego[13]. W każdym razie wskazane w przytoczonym przepisie „uzgodnienie" IPB wiąże się z istnieniem porozumienia między doktorantem

[12] *Ibidem*, s. 48–49; M. Pyter, art. 202 PSWN, Nb. 1 [w:] A. Balicki, M. Pyter, B. Zięba, *Prawo o szkolnictwie…*

[13] Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 2019, poz. 1231 ze zm.).

a promotorem, które może przybrać co do zasady dowolną postać wypracowaną już indywidualnie między konkretnymi osobami. Ponadto trzeba pamiętać, że w przypadku wyznaczenia promotora pomocniczego plan jest przedstawiany po zaopiniowaniu przez tego promotora (art. 202 ust. 1 zd. 2 PSWN).

Zgoda promotora (promotorów) na treść IPB powinna być wyraźna i zostać potwierdzona np. poprzez złożenie podpisu pod dokumentem IPB bądź zostać wyrażona w osobnym dokumencie[14].

Zawartość IPB

W przedmiocie elementów IPB ustawodawca ograniczył się jedynie do wyodrębnienia – jako elementów obligatoryjnych – harmonogramu przygotowania rozprawy doktorskiej i terminu złożenia rozprawy (art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN i art. 204 ust. 2 PSWN). Jednak należy pamiętać, że PSWN ma charakter regulacji ramowej, która wyznacza jedynie określone warunki brzegowe przewidzianych w niej rozwiązań. W konsekwencji podmioty doktoryzujące zostały wyposażone w stosunkowo dużą autonomię w sferze ustalania i doprecyzowania wielu kwestii, do których zaliczyć można właśnie zawartość IPB.

Autonomia ta uwidacznia się również w samym literalnym brzmieniu art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN, w którym to ustawodawca posłużył się sformułowaniem *w szczególności*, tworząc zarazem otwarty katalog elementów IPB. Mając więc na uwadze przepisy rangi ustawowej, w IPB powinien się znaleźć przynajmniej harmonogram przygotowania rozprawy doktorskiej uwzględniający termin jej złożenia (co do zasady nie dłuższy niż 4 lata od rozpoczęcia kształcenia). Co więcej, wydaje się, że IPB powinien odnosić się także do warunków nadania stopnia doktora określonych przez ustawodawcę w art. 186 ust. 1 PSWN.

W związku z powyższym IPB w istocie można rozumieć jako „wiążący katalog zadań badawczych i rozwojowych, których celem jest przygotowanie rozprawy doktorskiej”[15]. Zadania te powinny przybrać formę konkretnych i usystematyzowanych działań, które już zostały wykonane, oraz tych, które dopiero zostaną podjęte. Działania te powinny odnosić się zarówno do etapów pracy nad rozprawą doktorską (bezpośrednie przygotowywanie rozprawy doktorskiej), ale i obejmować aktywności naukowe, takie jak publikacja artykułów naukowych lub monografii, czynny udział w konferencjach naukowych, odbywanie staży, pozyskiwanie środków ze źródeł zewnętrznych (aktywności pośrednio służące przygotowaniu rozprawy doktorskiej). Jak już zostało wspomniane, uczelnie w zakresie nieobjętym regulacją ustawową dowolnie kształtują zawartość IPB. Dlatego składane w różnych szkołach

[14] Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie*…, s. 49.

[15] *Indywidualny plan badawczy*, https://us.edu.pl/szkola-doktorska/indywidualny-plan-badawczy/ (24.11.2020).

doktorskich IPB będą się od siebie różnić. Co więcej, plany badawcze w sposób zróżnicowany określają prace związane z przygotowaniem rozprawy doktorskiej, uwzględniając w szczególności specyfikę danej dyscypliny oraz dziedziny naukowej, a także osobiste uwarunkowania doktoranta.

Jednak na podstawie przyjętych przez wiele uczelni rozwiązań można zauważyć pewne prawidłowości w strukturze IPB. Strukturę tę modelowo można podzielić przynajmniej na trzy (niekiedy cztery) zasadnicze bloki[16]. Pierwszy blok to opis planowanych badań zawierający w szczególności: przedmiot badań, cele badań, hipotezy badawcze, zadania badawcze, uzasadnienie prowadzenia badań, metodologię badań, wykaz pozycji bibliograficznych. Ten element planu stanowi niejako kontynuację zarysu planu badań składanego na etapie rekrutacji. Drugi blok to wykaz aktywności naukowych doktoranta (publikacji naukowych, uczestnictwa w konferencjach naukowych itp.). Oczywiste jest to, że IPB nie musi przewidywać wszystkich możliwych aktywności naukowych, ale z pewnością powinien zawierać te, które zostały uznane na mocy wewnętrznych regulacji uczelnianych za obligatoryjne. W tym zakresie w regulacjach tych często przewiduje się podział omawianych aktywności na aktywności obowiązkowe (których realizację IPB musi przewidywać) oraz na aktywności fakultatywne. Duże znaczenie mieć tu będzie ponadto specyfika dyscypliny, w ramach której kształci się doktorant, a także sam przedmiot jego badań.

Trzecim komponentem IPB jest harmonogram, który swoim zakresem powinien obejmować zarówno etapy przygotowania rozprawy doktorskiej w rozumieniu ścisłym (np. prowadzenie badań, analiza materiałów źródłowych, pisanie pracy doktorskiej), jak i pozostałe aktywności naukowe służące jej przygotowaniu. To, jakie jednostki czasowe zostaną przyporządkowane realizacji poszczególnych etapów i zadań, zostało pozostawione do decyzji samego doktoranta oraz sprawującego nad nim opiekę naukową promotora. Przy sporządzaniu IPB nie należy jednak zapominać, że stopień jego realizacji będzie przedmiotem oceny środokresowej w połowie okresu kształcenia. Z tego względu wskazywanie konkretnych dat realizacji poszczególnych działań z pewnością jest obarczone większym ryzykiem niepowodzenia niż stosowanie pewnych przedziałów czasowych (np. miesięcy czy semestrów). Dlatego tak istotne jest – zwłaszcza w obliczu takiej sytuacji jak epidemia COVID-19 – konieczność uwzględnienia w IPB pewnej elastyczności. Z drugiej strony zabieg taki nie może prowadzić do uniemożliwienia weryfikacji i oceny realizacji badań zgodnie z ustalonym harmonogramem. Słuszne zatem wydaje się stanowisko Ł. Kierznowskiego, który podkreślił, że „indywidualne plany badawcze nie powinny być zatem ani zbyt rozbudowane w stopniu uniemożliwiającym ich

[16] Zob. np. *Indywidualny plan badawczy*, https://www.ur.edu.pl/doktorant/szkola-doktorska/dla-doktorantow-/indywidualny-plan-badawczy (25.11.2020); *Indywidualny plan badawczy*, https://www.agh.edu.pl/doktoranci/szkoly-doktorskie/szkola-doktorska-agh/doktoranci/indywidualny-plan-badawczy/ (25.11.2020).

realizację, ani też fasadowe, nie nakładając na doktoranta żadnych konkretnych zobowiązań poza złożeniem rozprawy”[17]. Należy również zauważyć, iż ze względu na sytuacje niemożliwe do przewidzenia na etapie sporządzania planu zasadne jest wprowadzenie do regulaminów szkół odpowiednich postanowień dotyczących modyfikacji IPB[18].

W świetle powyższego pozytywnie należy ocenić tworzenie przez podmioty doktoryzujące gotowych wzorów IPB, które dają klarowną sytuację w kwestii tego, co doktorant ma opracować, a w konsekwencji pozwalają na przyspieszenie całego procesu sporządzania tych planów.

Finalnym elementem harmonogramu powinien być termin złożenia rozprawy doktorskiej, który nie może przekroczyć 4-letniego okresu liczonego od rozpoczęcia kształcenia przez doktoranta. Co istotne, niezłożenie rozprawy doktorskiej w terminie określonym w IPB – w myśl art. 203 ust. 1 pkt 2 PSWN – skutkuje skreśleniem doktoranta z listy doktorantów. Zgodnie jednak z art. 204 ust. 2 zd. 2 PSWN przedmiotowy termin może być przedłużony, nie dłużej jednak niż o 2 lata, na zasadach określonych w regulaminie szkoły doktorskiej. Na marginesie można także zaznaczyć, że na podstawie art. 204 ust. 3 PSWN kształcenie na wniosek doktoranta jest zawieszane na okres odpowiadający czasowi trwania urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu ojcowskiego oraz urlopu rodzicielskiego, określonych w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy[19].

Czwartym komponentem – niekiedy przewidywanym przez regulacje wewnątrzuczelniane – jest kosztorys badań, który najczęściej odnosi się do kosztów badań prowadzonych na potrzeby rozprawy doktorskiej, a także kosztów innych aktywności naukowych (koszty tłumaczeń artykułów, wyjazdów na konferencje, kwerendy, dostępu do baz danych itp.).

Termin przedstawienia IPB

Przepis art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN wskazuje, że IPB powinien zostać przedstawiony podmiotowi prowadzącemu szkołę doktorską w terminie 12 miesięcy od dnia rozpoczęcia kształcenia. W przypadku wyznaczenia promotora pomocniczego plan ten jest przedstawiany po zaopiniowaniu przez tego promotora (art. 202 ust. 1 zd. 2 PSWN). Ustalenie tak długiego terminu na przedstawienie IPB – zwłaszcza w perspektywie 4-letniego okresu kształcenia – może budzić uzasadnione wątpliwości[20]. Patrząc na tę kwestię także z praktycznego punktu widzenia, można zauwa-

[17] Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie*…, s. 50.

[18] M. Dokowicz [w:] *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, red. J. Woźnicki, Warszawa 2019, s. 538–539.

[19] Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. 2020, poz. 1320 ze zm.).

[20] Tak też: Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie*…, s. 49; M. Pyter, art. 202 PSWN, Nb. 2 [w:] A. Balicki, M. Pyter, B. Zięba, *Prawo o szkolnictwie*…

żyć, że sprawne opracowanie IPB pozwoli doktorantowi na szybsze przystąpienie do pełnej realizacji założonych badań. Mimo to należy podkreślić, że podmioty kształcące doktorantów nie powinny w swoich wewnętrznych regulacjach skracać przewidzianego w ustawie terminu. Indywidualny plan badawczy jako kluczowy element kształcenia doktorantów, stanowiący podstawę oceny postępów w pracy nad rozprawą doktorską, nie powinien być sporządzany w pośpiechu, ale być gruntownie przemyślanym i precyzyjnie opracowanym planem badań. Niestety problem skracania ustawowego terminu na przedstawienie IPB niejednokrotnie pojawia się w przepisach wewnętrznych uczelni. W najprostszej postaci owo „skrócenie" może polegać wprost na ustanowieniu krótszego terminu na złożenie IPB, np. przypadającego po 6 miesiącach kształcenia. Innym sposobem prowadzącym do skrócenia ustawowego terminu jest operowanie w regulacjach pojęciem projektu indywidualnego planu badawczego, który powinien być złożony np. przed końcem II semestru kształcenia. W efekcie jednak „projekt IPB" nie różni się w istocie wiele od IPB, w szczególności w zakresie sposobu jego opracowania i zawartości. Sporządzenie takiego projektu *de facto* sprowadza się do opracowania IPB w rozumieniu PSWN. Kolejnym sposobem prowadzącym do skrócenia terminu na złożenie IPB (często połączonym z wcześniej omówionym) jest rozbudowywanie procedury jego złożenia, co polega chociażby na konieczności uzyskania dodatkowej opinii bądź zatwierdzenia przedłożonego projektu przez określone osoby bądź organy. Trzeba by tu wskazać na pewne niebezpieczeństwo związane z takim rozwiązaniem. Rozbudowana procedura składania IPB może rzeczywiście rozciągnąć się na pełne 12 miesięcy. Konieczność ciągłego poprawiania IPB może w efekcie doprowadzić do tego, że doktorant w przeważającej mierze będzie skupiony na formalnym doskonaleniu IPB niż na prowadzeniu badań, które przecież powinny stanowić priorytet w procesie jego kształcenia w szkole doktorskiej. W każdym razie ewentualne konstruowanie procedury opiniowania IPB mającej przyczynić się do podniesienia poprawności i jakości przyszłej rozprawy przez określone osoby bądź podmioty nie powinno pozbawiać doktoranta możliwości skorzystania z 12-miesięcznego terminu na przedstawienie IPB. Co ciekawe, również w literaturze przedmiotu podkreśla się, że w związku z literalnym brzmieniem przepisu art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN podmiot prowadzący szkołę doktorską nie ma kompetencji do odrzucenia planu, do kwestionowania zasadności umieszczonych w nim elementów czy nakazania dokonania w nim określonych modyfikacji lub poprawek[21]. Wskazuje się, że właśnie owo „przedstawienie planu", o którym mowa w art. 202 ust. 1 zd. 1 PSWN, bez elementu jego „zatwierdzenia" przez inne podmioty poza promotorem uwypukla rolę IPB jako „narzędzia autonomizującego kształcenie doktoranta w szkole doktorskiej"[22]. Ponadto wydaje się, że celem wprowadzenia nowego systemu kształcenia

[21] Zob. M. Pyter, art. 202 PSWN, Nb. 2; H. Izdebski [w:] H. Izdebski, J.M. Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 336.

[22] Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie*…, s. 49.

było stworzenie doktorantom pewnej przestrzeni, w której mogliby jak najpełniej oddawać się prowadzeniu badań, a nie skupiać się na spełnianiu szeregu wymogów formalnych.

Mając na uwadze powyższe, można by więc zastanawiać się nad skróceniem ustawowego terminu na przedstawienie IPB, ale jedynie przy wyłączeniu możliwości jego dalszego skracania w drodze przepisów wewnątrzuczelnianych.

Indywidualny plan badawczy a ocena śródokresowa

Zgodnie z art. 202 ust. 2 PSWN realizacja IPB podlega ocenie śródokresowej w połowie okresu kształcenia określonego w programie kształcenia, a w przypadku kształcenia trwającego 6 semestrów – w trakcie IV semestru. Ocena śródokresowa jest przeprowadzana przez komisję, w skład której wchodzą trzy osoby, w tym co najmniej jedna osoba posiadająca stopień doktora habilitowanego lub tytuł profesora w dyscyplinie, w której przygotowywana jest rozprawa doktorska, zatrudniona poza podmiotem prowadzącym szkołę doktorską. Promotor i promotor pomocniczy nie mogą być członkami komisji (art. 202 ust. 4 PSWN). Szczegółowy sposób przeprowadzania oceny śródokresowej powinien – w myśl art. 205 ust. 1 pkt 3 PSWN – zostać określony w regulaminie szkoły doktorskiej.

Wyżej przytoczone przepisy PSWN jednoznacznie przesądzają o kluczowej roli, jaką pełni IPB w toku kształcenia uczestnika szkoły doktorskiej. Jest on podstawą oceny osiągnięć doktoranta zaplanowanych w IPB. Słusznie więc podkreśla się, że przepis art. 202 ust. 2 PSWN „należy odczytywać w sposób dosłowny, tj. odnoszący się ściśle do realizacji lub braku realizacji tylko i wyłącznie planu badawczego”[23]. Wydaje się, że już na etapie wykładni językowej tego przepisu rozwiane zostają wątpliwości odnośnie do przedmiotu oceny środokresowej. Regulacja art. 202 ust. 2 PSWN stanowi jasno, że w tym trybie ocenie podlega jedynie realizacja IPB[24]. Takie rozumowanie jest również zgodne z funkcją i rolą, jaką ustawodawca przypisał IPB w toku kształcenia doktoranta. Podmiot doktoryzujący nie powinien wprowadzać zatem dodatkowych kryteriów oceny pracy doktoranta. Przykładowo przedmiotem oceny śródokresowej nie może stać się to, czy doktorant złożył wniosek grantowy, jeśli nie zobowiązał się do tego w IPB i nie było to sprzeczne z przepisami wewnętrznymi w zakresie zawartości planu.

Co więcej, trzeba podkreślić, że nienależyte prowadzenie badań i nieodpowiednie bądź brak uczestnictwa w procesie kształcenia (rozumiany szerzej niż realizacja IPB) również pozwala na skreślenie z listy doktorantów, jednak nie w trybie oceny śródokresowej, ale w trybie wskazanym w art. 203 ust. 2 pkt 1 PSWN. Przepis ten wymienia bowiem dwie fakultatywne przesłanki skreślenia z listy doktorantów.

[23] M. Pyter, art. 202 PSWN, Nb. 4 [w:] A. Balicki, M. Pyter, B. Zięba, *Prawo o szkolnictwie*…

[24] Tak też: H. Izdebski [w:] H. Izdebski, J.M. Zieliński, *Prawo o szkolnictwie*…, s. 336.

Pierwszą z nich jest niezadowalający postęp prac nad rozprawą doktorską, drugą zaś jest brak realizacji programu kształcenia i IPB (art. 203 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 207 ust. 2 PSWN). Najczęściej weryfikacja tych postępów odbywa się na podstawie składanych przez doktorantów sprawozdań rocznych bądź semestralnych[25]. Niemniej trzeba pamiętać, że tryb ten jest odrębny od oceny śródokresowej.

W związku z powyższym na podstawie analizowanego postanowienia ustawy można stwierdzić, że punktem odniesienia dla oceny postępów doktoranta w trybie oceny śródokresowej powinno być to, czy IPB jest realizowany zgodnie zawartym w nim harmonogramem badań, jak również to, czy doktorant zrealizował przewidziane w IPB aktywności naukowe (oczywiście na etapie połowy okresu kształcenia). Ocena śródokresowa umożliwia więc „kontrolę terminowości i adekwatności postępów doktoranta w przygotowywaniu rozprawy"[26]. W przypadku stwierdzenia braku realizacji pewnych zadań badawczych i aktywności naukowych powinno się uwzględnić, czy stan taki jest wynikiem przyczyn obiektywnych, czy też jest to rezultat zaniedbań doktoranta. W żadnym wypadku nie chodzi tutaj jednak o „usprawiedliwianie" niedociągnięć doktoranta w pracy nad rozprawą, ale jedynie rzetelne rozważenie wszystkich istotnych okoliczności mających wpływ na ocenę stopnia realizacji IPB.

Zgodnie z art. 202 ust. 3 PSWN ocena śródokresowa kończy się wynikiem pozytywnym albo negatywnym. Wynik oceny wraz z uzasadnieniem jest jawny. Negatywny wynik oceny środokresowej stanowi przesłankę obligatoryjnego skreślenia doktoranta z listy doktorantów (art. 203 ust. 1 pkt 1 PSWN). Na podstawie art. 203 ust. 3 PSWN skreślenie z listy doktorantów następuje w drodze decyzji administracyjnej, od której przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Ocena środokresowa pełni zatem rolę swoistej weryfikacji realizacji planu badawczego, a jej wynik niesie dla doktoranta dalekosiężne konsekwencje. Przesądza on o dalszym kształceniu doktoranta w szkole doktorskiej. Zatem głównym celem takiego rozwiązania jest zmobilizowanie doktorantów do odpowiedzialnej realizacji badań i aktywności naukowych przewidzianych w IPB.

Podsumowanie

Indywidualny plan badawczy jest fundamentalnym elementem w procesie kształcenia doktoranta w szkole doktorskiej. Stanowi on rozpisany na 4 lata, wiążący plan zadań badawczych i aktywności naukowych doktoranta. Wspomniane zadania i aktywności powinny być modelowo ujęte w zbiorczym harmonogramie prac nad rozprawą doktorską. Z drugiej strony IPB umożliwia weryfikację terminowej i rzetelnej realizacji przewidzianych w nim prac. Formalnie rozpoczęcie opracowywania

[25] Ł. Kierznowski, *Szkoły doktorskie*…, s. 50.
[26] *Ibidem*, s. 56.

IPB może się rozpocząć dopiero od momentu objęcia doktoranta opieką naukową sprawowaną przez promotora. Jednak niejednokrotnie z „zaczynem" takiego planu można się spotkać wcześniej, jeśli regulacje prawne danego podmioty przewidują wymóg przedłożenia projektu planu badawczego na etapie rekrutacji.

Wprowadzenie obowiązku sporządzenia IPB z pewnością należy ocenić pozytywnie zarówno z punktu widzenia samego doktoranta, jak i podmiotu doktoryzującego. Niestety praktyka pokazuje, że pojawiają się pewne problemy interpretacyjne, które implikują występowanie nieprawidłowości w zakresie funkcjonowania i procedowania nad IPB. Wątpliwości te dotyczą chociażby terminu przedstawienia IPB, jak też oceny śródokresowej. W pierwszym przypadku rzeczywiście można uznać, że zakreślony przez ustawodawcę 12-miesięczny termin można uznać za zbyt długi w perspektywie 4-letniego okresu kształcenia. Zasadne byłoby zatem skrócenie wskazanego terminu, ale wyłącznie z jednoczesnym przyjęciem rozwiązań uniemożliwiających jego dalsze skracanie w drodze przepisów wewnętrznych uczelni. W przedmiocie oceny śródokresowej należy stwierdzić, że etap ten jest strategiczny dla doktoranta, gdyż przesądza on o możliwości kontynuacji kształcenia. Dlatego też – jak wynika z wykładni językowej art. 202 ust. 2 PSWN oraz roli IPB w procesie kształcenia doktoranta wyrażonej przez ustawodawcę – ocena śródokresowa powinna się odnosić jedynie do realizacji przedmiotowego planu.

Wszystkie te pojawiające się problemy mogą się jednak przyczynić do polepszenia funkcjonowania nowych rozwiązań w zakresie kształcenia doktorantów w szkołach doktorskich oraz zwiększenia transparentności wymagań stawianych doktorantom. Precyzyjne i jasne zasady przeprowadzenia oceny śródokresowej oraz sporządzania IPB (w tym chociażby tworzenie pewnych wzorów) pozwolą doktorantom na efektywną realizację założonych badań, co zdaje się zgodne z założeniami ustawodawcy.

Bibliografia

Dla Kandydatów, https://human.phd.uj.edu.pl/rekrutacja (23.11.2020).

Dokowicz M. [w:] *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, red. J. Woźnicki, Warszawa 2019.

Indywidualny plan badawczy, https://www.agh.edu.pl/doktoranci/szkoly-doktorskie/szkola-doktorska-agh/doktoranci/indywidualny-plan-badawczy/ (25.11.2020).

Indywidualny plan badawczy, https://www.ur.edu.pl/doktorant/szkola-doktorska/dla-doktorantow-/indywidualny-plan-badawczy (25.11.2020).

Izdebski H. [w:] H. Izdebski, J. M. Zieliński, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Warszawa 2019.

Kierznowski Ł., *Nauki prawne a szkoły doktorskie. Wybrane zagadnienia*, „Krytyka Prawa" 2020, t. XII, nr 2.

Kierznowski Ł., *Szkoły doktorskie. Komentarz do art. 198–216 oraz 259–264 ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce*, Warszawa 2018.

Mikołajczyk B., Naskręcki R., *Szkoły doktorskie i ich rola w kształceniu doktorantów*, „Nauka i Szkolnictwo Wyższe" 2017, nr 2(50).
Pyter M. [w:] A. Balicki, M. Pyter, B. Zięba, *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis.

Streszczenie

W 2019 r. zaczął w Polsce funkcjonować nowy model kształcenia doktorantów – szkoły doktorskie. W ramach tego modelu przewidzianych zostało wiele nowych rozwiązań mających na celu podniesienie jakości kształcenia doktorantów. Jednym z takich rozwiązań jest opracowywanie przez doktoranta w uzgodnieniu z promotorem indywidualnego planu badawczego, który jest następnie przedstawiany podmiotowi prowadzącemu szkołę doktorską. Plan ten odgrywa doniosłą rolę w procesie kształcenia doktorantów. Z jednej strony określa on aktywności służące przygotowaniu rozprawy doktorskiej, z drugiej zaś jest mechanizmem kontroli pracy doktoranta, bowiem realizacja planu podlega ocenie śródokresowej w połowie okresu kształcenia. Niestety praktyka stosowania nowych przepisów dotyczących indywidualnego planu badawczego unaocznia szereg rozbieżności w ich interpretowaniu. Podejmowanie tej tematyki może się przyczynić do wyjaśnienia istniejących wątpliwości oraz prowadzić do refleksji nad kształtem przyjętych rozwiązań.

Słowa kluczowe: indywidualny plan badawczy, ocena śródokresowa, szkoła doktorska

INDIVIDUAL RESEARCH PLAN IN THE LIGHT OF THE HIGHER EDUCATION AND SCIENCE ACT – THEORY AND PRACTICE

Summary

A new model of doctoral education – doctoral schools – started functioning in Poland in 2019. Within this model, many new solutions have been provided to increase the quality of PhD education. One of them is the elaboration of an individual research plan by a doctoral student in agreement with his doctoral supervisor. Afterwards, the plan is presented to the institution running a doctoral school. The plan plays an important role in the process of educating doctoral students. Not only does it define the activities aimed at preparing a doctoral dissertation, but it also serves as a mechanism for monitoring the work of the PhD student, since the implementation of the plan will be subject to mid-term evaluation. Unfortunately, the practice of applying the new regulations on the individual research plan reveals a number of discrepancies in their interpretation. Therefore, discussing this issue may contribute to the clarification of existing doubts and facilitate reflection on the shape of the adopted solutions.

Keywords: individual research plan, mid-term evaluation, doctoral school

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.25

Dorota Przeklasa

Uniwersytet Jagielloński
ORCID: 0000-0002-1542-969X

WSPÓŁPRACA MIĘDZY PUBLICZNYMI SŁUŻBAMI ZATRUDNIENIA A AGENCJAMI ZATRUDNIENIA W ZAKRESIE REALIZACJI POLITYKI RYNKU PRACY

Wprowadzenie

Wśród przełomowych zmian, jakie przyniósł proces transformacji ustrojowej w Polsce zapoczątkowany w 1989 r., szczególną rolę odegrało wprowadzenie elastycznego rynku pracy[1]. Ze względu na dokonujące się przeobrażenia oraz wymagania ze strony podmiotów rynku pracy: pracodawców, pracowników oraz osób zainteresowanych podjęciem zatrudnienia konieczne stało się wzmocnienie jego instytucjonalnej obsługi. Dostrzeżono, że rynek pracy nie powinien być obsługiwany wyłącznie przez publiczne służby zatrudnienia, gdyż potencjał, jakim zaczął dysponować, mógłby okazać się niewystarczający, by sprostać zmieniającym się oczekiwaniom. W tym celu dostarczono prawne instrumenty dla realizowanej polityki rynku pracy opartej na współpracy z partnerami społecznymi. Występujące problemy na rynku pracy są bowiem powiązane z procesami gospodarczymi, społecznymi i wymagają wielopłaszczyznowych, zintegrowanych działań wielu instytucji, nie mogą być rozwiązywane „w izolacji".

Wprowadzone w 2002 r. rozwiązania legislacyjne zniosły monopol publicznych służb zatrudnienia i dopuściły obsługę rynku pracy również przez inne instytucje rynku pracy, w tym przez agencje zatrudnienia – podmioty prowadzące działalność gospodarczą[2].

[1] Choć pojęcie elastyczności rynku pracy wykorzystywane jest szeroko w literaturze ekonomicznej, to jednak nie doczekało się ono rozwiniętych i szczegółowych definicji. W ujęciu ogólnym „elastyczność rynku pracy oznacza jego zdolność do szybkich przystosowań do zmian warunków rynkowych i technologii". E. Kwiatkowski, *Bezrobocie. Podstawy teoretyczne*, Warszawa 2014, s. 285.

[2] Art. 37 ustawy z dnia 14 grudnia 1994 r. o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu (Dz.U. 2003, nr 58, poz. 514 ze zm.) znowelizowany przez art. 1 pkt 19 ustawy z dnia 20 grudnia 2002 r. o zmianie ustawy o zatrudnieniu i przeciwdziałaniu bezrobociu oraz ustawy o systemie oświaty (Dz.U. 2003, nr 6, poz. 65 ze zm.).

Na szczególną uwagę z punktu widzenia podjętych w niniejszym opracowaniu rozważań zasługuje obowiązek współpracy agencji zatrudnienia z organami zatrudnienia w zakresie realizacji polityki rynku pracy, który ustawodawca określił w art. 19h ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy[3]; podobny obowiązek został nałożony na publiczne służby zatrudnienia w art. 21 tej ustawy.

Polityka rynku pracy realizowana przez władze publiczne opiera się na współpracy z partnerami społecznymi, w szczególności w ramach uzupełniania i rozszerzania oferty usług publicznych służb zatrudnienia przez agencje zatrudnienia. Współpraca ta może mieć charakter sformalizowany (np. realizacja zleconych usług rynku pracy, zawarcie umowy na doprowadzenie bezrobotnego do podjęcia zatrudnienia, wykonywanie zleconych działań aktywizacyjnych) i nieformalny (np. przekazywanie między agencjami zatrudnienia a urzędami pracy ofert pracy, organizowanie konferencji, giełd i targów pracy). Potrzebę zintegrowania działań w obszarze rynku pracy dostrzega Międzynarodowa Organizacja Pracy, z której badań wynika, że relacje między publicznymi służbami zatrudnienia a agencjami zatrudnienia mogą się opierać na zasadach: 1) współpracy (*cooperation*) w obszarze wymiany informacji, doboru kandydatów do pracy oraz dostosowywania kwalifikacji do potrzeb rynku pracy; 2) komplementarności (*complementarity*) poszczególnych segmentów lub rodzajów usług rynku pracy; 3) konkurencyjności (*competition*) w świadczeniu usług na rzecz pracodawców oraz ubieganiu się o środki publiczne na realizację usług rynku pracy[4].

Spostrzeżenia zawarte w niniejszej publikacji, dotyczące kształtowania się współpracy na linii: publiczne służby zatrudnienia – agencje zatrudnienia, mogą stać się przyczynkiem do wyciągnięcia konstruktywnych wniosków i propozycji kierunku zmian mających służyć polepszeniu tej współpracy, a przede wszystkim – wzmocnieniu efektywności działań i osiągania założonych celów. W artykule po analizie aktualnego stanu prawnego w obrębie współpracy publicznych służb zatrudnienia (w szczególności urzędów pracy jako kluczowych jednostek wchodzących w ich skład) z agencjami zatrudnienia, jak również na podstawie wyników badań, jakie zostały przeprowadzone przez Instytut Pracy i Spraw Socjalnych w ramach realizacji projektu „Potencjał i perspektywy współpracy agencji zatrudnienia z publicznymi służbami zatrudnienia”[5], i informacji sporządzonych przez Ministerstwo

[3] Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. 2020, poz. 1409 ze zm.), dalej: u.p.z.

[4] J.P. Barbier, E. Hansen, A. Samorodov, *Public-Private Partnerships in Employment Services*, „Skills Working Paper” 2003, no. 17, 2003, *passim*. Na ten temat także: I. Kukulak-Dolata, J. Pichla, *Rola publicznych służb zatrudnienia i agencji zatrudnienia na rynku pracy*, Warszawa 2007, *passim*; M. Paluszkiewicz [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 264.

[5] Projekt „Potencjał i perspektywy współpracy agencji zatrudnienia z publicznymi służbami zatrudnienia” realizowany był przez IPiSS w okresie 2 października 2006 r. – 31 stycznia 2008 r. Wyniki i wnioski z przeprowadzonych prac badawczych zostały przedstawione w publikacji: I. Kukulak-Dolata, J. Pichla, *Rola publicznych służb*…, *passim*.

Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych agencjom zatrudnienia[6] podjęta zostanie próba znalezienia odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: 1. Jaki charakter mają relacje pomiędzy publicznymi służbami zatrudnienia (urzędami pracy) a agencjami zatrudnienia w Polsce? 2. W jakim stopniu relacje (współpraca/rywalizacja) między tymi instytucjami rynku pracy wpływają na efektywność ich działania i w jaki sposób (o ile istnieje taka potrzeba) można wzmocnić ich współpracę?

Publiczne służby zatrudnienia i agencje zatrudnienia jako instytucje rynku pracy

Zakres i formy polityki rynku pracy w Polsce określa u.p.z. Jej celem w myśl jej art. 1 ust. 1 jest określenie zadań państwa w zakresie promocji zatrudnienia, łagodzenia skutków bezrobocia oraz aktywizacji zawodowej. Istotny jest przy tym przepis art. 1 ust. 2 u.p.z., z którego wynika, że zadania państwa w regulowanej ustawą sferze są realizowane przez instytucje rynku pracy, które mają zróżnicowany charakter i trudno je zakwalifikować w każdym przypadku jako agendy (organy) państwowe[7]. Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.p.z. do instytucji rynku pracy[8] należą: publiczne służby zatrudnienia, Ochotnicze Hufce Pracy, agencje zatrudnienia, instytucje szkoleniowe, instytucje dialogu społecznego, instytucje partnerstwa lokalnego.

---

[6] Niniejsze opracowania sporządzone przez MRPiPS zawierają podsumowanie realizacji zlecania działań aktywizacyjnych przeprowadzonych w trzech edycjach, od 2015 do 2019 r. Zob. Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych oraz ich wpływie na regionalny i powiatowy rynek pracy – edycja I*, Warszawa 2018, https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/7595202/Raport%20I%20edycja%20ZDA.pdf/61c8123f-f1c3-46b3-a851-0d6bc2debf21?t=1533641870153 (13.05.2021); Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych oraz ich wpływie na regionalny i powiatowy rynek pracy – edycja II*, Warszawa 2019, https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/7595202/Raport%20II%20edycja%20ZDA.pdf/1b8564ab-93d6-481d-9165-f040c2543fd4?t=1560770451716 (13.05.2021); Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o realizacji zlecania działań aktywizacyjnych (ZDA) za IV kwartał 2018, sporządzona na podstawie danych z wojewódzkich urzędów pracy*, Warszawa 2019, https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/7595202/Realizacja%20ZDA%20I_II_III%20%20edycja%20za%20IV%20kwarta%C5%82%20%202018.pdf/e042431f-2933-464e-8819-f4ea4ca9192c?t=1555050501000 (13.05.2021).

[7] Z. Góral [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 38.

[8] Pojęcie instytucji rynku pracy występuje w literaturze z zakresu ekonomii i na ogół „jest utożsamiane z regułami gry rynkowej, rozumianymi jako wszelkie utrwalone zasady postępowania jego uczestników, z których część ma normatywną postać prawa lub umów". W przywołanym przepisie instytucje rynku pracy są rozumiane inaczej – „jako enumeratywnie określone podmioty, działające na rynku w ściśle określonym celu". M. Paluszkiewicz [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 116 oraz przytaczana tam literatura.

Publiczne służby zatrudnienia otwierają katalog instytucji rynku pracy, ponieważ – jak podkreśla się w literaturze przedmiotu – są „najważniejsze z nich”[9] i „odgrywają główną rolę w realizacji zadań ustawowych”[10]. W myśl art. 6 ust. 2 u.p.z. publiczne służby zatrudnienia tworzą organy zatrudnienia wraz z powiatowymi i wojewódzkimi urzędami pracy, urzędem obsługującym ministra właściwego ds. pracy oraz urzędami wojewódzkimi realizującymi zadania określone ustawą. Pojęcie organów zatrudnienia zostało wyjaśnione w słowniczku ustawowym – zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 17 u.p.z. są nimi: minister właściwy ds. pracy, wojewodowie, marszałkowie województw i starostowie. Szczegółowe zadania ministra wskazano w art. 4 u.p.z., zadania wojewodów wymieniono w art. 10 u.p.z., a zadania przypisane samorządom województw i powiatów określają z kolei art. 8–9d u.p.z.

Model publicznych służb zatrudnienia ma charakter mieszany i jest rozproszony między organami administracji rządowej i samorządowej. W segmencie rządowym na szczeblu centralnym funkcjonuje minister właściwy ds. pracy[11] z obsługującym go ministerstwem, a na poziomie regionalnym – wojewodowie wspierani przez urzędy wojewódzkie. W segmencie samorządowym na szczeblu regionalnym działają wojewódzkie urzędy pracy będące jednostkami organizacyjnymi samorządu województwa podległymi marszałkowi województwa, a na poziomie lokalnym – powiatowe urzędy pracy wchodzące w skład powiatowej administracji zespolonej i podległe staroście powiatu[12]. W końcu 2019 r. w skład publicznych służb zatrudnienia wchodziło 340 powiatowych urzędów pracy, 16 wojewódzkich urzędów pracy oraz 16 urzędów wojewódzkich[13].

Polskie prawodawstwo dopuszcza obsługę rynku pracy nie tylko przez publiczne służby zatrudnienia, ale również przez agencje zatrudnienia. Początkowo agencje zatrudnienia definiowane były jako niepubliczne jednostki organizacyjne świadczące usługi w zakresie pośrednictwa pracy, pośrednictwa do pracy za granicą u pracodawców zagranicznych, poradnictwa zawodowego, doradztwa personalnego i pracy

[9] W. Kozek, *Rynek pracy. Perspektywa instytucjonalna*, Warszawa 2013, s. 257.

[10] M. Paluszkiewicz [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 121. Por. M. Frączek, *Polityka rynku pracy. Teoria i praktyka*, Warszawa 2015, s. 103.

[11] W myśl § 1 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 6 października 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii (Dz.U. 2020, poz. 1718) działem administracji rządowej „praca” kieruje Minister Rozwoju, Pracy i Technologii.

[12] M. Frączek, *Polityka rynku*…, s. 102. Szerzej na temat genezy, ewolucji, struktury, zadań i kompetencji publicznych służb zatrudnienia w Polsce zob. m.in. D. Przeklasa, *Samorządowe służby zatrudnienia w państwie unitarnym* [w:] *Unitarny charakter państwa a samorząd terytorialny*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warszawa 2019, s. 261–289.

[13] Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o stanie i strukturze zatrudnienia w wojewódzkich i powiatowych urzędach pracy w 2019 roku*, Warszawa 2020, https://psz.praca.gov.pl/documents/10828/153391/Stan%20i%20struktura%20zatrudnienia%20w%20PUP%20i%20WUP%20w%202019%20roku.pdf/fc5ba619-3407-47ec-a971-ccdeddb7b2ee?t=1589526919764 (13.05.2021).

tymczasowej[14]. W nowelizacji z 2008 r. w celu określenia agencji zatrudnienia wprowadzono pojęcie „podmiotu, wpisanego do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia"[15], rozszerzając tym samym zakres podmiotów posiadających status agencji zatrudnienia na niepubliczne, publiczne oraz samorządowe jednostki organizacyjne. Aktualnie w myśl art. 6 ust. 4 u.p.z. agencjami zatrudnienia są podmioty wpisane do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia, świadczące usługi w zakresie pośrednictwa pracy, pośrednictwa do pracy za granicą u pracodawców zagranicznych, poradnictwa zawodowego, doradztwa personalnego lub pracy tymczasowej.

Działalność agencji zatrudnienia jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów Prawa przedsiębiorców[16] i wymaga wpisu do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia. Zgodnie z art. 18d u.p.z. rejestr prowadzi marszałek województwa właściwy dla siedziby podmiotu ubiegającego się o wpis. Rejestr jest jawny i może być prowadzony w formie dokumentu elektronicznego. Wpis do rejestru potwierdzony jest stosownym certyfikatem uprawniającym do świadczenia usług: pośrednictwa pracy, doradztwa personalnego, poradnictwa zawodowego lub pracy tymczasowej. W zależności od zakresu świadczonych usług agencja zatrudnienia może posiadać jeden z wyżej wymienionych certyfikatów bądź obydwa certyfikaty jednocześnie. Zadania samorządu województwa dotyczące procedury rejestracyjnej oraz wydawania certyfikatów o dokonaniu wpisu do rejestru agencji zatrudnienia są realizowane przez wojewódzkie urzędy pracy. Na koniec 2019 r. funkcjonowało w Polsce 8757 podmiotów posiadających wpis do rejestru agencji zatrudnienia[17].

Ramy prawne współpracy publicznych służb zatrudnienia i agencji zatrudnienia

Szczegółowe ramy formalnoprawne dla współpracy publicznych służb zatrudnienia i agencji zatrudnienia określają przepisy u.p.z. Ustawodawca nałożył w zakresie realizacji polityki rynku pracy obowiązek współpracy agencji zatrudnienia z publicznymi służbami zatrudnienia i odwrotnie – stanowi o tym odpowiednio w art. 19h oraz art. 21 u.p.z.

---

[14] Art. 6 ust. 4 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. 2004, nr 99, poz. 1001).

[15] Zmiana wprowadzona przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. 2009, nr 6, poz. 33).

[16] Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. 2021, poz. 162).

[17] Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o działalności agencji zatrudnienia w 2019 r.*, Warszawa 2020, 10828/12515534/Informacja%20o%20dzia%C5%82alno%C5%9Bci%20agencji%20zatrudnienia%20w%202019r..pdf/987f6f18-1f40-4c2c-9151-dd7dc86b-3fb3?t=1590758400588 (13.05.2021).

W myśl art. 19h u.p.z. agencja zatrudnienia ma obowiązek współpracować z organami zatrudnienia w zakresie realizacji polityki rynku pracy. Przywołany przepis budzi jednak pewne wątpliwości, ponieważ nie przybliża sposobu i zakresu tej współpracy. Na tym tle nasuwa się zatem pytanie, na czym współpraca w zakresie realizacji polityki rynku pracy ma polegać. Jest to istotne zagadnienie, w szczególności z uwagi na dotkliwą sankcję, jaka jest przewidziana za naruszenie tego obowiązku. Zgodnie z art. 18m ust. 1 pkt 6 u.p.z. jest nią wykreślenie – w drodze decyzji – podmiotu z rejestru agencji zatrudnienia. Należy zauważyć, że podobny obowiązek został nałożony na publiczne służby zatrudnienia. Artykuł 21 u.p.z. stanowi, że polityka rynku pracy realizowana przez władze publiczne opiera się na dialogu i współpracy z partnerami społecznymi, w szczególności w ramach uzupełniania i rozszerzania oferty usług publicznych służb zatrudnienia przez partnerów społecznych i agencje zatrudnienia. Również na tle tego przepisu jawi się potrzeba bliższego przedstawienia form realizacji tej współpracy.

Punktem wyjścia w celu uzyskania odpowiedzi na pojawiające się pytania, jest przybliżenie definicji polityki rynku pracy. Przedmiotowe pojęcie zostało zdefiniowane w art. 3 u.p.z. przez wyliczenie zadań państwa, które w ramach tej polityki są realizowane. Na politykę rynku pracy składają się więc trzy rodzaje zadań: promocja zatrudnienia, łagodzenie skutków bezrobocia oraz aktywizacja zawodowa. Ich szczegółowa treść powinna wynikać z regulacji zawartych w u.p.z., ale i tutaj ustawodawca nie dokonał precyzyjnej delimitacji tych trzech sfer realizacji polityki rynku pracy. W rezultacie należy przyjąć, że polityka ta została zdefiniowana za pomocą określeń opisowych, niepowiązanych z konkretnymi ich desygnatami, przy tym w części pokrywającymi się[18].

Z kolei w literaturze z zakresu ekonomii podnosi się, że zasadniczym celem polityki rynku pracy jest usprawnienie procesów dostosowawczych podaży i popytu na pracę. Cel ten jest realizowany głównie za pomocą instrumentów o charakterze mikroekonomicznym, służących polepszeniu jakości i przepływu informacji, zwiększaniu mobilności bezrobotnych oraz poprawie zdolności dostosowawczych podmiotów gospodarczych. Tradycyjnie polityka rynku pracy dzielona jest na część aktywną (ograniczanie bezrobocia przez aktywizację zawodową bezrobotnych) oraz pasywną (łagodzenie skutków bezrobocia). Bardzo często polityka rynku pracy wymieniana jest obok polityki zatrudnienia, której celem jest z kolei oddziaływanie na ogólny poziom zatrudnienia w gospodarce, zwłaszcza dążenie do osiągnięcia stanu pełnego zatrudnienia. Realizacji tego celu służą przede wszystkim narzędzia polityki gospodarczej, w szczególności polityki budżetowej i pieniężnej[19].

[18] Szerzej: M. Włodarczyk [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 103–107.

[19] M. Paluszkiewicz [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 265 oraz przytaczana tam literatura.

W dalszej kolejności należy przybliżyć formy realizacji współpracy między publicznymi służbami zatrudnienia a agencjami zatrudnienia. Jak zostało już zasygnalizowane, współpraca ta ma charakter formalny i nieformalny. Przykładów sformalizowanej współpracy dostarcza sam ustawodawca, przewidując coraz to nowe instrumenty w u.p.z. Wśród nich można wyróżnić: zlecanie agencjom zatrudnienia realizacji usług rynku pracy (art. 24 ust. 1 pkt 6 u.p.z.), świadczenie przez podmioty prowadzące agencje zatrudnienia pośrednictwa pracy związanego ze swobodnym przepływem pracowników na podstawie akredytacji (art. 36a–e u.p.z.), umowę z agencją zatrudnienia na doprowadzenie skierowanego bezrobotnego będącego w szczególnej sytuacji na rynku pracy do podjęcia zatrudnienia lub innej pracy zarobkowej na podstawie umów cywilnoprawnych (61b u.p.z.), udział w realizacji programu specjalnego (art. 66a–b u.p.z.), wykonywanie przez agencje zatrudnienia zleconych działań aktywizacyjnych (art. 66d–j u.p.z.). Współpraca nieformalna polega głównie na przekazywaniu ofert pracy między agencją zatrudnienia a powiatowymi urzędami, a ponadto na wspólnym organizowaniu konferencji, seminariów, targów i giełd pracy[20].

Wybrane obszary współpracy publicznych służb zatrudnienia z agencjami zatrudnienia

Problematyka współpracy publicznych służb zatrudnienia z agencjami zatrudnienia była tematem badań prowadzonych w okresie od 2 października 2006 r. do 31 stycznia 2008 r. w ramach projektu „Potencjał i perspektywy współpracy agencji zatrudnienia z publicznymi służbami zatrudnienia"[21]. W odniesieniu do instytucji publicznych badaniom zostały poddane urzędy pracy jako kluczowe jednostki wchodzące w skład publicznych służb zatrudnienia, które w realizacji swoich zadań powinny współdziałać z innymi instytucjami. Założono, że współpraca ta będzie determinowana określonymi trudnościami, z jakimi zmagają się urzędy pracy podczas świadczenia usług. W tym celu m.in. zidentyfikowano czynniki, które zakłócają realizację pośrednictwa pracy i poradnictwa zawodowego. Wybór ten nie był przypadkowy, dotyczył bowiem tych usług, które świadczone są również przez agencje zatrudnienia. Ponadto starano się rozpoznać inne obszary współpracy urzędów pracy z agencjami, poznać opinie tych instytucji na temat możliwości jej kontynuowania, a w przypadku niepodejmowania wspólnych przedsięwzięć ważna była identyfikacja przyczyn tego stanu rzeczy.

[20] *Ibidem*; I. Kukulak-Dolata, J. Pichla, *Rola publicznych służb*…, s. 84–86.

[21] K. Dymek, T. Płachecki, *Raport z badania jakościowego z agencjami zatrudnienia i urzędami pracy zrealizowanego dla Instytutu Pracy i Spraw Socjalnych w ramach projektu badawczego „Potencjał i perspektywy współpracy agencji zatrudnienia z publicznymi służbami zatrudnienia"*, Warszawa 2007, https://www.ipiss.com.pl/wp-content/uploads/downloads/2012/11/Raport_wspolpraca_AZ_PSZ.pdf (13.05.2021); I. Kukulak-Dolata, J. Pichla, *Rola publicznych służb*…, *passim*.

Powiatowe urzędy pracy są różnie oceniane przez bezrobotnych i pracodawców. Znajduje to wyraz szczególnie w opiniach na temat aktywności i skuteczności działań tych instytucji. Wyrażane oceny są często skutkiem problemów, z jakimi urzędy zmagają się w praktyce, realizując swoje ustawowe zadania. Ze względu na ich charakter trudności te można podzielić na zewnętrzne i wewnętrzne. W ramach pierwszej grupy wskazywano najczęściej proponowanie przez pracodawców mało atrakcyjnych warunków zatrudnienia kandydatom do pracy, jak również trudności wynikające z cech osobowościowych i zawodowych klientów, w tym przede wszystkim bezrobotnych. Sygnalizowano także małe zainteresowanie pracodawców współpracą z urzędami pracy. Wśród problemów o charakterze wewnętrznym wymieniano niewystarczającą ilość środków finansowych przeznaczonych na wynagrodzenia pracowników, która determinuje ich liczbę oraz niedostateczne warunki lokalowe w powiatowych urzędach pracy. Czynniki te w znacznym stopniu uniemożliwiały realizację pośrednictwa pracy i poradnictwa zawodowego.

Przeprowadzone w ramach projektu badania wykazały, że powiatowe urzędy pracy najczęściej współpracowały z wojewódzkimi urzędami pracy, instytucjami szkoleniowymi, innymi powiatowymi urzędami pracy, szkołami i uczelniami, organizacjami pozarządowymi, agencjami zatrudnienia, Ochotniczymi Hufcami Pracy, organizacjami pracodawców, związkami zawodowymi. Co istotne, ponad 66% powiatowych urzędów pracy wymieniło agencje zatrudnienia jako partnera przy realizacji określonych zadań. Trzeba jednak zauważyć, że były też urzędy (37,4%), które nie widziały możliwości włączenia agencji zatrudnienia w realizację usług rynku pracy, stąd relacji między nimi nie można analizować pod kątem współpracy czy konkurencji. Z kolei część respondentów (10%) uważała, że ze względu na zakres zadań powiatowe urzędy pracy i agencje zatrudnienia to instytucje względem siebie konkurencyjne.

Ponad połowa urzędów pracy opierających swoje relacje z agencjami zatrudnienia na kooperacji uznała, że współpraca ta ma charakter naturalny, determinowany uwarunkowaniami lokalnego rynku pracy. Jako podstawowy obszar współpracy wymieniano przekazywanie ofert pracy przez agencje zatrudnienia do powiatowych urzędów pracy, które następnie były przedstawiane bezrobotnym (94%). Z relacji tych wynika, że powiatowe urzędy pracy nie są w pełni przygotowane do świadczenia pośrednictwa pracy. Nie mogą wykonywać tej usługi z uwagi na brak informacji o wolnych miejscach pracy, dlatego szukają wsparcia innych instytucji rynku pracy. Tę pomoc przeważnie otrzymują od agencji pracy tymczasowej, z którymi współpracują. Kolejnym wyróżnionym obszarem współpracy było wspólne organizowanie targów i giełd pracy (35,2%). Spotkania te traktowane są jako jedna z form rekrutacji pracowników, w której mogą równocześnie uczestniczyć m.in. urzędy pracy, agencje zatrudnienia, pracodawcy oraz osoby bezrobotne. Korzyści ze wspólnego organizowania targów i giełd czerpie każda z wymienionych instytucji. Urząd pracy ma możliwość poznania pracodawców i nawiązania z nimi kontaktów. Pracodawcy zyskują dostęp do wielu potencjalnych kandydatów do

pracy. Natomiast agencje mają szanse uwiarygodnienia swojej pozycji na rynku pracy, współpracując z publicznymi służbami zatrudnienia. Jako następny obszar współpracy wskazywano organizację przez agencje zatrudnienia staży dla osób skierowanych przez urzędy pracy (13,7%). W ten sposób powiatowe urzędy pracy realizowały funkcje pośrednictwa i pomagały, głównie młodym osobom, zdobyć pierwsze doświadczenia zawodowe. Współpraca rzadziej dotyczyła przekazywania przez powiatowe urzędy pracy agencjom zatrudnienia danych o zarejestrowanych w urzędzie bezrobotnych i osobach poszukujących pracy (8,8%), udostępniania agencjom analiz i statystyk rynku pracy (7,1%), jak również wspólnej realizacji projektów partnerskich (2,7%).

Przeprowadzone w ramach projektu badania potwierdziły, że powiatowe urzędy pracy na ogół nie zlecały agencjom zatrudnienia wykonywania usług rynku pracy na podstawie kontraktów (1,1%). Jeśli takie zlecenie miało już miejsce, to w bardzo wąskim zakresie dotyczyło pośrednictwa pracy czy poradnictwa zawodowego. Najczęściej wymienianymi powodami braku współpracy były: problemy z wyceną zlecanych usług, brak agencji mogących świadczyć usługi na terenie powiatu, trudności w sprecyzowaniu zakresu usług wynikających z potrzeby indywidualnego podejścia do osoby bezrobotnej, które mogłyby być zlecane, brak zainteresowania takimi zleceniami ze strony agencji.

Podejmowana współpraca była różnie oceniana przez urzędy pracy. Dominowały opinie przeciętne (54,9%), zdecydowanie mniej odnotowano ocen o charakterze pejoratywnym (11%), a znacznie więcej pozytywnych (30,8%).

Według opinii respondentów agencje zatrudnienia nie są zainteresowane obsługą klientów urzędów pracy oraz osób długotrwale bezrobotnych. Ten rodzaj instytucji na ogół obsługuje inny segment rynku pracy. Urzędy pracy są związane przede wszystkim z wtórnym rynkiem pracy, który dotyczy mało atrakcyjnych ofert pracy z uwagi na poziom płacy i niskie wymagania zawodowe. Z kolei agencje zatrudnienia zajmują się głównie pierwotnym rynkiem pracy – „tym lepszym", dla którego charakterystyczne są wyższe wynagrodzenia i atrakcyjniejsze warunki pracy. Różnice widoczne są również w obsłudze podażowej strony rynku pracy. Urzędy najczęściej obsługują bezrobotnych, a agencje – osoby poszukujące pracy, które nie posiadają statusu bezrobotnego. W ocenie ponad 62% ankietowanych agencje niechętnie zajmują się osobami bezrobotnymi jako klientami. Tendencja adresowania usług do poszukujących pracy, którzy *de facto* mają większe szanse jej znalezienia, określana jest mianem „zbierania śmietanki" i jest negatywnie postrzegana przez publiczne służby zatrudnienia.

Na uwagę zasługuje także ta część badań, która miała odpowiedzieć na pytanie, co mogłoby zachęcić oraz jakie są czynniki zniechęcają powiatowe urzędy pracy do współpracy z agencjami zatrudnienia. Wśród determinant zachęcających najczęściej wymieniano rozległe kontakty agencji z licznymi pracodawcami (31,1%). Z odpowiedzi wynika, że urzędy są świadome swoich słabych kontaktów z pracodawcami i dlatego chcą wykorzystać te, które agencje wypracowały. Jako kolejne czynniki

stymulujące do współpracy wskazywano potrzebę podejmowania przez agencje działań, w wyniku których kompleksowo byłyby rozwiązywane problemy lokalnego rynku pracy, jak również dążenie do świadczenia wysokiej jakości usług. Wśród okoliczności zniechęcających urzędy pracy do współpracy wyliczono natomiast trudności z weryfikacją wiarygodności agencji zatrudnienia (52%), co powodowało, że instytucje te nie realizowały wspólnie zadań, a więc nie miały wypracowanych form współpracy (48%). Ponadto urzędy pracy zarzucały agencjom zatrudnienia koncentrowanie się na pracodawcach jako klientach, co w praktyce oznaczało, iż reprezentowały one głównie ich interesy. Innym czynnikiem zniechęcającym do współpracy było zainteresowanie agencji niemal wyłącznie najbardziej atrakcyjnymi kandydatami do pracy (brak zainteresowania osobami bezrobotnymi). Do powodów, które nie motywowały urzędów pracy do wspólnych działań z agencjami zatrudnienia, zaliczano też naruszanie przepisów prawa oraz niedotrzymywanie warunków zatrudnienia przez agencje.

Co do obszarów przyszłej współpracy, powiatowe urzędy pracy najbardziej są zainteresowane przekazywaniem przez agencje zatrudnienia wyników badań i analiz rynku pracy (46,5%). Realizując różne projekty, agencje często zlecają określone badania rynku pracy ekspertom zewnętrznym, stąd też dysponują innymi informacjami niż urzędy pracy. Jest to szczególnie widoczne przy diagnozach dotyczących popytowej strony rynku pracy, dlatego też urzędy interesują się dostępem do tych wyników badań i analiz. Nadto urzędy pracy chciałyby otrzymywać od agencji oferty zatrudnienia, które następnie byłyby przedstawiane osobom bezrobotnym i poszukującym pracy (41,8%). Wyniki przeprowadzonych badań wskazują jednak, że w tym przypadku byłaby to współpraca w jednym kierunku. Urzędy chętnie przyjmowałyby od agencji informacje na temat ofert zatrudnienia, ale z drugiej strony nie są zainteresowane zlecaniem agencjom usług z zakresu pośrednictwa pracy. Realizowanie tego rodzaju usług urzędy pracy rezerwują dla siebie, co wynika z sekwencji odpowiedzi dotyczącej obszarów, w których urzędy nie są zainteresowane współpracą w przyszłości. Największy odsetek urzędów (73,3%) był przeciwny zlecaniu usług pośrednictwa pracy i poradnictwa zawodowego agencjom zatrudnienia. Urzędy nie były również zainteresowane przekazywaniem agencjom danych o bezrobotnych i poszukujących pracy nawet w sytuacji, jeśli te osoby wyraziłyby na to zgodę (41%). Można domniemywać, że takie stanowisko urzędów w sprawie współpracy ma podłoże historyczne. Usługi pośrednictwa pracy były zawsze nadrzędną funkcją publicznych służb zatrudnienia i przez długi okres instytucje te miały monopol na ich świadczenie.

W podsumowaniu omawianego projektu sformułowano m.in. uwagę, iż publiczne służby zatrudnienia i agencje zatrudnienia dotychczas w niewielkim stopniu współpracowały, wcześniej brakowało bowiem odpowiednich podstaw legislacyjnych, które wspierałyby tego typu przedsięwzięcia. Dlatego też trudno mówić o doświadczeniu we współpracy tych instytucji rynku pracy.

Ustawą z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw[22] dodany został rozdz. 13c u.p.z. zatytułowany *Zlecanie działań aktywizacyjnych*. Nowe regulacje stanowią podstawę współpracy pomiędzy instytucjami publicznymi i niepublicznymi. Wprowadzony mechanizm zlecania określany jest też mianem outsourcingu działań aktywizacyjnych lub „kontraktowaniem usług rynku pracy"[23]. Działania aktywizacyjne, o których mowa w tym rozdziale, mają na celu pomoc określonym grupom bezrobotnych w znalezieniu odpowiedniej pracy przez zaangażowanie w działania aktywizacyjne agencji zatrudnienia.

Jak wynika z raportów Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej[24], w latach 2015–2019 zlecanie działań aktywizacyjnych realizowane było w trzech edycjach. Edycja I realizowana była od 2015 r. we wszystkich województwach, uczestniczyło w niej 18 928 długotrwale bezrobotnych. Aż 9854 bezrobotnych, a więc ponad połowa uczestników, nie podjęło pracy lub działalności gospodarczej. Spośród 9074 osób, które podjęły pracę, 5241 świadczyło usługi w ramach umów cywilnoprawnych, a jedynie 3260 bezrobotnych zostało zatrudnionych na postawie umowy o pracę. Większość osób pracowała krótko, zaledwie 1736 osób utrzymało zatrudnienie co najmniej pół roku.

W II edycji zleconych działań aktywizacyjnych, która rozpoczęła się w 2016 r., w 10 województwach uczestniczyło 12 700 długotrwale bezrobotnych. Spośród uczestników tej edycji 5566 osób nie podjęło pracy lub działalności gospodarczej. Natomiast z 7134 osób, które rozpoczęły pracę, większość, bo 3602 osoby, zawarła umowy cywilnoprawne, zaś 224 osoby rozpoczęły działalność gospodarczą. Bezrobotnych, którzy podjęli zatrudnienie na podstawie stosunku pracy, było 3308, w tym 2088 osób pracowało co najmniej pół roku.

Z kolei w III edycji zleconych działań aktywizacyjnych, trwającej w latach 2017–2019, w jednym województwie – mazowieckim – uczestniczyło 650 osób długotrwale bezrobotnych. Wśród uczestników tej edycji aż 408 osób nie podjęło pracy, natomiast 242 osoby podjęły pracę (117 osób zostało zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, 112 osób zawarło umowy cywilnoprawne) lub działalność gospodarczą (13 osób). Spośród uczestników, którzy podjęli pracę lub działalność gospodarczą, 85 osób pracowało co najmniej pół roku.

---

[22] Ustawa z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 598).

[23] T. Wrocławska [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016, s. 733.

[24] Zob. Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych oraz ich wpływie na regionalny i powiatowy rynek pracy – edycja I*; Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych oraz ich wpływie na regionalny i powiatowy rynek pracy – edycja II*; Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o realizacji zlecania działań aktywizacyjnych (ZDA) za IV kwartał 2018, sporządzona na podstawie danych z wojewódzkich urzędów pracy*.

W raportach zawierających podsumowanie realizacji zleconych działań aktywizacyjnych przeprowadzonych w ramach wyżej wymienionych edycji Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej wskazało, że efekty funkcjonowania nowych rozwiązań nie są zadawalające. W analizach i formułowanych na ich podstawie wnioskach podkreślano niewielki wpływ zleconych działań aktywizacyjnych na poprawę sytuacji na rynku pracy, wysokie koszty i niską efektywność wprowadzonego instrumentu oraz brak przygotowania agencji zatrudnienia do pracy z trudnym klientem.

Podejmując decyzję o wdrożeniu zleconych działań aktywizacyjnych, zakładano, że nowy instrument przyczyni się do zwiększenia efektywności aktywnych polityk rynku pracy realizowanych w ramach współpracy pomiędzy urzędami pracy a agencjami zatrudnienia, jak również w okresie pogarszającej się sytuacji na rynku pracy będzie stanowić wsparcie dla urzędów pracy w działaniach na rzecz poprawy sytuacji osób długotrwale bezrobotnych. W ocenie większości wojewódzkich urzędów pracy, które uczestniczyły w zleconych działaniach aktywizacyjnych, pomimo ogólnej poprawy sytuacji na rynku pracy trudno jest jednoznacznie stwierdzić, w jakim zakresie podejmowane działania przyczyniły się do tego. Jednak część urzędów uznała, że realizacja zleconych działań aktywizacyjnych miała pozytywny wpływ na zmniejszenie stopy bezrobocia. Statystyki dotyczące bezrobocia rejestrowanego w powiatach biorących udział w poszczególnych edycjach poprawiły się, zwracano jednak uwagę, że taka sytuacja miała także miejsce w powiatach nieobjętych działaniami, a dodatkowo na kształt rynku pracy wpływa wiele czynników, które przenikają się wzajemnie, w związku z czym trudno jest jednoznacznie ocenić siłę oddziaływania zleconych działań aktywizacyjnych, opierając się jedynie na statystykach.

Informacje zawarte w raportach podsumowujących realizację zleconych działań aktywizacyjnych wskazują, że w skali globalnej osiągnięte efekty zatrudnieniowe nie są zadawalające – zauważalna jest niska jakość ofert pracy, niewielki odsetek osób utrzymujących zatrudnienie w dłuższej perspektywie czasowej, duży odsetek bezrobotnych powracających do urzędów pracy po zakończeniu realizacji umów. Ponadto zlecanie działań aktywizacyjnych generuje wysokie koszty dla Funduszu Pracy, np. w I edycji koszt udziału w działaniach jednej osoby, która przepracowała okres 180 dni, to kwota przekraczająca 31,6 tys. zł. Jak wynika z raportów, utrzymywanie tak kosztownego instrumentu – wprowadzonego z zamiarem wsparcia urzędów pracy w trudnych okresach dla rynku pracy – nie jest uzasadnione w okresie poprawy sytuacji na rynku pracy.

Agencje zatrudnienia miały za zadanie objęcie bezrobotnego intensywnym, zindywidualizowanym wsparciem odpowiadającym na jego potrzeby, co powinno mieć kluczowe znaczenie w procesie aktywizacji zawodowej. Jak czytamy w raportach, efekty uzyskane w wyniku zlecania działań aktywizacyjnych skłaniają do wniosku, że większość agencji nie poradziła sobie z realizacją celu społecznego, jakim jest aktywizacja osób długotrwale bezrobotnych, lub działała tylko w celu

osiągnięcia skalkulowanego zysku. Pomimo pozytywnej oceny nowego instrumentu dokonanej przez wojewódzkie urzędy pracy praca z „trudnym klientem" przerosła możliwości agencji zatrudnienia, chociaż sytuacja w poszczególnych województwach była niejednorodna. Zdaniem niektórych agencji zatrudnienia na poziom osiągniętych przez nie wskaźników wpływ miał „profil trudnego klienta", jego potencjał, postawa i problemy. Agencje przyzwyczajone są bowiem do pracy z innym profilem klienta – osobami zmotywowanymi i być może takiej aktywnej postawy oczekiwały od bezrobotnych.

Należy zauważyć, że w informacji podsumowującej realizację działań aktywizacyjnych przeprowadzonych w II edycji podkreślono, że zdobyte w ramach współpracy urzędów pracy z agencjami zatrudnienia doświadczenie pozwoli w przyszłości na rozwój usług ukierunkowanych na aktywizację zawodową bezrobotnych, w szczególności osób najbardziej oddalonych od rynku pracy. Wobec takiej oceny może dziwić fakt, że w projekcie ustawy o rynku pracy z dnia 29 czerwca 2018 r.[25] zrezygnowano ze zlecania działań aktywizacyjnych – instrumentu uregulowanego w rozdz. 13c u.p.z.

Podsumowanie

Zniesienie monopolu publicznych służb zatrudnienia na świadczenie usług rynku pracy dało impuls do nowoczesnego i wieloaspektowego podejścia do rozwiązywania problemów tego rynku w Polsce, stworzyło szansę dla rozwoju współpracy między publicznymi służbami zatrudnienia a agencjami zatrudnienia. Przedstawione w niniejszym opracowaniu rozważania wskazują jednak, że możliwości te nie są w pełni wykorzystywane przez instytucje rynku pracy.

Kierując się podziałem zaproponowanym przez Międzynarodową Organizację Pracy, podkreślającym możliwość współpracy, komplementarności lub konkurencyjności w świadczeniu usług przez publiczne i niepubliczne instytucje rynku pracy, można zauważyć, że w polskim systemie instytucjonalnej obsługi rynku pracy sporadycznie występują elementy konkurencyjne *sensu stricto*. Można je odnaleźć np. w obszarze Programów Operacyjnych współfinansowanych ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego, w ramach których na podstawie ogłaszanych konkursów agencje zatrudnienia i urzędy pracy na równych zasadach ubiegają się o przyznanie środków na realizację projektów.

Z kolei komplementarność tych instytucji w szerszym ujęciu uwidacznia się w koncentracji działań na częściowo odmiennych grupach klientów oraz

[25] Uzasadnienie projektu ustawy o rynku pracy z dnia 29 czerwca 2018 r., https://igwp.org.pl/index.php/informacje/prawo/1188-konsultacje-projektu-ustawy-o-rynku-pracy#.site (13.05.2021). W związku z licznie zgłoszonymi do projektu ustawy o rynku pracy uwagami we wrześniu 2018 r. MRPiPS zawiesiło nad nim prace.

w zróżnicowanej ofercie usług. Urzędy pracy udzielają pomocy szerokiemu spektrum osób, w tym osobom wymagającym szczególnego wsparcia. Dodatkowo świadczą na rzecz bezrobotnych różne usługi, m.in. organizują staże i prace interwencyjne. Część osób rejestruje się w powiatowych urzędach pracy w innym celu niż poszukiwanie pracy, traktując status bezrobotnego jako korzystny, np. z powodu możliwości uzyskania ubezpieczenia zdrowotnego. Agencje zatrudnienia mają natomiast do czynienia ze zbiorowością osób poszukujących pracy charakteryzującą się innymi cechami niż część klientów urzędów pracy. Podstawowym kryterium różnicującym jest poziom motywacji i determinacji w procesie poszukiwania pracy. Komplementarność agencji zatrudnienia w stosunku do urzędów pracy można także dostrzec w kontekście usług oferowanych przez te instytucje. Agencje zatrudnienia (obok częściowo tych samych co do istoty, aczkolwiek nieco odmiennych co do formy usług poradnictwa zawodowego czy pośrednictwa pracy) świadczą również usługi, które nie są dostępne w urzędach pracy (dotyczy to np. usługi pracy tymczasowej). Ponadto warto zauważyć, że osoby poszukujące zatrudnienia czy też pracodawcy nieusatysfakcjonowani poziomem lub zakresem pomocy oferowanej przez publiczne służby zatrudnienia mogą stać się klientami agencji zatrudnienia. Stanowi to wyraz komplementarności, ale i konkurencyjności w zakresie obsługi rynku pracy. Należy podkreślić, że obsługa poniekąd tych samych klientów (czyli bezrobotnych, osób poszukujących pracy, pracodawców) przez urzędy pracy i agencje zatrudnienia stwarza fundament pod wspólne działania.

Z przedstawionych rozważań wynika, że współpraca ta w rzeczywistości jest podejmowana (przejawia się w realizacji projektów partnerskich, organizowaniu konferencji, giełd i targów pracy), ale odnotowywane są też jej nieudane przypadki, które w konsekwencji mogą prowadzić do utraty wiary publicznych służb zatrudnienia, jak również ustawodawcy w możliwość sprawnego realizowania zadań państwa z zakresu przeciwdziałania bezrobociu przy udziale agencji zatrudnienia. Niewątpliwie udana współpraca będzie sprzyjać nie tylko podnoszeniu efektywności kooperujących ze sobą stron, ale zapewni lepszą obsługę głównych podmiotów rynku pracy, tj. pracobiorców i pracodawców. Należy zatem wzmocnić jej podstawy, aby deklaracje wspólnych działań mogły znaleźć odzwierciedlenie w realizacji rzeczywistych partnerskich inicjatyw. Przede wszystkim niezbędna jest poprawa przejrzystości regulacji prawnych tworzących ramy do podejmowania współpracy, tak aby chociażby przepisy dotyczące wymiany informacji czy uzupełniania i rozszerzania oferty usług publicznych służb zatrudnienia przez agencje zatrudnienia nie pozostawały tylko martwymi zapisami. Nie jest dobrym rozwiązaniem, aby ustawa tylko na jedną ze stron (agencje zatrudnienia) nakładała obowiązek współpracy zabezpieczony dotkliwą sankcją przewidzianą za jego naruszenie, a drugiej (publicznym służbom zatrudnienia) pozwalała nie zaliczać wspólnych działań do priorytetowych obowiązków – taka konstrukcja powoduje, że wiele z narzędzi współpracy pozostaje niewykorzystanych.

Oczywiście współpraca między urzędami pracy a agencjami zatrudnienia nie musi (i nawet nie powinna) mieć zawsze charakteru sformalizowanego, dzięki czemu w pewnych obszarach można wyeliminować zbiurokratyzowane procedury, które często zniechęcają do kooperacji. W tym zakresie warto byłoby sięgnąć do dobrych praktyk, których przykłady można już znaleźć w Polsce, niemniej za granicą, choćby w innych krajach Unii Europejskiej, udana współpraca instytucji rynku pracy ma bogatszą tradycję.

Zaprezentowane w niniejszym opracowaniu rozważania nie mają siłą rzeczy charakteru wyczerpującego; ich celem było zasygnalizowanie konieczności wypracowania wśród publicznych służb zatrudnienia oraz agencji zatrudnienia przekonania o zasadności współpracy. Należałoby zacząć od zdiagnozowania obszarów, w których ta współpraca byłaby najbardziej efektywna dla jej beneficjentów, zwłaszcza dla tych, którzy poszukują pracy, i tych, którzy poszukują pracowników.

Bibliografia

Barbier J.P., Hansen E., Samorodov A., *Public-Private Partnerships in Employment Services*, „Skills Working Paper" 2003, no. 17.

Dymek K., Płachecki T., *Raport z badania jakościowego z agencjami zatrudnienia i urzędami pracy zrealizowanego dla Instytutu Pracy i Spraw Socjalnych w ramach projektu badawczego „Potencjał i perspektywy współpracy agencji zatrudnienia z publicznymi służbami zatrudnienia"*, Warszawa 2007, https://www.ipiss.com.pl (13.05.2021).

Frączek M., *Polityka rynku pracy. Teoria i praktyka*, Warszawa 2015.

Góral Z. [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016.

Kozek W., *Rynek pracy. Perspektywa instytucjonalna*, Warszawa 2013.

Kukulak-Dolata I., Pichla J., *Rola publicznych służb zatrudnienia i agencji zatrudnienia na rynku pracy*, Warszawa 2007.

Kwiatkowski E., *Bezrobocie. Podstawy teoretyczne*, Warszawa 2014.

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o działalności agencji zatrudnienia w 2019 r.*, Warszawa 2020, https://psz.praca.gov.pl (13.05.2021).

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o realizacji zlecania działań aktywizacyjnych (ZDA) za IV kwartał 2018, sporządzona na podstawie danych z wojewódzkich urzędów pracy*, Warszawa 2019, (13.05.2021).

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o stanie i strukturze zatrudnienia w wojewódzkich i powiatowych urzędach pracy w 2019 roku*, Warszawa 2020, https://psz.praca.gov.pl (13.05.2021).

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych oraz ich wpływie na regionalny i powiatowy rynek pracy – edycja I*, Warszawa 2018, https://psz.praca.gov.pl (13.05.2021).

Ministerstwo Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej, *Informacja o zakresie i efektywności zleconych działań aktywizacyjnych oraz ich wpływie na regionalny i powiatowy rynek pracy – edycja II*, Warszawa 2019, https://psz.praca.gov.pl (13.05.2021).

Paluszkiewicz M. [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016.

Przeklasa D., *Samorządowe służby zatrudnienia w państwie unitarnym* [w:] *Unitarny charakter państwa a samorząd terytorialny*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warszawa 2019.
Wrocławska T. [w:] *Ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Komentarz*, red. Z. Góral, Warszawa 2016.

Streszczenie

W niniejszym opracowaniu poruszono problematykę współpracy między publicznymi służbami zatrudnienia a agencjami zatrudnienia w zakresie realizacji polityki rynku pracy w Polsce. Po ogólnej charakterystyce tych instytucji rynku pracy przedstawiono ramy prawne i formy realizacji współpracy między nimi oraz zidentyfikowano – w oparciu o wyniki badań i raporty – dotychczasowe obszary współpracy, wskazując możliwe kierunki jej rozwoju. Poszukiwano odpowiedzi na dwa zasadnicze pytania: 1. Jaki charakter mają relacje pomiędzy publicznymi służbami zatrudnienia a agencjami zatrudnienia? 2. W jakim stopniu te relacje (współpraca/rywalizacja) wpływają na efektywność działań, ewentualnie jak można wzmocnić współpracę tych podmiotów?

Słowa kluczowe: polityka rynku pracy, publiczne służby zatrudnienia, powiatowe i wojewódzkie urzędy pracy, agencje zatrudnienia, współpraca czy rywalizacja

COOPERATION BETWEEN PUBLIC EMPLOYMENT SERVICES AND EMPLOYMENT AGENCIES IN THE IMPLEMENTATION OF LABOUR MARKET POLICIES

Summary

This paper addresses the issue of cooperation between public employment services and employment agencies in the implementation of labour market policy in Poland. After a general description of these labour market institutions, the legal framework and forms of carried out cooperation between them are presented, and – based on the results of research and reports – the current areas of cooperation are identified, indicating possible directions for its development. The paper searches for the answers for two fundamental questions: 1. What is the nature of the relationship between public employment services and employment agencies? 2. To what extent does this relationship (cooperation/competition) affect the effectiveness of activities, or how can the cooperation of these entities be strengthened?

Keywords: labour market policy, public employment services, district and provincial employment offices, employment agencies, cooperation or competition

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.26

Łukasz Sowul

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0002-3617-0859

KONWALIDACJA NIEUCHYLENIA CYWILNEGO WYROKU ZAOCZNEGO W WYROKU KOŃCZĄCYM SPRAWĘ

Wprowadzenie

Kodeks postępowania cywilnego[1] przewiduje instytucję wyroku zaocznego. W aktualnym stanie prawnym istnieją dwie podstawy jego wydania. W związku z wejściem w życie ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw[2] doszło do wyodrębnienia przesłanek wyroku zaocznego o charakterze fakultatywnym (na zasadzie art. 339 § 1 k.p.c.) i o charakterze obligatoryjnym (art. 340 § 1 k.p.c.)[3].

Po pierwsze, zgodnie z art. 339 § 1 k.p.c. sąd może go wydać na posiedzeniu niejawnym, gdy pozwany w wyznaczonym terminie nie złożył odpowiedzi na pozew. Należy poczynić uwagę, iż w związku z przytoczoną wcześniej ustawą zmieniającą złożenie odpowiedzi na pozew jest czynnością obligatoryjną (art. 2051 k.p.c.). Pozwala to już na początkowym etapie postępowania (przed posiedzeniem przygotowawczym lub wyznaczeniem rozprawy) wyciągnąć negatywne konsekwencje wobec bierności strony pozwanej[4].

Po drugie, na podstawie art. 340 § 1 k.p.c. sąd wyda wyrok zaoczny, jeżeli mimo niezłożenia odpowiedzi na pozew skierowano jednak sprawę do rozpoznania na rozprawie, a wystąpi jedna z następujących przesłanek:

[1] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2020, poz. 1575 ze zm.), dalej: k.p.c.

[2] Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2019, poz. 1469 ze zm.).

[3] E. Rudkowska-Ząbczyk, komentarz do art. 339 k.p.c. [w:]: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Grześ, Legalis 2021.

[4] W. Głodowski, komentarz do art. 339 k.p.c. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I–II, red. T. Zembrzuski, Lex 2020.

– pozwany nie stawił się na tę rozprawę,
– mimo stawienia się na rozprawie pozwany nie bierze w niej udziału.

Wyrok wydany w nieobecności pozwanego nie będzie jednak zaoczny, jeżeli pozwany żądał przeprowadzenia rozprawy w swej nieobecności lub składał już w sprawie wyjaśnienia ustnie lub na piśmie (§ 2 – przesłanka negatywna wydania wyroku zaocznego).

Niemniej od rzeczonego wyroku można zgłosić sprzeciw. Jak stanowi art. 345 k.p.c., w takiej sytuacji przewodniczący zarządza doręczenie go powodowi i nadaje sprawie bieg, w razie potrzeby podejmując czynności przewidziane w przepisach o organizacji postępowania. Po ponownym rozpoznaniu sprawy sąd wydaje wyrok, którym wyrok zaoczny w całości lub części utrzymuje w mocy albo uchyla go i orzeka o żądaniu pozwu bądź też pozew odrzuca lub postępowanie umarza (art. 347 k.p.c.).

Może jednak dojść do sytuacji, w której sąd I instancji w wyroku kończącym sprawę orzeknie o żądaniu pozwu, ale nie umieści postanowienia o uchyleniu wyroku zaocznego. Wówczas pojawia się pytanie o skutki takiego działania i ewentualne możliwości naprawienia rzeczonego błędu. W niniejszym opracowaniu zostaną właśnie poruszone te kwestie.

Istnieje zgodność co tego, że w związku z niezamieszczeniem w wyroku postanowienia o uchyleniu wyroku zaocznego pozostaje on wciąż w mocy, gdyż ani zgłoszenie sprzeciwu, ani wydanie orzeczenia merytorycznego nie pozbawia go mocy prawnej. Autor stoi na stanowisku, że nie można w obecnym stanie prawnym i orzeczniczym w sposób jednoznacznie orzec o tym, jak naprawić omawiany błąd. W szczególności w żadnej mierze nie można zgodzić się z aktualnym stanowiskiem Sądu Najwyższego w tym przedmiocie.

Skutki prawne nieuchylenia wyroku zaocznego

Wniesienie sprzeciwu nie ma charakteru dewolutywnego, co skutkuje tym, że sąd I instancji dokonuje ponownego rozpatrzenia i rozstrzygnięcia sprawy[5]. Nie stosuje się więc w takim przypadku, choćby w drodze analogii, przepisów o postępowaniu apelacyjnym[6]. „W następstwie wniesienia sprzeciwu od wyroku zaocznego dochodzi do ponownego merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy w przedmiotowych i podmiotowych granicach określonych wyrokiem zaocznym i wniesionym od niego sprzeciwem”[7]. Wyrok wydany po ponownym rozpoznaniu sprawy wskutek wniesienia sprzeciwu nie jest nigdy

[5] E. Rudkowska-Ząbczyk, komentarz do art. 347 k.p.c. [w:]: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Grześ, Legalis 2021.

[6] K. Weitz, komentarz do art. 347 k.p.c. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II: *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Lex 2016.

[7] Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 listopada 2017 r., sygn. I ACa 1377/16, Lex nr 2436616.

wyrokiem zaocznym, a zatem podlega on zaskarżeniu na zasadach ogólnych, tj. w drodze apelacji[8].

Z treści art. 347 k.p.c. wprost wynika, że w orzeczeniu kończącym postępowanie sąd powinien się odnieść do wyroku zaocznego: utrzymać go w mocy albo też uchylić. W pierwszej kolejności należy więc rozstrzygnąć o losach wyroku zaocznego, a dopiero później ewentualnie o zgłoszonym roszczeniu. W przypadku, gdy sprzeciw jest niezasadny, sąd w ogóle nie orzeka o zasadności powództwa, ale po prostu utrzymuje zaskarżony wyrok zaoczny w mocy[9].

Za Sądem Najwyższym należy powtórzyć, że „wyrok zaoczny nie traci mocy na skutek wniesienia sprzeciwu. Wniesienie sprzeciwu powoduje jedynie wyznaczenie przez przewodniczącego sądu terminu rozprawy i doręczenie odpisu sprzeciwu stronie powodowej w wypadku, gdy sprzeciw odpowiada obowiązującym w tej mierze przepisom i zostaje przyjęty. Wyrok zaoczny, który został zaopatrzony rygorem natychmiastowej wykonalności, może być wykonany, chyba że sąd na wniosek pozwanego wnoszącego sprzeciw zawiesi ten rygor. Wyrok zaoczny traci moc dopiero wskutek uchylenia go (art. 332 d. k.p.c. i obecnego art. 347 k.p.c.) przez wyrok końcowy"[10].

Nie ulega więc wątpliwości, że w przypadku wniesienia sprzeciwu, a nawet wydania wyroku merytorycznego wyrok zaoczny nie traci mocy. Brak jest analogicznej regulacji jak w przypadku sprzeciwu od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym, gdzie zgodnie z art. 505 § 2 k.p.c. nakaz zapłaty traci moc w części zaskarżonej sprzeciwem. Niezamieszczenie w wyroku postanowienia w przedmiocie wyroku zaocznego prowadzi więc do sytuacji, gdzie w obrocie prawnym pozostają dwa różne orzeczenia zapadłe w tej samej sprawie. Taka sytuacja jest niedopuszczalna.

W szczególności należy brać pod uwagę to, że jak zostało to już wskazane, na skutek wniesienia sprzeciwu sprawa toczy się w normalnym trybie, w związku z czym może dojść do sytuacji, gdzie sędzia nie będzie świadomy istnienia wyroku zaocznego (np. wskutek zmiany składu sędziowskiego w toku sprawy), czy też dojdzie po prostu do zwykłego przeoczenia. W związku z tym trzeba rozważyć ewentualne możliwości naprawienia całej sytuacji.

Aktualne stanowisko Sądu Najwyższego w przedmiocie kwalifikacji prawnej nieuchylenia wyroku zaocznego i jej skutków

W kwestii kwalifikacji prawnej błędu polegającego na niezawarciu w orzeczeniu kończącym postępowanie oraz ewentualnych możliwości jego naprawienia w ostatnim czasie wypowiedział się Sąd Najwyższy. W postanowieniu z dnia 28 listopada

[8] A. Jakubecki, komentarz do art. 347 k.p.c. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Artykuły 1–366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Lex 2013.

[9] P. Rylski, *Dopuszczalność uchylenia wyroku zaocznego w części w wyniku rozpoznania sprzeciwu*, „Polski Proces Cywilny" 2011, nr 3, s. 144.

[10] Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 1969 r., sygn. III CRN 445/68, Lex nr 6497.

2018 r.[11] wskazał na następujące okoliczności (przytoczone *in extenso* fragmenty uzasadnienia):

„Wadliwe konstrukcyjnie nieuchylenie wyroku zaocznego w wyroku reformatoryjnym wydanym przez sąd pierwszej instancji po ponownym rozpoznaniu sprawy (art. 347 k.p.c.) może wywoływać istotne kontrowersje wynikające z funkcjonowania w obrocie prawnym dwóch odmiennych (rozbieżnych) orzeczeń sądowych zasądzających sporne roszczenia w różniących się zakresach lub wysokościach (nieuchylonego wyroku zaocznego oraz wyroku reformatoryjnego wydanego po wyznaczeniu i przeprowadzeniu rozprawy na podstawie art. 345 i n.k.p.c.)".

„Tego rodzaju kwalifikowanej wadliwości, która wymagałaby co najmniej konstrukcyjnego uzupełnienia wyroku sądu pierwszej instancji w trybie art. 351 k.p.c., nie może usunąć, uzupełnić ani naprawić Sąd drugiej instancji w przypadku, gdy wskutek nieuchylenia wyroku zaocznego po ponownym rozpoznaniu sprawy i orzeczeniu o żądaniu pozwu w obrocie jurysdykcyjnym funkcjonują w tym samym przedmiocie sporu dwa wyroki o różnej treści (nieuchylony wyrok zaoczny oraz reformatoryjny w całości lub w części wyrok «końcowy» wydany po przeprowadzeniu rozprawy)".

„Taki stan wyrokowania zagraża porządkowi i bezpieczeństwu obrotu prawnego, gdyż stwarza co najmniej ryzyko potencjalnej egzekucji należności zasądzonych w obu rozbieżnych wyrokach. Tymczasem strona przegrywająca tę samą (jedną) sprawę nie powinna ponosić jakiegokolwiek ryzyka poszukiwania z winy sądu, który «zapomniał» uchylić wyrok zaoczny w wyroku wydanym po ponownym rozpoznaniu sprawy (art. 347 k.p.c.), skomplikowanej ochrony przeciwegzekucyjnej w razie wszczęcia egzekucji z dwóch wyroków osądzających ten sam spór".

„Ostatecznie Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że zaskarżona kwalifikowana wada «podwójnego» funkcjonowania dwóch wyroków osądzających ten sam przedmiot sporu stanowi szczególny rodzaj (stan) nierozpoznania istoty jednej tylko sprawy w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. w przypadku, gdy prawidłowy («finalny») osąd jednej sprawy przez Sąd pierwszej instancji wymagał konstrukcyjnego i «strukturalnego» wyrokowania zarówno o uchyleniu kontestowanego sprzeciwem strony pozwanej wyroku zaocznego, jak i orzeczenia o żądaniu pozwu (art. 347 k.p.c.)".

„Ujawnione wady wyrokowania nie podlegały sanacji przez sąd odwoławczy, bowiem dotyczyły konstrukcyjnego i nieuzupełnionego istotnego braku wyroku sądu pierwszej instancji, który – orzekając merytorycznie o żądaniach tego samego pozwu (art. 347 w opozycji do art. 350 k.p.c.) – nie uchylił obligatoryjnie wcześniej wydanego w tej samej sprawie wyroku zaocznego, co mogło być zakwalifikowane jako szczególny stan nierozpoznania istoty jednej (tej samej) spornej sprawy

[11] Postanowienie SN z dnia 28 listopada 2018 r., sygn. II PZ 23/18, Lex nr 2583828.

w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c., który nie podlega sprostowaniu w trybie art. 350 k.p.c. jako rzekoma nieistotna niedokładność lub omyłka sądowa".

Z powyższymi tezami zgadza się Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego M. Manowska[12]. W orzeczeniu zwrócono uwagę na niebezpieczeństwo związane z funkcjonowaniem dwóch różnych orzeczeń wydanych w tej samej sprawie. Konkluzje są w skrócie następujące:

– nieuchylenie wyroku zaocznego jest szczególną postacią nierozpoznania sprawy co do istoty w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c.,
– możliwe jest naprawienie błędu poprzez uzupełnienie wyroku, lecz nie przez sprostowanie,
– nieuchylenie wyroku zaocznego nie podlega sanacji przez sąd odwoławczy, a zatem powinno dojść do przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Na tle tego stanowiska tylko sąd I instancji jest więc władny do skorygowania swego błędu. Możliwe to jest na dwa sposoby. Po pierwsze, strona może wnieść o uzupełnienie wyroku na podstawie art. 351 § 1 k.p.c. Zgodnie z jego treścią strona może w ciągu 2 tygodni od ogłoszenia wyroku, a gdy doręczenie wyroku następuje z urzędu – od jego doręczenia, zgłosić wniosek o uzupełnienie wyroku, jeżeli sąd nie orzekł o całości żądania, o natychmiastowej wykonalności albo nie zamieścił w wyroku dodatkowego orzeczenia, które według przepisów ustawy powinien był zamieścić z urzędu. W przeciwieństwie do sprostowania na podstawie art. 350 k.p.c., które może zostać dokonane w każdym czasie, a które Sąd Najwyższy odrzucił w danym przypadku, strona jest związana terminem 2 tygodni.

Drugą z kolei możliwością jest uzupełnienie wyroku przez sąd I instancji na skutek przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez sąd II instancji w związku z wniesioną apelacją. Zgodnie z art. 386 § 4 k.p.c. sąd II instancji może uchylić zaskarżony wyrok i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania tylko w razie nierozpoznania przez sąd I instancji istoty sprawy albo gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

Konkludując, omawiane stanowisko dopuszcza możliwość skorygowania wadliwości orzeczenia w postaci braku postanowienia o uchyleniu wyroku zaocznego. Niemniej jest to dalece ograniczone. Jak bowiem wskazano, może to uczynić wyłącznie sąd I instancji: albo poprzez uzupełnienie orzeczenia, albo na skutek przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Rodzi to problemy natury praktycznej. Zarówno wniosek o uzupełnienie, jak i apelacja są ograniczone terminami. Po ich upływie usunięcie wyroku zaocznego z obrotu byłoby w zasadzie niemożliwe. Po drugie, przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania nie tylko wydłuży czas rozpoznania sprawy, lecz również obciąży wymiar sprawiedliwości – sąd I instancji będzie bowiem musiał się ponownie zająć sprawą wyłącznie w celu dopisania jednego postanowienia w sentencji wyroku.

[12] M. Manowska, komentarz do art. 347 k.p.c. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Art. 1–477(16)*, red. M. Manowska, Lex 2021.

Stanowisko autora

W ocenie autora nie sposób w żadnej mierze zgodzić się z aktualnym stanowiskiem Sądu Najwyższego. Przemawiają za tym następujące okoliczności. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż możliwość sprostowania orzeczenia w przypadku braku rozstrzygnięcia w przedmiocie uchylenia wyroku nakazowego była aprobowana w sądownictwie przez ponad pół wieku. Już w uchwale z dnia 9 marca 1962 r.[13], która zresztą była przywołana we wcześniej cytowanym orzeczeniu, Sąd Najwyższy wskazał, że nieuchylenie wyroku zaocznego stanowi niedokładność podlegającą sprostowaniu w trybie art. 355 ówczesnego k.p.c. (aktualnie art. 347 k.p.c.). Mało tego, taką możliwość dopuszczano również w orzecznictwie przedwojennym, co wskazano w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1938 r. (sygn. C.II. 3025/37)[14]. W aktualnym orzecznictwie stosowanie sprostowania w omawianym przypadku również było praktyką. Świadczy o tym choćby wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 lipca 2016 r.[15]

Dalej należy zauważyć, że ciężko zakwalifikować nieuchylenie wyroku zaocznego jako nierozpoznanie sprawy co do istoty w rozumieniu art. 386 § 4 k.p.c. Sąd Najwyższy wielokrotnie zajmował się przedmiotową tematyką. Podsumowując dotychczasowy dorobek orzeczniczy, można wskazać, że nierozpoznanie istoty sprawy zachodzi wówczas, gdy sąd I instancji:

- rozstrzygnął nie o tym, co było przedmiotem sprawy,
- zaniechał w ogóle zbadania materialnej podstawy żądania,
- pominął całkowicie merytoryczne zarzuty zgłoszone przez stronę,
- rozstrzygnął o żądaniu powoda na innej podstawie faktycznej i prawnej niż zgłoszona w pozwie,
- nie uwzględnił (nie rozważył) wszystkich zarzutów pozwanego dotyczących kwestii faktycznych czy prawnych rzutujących na zasadność roszczenia powoda[16].

W żadnej mierze omawiana sytuacji nie mieści się w którejkolwiek z wyżej wskazanych sytuacji. Zauważył to także Sąd Najwyższy w omawianym kontrowersyjnym orzeczeniu, wskazując, iż mamy do czynienia ze „szczególnym" przypadkiem nierozpoznania. Przepis art. 347 k.p.c. ma bowiem wymagać konstrukcyjnego i „strukturalnego" wyrokowania zarówno o uchyleniu kontestowanego sprzeciwem strony pozwanej wyroku zaocznego, jak i orzeczenia o żądaniu pozwu.

Zakładając, iż rozważania Sądu Najwyższego są w tym przedmiocie słuszne, to nie sposób uznać, iż skutkiem tego jest obligatoryjne przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Z literalnej treści art. 386 § 4 k.p.c. wprost wynika, iż jest

[13] Uchwała SN z dnia 9 marca 1962 r., sygn. III CO 4/62, Lex nr 106339.

[14] J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, t. III, Lex 2020.

[15] Wyrok SA w Lublinie z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. I ACa 30/16, Lex nr 2087784.

[16] A. Zieliński, komentarz do art. 386 k.p.c. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, Legalis 2019.

to wyłącznie uprawnienie sądu II instancji, z którego może on skorzystać bądź nie, na co wskazuje zwrot *może*. W przypadku nierozpoznania sprawy z uwagi na to, że może godzić to w zasadę dwuinstancyjności, zasadą jest przekazywanie sprawy do ponownego rozpoznania. Niemniej w każdym przypadku należy podchodzić indywidualnie do danej sprawy.

Jak wskazał choćby Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 24 października 2019 r.[17]: „Odczytywanie art. 386 § 4 k.p.c. jako przepisu, który uzasadnia wydanie orzeczenia kasatoryjnego, lecz go nie narzuca, wymaga każdorazowo oceny prawidłowości skorzystania z tej możliwości przez sąd odwoławczy. Ciężar uchybienia polegającego na wydaniu orzeczenia bez rozpoznania istoty sprawy z reguły będzie uzasadniać uchylenie orzeczenia sądu pierwszej instancji i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania. Nie tracąc z pola widzenia charakteru apelacji pełnej należy też brać pod uwagę, że rozpoznanie sprawy odbywa się w toku dwóch instancji, z których każda pełni właściwą jej rolę oraz że konieczne jest respektowanie wynikających z tego uprawnień obu stron, w tym możliwość podjęcia realnej obrony przez pozwanego. Skupienie całego ciężaru orzeczenia (faktycznego i prawnego) tylko w drugiej instancji może się wiązać z ograniczeniem tych uprawnień, co każdorazowo wymaga oceny w okolicznościach danej sprawy".

W przedmiotowej sytuacji nie sposób uznać, aby zmiana orzeczenia poprzez orzeczenie o uchyleniu wyroku zaocznego naruszałaby w jakikolwiek sposób prawa stron. Jest to bowiem wyłącznie zabieg techniczny, który w żadnej mierze nie ma wpływu na ostateczny wynik sprawy. Tak przykładowo postąpił Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 13 sierpnia 2013 r.[18]

Sąd Najwyższy wskazał także, iż możliwe jest nie tylko przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ale również wniosek o uzupełnienie wyroku. Zgodnie z art. 351 § 1 k.p.c. strona może w ciągu 2 tygodni od ogłoszenia wyroku, a gdy doręczenie wyroku następuje z urzędu – od jego doręczenia, zgłosić wniosek o uzupełnienie wyroku, jeżeli sąd nie orzekł o całości żądania, o natychmiastowej wykonalności albo nie zamieścił w wyroku dodatkowego orzeczenia, które według przepisów ustawy powinien był zamieścić z urzędu. Uchylenie wyroku zaocznego należałoby potraktować jako ostatnią z kategorii, to bowiem art. 347 k.p.c. wprost nakazuje zamieszczenie takiego postanowienia w treści wyroku.

Należy jednak zauważyć, iż wniosek o uzupełnienie wyroku i środek zaskarżenia (w tym przypadku apelacja) w żadnej mierze ze sobą nie konkurują, dotyczą one bowiem zwykle różnych przedmiotów rozstrzygnięć lub ich braku w tym samym orzeczeniu. Podstawy uzupełnienia wyroku nie mogą stanowić podstaw apelacji, stronie nie przysługuje więc prawo wyboru między trybem zaskarżenia

[17] Postanowienie SN z dnia 24 października 2019 r., sygn. I CZ 86/19, Lex nr 2740939.

[18] Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 sierpnia 2013 r., sygn. V ACa 134/13, Lex nr 1366085.

a trybem rektyfikacji dotyczącej uzupełnienia orzeczenia[19]. W związku z tym nie do obrony jest stanowisko, że brak orzeczenia o losie wyroku zaocznego może być konwalidowany albo poprzez uzupełnienie wyroku, albo na drodze apelacji, jako nierozpoznanie sprawy co do istoty.

Odnosząc się więc do postanowienia Sądu Najwyższego, nie sposób obronić poglądów tam przedstawionych. Jak bowiem wskazano, zasadniczo dominował pogląd o możliwości dokonania sprostowania orzeczenia w przedmiocie uchylenia wyroku zaocznego. Wskazanie, że mamy w takim wypadku szczególny przykład nierozpoznania sprawy co do istoty, jest mocno wątpliwe. Niezamieszczenie stosownego postanowienia, wymaganego przez prawo, nie wpasowuje się w rozumienie tego pojęcia wypracowane przez doktrynę i judykaturę. Zakładając jednak słuszność tego poglądu, nie sposób uznać, iż w takiej sytuacji sąd II instancji powinien przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia, jest to bowiem rozwiązanie fakultatywne, które ma na celu ochronę praw stron, a w takiej sytuacji nie możemy mówić o sytuacji, gdzie są one w jakiś sposób zagrożone. Wreszcie niemożliwe jest, aby jedno uchybienie było jednocześnie podstawą zarówno do apelacji, jak i do uzupełnienia wyroku.

Podsumowanie

Jak zostało przedstawione w opracowaniu, kwestia postępowania w przypadku nieuchylenia w wyroku kończącym sprawę wyroku zaocznego jest bardzo skomplikowana. Problem ten nie jest jakoś specjalnie poruszany zarówno w doktrynie, jak i judykaturze, niemniej rodzi poważne problemy natury praktycznej. Dochodzi bowiem do patologicznej sytuacji, gdzie w obrocie prawnym funkcjonują równolegle dwa orzeczenia zapadłe w tej samej sprawie. Nie można w sposób jednoznaczny opowiedzieć się za którymkolwiek rozwiązaniem tego problemu. Zdaniem autora Sąd Najwyższy zamiast sprawę rozwiązać, tak naprawdę tylko ją skomplikował, tworząc niejako nową koncepcję, która wcześniej raczej nie była brana pod uwagę i nie występowała w praktyce orzeczniczej.

Podsumowując, można rozważać w takim wypadku trzy wzajemnie wykluczające się możliwości naprawienia błędu sądu I instancji:
- sprostowanie wyroku,
- uzupełnienie wyroku,
- zmianę wyroku w związku z wniesioną apelacją.

W ocenie autora najwłaściwsze byłoby drugie rozwiązanie, orzeczenie o uchyleniu wyroku zaocznego należałoby bowiem rozpatrywać w kategorii dodatkowego orzeczenia, które według przepisów ustawy powinno być zamieszczone w wyroku z urzędu. Tak stanowi art. 347 k.p.c. Fakt, że kwestia ta nie jest w żadnej mierze

[19] A. Stempniak, komentarz do art. 351 k.p.c. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*. *Komentarz*, t. II: *Art. 205[1]–424[12]*, red. A. Marciniak, Legalis 2019.

rozwiązana klarownie, zarówno w orzecznictwie, doktrynie, jak i przez ustawodawcę, należy ocenić zdecydowanie negatywnie.

Jednym z możliwych rozwiązań jest uregulowanie przedmiotowej materii w k.p.c. Przykładowo można by doprecyzować przepisy dotyczące wyroku zaocznego. Między innymi warto rozważyć rozwiązanie analogiczne do sprzeciwu od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym, czyli utratę mocy wyroku zaocznego na skutek wniesionego sprzeciwu. Należałoby jednak wówczas zastanowić się nad zmianą przepisów dotyczących nadawania wyrokowi zaocznemu rygoru natychmiastowej wykonalności. Innym wyjściem z tej sytuacji byłoby wskazanie w ustawie, że wyrok zaoczny traci moc na skutek orzeczenia przez sąd o żądaniu pozwu po ponownym rozpoznaniu sprawy.

Bibliografia

Flaga-Gieruszyńska K., Zieliński A., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2019.

Gudowski J., *Kodeks postępowania cywilnego. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, t. III, Lex 2020.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, red. E. Marszałkowska-Grześ, Legalis 2021.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I: *Art. 1–477(16)*, red. M. Manowska, Lex 2021.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. I: *Artykuły 1–366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Lex 2013.

Kodeks postępowania cywilnego. *Komentarz*, t. II: *Art. 205^{1}–424^{12}*, red. A. Marciniak, Legalis 2019.

Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. II: *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, Lex 2016.

Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian, t. I–II, red. T. Zembrzuski, Lex 2020.

Rylski P., *Dopuszczalność uchylenia wyroku zaocznego w części w wyniku rozpoznania sprzeciwu*, „Polski Proces Cywilny" 2011, nr 3.

Streszczenie

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje instytucję wyroku zaocznego. W przypadku wniesienia od niego skutecznego sprzeciwu dochodzi do merytorycznego rozpoznania sprawy. Sąd wydaje wyrok, którym wyrok zaoczny w całości lub części utrzymuje w mocy albo uchyla go i orzeka o żądaniu pozwu bądź też pozew odrzuca lub postępowanie umarza. Jeżeli więc orzeka się o żądaniu, to należy również uchylić wcześniejszy wyrok. Gdy się tego nie uczyni, to mamy do czynienia z sytuacją, gdzie w obiegu prawnym pozostają dwa orzeczenia w tej samej sprawie. W niniejszym opracowaniu przedstawiono koncepcje dotyczące naprawienia rzeczonego błędu, w szczególności w oparciu o aktualne stanowisko Sądu Najwyższego. Zdaniem autora argumentacja Sądu Najwyższego jest nie do obronienia, natomiast omawiana tematyka jest na tyle skomplikowana i niejasna, że w obecnym stanie prawnym nie da się w sposób jednoznaczny ustalić sposobu konwalidacji braku uchylenia wyroku zaocznego.

Słowa kluczowe: wyrok zaoczny, konwalidacja, sprostowanie, uzupełnienie, zmiana

VALIDATION OF NON-REVOCATION OF THE CIVIL DEFAULT JUDGMENT IN THE JUDGMENT CLOSING THE CASE

Summary

The Code of Civil Procedure provides for the institution of a default judgment. In the event of an effective objection from it, the matter is examined on the merits. The court issues a judgment, which upholds the default judgment in whole or in part, or repeals it and decides on the demand for the statement of claim, or the statement of claim is rejected or the proceedings are discontinued. If the claim is adjudicated, the earlier judgment should also be set aside. If not, we are dealing with a situation where two judgments on the same case remain in legal circulation. This paper presents concepts on how to remedy this error, in particular based on the current position of the Supreme Court. In the author's opinion, the arguments of the Supreme Court cannot be defended, while the discussed subject matter is so complicated and unclear that in the current legal situation it is impossible to unequivocally determine the method of validating the failure to set aside the default judgment.

Keywords: default judgment, validation, correction, supplementation, change

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.27

Milan Sudzina

Univerzita Pavla Josefa Šafárika v Košiciach
ORCID: 0000-0001-9038-8018

ZABEZPEČOVACIE OPATRENIA PODĽA CIVILNÉHO SPOROVÉHO PORIADKU

Úvod

Zabezpečovacie opatrenie[1], je zabezpečovacím prostriedkom, ktorý slúži na zabezpečenie peňažnej pohľadávky veriteľa za splnenia podmienky, že existuje obava, že exekúcia bude ohrozená. Zabezpečovacie opatrenie má zabrániť alebo obmedziť špekulatívne zbavovanie sa majetku dlžníka. Cieľom zabezpečovacieho opatrenia je posilniť postavenie veriteľa peňažnej pohľadávky[2]. Podstata zabezpečovacieho opatrenia spočíva v tom, že vydaním uznesenia o zabezpečovacom opatrení sa zriaďuje sudcovské záložné právo na veciach, právach alebo na iných majetkových hodnotách dlžníka. Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „Občiansky súdny poriadok“) neupravoval zabezpečovacie opatrenia. Zavedenie tohto inštitútu do zákona č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „Civilný sporový poriadok“ alebo „CSP“) bolo potrebné z dôvodu, že predbežným opatrením podľa Občianskeho súdneho poriadku nebolo možné zriadiť záložné právo[3].

[1] Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0419 (This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the Contract no. APVV-19-0419).

[2] M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Praha 2016, s. 1085.

[3] R 10/2001. Obdobne: J. Mazák, *Zabezpečovacie prostriedky v civilnom procese*, Bratislava 1997, s. 74; *idem*, *Základy občianskeho procesného práva*, Bratislava 2004, s. 121; M. Kindl, A. Šíma, O. David, *Občanské právo procesní*, Plzeň 2005, s. 159; A. Winterová a kol., *Civilní právo procesní*, Praha 2011, s. 324; M. Števček a kol., *Civilné právo procesné*, Bratislava 2010, s. 293.

Vzťah zabezpečovacích opatrení a neodkladných opatrení

Na inštitút zabezpečovacieho opatrenia sa v súlade s ustanovením § 344 CSP primerane používajú ustanovenia o neodkladnom opatrení[4]. To platí najmä pre príslušnosť súdu, náležitosti návrhu, odstraňovanie vád návrhu, lehotu na rozhodnutie o zabezpečovacom opatrení, doručovanie rozhodnutia, zánik a zrušenie zabezpečovacieho opatrenia, náhradu škody a inej ujmy spôsobenej zabezpečovacím opatrením.

Pokiaľ ide o vzťah medzi nariadením neodkladného a zabezpečovacieho opatrenia, platí princíp subsidiarity neodkladného opatrenia vo vzťahu k zabezpečovaciemu opatreniu[5]. Podľa ustanovenia § 324 ods. 3 CSP neodkladné opatrenie súd nariadi iba za predpokladu, ak sledovaný účel nemožno dosiahnuť zabezpečovacím opatrením. Z tohto ustanovenia vyplýva, že zabezpečovacie opatrenie má prednosť pred neodkladným opatrením, ak sú splnené zákonné predpoklady pre nariadenie zabezpečovacieho opatrenia. V praxi nie je vylúčená kumulácia neodkladného opatrenia a zabezpečovacieho opatrenia (v jednom konaní sa bude navrhovateľ domáhať uloženia povinnosti zdržania sa konania, ktorým sa ohrozuje alebo porušuje právo navrhovateľa, a zároveň si uplatní peňažnú pohľadávku – nárok na náhradu škody, na zabezpečenie ktorej navrhne nariadenie zabezpečovacieho opatrenia).

Predpoklady nariadenia zabezpečovacieho opatrenia

Súd môže nariadiť zabezpečovacie opatrenie pred začatím konania, počas konania a aj po skončení konania[6]. Zabezpečovacie opatrenia obdobne ako neodkladné opatrenia nemusia mať iba dočasný a provizórny charakter. Ak je nariadené zabezpečovacie opatrenie, nemusí naň vždy obligatórne nadväzovať konanie vo veci samej. Iba v prípade, ak návrh na zabezpečovacie opatrenie je podaný pred začatím konania, bude za ním obligatórne nasledovať konanie vo veci samej. Súd v tomto prípade uloží navrhovateľovi zabezpečovacieho opatrenia povinnosť podať žalobu. Vecne príslušným na konanie o nariadení zabezpečovacieho opatrenia je okresný súd. To platí aj vtedy, ak je návrh podaný počas odvolacieho konania[7].

Zabezpečovacie opatrenie je potrebné odlíšiť od exekučného záložného práva[8]. Ak je zriadené exekučné záložné právo, zastavením exekúcie v dôsledku vyhlásenia

---

[4] E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Bratislava 2015, s. 684.

[5] M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok*…, s. 1105.

[6] F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného procesného práva: Neodkladné a zabezpečovacie opatrenia podľa CSP a CMP; odkladný účinok v rámci SSP*, „Bulletin slovenskej advokácie" 2016, č. 6, s. 4.

[7] E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok*…, s. 684.

[8] M. Števček, A. Dulak, J. Bajanková, M. Fečík, F. Sedlačko, M. Tomašovič a kol., *Občiansky zákonník. I. § 1–450. Komentár*, Praha 2015, s. 1150.

konkurzu dochádza k zániku exekučného záložného práva a veriteľ, ktorého pohľadávka nebola v exekučnom konaní uspokojená, sa nestáva v konkurznom konaní oddeleným (zabezpečeným) veriteľom[9]. V dôsledku nariadenia zabezpečovacieho opatrenia sa navrhovateľ zabezpečovacieho opatrenia stáva zabezpečeným veriteľom v konkurznom konaní.

Zákonným predpokladom pre nariadenie zabezpečovacieho opatrenia sú:

a) návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia,

b) predmetom zabezpečovacieho opatrenia môžu byť veci, práva a iné majetkové hodnoty patriace dlžníkovi,

c) zriadenie záložného práva bude slúžiť na zabezpečenie peňažnej pohľadávky veriteľa,

d) existencia obavy z ohrozenia exekúcie.

Predpoklady pre nariadenie zabezpečovacieho opatrenia musia byť splnené kumulatívne (súčasne)[10].

Ad a) Pre začatie konania o nariadenie zabezpečovacieho opatrenia platí dispozičná zásada. Súd môže nariadiť zabezpečovacie opatrenie len na návrh. Súd je viazaný návrhom na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia. Môže nariadiť zabezpečovacie opatrenie len v takom rozsahu a k takému predmetu, ktorý zodpovedá návrhu. Súd nemôže rozhodnúť ultra petitum. Návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia musí obsahovať všeobecné náležitosti podania a náležitosti žaloby. V návrhu je potrebné opísať skutočnosti hodnoverne osvedčujúce dôvodnosť a trvanie nároku, ktorému sa má poskytnúť ochrana, definovať predmet, na ktorý má súd zriadiť záložné právo a osvedčiť obavu z ohrozenia exekúcie[11]. Súd nemôže poskytnúť ochranu prostredníctvom zabezpečovacieho opatrenia, ak sa nárok javí ako nedôvodný alebo nárok neexistuje. Pre odstraňovanie vád návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia platí obdobný postup ako v prípade návrhu na nariadenie neodkladného opatrenia.

Ad b) Predmetom zabezpečovacieho opatrenia môže byť nielen hnuteľná vec, nehnuteľnosť, byt, nebytový priestor, ale aj právo alebo iná majetková hodnota. Z uvedeného vyplýva, že predmetom záložného práva môže byť aj ochranná známka, cenné papiere, obchodný podiel. Predmet zabezpečovacieho opatrenia je spôsobilým vtedy, ak spĺňa podmienku prevoditeľnosti. Prevoditeľnosť predmetu zabezpečovacieho opatrenia je nevyhnutná pre prípadný výkon záložného práva[12].

Ad c) Záložným právom zriadeným na základe zabezpečovacieho opatrenia môže byť zabezpečená len peňažná pohľadávka veriteľa[13]. Nepeňažná pohľadávka nemôže

---

[9] Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 5 Obdo 22/2012 z 24. októbra 2013.

[10] F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného procesného práva*…, s. 4.

[11] J. Hrdlička, *Zajišťovací prostředky v civilním procesu*, „Acta Universitatis Carolinae – Iuridica" 1974, č. 4, s. 30.

[12] M. Števček, A. Dulak, J. Bajanková, M. Fečík, F. Sedlačko, M. Tomašovič a kol., *Občiansky zákonník*…, s. 1150.

[13] E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok*…, s. 684.

byť zabezpečená záložným právom zriadeným na základe uznesenia o nariadení zabezpečovacieho opatrenia. Súd nemôže nariadiť zabezpečovacie opatrenie napríklad v prípade súdneho konania o určenie vlastníckeho práva. Peňažná pohľadávka musí byť riadne špecifikovaná (výška, splatnosť, na základe akého právneho titulu vznikla). Navrhovateľ musí hodnoverne osvedčiť dôvodnosť a trvanie peňažnej pohľadávky. Môže ísť pohľadávku, ktorá bude predmetom súdneho konania alebo pohľadávku, ktorá už je judikovaná[14]. Pokiaľ ide o predmet záložného práva a zabezpečenie peňažnej pohľadávky, platí zásada proporcionality. Medzi predmetom záložného práva a peňažnou pohľadávkou veriteľa nesmie byť vzájomný nepomer.

Ad d) Obava z ohrozenia exekúcie prichádza do úvahy, ak hrozí zmenšenie dlžníkovho exekvovateľného majetku (je tu obava, že budú dlžníkom vykonávané, alebo sú vykonávané, faktické alebo právne úkony smerujúce k sťaženiu alebo zmareniu exekúcie). Túto obavu je potrebné osvedčiť[15].

Rozhodnutie o návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia

V konaní o návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia prichádza do úvahy vydanie niekoľkých rozhodnutí, a to

- rozhodnutie o zastavení konania,
- rozhodnutie o odmietnutí návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia,
- rozhodnutie o nariadení zabezpečovacieho opatrenia,
- rozhodnutie zamietnutí návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia.

Súd v konaní o nariadenie zabezpečovacieho opatrenia skúma splnenie procesných podmienok. V prípade existencie neodstrániteľnej procesnej podmienky

[14] Zriadenie záložného práva prostredníctvom uznesenia o nariadení zabezpečovacieho opatrenia na zabezpečenie už judikovanej peňažnej pohľadávky (zabezpečovacie opatrenie po skončení konania) prichádza do úvahy vtedy, ak majetok dlžníka je zaťažený skoršími záložnými právami. Ak veriteľ chce dosiahnuť uspokojenie svojej judikovanej pohľadávky z tohto majetku v exekučnom konaní, musí najprv získať postavenie záložného veriteľa s ohľadom na znenie ustanovenia § 61q ods. 2 Exekučného poriadku, podľa ktorého exekúciu na záloh možno viesť iba vtedy, ak oprávneným je záložný veriteľ alebo ak záložný veriteľ s exekúciou súhlasí. Ak veriteľ získa na základe uznesenia o nariadení zabezpečovacieho opatrenia postavenie záložného veriteľa, môže sa viesť exekúcia na majetok dlžníka, na ktorom viaznu skoršie záložné práva.

[15] Pokiaľ ide o osvedčenie obavy z ohrozenia exekúcie je možné analogicky využiť judikát týkajúci sa neodkladných opatrení – uznesenie Krajského súdu v Košiciach sp. zn. 3Co/337/2009 zo 14. októbra 2009, podľa ktorého vydanie rozhodnutia o neodkladnom opatrení (analogicky rozhodnutia o zabezpečovacom opatrení) nie je možné podmienečne spochybňovať preukázaním úmyslu žalovaných vykonať úkony súvisiace s vlastníctvom nehnuteľnosti. Vyčkávaním na prejavenie úmyslu zo strany žalovaných by mohlo dôjsť k prevodu nehnuteľnosti, pri ktorom by už ochrana vo vzťahu k žalobcovi bola znížená. Obdobne z uznesenia Krajského súdu v Trenčíne sp. zn. 5Co/278/2014 z 30. apríla 2014 vyplýva, že ak by sa vyčkávalo na prejavenie úmyslu žalovaného scudziť, mohlo by dôjsť k ďalšiemu prevodu, po realizácii ktorého by sa právne postavenie žalobcu zhoršilo do takej miery, že by bolo otázne, či sa mu ešte oplatí uchádzať sa o konečnú súdnu ochranu v konaní vo veci samej.

konanie zastaví. Súd zastaví konanie aj vtedy, ak navrhovateľ vezme svoj návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia späť[16]. Ak návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia neobsahuje predpísané náležitosti alebo je nezrozumiteľný alebo neurčitý, súd taký návrh odmietne. To platí vtedy, ak návrh má také vady, ktoré bránia pokračovaniu v konaní. Ak súd nezastavil konanie ani neodmietol návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia, prichádza do úvahy vydanie rozhodnutia o nariadení zabezpečovacieho opatrenia alebo súd návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia zamietne. Súd nariadi zabezpečovacie opatrenie vtedy, ak sú splnené zákonom stanovené podmienky pre jeho nariadenie (ak navrhovateľ osvedčí dôvodnosť a trvanie nároku a obavu z ohrozenia exekúcie). V opačnom prípade súd návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia zamietne[17].

Na to aby bola súdna ochrana prostredníctvom zabezpečovacieho opatrenia poskytnutá, dôvodnosť a trvanie nároku a obavu z ohrozenia exekúcie nemusí navrhovateľ plnohodnotne dokázať, ale stačí ich len hodnoverne osvedčiť[18]. Súd zisťuje len skutočnosti, ktoré sú najvýznamnejšie pre nariadenie zabezpečovacieho opatrenia. Tieto skutočnosti sú hodnoverne osvedčené vtedy, ak je možné ich vyhodnotiť ako vysoko pravdepodobné. Návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia je možné vyhovieť aj v časti a vo zvyšku návrh zamietnuť. Súd návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia zamietne, ak návrh nepovažuje za dôvodný.

Súd môže rozhodnúť o návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia aj bez výsluchu a vyjadrenia strán a bez nariadenia pojednávania. Z hľadiska formy rozhodnutia súd rozhoduje o návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia uznesením[19]. O návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia je súd povinný rozhodnúť v lehote 30 dní od doručenia návrhu, ktorý obsahuje všetky zákonom stanovené náležitosti. V tejto lehote je súd povinný rozhodnutie aj vyhotoviť.

Doručovanie rozhodnutia o návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia a opravné prostriedky

Uznesenie o zabezpečovacom opatrení súd odošle do troch dní od jeho vyhotovenia. Uznesenie o nariadení zabezpečovacieho opatrenia je súd povinný doručiť príslušnému orgánu, ktorý vedie osobitný register (napr. kataster nehnuteľností)[20]. Tento orgán vykoná zápis záložného práva.

---

[16] M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok*…, s. 1118.

[17] F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného procesného práva*…, s. 4.

[18] J. Hrdlička, *Zajišťovací prostředky*…, s. 30.

[19] E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok*…, s. 684.

[20] J. Dráčová, P. Vojčík, E. Barešová, *Katastrálny zákon s porovnaním úpravy v Českej republike*, Plzeň 2012, s. 185.

Ak je návrh na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia zamietnutý, súd doručí toto uznesenie len navrhovateľovi. Ak súd rozhodol o nariadení zabezpečovacieho opatrenia, uznesenie doručí nielen navrhovateľovi, ale aj strane, proti ktorej návrh smeruje. Ak je navrhovateľom podané odvolanie proti uzneseniu o zamietnutí návrhu na zabezpečovacie opatrenie, odvolací súd umožní protistrane vyjadriť sa k odvolaniu a k návrhu na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia. Odvolací súd je povinný rozhodnúť o odvolaní v lehote 30 dní od predloženia veci odvolaciemu súdu. Odvolací súd môže rozhodnutie súdu prvej inštancie potvrdiť, zmeniť alebo zrušiť[21]. Dovolanie proti uzneseniu o nariadení zabezpečovacieho opatrenia je možné z dôvodov zmätočnosti, ak ide o rozhodnutie, ktorým sa konanie končí (na nariadenie zabezpečovacieho opatrenia nenadväzuje konanie vo veci samej) alebo ak súd rozhodol o nariadení zabezpečovacieho opatrenia po skončení konania.

Zriadenie a vznik záložného práva

Rozoznávame zriadenie a vznik záložného práva[22]. Záložné právo sa zriaďuje vydaním uznesenia o zabezpečovacom opatrení a záložné právo vzniká až zápisom do príslušného registra. Ak je zabezpečovacie opatrenie nariadené, navrhovateľ sa stáva momentom vzniku záložného práva záložným veriteľom. Pre poradie záložného práva je rozhodujúci okamih zápisu zabezpečovacieho opatrenia do príslušného registra[23]. Ak ide o záložné právo k nehnuteľnosti, do katastra nehnuteľností sa zapisuje záznamom[24]. Záložné právo k nehnuteľnosti na základe zabezpečovacieho opatrenia súdu vzniká v súlade s ustanovením § 343 ods. 2 druhá veta CSP až zápisom do katastra nehnuteľností (vydaním uznesenia o zabezpečovacom opatrení sa záložné právo zriaďuje).

Ak ide o zabezpečovacie opatrenie vo vzťahu k iným veciam, ako sú nehnuteľnosti, záložné právo sa zapisuje do notárskeho centrálneho registra záložných práv[25]. V niektorých prípadoch sa záložné právo zapisuje do osobitného registra. Záložné právo na obchodný podiel sa zapíše do obchodného registra. Osobitným registrom je aj patentový register, register ochranných známok a register dizajnov, ktoré sú vedené Úradom priemyselného vlastníctva Slovenskej republiky. Ďalšími osobitnými registrami sú register lietadiel, register plavidiel, námorný register. Pokiaľ ide o cenné papiere register záložných práv u listinných cenných papierov vedie

[21] F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného procesného práva*…, s. 4.

[22] M. Števček, A. Dulak, J. Bajanková, M. Fečík, F. Sedlačko, M. Tomašovič a kol., *Občiansky zákonník*…, s. 1150.

[23] E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok*…, s. 684.

[24] J. Dráčová, P. Vojčík, E. Barešová, *Katastrálny zákon*…, s. 185.

[25] M. Števček, A. Dulak, J. Bajanková, M. Fečík, F. Sedlačko, M. Tomašovič a kol., *Občiansky zákonník*…, s. 1150.

centrálny depozitár a register záložných práv u zaknihovaných cenných papierov vedie centrálny depozitár pre cenné papiere, ktoré eviduje v registri emitenta [ustanovenie § 45 ods. 2 zákona č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov].

Zánik a zrušenie zabezpečovacieho opatrenia

Civilný sporový poriadok rozlišuje medzi
a) zánikom a
b) zrušením zabezpečovacieho opatrenia.

Zatiaľ čo k zániku zabezpečovacieho opatrenia dochádza bez rozhodnutia súdu priamo zo zákona (ex lege) momentom, keď nastane skutočnosť stanovená zákonom, zabezpečovacie opatrenie sa zrušuje na základe rozhodnutia súdu[26]. O zrušení zabezpečovacieho opatrenia môže súd rozhodnúť bez pojednávania. Súd rozhoduje uznesením. Ak dôjde k zrušeniu zabezpečovacieho opatrenia, súd toto rozhodnutie zasiela príslušnému orgánu, ktorý vedie osobitný register (napr. kataster nehnuteľností)[27], za účelom výmazu záložného práva.

Ad a) K zániku zabezpečovacieho opatrenia vedie niekoľko dôvodov:

1. Pokiaľ bolo trvanie zabezpečovacieho opatrenia obmedzené časom, tak k jeho zániku dochádza uplynutím času.

2. Zabezpečovacie opatrenie zaniká zánikom zabezpečenej pohľadávky (napr. uspokojením pohľadávky).

3. K zániku zabezpečovacieho opatrenia dochádza v dôsledku zániku zálohu.

4. Zabezpečovacie opatrenie zaniká aj samotným výkonom záložného práva. K výkonu záložného práva môže dôjsť až po tom, ako bola pohľadávka, ktorá bola záložným právom zabezpečená, právoplatne priznaná súdnym rozhodnutím. Na základe tohto právoplatného súdneho rozhodnutia navrhovateľ, v prospech ktorého bolo zriadené zabezpečovacie opatrenie, získava postavenie záložného veriteľa, ktorý je oprávnený začať výkon záložného práva, ak judikovaná pohľadávka zabezpečená záložným právom nie je riadne a včas splnená[28]. Výkon záložného práva je možné realizovať na dobrovoľnej dražbe podľa zákona č. 527/2002 Z. z. o dobrovoľných dražbách a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov alebo domáhať sa uspokojenia predajom zálohu v exekučnom konaní podľa zákona č. 233/1995 Z. z. o súdnych exekútoroch a exekučnej

[26] E. Horváth, A. Andrášiová, *Civilný sporový poriadok*…, s. 684.

[27] J. Dráčová, P. Vojčík, E. Barešová, *Katastrálny zákon*…, s. 185.

[28] M. Števček, A. Dulak, J. Bajanková, M. Fečík, F. Sedlačko, M. Tomašovič a kol., *Občiansky zákonník*…, s. 1150.

činnosti (Exekučný poriadok) a o zmene a doplnení ďalších zákonov v znení neskorších predpisov. Ak dôjde k uspokojeniu zabezpečenej pohľadávky, záložné právo zaniká a okresný úrad, katastrálny odbor vykoná výmaz záložného práva z katastra nehnuteľností záznamom[29].

Ad b) Zabezpečovacie opatrenie sa zrušuje z niekoľkých dôvodov. K zrušeniu zabezpečovacieho opatrenia dochádza:

1. Ak odpadnú dôvody, pre ktoré bolo zabezpečovacie opatrenie nariadené. O zrušení zabezpečovacieho oparenia z tohto dôvodu súd rozhoduje na návrh. Dôvodom bude skutočnosť, že už neexistujú obavy zo zmarenia exekúcie (napr. peniaze boli zložené do notárskej úschovy alebo bola poskytnutá banková záruka). Návrh na zrušenie zabezpečovacieho opatrenia zasiela súd na vyjadrenie. Ak dodatočne odpadli dôvody, pre ktoré bolo zabezpečovacie opatrenie nariadené, súd ho uznesením zruší[30]. V opačnom prípade návrh na zrušenie zabezpečovacieho opatrenia zamietne. V oboch prípadoch je proti rozhodnutiu súdu o zrušení zabezpečovacieho opatrenia prípustné odvolanie.

2. Z dôvodu procesného neúspechu navrhovateľa zabezpečovacieho opatrenia v konaní vo veci samej, v ktorom si uplatnil peňažnú pohľadávku. Zabezpečovacie opatrenie nariadené po začatí konania vo veci samej súd prvej inštancie zruší z dôvodu procesného neúspechu navrhovateľa aj bez návrhu. To platí aj v prípade zabezpečovacieho opatrenia nariadeného pred začatím konania, ktorým súd uložil navrhovateľovi povinnosť podať žalobu. V tomto prípade dôjde k zrušeniu zabezpečovacieho opatrenia na základe rozhodnutia, ktorým súd žalobu odmieta alebo zamieta alebo ktorým konanie vo veci samej zastavuje. Obdobne k zrušeniu zabezpečovacieho opatrenia aj bez návrhu dôjde vtedy, ak odvolací, resp. dovolací súd zmení rozhodnutie súdu prvej inštancie tak, žalobu zamieta alebo konanie vo veci samej zastavuje. Súd v rozhodnutí, ktorým zamietol žalobu iba v časti alebo ktorým zastavil konanie iba v časti vysloví, či zabezpečovacie opatrenie zrušuje alebo ponecháva v platnosti, zohľadňujúc stav konania vo veci samej[31].

3. Ak nebola navrhovateľom podaná žaloba vo veci samej v lehote stanovenej súdom v prípade zabezpečovacieho opatrenia nariadeného pred začatím konania.

4. Vzhľadom na stav exekučného konania už zabezpečovacie opatrenie nie je potrebné alebo navrhovateľ mohol podať návrh na vykonanie exekúcie, ale tak v primeranom čase neurobil. To platí, ak zabezpečovacie opatrenie bolo nariadené po skončení konania vo veci samej alebo ak skôr nariadené zabezpečovacie opatrenie trvá aj po skončení konania vo veci samej. Súd o zrušení zabezpečovacieho opatrenia rozhodne na návrh.

---

[29] J. Dráčová, P. Vojčík, E. Barešová, *Katastrálny zákon*…, s. 185.

[30] M. Števček, S. Ficová, J. Baricová, S. Mesiarkinová, J. Bajánková, M. Tomašovič a kol., *Civilný sporový poriadok*…, s. 1118.

[31] F. Sedlačko, A. Kotrecová, A. Filová, *Rekodifikácia civilného procesného práva*…, s. 4.

Zabezpečovacie opatrenia v rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky

Spôsobilým predmetom prieskumu v rámci inštitútu ústavnej sťažnosti môžu byť aj uznesenia všeobecných súdov o zabezpečovacích opatreniach. Ústavný súd vyslovil názor, že prostredníctvom nariadenia zabezpečovacieho opatrenia získava veriteľ postavenie záložného veriteľa a môže pristúpiť k výkonu záložného práva na uspokojenie judikovanej pohľadávky v exekučnom konaní[32]. Ústavný súd v rámci svojej rozhodovacej činnosti zdôraznil, že posudzovanie podmienok na vydanie zabezpečovacieho opatrenia je predovšetkým vecou všeobecných súdov. Ústavný súd ako nezávislý súdny orgán ochrany ústavnosti pristupuje k preskúmavaniu sťažností, v ktorých sťažovatelia namietajú porušenie svojich základných práv nariadeným zabezpečovacím opatrením, veľmi zdržanlivo, vychádzajúc z právneho názoru, podľa ktorého ústavný súd zásadne nie je oprávnený zasahovať do rozhodnutí všeobecných súdov, ktorými nariaďujú zabezpečovacie opatrenia, a to nielen preto, že nie je opravnou inštanciou v rámci sústavy všeobecných súdov, ale aj preto, že ide o také súdne rozhodnutia, ktorými sa do práv a povinností účastníkov konania nezasahuje konečným spôsobom[33]. Ústavný súd meritórne posudzuje zabezpečovacie opatrenia zásadne iba v ojedinelých prípadoch a k zrušeniu napadnutého rozhodnutia o nariadení zabezpečovacieho opatrenia alebo o zamietnutí návrhu na jeho vydanie pristupuje len za celkom výnimočných okolností. Ústavný súd môže zasiahnuť do rozhodnutí všeobecných súdov o zabezpečovacích opatreniach iba za predpokladu, že by rozhodnutím všeobecného súdu došlo k procesnému excesu, ktorý by zakladal zjavný rozpor s princípmi spravodlivého procesu[34].

Náhrada škody a inej ujmy spôsobenej zabezpečovacím opatrením

Pre zabezpečovacie opatrenia obdobne platí ustanovenie o náhrade škody a inej ujmy spôsobenej neodkladným opatrením. Navrhovateľ zabezpečovacieho opatrenia je povinný nahradiť škodu alebo inú ujmu tomu, komu v dôsledku zabezpečovacieho opatrenia vznikli, ak zabezpečovacie opatrenie zaniklo alebo bolo zrušené z iného dôvodu než preto, že sa návrhu vo veci samej vyhovelo alebo preto, že právo navrhovateľa bolo uspokojené[35]. Zodpovednosť za škodu alebo inú ujmu, ktoré vznikli v príčinnej súvislosti so zabezpečovacím opatrením vyplýva z toho, že skutočnosti rozhodujúce pre nariadenie zabezpečovacieho opatrenia sa nemusia plnohodnotne preukázať, ale stačí ich len osvedčiť. Je vylúčená zodpovednosť

[32] Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. III. ÚS 18/2020 z 21. januára 2020.
[33] Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. IV. ÚS 82/09 z 19. marca 2009.
[34] Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. IV. ÚS 282/2018 z 26. apríla 2018.
[35] Rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 29 Cdo 2983/2014 z 17. decembra 2014.

podľa zákona č. 514/2003 Z. z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci v znení neskorších predpisov[36]. Za škodu alebo inú ujmu, ktorá bola spôsobená v príčinnej súvislosti so zabezpečovacím opatrením nariadeným súdom nezodpovedá štát, ale navrhovateľ zabezpečovacieho opatrenia[37]. Táto zodpovednosť navrhovateľa je objektívna bez možnosti liberácie (absolútna zodpovednosť). Navrhovateľ zabezpečovacieho opatrenia zodpovedá za škodu alebo inú ujmu bez ohľadu na zavinenie. Nárok na náhradu škody a inej ujmy spôsobenej zabezpečovacím opatrením sa premlčuje v lehote podľa zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov[38]. Premlčacia doba začína plynúť nasledujúci deň po právoplatnosti uznesenia o zrušení zabezpečovacieho opatrenia alebo po zániku zabezpečovacieho opatrenia.

Záver

Zabezpečovacie opatrenia predstavujú zabezpečovací prostriedok, ktorého cieľom je prostredníctvom zriadenia sudcovského záložného práva na veciach, právach alebo na iných majetkových hodnotách dlžníka zabezpečiť peňažnú pohľadávku veriteľa, za splnenia predpokladu existencie obavy z ohrozenia exekúcie. Zavedenie právnej úpravy zabezpečovacích opatrení do Civilného sporového poriadku je jednoznačne prínosom, pretože predchádzajúca právna úprava predbežných opatrení podľa Občianskeho súdneho poriadku neumožňovala zriadiť záložné právo za účelom zabezpečenia peňažnej pohľadávky navrhovateľa[39]. Zabezpečovacie opatrenia nariadené súdom podľa Civilného sporového poriadku prispievajú k posilneniu postavenia veriteľa peňažnej pohľadávky.

Bibliografia

Bureš J., Drápal J., Krčmář Z. a kol., *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*, Praha 2006.

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

Ficová S., Števček M. a kol., *Občianske súdne konanie*, Praha 2010.

Horváth E., Andrášiová A., *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Bratislava 2015.

Hrdlička J., *Zajišťovací prostředky v civilním procesu*, „Acta Universitatis Carolinae – Iuridica" 1974, č. 4.

[36] R (ČR) 32/2009.

[37] Rozsudok Najvyššieho súdu Českej republiky sp. zn. 29 Cdo 3137/2007 z 23. septembra 2008.

[38] M. Števček, A. Dulak, J. Bajanková, M. Fečík, F. Sedlačko, M. Tomašovič a kol., *Občiansky zákonník*…, s. 675.

[39] A. Winterová a kol., *Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou*, Praha 2005, s. 125; S. Ficová, M. Števček a kol., *Občianske súdne konanie*, Praha 2010, s. 140; M. Števček, S. Ficová a kol., *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*, Praha 2012, s. 197; J. Bureš, J. Drápal, Z. Krčmář a kol., *Občanský soudní řád. Komentář. I. díl*, Praha 2006, s. 285.

Kindl M., Šíma A., David O., *Občanské právo procesní*, Plzeň 2005.
Mazák J., *Zabezpečovacie prostriedky v civilnom procese*, Bratislava 1997.
Mazák J., *Základy občianskeho procesného práva*, Bratislava 2004.
Sedlačko F., Kotrecová A., Filová A., *Rekodifikácia civilného procesného práva: Neodkladné a zabezpečovacie opatrenia podľa CSP a CMP; odkladný účinok v rámci SSP*, „Bulletin slovenskej advokácie" 2016, č. 6.
Števček M. a kol., *Civilné právo procesné*, Bratislava 2010.
Števček M., Dulak A., Bajanková J., Fečík M., Sedlačko F., Tomašovič M. a kol., *Občiansky zákonník. I. § 1–450. Komentár*, Praha 2015.
Števček M., Ficová S. a kol., *Občiansky súdny poriadok. I. diel. Komentár*, Praha 2012.
Števček M., Ficová S., Baricová J., Mesiarkinová S., Bajánková J., Tomašovič M. a kol., *Civilný sporový poriadok. Komentár*, Praha 2016.
Winterová A. a kol., *Civilní právo procesní*, Praha 2011.
Winterová A. a kol., *Občanský soudní řád s vysvětlivkami a judikaturou*, Praha 2005.

Resume

Autor v článku nazvanom *Zabezpečovacie opatrenia podľa Civilného sporového poriadku* analyzuje problematiku inštitútu zabezpečovacích opatrení nariadených súdom. Cieľom tohto príspevku je podrobne sa zaoberať zriadením a vznikom, zrušením a zánikom zabezpečovacích opatrení. V príspevku je pozornosť venovaná účelu a predpokladom nariadenia zabezpečovacích opatrení, ktoré boli do Civilného sporového poriadku zavedené z dôvodu, že predchádzajúca právna úprava predbežných opatrení podľa Občianskeho súdneho poriadku neumožňovala zriadiť záložné právo za účelom zabezpečenia peňažnej pohľadávky veriteľa.

Kľúčové slová: zabezpečovacie opatrenie, civilné právo procesné, právny poriadok Slovenskej republiky

PRECAUTIONARY MEASURES UNDER THE CIVIL PROCEDURE CODE

Summary

In the article entitled *Safeguard Measures under the Civil Litigation Code*, the author analyzes the issue of the institute of safeguard measures ordered by the court. The aim of this article is to deal in detail with the establishment and creation, cancellation and termination of safeguard measures. The article pays attention to the purpose and assumptions of the order of safeguard measures introduced into the Civil Litigation Code because the previous legislation on interim measures under the Civil Procedure Code did not allow the establishment of a lien to secure a creditor's monetary claim.

Keywords: safeguard measures, civil procedural law, legal order of the Slovak republic

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.28

Marcin Tomasiewicz

Uniwersytet Papieski im. Jana Pawła II
ORCID: 0000-0003-2803-9364

POLITYCZNO-PRAWNE INSPIRACJE TEOLOGII TRYNITARNEJ TERTULIANA

Artykuł zmierza do ukazania wpływu filozofii politycznej i prawnej wczesnego cesarstwa na teologię trynitarną Tertuliana. Problematyka ta nie doczekała się jak dotąd szerszego omówienia, chociaż jest ona istotna z punktu widzenia badań nad historią doktryn politycznych. Niniejsze opracowanie ma na celu przynajmniej częściowe wypełnienie tej luki.

Poruszane zagadnienie zostanie opisane w następującym porządku. Wywód otwiera krótkie wprowadzenie w zagadnienie Trójcy Świętej. Po tych ustaleniach narracja skupi się wokół ukazania chrześcijańskich źródeł teologii trynitarnej Tertuliana. Następnie poglądy Tertuliana skonfrontowano z myślą polityczną i prawną wczesnego cesarstwa. W ostatniej części przedstawiono analizę pojęciową i funkcjonalną modelu trynitarnego opisującego Trójcę jako jedną substancję w trzech Osobach.

Znaczenie dogmatu trynitarnego w refleksji chrześcijańskiej

Centralnym zagadnieniem myśli chrześcijańskiej jest refleksja wokół Trójcy Świętej. Misterium Trynitarne wieńczy cały system teologiczny. Określone ujęcie relacji pomiędzy poszczególnymi Osobami Boskimi oraz ich stosunkiem do stworzenia rzutuje na kwestie postrzegania człowieka, jego duszy i cielesności, a dalej świata i historii zbawienia. Teologia trynitarna znajduje również pośrednie przełożenie na myśl polityczną i prawną. Pojęcie osoby władcy, pochodzenie władzy, relacja człowieka do świata, wreszcie misja dziejowa organizmów politycznych – wszystkie te zagadnienia okazują się być wrażliwe na zmiany w pojmowaniu Trójosobowego Boga.

Pomimo swej doniosłości teologia trynitarna nie towarzyszyła gminom chrześcijańskim od pierwszych lat krzewienia nowej religii. Żyjące pod wrażeniem bezpośredniego kontaktu z Chrystusem i apostołami, pierwsze pokolenia chrześcijan nie odczuwały potrzeby uporządkowania swojej wiary na gruncie filozoficznym. Zresztą

początkowo największą grupę neofitów stanowili Żydzi, którzy woleli interpretować wydarzenie Jezusa w kluczu pism Starego Testamentu. Tym samym potrzeba pogłębionej refleksji teologicznej pojawiła się dopiero w II w. i była podyktowana wzrostem znaczenia etnochrześcijan (czyli ochrzczonych pogan) w społeczności wiernych, względami katechetycznymi oraz rozwojem apologetyki zwalczającej herezje i podejmującej polemikę z zarzutami formułowanymi przez filozofię pogańską. Początkowo myśl teologiczna kwitła na gruncie grekojęzycznym. Pierwszym znaczącym myślicielem łacińskim był żyjący w Kartaginie na przełomie II i III w. Kwintus Septymiusz Florens Tertulian[1]. Jednak zanim przejdziemy do bliższego omówienia jego teologii, warto poczynić pewne uwagi na temat kształtowania się dogmatu trynitarnego.

Mówiąc o trynitologii we wczesnych latach III w., właściwie dotykamy pierwocin refleksji na temat Trójcy. Obraz Boga, który wyłania się z kart Nowego Testamentu, wywoływał wiele kontrowersji wśród wiernych niezależnie od ich wykształcenia. Zarówno dla chrześcijan proweniencji żydowskiej, jak i tych, którzy odebrali pogańską edukację, problematyczny okazał się status ontologiczny Jezusa Chrystusa. Największą trudność przedstawiało uchwycenie Jego relacji do Boga. W licznych logionach ewangelicznych Jezus z Nazaretu tytułuje Boga Ojcem, tym samym ukazując siebie jako Syna. Stąd też pierwsi czytelnicy ewangelii pytali o to, czy Chrystus jest Bogiem. Czy raczej jest On adoptowanym przez Boga Synem? W jaki sposób możemy mówić o jednym Bogu, który jest zarazem Ojcem i swoim Synem? Poszukując odpowiedzi na te wątpliwości, dokonywano jednocześnie pierwszych odkryć dotyczących Trójcy. Można zatem powiedzieć, że chrystologia stanowiła przyczynek do teologii trynitarnej.

Nie oznacza to wszakże, iż w pierwotnym wyznaniu wiary mieliśmy do czynienia z jakąś diadą czy też dwójcą (Ojciec–Syn). W dyskusji trynitarnej pierwszych wieków centralne miejsce zajmowało zagadnienie liczby w Bogu. Stąd też zarówno kwestia boskości Syna, jak i boskości Ducha w istocie ogniskowała się wokół tego samego problemu. Chociaż mocniej podkreślano Bóstwo Syna, nie odbywało się to kosztem ani nawet przy jednoczesnym pominięciu kwestii boskości Ducha. Chodziło bowiem o ukazanie jedności monarchii Bożej wraz ze zróżnicowaniem hipostaz. Inną przyczyną, dla której na pierwszy plan rozważań teologicznych wysuwała się boskość Syna, były herezje chrystologiczne proponujące heterodoksyjne wyjaśnienia osoby i misji Jezusa z Nazaretu. Stąd też apologeci zmuszeni byli skupić się na rozbudowie teologii Syna[2].

---

[1] Znanym nam łacińskim apologetą chrześcijańskim, którego twórczość zdaje się poprzedzać Tertuliana, był Minucjusz Feliks, autor dialogu *Oktawiusz*. Około 180 r. powstały również akta męczenników scylitańskich. J. Sajdak, *Tertulian. Czasy – życie – dzieła*, Poznań 1949, s. 99 i n.

[2] Co ciekawe, to właśnie na gruncie dyskusji postnicejskich wyrosła pierwsza poważna herezja dotycząca Ducha. Pneumatomachowie skupieni wokół Eunomiusza z Kyzikum zwani byli również neoarianami, bowiem ich teologia wpisywała się w nurt myśli zapoczątkowanej przez Ariusza z Aleksandrii.

Jednak na pierwsze orzeczenie dogmatyczne dotyczące Trójcy trzeba było czekać aż do 325 r., do soboru w Nicei, który ustalił definicję stanowiącą, iż Syn jest współistotny Ojcu[3]. Teologia nicejska jest szczególnie istotna, ponieważ zamyka pierwszy okres rozwoju teologii trynitarnej i stanowi punkt odniesienia dla rozumienia ortodoksji w późniejszych wiekach.

Chociaż uwadze zebranych w Nicei Bityńskiej biskupów przedstawiono wiele kwestii, to najistotniejszą z punktu widzenia doktryny wiary była sprawa Ariusza z Aleksandrii. Teolog ów, pełniący funkcję prezbitera, popadł w spór ze swoim przełożonym, biskupem Aleksandrem. Waśń dotyczyła kwestii ontologicznej relacji Ojca i Syna. Podkreślający jedność Trójcy Świętej Aleksander naraził się Ariuszowi, który dostrzegał w jego nauce daleko idący wpływ herezji Sabeliusza Libijczyka[4]. Jako odpowiedź na rzekome błędy Aleksandra prezbiter Ariusz sformułował własne wyznanie wiary, które Sokrates Scholastyk streszcza w następującym brzmieniu: „Jeżeli Ojciec zrodził Syna, w takim razie zrodzony ma początek istnienia; z tego zaś jasno wynika, że był kiedyś czas, kiedy nie było Syna. Nieuchronną z kolei konsekwencją tego faktu jest, że Syn ma substancję z niebytu"[5].

Najistotniejszym punktem zreferowanej powyżej doktryny jest wprowadzenie ontologicznego dystansu pomiędzy Ojcem i Synem. Umiejscowienie Syna w porządku czasowości pozbawia Go atrybutu wieczności, który przypisuje się istocie Boga. Syn ma swój początek, co może sugerować, iż nie jest On bytem koniecznym, lecz zależnym od Ojca. Wreszcie kluczowe okazuje się słowo *substancja*, za pomocą którego zwykło się oddawać grecki termin *ousia*. W kontekście nicejskiego wyznania wiary *ousia* jest tłumaczona na polski jako *istota*. Stąd też mówiąc o greckim pojęciu *ousia*, będę się posługiwał słowem *istota*. Tak tedy wedle nauki Ariusza istota Syna pochodzi z niebytu. Ponieważ niemożliwe jest stwierdzenie, iż istota Ojca również bierze się z niebytu, Syn musi być różnej istoty niż Ojciec. A zatem mielibyśmy dwie istoty Boże. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że Syn dzieli swoją istotę ze stworzeniem, które także zostało wyłonione z nicości. W ten sposób dochodzi do zdystansowania Ojca i Syna; zostaje ustanowiona hierarchia wewnątrz transcendencji. Innymi słowy, koncepcja Ariusza dopuszcza pewną stopniowalność Bóstwa w odniesieniu do dzieła stworzenia. Dzięki temu Syn staje się pierwszym ze stworzenia, najwyższym spośród bytów powołanych do istnienia przez Boga[6]. Tym samym w porządku transcendencji należy Go lokować poza pełnią boskości Ojca.

Jak powiedziano wyżej, poglądy Ariusza stały się przedmiotem obrad ojców soborowych w Nicei. Pomimo silnego skrzydła biskupów popierających

[3] *Dokumenty Soborów Powszechnych*, t. I, red. A. Baron, H. Pietras, Kraków 2005, s. 25.

[4] Sabelianie uważali, że istnieje tylko jeden Bóg Ojciec, zaś Syn i Duch Święty są sposobami, poprzez które On się przejawia.

[5] Sokrates Scholastyk, *Historia Kościoła I, 5*, tłum. S.J. Kazikowski, Warszawa 1986, s. 64.

[6] K. Anatolios, *Retrieving Nicea: The Development and Meaning of Christian Doctrine*, Baker Academic 2011, s. 17.

aleksandryjskiego prezbitera górę wzięła większość skupiona wokół Aleksandra, która zyskała sobie przychylność samego Konstantyna. Teologowie występujący w obronie boskości Syna poszukiwali odpowiedniego terminu na oddanie relacji pomiędzy Ojcem i Synem. Sięgnięto po formułę głoszącą współistotność Ojca i Syna[7]. Termin *homoousion to patri* miał za zadanie obronę ontologicznej jedności Ojca i Syna, a ponadto wykluczał wszelki subordynacjonizm wewnątrz Trójcy[8]. O ile jednak jedność została w sposób odpowiedni wyjaśniona, to w dalszym ciągu rozróżnienie pozostawało kwestią dyskusyjną. Problem ten był szczególnie palący w obliczu rzuconego przez Ariusza oskarżenia o sabelianizm. Posądzenie o modalizm[9] zmuszało zwolenników boskości Syna do zajęcia stanowiska na temat różnic wewnątrztrynitarnych. W efekcie rozbudowano instrumentarium pojęciowe, dodając doń termin *hipostaza*. Wedle stanowiska teologii nicejskiej Syn dzieli z Ojcem jedną istotę, różnica zaś zachodzi na poziomie hipostazy[10]. Tym samym mamy do czynienia z jedną istotą i trzema hipostazami (Ojca, Syna i Ducha)[11].

Narastająca po soborze fala krytyki nie oszczędziła ani pojęcia współistotności, ani hipostazy. Spór wokół rozumienia i odpowiedniego użycia tych terminów był motorem rozwoju teologii wschodniej przez kolejne wieki. Również na Zachodzie recepcja greckich pojęć napotkała spore opory. Jednak odległy od subtelności teologicznych, w których rozmiłowana była teologia grecka, problem łacinników miał bardziej lingwistyczną naturę. Łacińskim odpowiednikiem greckiego *hypostasis* był termin *substantia*. Problem zaś polegał na tym, że jak widzieliśmy wyżej, także słowo *ousia* tłumaczono, używając pojęcia substancji. Tym samym soborowe wyjaśnienie jedności i zarazem wielości w Trójcy nie zostało w sposób jasny przedstawione. W uszach łacinnika twierdzenie, iż istnieją trzy hipostazy Boże, wywoływało skojarzenia z herezją tryteizmu. Stąd też teologowie zachodni chętniej sięgali po formułę, która chociaż nie była wiernym tłumaczeniem definicji greckiej, to jednak posiadała o wiele starszą tradycję. Zanim bowiem zaczęto mówić o współistotności i hipostazach, na Zachodzie ukuto sformułowanie, iż w Trójcy jest jedna substancja i trzy Osoby[12]. Ujęcie to pochodzi od Tertuliana.

---

[7] W wersji łacińskiej formułę o współistotności Ojca i Syna wyrażono słowami: *Credimus in* (…) *unum dominum Iesum Christum filium dei,* (…) *unius substantiae cum patre, quod Graeci dicunt homousion*. Zob. *Expositio fidei CCCXVIII patrum* [w:] *Dokumenty Soborów Powszechnych*, t. I, Kraków, 2005, s. 24.

[8] B.M. Litfin, *Tertullian on the Trinity*, „Perichoresis" 2019, vol. 17.1, s. 84.

[9] Zob. sabelianizm w przyp. 3.

[10] B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 85.

[11] Chociaż termin *hipostaza* nie pojawia się w wyznaniu wiary, to był on szeroko używany przez teologów. Świadectwo tej popularności odnajdujemy u ojców kapadockich. Zob. Bazyli Wielki, *List 38 Do brata, Grzegorza, o rozróżnieniu między istotą a hipostazą* [w.] *Listy*, tłum. W. Krzyżaniak, Warszawa 1972, s. 73 i n.; Grzegorz z Nyssy, *Drobne pisma trynitarne*, tłum. T. Grodecki, Kraków 2004.

[12] B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 85.

Chrześcijańskie źródła teologii Trójcy

W opinii wielu badaczy dzieło ojców nicejskich wychowanych głównie na teologii szkół aleksandryjskiej i antiocheńskiej było już antycypowane na Zachodzie w pismach Tertuliana. Jak zauważa znany francuski badacz myśli patrystycznej, J. Moingt, to właśnie dzieło Tertuliana *Przeciw Prakseaszowi* należy uznać za pierwszy traktat trynitarny[13]. Podobny pogląd prezentuje F. Dünzl; wedle jego stanowiska teologia Tertuliana jest pierwszą, której można przydać miano trynitarnej[14]. Z kolei A. McGrath i S. Holmes zgodnie zauważają, że trynitologia zawdzięcza swoje instrumentarium pojęciowe właśnie Tertulianowi[15]. W kontekście nicejskim najdalej idące sądy prezentują R. Olson i M. Hillar. Pierwszy stoi na stanowisku, iż lektura pism Tertuliana uchroniłaby twórców teologii nicejskiej przed wieloma kontrowersjami[16]. Drugi podkreśla z mocą, że to właśnie Tertuliana powinniśmy uznawać za pomysłodawcę koncepcji Trójcy[17].

Wedle świadectwa przekazanego przez Hieronima lata aktywności pisarskiej Tertuliana przypadają na okres panowania Septymiusza Sewera i Antonina Karakalli (197–217)[18]. Był to człowiek o niespotykanym darze wymowy i ponadprzeciętnym intelekcie, który pozostawił po sobie wielką spuściznę literacką. Jego dzieła przekazują nam świadectwo o problemach kościołów afrykańskich w II w., eschatologicznych nadziejach i obawach związanych z prześladowaniami, a także wiedzę o ówczesnej obyczajowości i organizacji eklezjalnej. Szerokie zainteresowania teologiczne Tertuliana obejmują zagadnienia z zakresu protologii, eschatologii, soteriologii, etyki, sakramentologii czy wreszcie trynitologii. Co więcej, nawet pobieżna lektura jego pism pozwala dostrzec w nim człowieka o wielkiej erudycji prawniczej. Świadczą o tym nie tylko liczne nawiązania do prawa rzymskiego, lecz również dobór argumentów i sposób, w jaki Tertulian prowadzi swoje wywody. Najbardziej znane jego dzieło, *Apologetyk*[19], jest ułożone podług prawideł mowy sądowej, gdzie autor wciela się w postać mówcy sądowego i bierze w obronę chrześcijaństwo. Wykształcenie prawnicze dobitnie daje o sobie znać także w dziele

[13] J. Moingt, *Théologie trinitaire de Tertullien*, I–III, Aubier–Paris 1966, s. 56.

[14] F. Dünzl, *A Brief History of the Doctrine of the Trinity in the Early Church*, London 2007, s. 30. Zob. też: G. Allison, *Historical Theology: An Introduction to Christian Doctrine*, Zondervan 2011, s. 237. Tertulian ukuł ponad 900 nowych pojęć teologicznych.

[15] A. McGrath, *Historical Theology: An Introduction to the History of Christian Thought*, Oxford 1998, s. 62; S. Holmes, *The Quest for the Trinity: The Doctrine o f God in Scripture, History and Modernity*, Downers Grove, IL 2012, s. 69–70.

[16] R. Olson, *The Story of Christian Theology: Twenty Centuries of Tradition and Reform*, Downers Grove, IL 1999, s. 95.

[17] M. Hillar, *From Logos to Trinity*: *The Evolution of Religious Beliefs from Pytagoras to Tertullian*, Cambridge 2012, s. 190–220.

[18] Hieronim, *De viris illustribus 53*. O Tertulianie pisali także inni autorzy doby patrystycznej: Laktancjusz, *Divini Institutiones 5, 1*; Euzebiusz, *Historia kościelna II, 2, 4*; Augustyn, *De haeresibus 86*.

[19] Tertulian, *Apologetyk*, tłum. J. Sajdak, Poznań 1947.

Proskrypcja przeciw heretykom; tutaj Tertulian buduje argumentację teologiczną, posługując się matrycą opartą na instytucji procesowej prawa rzymskiego[20]. Bez wątpienia warsztat prawniczy był tym, co wyróżniało Tertuliana spośród innych teologów doby patrystycznej. Świadectwo tego odnajdujemy u Euzebiusza z Cezarei, który wspominając o Tertulianie, podkreśla, iż był to „znawca prawa rzymskiego, człowiek sławny i jeden z najwybitniejszych Rzymian"[21]. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że ten aspekt wykształcenia Tertuliana nie został szerzej doceniony w literaturze patrystycznej, skutkiem czego prawnicze aspekty myśli Kartagińczyka nie doczekały się dyskusji i głębszego interdyscyplinarnego opracowania[22]. Zanim jednak przejdziemy do omówienia polityczno-prawnych aspektów doktryny trynitarnej, warto dla porządku wskazać na jej źródła teologiczne.

W literaturze przedmiotu do najbliższych inspiratorów myśli trynitarnej Tertuliana zalicza się apologetów greckich – Justyna Męczennika i Teofila Antiocheńskiego oraz Ireneusza z Lyonu[23]. Zależność ta jest widoczna w pierwszej kolejności na gruncie teologii Logosu. Wychowani na filozofii greckiej apologeci II w. starali się oddać relację pomiędzy Bogiem a Chrystusem, sięgając po pojęcie Logosu, czyli boskiego Rozumu czy też Słowa. Jednak centralnym punktem ich zainteresowań była nie tyle ontologiczna jedność Ojca i Syna, co raczej próba wyjaśnienia relacji, jaka zachodzi pomiędzy absolutnie transcendentnym Bogiem a światem. Aby uniknąć niebezpieczeństw nadmiernego apofatyzmu z jednej strony, z drugiej zaś panteistycznych konotacji, przy jednoczesnym zachowaniu kontaktu Boga ze światem, potrzeba było pogłębionej refleksji nad dziełem stwórczym. Innymi słowy, chodziło o wyjaśnienie, w jaki sposób transcendentny Bóg mógł stworzyć świat, nie posługując się odwiecznie istniejącą materią ani też nie dobywając swojego dzieła z boskiej istoty. Potrzeba było zatem jakiegoś pośrednika pomiędzy Bogiem a stworzeniem. Pomocna okazała się teologia Logosu.

Wedle Teofila Antiocheńskiego poza wszelkim stworzeniem Logos trwa w odwiecznym dialogu z Bogiem. Ta intymna immanencja boskiego bytu jest poza czasem i poza wszelką ludzką myślą. Bóg myśli swoją myśl, która stanowi z Nim jedno. Dopiero w momencie, gdy Bóg wypowiada tę myśl, przybiera ona postać Słowa i Syna[24]. W ten sposób boski Logos staje się przyczynkiem stworzenia. Wraz z Jego wypowiedzeniem dochodzi również do realizacji zamiaru kreacji świata.

[20] Chodzi o nadzwyczajną część formułki procesowej, która zawierała zastrzeżenie procesowe na rzecz powoda lub pozwanego.

[21] Euzebiusz z Cezarei, *Historia kościelna II, 2, 4*, tłum. A. Caba, Kraków 2013, s. 85.

[22] Wyjątkiem jest tutaj dość stara już praca A. Becka, gdzie wątki prawa rzymskiego u Tertuliana zostały omówione wespół z prawniczymi aspektami obecnymi w teologii Cypriana z Kartaginy. Zob. A. Beck, *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian. Eine Studie zur frühen Kirchenrechtsgeschichte*, Halle Saale 1930.

[23] B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 86.

[24] Teofil Antiocheński, *Do Autolika II, 10*, tłum. L. Misiarczyk [w:] *Pierwsi apologeci greccy*, Kraków 2004, s. 406–407.

Logos jest właśnie tym, który działając niejako na zewnątrz Boga, porządkuje świat i nim zarządza. Biskup Antiochii powiada: „Tego właśnie Logosu użył [Bóg – przyp. M.T.] jako współtwórcy dla swych dzieł i przez Niego wszystko stworzył. Nazywa się On zaś początkiem ponieważ kieruje i panuje nad wszystkim”[25]. Teofil bazuje tutaj na koncepcji zapożyczonej ze stoicyzmu. Relacja Boga i Logosu jest w istocie odzwierciedleniem zależności, którą dostrzegali stoicy pomiędzy *logos prophorikos*, czyli słowem wypowiedzianym, a *logos endiathetos*, czyli słowem pozostającym w myśli[26].

Także Justyn Męczennik dostrzega w odwiecznie istniejącym Słowie partnera wewnętrznego dialogu Boga. Przed jakimkolwiek stworzeniem Bóg zradza Logos jako Syna, który staje się niejako pomostem pomiędzy światem form stworzonych a transcendentnym Bogiem. Podobnie jak Teofil, również Justyn w postaci Syna Bożego dostrzega „Logos istniejący i zrodzony przed wszelkim stworzeniem wtedy, gdy na początku przez Niego wszystko stworzył [Bóg – przyp. M.T.] i uporządkował”[27]. Apologeta podkreśla rolę Logosu nie tylko w dziele stworzenia i wcielenia, lecz też w poznaniu rzeczy Bożych, które stało się udziałem mędrców pogańskich. Działający w dziejach ludzkości Logos niczym siewca rozsiewa nasiona prawdy pośród rozlicznych ludów, przygotowując w ten sposób historyczne objawienie. Jak zauważa Justyn: „Wszyscy zaś pisarze [pogańscy – przy. M.T.] dzięki nasieniom [*sic!*] Logosu w nich rozsianych mogli, co prawda, oglądać rzeczywistość, ale tylko w sposób niewyraźny”[28]. A w innym miejscu tej samej *Apologii* czytamy: „Wszystko bowiem co kiedykolwiek filozofowie i prawodawcy dobrego odkryli lub wypowiedzieli, uczynili to dzięki temu, co częściowo znaleźli lub ujrzeli właśnie w Logosie”[29].

Trzecim spośród wymienionych wyżej inspiratorów myśli Tertuliana jest Ireneusz z Lyonu. Najistotniejszym punktem jego teologii przejętym przez Kartagińczyka jest koncepcja ekonomii Bożej. Pojęcie to pojawia się w dyskursie antyheretyckim wymierzonym w poglądy Marcjona z Pontu. Wedle tego ostatniego należy rozróżnić dobrego Boga Nowego Testamentu i złego bożka Starego Testamentu, który jest stwórcą wszechświata. W koncepcji tej dochodzi do oddzielenia Boga od stworzenia; transcendencja jest tak zupełna, że Bóg zostaje pozbawiony przymiotu stworzyciela i wielkorządcy kosmosu. Zachowuje wszakże swoją funkcję zbawiciela, lecz jest ona przedstawiona w oderwaniu od starotestamentalnych dziejów rozwoju objawienia. W ten sposób Bóg Zbawiciel zostaje przeciwstawiony złemu bogu stworzycielowi świata. Ireneusz z Lyonu na kartach swojego *Adversus haereses* występuje przeciw teologii Marcjona. Przemawia on w obronie Boga jako stwórcy, odwołując się do pojęcia ekonomii. Chociaż samo słowo *ekonomia* pada również w innych

[25] *Ibidem*, *II, 10, 3–4*, s. 406.

[26] B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 87.

[27] Justyn Męczennik, *Druga Apologia 6.3*, tłum. L. Misiarczyk [w:] *Pierwsi apologeci greccy*, s. 275.

[28] *Ibidem*, *11.7*, s. 279–280.

[29] *Ibidem*, *10.2*, s. 278.

kontekstach, należy przyznać rację J. Moingtowi, wedle którego termin ten w II w. służył na określenie planu Boga dla człowieka oraz boskich czynów zmierzających do wprowadzenia tego planu w życie[30]. Ów boski zamiar obejmował akt stwórczy i dzieło zbawcze. Dotyczył zatem działania Boga w historii. E. Osborn, wybitny znawca teologii Ireneusza, bardzo trafnie ilustruje znaczenie ekonomii dwoma obrazami: Boga jako wielkiego budowniczego i boskiego monarchy rządzącego dziejami świata[31]. Za pomocą tych metafor Ireneusz przedstawia nam również relacje trynitarne. Będący monarchą Bóg rządzi stworzeniem poprzez Syna i Ducha[32].

Podsumowując powyższy przegląd źródeł myśli Tertuliana, należy zwrócić uwagę na trzy kwestie, które ogniskują wokół siebie pojęcie Trójcy u Kartagińczyka. Po pierwsze, na teologię Logosu, w szczególności zaś na sposób, w jaki wypowiadany Logos partycypuje w Boskości Ojca. Po drugie, na monarchiczny porządek, który przejawia się zarówno w samej Trójcy, jak i w koncepcji władzy, którą Bóg za pomocą swojego Logosu sprawuje nad światem. Po trzecie, rozwinięcie obydwu tych motywów odnajdujemy w ekonomii, która podkreśla związek Syna i Ducha ze stworzeniem. Wszystkie trzy aspekty pojawiają się w trynitologii Tertuliana.

Teologia trynitarna Tertuliana w kontekście filozofii politycznej i prawnej

Istotną cechą myśli wczesnochrześcijańskiej jest jej polemiczny charakter. Pierwsze koncepcje teologiczne rodziły się jako owoc gorących dyskusji z filozofią pogańską, inteligencją żydowską i licznymi stanowiskami wewnątrz samego Kościoła. Powstające podówczas dzieła w przeważającej większości stawiały sobie za cel obronę lub atak na stanowiska adwersarzy przy jednoczesnej prezentacji poglądów swoich autorów. Również i traktat trynitarny Tertuliana powstał jako rozprawa polemiczna wymierzona w naukę niejakiego Prakseasza. A. Harnack zalicza Prakseasza do modalistycznych monarchian, obok Noetusa, Epigonusa, Kleomenesa, Wiktoryna, Zefiryna i Kaliksta[33]. Wedle świadectwa Tertuliana nauczający w Kartaginie Prakseasz utrzymywał, iż różnica pomiędzy Ojcem i Synem jest iluzoryczna, tym samym to „Ojciec zstąpił na Dziewicę, sam z niej się narodził, sam został umęczony, słowem: On sam jest Jezusem Chrystusem”[34]. Syn bowiem jest jedynie sposobem, w jaki Ojciec objawia się ludziom. Stąd też na krzyżu cierpiał

[30] J. Moingt, *Théologie trinitaire*…, s. 895; B. Sesboüé, J. Wolinski, *Bóg zbawienia*, Kraków 2005, s. 145.

[31] E. Osborn, *Irenaeus of Lyons*, Cambridge 2001, s. 49.

[32] B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 89; Ireneusz z Lyonu, *Wykład nauki apostolskiej, 6*, tłum. W. Myszor, Kraków 1997, s. 28–29.

[33] A. von Harnack, *Lehrbuch der Dogmatengeschichte, Die Entstehung des Kirchlichen Dogmas*, vol. 1, Freiburg 1888, London 2015, s. 648.

[34] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi I, 1*, tłum. E. Buszewicz [w:] *Trójca Święta*, Kraków 1997, s. 35.

i umarł nie Syn, lecz sam Ojciec[35]. Mamy zatem do czynienia ze skrajnym ontologicznym monarchianizmem, który zmierza do obrony ścisłego monoteizmu poprzez redukcję różnic pomiędzy Ojcem, Synem i Duchem. Na gruncie tego poglądu nie jest możliwe mówienie o jakiejkolwiek Trójcy.

Próbując wyjaśnić relację pomiędzy Ojcem i Synem, Tertulian odwołuje się do zaczerpniętej od Justyna i Teofila koncepcji Logosu. Jednak aby zwiększyć plastyczność swojego przekazu, sięga także po metafory zjawisk fizycznych. Powiada: „Syn wyszedł z Ojca, lecz nie odłączył się od Niego. Słowo bowiem, jak poucza Paraklet, wyszło z Boga, podobnie jak krzak z korzenia, strumień ze źródła, czy promień ze słońca"[36]. Sekwencja wyłaniania się czy też wypowiadania Słowa jako kogoś różnego od Boga przy zachowaniu tożsamości bytu jest tutaj bardzo zbliżona do koncepcji apologetów greckich. Tym jednak, co szczególnie przykuwa uwagę w kontekście naszych rozważań, są owe trzy dodatkowe metafory: strumienia, gałęzi i promienia[37]. Ich dobór nie jest przypadkowy i skrywa ważną informację o samym autorze. Współczesny teolog zapewne zwróciłby uwagę na nieadekwatność analogii pomiędzy rzeczami stworzonymi a Bogiem i w konsekwencji odrzucił wszelkie próby obrazowania wewnętrznego życia Trójcy za pomocą zjawisk przyrodniczych (przynajmniej na poziomie naukowym, bo na gruncie pastoralnym podobny zabieg byłby dopuszczalny). Jednak Tertulianowi takie analogie wydawały się jak najbardziej usprawiedliwione. W tym aspekcie ujawnia się głębokie przywiązanie myśli Kartagińczyka do stoicyzmu, dla nich bowiem wszystko, co istniało, było ciałem[38]. Nawet „Duch jest w swej postaci pewnego rodzaju ciałem" – powie Tertulian[39]. Stąd też odwołanie się do metafor opartych na strumieniu, gałęzi i promieniu słonecznym jest wolne od zarzutu radykalnego niepodobieństwa pomiędzy duchowym Bogiem a materialnym stworzeniem. Sama zależność Tertuliana względem stoicyzmu została już zauważona przez wielu badaczy myśli patrystycznej, jednak w tym miejscu wymaga ona szczególnego podkreślenia, ponieważ ujawnia szersze źródła trynitologii Kartagińczyka.

Podobnie do swoich greckich poprzedników Tertulian łączy wychodzenie Słowa i Ducha z zagadnieniem ekonomii. Przeszczepiając grecki termin na grunt łaciński, tłumaczy go, używając słowa *dispensatio*, któremu w przekładzie polskim odpowiada termin *uporządkowanie*. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, że łacińskie *dispensatio* w pierwszej kolejności znaczy rozdawanie lub rozdzielanie, a dalej

[35] Głoszony przez Prakseasza monarchianizm określa się mianem patrypasjanizmu. Nazwa pochodzi od głównej tezy, wedle której to Ojciec cierpiał na krzyżu.

[36] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi VIII, 5*, s. 46.

[37] Z podobnych obrazów korzystali już wcześniej apologeci greccy i Ireneusz z Lyonu. Jednak w formie nadanej im przez Tertuliana najprawdopodobniej były używane przez środowisko montanistyczne. Justyn, *Dialog z Żydem Tryfonem 61,2*; Ireneusz z Lyonu, *Adversus haereses II, 1, 5*; B. Sesboüé, J. Wolinski, *Bóg zbawienia*, s. 169.

[38] Jeszcze dobitniej Tertulian ujmuje to w *De carne Christi 11, 4*: *omne quod est, corpus est sui generis. Nihil est incorporale nisi quod non est*.

[39] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi VII, 9*, s. 45.

zarząd, kierowanie, administrację, administrowanie, urząd administratora i zarządcy[40]. Wygląda zatem na to, że Tertulian, szukając odpowiednika dla greckiej ekonomii, sięgnął po słowo posiadające konotacje z pojęciem władzy, władztwa administracyjnego, zarządu, a w konsekwencji również i z prawem (co wspiera postawioną na początku niniejszego artykułu tezę). Chociaż z polskim tłumaczeniem ciężko jest polemizować, to jednak przez wzgląd na różnice językowe ginie wiele semantycznych subtelności, które były oczywiste dla czytelników łacińskich[41]. Jak można mniemać, zaważyło to na wzmiankowanym już fakcie, że interpretując myśl Tertuliana, rzadko dostrzega się potrzebę interdyscyplinarnych badań, które uwzględniają jego prawniczą edukację.

Chociaż Tertulian tłumaczy słowo *ekonomia* za pomocą *dispensatio*, to jednak sam często używa zamiennie terminu greckiego i łacińskiego. Być może przemawiały za tym względy estetyczne, jednak nie mniej prawdopodobne, iż zabieg ten został podyktowany próbą osiągnięcia większej terminologicznej precyzji. Nie sposób tutaj znaleźć rozstrzygnięcie tej kwestii. Warto jednak zwrócić uwagę na kilka kontekstów, w których pojawia się słowo *ekonomia*.

Po pierwsze, w sposób najbardziej ogólny Tertulian używa tego terminu dla lepszego naświetlenia relacji Ojca, Syna i Ducha w kontekście stworzenia. Już w pierwszych partiach swojego dzieła, po wprowadzeniu i przybliżeniu czytelnikowi materii sporu z Prakseaszem, Tertulian powiada: „wierzymy w jednego Boga, lecz w pewnym uporządkowaniu, jakie nazywamy «ekonomią» [*sub hac tamen dispensatione, quam aeconomiam dicimus*[42]], wedle której jedyny Bóg może mieć Syna, Słowo pochodzące od Niego, przez które wszystko się stało, a bez którego nic się nie stało”[43].

Po drugie, za pomocą ekonomii tłumaczone są skomplikowane relacje wewnątrztrynitarne: „należy wiernie strzec tajemnicy ekonomii rozkładającej ową jedność na trójcę: Ojca, Syna i Ducha; trzech jednak nie co do stanu, ale co do stopnia, nie pod względem substancji, a pod względem formy, nie co do mocy, lecz co do postaci. Są zatem jednej substancji, jednego stanu i jednej mocy, ponieważ jest jeden Bóg, owe zaś stopnie, formy i postaci rozróżniamy pod imionami Ojca, Syna i Ducha Świętego”[44].

Z powyższego wynika, że ekonomia jest nie tylko boskim planem, podług którego porządkuje On historię zbawienia; poprzez ekonomię wyraża się również

---

[40] *Słownik łacińsko-polski*, t. II, red. M. Plezia, Warszawa 1998, s. 197.

[41] Co ciekawe, w tłumaczeniu angielskim użyto terminu *dispensation*, który zachowuje polityczno-prawne konotacje oryginalnego tekstu: *We* (…) *belive* (…) *in one only God, yet subject to this dispensation (wchich is our word for economy)*. Zob. Tertullian, *Against Praxeas* [w:] *Tertullian's Treatise Against Praxeas*, tłum. E. Evans, London 1948, s. 131; B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 91.

[42] Tertullian, *Adversus Praxean II* [w:] *Patrologia Latina*, red. J.P. Migne, Series Prima, Tomus Secundus, szp. 156.

[43] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi II, 1*, s. 37.

[44] *Ibidem, II, 4*, s. 38.

sposób „uporządkowania" wewnętrznego życia Trójcy[45]. Dochodzą tutaj do głosu bardzo istotne wątki związane z pojmowaniem samego bóstwa. Punktem odniesienia staje się władza nad stworzeniem jako najważniejszy atrybut boski.

Owa hermeneutyka władzy szczególnie wyraźnie pojawia się w trzecim kontekście, gdzie słowo *ekonomia* pada przy okazji wywodu o monarchii Bożej. Wątek ten wymaga szerszego omówienia.

Należy pamiętać, że trudność, z którą mierzył się Tertulian (i inni teologowie wczesnochrześcijańscy), polegała właśnie na pogodzeniu pojęcia ekonomii i monarchii. Monarchia bowiem podkreślała monoteizm, podczas gdy ekonomia sugerowała podział boskiego bytu, co w najprostszym rozumieniu prowadziło do politeizmu. Stąd też próby zestawienia obydwu tych terminów są dla nas szczególnie cenne. Jak powiada Tertulian, ludzie prości „lękają się, gdyż mniemają, iż ekonomia jest wielością, a rozróżnienie Trójcy rozłamem jedności; tymczasem jedność, z siebie samej wywodząca Trójcę, nie zostaje w ten sposób zniszczona, lecz uporządkowana"[46]. A w innym miejscu wyjaśnia: „Ponieważ zaś sama reguła wiary każe odejść od pogańskiego wielobóstwa ku jedynemu prawdziwemu Bogu, (…) należy wierzyć w Jedynego Boga, lecz z uwzględnieniem ekonomii"[47].

Z kolei w rozdziale trzecim czytamy: „«Trwamy przy monarchii» – powiadają – i nawet łacinnicy tak wyraźnie, dźwięcznie i z taką mocą wypowiadają to słowo, iż można by sądzić, że tak samo dobrze rozumieją monarchię, jak ją głoszą. Tymczasem gdy łacinnicy usilnie trąbią o «monarchii», nawet Grecy nie chcą pojąć «ekonomii». Lecz ja, o ile liznąłem cokolwiek obcych języków, wiem, że monarchia nie oznacza nic innego, jak jedynowładztwo".

Jak to już zostało zaznaczone, Tertulian nie uważał za niestosowne posługiwanie się analogiami do świata przyrody dla obrazowania relacji trynitarnych. W tym miejscu wypada dodać, że budował on swoją teologię również w oparciu o obrazy zaczerpnięte z rzeczywistości polityczno-prawnej. Napięcie pomiędzy monarchią i ekonomią Kartagińczyk stara się zniwelować poprzez sprowadzenie wszystkiego do problematyki teorii władzy politycznej. Właściwie cały rozdział trzeci *Przeciw Prakseaszowi* stanowi wykład relacji trynitarnych w oparciu o teorię władzy politycznej. Wprowadzenie tematyki politycznej na tak wczesnym etapie całego traktatu świadczy o jej szczególnej wadze. Wydaje się prawdopodobne, że odwołanie do ówczesnej koncepcji władzy miało za zadanie od razu odpowiednio ustawiać wyobraźnię czytelnika, który dalsze wywody odnosił właśnie do tego wzorca.

Nie sposób w tym miejscu przedstawić pełnego wykładu na temat filozofii politycznej doby pryncypatu. Ograniczymy się zatem do wskazania kilku punktów, które odnajdujemy również u Tertuliana. Wśród filozoficznie wykształconych teologów, którzy zabrali głos na gruncie doktryn politycznych, szczególne miejsce zajmuje postać

[45] B.M. Litfin, *Tertullian*…, s. 91

[46] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi III, 1*, s. 38.

[47] *Ibidem*, *III, 1*, s. 38.

Filona Aleksandryjskiego. Jako myśliciel proweniencji żydowskiej skupia on swoją uwagę na temacie monarchii. Podobnie jak później uczyni to Tertulian, Filon postrzega monarchię w pierwszej kolejności jako monoteistyczną teokrację i przeciwstawia ją politeizmowi. W dziele *O dekalogu* czytamy: „Pierwsze przykazanie stanowi osnowę wszystkich postanowień prawa, dotyczących jedynowładztwa Boga. Wyjaśniają one, że istnieje jedna tylko przyczyna wszechświata, jeden władca i król, który trzyma w swych rękach ster panowania, kieruje i rządzi wszechświatem dla jego dobra, a ze swego nieba, najczystszego bytu, usunął oligarchię i ochlokrację, dwie zgubne formy rządzenia jakie wśród ludzi najgorszych powstają z anarchii i uzurpacji władzy”[48].

Bóg jest jedyną przyczyną władzy, jedynym jej źródłem i jedyną zasadą. Jedność wynika z samej istoty władzy. Wątek zahaczający o rzeczywistość polityczną wczesnego pryncypatu pojawia się szczególnie wyraźnie w kontekście przeciwstawienia monarchii i poliarchii. Według Filona poliarchia prowadzi do chaosu, podczas gdy w monarchii panuje pokój i ład. Uwaga ta wywołuje bliskie skojarzenia z wojnami domowymi, które wstrząsały Imperium Rzymskim u schyłku republiki i dopiero ustanowienie monarchii stało się gwarantem pokoju. E. Peterson trafnie podsumowuje myśl aleksandryjskiego teologa słowami: „po panowaniu ochlokracji Bóg przywraca porządek panowania opartego na prawie, ale jest to porządek charakterystyczny nie dla demokracji, lecz dla królestwa, dla monarchii”[49]. Zatem wyprowadzanie ładu z nieładu oraz budowanie porządku prawnego jest podstawowym elementem boskiej monarchii. Jakkolwiek w *Legatio ad Gaium* zasługę wyprowadzenia ładu z nieładu Filon przypisuje już nie Bogu, lecz Oktawianowi Augustowi[50]. Dochodzi zatem do transpozycji obrazu Boga monarchy z wizją wszechwładnego cesarza. Zabieg ten przeniósł punkt ciężkości rozumienia monarchii z polemik przeciwko politeizmowi na grunt filozofii politycznej wczesnego cesarstwa. W ten sposób wywód ściśle teologiczny wpisał się w szerszą narrację dotyczącą władzy princepsa.

Utożsamienie kosmicznego i politycznego ładu z osobą monarchy znajduje odbicie w ideale cesarza jako wcielonego prawa. Jak zauważa F. Dvornik, idea ta była szeroko rozpowszechniona już w pierwszym wieku, zaś do grona gorących jej orędowników zaliczał się filozof stoicki Muzoniusz Rufus[51]. Podobny pogląd powtarza G. Chesnut, wskazując jednocześnie, że pojęcie cesarza jako wcielonego prawa zażywało wielkiej popularności przez kolejne wieki, znajdując przedłużenie w chrześcijańskiej koncepcji cesarza jako Logosu[52]. Bogatą dokumentację źródłową

[48] Filon Aleksandryjski, *O Dekalogu 155* [w:] *Pisma*, t. I, tłum. L. Joachimowicz, Warszawa 1986, s. 224.

[49] E. Peterson, *Monoteizm jako problem polityczny*, „Respublica Nowa” 2012, nr 20, s. 42.

[50] Philo of Alexandria, *Legatio ad Gaium XXI, 14*, http://www.earlyjewishwritings.com/text/philo/book40.html (13.02.2021).

[51] F. Dvornik, *Early Christian and Byzantine Political Philosophy: Origins and Background*, vol. I, Washington, D.C. 1966, s. 247–248.

[52] Poglądy Chestnuta przytaczam za: J.W. Martens, *One God, One Law. Philo of Alexandria on The Mosaic and Greco-Roman Law*, Boston–Leiden 2003, s. 46.

przedstawia również J.W. Martens. Obecność doktryny ukazującej cesarza, który stanowi ucieleśnienie prawa, można dostrzec w dziełach historyków, poetów, filozofów (w tym Seneki) oraz prawników[53]. Wszystkie te źródła odnajdzie czytelnik bez problemu, podążając za wskazówką bibliograficzną, w tym miejscu jednak wypada zwrócić uwagę na teksty prawnicze, gdzie Martens dostrzega ślady omawianej doktryny. Poniższe spostrzeżenia pozwolą nam stwierdzić, iż polityczna koncepcja monarchii była nie tylko konstruktem filozoficznym, lecz także inspirowała myśl prawniczą.

Tak tedy żyjący w II w. Gaius przy okazji omawiania źródeł prawa stwierdza: „Konstytucją cesarską jest to, co cesarz postanawia dekretem, edyktem bądź listem. I nigdy nie wątpiono, iż to posiada moc ustawy, skoro sam cesarz otrzymuje władzę w drodze ustawy"[54]. Kluczowe jest tutaj zdanie drugie, gdzie mowa o pochodzeniu władzy cesarza z mocy ustawy. Sugeruje ono, że władza cesarza jest tożsama z władzą ludu, a tym samym posiada on pełnię władzy. Podobny pogląd odnajdujemy u Ulpiana, którego twórczość, podobnie jak w przypadku Tertuliana, przypada na lata panowania Sewerów. Powtarza on przytoczone wyżej stanowisko Gaiusa oraz wprost utożsamia wolę cesarza z prawem: „To co cesarz postanowi, zyskuje moc ustawy. Dzieje się tak dlatego, iż ustawą królewską, która dotyczyła jego władzy, lud przekazał mu całą swoją władzę"[55]. Najciekawszy wydaje się jednak cytat, w którym Ulpian stwierdza, iż „cesarz nie jest związany ustawami (*Princeps legibus solutus est*)"[56]. Interpretując łącznie wszystkie te fragmenty, należy stwierdzić, że w opinii rzymskich jurystów cesarz, będąc najwyższym prawem i zarazem źródłem prawa, sam owemu prawu nie podlega. Chociaż bez wątpienia jurysprudencja rzymska była wyrazicielem idei stoickich, w tym akurat fragmencie pobrzmiewają również echa perypatetyckie. Mianowicie według doktryny przekazanej przez anonimowego autora dzieła *De Mundo* monarchia Boża polega na tym, że Bóg jest warunkiem sił działających w kosmosie i z tego względu on sam nie jest żadną siłą[57]. Innymi słowy, boski monarcha jest metafizycznym źródłem sił (*dynamis*) sprawujących rządy w kosmosie. Jednak w takim razie aby łańcuch poruszeń nie ciągnął się w nieskończoność, sam monarcha nie może być jedną z sił, bo wówczas musiałby zawdzięczać swą władzę jakiejś innej, wyższej jeszcze zasadzie. Mamy zatem do czynienia ze swego rodzaju politycznym odpowiednikiem nieporuszonego poruszyciela. Tylko przyjmując taką koncepcję, można zamknąć hierarchię źródeł władzy,

[53] *Ibidem*, s. 47 i n.

[54] *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit; nec umquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.* Gai, *Insitutiones I, 4*, tłum. W. Rozwadowski, Poznań 2003, s. 1.

[55] *Quod principi placuit leges habet vigorem: uptote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei in eum omne suum imperium et potestatem conferat.* Zob. *Digesta Iustiniani 1.4.1*, t. I, tłum. wielu, red. T. Palmirski, Kraków 2013, s. 184–185.

[56] D.1.3.31.

[57] E. Peterson, *Monoteizm*…, s. 40.

a tym samym źródeł prawa. Wydaje się, że Ulpian doskonale zdawał sobie sprawę z tej zależności, stąd też postać cesarza w jego pismach wieńczy system prawa, zaś sam imperator nie może podlegać żadnemu prawu i jest poza prawem.

Na tekstach perypatetyckich pracował także przywołany wyżej Filon Aleksandryjski. Dziedzictwo tradycji arystotelesowskiej daje o sobie znać w dziele *De Specialibus Legibus*, gdzie opisuje on Boga jako króla królów (βασιλεὺς βασιλέων), który jest niczym perski szachinszach[58]. Ujęcie to mocno koresponduje z monarchią bożą w *De Mundo*. Bóg najwyższy jest tedy źródłem i pełnią władzy, podczas gdy pomniejsi bogowie zamieszkujący gwiazdy mają niższą rangę i pełnią rolę urzędników jednego króla. Myśl ta powraca w dziele *O dekalogu*, gdzie czytamy: „Gdyby zatem ktoś cześć, jaka przysługuje wielkiemu królowi, okazywał satrapom, jego namiestnikom, byłoby oczywiste, że nie tylko jest bardzo niemądry, lecz także nadzwyczaj lekkomyślny, ponieważ honory należne królowi oddawałby jego poddanym. I podobnie rzecz ma się z tym, kto jednakową cześć oddaje Stwórcy i Jego stworzeniom"[59]. Zestawienie jednego Boga i bogów pomniejszych Filon odnosi do relacji pomiędzy Stwórcą a stworzeniem i pojawia się ona w kontekście krytyki bałwochwalstwa. Fakt ten jednak nie może nas zwieść, najistotniejsza jest tutaj bowiem sama istota władzy. Jawi się ona jako niepodzielny przymiot, który przynależy najwyższemu Bogu. Jednocześnie, jak widzimy, niepodzielność owej władzy wcale nie doznaje uszczerbku przez wzgląd na fakt, że również i pomniejsi bogowie, niby urzędnicy w państwie, uzyskują kompetencje władcze konieczne do pełnienia zarządu.

Zaprezentowane powyżej wątki myśli politycznej i prawnej obecne wśród wykształconych elit dwóch pierwszych wieków pryncypatu pojawiają się w rozdziale trzecim *Przeciw Prakseaszowi*. Po zaprezentowaniu problemu pozornej sprzeczności pomiędzy monarchią i ekonomią Tertulian próbuje rozstrzygnąć kwestię relacji pomiędzy Ojcem i Synem, odwołując się do obrazu króla i jego syna: „Wszakże, należąc do jednego, monarchia nie wymaga od tego, do kogo należy, aby nie miał syna, lub aby sam uczynił się własnym synem, lub też, by nie administrowali jego monarchii ci, których zapragnie. Powiem więcej: nikt nie posiada władzy na tyle skupionej we własnych rękach, na tyle wyłącznej i od tego stopnia monarchicznej, by nie musiał jej sprawować za pośrednictwem innych bliskich sobie osób, które sam wyznaczył na swych urzędników"[60].

W powyższym fragmencie zostały zainicjowane trzy interesujące nas kwestie, które Tertulian rozwija w dalszej części wywodu.

Po pierwsze, Kartagińczyk podkreśla jedność władzy. W naturze władzy leży jej niepodzielność. Można powiedzieć, że jest to monada władzy. Jednocześnie władza ta przynależy Ojcu. A zatem władza, którą sprawuje Syn, nie należy do

[58] Filon Aleksandryjski, *De Specialibus Legibus I, 18.*

[59] Filon Aleksandryjski, *O dekalogu 61*, s. 207.

[60] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi III, 2*, s. 38–39.

niego, lecz pochodzi od Ojca. Ojciec, powierzając swoje rządy Synowi, wcale nie traci nic ze swej władzy, nie da się bowiem jej podzielić na dwie różne władze. Ten aspekt, podobnie jak Filon, Tertulian wiąże z wielobóstwem. Monarchii nie niszczy udział w niej Syna. Zniweczyć by ją mogło dopiero ustanowienie odrębnej zasady: „Powinieneś bowiem rozumieć, iż do obalenia monarchii dochodzi, gdy wprowadzona zostaje jakaś inna władza o odrębnym pochodzeniu i innym charakterze, a zatem wroga”[61].

Po drugie, bliskość Ojca i Syna wydaje się opierać właśnie na sprawowanej przez nich władzy. W ten sposób relacja Ojciec i Syn uwidacznia się nie tyle w jakimś pokrewieństwie bądź też relacji rodzinnej, lecz właśnie we współudziale w sprawowanej przez Ojca władzy. Wynika z tego, że to zależność pochodzenia władzy definiuje Syna jako Syna w stosunku do Ojca i Ojca jako Ojca w relacji do Syna. Motyw niepodzielności władzy oraz sposobu, w jaki buduje ona relację pomiędzy Ojcem i Synem, znajduje rozwinięcie w kolejnym fragmencie: „Jeśli nawet ktoś, kto dzierży monarchię, miałby Syna, nie oznacza to zaraz, że ulega ona podziałowi i przestaje być monarchią, skoro i Syna dopuszcza się do uczestnictwa w rządach, lecz dalej należy ona głównie do tego, kto przypuścił do niej Syna, a gdy do niego należy, dalej jest monarchią to, co posiadają ci dwa tak ściśle z sobą związani”[62].

Po trzecie, monarchia Ojca wymaga pośredników pomiędzy Nim a poddanymi. Stąd też konieczny jest jakiś dwór, Syn i urzędnicy. Powierzone im zostają zadania, w ramach których dzierżą imperium Ojca. Aspekt ten zostaje uwypuklony w stwierdzeniu: „Jeśli więc również monarchia Boża jest zarządzana przez tak wielką ilość legionów i wojsk anielskich, jak zostało napisane: «dziesięć miliardów stało przy Nim, a sto milionów usługiwało Mu» (Dn 7,10), nie przestaje należeć do jednego ani też być monarchią, chociaż sprawowana jest przez tak wielką liczbę potęg”[63]. Jednak cały ten splendor niebiańskiego dworu i skomplikowana piramida urzędnicza, wzdłuż której następuje przekazywanie władzy, jest czymś zupełnie zbędnym w sytuacji, gdyby zabrakło poddanych. Stąd też Boża monarchia może być rozpatrywana tylko w zestawieniu ze światem. Przywodzi to na myśl opisywaną wcześniej grecką teologię Logosu. Skojarzenie to jest jak najbardziej słuszne. Tak jak u apologetów II w., tak samo u Tertuliana postać Syna pojawia się w kontekście stworzenia. Jednak u Kartagińczyka relacja ta nie jest oparta już tylko na myśleniu i wypowiadaniu Słowa przez Boga. Tertulian obrazuje zależność wewnątrztrynitarną, posługując się doktryną władzy politycznej.

Spod warstwy narracyjnej ukazanego na kartach *Przeciw Prakseaszowi* modelu Trójcy wyraźnie przebija szkielet oparty na filozofii politycznej pryncypatu. Pokrewieństwa te są obecne właściwie w obydwu punkach ciężkości doktryny trynitarnej: obronie monarchii i ukazaniu wielości. Inspiracje perypatetyckie pojawiają się we

[61] *Ibidem*, *III, 4*, s. 39.
[62] *Ibidem*, *III, 3*, s. 39.
[63] *Ibidem*, *III, 4*, s. 39.

fragmentach, gdzie Tertulian mówi o konieczności cedowania przez monarchę swojej władzy na Syna i pomniejszych administratorów. W tych też punktach znajduje potwierdzenie nasza wcześniejsza intuicja, że pojęcia ekonomii nie należy ograniczać tylko do kwestii uporządkowania. W pismach Tertuliana zarówno termin *ekonomia*, jak i łaciński jego odpowiednik – *dispensatio* nabiera semantycznych odcieni związanych z polityczno-prawnym pojęciem władzy.

Wpływy aleksandryjskie i stoickie ujawnia niepodzielność władzy i jej przynależność osobie Ojca. Tertulian rozpoznaje fundament jedności Trójcy w zaczerpniętym z filozofii politycznej pojęciu władzy. Swój wywód konkluduje retorycznym pytaniem: „Jakże więc mogło dojść do uznania, że Bóg doznałby podziału czy rozproszenia z powodu Syna i Ducha Świętego, zajmujących drugie i trzecie miejsce i mających udział w substancji Ojca?"[64]. W przytoczonym cytacie Kartagińczyk nie sięga już po pojęcie władzy, lecz zastępuje je terminem *substancja*.

Jedna substancja i trzy osoby

Zasługa Tertuliana polegała na odpowiednim uchwyceniu problemu jedności i mnogości, a następnie zaproponowaniu rozwiązania przy wykorzystaniu dostępnych środków. Elementem niewątpliwie chrześcijańskim są postaci Syna i Ducha Świętego. Rzecz to oczywista, bowiem ciężko sobie wyobrazić, by Filon Aleksandryjski bądź filozofowie pogańscy mogli zajmować się tymi kwestiami. Jednak zarówno świadectwa ewangeliczne, jak i tradycja kościelna nie pozwalały na ulokowanie Syna i Ducha Świętego poza obszarem boskości Ojca. Tertulian nie mógł zatem przenieść w niezmienionej postaci doktryny Filona na grunt chrześcijańskiej ortodoksji, gdyż konsekwentnie prowadziłoby to do ontologicznego i heterodoksyjnego subordynacjonizmu. Innymi słowy, Syn i Duch Święty byliby zredukowani do rangi najwyższych aniołów. Tymczasem wysiłki teologów chrześcijańskich zmierzały do ukazania boskości zarówno Syna, jak i Ducha na równi z Ojcem. Tertulian próbuje rozwiązać tę kwestię poprzez wyjaśnienie Trójcy jako jednej substancji w trzech osobach.

W czasach, gdy powstało dzieło *Przeciw Prakseaszowi*, pojęcie substancji posiadało już pewną tradycję filozoficzną. Seneka za pomocą tego terminu tłumaczył greckie *hypostasis* jako podstawę bytu: *subesse aliquid corporis certi*[65]. Język prawniczy operował nim na określenie istoty rzeczy bądź masy majątkowej. W czasach Tertuliana pisarze łacińscy często sięgali po termin *substancja*, by oddać sens greckich słów *ousia* i *hypostasis* – które były synonimami[66]. Widać zatem,

[64] *Ibidem*, *III, 5*, s. 39.

[65] Seneca, *Quaestiones naturales I, 15, 6.*

[66] R. Braun, *Deus Christianorum, Recherche sur le vocabulaire doctrinal de Tertullien*, Paris 1977, s. 176.

że pojęcie to nie miało ściśle określonego zastosowania; zarówno filozofowie, jak i prawnicy używali go w sensie ogólnym, bardzo rzadko łącząc z jakimś bytem jednostkowym[67].

Mówiąc o substancji, Tertulian chce podkreślić jedność w Trójcy: „A przecież Jeden jest także wszystkim, skoro wszystko pochodzi z jednego (naturalnie z racji jedności substancji)"[68]. A w innym miejscu czytamy: „Ojciec jest zatem całością substancji, Syn natomiast jakby jej wypływem i częścią, jak sam zaświadcza: «Ponieważ Ojciec większy jest ode mnie»"[69].

Jedność na poziomie substancji bardzo mocno koresponduje z jednością władzy Ojca jako monarchy, stąd też wydaje się słuszne przypuszczenie, iż to właśnie władza stanowi klucz hermeneutyczny do rozumienia trynitarnej jedności u Tertuliana. Trzeba jednak zaznaczyć, że nie chodzi tutaj o proste utożsamienie pojęcia władzy z substancją Trójcy. Tertulian nie stworzył żadnej definicji substancji. Jak zauważa J. Moingt, autor *Przeciw Prakseaszowi* ustalił raczej sposób użycia słowa substancja niż jego treść[70]. Poczynione w niniejszym artykule ustalenia ograniczają się zatem do kwestii hermeneutycznych i zależności konstrukcyjnych filozofii politycznej oraz trynitologii Tertuliana.

Po ustaleniu fundamentu jedności dalej pozostawała problematyczną kwestia wielości, która z jednej strony nie mogła rozbijać jedności, z drugiej powinna uwzględniać boskość Syna i Ducha. Tertulian odrzuca liczbowy fundament wielości, która w ostateczności musiałaby się rozpadać na wartości ułamkowe. Zamiast tego sięga po słowo *osoba*. Tak oto komentuje logion „Ja i Ojciec jedno jesteśmy" [J 10,30]: „Jeśliby bowiem powiedział: «jeden jesteśmy», można by popierać ich mniemanie, ponieważ «jeden» jest używane na oznaczenie liczby pojedynczej. Ale gdy o dwóch będących rodzaju męskiego mówi przy pomocy słowa rodzaju nijakiego, że stanowią «jedno» (co nie dotyczy pojedynczości, lecz jedność, podobieństwa, łączności, miłość Ojca, który miłuje Syna oraz posłuszeństwa Syna, który jest posłuszny woli Ojca), mówią «Jedno jesteśmy, ja i Ojciec», pokazuje, że to dwie osoby, które traktuje na równi i łączy"[71].

Ścisłe rozróżnienie na substancję i osobę obserwujemy już od rozdz. XII *Przeciw Prakseaszowi*. Jak się wydaje, pierwotnie słowo *persona* oznaczało maskę teatralną, zaś jego greckim odpowiednikiem był *prosopon.* Trzeba jednak poczynić uwagę, że termin ten jest charakterystyczny dla myśli łacińskiej i w teologii greckiej nigdy nie zrobił poważniejszej kariery[72]. U Seneki słowo *persona* miało znaczenie bardzo konkretne, odnoszone do wskazanego człowieka, i tym samym nie stanowiło

[67] H. Pietras, *Wprowadzenie* [w:] *Trójca Święta*, s. 19.

[68] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi II, 4*, s. 38.

[69] *Ibidem*, *IX, 2*, s. 46.

[70] J. Moingt, *Théologie trinitaire*…, s. 399.

[71] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi XXII, 11*, s. 72.

[72] Na gruncie teologicznym przed Tertulianem terminu *prosopon* próbował używać Justyn (Apol. I, 36), jednak nie spotkał się on z szerszą recepcją.

synonimu dla bardziej ogólnego rzeczownika *człowiek – homo*[73]. W literaturze przedmiotu można odnaleźć pogląd, iż termin *persona* w użyciu Tertuliana oscyluje pomiędzy gramatycznym i teatralnym znaczeniem. Na poparcie tej tezy przywołuje się najczęściej Tertulianową egzegezę fragmentów starotestamentalnych[74]. Stanowisko to wszakże nie uwzględnia prawniczej erudycji Kartagińczyka, stąd też należy przyznać rację B. Brożkowi, który poszukując źródeł pojęcia osoby, wskazuje także na jurydyczne źródła myśli Kartagińczyka[75].

Prawo rzymskie nie utożsamiało osoby z pojęciem *człowiek*. W rozdz. V pierwszej księgi Digestów zatytułowanym *De Statu hominum*, czyli *O stanowisku prawnym ludzi*, znajdujemy wyraźnie rozróżnienie tych dwóch terminów: „Skoro więc wszelkie prawo ustanowione zostało ze względu na ludzi, wpierw powinniśmy się zająć stanowiskiem prawnym osób"[76]. Co więcej, jak powiada rzymska paremia, jeden człowiek mógł być wieloma osobami: *unus homo sustinet plures personas*. Analizując wypracowaną przez jurysprudencję rzymską terminologię, należy stwierdzić, że znacznie bliższe terminowi *osoba* wydaje się słowo *status*[77]. Dwa te pojęcia były stosowane zamiennie[78]. Tym samym osoba oznaczała status prawny człowieka[79]. Jednak w odróżnieniu od dzisiejszego rozumienia niepodzielnego statusu cywilnego, status prawny rzymski rozbijał się na trzy obszary i obejmował: *caput libertatis*, *caput civitatis* oraz *caput familiae*. Tym samym sytuacja prawna jednostki kształtowała się na trzech polach dotyczących wolności, obywatelstwa i rodziny. Mieszkaniec państwa rzymskiego mógł być niewolnikiem, peregrynem, Latynem lub obywatelem, przy czym każda z tych kategorii ulegała dalszym podziałom[80]. Prawo podchodziło w sposób bardzo zróżnicowany do obywateli, klasyfikując ich podług tego, czy byli wolno urodzeni, czy też zostali wyzwoleni. Obywatel mógł być osobą cieszącą się pełnią zdolności do czynności prawnych albo pozostawać pod familijną władzą ojca lub męża. Tym samym status prawny w Rzymie kształtował się jako dość skomplikowana struktura, gdzie konkretna

[73] List 94, 1.

[74] H. Pietras, *Wprowadzenie*, s. 19.

[75] B. Brożek, *Pojęcie osoby w dyskusjach bioetycznych* [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 44.

[76] D. 1, 5, 2: *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris*. W przywołanym już przekładzie polskim rzeczony rozdział zajmuje s. 184–191. Stamtąd pochodzą wszystkie tłumaczenia polskie, na które się powołuję.

[77] W Digestach 1.5 znajdujemy wiele przykładów, z których wynika, że Rzymianie odnosili pojęcie osoby właśnie do stanu prawnego: D. 1, 5, 4; D. 1, 5, 7; D. 1, 5, 8; D. 1, 5, 9; D. 1, 5, 10; D. 1, 5 11, również G. I, 11.

[78] G. Cambell, *A Compendium of Roman Law*, Clarck–New Jersey 2008, s. 168.

[79] Porządkując całość materii prawa, Gaius obok rzeczy i powództw wyróżnia prawo osobowe jako jeden z trzech najważniejszych działów: *Omne autem ius, quo utimus, vel ad personas pertinet vel ad res vel actiones* (G. I, 8).

[80] G. I, 9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* (Najważniejszy podział w ramach prawa dotyczącego osób jest ten, że wszyscy ludzie są albo wolni, albo są niewolnikami).

jednostka mogła być wieloma osobami. Na przykład ten sam Cezar był odrębną osobą jako imperator, odrębną jako człowiek wolny i obywatel Rzymu, a jeszcze inną jako *pater familias*. A zatem możemy powiedzieć, że osoba była konstruktem prawnym, zaś jej treść stanowił zespół praw i obowiązków. Wydaje się, że takie rozumienie osoby odpowiadało Tertulianowej koncepcji. Istotą zarówno Syna, jak i Ducha jest wykorzystanie powierzonej im przez Ojca misji w ekonomii oraz władzy, za pomocą której misję tę realizują. Znamienne jest tutaj użycie pojęcia *dispensatio*, które należy odnosić do jakiegoś planu bądź projektu porządkującego przedmioty w serii, wyznaczającego sposób pożądany postępowania, działania lub administrowania[81]. Chodzi zatem o zakreślenie kompetencji, które posiada dana Osoba w boskim planie stworzenia i zbawienia. Odpowiada to prawniczemu pojęciu osoby, które także odnosi się do praw i obowiązków związanych z konkretną sferą życia. Jednocześnie, co niezmiernie ważne, nie dochodzi do pomieszania osób. Wróćmy do naszego przykładu. Cezar nie może występować przed senatem jako ojciec rodziny, lecz musi być osobą urzędową. Podobnie też wydając swą córkę za Pompejusza, nie będzie działał jako osoba konsula, lecz rzymskiego *pater familias*. Jednak zarówno w jednym i drugim przypadku mamy do czynienia z tym samym człowiekiem – Gajuszem Juliuszem Cezarem. Podobnie w Trójcy. Wszelkiego dzieła zbawczego dokonywał jeden i ten sam Bóg. Lecz to nie Ojciec mówił przez proroków, lecz Duch. To nie Ojciec cierpiał na krzyżu, lecz Syn. Stąd też w obliczu niebezpieczeństw filozofii i aporii arytmetyki to właśnie prawnicza koncepcja osoby okazała się wręcz idealnym narzędziem do zwalczenia patrypasjanizmu Prakseasza. W związku z powyższym wydaje się, że na pierwszym w dziejach traktacie o Trójcy Świętej bardzo wyraźnie odcisnęła swe piętno prawnicza erudycja jego autora.

Wreszcie nie można pominąć milczeniem wątku, który został zasygnalizowany już wcześniej. Analiza wybranych fragmentów *Przeciw Prakseaszowi* pokazuje, że termin *osoba*, podobnie jak *substancja*, posiada głębokie konotacje z teorią władzy politycznej. Zwróćmy uwagę na następujący cytat, gdzie Tertulian zwraca się wprost do swojego adwersarza: „Powinieneś więc tym samym uznać go jako innego; innego, jak już oświadczyłem, jako osobę, nie jako substancję, dla rozróżnienia, nie dla podziału[82]. Głoszę zresztą zawsze, że ci trzej, połączeni stanowią jedną substancję; jednak muszę powiedzieć, że prawidła rozsądku nakazują, by kim innym był ten, który rozkazuje, a kim innym, kto czyni[83]. Bowiem nie rozkazywały, gdyby sam czynił to, co według jego rozkazu miało się stać przez tego, któremu wtedy rozkazywał; gdyby był sam jeden, albo rozkazywałby sobie samemu, albo działałby bez polecenia, bo nie czekałby, aż sam sobie rozkaże”[84].

[81] B. Sesboüé, J. Wolinski, *Bóg zbawienia*, s. 171.

[82] *Alium autem accipere debeas, iam professus sum; personae, non substantiae nomine; ad distinctionem, non ad divisionem*. Tertullian, *Adversus Praxeam XII*, szp. 168.

[83] *Eum qui iubet, et eum qui facit.*

[84] Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi XII, 8*, s. 53–54.

Już w pierwszym zdaniu Tertulian zaznacza ustaloną przez siebie dystynkcję na osobę i substancję. Potem podkreśla jedność trzech, by wydobyć aspekt różnicujący. Fundamentem rozróżnienia okazuje się relacja oparta na rozkazie. Fragment ten potwierdza nasze wcześniejsze intuicje wiążące *dispensatio*, a zatem ekonomię, z kwestią władztwa administracyjnego bądź też określonego sposobu działania – które opiera się na rozkazach wydawanych w ramach struktury hierarchicznej. Co więcej, Tertulian zdaje się wykluczać możliwość, aby Ojciec sam sobie wydawał rozkazy. Zatem Ojciec nie jest adresatem żadnego rozkazu. Pobrzmiewa w tym echo prawniczej koncepcji Ulpiana, o której już była mowa. Ponadto widzimy zgodność z filozoficznym i prawnym konstruktem cesarza jako źródła i inkarnacji prawa. Ojciec mianowicie jawi się jako konieczna przyczyna władzy Syna i Ducha. To On wydaje rozkaz, dzięki któremu pozostałe Osoby Boże uzyskują swoją formę, a tym samym dochodzi do objawienia Trójcy.

Podsumowanie

Przytoczone fragmenty z pism Tertuliana są jedną z pierwszych w dziejach myśli chrześcijańskiej prób rozstrzygnięcia problemu wielości i jedności w Bóstwie. W czasie, gdy one powstawały, jeszcze nie było spójnej doktryny i systematycznej teologii. Stąd też mówienie o relacji Ojca, Syna i Ducha Świętego napotykało ogromne problemy i wątpliwości w łonie wczesnego Kościoła. Sam termin *Trójca* stanowił nowość i prezentował jeden z wielu konkurencyjnych modeli wyjaśniających zagadnienie liczby w Bogu. W odróżnieniu od nas, Tertulian nie miał do dyspozycji żadnych orzeczeń soborowych, katechizmów, definicji dogmatycznych, tradycji ani nawet pojęć, za pomocą których mógłby wyjaśnić relację Ojca, Syna i Ducha w ramach jednego Bóstwa. Budując swoją teologię, korzystał on z tych narzędzi, których dostarczała mu klasyczna edukacja. W toku wywodu wykazano, że niemałe znaczenie miała jego prawnicza erudycja i zainteresowanie nośnymi ideami z obszaru filozofii politycznej. Elementy jego modelu trynitarnego zdradzają daleko idące pokrewieństwo z doktrynami politycznymi o proweniencji aleksandryjskiej, stoickiej i perypatetyckiej. Właściwie wszystkie istotne elementy konstrukcyjne Trójcy Tertuliana mają swój odpowiednik w myśli wcześniejszych, niechrześcijańskich filozofów oraz prawników. Nagromadzenie elementów filozofii politycznej i odniesień prawnych w dziele *Przeciw Prakseaszowi* nie pozwala nam sądzić, że Tertulian, budując koncepcję Trójcy, korzystał wyłącznie ze spuścizny teologów II w. Wystarczy porównać teologię Kartagińczyka z wcześniejszą myślą chrześcijańską, aby zobaczyć rażący kontrast opierający się m.in. na wykorzystaniu doktryn politycznych i dorobku jurysprudencji rzymskiej. Można zatem rzec, że u podstaw chrześcijańskiego pojmowania Trójcy leży filozofia polityczno-prawna dwóch pierwszych wieków cesarstwa.

Jednocześnie biorąc pod uwagę wpływ Tertuliana na myśl trynitarną Zachodu i dalej – znaczenie trynitologii dla późniejszych koncepcji teologicznych i politycznych, otwierają się perspektywy badawcze dotyczące pośredniego oddziaływania rzymskich konstrukcji prawnych i doktryn politycznych pryncypatu na te właśnie obszary.

Bibliografia

Allison G., *Historical Theology: An Introduction to Christian Doctrine*, Grand Rapids, MI 2011.

Anatolios K., *Retriving Nicea: The Development and Meaning of Christian Doctrine*, Grand Rapids, MI 2011.

Bazyli Wielki, *List 38 Do brata, Grzegorza, o rozróżnieniu między istotą a hipostazą* [w.] *Listy*, tłum. W. Krzyżaniak, Warszawa 1972.

Beck A., *Römisches Recht bei Tertullian und Cyprian. Eine Studie zur frühen Kirchenrechtsgeschichte*, Halle Saale 1930.

Braun R., *Deus Christianorum, Recherche sur le vocabulaire doctrinal de Tertullien*, Paris 1962; Paris 1977.

Brożek B., *Pojęcie osoby w dyskusjach bioetycznych* [w:] J. Stelmach, B. Brożek, M. Soniewicka, W. Załuski, *Paradoksy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010.

Cambell G., *A Compendium of Roman Law*, Clarck–New Jersey 2008.

Digesta Iustiniani, t. I, tłum. wielu, red. T. Palmirski, Kraków 2013.

Dokumenty Soborów Powszechnych, t. I, red. A. Baron, H. Pietras, Kraków 2005.

Dünzl F., *A Brief History of the Doctrine of the Trinity in the Early Church*, London 2007.

Dvornik F., *Early Christian and Byzantine Political Philosophy: Origins and Background*, vol. I, Washington, D.C. 1966.

Euzebiusz z Cezarei, *Historia kościelna*, tłum. A. Caba, Kraków 2013.

Filon Aleksandryjski, *O Dekalogu* [w:] *Pisma*, t. I, tłum. L. Joachimowicz, Warszawa 1986.

Gai, *Insitutiones*, tłum. W. Rozwadowski, Poznań 2003.

Grzegorz z Nyssy, *Drobne pisma trynitarne*, tłum. T. Grodecki, Kraków 2004.

Harnack A., *Lehrbuch der Dogmatengeschichte, Die Entstehung des Kirchlichen Dogmas*, vol. 1, Freiburg 1888; London 2015.

Hillar M., *From Logos to Trinity*: *The Evolution of Religious Beliefs from Pytagoras to Tertullian*, Cambridge 2012.

Holmes S., *The Quest for the Trinity: The Doctrine o f God in Scripture, History and Modernity*, Downers Grove, IL 2012.

Ireneusz z Lyonu, *Wykład nauki apostolskiej*, tłum. W. Myszor, Kraków 1997.

Justyn Męczennik, *Druga Apologia*, tłum. L. Misiarczyk [w:] *Pierwsi apologeci greccy*, Kraków 2004.

Litfin B.M., *Tertullian on the Trinity*, „Perichoresis" 2019, vol. 17.1.

Martens J.W., *One God, One Law. Philo of Alexandria on The Mosaic and Greco-Roman Law*, Boston–Leiden 2003.

McGrath A.E., *Historical Theology: An Introduction to the History of Christian Thought*, Oxford 1998.

Moingt J., *Théologie trinitaire de Tertullien*, I–III, Aubier–Paris 1966.

Olson R., *The Story of Christian Theology: Twenty Centuries of Tradition and Reform*, Downers Grove, IL 1999.

Osborn E., *Irenaeus of Lyons*, Cambridge 2001.

Peterson E., *Monoteizm jako problem polityczny*, „Respublica Nowa" 2012, nr 20.

Pietras H., *Wprowadzenie* [w:] *Trójca Święta*, Kraków 1997.

Sajdak J., *Tertulian. Czasy – życie – dzieła*, Poznań 1949.
Sesboüé B., Wolinski J., *Bóg zbawienia*, Kraków 2005.
Sokrates Scholastyk, *Historia Kościoła*, tłum. S.J. Kazikowski, Warszawa 1986.
Teofil Antiocheński, *Do Autolika*, tłum. L. Misiarczyk [w:] *Pierwsi apologeci greccy*, Kraków 2004.
Tertulian, *Apologetyk*, tłum. J. Sajdak, Poznań 1947.
Tertulian, *Przeciw Prakseaszowi I, 1*, tłum. E. Buszewicz [w:] *Trójca Święta*, Kraków 1997.

Streszczenie

Artykuł zmierza do wykazania, iż zaproponowana przez Tertuliana (rzymskiego prawnika i teologa piszącego w pierwszych dekadach III w.) koncepcja Trójcy jest inspirowana myślą polityczną i prawną. Poprzez pojęcie substancji Tertulian kładzie fundament jedności Trójcy. Jednocześnie zaproponowane przez niego wyjaśnienie tej jedności zdradza daleko idące podobieństwo do filozoficznej koncepcji monarchii we wczesnym pryncypacie. Kluczem do rozróżnienia Ojca, Syna i Ducha okazuje się greckie pojęcie ekonomii, które Tertulian oddaje za pomocą łacińskiego słowa *dispensatio*. Obydwa te terminy bardzo korespondują z pojęciem władzy administracyjnej. Dziedzictwo nauki prawa jest szczególnie widoczne w konstrukcji pojęcia Osoby. Termin *persona* miał zastosowanie w myśli jurysprudencji. Prawnicza koncepcja osoby odpowiada funkcjonalnemu użyciu tego terminu przez Tertuliana, który starał się w ten sposób oddać zróżnicowanie Osób w ramach jednego Bóstwa.

Słowa kluczowe: Trójca, monarchia, Tertulian, substancja, osoba

POLITICAL AND LEGAL INSPIRATIONS OF TERTULIAN'S THEOLOGY OF THE TRINITY

Summary

The article aims to show that the concept of the Trinity proposed by Tertullian (a Roman lawyer and theologian of the first decades of the third century) was inspired by political and legal thought. Through the concept of substance, Tertullian lays the foundation for the unity of the Trinity. At the same time, his proposed explanation of this unity bears a far-reaching similarity to the philosophical conception of monarchy in the early principate. The Greek concept of economy, which meaning Tertullian conveys using the Latin word dispensation, turns out to be the key to distinguish between Father, Son and Spirit. Both of these terms correspond very closely with the concept of administrative authority. The legacy of legal science is particularly visible in the construction of the concept of a Person. The legal concept of the *persona* corresponds to the functional use of the term by Tertullian, who thus sought to reflect the differentiation of Persons under one Deity.

Keywords: Trinity, monarchy, Tertullian, substance, person

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.29

Artur Trubalski

Uniwersytet Rzeszowski
ORCID: 0000-0001-8020-9178

KONSTYTUCYJNE MECHANIZMY ZAPEWNIENIA BEZPIECZEŃSTWA PAŃSTWA W KONTEKŚCIE OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

I

Zarówno kwestie dotyczące zapewnienie bezpieczeństwa państwa, jak i te związane z ochroną praw człowieka należy niewątpliwie zaliczyć do zagadnień o fundamentalnym znaczeniu dla funkcjonowania państwa demokratycznego. Dla właściwej analizy zagadnienia konieczne jest sięgnięcie zarówno do opracowań z zakresu prawa, jak i bezpieczeństwa oraz nauk politycznych. W toku prowadzonych badań posłużono się przede wszystkim analizą prawno-dogmatyczną oraz analizą systemową. Z jednej bowiem strony państwo oraz jego organy są zobowiązane do zapewnienia sprawnego oraz bezpiecznego funkcjonowania państwa. Z drugiej zaś strony mają obowiązek zapewnienia warunków i gwarancji dla ochrony praw człowieka. Jak wskazuje praktyka funkcjonowania Rzeczypospolitej Polskiej na przestrzeni ostatnich kilkunastu miesięcy, wskazane powyżej zagadnienia mają duże praktyczne znaczenia oraz wiążą się niekiedy z wątpliwościami interpretacyjnymi. Dlatego też zasadne jest poddanie bliższej analizie problematyki konstytucyjnych mechanizmów zapewniania bezpieczeństwa państwa w powiązaniu z ochroną praw człowieka[1]. Należy przy okazji zwrócić uwagę, iż wspomniany obszar badawczy ma swoje źródło w przepisach ustawy zasadniczej, jednak łączy się też z prawem międzynarodowym czy prawem cywilnym, karnym oraz administracyjnym. Z uwagi na bardzo szeroki zakres analizowanego tematu zasadne jest, aby początek badań

[1] J. Jaskiernia, *Konstytucyjna konstrukcja kompetencyjna organów władzy wykonawczej w obszarze bezpieczeństwa państwa a propozycje zmian polskiej ustawy zasadniczej*, „Bezpieczeństwo i Ochrona" 2008, nr 1–2, s. 31–35; *idem*, *Bezpieczeństwo państwa a ochrona praw i wolności jednostki w Polsce – obszary koegzystencji i konfliktu tych wartości w kontekście realizacji standardów międzynarodowych i wewnętrznych* [w:] *Bezpieczeństwo państwa a ochrona praw i wolności jednostki we współczesnym świecie*, red. J. Jaskiernia, Kielce 2012, s. 49 i n.; M. Brzeziński, *Bezpieczeństwo jako wartość konstytucyjna*, Warszawa 2019, s. 217 i n.

koncentrował się na kwestiach fundamentalnych, związanych z regulacjami zawartymi w ustawie zasadniczej[2]. Dopiero na dalszym etapie prowadzonych prac zasadne jest przeanalizowanie innych, bardziej szczegółowych obszarów badawczych związanych z prawem międzynarodowym, dotyczącym w szczególności ochrony praw człowieka[3], czy też prawem cywilnym[4] oraz administracyjnym[5].

II

Na mocy przepisu art. 5 Konstytucji RP „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju". Analiza treści tego przepisu wskazuje, iż obowiązkiem Rzeczypospolitej Polskiej jako państwa jest m.in. strzeżenie niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnienie wolności i praw człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli[6]. Są to obszary działalności związane bezpośrednio z bezpieczeństwem oraz ochroną praw człowieka. Jak wynika z powyższej regulacji, państwo powinno podejmować działania, których celem jest zapewnianie szeroko pojętego bezpieczeństwa, a także przestrzegania praw człowieka. Należy wskazać, iż państwo wydaje się najbardziej właściwym podmiotem, który ma obowiązek podejmować aktywność we wskazanych obszarach, posiada bowiem właściwe instrumenty, które pozwalają na skuteczne oraz efektywne wspieranie kwestii związanych z bezpieczeństwem oraz ochroną praw człowieka. W każdym z tych ogólnie wskazanych obszarów można wyróżnić wiele szczegółowych płaszczyzn związanych zarówno z bezpieczeństwem, jak i ochroną praw człowieka. Należy wyraźnie zaznaczyć, iż bezpieczeństwo państwa oraz ochrona praw człowieka są związane z funkcjonowaniem państwa, ale także z funkcjonowaniem mieszkańców (obywateli) tego państwa i pozostałych osób.

Mając na względzie łączną analizę bezpieczeństwa państwa oraz ochrony praw człowieka, trzeba wskazać, iż w sytuacji zwyczajnego funkcjonowania państwa, w normalnych warunkach, relacje dotyczące tych dwóch obszarów nie nasuwają

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

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

[4] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 2020, poz. 1740 ze zm.).

[5] Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 1842 ze zm.); ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. 2020, poz. 1845 ze zm.).

[6] P. Tuleja, komentarz do art. 5 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 40–42.

zasadniczo wątpliwości. Dopiero w sytuacji, kiedy państwo zaczyna funkcjonować w sposób odmienny od zwyczajowo przyjętego, relacje pomiędzy kwestiami bezpieczeństwa państwa a ochroną praw człowieka zaczynają być bardziej skomplikowane, a tym samym mogą powodować powstanie wątpliwości w tym zakresie.

Realia funkcjonowania Rzeczypospolitej Polskiej w związku z pandemią COVID-19[7], a także w sytuacji wprowadzenia w bezpośrednim sąsiedztwie wschodniej granicy państwa stanu wyjątkowego[8] spowodowały, iż zaczęły się pojawiać obszary dotyczące styku bezpieczeństwa państwa oraz ochrony praw człowieka, na których doszło lub też może potencjalnie dochodzić do sytuacji wywołujących konstytucyjne wątpliwości. Dotyczy to sytuacji, w których z jednej strony jest konieczność podejmowania zdecydowanych działań ze strony państwa mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa państwu, a z drugiej strony dochodzi do działań ze strony obywateli mających na celu realizację oraz ochronę praw i wolności człowieka i obywatela.

Na kanwie takiego właśnie stanu faktycznego może dochodzić do sytuacji, w których interes państwa w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa będzie zestawiony z interesem obywateli chcących korzystać oraz chronić swoje prawa. Powstaje zatem pytanie natury ogólnej, któremu z powyższych interesów należy nadać prymat i czy w ogóle możliwe jest skonstruowanie pewnej zasady w tym zakresie. W pewnym uproszczeniu można zapytać, czy ważniejsze jest zapewnienie bezpieczeństwa państwu, czy zapewnienie praw człowieka. Tak postawione pytanie prowadzi zaś do konieczności zastanowienia się nad wzajemnymi relacjami pomiędzy tymi wartościami oraz zakresem, w jakim ewentualne ograniczenia w jednej z tych dziedzin mogą być wprowadzone w celu ochrony drugiej z nich. Odpowiedź na tak postawione pytania powinna nie tylko opierać się na wartościach, które stanowią fundament państwa demokratycznego, ale również znajdować oparcie w regulacjach prawnych, w szczególności wynikających z regulacji konstytucyjnej. Konieczne będzie więc zestawienie kwestii dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze, że w jego zakresie mieści się także bezpieczeństwo obywateli, z zapewnieniem ochrony praw człowieka.

III

Państwo posiada wiele instrumentów oraz mechanizmów, które mają na celu umożliwienie podjęcia działań mających na celu zapewnienie jego bezpieczeństwa. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 1 Konstytucji RP: „Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego

[7] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu pandemii (Dz.U. 2020, poz. 491).

[8] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 września 2021 r. w sprawie wprowadzenia stanu wyjątkowego na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego (Dz.U. 2020, poz. 1612).

terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic". Siły zbrojne stanowią więc, obok innych służb mundurowych, główny konstytucyjny podmiot, którego zadaniem jest zapewnienie bezpieczeństwa państwa w zakresie ochrony niepodległości państwa i nienaruszalności jego granic[9]. Inne służby mundurowe pełnią też znaczącą rolę w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa, jednak skoncentrowane są na bieżących działaniach w czasie normalnego funkcjonowania państwa, w dużej mierze o charakterze prewencyjnym. Działalność Sił Zbrojnych, która może mieć również charakter prewencyjny (odstraszający), koncentruje się jednak na podejmowaniu działań w czasie, kiedy normalne (zwyczajowe) funkcjonowanie państwa jest zagrożone z uwagi na czynniki zewnętrzne zagrażające bezpieczeństwu państwa. Dla zapewnienia skutecznej działalności Sił Zbrojnych zachowują one neutralność w sprawach politycznych oraz podlegają cywilnej i demokratycznej kontroli (art. 26 ust. 2 Konstytucji RP).

Zarówno organy władzy ustawodawczej, jak i organy władzy wykonawczej biorą aktywny udział w zapewnieniu bezpieczeństwa państwa[10]. Zadania tych organów zostały na poziomie konstytucyjnym ukształtowane w odmienny sposób. Wyraźny prymat w tym zakresie posiadają organy władzy wykonawczej, jednak organy władzy ustawodawczej także mają istotne kompetencje w omawianym obszarze. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż to Sejm decyduje w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej o stanie wojny i o zawarciu pokoju (art. 116 ust. 1 Konstytucji RP): „Sejm może podjąć uchwałę o stanie wojny jedynie w razie zbrojnej napaści na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub gdy z umów międzynarodowych wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji. Jeżeli Sejm nie może się zebrać na posiedzenie, o stanie wojny postanawia Prezydenta Rzeczypospolitej". Powyższe regulacje wskazują więc na wiodącą rolę Sejmu jako organu władzy ustawodawczej w sytuacji najbardziej skrajnego zagrożenia bezpieczeństwa państwa, kiedy zachodzi konieczność podjęcia decyzji o stanie wojny[11]. Na mocy zaś przepisu art. 177 Konstytucji RP „zasady użycia Sił Zbrojnych poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej określa ratyfikowana umowa międzynarodowa lub ustawa".

Istotną rolę w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa odgrywa także Prezydent RP. Jednym z należących do niego zadań ustrojowych jest stanie na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium[12] (art. 126 ust. 2 Konstytucji RP). Prezydent RP posiada również wiele

[9] P. Tuleja, komentarz do art. 26 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 105–107.

[10] A. Trubalski, *Uprawnienia organów władzy wykonawczej w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa*, „Przegląd Sejmowy" 2017, nr 3, s. 107–113.

[11] P. Radziewicz, komentarz do art. 116 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 347–348.

[12] P. Tuleja, K. Kozłowski, komentarz do art. 126 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 573–574; A. Trubalski, *The role of the President of the Republic of Poland in ensuring the security of the state*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2018, nr 11, s. 54 i n.

szczegółowych konstytucyjnych kompetencji i uprawnień dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Jest najwyższym zwierzchnikiem Sił Zbrojnych RP (art. 134 ust.1 Konstytucji RP). W czasie pokoju sprawuje on zwierzchnictwo nad Siłami Zbrojnymi za pośrednictwem Ministra Obrony Narodowej (art. 134 ust. 2 Konstytucji RP). Mianuje Szefa Sztabu Generalnego i dowódców rodzajów Sił Zbrojnych (art. 134 ust. 3 Konstytucji RP). Na czas wojny na wniosek Prezesa Rady Ministrów mianuje Naczelnego Dowódcę Sił Zbrojnych[13] (art. 134 ust. 4 Konstytucji RP). Nie bez znaczenia dla podejmowania przez głowę państwa działań mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa państwa jest też fakt, iż organem doradczym Prezydenta RP w zakresie wewnętrznego i zewnętrznego bezpieczeństwa państwa jest Rada Bezpieczeństwa Narodowego (art. 135 Konstytucji RP). Dodatkowo w sprawach szczególnej wagi Prezydent RP może zwołać Radę Gabinetową, która w istocie jest Radą Ministrów obradującą pod przewodnictwem Prezydenta RP, której nie przysługują jednak kompetencje Rady Ministrów (art. 141 ust. 1 i 2 Konstytucji RP). Należy również pamiętać, iż w razie bezpośredniego zewnętrznego zagrożenia państwa Prezydent RP na wniosek Prezesa Rady Ministrów zarządza powszechną lub częściową mobilizację i użycie Sił Zbrojnych do obrony Rzeczypospolitej Polskiej (art. 136 Konstytucji RP).

Głowa państwa pełni także znaczącą rolę podczas wprowadzania stanów nadzwyczajnych[14]. Zgodnie z przepisem art. 228 ust. 1 Konstytucji RP „w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające, może zostać wprowadzony odpowiedni stan nadzwyczajny: stan wojenny, stan wyjątkowy lub stan klęski żywiołowej". W razie zewnętrznego zagrożenia państwa, zbrojnej napaści na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub gdy z umowy międzynarodowej wynika obowiązek do wspólnej obrony przeciwko agresji, Prezydent RP na wniosek Rady Ministrów może wprowadzić stan wojenny na części albo na całym terytorium państwa (art. 229 Konstytucji RP). Ponadto w sytuacji zagrożenia konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego Prezydent RP na wniosek Rady Ministrów może wprowadzić na czas oznaczony, nie dłuższy niż 90 dni, stan wyjątkowy na części albo na całym terytorium państwa (art. 230 ust. 1 Konstytucji RP). „Rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wojennego lub wyjątkowego Prezydent Rzeczypospolitej przedstawia Sejmowi w ciągu 48 godzin od podpisania rozporządzenia. Sejm niezwłocznie rozpatruje rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej. Sejm może je uchylić bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów" (art. 231 Konstytucji RP).

Rada Ministrów pełni też istotną rolę w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa[15]. W odróżnieniu od Prezydenta RP, który posiada uprawnienia związane

[13] B. Szczurowski, komentarz do art. 134 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 648 i n.

[14] S. Steinborn, komentarz do art. 228 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1610–1613.

[15] D. Dudek, komentarz do art. 146 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 754–760.

z Siłami Zbrojnymi oraz stanami nadzwyczajnymi, Rada Ministrów ma kompetencje dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego państwa, porządku publicznego oraz bezpieczeństwa zewnętrznego państwa (art. 146 ust. 4 pkt 7 i 8 Konstytucji RP). Sprawuje również ogólne kierownictwo w dziedzinie obronności kraju (art. 146 ust. 4 pkt 11 Konstytucji RP). Współdziała z Prezydentem RP w procedurze wprowadzania stanów nadzwyczajnych. Należy zaznaczyć, iż zgodnie z treścią przepisu art. 146 ust. 2 Konstytucji RP „do Rady Ministrów należą sprawy polityki państwa nie zastrzeżone dla innych organów państwowych i samorządowych". Przepis ten ustanawia w istocie zasadę domniemania kompetencji na rzecz Rady Ministrów[16]. Oznacza to, iż rola tego organu władzy wykonawczej jest jeszcze bardzie znacząca, niż wynika to z literalnego brzmienia regulacji konstytucyjnych w tym zakresie. W ramach samej Rady Ministrów istotną pozycję posiada Prezes Rady Ministrów, który kieruje pracami Rady Ministrów, zapewnia wykonywanie polityki Rady Ministrów i określa sposoby jej wykonywania, a także koordynuje i kontroluje pracę członków Rady Ministrów (art. 148 pkt 2, 4, 5 Konstytucji RP). Oczywiście w dziedzinie zapewnienia bezpieczeństwa państwa istotną rolę pełnią w szczególności ministrowie: obrony narodowej oraz minister odpowiedzialny za sprawy wewnętrzne, zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 149 ust. 1 Konstytucji RP „ministrowie kierują określonymi działami administracji rządowej lub wypełniają zadania wyznaczone im przez Prezesa Rady Ministrów. Zakres działania ministra kierującego działem administracji rządowej określają ustawy". Warto również zwrócić uwagę, iż Rada Ministrów jest właściwa do wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych – stanu klęski żywiołowej na części albo całym terytorium państwa (art. 232 Konstytucji RP).

IV

Na mocy przepisu art. 30 Konstytucji RP „przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych". Wskazana regulacja wpisuje się w generalne założenie funkcjonujące na gruncie obowiązującej Konstytucji RP, iż państwo i jego organy są zobowiązane do przestrzegania praw człowieka oraz zapewnienia ku temu właściwych mechanizmów[17]. Jednocześnie regulacje zwarte w przepisach ustawy zasadniczej nie tylko dopuszczają, ale także wskazują na sytuacje, w których może być ograniczone korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw. Podkreślenia wymaga, iż ograniczone może być korzystanie

[16] P. Czarny, komentarz do art. 146 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019, s. 437–438.

[17] M. Chmaj, *Źródło wolności i praw człowieka* [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016, s. 41–43.

z konstytucyjnych wolności i praw, a nie zaś same wolności i prawa[18]. Należy również podkreślić, iż ustawa zasadnicza nie zawiera regulacji, która pozwalałaby ograniczać możliwość zapewnienia bezpieczeństwa państwa z uwagi na korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw. Już więc w tym miejscu można zaznaczyć, iż regulacja konstytucyjna wskazuje na prymat interesu państwa, a konkretnie bezpieczeństwa państwa jako całości, które zawiera przecież w sobie również bezpieczeństwo obywatela, nad interesem oraz ochroną konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Innymi słowy – zbiorowy interes państwa oraz jego obywateli związany z bezpieczeństwem państwa ma zasadniczo pierwszeństwo przez indywidualnym interesem jednostki chcącej korzystać ze swoich konstytucyjnych wolności i praw.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest treść przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione 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". Powołany przepis w sposób wyraźny wskazuje, iż to m.in. kwestie bezpieczeństwa i porządku publicznego mogą być podstawą dla wprowadzenia w drodze ustawy ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw. Przepis ten nie wskazuje szczegółowo, w jakim zakresie oraz jakie prawa mogą być ograniczone w drodze ustawy, co pozostawia ustawodawcy stosunkowo dużą swobodę w zakresie regulowania tych kwestii[19]. Oczywiście nie mogą zostać ograniczone wolności i prawa, które ze swej istoty nie mogą być ograniczone, takie jak choćby ochrona życia (art. 38 Konstytucji RP) czy zakaz poddawania torturom (art. 40 Konstytucji RP). Można również powiedzieć, iż prymat bezpieczeństwa państwa (w tym jego obywateli) nad indywidualnym interesem jednostki oraz zapewnieniem jej możliwości korzystania z konstytucyjnych wolności i praw znajduje potwierdzenie w konstytucyjnych regulacjach dotyczących obowiązków konstytucyjnych[20]. Na mocy art. 82 Konstytucji RP obowiązkiem obywatela polskiego jest wierność Rzeczypospolitej Polskiej oraz troska o dobro wspólne. Ponadto obowiązkiem obywatela polskiego jest obrona Ojczyzny (art. 85 ust. 1 Konstytucji RP). Dodatkowo każdy, a więc nie tylko osoba posiadająca obywatelstwo polskie, ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 83 Konstytucji RP). Oznacza to, iż każdy ma obowiązek stosowania się do ewentualnych ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw w sposób określony w ustawie.

Kolejnym potwierdzeniem dotyczącym prymatu interesu państwa jako ogółu m.in. w kwestii zapewnienia bezpieczeństwa państwa nad indywidualnym interesem

[18] M. Grzesik-Kulesza, *Prawa człowieka-zarys ogólny* [w:] *System ochrony praw człowieka w RP*, red. H. Zięba-Załucka, Rzeszów 2015, s. 31–34.

[19] Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. 2017, poz. 1928).

[20] Zob. H. Zięba-Załucka, *Obowiązki obywatelskie w rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Obowiązki człowieka i obywatela w konstytucji RP z 1997 roku*, red. A. Trubalski, Warszawa 2020, s. 9 i n.

jednostki w zakresie możliwości korzystania z konstytucyjnych wolności i praw są konstytucyjne regulacje, które wprost pozwalają na ograniczenie wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego oraz w czasie stanu klęski żywiołowej. W czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie mogą być ograniczone prawa i wolności człowieka i obywatela dotyczące: godności człowieka, obywatelstwa, ochrony życia, humanitarnego traktowania, ponoszenia odpowiedzialności karnej, dostępu do sądu, dóbr osobistych, sumienia i religii, petycji oraz rodziny i dziecka[21]. Z kolei w czasie stanu klęski żywiołowej można ograniczyć wolności i prawa człowieka i obywatela dotyczące: wolności działalności gospodarczej, wolności osobistych, nienaruszalności mieszkania, wolności poruszania się i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, prawa do strajku, prawa własności, wolności pracy, prawa do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz prawa do wypoczynku[22].

V

Konstytucja RP z 1997 r. zawiera zarówno przepisy pozwalające na efektywne i skuteczne zapewnienie bezpieczeństwa państwa, jak i regulacje, które gwarantują realne przestrzeganie i zapewnienie praw i wolności człowieka i obywatela. Praktyka funkcjonowania Rzeczypospolitej Polskiej w związku ze stanem pandemii COVID-19 oraz wprowadzeniem w bezpośrednim sąsiedztwie wschodniej granicy państwa stanu wyjątkowego prowadzi do sytuacji, w których dochodzi do zderzenia argumentów przemawiających za zapewnieniem bezpieczeństwa państwa, któremu towarzyszy ograniczenie praw i wolności człowieka i obywatela, z argumentami odnośnie do konieczności zapewnienia jednostkom możliwości pełnego korzystania z ich konstytucyjnych praw i wolności. Trzeba wskazać, iż twórcy ustawy zasadniczej wprowadzili do jej treści przepisy, które pozwalają na rozstrzygnięcie tak powstałej kolizji chronionych dóbr. Analiza regulacji konstytucyjnych wskazuje, iż przepisy Konstytucji RP przyznają prymat dobru wspólnemu rozumianemu jako zapewnienie bezpieczeństwa państwa, w ramach tak rozumianego bezpieczeństwa państwa zawiera się bowiem bezpieczeństwo każdego człowieka znajdującego się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dobro w postaci możliwości korzystania przez jednostki z ich konstytucyjnych praw i wolności zostało więc uznane za ustępujące dobru państwa jako całości. Oczywiście ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności człowieka i obywatela pomimo podporządkowania dobru państwa nie mogą być kształtowane w sposób całkowicie dowolny. Muszą być stosowane proporcjonalnie oraz nie mogą naruszać istoty praw i wolności. Ponadto niektóre z nich nie mogą być ograniczone w żadnym wypadku. Można więc powiedzieć, że dobro państwa ma pierwszeństwo przed dobrem jednostki przy zachowaniu odpowiedniego poziomu jej ochrony.

[21] Zob. art. 233 ust. 1 Konstytucji RP.

[22] Zob. art. 233 ust. 3 Konstytucji RP.

Bibliografia

Brzeziński M., *Bezpieczeństwo jako wartość konstytucyjna*, Warszawa 2019.

Chmaj M., *Źródło wolności i praw człowieka* [w:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. M. Chmaj, Warszawa 2016.

Czarny P., komentarz do art. 146 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Dudek D., komentarz do art. 146 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Grzesik-Kulesza M., *Prawa człowieka-zarys ogólny* [w:] *System ochrony praw człowieka w RP*, red. H. Zięba-Załucka, Rzeszów 2015.

Jaskiernia J., *Bezpieczeństwo państwa a ochrona praw i wolności jednostki w Polsce – obszary koegzystencji i konfliktu tych wartości w kontekście realizacji standardów międzynarodowych i wewnętrznych* [w:] *Bezpieczeństwo państwa a ochrona praw i wolności jednostki we współczesnym świecie*, red. J. Jaskiernia, Kielce 2012.

Jaskiernia J., *Konstytucyjna konstrukcja kompetencyjna organów władzy wykonawczej w obszarze bezpieczeństwa państwa a propozycje zmian polskiej ustawy zasadniczej*, „Bezpieczeństwo i Ochrona" 2008, nr 1–2.

Kozłowski K., Tuleja P., komentarz do art. 126 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Radziewicz P., komentarz do art. 116 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Steinborn S., komentarz do art. 228 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Szczurowski B., komentarz do art. 134 [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. II, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Trubalski, A., *The role of the President of the Republic of Poland in ensuring the security of the state*, „Przegląd Prawa Publicznego" 2018, nr 11.

Trubalski A., *Uprawnienia organów władzy wykonawczej w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa*, „Przegląd Sejmowy" 2017, nr 3.

Tuleja P., komentarz do art. 5 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Tuleja P., komentarz do art. 26 [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. P. Tuleja, Warszawa 2019.

Zięba-Załucka H., *Obowiązki obywatelskie w Rzeczypospolitej Polskiej* [w:] *Obowiązki człowieka i obywatela w konstytucji RP z 1997 roku*, red. A. Trubalski, Warszawa 2020.

Streszczenie

Celem opracowania jest przedstawienie regulacji konstytucyjnych dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa państwa w kontekście ochrony praw człowieka i ograniczeń z tym związanych. Stanowi to pierwszy etap dla dalszych badań w zakresie szczegółowych relacji pomiędzy rozwiązaniami prawnymi zawartymi w poszczególnych gałęziach prawa i ich oddziaływaniem na kwestie ograniczeń w zakresie korzystania z praw i wolności człowieka i obywatela. Praktyka funkcjonowania Rzeczypospolitej Polskiej na przestrzeni ostatnich kilkunastu miesięcy sprawiła, iż problematyka tych relacji zyskała na znaczeniu. W związku z tym zasadne jest przedstawienie oraz bliższa analiza tych zagadnień, poczynając od poziomu regulacji konstytucyjnych, które stanowią punkt wyjścia dla bardziej szczegółowych regulacji, choćby z zakresu prawa cywilnego czy administracyjnego.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo państwa, prawa człowieka, COVID-19, stany nadzwyczajne

CONSTITUTIONAL MECHANISMS OF STATE SECURITY IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Summary

The aim of the study is to present the constitutional regulations concerning ensuring the security of the state in the context of the protection of human rights and the related restrictions. This is the first stage for further research in the field of detailed relations between legal solutions contained in individual branches of law and their impact on the issues of limitations in the exercise of human and civil rights and freedoms. The practice of the functioning of the Republic of Poland over the last several months has made the issue of these relations more important. Therefore, it is reasonable to present and analyze these issues in more detail, starting with the level of constitutional regulations, which constitute the starting point for more detailed regulations, for example in the field of civil or administrative law.

Keywords: state security, human rights, COVID-19, states of emergency

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.30

Dorota Wilkowska-Kołakowska

Politechnika Warszawska
ORCID: 0000-0002-5159-8255

UDZIAŁ ORGANIZACJI ZAWODOWYCH W KONTROLI NAD NALEŻYTYM WYKONYWANIEM ZAWODÓW ZWIĄZANYCH Z GOSPODARKĄ NIERUCHOMOŚCIAMI PO DEREGULACJI W POLSCE NA TLE ROZWIĄZAŃ BRYTYJSKICH[1]

Wprowadzenie

Deregulacja zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami, która miała miejsce w 2014 r., otworzyła nowe możliwości współpracy państwa i jego administracji z różnymi rodzajami organizacji zawodowych, które przejęły od państwa całkowicie lub częściowo zadanie kontroli nad należytym wykonywaniem zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami. Celem artykułu jest przedstawienie wyników badań dotyczących prawnych podstaw działania i kompetencji organizacji zawodowych o charakterze publicznoprawnym (samorządów zawodowych) i prywatnoprawnym (stowarzyszeń) oraz ich wpływu na wykonywanie tych zawodów. Jako tło rozważań mających prowadzić do wykazania zwiększającego się po deregulacji wpływu polskich organizacji zawodowych na prawidłowe wykonywanie zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami posłużą ze względu na ich sięgającą nieraz XVIII w. tradycję i historię organizacje zrzeszające profesjonalistów w zakresie nieruchomości funkcjonujące w Wielkiej Brytanii. Te cieszące się dużym prestiżem i szacunkiem społecznym organizacje w drodze tworzenia wewnętrznych regulacji dążą do jak najpełniejszego zabezpieczenia interesów klienta. Przedmiotem artykułu jest analiza prawnoporównawcza podstaw prawnych działania i kompetencji takich organizacji w Polsce i Wielkiej Brytanii, której głównym celem jest zweryfikowanie tezy, że organizacje zawodowe działające w formie samorządów zawodowych lub stowarzyszeń są podmiotami, które dzięki odpowiedniemu ukształtowaniu przepisów prawnych i regulacji wewnętrznych wykonują efektywną kontrolę dostępu i wykonywania zawodów związanych z nieruchomościami.

[1] Badania, których wyniki są przedstawione w niniejszym opracowaniu, zostały sfinansowane w ramach grantu przyznanego przez Narodowe Centrum Nauki (nr rejestracyjny 2018/02/X/HS5/01720).

Prawne podstawy działania organizacji w wybranych systemach prawnych – zagadnienia ogólne

Pod pojęciem organizacji społecznej w prawie polskim rozumie sie „trwałe zrzeszenia osób fizycznych, a także prawnych, nie wchodzące w skład szeroko rozumianego aparatu państwowego i nie będące spółkami prawa cywilnego (prywatnego). Istotną cechą organizacji społecznych jest posiadanie przez nie demokratycznej struktury, tzn. takiej, w której najwyższą pozycję zajmuje ogół członków, wszystkie zaś organy są mu bezpośrednio lub pośrednio podporządkowane”[2]. Jednym z kryteriów typologii organizacji społecznych w prawie polskim są podstawy prawne ich działalności. Można wyróżnić tyle rodzajów organizacji społecznych, ile jest odrębnych ustaw dających podstawę dla ich działalności. Innym kryterium jest kwestia podobieństwa statusu prawnego tych organizacji. Według tego kryterium wyróżnia się m.in. sześć rodzajów organizacji: 1) partie polityczne; 2) stowarzyszenia i organizacje do nich podobne; 3) związki zawodowe i społeczno-zawodowe organizacje rolników; 4) organizacje podobne do spółek prywatnych; 5) samorządy; 6) związki wyznaniowe[3].

Na określenie organizacji zrzeszających osoby wykonujące dany zawód powszechnie stosuje się w literaturze polskiej pojęcie *samorząd* lub *stowarzyszenie*. Mogą to być organizacje o tzw. charakterze publicznoprawnym, tj. samorządy zawodowe (np. samorząd architektów i inżynierów budownictwa), oraz prywatnoprawnym, tj. stowarzyszenia (np. Polska Federacja Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych). Niezależnie jednak od tego podziału, jak podkreślają J. Stelmasiak i M. Zdyb, podstawowym składnikiem każdej organizacji są ludzie. Ludzi jako uczestników organizacji należy traktować jako określone zindywidualizowane podmioty społeczne, pomiędzy którymi zachodzą określone więzi będące elementem spójności i łączności organizacyjnej. Z punktu widzenia charakteru stosunków społecznych u podstaw więzi organizacji można wyodrębnić różne ich typy i rodzaje. Należą do nich więzi normatywne, faktyczne oraz niezinstytucjonalizowane, w tym właśnie więzi zawodowe. U podstaw więzi zawodowych leży wspólnota zawodowa. Wyodrębnienie się pewnych profesji łączy się z powstaniem typowych dla danego zawodu obyczajów, zwyczajów, pragmatyk, które stwarzają poczucie wzajemnej łączności i solidarności zawodowej[4].

W doktrynie prawa administracyjnego definiuje się samorząd jako formę organizacji wyodrębnionej grupy społecznej, dzięki której może ona decydować w granicach prawa o istotnych dla niej sprawach, działając bezpośrednio lub za pośrednictwem demokratycznie wybranego i funkcjonującego przedstawicielstwa.

---

[2] E. Smoktunowicz, *Pojęcie organizacji społecznych*, „Acta Universitatis Wratislavensis” 1990, no 1022, Prawo CLXVIII, s. 281 i n.

[3] E. Smoktunowicz, *Prawo zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 1992, s. 18–19.

[4] J. Stelmasiak, M. Zdyb, *Organizacja i zarządzanie w perspektywie strukturalnych przemian*, Lublin 1991, s. 98–99, 111.

Do podstawowych cech samorządu należą: dostępność członkostwa dla zainteresowanych, demokracja i samodzielność[5]. W prawie polskim funkcjonuje też pojęcie korporacji, która definiowana jest jako „zrzeszenie osób mające na celu realizację określonych wspólnych zadań, uznane przez prawo za osobę prawną. Powstaje z inicjatywy osób (założycieli) i działa na podstawie statutu"[6].

W polskiej doktrynie prawa administracyjnego można wyróżnić kilka rodzajów samorządów. Podstawowym kryterium jest rodzaj więzi łączących określoną grupę społeczną. Na tej podstawie wyróżnia się samorząd terytorialny (wspólne zamieszkiwanie na danym terenie), samorząd zawodowy (wspólność interesów zawodowych), samorząd gospodarczy (wspólność interesów gospodarczych) i inne, np. szkolny, studencki (wspólność zainteresowań wynikła z potrzeby zbiorowego zaspokajania innych potrzeb). Innym kryterium wyróżniającym jest wyodrębnienie samorządów utworzonych z mocy prawa, do których przynależność jest obowiązkowa (np. terytorialny, zawodowy), oraz tworzonych przez zainteresowanych na zasadach dobrowolności (samorząd gospodarczy). Według jeszcze innego podziału wyróżnia się zrzeszenia, do których przynależność jest całkowicie niezależna od woli obywatela (samorząd terytorialny), związki względnie przymusowe, gdy wykonywanie pewnych funkcji lub zajęć jest warunkiem przynależności do zrzeszenia (samorząd zawodowy, gospodarczy), czy też zrzeszenia dobrowolne, do których przynależność zależy od woli obywatela[7].

W obecnym stanie prawnym w Polsce podstawę dla powstania i działania samorządu stanowią przepisy Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.[8] Artykuł 58 Konstytucji RP zapewnia każdemu wolność zrzeszania się. Artykuł 12 Konstytucji RP gwarantuje wolność tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji. Zagadnienia dotyczące samorządu rozwijają inne przepisy Konstytucji RP. Na przykład art. 16 stanowi, że „ogół mieszkańców jednostek zasadniczego podziału terytorialnego stanowi z mocy prawa wspólnotę samorządową". Artykuł 17 daje podstawę dla funkcjonowania samorządu zawodowego, wyraźnie bowiem wskazuje, że „w drodze ustawy można tworzyć samorządy zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należytym wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony (art. 17 ust. 1); w drodze ustawy można tworzyć również inne rodzaje samorządu" (art. 17 ust. 2 zd. 1).

Jak wyżej stwierdzono, organizacje zawodowe mogą też mieć formę stowarzyszeń. Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach[9] „stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach

[5] J. Szreniawski, *Prawo administracyjne – część ogólna*, Lublin 1994, s. 140–141.

[6] https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/korporacja;3925941.html (20.05.2021).

[7] J. Szreniawski, *Prawo administracyjne*…, s. 140–141.

[8] Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

[9] Dz.U. 2020, poz. 2261.

niezarobkowych, które samodzielnie określa swoje cele, programy działania i struktury organizacyjne oraz uchwala akty wewnętrzne dotyczące jego działalności".

Przedstawione powyżej teorie polskiej doktryny nawiązują do niemieckiej teorii organizacji. Niemiecka doktryna administracyjna określa organizacje jako podmioty prawne. R. Stober dzieli organizacje na osoby prawa prywatnego i osoby prawa publicznego. Za osoby prawne prawa prywatnego uważa się posiadające zdolność prawną związki osób fizycznych lub osób prawnych (zwane stowarzyszeniami) lub organizacje zarządzające określonym majątkiem (zwane fundacjami). Osobami prawnymi prawa publicznego są zrzeszenia osób fizycznych lub osób prawnych, a także fundacje, których substratami mogą być podmioty publiczne (naród, gmina) i prywatne. Ich funkcjonowanie jest jednak uwarunkowane nieposiadaniem podmiotowości prywatnoprawnej, lecz szczególnym rodzajem instrumentu państwowego (np. ustawy), dzięki któremu stają się one częścią administracji pośredniej, jaką zgodnie z doktryną niemiecką jest samorząd[10]. Z drugiej jednak strony, jak podkreśla E. Schmidt-Assmann, organizacyjne prawo administracyjne nie może dotyczyć wyłącznie podmiotów o charakterze publicznoprawnym, bowiem powinno ono także obejmować inne rodzaje współdziałania wewnątrz sfery społecznej, które autor nazywa „organizacjami pośrednimi"[11]. Wśród takich organizacji wyróżnia np. organizacje współpracy państwowo-społecznej, gdy podmioty prywatne wykonują zadania publiczne w formie funkcji zleconych; formy funkcjonalne samorządu, do których zalicza się izby zawodowe, izby gospodarcze, samorząd rzemiosła; organizacje naukowo-techniczne oraz publiczne i mieszane przedsiębiorstwa gospodarcze mające istotne znaczenie zwłaszcza w obliczu wspólnego rynku Unii Europejskiej i globalizacji gospodarki[12]. W doktrynie niemieckiej rosnące znaczenie organizacji niepublicznych określane jest jako „neokorporacjonizm", który jest często krytykowany za stwarzanie zagrożeń dla jedności państwa i otwieranie przestrzeni do silnej gry partykularnych interesów[13].

Według brytyjskiego prawa konstytucyjnego instytucje i organizacje publiczne nie są stowarzyszeniami w rozumieniu art. 11 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[14], zatem artykułu tego nie naruszają przepisy wymagające obowiązkowego członkostwa w organizacji zawodowej, jeżeli w świetle stosownych kryteriów prawnych jest ono instytucją publiczną[15].

W brytyjskim prawie administracyjnym Koronie przysługuje prerogatywa nadawania osobowości prawnej w formie przywileju królewskiego (*royal charter*), np.

---

[10] R. Stober, W. Kluth, S. Korte, S. Eisenmenger, H.J. Wolff, O. Bachof, *Verwaltungsrecht I*, München 2007, s. 378.

[11] E. Schmidt-Assmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011, s. 321–346.

[12] *Ibidem*, s. 308–309.

[13] *Ibidem*, s. 337.

[14] Na mocy ustawy o prawach człowieka z 1998 r. główne postanowienia konwencji stosuje się bezpośrednio na gruncie brytyjskiego systemu prawnego.

[15] A. Caroll, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited 2015, s. 458.

uniwersytetom, innym uczelniom wyższym, stowarzyszeniom zawodowym itp. W literaturze z zakresu brytyjskiego prawa administracyjnego podkreśla się, że ogromna większość organizacji (spółek handlowych, agend rządowych, instytucji typu rad powiatowych, dzielnicowych, parafialnych) powstała na mocy ustawy. Z tego zaś wynika różnica w zakresie ich uprawnień. Podmiot ustawowy może czynić tylko to, do czego jest bezpośrednio lub pośrednio uprawniony przez tworzącą go ustawę, natomiast podmioty utworzone drogą przywileju królewskiego mogą czynić wszystko to, co wolno czynić każdemu człowiekowi. Prawo pozwala Koronie tworzyć jedynie podmioty posiadające pełną osobowość prawną łącznie z pełnym prawem posiadania własności, zawierania umów itd. Podmioty takie mogą być mocą przywileju królewskiego uprawnione do tworzenia statutów lub regulaminów, których nieprzestrzeganie jest zagrożone karą grzywny, o ile wprowadzenie tych regulacji jest uzasadnione[16]. Według brytyjskiej doktryny prawa konstytucyjnego kompetencja tworzenia statutów i regulaminów przez organizacje utworzone na mocy przywileju królewskiego nadana została przez ustawę z 1972 r. Przed wejściem w życie przepisy tych statutów i regulaminów muszą zostać zatwierdzone przez Sekretarza Stanu. Wówczas regulacje te zaczynają obowiązywać na danym terenie wszystkie osoby i organizacje, których dotyczą[17]. Powstałe w ten sposób przepisy (np. kodeksy etyki zawodowej, wytyczne tworzone przez stowarzyszenia zawodowe) stanowią element tzw. ustawodawstwa delegowanego[18].

Zadania organizacji zawodowych w zakresie kontroli nad prawidłowym wykonywaniem zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami w Polsce i w Wielkiej Brytanii – analiza prawnoporównawcza

Na potrzeby niniejszego artykułu badania zostały ograniczone do analizy roli najważniejszych organizacji zawodowych architektów, inżynierów budownictwa, geodetów, rzeczoznawców majątkowych, pośredników i zarządców nieruchomości w Wielkiej Brytanii i w Polsce.

W Wielkiej Brytanii osoby wykonujące zawody związane z nieruchomościami reprezentowane są przez bardzo dużą liczbę organizacji zawodowych (*recognized professional bodies*) i stowarzyszeń. Jednak największe i najbardziej wpływowe organizacje, mające nie tylko europejski, ale i światowy zasięg, działają na podstawie

[16] H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford 2014, s. 181–182.

[17] N. Parpworth, *Contitutional and Administrative Law*, Oxford 2018, s. 184.

[18] W brytyjskiej doktrynie prawa administracyjnego i konstytucyjnego zwraca się uwagę na pewien rodzaj niekonsekwencji spowodowanej tym, że nie wszystkie akty prawne wydawane przez organizacje utworzone na mocy przywileju królewskiego (*royal charter*) powodują skutki prawne i tylko część z nich wymaga zatwierdzenia przez parlament. Szerzej o tym: H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, s. 733.

nadanych im przywilejów królewskich, o których była mowa powyżej, nieraz od końca XVIII w. Te samorządne i samofinansujące się organizacje odpowiadają za wszystkie sprawy związane z dostępem do danego zawodu i jego wykonywaniem, podczas gdy fakt posiadania przywileju królewskiego podkreśla ich odpowiedzialność wobec społeczeństwa. Nie są one tylko klubami dla swoich członków, gdyż działają dla dobra publicznego. Posiadany przywilej królewski wymaga też, aby organizacje te promowały przydatność reprezentowanych zawodów dla rozwoju społeczeństwa brytyjskiego i społeczeństw w innych częściach świata. Jak podkreśla L.V. Carino, organizacje te mają zarazem prywatny i publiczny charakter. Publiczny, bo powstały na gruncie postanowień prawa, podstawą ich funkcjonowania jest obywatelskie prawo do wolności zrzeszania się. Są także publiczne w skutkach swego działania, ponieważ ich działalność ma na celu ochronę interesu publicznego oraz osiąganie korzyści społecznych[19].

Do najstarszych i największych organizacji regulujących m.in. zawody związane z nieruchomościami należą: Królewski Instytut Architektów Brytyjskich (The Royal Institute of British Architects – RIBA), Koncesjonowany Instytut Budownictwa (The Chartered Institute of Building – CIOB), Królewski Instytut Rzeczoznawców Dyplomowanych (The Royal Institution of Chartered Surveyors – RICS), Koncesjonowany Instytut Technologii Architektonicznych (The Chartered Institute of Architectural Technologies – CIAT), Królewska Korporacja Architektów w Szkocji (The Royal Incorporation of Architects in Scotland – RIAS) i Koncesjonowane Stowarzyszenie Inżynierów Budownictwa (The Chartered Association of Building Engineers – ABE).

Królewski Instytut Architektów Brytyjskich (RIBA) powstał w 1834 r., otrzymując przywilej królewski z rąk Tajnej Rady Królewskiej w 1837 r., za panowania króla Wilhelma IV. Przywileje uzupełniające zostały przyznane Instytutowi w 1887, 1909 i 1925 r., a następnie anulowane i zastąpione jednym przywilejem w 1971 r. Ta organizacja zawodowa liczy obecnie 40 tys. członków[20].

Zgodnie z art. 2 przywileju królewskiego dla RIBA cele Instytutu obejmują rozwijanie architektury i promowanie zdobywania związanej z nią wiedzy interdyscyplinarnej. Królewski Instytut ma prawo przyznawania dyplomów, zaświadczeń i innych form uznania. Ma prawo otrzymywać darowizny, zapisy testamentowe i nadania, stypendia i granty naukowe służące ogólnym lub szczegółowym celom lub zadaniom związanym z Królewskim Instytutem lub wszystkim innym pożytecznym celom związanym z architekturą[21].

---

[19] L.V. Cariño, *Private Action for Public Good? The Public Role of Voluntary Sector Organizations*, „Public Organization Review" 2001, no. 1, s. 70.

[20] https://www.architecture.com/about/history-charter-and-byelaws (20.05.2021).

[21] https://www.architecture.com/-/media/files/governance/history-charter-and-byelaws/charter--byelaws-2017.pdf (22.05.2021). Architekci są jedyną grupą wśród brytyjskich zawodów związanych z nieruchomościami, której członkowie podlegają obowiązkowej rejestracji. Rejestracji dokonuje i tytuł architekta przyznaje Rada ds. Rejestracji Architektów (The Architects Registration Board – ARB). ARB jest niezależnym organem publicznym utworzonym przez parlament w 1997 r. na podstawie

Koncesjonowany Instytut Budownictwa (CIOB) działa od 1834 r. i jest największą i najbardziej wpływową na świecie organizacją zawodową skupiającą inżynierów budownictwa. Uzyskał przywilej królewski w 1980 r.[22] Zgodnie z art. 3 przywileju królewskiego dla CIOB jego celem jest promowanie dla dobra publicznego wiedzy i praktyki w zakresie budownictwa, rozwijanie publicznej edukacji w tym zakresie, włączając w to prowadzenie niezbędnych prac badawczych i publikację ich wyników[23].

Królewski Instytut Rzeczoznawców Dyplomowanych (RICS) to ciesząca się światowym uznaniem organizacja zawodowa. Promuje ona i wprowadza najwyższe standardy zawodowe w sferze planowania i zagospodarowania przestrzennego, gospodarki nieruchomościami, zarządzania nieruchomościami, budownictwa oraz infrastruktury. Skupia obecnie ponad 134 tys. wysoko wykwalifikowanych rzeczoznawców[24]. Klub Rzeczoznawców (Surveyors Club) powstał już w 1792 r., jednak za początki obecnej organizacji uważa się moment, kiedy 20 rzeczoznawców spotkało się w hotelu Westminster Palace. Grupa ta, która w 1868 r. liczyła już 49 członków, 15 czerwca 1868 r. spotkała się ponownie w tym samym hotelu celem przyjęcia uchwał i wyboru swojej pierwszej Rady Zarządzającej[25].

Według art. 3 przywileju królewskiego nadanego RICS jego cele obejmują zapewnianie rozwoju i ułatwianie zdobywania wiedzy dotyczącej zawodu rzeczoznawcy w zakresie zasad sztuki, nauki i praktyki w takich specjalizacjach, jak m.in. rzeczoznawca budowlany, rzeczoznawca zarządzający projektem, inspektor ilościowy, inspektor nadzoru budowlanego, rzeczoznawca infrastruktury, rzeczoznawca ds. wyceny, rzeczoznawca ds. doradztwa w zakresie zarządzania, zarządca nieruchomości, rzeczoznawca ds. geomatyki, inspektor ochrony środowiska, rzeczoznawca ds. minerałów i odpadów, rzeczoznawca gruntów rolnych oraz rzeczoznawca ds. planowania i zagospodarowania przestrzennego[26].

Przywileje królewskie nadają stowarzyszeniom zawodowym prawo do:
- ustanawiania i utrwalania standardów zawodowych i kodeksów etyki zawodowej,
- promowania, prowadzenia i wspierania badań naukowych i praktyki w zakresie działalności zawodowej oraz publikowania wyników takich badań,
- organizowania konferencji, spotkań, seminariów i debat oraz promowania badań zmierzających do tworzenia standardów nauczania, szkolenia, doświadczenia i praktyk w danej dziedzinie,

---

ustawy Architects Act (1997) w celu nadzorowania zawodu architekta w Zjednoczonym Królestwie. http://www.arb.org.uk/about-arb/ (22.05.2021).

[22] https://www.ciob.org/about (25.05.2021).

[23] https://uat-olaersy-obn5vwqw2ewzg.uk-1.platformsh.site/sites/default/files/2021-05/Royal%20Charter%20%26%20Bye-Laws.pdf (25.05.2021).

[24] https://www.rics.org/uk/about-rics/?link=useful-links (25.05.2021).

[25] *Ibidem*.

[26] https://www.rics.org/uk/surveying-profession/what-is-surveying/what-surveyors-do/ (24.05.2021).

– prowadzenia egzaminów i testów sprawdzających wiedzę i doświadczenie zawodowe oraz przyznawania zaświadczeń i dyplomów osobom, które pomyślnie przeszły takie egzaminy i testy, a także do wykonywania tych uprawnień samodzielnie lub we współpracy z dowolnym ministerstwem lub inną agendą edukacyjną lub zawodową,
– prowadzenia kursów szkoleniowych, staży, przyznawania stypendiów, nagród i wyróżnień,
– utrzymywania kontaktów oraz współpracy z władzami, stowarzyszeniami, towarzystwami, instytucjami na poziomie krajowym i międzynarodowym w celu promowania wiedzy i praktyki dotyczącej wykonywania danego zawodu,
– zarządzania sprawami i majątkiem organizacji działającej w formie instytutu/stowarzyszenia/korporacji w każdym zakresie i bez żadnych ograniczeń w taki sposób, jak czyniłaby to osoba prywatna w stosunku do swoich własnych spraw i majątku[27].

Ponadto przywilej królewski reguluje takie sprawy, jak m.in. majątek organizacji zawodowej, członkostwo w organizacji zawodowej, zebrania członków, radę organizacji zawodowej, a także nadaje jej prawo tworzenia statutów i regulaminów. Statuty i regulaminy wymagają ratyfikacji przez rząd brytyjski za pośrednictwem Tajnej Rady, nawet gdy wcześniej zostały zatwierdzone większością głosów na walnym zgromadzeniu.

Statuty i regulaminy określają m.in.:
– zasady członkostwa i rejestracji,
– prawa i obowiązki członków,
– nominacje,
– składki, subskrypcje i inne opłaty,
– zasady wykonywania zawodu i dyscyplinę zawodową[28],
– strukturę organizacyjną: skład i zadania rady zarządzającej, władze stowarzyszenia (organizacji zawodowej), pracowników, ich uprawnienia i obowiązki oraz procedurę walnych zgromadzeń, posiedzeń i zarządów komisji.

W oparciu o statuty i regulaminy organizacje zawodowe ustalają również zasady i przepisy dotyczące kompetencji zawodowej, zasad postępowania, kryteriów członkostwa i przepisów dyscyplinarnych[29].

W Wielkiej Brytanii istnieją też stowarzyszenia osób wykonujących zawody związane z nieruchomościami, które nie zostały ustanowione mocą przywileju

[27] Szerzej: https://www.ciob.org/sites/default/files/Royal%20Charter%20%26%20Bye-Laws_0.pdf (20.05.2021).

[28] Por. np. art. 4.1. statutu RIBA, który stanowi, że każdy członek dyplomowany, stowarzyszony lub stażysta, który: (a) narusza swoją deklarację członkostwa lub (b) w ramach wykonywania zawodu zachowuje się w sposób uznany za niedopuszczalny u osoby wykonującej zawód, lub (c) narusza Kodeks Postępowania Zawodowego Królewskiego Instytutu, podlega karze nagany, zawieszenia lub wydalenia.

[29] Por. np. https://www.ciob.org/about/governance/royal-charter; https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/about/rics-royal-charter-bye-laws.pdf (24.05.2021).

królewskiego. Do tych organizacji należą np. Stowarzyszenie Architektów Konsultantów (The Association of Consultant Architects – ACA), Stowarzyszenie Specjalistów-Wykonawców Stabilizowania i Wzmacniania Konstrukcji (The Association of Specialist Underpinning Contractors – ASUC), Federacja Mistrzów Budownictwa (The Federation of Master Builders – FMB), Cech Budowniczych i Wykonawców (The Guild of Builders and Contractors), Federacja Budowniczych Domów (The House Builders Federation – HBF), Krajowa Federacja Budowniczych (The National Federation of Builders – NFB), Niezależne Stowarzyszenie Geodetów i Rzeczoznawców Majątkowych (The Independent Surveyors and Valuers Association – ISVA), Krajowe Stowarzyszenie Agentów Nieruchomości (The National Association of Estate Agents – NAEA) oraz Instytut Oceny i Wyceny Przychodów (The Institute of Revenues Rating and Valuation – IRRV).

Tego rodzaju organizacje zwykle reprezentują mniejsze grupy fachowców. Na przykład Niezależne Stowarzyszenie Geodetów i Rzeczoznawców Majątkowych (ISVA), którego właścicielem nie jest żadna instytucja finansowa ani handlowa, może udzielać całkowicie niezależnych porad klientom[30]. Stowarzyszenie Architektów Konsultantów (ACA) jest krajową organizacją zawodową architektów wykonujących praktykę prywatną architekta konsultanta w Wielkiej Brytanii. Jego członkami mogą być architekci zarejestrowani i działający na własny rachunek jednoosobowo lub w spółce[31].

Stowarzyszenia tego rodzaju tworzą własne deklaracje lub statuty określające ich cele. W większości przypadków cele takie obejmują: zapewnianie doskonałej jakości usług i wspieranie praktyk na rzecz wdrażania wysokich standardów, a także wspieranie członków organizacji poprzez dostarczanie im informacji i danych kontaktowych pomocnych w takich zagadnieniach praktycznych, jak ubezpieczenie z tytułu prowadzenia działalności zawodowej, bezpieczeństwo i higiena pracy, kwestie prawne i obowiązki w zakresie ochrony środowiska[32]. Niektóre organizacje przyjęły też własne kodeksy postępowania, np. Kodeks Postępowania Członków Federacji Mistrzów Budownictwa FMB. Określa on sposób, w jaki członkowie FMB powinni postępować w stosunku do swoich klientów[33]. W odróżnieniu od organizacji zawodowych utworzonych na podstawie przywileju królewskiego, te organizacje nie dysponują prawem nakładania kar dyscyplinarnych na swoich członków.

W Polsce osoby wykonujące zawody związane z gospodarką nieruchomościami reprezentowane są przez samorządy zawodowe (architekci i inżynierowie budownictwa) i stowarzyszenia (rzeczoznawcy majątkowi, geodeci, zarządcy i pośrednicy w obrocie nieruchomościami).

Polski model samorządu zawodowego przyznaje samorządom zawodowym jako organizacjom o publicznoprawnym charakterze bardzo szerokie kompetencje

[30] https://isva.org.uk (25.05.2021).
[31] http://acarchitects.co.uk/about/ (25.05.2021).
[32] http://acarchitects.co.uk/mission-statement/ (25.05.2021).
[33] https://www.fmb.org.uk/join-the-fmb/membership-critieria/ (25.05.2021).

władcze. W literaturze zgodnie przyjmuje się, że władztwem samorządu objęte są następujące zadania[34]:

1. Tworzenie norm samorządowych o walorach aktów normatywnych, dotyczących zasad wykonywania zawodu i etyki zawodowej w formach kodeksów, statutów czy wytycznych wraz z określeniem sankcji za ich nieprzestrzeganie ze skreśleniem z listy podmiotów wykonujących dany zawód włącznie.
2. Pociąganie do odpowiedzialności dyscyplinarnej, w tym stosowanie tzw. sankcji typu karnego dotyczących nabytych praw jednostki (np. zawieszenie lub utrata prawa do wykonywania zawodu) lub kar pieniężnych.
3. Wydawanie decyzji administracyjnych w rozumieniu k.p.a. Walory takich decyzji mają uchwały właściwych organów o wpisie na listę osób wykonujących dany zawód czy o pozbawieniu prawa do wykonywania zawodu.
4. Kompetencje związane z ochroną interesów członków danego samorządu, np. negocjowanie warunków pracy i płac, prowadzenie instytucji samopomocowych, współdziałanie z odpowiednimi organami administracji publicznej, opiniowanie i występowanie z inicjatywami dotyczącymi wydania i zmiany aktów normatywnych dotyczących danego zawodu, prowadzenie szkoleń i aplikacji, przeprowadzanie egzaminów.

Wszystkie wymienione wyżej kompetencje umożliwiające pełną kontrolę nad dostępem do zawodu i jego wykonywaniem posiada samorząd zawodowy architektów i inżynierów budownictwa powołany ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa[35]. Zgodnie z art. 8 tej ustawy „do zadań samorządów zawodowych należy w szczególności: sprawowanie nadzoru nad należytym i sumiennym wykonywaniem zawodu przez członków izb; reprezentowanie i ochrona interesów zawodowych swoich członków; ustalanie zasad etyki zawodowej i nadzór nad jej przestrzeganiem; nadawanie i pozbawianie uprawnień budowlanych, uznawanie kwalifikacji zawodowych oraz nadawanie i pozbawianie tytułu rzeczoznawcy budowlanego; współdziałanie z organami administracji rządowej i organami samorządu terytorialnego oraz z innymi samorządami zawodowymi i stowarzyszeniami zawodowymi; współdziałanie w doskonaleniu kwalifikacji zawodowych architektów lub inżynierów budownictwa; zarządzanie majątkiem i działalnością gospodarczą samorządu zawodowego; prowadzenie postępowań w zakresie odpowiedzialności zawodowej i dyscyplinarnej członków samorządów zawodowych; opiniowanie projektów aktów normatywnych dotyczących architektury lub budownictwa; organizowanie i prowadzenie instytucji samopomocowych oraz innych form pomocy materialnej członkom samorządów zawodowych; prowadzenie list członków samorządów zawodowych".

Pozostałe zawody, których dotyczy niniejsze opracowanie, związane z nieruchomościami, są albo całkowicie poddane kontroli państwa, które za pośrednictwem

[34] Z. Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004, s. 218–219.

[35] Dz.U. 2019, poz. 1117.

swoich organów (właściwy minister lub organ centralny) nadaje uprawnienia zawodowe, albo prowadzi sądownictwo dyscyplinarne (geodeci i rzeczoznawcy majątkowi) albo całkowicie zderegulowane i objęte jedynie nieobligatoryjną kontrolą stowarzyszeń (pośrednicy i zarządcy nieruchomości).

Wobec powyższego należy stwierdzić, że istniejące w Polsce stowarzyszenia zrzeszające geodetów i rzeczoznawców majątkowych pełnią jedynie rolę pomocniczą. Na przykład Stowarzyszenie Geodetów Polskich (SGP) jest dobrowolnym, samorządnym, pozarządowym zrzeszeniem o charakterze naukowo-technicznym i zawodowym. Jak stanowi § 9 i 10 statutu SGP, celem organizacji jest podnoszenie poziomu wiedzy, kultury technicznej i kwalifikacji oraz kształtowanie właściwego poziomu etyki zawodowej członków Stowarzyszenia. Cel ten jest realizowany poprzez organizowanie zebrań, zjazdów, narad, konferencji naukowo-technicznych, sympozjów, konkursów, wystaw, pokazów, wycieczek naukowo-technicznych i integrację zawodową członków oraz prowadzenie działalności szkoleniowej. Do zadań SGP należy także tworzenie norm etycznych w Kodeksie Etyki Zawodowej[36]. Podobnie zgodnie z art. 6 i 7 statutu Geodezyjnej Izby Gospodarczej do zadań Izby należy reprezentowanie i ochrona interesów członków Izby wobec organów państwa, organizacji krajowych i zagranicznych, doskonalenie i dokształcanie zawodowe kadr pracowniczych członków Izby, co jest realizowane przez prowadzenie doradztwa dla członków Izby oraz organizowanie szkoleń dotyczących zagadnień ekonomicznych, organizacyjnych, technicznych i prawnych w zakresie związanym z działalnością gospodarczą członków Izby, w tym także podnoszenia kwalifikacji zawodowych[37].

Najważniejszą organizacją zrzeszającą rzeczoznawców majątkowych jest Polska Federacja Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych (PFSRM). Do szczegółowych jej celów Federacji: „działanie na rzecz rozwoju i promocji zawodu rzeczoznawcy majątkowego, wypracowywanie zasad współdziałania i form integracji środowiska rzeczoznawców majątkowych, tworzenie warunków do uzyskiwania przez rzeczoznawców majątkowych certyfikatów, zgodnie z kryteriami międzynarodowymi i krajowymi, ochrona praw zawodowych i podnoszenie rangi zawodu rzeczoznawcy majątkowego, doskonalenie systemu kształcenia i podnoszenia kwalifikacji zawodowych rzeczoznawców majątkowych, podejmowanie działań dotyczących formułowania i kształtowania zasad etyki zawodowej rzeczoznawców majątkowych oraz kontroli ich przestrzegania, reprezentowanie stowarzyszeń wobec organów oraz instytucji centralnych i na forum międzynarodowym organizowanie postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na rzeczoznawców majątkowych, jeżeli wynika to z odpowiednich porozumień oraz wydawanie standardów zawodowych (od 2012 r. Powszechnych Krajowych Zasad Wyceny[38]), które są zalecane

[36] https://www.sgp.geodezja.org.pl/o-nas/dokumenty (26.05.2021).

[37] http://gig.org.pl/?mod=onas&id=7058 (26.05.2021).

[38] PFSRM jest organizacją o charakterze prywatnoprawnym, toteż wydane przez nią standardy zawodowe (tzw. Powszechne Krajowe Zasady Wyceny) obowiązują tylko członków organizacji. Dlatego też ustawodawca poprzez nowelizację ustawy o gospodarce nieruchomościami w 2017 r.

rzeczoznawcom majątkowym zrzeszonym w sfederowanych stowarzyszeniach do stosowania jako zasady dobrej praktyki zawodowej i dorobek środowiska"[39].

Polska Federacja Rynku Nieruchomości (PFRN) jest dobrowolnym związkiem samorządnych organizacji posiadających osobowość prawną, zrzeszającym 17 regionalnych stowarzyszeń pośredników oraz zarządców nieruchomości. Podobnie jak w przypadku pozostałych organizacji zrzeszających specjalistów w zakresie nieruchomości, do najważniejszych celów jej działalności należą: ochrona praw zawodowych, podnoszenie rangi i rozwój zawodów zajmujących się profesjonalną obsługą rynku nieruchomości; tworzenie warunków dla powstania samorządów zawodowych na rynku nieruchomości; doskonalenie systemu kształcenia i podnoszenia kwalifikacji zawodowych specjalistów rynku nieruchomości poprzez system kursów specjalistycznych, zaawansowane szkolenia teoretyczne i praktyczne z zakresu rynku nieruchomości, przyznawanie profesjonalnych certyfikatów i dyplomów oraz organizowanie konferencji, zjazdów, seminariów i szkoleń; prowadzenie badań nad rynkiem nieruchomości; współpraca z zagranicznymi organizacjami zawodowymi, formułowanie i wdrażanie zasad etyki zawodowej; dostarczanie członkom PFRN bieżącej informacji dotyczącej rynku nieruchomości; podjęcie działań umożliwiających grupowe ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej specjalistów rynku nieruchomości; podjęcie działań związanych z wdrożeniem grupowego Systemu Zarządzania Jakością według ISO 9001[40].

Podsumowanie i wnioski

Jak wynika z badań zaprezentowanych w niniejszym artykule, organizacje zawodowe zrzeszające osoby wykonujące zawody związane z gospodarką nieruchomościami odgrywają istotna rolę w czuwaniu nad prawidłowym wykonywaniem tych zawodów. Jako tło rozważań mających prowadzić do wykazania zwiększającego się po deregulacji wpływu polskich organizacji zawodowych na prawidłowe wykonywanie zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami posłużyły ze względu na ich sięgającą nieraz XVIII w. tradycję i historię organizacje zrzeszające profesjonalistów w zakresie nieruchomości funkcjonujące w Wielkiej Brytanii. Te cieszące się dużym prestiżem i szacunkiem społecznym organizacje w zależności od regulacji prawnej mogą mieć charakter publicznoprawny (np. ARB) lub prywatnoprawny (np. RICS), chociaż w doktrynie prawa brytyjskiego podkreśla się, że „nieuchwytna i niepewna linia podziału między tym, co publiczne, a tym, co

wprowadził w art. 175 ust. 6 zasadę, że standard zawodowy, który obowiązywać będzie wszystkich rzeczoznawców majątkowych, musi zostać ustalony w uzgodnieniu z odpowiednim ministrem i podlega ogłoszeniu przez tego ministra.

[39] https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/8-o-pfsrm; https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/13-standardy (26.05.2021).

[40] https://pfrn.pl/page/45 (26.05.2021).

prywatne, raczej nie ma w tym przypadku wielkiego znaczenia"[41], ważniejszy jest bowiem zakres kompetencji tych organizacji. W literaturze wskazuje się, że główną funkcją wielu organizacji zawodowych w Zjednoczonym Królestwie i poza nim jest nadawanie kandydatom do zawodu statusu posiadacza pełnych kwalifikacji w zawodach reprezentowanych przez te organizacje. Większość organizacji zawodowych stosuje dwa rodzaje warunków przystępowania: wymóg akademicki lub szkoleniowy oraz wymóg minimalnego stażu pracy w zawodzie[42].

Oprócz realizacji zadań określonych w ustawach, przywilejach królewskich, statutach i regulaminach organizacje zawodowe nieustannie poszukują rozwiązań coraz lepiej chroniących interes klienta. Dla zapewnienia minimalnego poziomu kompetencji specjalistów niektóre brytyjskie organizacje zrzeszające osoby wykonujące zawody związane z nieruchomościami (np. wspomniana wyżej FMB i Krajowe Stowarzyszenie Agentów Nieruchomości OEA – The National Association of Estate Agents), postulują wprowadzenie programu licencjonowania gwarantującego, że osoby działające w tych zawodach posiadają umiejętności i doświadczenie wymagane do realizacji swych zadań. Według FMB „program licencjonowania w brytyjskim przemyśle budowlanym może sprofesjonalizować ten sektor, polepszyć jego wizerunek i jakość całego środowiska"[43].

Również w Polsce organizacje zrzeszające przedstawicieli zawodów zderegulowanych, którzy nie mają od 2014 r. obowiązku uzyskania licencji państwowej nadawanej wcześniej w trybie ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami, wprowadziły wewnętrzny system nadawania licencji Pośrednika w Obrocie Nieruchomościami PFRN oraz Zarządcy Nieruchomości PFRN. Licencjonowanie PFRN ma na celu regulację rynku nieruchomości oraz zapewnienie klientom rzetelnej informacji o świadczących usługi pośrednictwa i zarządzania nieruchomościami. „Uzyskanie licencji PFRN jest dobrowolne dla osób, które posiadają co najmniej średnie wykształcenie, zaakceptują Regulamin nadawania licencji Pośrednika w Obrocie Nieruchomościami i Zarządcy Nieruchomości PFRN oraz przyjmą na siebie obowiązek stosowania Kodeksu Etyki Pośredników w Obrocie Nieruchomościami i Zarządców Nieruchomości"[44].

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że organizacje zawodowe działające w formie samorządów zawodowych lub stowarzyszeń są podmiotami, które dzięki odpowiedniemu ukształtowaniu przepisów prawnych i regulacji wewnętrznych wykonują samodzielnie lub we współpracy z państwem i jego administracją efektywną kontrolę dostępu i wykonywania zawodów związanych z nieruchomościami.

Jak wyżej wykazano, w Polsce wśród organizacji zawodowych zawodów związanych z nieruchomościami pełnię kontroli nad dostępem i wykonywaniem zawodu

[41] C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge 2009, s. 22.

[42] S. Lester, *Routes to qualified status: practices and trends among UK professional bodies*, „Studies in Higher Education" 2009, no. 34(2), s. 223 i 228.

[43] https://licenceukconstruction.co.uk/ (26.05.2021).

[44] https://pfrn.pl/page/1636 (27.05.2021).

ma jedynie samorząd zawodowy architektów i inżynierów budownictwa działający jako organizacja prawa publicznego. Nie jest już tak w przypadku zawodów geodety i rzeczoznawcy majątkowego, które są w zasadzie kontrolowane przez państwo, a stowarzyszenia o charakterze prywatnoprawnym pełnią jedynie rolę pomocniczą. Nie ulega jednak wątpliwości, że skutecznie pomagają administracji w realizacji jej zadań dotyczących kontroli prawidłowego wykonywania zawodu m.in. przez tworzenie standardów zawodowych oraz zasad etyki zawodowej czy też uczestniczenie w postępowaniach kwalifikacyjnych[45] i dyscyplinarnych[46]. Kontrolę nad prawidłowym wykonywaniem zawodu pośrednika i zarządcy skutecznie zwiększają wspomniane stowarzyszenia pośredników i zarządców nieruchomości przez wprowadzenie stowarzyszeniowego systemu licencjonowania osób wykonujących te zawody.

Współdziałanie opisanych organizacji z państwem i jego administracją w zakresie kontroli prawidłowego wykonywania zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami ma tym większe znaczenie w sytuacji, gdy państwo rezygnuje lub ogranicza kontrolę nad wykonywaniem zawodu, bądź w drodze zmiany regulacji prawnych ułatwia dostęp do zawodu. Jak wykazano w niniejszym opracowaniu, pomimo różnorodności reprezentowanych przez siebie zawodów omawiane tu organizacje realizują swoją misję określoną w statutach i regulaminach, w zasadzie dążąc do podobnych celów, do których należy zagwarantowanie odpowiedniej jakości i wysokiego statusu zawodu, a także ochrona jego właściwego wizerunku w kraju i za granicą. Jak to trafnie ujęli J. Alvehus, S. Eklund i G. Kastberg w swoim opracowaniu: „Wyższy stopień zorganizowania nie prowadzi do silniejszej kontroli zawodu, ale do wzrostu kontroli ze strony przedstawicieli zawodu”[47].

Bibliografia

Alvehus J., Eklund S., Kastberg G., *Organizing Professionalism – New Elites, Stratification and Division of Labor*, „Public Organization Review” 2020, no. 20.

Carino L.V., *Private Action for Public Good? The Public Role of Voluntary Sector Organizations*, „Public Organization Review” 2001, no. 1.

Caroll A., *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited 2015.

[45] Zob. ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 2020, poz. 1990; 2021, poz. 11, 234). Art. 191 ust. 4: „W skład Państwowej Komisji Kwalifikacyjnej wchodzą przedstawiciele ministra (3/5 liczby członków) oraz osoby wskazane przez organizacje zawodowe rzeczoznawców majątkowych (2/5 liczby członków)”.

[46] Zob. art. 194 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami: „Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa powołuje i odwołuje, w drodze zarządzenia, Komisję Odpowiedzialności Zawodowej lub jej członków, w tym spośród osób wskazanych przez organizacje zawodowe rzeczoznawców majątkowych”.

[47] J. Alvehus, S. Eklund, G. Kastberg, *Organizing Professionalism – New Elites, Stratification and Division of Labor*, „Public Organization Review” 2020, no. 20, s. 174.

Geodezyjna Izba Gospodarcza, http://gig.org.pl/?mod=onas&id=7058 (26.05.2021).
Harlow C., Rawlings R., *Law and Administration*, Cambridge 2009.
Leoński Z., *Zarys prawa administracyjnego*, Warszawa 2004.
Lester S., *Routes to qualified status: practices and trends among UK professional bodies*, „Studies in Higher Education" 2009, no. 34(2).
Parpworth N., *Constitutional and Administrative Law*, Oxford 2018.
Polska Federacja Rynku Nieruchomości, https://pfrn.pl/page/45, https://pfrn.pl/page/1636 (27.05.2021).
Polska Federacja Stowarzyszeń Rzeczoznawców Majątkowych, https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/8-o-pfsrm, https://pfsrm.pl/aktualnosci/item/13-standardy (26.05.2021).
Schmidt-Assmann E., *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011.
Smoktunowicz E., *Pojęcie organizacji społecznych*, „Acta Universitatis Wratislavensis" 1990, no 1022, Prawo CLXVIII.
Smoktunowicz E., *Prawo zrzeszania się w Polsce*, Warszawa 1992.
Stelmasiak J., Zdyb M., *Organizacja i zarządzanie w perspektywie strukturalnych przemian*, Lublin 1991.
Stober R., Kluth W., Korte S., Eisenmenger S., Wolff H.J., Bachof O., *Verwaltungsrecht I*, München 2007.
Stowarzyszenie Geodetów Polskich, https://www.sgp.geodezja.org.pl/o-nas/dokumenty (26.05.2021).
Szreniawski J., *Prawo administracyjne – część ogólna*, Lublin 1994.
The Architects Registration Board, http://www.arb.org.uk/about-arb/ (22.05.2021).
The Association of Consultant Architects, http://acarchitects.co.uk/about/, http://acarchitects.co.uk/mission-statement/ (25.05.2021).
The Chartered Institute of Building, https://www.ciob.org/about, https://www.architecture.com/-/media/files/governance/history-charter-and-byelaws/charter--byelaws-2017.pdf, https://www.ciob.org/sites/default/files/Royal%20Charter%20%26%20Bye-Laws_0.pdf, https://www.ciob.org/about/governance/royal-charter (25.05.2021).
The Federation of Master Builders Limited (https://www.fmb.org.uk/join-the-fmb/membership-critieria/, https://licenceukconstruction.co.uk (25.05.2021).
The Independent Surveyors and Valuers Association, https://isva.org.uk/ (25.05.2021).
The Royal Institute of British Architects, https://www.architecture.com/about/history-charter-and--byelaws, https://www.architecture.com/-/media/files/governance/history-charter-and-byelaws/charter--byelaws-2017.pdf (20.05.2021).
The Royal Institution of Chartered Surveyors https://www.rics.org/uk/about-rics/?link=useful-links, https://www.rics.org/uk/surveying-profession/what-is-surveying/what-surveyors-do/, https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/about/rics-royal-charter-bye-laws.pdf (24.05.2021).
Wade H.W.R., Forsyth C.F, *Administrative Law*, Oxford 2014.

Streszczenie

Deregulacja zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami, która miała miejsce w 2014 r., otworzyła nowe możliwości współpracy państwa i jego administracji z różnymi rodzajami organizacji zawodowych, które przejęły od niego całkowicie lub częściowo zadanie kontroli nad należytym wykonywaniem zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami. Jako tło rozważań posłużyły ze względu na ich sięgającą nieraz XVIII w. tradycję i historię organizacje zrzeszające profesjonalistów w zakresie nieruchomości funkcjonujące w Wielkiej Brytanii. Celem artykułu jest przedstawienie wyników badań dotyczących prawnych podstaw działania i kompetencji organizacji zawodowych o charakterze publicznoprawnym (samorządów zawodowych) i prywatnoprawnym (stowarzyszeń) i ich wpływu na wykonywanie zawodów związanych z gospodarką nieruchomościami. Zamierzam wykazać, że organizacje zawodowe działające w formie samorządów zawodowych lub stowarzyszeń

są podmiotami, które dzięki odpowiedniemu ukształtowaniu przepisów prawnych i regulacji wewnętrznych wykonują efektywną kontrolę dostępu i wykonywania zawodów związanych z nieruchomościami.

Słowa kluczowe: zawody związane z gospodarką nieruchomościami, organizacje zawodowe, stowarzyszenia, regulacje

THE PARTICIPATION OF PROFESSIONAL ORGANIZATIONS IN THE CONTROL OF THE PROPER EXERCISE OF REAL ESTATE PROFESSIONS AFTER DEREGULATION IN POLAND IN COMPARISON WITH BRITISH SOLUTIONS

Summary

The deregulation of the real estate professions that took place in 2014 opened up new opportunities for the state and its administration to cooperate with various types of professional organizations that have taken over from the state, either fully or partially, the task of controlling the proper practice of the real estate professions. Due to their tradition and history, which sometimes dates back to the 18th century, professional organizations operating in the area of real estate and property in Great Britain will be used as basis for my considerations. The aim of this article is to present the results of a study examining the legal bases for the functioning and competencies of professional organizations of a public nature (professional organizations), as well as those of a private nature (associations) vis-à-vis their impact on the carrying out of the real estate and property professions. This article argues that organizations functioning in the form of public professional organizations (or associations) are entities which – if their legal provisions and internal regulations are properly shaped – exercise an effective control over the access to and pursuit of professions related to real estate and property.

Keywords: real estate and property professions, professional bodies, public organization, association, regulations

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.31

Iwona Wrześniewska-Wal

Szkoła Zdrowia Publicznego Centrum Medyczne
Kształcenia Podyplomowego w Warszawie
ORCID: 0000-0002-8892-5985

ROLA PODMIOTÓW LECZNICZYCH W PROCESIE ZMIAN LEGISLACYJNYCH NA PRZYKŁADZIE DZIAŁAŃ ZWIĄZANYCH Z EPIDEMIĄ WIRUSA SARS-COV-2

Wprowadzenie

Walka z epidemią wirusa SARS-CoV-2 po raz kolejny stawia pytanie dotyczące konstytucyjnych gwarancji ochrony życia i zdrowia. Niewątpliwie zapewnienie ochrony życia i zdrowia uważa się za warunek konieczny dla prawidłowego funkcjonowania każdego państwa. W Polsce obowiązek ochrony życia i zdrowia wynika z art. 5 Konstytucji RP: „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli”[1]. Przedmiotowo Konstytucja RP nie rozstrzyga znaczenia terminu *bezpieczeństwo*[2], a tradycyjnie pojmowane *zapewnienie bezpieczeństwa* stało się wąskim pojęciem wymagającym wykładni rozszerzającej. Współcześnie bezpieczeństwo należy rozumieć szerzej, jako stan dający poczucie pewności i stabilności oraz gwarancji jego ochrony, a nie tylko bezpieczeństwo militarne czy polityczne. Chodzi również o bezpieczeństwo prawne, materialne, społeczne i ekologiczne[3]. Część bezpieczeństwa publicznego stanowi bezpieczeństwo zdrowotne. W doktrynie bezpieczeństwo zdrowotne to stan, „w którym istnieje system podmiotów i regulacji prawnych, które mają gwarantować ochronę wartości nadrzędnych, do których zaliczamy zdrowie i życie ludzkie, oraz

[1] Jednak wprowadzone w tym przepisie rozróżnienie na *człowieka* i *obywatela* nie oznacza ograniczenia tego prawa tylko do osób, które mają więź obywatelską z państwem. Współcześnie obserwujemy przyjmowanie w państwach demokratycznych w zakresie ochrony praw jednostki wspólnych standardów, m.in. rozszerzanie się podmiotowego zakresu ochrony z obywateli na cudzoziemców, bezpaństwowców i osoby prawne. B. Banaszczak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis/el.

[2] *Ibidem*.

[3] *Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el.

jako swoisty proces zmierzający do ciągłego ulepszania poszczególnych elementów tego systemu w związku z zachodzącą zmiennością czynników determinujących rozwój oraz modyfikację zagrożeń dla życia i zdrowia”[4].

Gwarancje konstytucyjne

Warto zauważyć, że polskie normy prawne oraz doktryna odnoszą się do takich wartości, jak życie i zdrowie, w taki sposób, iż odrębnie akcentują istnienie dwóch oddzielnych praw – prawa do życia i prawa do zdrowia. Jednak Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „ochrona zdrowia jest ściśle związana z ochroną życia”[5]. Z tego względu prawo do zdrowia to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony, gdy jest zagrożone. Należy podkreślić, że działania na rzecz ochrony zdrowia służą jednocześnie ochronie życia, i odwrotnie.

Gwarancję ochrony dla tych praw stanowi art. 68 ust. 1 Konstytucji RP, który nie ma charakteru deklaratywnego. Dalsze ustępy tego przepisu wprowadzają obowiązki władzy publicznej, których realizacja ma pozwolić na praktyczne korzystanie z prawa do ochrony zdrowia. We wspomnianym już wyroku z 2004 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że musi istnieć taki system ochrony zdrowia, który umożliwia tę ochronę każdemu. Natomiast sama norma art. 68 ust. 1 Konstytucji RP nie przesądza o konstrukcji tego systemu ani o jego poszczególnych elementach, takich jak: charakter prawny źródeł finansowania świadczeń zdrowotnych, charakter i struktura płatnika (płatników) tych świadczeń czy też struktura własnościowa świadczeniodawców[6]. W dalszej kolejności pewne ograniczenia ustawodawcy wprowadzają uszczegółowienia tej normy w ust. 2–4. Należą do nich: obowiązek zapewnienia obywatelom równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (art. 68 ust. 2), obowiązek zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku (art. 68 ust. 3), obowiązek popierania rozwoju kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży (art. 68 ust. 5), oraz obowiązek zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska (art. 68 ust. 4). W tym ostatnim przypadku prawo do ochrony zdrowia to przede wszystkim prawo do zachowania życia i jego obrony w każdej sytuacji, kiedy jest zagrożone. Jednocześnie prawodawca zobowiązuje władze publiczne do podjęcia działań eliminujących bądź przynajmniej minimalizujących wszelkie zagrożenia dla życia i zdrowia człowieka, które obejmują również zwalczanie

[4] R. Stankiewicz, *Model racjonalizacji dostępu do produktu leczniczego*, Warszawa 2014, s. 9.

[5] Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r., sygn. K 14/03, OTK ZU 2004, nr 1A, poz. 1.

[6] I. Wrześniewska-Wal, E. Wędrychowska, *System ochrony zdrowia po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego – uwarunkowania kolejnej reformy służby zdrowia*, Sprawozdanie z seminarium „Prawa i Medycyny” Warszawa, 2 kwietnia 2004 r, „Prawo i Medycyna” 2004, nr 2, s. 6.

chorób zakaźnych[7]. Do tych obowiązków władz publicznych należą działania prewencyjne, profilaktyka, dbałość o higienę, a także kontrola zakażeń i niezwłoczne leczenie wszelkiego rodzaju chorób poprzez odpowiednio zorganizowaną i sprawnie działającą opiekę medyczną[8].

Organizując opiekę zdrowotną, warto pamiętać, że choroby zakaźne pod niektórymi względami różnią się zasadniczo od innych grup chorób, zwłaszcza w zakresie ich szerzenia się, zwalczania, a także zapobiegania im[9]. Obecnie ludzie potrafią już wpływać na pewne sytuacje związane z szerzeniem się chorób zakaźnych wówczas, gdy istnieją ku temu odpowiednie warunki. Jednak początkowo były to działania irracjonalne, a dopiero później działania empiryczne, wynikające ze zdobytego doświadczenia i obserwacji pewnych zjawisk, a w ostatnich dwóch stuleciach działania oparte na przesłankach naukowych[10]. Niekiedy jednak dane naukowe, a szczególnie dotyczące szerzenia się nowych chorób zakaźnych w populacji, są ograniczone przez duże obszary niepewności. W przypadku niepewności naukowej co do zagrożeń i korzyści związanych z proponowaną działalnością decyzje należy podejmować zgodnie z zasadą ostrożności. Stosowanie tej zasady jest jednym ze sposobów radzenia sobie z niepewnością naukową.

Okres znacznej niepewności naukowej co do zagrożeń i korzyści związanych z proponowanymi działaniami, w tym rozwiązaniami legislacyjnymi, był związany z pierwszym okresem pandemii SARS-CoV-2. Z tego punktu widzenia należy zacząć od pojęcia epidemii, która oznacza wystąpienie na danym obszarze zakażeń lub zachorowań na chorobę zakaźną w liczbie wyraźnie większej niż we wcześniejszym okresie albo wystąpienie zakażeń lub chorób zakaźnych dotychczas niewystępujących (art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi)[11]. Niewątpliwie występujące w tym czasie zakażenia wirusem SARS-CoV-2 wpisują się w ustawową treść tego pojęcia. Jednak już na początku należy zaznaczyć, że przepisy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi są tak skonstruowane, że mają one zastosowanie tylko do zakażeń i chorób zakaźnych, których wykaz jest określony w załączniku do tej ustawy. Zważywszy na datę jej uchwalania, tj. 2008 r., oczywiste jest, że zakres jej działania nie obejmował jeszcze zakażenia wirusem SARS-CoV-2. Ta sytuacja uległa zmianie i od 28 lutego 2020 r. zakażenie wirusem

[7] W. Lis, *Działania podejmowane w przypadkach zakażeń i chorób zakaźnych ze względu na ochronę bezpieczeństwa obywateli*, „Studia Prawnicze KUL" 2017, nr 3(71), s. 33.

[8] *Ibidem*, s. 33–34.

[9] Podkreślenia wymaga, że choroby zakaźne powodowane są żywymi czynnikami biologicznymi (bakteriami, riketsjami, wirusami) zwanymi również zarazkami lub drobnoustrojami chorobotwórczymi. Zachowują się podobnie jak istoty żywe, tzn. przeżywają swoje narodziny, rozwój, zanikanie i wreszcie zniknięcie. W. Magdzik, *Legislacja w zakresie chorób zakaźnych z punktu widzenia epidemiologa*, „Przegląd Epidemiologiczny" 2000, nr 54, s. 3.

[10] *Ibidem*, s. 4–5.

[11] Dz.U. 2019, poz. 1239 ze zm.

SARS-CoV-2 jest objęte przepisami ustawy o zapobieganiu i zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi[12].

Dalszym krokiem w celu podjęcia pewnych określonych w *ustawie* działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych dla zminimalizowania skutków epidemii (art. 2 pkt 22 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi) było wprowadzenie najpierw stan zagrożenia epidemiologicznego[13], a następnie od 20 marca stanu epidemii[14]. Jednocześnie przed wprowadzeniem tego stanu 2 marca 2020 r. przyjęto ustawę o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, tzw. specustawę dotyczącą walki z COVID[15], która weszła w życie 8 marca 2020 r. Stanowi ona uzupełnienie podstawowych regulacji zawartych w ustawie o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi.

Pierwszy okres pandemii – wiosna 2020 r.

Epidemia i jej zwalczanie jest okresem, w którym z uwagi na nadzwyczajne okoliczności mogą zostać wprowadzone ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności – ważne dla jednostek, aby były one zgodne z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[16]. Takie środki wprowadzono wraz z ogłoszeniem stanu epidemii. Dotyczyły one ograniczenia lub zakazu obrotu i używania określonych przedmiotów (np. zakaz wywozu lub zbywania poza terytorium Polski respiratorów oraz kardiomonitorów, gogli ochronnych, masek chirurgicznych, rękawiczek lateksowych). Dodatkowo w celu zapobiegania spekulacjom cenowym Minister Zdrowia mógł ustalać maksymalne ceny i marże na produkty związane z przeciwdziałaniem COVID-19.

Na tym tle warto zauważyć, że dość szybko wprowadzone zostały zmiany organizacyjne w placówkach medycznych polegające na dostosowaniu ich pracy do walki z wirusem. W tym okresie najważniejszą rolą podmiotów leczniczych była szybka pomoc dla osób chorych na COVID-19, a także diagnostyka osób podejrzanych o zakażenie. Jedną z pierwszych decyzji było przekształcenie kilkunastu szpitali w szpitale zakaźne, które zajmują się wyłącznie pacjentami zakażonymi

[12] Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 27 lutego 2020 r. w sprawie zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2 (Dz.U. 2020, poz. 325).

[13] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego (Dz.U. 2020, poz. 433).

[14] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. 2020, poz. 491).

[15] Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 374 ze zm.).

[16] Szerzej: T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra" 2020, nr 6, s. 84.

wirusem SARS-CoV-2 (tzw. szpitale jednoimienne). Podstawą prawną przekształcenia niektórych szpitali w tzw. szpitale jednoimienne jest wspomniana wyżej ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Artykuł 11 tej ustawy przewiduje możliwość wydawania w drodze decyzji administracyjnej przez wojewodę, Ministra Zdrowia oraz Prezesa Rady Ministrów poleceń określonym podmiotom. Polecenia te mogą dotyczyć m.in. przekształcenia w szpitale jednoimienne na potrzeby udzielania świadczeń zdrowotnych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19. Taka decyzja o przekształceniu placówek medycznych w szpitale jednoimienne zakaźne została wydana przez Ministra Zdrowia 11 marca 2020 r. Na mocy tych przepisów w każdym województwie funkcjonował co najmniej jeden dodatkowy szpital zakaźny zajmujący się leczeniem pacjentów zakażonych wirusem SARS-CoV-2. Oprócz tego leczeniem pacjentów miały się zajmować także funkcjonujące w tych szpitalach oddziały zakaźne. Dodatkowo szpitale jednoimienne leczyły chorych zakażonych wirusem SARS-CoV-2, którzy mają również inne schorzenia, co oznacza, że muszą być one wyposażone m.in. w sale operacyjne i sale zabiegowe. Te placówki musiały też zabezpieczyć sale porodowe dla zakażonych wirusem SARS-CoV-2 kobiet w ciąży. W każdym szpitalu funkcjonowało co najmniej 10% łóżek respiratorowych. Listę szpitali jednoimiennych opublikowano już 13 marca 2020 r. Ostatecznie w szpitale jednoimienne przekształcono 21 placówek i 79 oddziałów zakaźnych „covidowych”[17]. W tym trybie w celu zapewnienia bezpieczeństwa zdrowotnego zostało zabezpieczonych prawie 11 tys. łóżek w szpitalach jednoimiennych i oddziałach zakaźnych. W okresie od marca do maja przebywało tam około 2,2 tys. pacjentów[18]. Z raportu Ministerstwa Zdrowia wynika, że pod koniec sierpnia 2020 r. przez chorych na COVID-19 zajętych było 2113 łóżek, w tym 81 respiratorów. Do transportu pacjentów z COVID-19 wykorzystywanych było 148 karetek. Kwarantanną objętych było ponad 72 tys. osób, a nadzorem epidemiologicznym – 7 tys. osób[19]. Dane te wskazywały, że w czasie wiosennej pandemii działały 22 szpitale jednoimienne, a wykorzystanie łóżek w szczycie zachorowań sięgało zaledwie 25%.

W tej sytuacji zasada ostrożności została skrytykowana i uznana za zbyt ogólnikową, aby zdefiniować, jakie środki ostrożności należy podjąć w praktyce i jak mogą one usprawnić podejmowanie decyzji dotyczących niepewnych, złożonych zagrożeń, jakim jest zakażenie wirusem SARS-CoV-2. W kolejnych miesiącach istniała pilna konieczność wprowadzenia zmian w podmiotach leczniczych. Po

[17] https://www.gov.pl/web/zdrowie/od-dzis-wprowadzimy-stan-zagrozenia-epidemicznego2 (11.03.2021).

[18] https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1477394,szumowski-szpitale-jednoimienne-koronawirus-maseczki.html (11.03.2021).

[19] https://www.rynekzdrowia.pl/Uslugi-medyczne/Raport-MZ-2167-lozek-zajetych-przez-chorych-na-COVID-19,211642,8.html (11.03.2021).

pierwsze, oczekiwane były zmiany mające na celu przywrócenie normalnej pracy oddziałów i rozpoczęcie przyjęć pacjentów z innymi schorzeniami, gdyż czas oczekiwania na diagnostykę i zabiegi planowe znacznie się wydłużył[20]. Po drugie, rozwinęło się udzielanie świadczeń w ramach teleporady, i to nie tylko w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2, ale również ze względu na wprowadzenie w czasie epidemii ograniczeń w dostępie do niektórych świadczeń[21].

Już od początku epidemii istniała konieczność szybkiej diagnostyki. Stopniowo uruchamiano kolejne laboratoria diagnostyczne. W tym czasie diagnostyka zakażenia wirusem SARS-CoV-2 prowadzona była w 211 wyspecjalizowanych laboratoriach posiadających zdolność wykonania ok. 25 tys. testów/dobę, których lista została opublikowana[22]. Dodatkowo powstały mobilne punkty pobrań *drive-thru* wykonujące testy na obecność zakażenia. Aktualnie metodami zalecanymi w celu potwierdzenia zakażenia SARS-CoV-2 są metody molekularne wykrywające materiał genetyczny wirusa (np. RT PCR w czasie rzeczywistym). Jednak materiał musi być prawidłowo pobrany i odpowiednio przesłany do laboratorium. Nieprzestrzeganie tych zasad może prowadzić do uzyskania fałszywych wyników testu. Dlatego konsultant krajowy w dziedzinie mikrobiologii lekarskiej wraz z konsultantami wojewódzkimi wydał rekomendacje „Zasady pobierania i transportu materiału do badań metodami molekularnymi RT PCR w kierunku SARS-CoV-2", które są stale aktualizowane, ostania 14 kwietnia 2020 r.[23]

Jednocześnie epidemia oraz wywołane nią zakłócenia gospodarcze wymusiła od 8 marca 2020 r. zmiany finansowania świadczeń zdrowotnych. Zasady te określiło rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 marca 2020 r. w sprawie sposobu i trybu finansowania z budżetu państwa świadczeń opieki zdrowotnej wykonywanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19[24]. Świadczenia finansowane są z budżetu państwa na podstawie sprawozdań i rachunków składanych przez podmioty lecznicze do dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ. Katalog świadczeń niezbędnych do przeciwdziałania COVID-19 zamieszczony został w zarządzeniu Prezesa NFZ z dnia 8 marca 2020 r. i był wielokrotnie zmieniany i uzupełniany[25].

---

[20] *Koronawirus: mniej szpitali jednoimiennych, lekarz pierwszego kontaktu zleci test na Covid-19*, „Rzeczpospolita: z 24 sierpnia 2020 r.

[21] Szerzej na temat rozwoju telemedycyny w tym czasie: I. Wrześniewska-Wal, D. Hajdukiewicz, *Telemedycyna w Polsce – aspekty prawne, medyczne i etyczne*, „Studia Prawnoustrojowe" 2020, nr 50, s. 509–524.

[22] https://www.gov.pl/web/zdrowie/lista-laboratoriow-covid (11.03.2021).

[23] https://www.gov.pl/web/zdrowie/laboratoria (11.03.2021).

[24] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 marca 2020 r. w sprawie sposobu i trybu finansowania z budżetu państwa świadczeń opieki zdrowotnej wykonywanych w związku z przeciwdziałaniem COVID-19 (Dz.U. 2020, poz. 422).

[25] Pierwszy dokument to: zarządzenie Prezesa NFZ nr 32/2020/DEF z dnia 8 marca 2020 r. w sprawie zasad sprawozdawania oraz warunków rozliczania świadczeń opieki zdrowotnej związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19. https://www.nfz.gov.pl/zarzadzenia-prezesa/zarzadzenia-prezesa-nfz/ (21.03.2021).

Strategia jesienna

Nowe role podmiotów leczniczych i nowe podejście do walki z wirusem SARS-CoV-2 zostało ogłoszone 3 września 2020 r. Ta strategia wprowadzała zmiany organizacyjne wpływające na funkcjonowanie wszystkich podmiotów leczniczych (m.in. przychodni podstawowej opieki zdrowotnej oraz szpitali). W celu szerszego dostępu do diagnostyki lekarze POZ zostali upoważnieni do tego, aby w aplikacji gabinet.gov.pl wystawiać zlecenia na wykonanie testu w kierunku zakażenia koronawirusem. Po wystawieniu zlecenia pacjent może udać się do dowolnego punktu mobilnego w celu pobrania wymazu, a wynik badania będzie dostępny: dla zlecającego lekarza POZ w tej samej aplikacji gabinet.gov.pl, a dla pacjenta na jego Internetowym Koncie Pacjenta (IKP). Powyższe zmiany w organizacji świadczeń diagnostycznych w kierunku zakażenia wirusem SARS-CoV-2 wprowadził nowy standard organizacyjny opieki zdrowotnej[26]. Obejmuje on również zadania lekarza POZ podejmowane w związku ze skierowania pacjenta do odbycia izolacji lub izolacji w warunkach domowych oraz w razie konieczności do szpitala.

Od 15 września 2020 r. wprowadzono szpitale I, II lub III poziomu oraz szpitale zakaźne i szpitale mające w swojej strukturze oddziały zakaźne. Szpitale I poziomu mają zapewnić łóżka dla pacjentów podejrzanych o zakażenie wirusem SARS-CoV-2. Szpitale II poziomu są zobowiązane do leczenia pacjentów zakażonych wirusem SARS-CoV-2, którzy wymagają leczenia w warunkach szpitalnych. Natomiast szpitale III poziomu są zobowiązane do leczenia schorzeń innych niż COVID-19, które wymagają leczenia w warunkach szpitalnych u pacjentów zakażonych wirusem SARS-CoV-2[27]. Dodatkowo spośród szpitali sprawujących opiekę nad pacjentami zakażonymi wirusem SARS CoV-2 wyznaczono tzw. szpitale koordynujące. Ponadto funkcjonują jednostki organizacyjne podmiotów leczniczych udzielające świadczeń zdrowotnych poza siedzibą tego podmiotu, określone jako tzw. szpitale tymczasowe[28]. Podmioty te mają udzielać świadczeń zdrowotnych pacjentom skierowanym przez lekarza na obowiązkową hospitalizację.

Etap Narodowego Programu Szczepień

Obecnie warto zwrócić uwagę na kolejną nową rolę podmiotów leczniczych w walce z pandemią, która polega na ich udziale w Narodowym Programie Szczepień.

[26] Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 8 października 2020 r. w sprawie standardu organizacyjnego opieki zdrowotnej nad pacjentem podejrzanym o zakażenie lub zakażonym wirusem SARS-CoV-2 (Dz.U. 2020, poz. 2043).

[27] Art. 11h dodany ustawą z dnia 7 października 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w celu przeciwdziałania społeczno-gospodarczym skutkom COVID 19 (Dz.U. 2020, poz. 1747).

[28] Szpitale te działają na podstawie polecenia Prezesa Rady Ministrów wydawanego na mocy art. 11h ust. 3 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Podmioty lecznicze na dużą skalę obejmują profilaktykę zdrowia na poziomie populacji. Jednak podobnie jak indywidualne interwencje medyczne, środki zdrowia publicznego powinny opierać się na dowodach, tj. na najlepszej dostępnej wiedzy[29].

Legalnie stosowane u ludzi szczepionki, tak jak pozostałe produkty lecznicze, przed wprowadzeniem na rynek wymagają uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Wymagania dotyczące ich rejestracji są bardzo rygorystyczne, ponieważ należą one do najbardziej złożonej grupy produktów, czyli biologicznych, i ich stosowanie wiąże się z pewnym ryzykiem[30]. Jednak od szczepień ochronnych społeczeństwo oczekuje najwyższego stopnia bezpieczeństwa, większego niż od innych produktów leczniczych, ponieważ zazwyczaj wykonuje się je u osób zdrowych, a w dodatku wiele szczepień podaje się dzieciom[31]. Przed dopuszczeniem do stosowania szczepionki są oceniane w wieloetapowych badaniach klinicznych (randomizowane badania kliniczne). Z punktu widzenia zdrowia publicznego istotne jest już po zarejestrowaniu szczepionki prowadzenie dalszych badań i monitorowanie osób szczepionych, aby ocenić skuteczność szczepień w realnych warunkach danego obszaru oraz grup etnicznych i wiekowych[32]. Podczas obecnej pandemii szczepionki przeciw COVID-19 są warunkowo dopuszczone do obrotu decyzją Komisji Europejskiej na podstawie wszystkich wymaganych badań laboratoryjnych, nieklinicznych na modelu zwierzęcym, badań klinicznych I i II fazy oraz okresowej oceny prowadzonych badań klinicznych najbardziej zaawansowanej III fazy badań[33]. W 2020 r. pierwsza decyzja dotyczyła Comirnaty – Szczepionki mRNA przeciw COVID-19 (ze zmodyfikowanymi nukleozydami), a druga „Covid-19 Vaccine Moderna – Szczepionki mRNA przeciw COVID-19 (ze zmodyfikowanymi nukleozydami)". Natomiast 29 stycznia 2021 r. została wydana decyzja dopuszczająca do obrotu szczepionkę „COVID-19 Vaccine AstraZeneca – Szczepionkę przeciw COVID-19 (ChAdOx1-S [rekombinowana])", a 11 marca 2021 r. „Szczepionkę wektorową przeciw COVID-19 firmy Janssen (Ad26.COV2-S [rekombinowana])". W chwili opracowywania tekstu w procedurze

[29] S. Yamada, B.T. Slingsby, M.K. Inada i in., *Evidence-based public health: a critical perspective*, „Journal Public Health" 2008, no. 16, s. 169–172.

[30] G. Cessak, A. Fordymacka, A. Maciejczyk, *Dopuszczenie do obrotu i monitorowanie bezpieczeństwa szczepionek w Polsce i UE*, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia" 2019, nr 3, https://www.mp.pl/szczepienia/artykuly/przegladowe/215003,dopuszczenie-do-obrotu-i-monitorowanie-bezpieczenstwa-szczepionek-w-polsce-i-unii-europejskiej (21.03.2021).

[31] P. Kramarz, *Kompleksowe monitorowanie bezpieczeństwa szczepień*, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia" 2012, nr 4, s. 15–19.

[32] A. Zieliński, *Epidemiologiczna badania efektywności szczepień*, „Przegląd Epidemiologiczny" 2001, nr 55, s. 198.

[33] „Pozwolenie jest wydawane, gdy korzyści wynikające z natychmiastowej dostępności szczepionki dla pacjentów przewyższają ryzyko związane z faktem, że nie wszystkie dane z trwających badań 3 fazy są jeszcze dostępne. Pomimo decyzji o dopuszczeniu do obrotu, badania kliniczne 3 fazy dotyczące bezpieczeństwa i skuteczności szczepionek przeciw COVID-19 są cały czas kontynuowane, zgodnie z przyjętym planem". https://szczepienia.pzh.gov.pl/faq/na-czym-polega-warunkowe-dopuszczenie-do-obrotu-szczepionek-przeciw-covid-19-w-europejskiej-agencji-lekow/ (21.03.2021).

przeglądu etapowego (*rolling reviev*) znajdowały się preparaty NVX-CoV2373, szczepionka przeciwko COVID-19 firmy Novavax, oraz CVnCoV, szczepionka przeciwko COVID-19 opracowywana przez firmę CureVac AG.

Z punktu widzenia zdrowia publicznego skuteczna szczepionka musi być nie tylko bezpieczna, ale i dostępna oraz wywoływać odporność grupową[34]. W związku z tym na mocy art. 21c ustawy dnia 8 grudnia 2020 r. o chorobach zakaźnych i zakażeniach ogłoszony został Narodowy Program Szczepień przeciw COVID-19. Szczepienia są realizowane nieodpłatnie w wyznaczonych punktach szczepień. Podmioty lecznicze szczepiące przeciwko COVID-19 mają obowiązek przeprowadzania tych szczepień w określonej kolejności. Już w grudniu 2020 r. Narodowy Fundusz Zdrowia ogłosił nabór wśród podmiotów leczniczych i indywidualnych praktyk zawodowych (czyli podmiotów wykonujących działalność leczniczą w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej). Zakres podmiotowy naboru do Programu jest w praktyce bardzo szeroki i obejmuje różne rodzaje i formy organizacyjne podmiotów wykonujących działalność leczniczą zarówno z sektora publicznego (np. SPZO), jak i prywatnego (np. przedsiębiorców). Dodatkowo zgłosić się mogą nie tylko podmioty wykonujące działalność leczniczą, mające umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych zawarte z NFZ, ale także te, które takiej umowy nie posiadają, niezależnie od rodzaju udzielanych świadczeń. W praktyce preferowani są świadczeniodawcy udzielający świadczeń w zakresie POZ. Większe jednostki wykonujące szczepienia określone zostały mianem tzw. szpitali węzłowych[35], w którym szczepiony był w pierwszej kolejności jeszcze przed akcją szczepienia całej populacji personel medyczny oraz niemedyczny. W szpitalach węzłowych szczepieniu został poddany zarówno personel tych szpitali, jak i okolicznych jednostek wykonujących działalność leczniczą oraz aptek. Do tej pory szczepienia odbywały się w takich podmiotach leczniczych, jak m.in. POZ, stacjonarne placówki medyczne (np. Ambulatoryjna Opieka Specjalistyczna) oraz szpitale rezerwowe i węzłowe, a od drugiego kwartału 2021 r. także poza podmiotami leczniczymi ,np. w zakładzie pracy i aptece[36].

Podsumowanie

Rola podmiotów leczniczych w okresie pandemii ulegała ciągłym zmianom. Od początku pandemii w myśl zasady ostrożności w 2020 r. ustawodawca wprowadził szereg rozwiązań organizacyjno-prawnych związanych z leczeniem i testowaniem, m.in. szpitale jednoimienne i wydzielone oddziały zakaźne przeznaczone

[34] D. Male, J. Brosoff, D.B. Roth, I. Roitt, *Immunologia*, Wrocław 2018, s. 326.

[35] https://www.gov.pl/web/zdrowie/znamy-szpitale-w-ktorych-bedzie-szczepiony-personel-placowek-medycznych (30.03.2021).

[36] *Przyspieszamy Narodowy Program Szczepień – zmiany zasad w II kwartale 2021 r.*, https://www.gov.pl/web/szczepimysie/przyspieszamy-narodowy-program-szczepien--zmiany-zasad-w-ii-kwartale-2021-r (30.03.2021).

dla chorych na COVID-19, diagnostyczne laboratoria COVID oraz szybkie punkty *drive-thru*, a w późniejszym okresie również tzw. szpitale tymczasowe. Wreszcie podmioty lecznicze stały się głównym miejscem profilaktyki przeciw chorobom zakaźnym w związku z wprowadzeniem Narodowego Programu Szczepień. Co istotne, w przyszłość jest mało prawdopodobne, aby wirusa SARS-CoV-2 całkowicie wyeliminować, a być może i przyszłe pandemie staną się stałym elementem współczesnego życia. Problemy organizacyjno-prawne podmiotów leczniczych, które się z tym wiążą, będą się utrzymywać. Istnieje zatem pilna potrzeba wyciągnięcia wniosków z pandemii COVID-19 i debaty nad kwestiami kształtowania polityki zdrowotnej na wypadek wystąpienia epidemii. Państwo ma bowiem obowiązek chronić obywateli przed każdym niebezpieczeństwem, a więc również i przed niebezpieczeństwem związanym z zakażeniem się i zapadnięciem na choroby zakaźne.

Bibliografia

Banaszczak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

Cessak G., Fordymacka A., Maciejczyk A., *Dopuszczenie do obrotu i monitorowanie bezpieczeństwa szczepionek w Polsce i UE*, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia" 2019, nr 3, https://www.mp.pl/szczepienia/artykuly/przegladowe/215003,dopuszczenie-do-obrotu-i-monitorowanie-bezpieczenstwa-szczepionek-w-polsce-i-unii-europejskiej (21.03.2021).

https://www.gazetaprawna.pl/artykuly/1477394,szumowski-szpitale-jednoimienne-koronawirus-maseczki.html (11.03.2021).

https://www.gov.pl/web/zdrowie/lista-laboratoriow-covid (11.03.2021).

https://www.gov.pl/web/zdrowie/od-dzis-wprowadzimy-stan-zagrozenia-epidemicznego2 (11.03.2021).

https://www.gov.pl/web/zdrowie/znamy-szpitale-w-ktorych-bedzie-szczepiony-personel-placowek-medycznych (30.03.2021).

https://www.nfz.gov.pl/zarzadzenia-prezesa/zarzadzenia-prezesa-nfz/ (21.03.2021).

https://www.rynekzdrowia.pl/Uslugi-medyczne/Raport-MZ-2167-lozek-zajetych-przez-chorych-na-COVID-19,211642,8.html (11.03.2021).

https://szczepienia.pzh.gov.pl/faq/na-czym-polega-warunkowe-dopuszczenie-do-obrotu-szczepionek-przeciw-covid-19-w-europejskiej-agencji-lekow/ (21.03.2021).

Konstytucja Rzeczpospolitej Polskiej. Komentarz, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.

Koronawirus: mniej szpitali jednoimiennych, lekarz pierwszego kontaktu zleci test na Covid-19, „Rzeczpospolita" z 24 sierpnia 2020 r.

Kramarz P., *Kompleksowe monitorowanie bezpieczeństwa szczepień*, „Medycyna Praktyczna – Szczepienia" 2012, nr 4.

Magdzik W., *Legislacja w zakresie chorób zakaźnych z punktu widzenia epidemiologa*, „Przegląd Epidemiologiczny" 2000, nr 54.

Male D., Brosoff J., Roth D.B., Roitt I., *Immunologia*, Wrocław 2018.

Lis W., *Działania podejmowane w przypadkach zakażeń i chorób zakaźnych ze względu na ochronę bezpieczeństwa obywateli*, „Studia Prawnicze KUL" 2017, nr 3(71).

Przyspieszamy Narodowy Program Szczepień – zmiany zasad w II kwartale 2021 r., https://www.gov.pl/web/szczepimysie/przyspieszamy-narodowy-program-szczepien--zmiany-zasad-w-ii-kwartale-2021-r (30.03.2021).

Sroka T., *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra" 2020, nr 6.

Stankiewicz R., *Model racjonalizacji dostępu do produktu leczniczego*, Warszawa 2014.
Wrześniewska-Wal I., Hajdukiewicz D., *Telemedycyna w Polsce – aspekty prawne, medyczne i etyczne*, „Studia Prawnoustrojowe" 2020, nr 50.
Wrześniewska-Wal I., Wędrychowska E., *System ochrony zdrowia po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego – uwarunkowania kolejnej reformy służby zdrowia*, Sprawozdanie z seminarium „Prawa i Medycyny" Warszawa, 2 kwietnia 2004 r., „Prawo i Medycyna" 2004, nr 2.
Yamada S., Slingsby B.T., Inada M.K. i in., *Evidence-based public health: a critical perspective*, „Journal Public Health" 2008, no. 16.
„Zasady pobierania i transportu materiału do badań metodami molekularnymi RT PCR w kierunku SARS-CoV-2", https://www.gov.pl/web/zdrowie/laboratoria (11.03.2021).
Zieliński A., *Epidemiologiczna badania efektywności szczepień*, „Przegląd Epidemiologiczny" 2001, nr 55.

Streszczenie

Celem artykułu jest pokazanie roli podmiotów leczniczych na różnych etapach działań związanych z epidemią wirusa SARS-CoV-2 w kontekście intensywnych w tym okresie zmian legislacyjnych w ochronie zdrowia, scharakteryzowanie wprowadzonych zmian i ocena ich racjonalności z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych takich wartości, jak życie i zdrowie, a także przez pryzmat zasady ostrożności. W opracowaniu posłużono się powszechnie stosowaną w prawie metodą formalno-dogmatyczną. Pierwsza część obejmuje analizę przepisów wprowadzonych wiosną 2020 r., na początku walki z epidemią wirusa SARS-CoV-2. Druga to już badanie przepisów prawa, które od początku pandemii szczegółowo regulowały zadania i zakres opieki stacjonarnej (tj. szpitale jednoimienne i oddziały zakaźne) oraz działalność laboratoriów, a także zmian, które zostały wprowadzane przed jesienną falą zachorowań na COVID-19. Trzecia część to obecnie prowadzony Narodowy Program Szczepień.

Słowa kluczowe: podmiot leczniczy, legislacja, COVID-19, szczepienia

THE ROLE OF MEDICAL ENTITIES IN THE PROCESS OF LEGISLATIVE CHANGES ON THE EXAMPLE OF ACTIVITIES RELATED TO THE SARS-COV-2 VIRUS EPIDEMIC

Summary

The aim of the article is to show the role of medical entities at various stages of activities related to the SARS-CoV-2 virus epidemic in the context of legislative changes in health care that were intensive at that time. Showing the introduced changes and assessing their rationality from the point of view of constitutional guarantees of such values as life and health, and also through the prism of the precautionary principle. The formal and dogmatic method commonly used in law was used in the study. The first part examines the legislation introduced in spring 2020 to start fighting the SARS-CoV-2 virus outbreak. The second is a study of the legal provisions that, from the beginning of the pandemic, regulated in detail the tasks and scope of inpatient care (i.e. homonymous hospitals and infectious diseases wards) and the activities of laboratories, as well as changes that were introduced before the fall COVID-19 wave. The third part is the National Immunization Program currently underway.

Keywords: medical entity, legislation, COVID-19, vaccinations

ISSN 2720-0574 DOI: 10.15584/actaires.2021.4.32

Grzegorz Zieliński

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu
ORCID: 0000-0001-7517-920X

WYZWANIA I PRZESZKODY W REALIZACJI WSPÓŁPRACY W TRANSGRANICZNEJ ADMINISTRACJI SŁUŻBY ZDROWIA

Wprowadzenie

Katalog podmiotów współpracujących ze sobą w realizacji zadań z dziedziny ochrony zdrowia jest różnorodny. Obejmuje on zarówno organy władzy publicznej oraz podmioty prywatne. Zgodnie z art. 68 ust. 2 Konstytucji RP władza publiczna została zobowiązana do zapewnienia obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)[1] w art. 9 stanowi, że przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia Europejska bierze pod uwagę wymogi związane z wysokim poziomem ochrony zdrowia ludzkiego. Ten przepis uzupełnia art. 168 ust. 1 akapit 1 TFUE, który nakłada obowiązek zapewnienia wysokiego poziomu ochrony zdrowia ludzkiego przy określaniu i urzeczywistnianiu wszystkich polityk i działań Unii[2]. Kompetencja Unii Europejskiej w ochronie zdrowia polega zatem na koordynowaniu, wspieraniu i uzupełnianiu działania państw członkowskich.

Dodatkowo do ratyfikowanych przez Polskę umów międzynarodowych z zakresu praw człowieka i określających standardy zdrowotne należą przede wszystkim: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ z 19 grudnia 1966 r., Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ONZ z 19 grudnia 1966 r. czy Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet ONZ z 18 grudnia 1979 r.[3] Konieczna zatem jest wzajemna

[1] Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47.

[2] M. Malczewska, *Odpowiedzialność przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021, s. 1063.

[3] B. Namysłowska-Gabrysiak, *Odpowiedzialność państwa przed międzynarodowymi organami praw człowieka w zakresie ochrony zdrowia* [w:] *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021, s. 1058.

kooperacja na poziomie krajowym i wspólnotowym zarówno organów władzy publicznej, jak i poszczególnych państw członkowskich.

Warunki i zakres udzielania świadczeń będących często owocem współdziałania organów administracji i służby zdrowia określa w Polsce ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[4] oraz ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej[5]. Akty te precyzują ramy funkcjonowania systemu opieki zdrowotnej, w tym zadania i kompetencje organów administracji publicznej oraz innych podmiotów realizujących wzajemną współpracę w sferze opieki zdrowotnej w Polsce. Transgraniczna opieka zdrowotna natomiast jest zdrowotną opieką medyczną świadczoną w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie ubezpieczenia.

Celem niniejszego artykułu jest omówienie przeszkód, aktualnych stanów prawnych i sformułowanie wniosków dotyczących rozwiązań ustawodawczych *de lege ferenda* w efektywnej realizacji zadań stających przed administracją współpracującą w obszarze służby zdrowia.

Zadania polskich władz publicznych w opiece medycznej

Elementarne zadania władz publicznych wyrażają się głównie w zakresie zapewnienia równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej. Ustawowo zadania te obejmują w pierwszej kolejności: tworzenie warunków funkcjonowania systemu ochrony zdrowia, stałą analizę i ocenę potrzeb zdrowotnych oraz czynników powodujących ich zmiany. Istotnymi wyzwaniami są także: promocja zdrowia i profilaktyka oraz przede wszystkim finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej w trybie i na zasadach określonych ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[6]. W akcie normatywnym zdefiniowane są zasady i tryb finansowania świadczeń oraz zasady ubezpieczenia zdrowotnego, którego podstawą jest solidaryzm społeczny. Oznacza to, że każdy ubezpieczony, bez względu na to, jak wysoka jest składka, którą płaci, otrzymuje takie same świadczenia opieki zdrowotnej. Podstawową instytucją wskazaną w ustawie, zapewniającą i finansującą świadczenia opieki zdrowotnej dla ubezpieczonych oraz osób uprawionych do świadczeń opieki zdrowotnej, jest Narodowy Fundusz Zdrowia (NFZ).

Artykuł 15 ustawy określa tzw. koszyk świadczeń gwarantowanych. Pacjent-świadczeniobiorca, który zwraca się o udzielenie lub korzysta ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych na zasadach określonych w ustawie, ma zagwarantowane prawo do wskazanych w art. 15 ust. 2 ustawy świadczeń

[4] Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2021, poz. 1285 ze zm.), dalej: ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[5] Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz.U. 2021, poz. 711 ze zm.).

[6] Art. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

opieki zdrowotnej, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, leczenie, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie[7].

Świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych obejmują przede wszystkim świadczenia zdrowotne, czyli wszelkie czynności służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia. Ze środków publicznych pacjent ma też prawo do świadczeń zdrowotnych rzeczowych (typu leki, wyroby medyczne, przedmioty ortopedyczne i środki pomocnicze związane z procesem leczenia), a także do świadczeń towarzyszących (typu zakwaterowanie i wyżywienie w placówce całodobowej, transport sanitarny).

Ustawa zatem zakłada skoordynowaną współpracę, gdyż w celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej w zakresie ochrony zdrowia jednostka samorządu terytorialnego, uwzględniając w szczególności regionalną mapę potrzeb zdrowotnych, priorytety dla regionalnej polityki zdrowotnej oraz stan dostępności do świadczeń opieki zdrowotnej na obszarze województwa, może finansować dla mieszkańców tej wspólnoty świadczenia gwarantowane. Staje się to możliwie jedynie przy podjęciu zintegrowanych zadań wielu podmiotów współpracujących ze sobą.

Aktualnie działania podejmowane w zakresie zwalczania rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2 i choroby nim wywołanej COVID-19 mobilizują administrację publiczną do poszerzania możliwości wykorzystania środków teleinformatycznych w ochronie zdrowia. Ich stosowanie w ramach medycyny prywatnej nie budzi wątpliwości, ponieważ wynika to wprost z art. 3 ust. 1 ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, zgodnie z którym działalność lecznicza polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Natomiast w zakresie świadczeń wykonywanych w ramach umów z płatnikiem publicznym konieczne jest wprowadzenie rozwiązań prawnych wprowadzających tę formę do tzw. koszyka świadczeń gwarantowanych[8].

Środki na świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych, które są udzielane osobom ubezpieczonym, pochodzą w większości ze składek na ubezpieczenie zdrowotne. Leczenie pozostałych osób, innych niż ubezpieczone, pokrywane jest z budżetu państwa. Należy przy tym zauważyć, że zapewnienie przez państwo prawa do ochrony zdrowia i dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nie jest równoznaczne z gwarancją realizowania wszystkich rodzajów świadczeń. Nie oznacza również ich pełnej bezpłatności. Niefinansowane przez NFZ są te świadczenia, które nie znajdują się w wykazach świadczeń gwarantowanych określonych w rozporządzeniach Ministra Zdrowia. Z poniesieniem kosztów przez pacjenta może się wiązać także

[7] Art. 15 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[8] D. Biadun, *Teleporady – co można w ramach umowy z NFZ*, Lex/el. 2020.

wykupienie zleconych przez lekarza leków, środków pomocniczych czy też przedmiotów ortopedycznych. Świadczeniobiorca może być zobowiązany dopłacić do zakwaterowania i wyżywienia w sanatorium oraz zakładzie opiekuńczo-leczniczym. Na tej samej zasadzie pacjent może też zostać obciążony kosztami niektórych usług transportu sanitarnego[9].

Każdy świadczeniobiorca korzystający ze świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych jest przyporządkowany do oddziału wojewódzkiego NFZ. Przynależność do konkretnego oddziału zależy od miejsca zamieszkania i zgłoszenia. Osoba, która zamierza skorzystać ze świadczeń opieki zdrowotnej u świadczeniodawców, którzy mają podpisaną umowę z NFZ, ma obowiązek przedstawić potwierdzenie prawa do ich uzyskania. Dla osoby ubezpieczonej w innym niż Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej lub Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) będzie to poświadczenie wydane przez NFZ – w przypadku zamieszkiwania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a także Europejska Karta Ubezpieczenia Zdrowotnego (EKUZ) lub certyfikat ją zastępujący wydana przez inny niż Polska kraj członkowski Unii lub EFTA w przypadku pobytu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej. Osoby ubezpieczone w innym państwie Unii, ale mieszkające w Polsce, składają deklaracje do POZ na podstawie poświadczeń wydanych przez właściwy terytorialnie oddział Funduszu.

31 stycznia 2020 r. Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej opuściło Unię Europejską. Oznacza to zmianę zasad korzystania z opieki zdrowotnej i systemu współpracy pomiotów administracji w służbie zdrowia. Do 31 grudnia 2020 r. obowiązywał okres przejściowy, w którym utrzymane zostały wszystkie dotychczasowe przywileje i obowiązki wynikające ze stosowania przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Od 1 stycznia 2021 r. prawo do korzystania z opieki zdrowotnej przysługuje wyłącznie na zasadach uregulowanych w dwóch dokumentach: umowie o wystąpieniu Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej oraz umowie o handlu i współpracy między Unią Europejską i Europejską Wspólnotą Energii Atomowej z jednej strony, a Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej z drugiej strony[10]. Na podstawie powyższych umów osoby mające EKUZ nadal mogą korzystać ze świadczeń opieki zdrowotnej w czasie tymczasowego pobytu w Zjednoczonym Królestwie na dotychczasowych zasadach. Świadczenia zostaną im jednak udzielone w razie nagłego zachorowania, wypadku, zaostrzenia objawów choroby przewlekłej itp.

[9] *Świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych*, red. N. Tyszko, Warszawa 2012, s. 6.

[10] Zmiany w prawie do świadczeń opieki zdrowotnej w tym zakresie zostały szczegółowo omówione przez NFZ: https://www.nfz.gov.pl/dla-pacjenta/nasze-zdrowie-w-ue/brexit/ (30.05.2021).

Świadczenia opieki zdrowotnej udzielone w innym kraju Unii Europejskiej

Dostęp do możliwie wysokiego poziomu ochrony zdrowia jest jednym z podstawowych praw człowieka. Nie może ono być warunkowane ze względu na rasę, przynależność polityczną, ekonomiczną[11] i jakiekolwiek inne czynniki dyskryminujące. Koordynacja w zakresie świadczeń zdrowotnych dotyczy nie tylko pracowników przemieszczających się w obrębie Unii Europejskiej, ale i turystów, którzy przejściowo przebywają na terytorium innego państwa członkowskiego, a także osób, które zdecydowały się zamieszkiwać na stałe w innym niż narodowe państw. Dodatkowo systemy świadczeń zdrowotnych poszczególnych państw członkowskich oparte są na różnych założeniach konstrukcyjnych, co musi być uwzględnione we wspólnotowej koordynacji. Zatem można mówić o systemie zwrotu kosztów (np. Belgia, Luksemburg czy Francja), świadczeń rzeczowych (np. Niemcy, Holandia) i o narodowej służbie zdrowia (np. Grecja, Irlandia, Anglia)[12].

Polska ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej precyzuje zasady finansowania kosztów świadczeń opieki zdrowotnej udzielonych poza granicami kraju. Fundusz finansuje koszty świadczeń opieki zdrowotnej udzielonych poza granicami kraju na podstawie tzw. przepisów o koordynacji. Jest to katalog spójnych norm służący realizacji współpracy w transgranicznej administracji służby zdrowia. Są one źródłem i fundamentem koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego w zakresie udzielania rzeczowych świadczeń zdrowotnych określonych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego[13], w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 987/2009 z 16 września 2009 r. dotyczącym wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego[14] oraz w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1231/2010 z 24 listopada 2010 r. rozszerzającym rozporządzenie (WE) nr 883/2004[15] i rozporządzenie (WE) nr 987/2009 na obywateli państw trzecich, którzy nie są jeszcze objęci tymi rozporządzeniami jedynie ze względu na swoje obywatelstwo oraz decyzje wydane na podstawie przepisów powyższych rozporządzeń[16].

Polska ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej jasno stanowi, że pacjent „jest uprawniony do otrzymania od Funduszu zwrotu kosztów świadczenia opieki zdrowotnej, będącego świadczeniem gwarantowanym, udzielonego na terytorium

---

[11] U. Drozdowska, *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007, s. 35.

[12] K. Ślebzak, *Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 264.

[13] Dz.U. L 166, 30 kwietnia 2004 r., p. 1.

[14] Dz.U. L 284/1.

[15] Dz.U. L 344/1.

[16] Art. 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego UE lub EOG"[17]. Ponadto polski ustawodawca rozszerza zakres transgranicznej opieki zdrowotnej do otrzymania przez świadczeniobiorcę zwrotu kosztów leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobu medycznego[18], środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego lub wyrobów medycznych[19], który został zakupiony w aptece działającej na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub EOG na podstawie recepty wystawionej na terytorium innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego Unii lub EOG przez osobę uprawnioną do wystawiania recept zgodnie z przepisami tego państwa[20].

Przykładem właściwie funkcjonującej i skoordynowanej współpracy w zakresie administracji służby zdrowia jest również recepta transgraniczna. Daje ona prawo świadczeniobiorcy do otrzymania leku na terenie Unii Europejskiej w innym państwie członkowskim niż państwo jej wystawienia. Lekarz może wystawić taką receptę wyłącznie na wniosek pacjenta, który zamierza ją zrealizować w innym niż Polska państwie członkowskim Unii. Zasady wystawiania takich recept zostały określone w art. 95b ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne[21]. Aktualnie można ją zrealizować tylko za pełną odpłatnością niezależnie od uprawnień przysługujących w Polsce. Wydaje się, że pożytecznym rozwiązaniem dla systemów zabezpieczenia społecznego Unii Europejskiej stałoby się wzajemne uznawanie refundacji na podstawie krajowych dokumentów uprawniających do otrzymania recept refundowanych.

Polski ustawodawca zabezpieczył również sposób dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy rozpatrzenie wniosku o zwrot kosztów wymaga przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego przy udziale krajowego punktu kontaktowego ds. transgranicznej opieki zdrowotnej działającego w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim Unii Europejskiej lub EOG. Zwrot kosztów albo wydanie decyzji odmawiającej zwrotu kosztów następuje w terminie 6 miesięcy od dnia wszczęcia postępowania. Jeżeli w powyższym terminie nie dokonano ustaleń pozwalających na jednoznaczne określenie kwoty zwrotu kosztów należnej świadczeniobiorcy, zwrot kosztów następuje niezwłocznie po upływie tego terminu w wysokości odpowiadającej kwocie, którą należy uznać w danym przypadku za najbardziej prawdopodobną podstawę zwrotu kosztów[22]. Ważną normą semiimperatywną wynikającą z przepisów ustawy jest ochrona słabszej strony tego stosunku

[17] Art. 42b ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[18] Zawartego w danym wskazaniu w wykazie, o którym mowa w art. 37 ust. 1 ustawy o refundacji, w zakresie dotyczącym leków. Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. 2021, poz. 523).

[19] O których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o refundacji lub mających w tym wykazie swój odpowiednik refundowany w danym wskazaniu w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy o refundacji.

[20] Art. 42b ust. 10 pkt 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[21] Ustawa z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. 2021, poz. 974 ze zm.).

[22] Art. 42d ust. 15 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

prawnego sprowadzająca się do reguły, że w takim postępowaniu wątpliwości rozstrzyga się na korzyść świadczeniobiorcy.

Budzące wątpliwości natomiast może stać się ujęte w ustawie kryterium wyłączenia stosowania przepisów dotyczących zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej dla osób, o których mowa w art. 66 ust. 1 pkt 16, oraz członków ich rodzin, posiadających miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego. Są nimi: osoby pobierające emeryturę lub rentę, osoby w stanie spoczynku pobierające uposażenie lub uposażenie rodzinne oraz osoby pobierające uposażenie po zwolnieniu ze służby lub świadczenie pieniężne o takim samym charakterze[23]. Bez wątpienia osoby te często potrzebują opieki geriatrycznej zajmującej się schorzeniami wieku podeszłego i ochrona ich zdrowia winna stać się przedmiotem troski całej wspólnoty Unii Europejskiej, a nie podlegać dyskryminującym ograniczeniom. Zamiany rozwiązań ustawodawczych *de lege ferenda* w efektywnej realizacji zadań stających przed administracją współpracującą w obszarze służby zdrowia w tym zakresie wydają się konieczne.

Procedura zwrotu kosztów na podstawie przepisów implementujących dyrektywę transgraniczną realizowana jest w trybie administracyjnym, z uwzględnieniem przepisów szczególnych, w drodze decyzji Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia[24]. Wszczęcie procedury następuje na wniosek świadczeniobiorcy lub jego przedstawiciela ustawowego, którego wzór został określony w załączniku do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 3 września 2020 r. w sprawie wzoru wniosku o zwrot kosztów świadczeń opieki zdrowotnej udzielonych poza granicami kraju[25]. Z całą pewnością podanie wzoru wniosku upraszcza postępowanie administracyjne i jest wyrazem właściwie realizowanej współpracy narodowego systemu zdrowia i pacjenta w transgranicznej administracji służby zdrowia.

Krajowy Punkt Kontaktowy ds. Transgranicznej Opieki Zdrowotnej

Polski ustawodawca określił, że do zakresu działania Funduszu należy w szczególności wykonywanie zadań Krajowego Punktu Kontaktowego ds. Transgranicznej Opieki Zdrowotnej (KPK). Na mocy udzielonych mu kompetencji współpracuje on z Komisją Europejską i krajowymi punktami kontaktowymi ds. transgranicznej opieki zdrowotnej działającymi w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej lub EOG, w szczególności w zakresie wymiany informacji. Powołanie tej instytucji stanowi więc widzialny znak współpracy państwa z instytucjami Unii w transgranicznej administracji służby zdrowia.

[23] Art. 66 ust. 1 pkt 16 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[24] Art. 42d ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[25] Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 3 września 2020 r. w sprawie wzoru wniosku o zwrot kosztów świadczeń opieki zdrowotnej udzielonych poza granicami kraju (Dz.U. 2020, poz. 1557).

Ustawa przewiduje, że na wniosek krajowych punktów kontaktowych ds. transgranicznej opieki zdrowotnej działających w innych niż Rzeczpospolita Polska państwach członkowskich Unii lub EOG KPK we współpracy z oddziałami wojewódzkimi Funduszu „udziela niezbędnej pomocy w wyjaśnianiu zawartości rachunków i innych dokumentów wystawionych pacjentom z innych niż Rzeczpospolita Polska państw członkowskich UE lub EOG przez polskich świadczeniodawców, apteki i dostawców wyrobów medycznych”[26]. Realizując swoje zadania, KPK kieruje do krajowych punktów kontaktowych ds. transgranicznej opieki zdrowotnej działających w innych niż Rzeczpospolita Polska państwach członkowskich Unii lub EOG zapytania dotyczące zawartości rachunków i innych dokumentów wystawionych przez podmioty udzielające świadczeń zdrowotnych, apteki i dostawców wyrobów medycznych działających na terytorium tych państw.

Ponadto „KPK i oddziały wojewódzkie Funduszu udzielają pacjentom informacji dotyczących niezbędnych elementów recepty transgranicznej”[27]. Ważnym elementem kooperacji w zakresie zdefiniowanych zadań KPK jest zamieszczanie na stronie internetowej oraz w Biuletynie Informacji Publicznej Funduszu aktualnych informacji o danych teleadresowych krajowych punktów kontaktowych ds. transgranicznej opieki zdrowotnej działających w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej lub EOG. W tym celu KPK zamieszcza na swojej stronie internetowej na wniosek zainteresowanych podmiotów hiperłącza do stron internetowych stowarzyszeń i fundacji działających na rzecz promocji polskiego sektora usług medycznych, które funkcjonują na terytorium tych państw[28].

Dodatkowo w zakresie swoich zadań KPK i oddziały wojewódzkie Funduszu udzielają świadczeniobiorcom oraz osobom wykonującym zawody medyczne, bezpośrednio lub przy użyciu dostępnych środków komunikacji, w szczególności telefonicznie, w formie pisemnej albo przy użyciu poczty elektronicznej, informacji dotyczących procedury uzyskania zwrotu kosztów przysługującego w przypadku uzyskania w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej lub EOG określonego świadczenia opieki zdrowotnej[29].

Europejskie zasady koordynacji transgranicznej opieki medycznej

Postanowienia prawa europejskiego nie narzucają państwom członkowskim zdefiniowanego modelu służby zdrowia[30]. Opiekę zdrowotną wyłączono z zakresu wspólnotowej koordynacji krajowych systemów zabezpieczenia społecznego.

[26] Art. 97a ust. 5 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[27] Art. 97a ust. 7 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[28] Art. 97a ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[29] Art. 97a ust. 10 pkt 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej.

[30] T. Mróz, U. Drozdowska, *Uwarunkowania systemu opieki zdrowotnej w Polsce*, Białystok 2012, s. 137.

Jednak gwarancja realizacji europejskiej zasady swobodnego przemieszczania się na obszarze Unii Europejskiej nie jest w pełni możliwa do zrealizowania bez równoczesnego zapewnienia pomocy medycznej. Konieczne zatem stało się przyjęcie pewnych rozwiązań mających na celu zapewnienie współpracy administracji systemów zabezpieczenia społecznego w trakcie czasowego pobytu w innym państwie członkowskim Unii przy jednoczesnym założeniu, że dana osoba stale mieszka w innym państwie członkowskim Unii niż państwo zatrudnienia oraz w przypadku podjęcia planowanego wcześniej leczenia lub jego kontynuowania poza granicami państwa zamieszkania.

Dorobek orzecznictwa europejskiego w kwestii finansowania transgranicznych świadczeń zdrowotnych został już dostrzeżony w projekcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rad z 2 lipca 2008 r. w sprawie stosowania praw pacjenta w transgranicznej opiece zdrowotnej[31].

Aktualnie podczas czasowego pobytu jednostki w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej przysługują jej świadczenia niezbędne ze wskazań medycznych, a ich udzielenie jest konieczne, aby osoba ubezpieczona nie była zmuszona do skrócenia planowanego w danym kraju pobytu z powodu nagłej konieczności powrotu do państwa właściwego w celu uzyskania niezbędnego leczenia. Zaistniała sytuacja staje się złożona, gdyż wymaga nie tylko indywidualnej ocena stanu zdrowia danej osoby, ale również okoliczności jej pobytu poza krajem właściwym, w którym posiada ubezpieczenie zdrowotne. Do tych okoliczności z całą pewnością należy zaliczyć czas pobytu w innym państwie członkowskim Unii i planowany termin powrotu. Taka ocena należy do lekarza udzielającego świadczeń zdrowotnych w danym państwie Unii Europejskiej. Dostęp do świadczenia medycznego powinien być zagwarantowany nie tylko z powodu wypadku komunikacyjnego lub nagłego wystąpieniem pogorszenia stanu zdrowia, ale – na podstawie Decyzji Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego – także w związku z chorobą już istniejącą, chorobą przewlekłą, ciążą i porodem[32]. Oczywisty staje się wymóg posiadania uprawnień do świadczeń opieki zdrowotnej w państwie właściwym, co zostaje potwierdzone EKUZ.

Powyższe pierwsze rozwiązania w zakresie współpracy europejskich instytucji zabezpieczeń społecznych oceniano jako niewystarczające i skutkujące niską mobilnością świadczeniobiorców spowodowaną głównie utrudnieniami proceduralnymi. Konieczność uzyskania uprzedniego zezwolenia na leczenie w innym państwie członkowskim czy ustalenie ewentualnej niemożności leczenia krajowego w terminie uzasadnionym z medycznego punktu widzenia pozostawały i nadal pozostają trudne do określenia w oparciu o polskie i europejskie procedury.

[31] M. Safjan, *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011, s. 146.

[32] Decyzja nr S3 Komisji Administracyjnej ds. Koordynacji Systemów Zabezpieczenia Społecznego z 12 czerwca 2009 r.

Obecnie stale wzrasta zainteresowanie transgraniczną opieką zdrowotną będące konsekwencją przekonania, że w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej otrzyma się opiekę zdrowotną lepszej jakości. Nie bez znaczenia jest usprawiedliwiona chęć dostępu do innych metod leczenia niż realizowane w państwie macierzystym czy też zbyt długi czas oczekiwania na realizację świadczeń zdrowotnych w państwie ojczystym.

Zawarte w dyrektywie nr 2011/24/UE nowe rozwiązania należało dostosować w poszczególnych krajach członkowskich Unii Europejskiej do 25 października 2013 r. Aby umożliwić lepszą mobilność pacjentów w Unii oraz zapewnić bezpieczną i wysokiej jakości transgraniczną opiekę zdrowotną, wzmocniono obszary współpracy i wzajemnej koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego. Samą transgraniczną opiekę zdrowotną zdefiniowano jako opiekę świadczoną lub przepisaną w państwie członkowskim Unii Europejskiej innym niż państwo członkowskie ubezpieczenia. Zauważa się, że niezbyt ostre pojęciowo wyrażenie *państwo członkowskie ubezpieczenia* odnosi się również do państw posiadających inne niż ubezpieczeniowe systemy opieki zdrowotnej[33]. *Interpretatio restrictiva* w tym zakresie wydaje się być wyzwaniem dla europejskiego ustawodawcy.

W najnowszej dyrektywie dotyczącej transgranicznej opieki zdrowotnej postanowiono wzmocnić zasadę współpracy międzynarodowej, gdyż jej rezolucje powinny dotyczyć nie tylko sytuacji, w której pacjent uzyskuje opiekę zdrowotną w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej niż państwo ubezpieczenia, ale także przepisywania, wydawania i udostępniania produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych dostarczanych w ramach usług zdrowotnych. Definicja transgranicznej opieki zdrowotnej powinna przy tym objąć zarówno sytuacje, w których pacjent nabywa takie produkty lecznicze lub wyroby medyczne w innym państwie członkowskim niż państwo ubezpieczenia, jak i sytuacje, w których pacjent nabywa je w innym państwie członkowskim niż państwo wystawienia recepty[34]. Perspektywa skutecznej administracji współpracującej stała się zatem nie tylko krajowa, ale również wspólnotowoeuropejska, a nawet ogólnoświatowa.

Do podstawowych celów przedmiotowej dyrektywy należy zaliczyć przede wszystkim ustanowienie zasad ułatwiających w Unii Europejskiej dostęp do bezpiecznej transgranicznej opieki zdrowotnej o wysokiej jakości, a także zapewnienie mobilności pacjentów poprzez umożliwienie im korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej w dowolnym, wybranym przez pacjenta państwie członkowskim Unii na koszt organizatora systemu, w ramach którego dana osoba jest uprawniona do tych świadczeń[35].

---

[33] W. Koczur, *Transgraniczna opieka zdrowotna w Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia*, „Studia Ekonomiczne" 2014, nr 179, s. 155.

[34] Preambuła pkt 16 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, Dz.U. L 88/45 (dalej: dyrektywa w sprawie transgranicznej opiece zdrowotnej).

[35] W. Koczur, *Transgraniczna opieka*…, s. 150–151.

Ponadto dyrektywa promuje współpracę w zakresie opieki zdrowotnej między państwami członkowskimi z pełnym poszanowaniem ich kompetencji w zakresie określania świadczeń zdrowotnych z tytułu zabezpieczenia społecznego, organizacji i świadczenia opieki zdrowotnej oraz organizacji i udzielenia innych świadczeń z tytułu zabezpieczenia społecznego, w szczególności świadczeń chorobowych.

Zasadnicze znaczenie w aktualnej transgranicznej opiece medycznej mają rozwiązania dotyczące zasad udzielania takich świadczeń. Sprowadzają się one do tego, że osoba zainteresowana uzyskaniem określonego świadczenia zdrowotnego w innym niż macierzyste państwie członkowskim Unii Europejskiej ponosi jego koszt z własnych środków, a następnie na podstawie faktury wystawionej przez świadczeniodawcę z państwa leczenia państwo członkowskie ubezpieczenia zapewnia zwrot kosztów poniesionych przez daną osobę korzystającą z transgranicznej opieki zdrowotnej. Nie jest to jednak bezwzględne prawo. Warunkiem dostępu do takiego świadczenia jest to, że dana opieka mieści się w zakresie świadczeń, do których świadczeniobiorca jest uprawniony w tym państwie[36].

Należy przy tym zaakcentować, że koszty transgranicznej opieki zdrowotnej są zwracane przez państwo członkowskie ubezpieczenia jedynie do poziomu, na którym byłyby pokryte przez to państwo, gdyby ta sama opieka zdrowotna była świadczona na jego terytorium. Ponadto są one refundowane w takiej wysokości, aby nie przekroczyć rzeczywistego kosztu otrzymanej opieki zdrowotnej[37]. Artykuł 7 dyrektywy 2011/24/UE jasno stanowi, że „państwo członkowskie ubezpieczenia może nałożyć na osobę ubezpieczoną, która dochodzi zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej, w tym opieki zdrowotnej otrzymanej za pomocą telemedycyny, te same warunki, kryteria przysługiwania uprawnień i wymogi prawno-administracyjne, ustalone na szczeblu lokalnym, regionalnym lub krajowym, jakie byłyby nałożone, gdyby ten sam rodzaj opieki zdrowotnej był świadczony na terytorium tego państwa członkowskiego”[38]. Powyższe normatywne zapisy niewątpliwie wzmacniają transparentność współpracy na szczeblu administracji wspólnotowej w zakresie świadczeń transgranicznej opieki zdrowotnej.

Nowością dyrektywy w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej jest zasada zakazu uzależnienia zwrotu kosztów transgranicznej opieki zdrowotnej od uzyskania uprzedniej zgody. Z całą pewnością przyczyniła się ona do poprawy współdziałania administracji służby zdrowia na szczeblu krajowym i wspólnotowym.

Wyjątki od tej zasady zostały ściśle określone w art. 8 dyrektywy 2011/24/UE. Już w pierwszym ustępie tego artykułu uznaje się, że „system udzielania uprzedniej zgody, w tym jego kryteria i stosowanie tych kryteriów, oraz indywidualne decyzje o odmowie udzielenia uprzedniej zgody ograniczają się do tego, co jest konieczne

[36] Art. 7 ust. 2a dyrektywy w sprawie transgranicznej opiece zdrowotnej.

[37] W. Koczur, *Transgraniczna opieka*…, s. 157.

[38] Art. 7 ust. 7 dyrektywy w sprawie transgranicznej opiece zdrowotnej.

i proporcjonalne do celu, jaki ma zostać osiągnięty, i nie mogą stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani nieuzasadnionej przeszkody w swobodnym przepływie pacjentów"[39]. Mimo że zapis ten stanowi dobitną zmianę na korzyść obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, to jednak przedstawiony w art. 8 ust. 2 dyrektywy katalog rodzajów opieki zdrowotnej, w przypadku których może być wymagana uprzednia zgoda, częściowo wzbudza kontrowersje. Zauważa się, że w przypadku leczenia stwarzającego szczególne ryzyko dla pacjenta lub dla społeczeństwa pojawia się niezrozumienie, jakie leczenie może stwarzać takie ryzyko. Można jedynie przypuszczać, że europejski ustawodawca miał na myśli zwalczanie chorób zakaźnych i epidemii, lecz tak naprawdę nie zostało to nigdzie wyjaśnione. *Interpretatio restrictiva* byłaby pomocna we właściwym ustaleniu rozumienia tego przepisu. Dodatkowo wątpliwości może budzić dobór kryteriów, źródeł, a także sama wiarygodność oceny realizowanej przez danego świadczeniodawcę opieki zdrowotnej[40].

Pomimo że przepisy omawianej dyrektywy mają na celu ułatwienie dostępu do bezpiecznej transgranicznej opieki zdrowotnej i promowanie współpracy w tym zakresie pomiędzy państwami członkowskimi, to nadal nie mają one zastosowania do potrzeb wielu osób w starszym wieku, nie odnoszą się bowiem do świadczeń w dziedzinie opieki długoterminowej[41], która stanowi ważny problem w perspektywie szybkiego starzenia się polskiego i europejskiego społeczeństwa.

Podsumowanie

Implementacja powyższych unormowań powinna przede wszystkim skutkować bardziej efektywnym niż dotychczas ułatwieniem dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej poza systemem właściwym, a więc tym, w ramach którego dana osoba jest ubezpieczona. Zasadniczą kwestią jest skuteczność wprowadzonych zmian na szczeblu krajowym i europejskim oraz ciągłe monitorowanie, czy rozwiązania normatywne zawarte w przedmiotowej dyrektywie mogą znacząco poprawić sytuację polskich świadczeniobiorców chcących skorzystać ze świadczeń opieki zdrowotnej w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej na koszt NFZ.

Wielopodmiotowa współpraca w administracji służby zdrowia ma swoją szczególnie istotną rolę do spełnienia w leczeniu specjalistycznym, a zwłaszcza szpitalnym. Ciągle kłopotliwe pozostaje uzyskanie zgody NFZ na swobodne skorzystanie ze świadczeń zdrowotnych poza systemem właściwym, a więc w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej, w przypadku diagnostyki i leczeniu rzadkich chorób genetycznych. Stałe formułowanie wniosków dotyczące rozwiązań ustawodawczych *de lege ferenda* w efektywnej realizacji zadań stających przed administracją

[39] Art. 8 ust. 1 dyrektywy w sprawie transgranicznej opiece zdrowotnej.

[40] W. Koczur, *Transgraniczna opieka*…, s. 158.

[41] B. Mikołajczyk, *Międzynarodowa ochrona praw osób starszych*, Warszawa 2012, s. 242.

współpracującą w obszarze służby zdrowia na poziomie europejskim wydaje się być uzasadnione.

Na uwagę zasługują ponadto wynikające z powyższych analiz kwestie świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej w świetle wspólnotowych zasad koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego oraz transgranicznej opieki zdrowotnej wobec cudzoziemców, a także migrantów. Obszary te nie mają jeszcze skutecznych norm prawnych w transgranicznej opiece zdrowotnej. Zatem kwestia partnerstwa i kooperacji systemów opieki zdrowotnej różnych krajów Unii i nie tylko pozostaje ciągle aktualna ze względu na konieczność wypracowania uniwersalnych zasad służących dobru pacjenta w krajach o różnych systemach prawnych, finansowych, a nawet etycznych.

Bibliografia

Biadun D., *Teleporady – co można w ramach umowy z NFZ*, Lex/el. 2020.

Drozdowska U., *Cywilnoprawna ochrona praw pacjenta*, Warszawa 2007.

https://www.nfz.gov.pl/dla-pacjenta/nasze-zdrowie-w-ue/brexit/ (30.05.2021).

Koczur W., *Transgraniczna opieka zdrowotna w Unii Europejskiej – wybrane zagadnienia*, „Studia Ekonomiczne" 2014, nr 179.

Malczewska M., *Odpowiedzialność przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

Mikołajczyk B., *Międzynarodowa ochrona praw osób starszych*, Warszawa 2012.

Mróz T., Drozdowska U., *Uwarunkowania systemu opieki zdrowotnej w Polsce*, Białystok 2012.

Namysłowska-Gabrysiak B., *Odpowiedzialność państwa przed międzynarodowymi organami praw człowieka w zakresie ochrony zdrowia* [w:] *Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, red. T. Dukiet-Nagórska, A. Liszewska, Warszawa 2021.

Safjan M., *Prawo wobec medycyny i biotechnologii. Zbiór orzeczeń z komentarzami*, Warszawa 2011.

Ślebzak K., *Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego. Komentarz*, Warszawa 2012.

Świadczenia opieki zdrowotnej finansowane ze środków publicznych, red. N. Tyszko, Warszawa 2012.

Streszczenie

Katalog podmiotów współpracujących ze sobą w realizacji zadań z dziedziny ochrony zdrowia jest różnorodny. Obejmuje on zarówno podmioty wchodzące w skład organów władzy publicznej oraz podmioty prywatne. Warunki i zakres udzielania świadczeń medycznych są rezultatem współdziałania organów administracji i służby zdrowia. 24 kwietnia 2011 r. weszła w życie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej. Perspektywa skutecznej administracji współpracującej stała się zatem nie tylko krajowa, ale także wspólnotowoeuropejska, a nawet ogólnoświatowa. Celem niniejszego artykułu jest omówienie przeszkód, aktualnych stanów prawnych i sformułowanie wniosków dotyczące rozwiązań ustawodawczych *de lege ferenda* w efektywnej realizacji zadań stających przed administracją współpracującą w obszarze służby zdrowia.

Słowa kluczowe: transgraniczna opieka zdrowotna, współpraca międzynarodowa, administracja publiczna

CHALLENGES AND OBSTACLES IN IMPLEMENTING COOPERATION IN CROSS-BORDER ADMINISTRATION OF HEALTH CARE

Summary

The catalog of entities cooperating with each other in the implementation of tasks in the field of health care is diverse. It includes entities belonging to both public authorities and private entities. The conditions and scope of providing medical services are the result of cooperation between the administration and the health service. On 24 April 2011, Directive 2011/24/EU of the European Parliament and of the Council of 9 March 2011 on the application of patients' rights in cross-border healthcare entered into force. The prospect of an effective cooperative administration has therefore become not only national, but also Community-European, and even global. The aim of this article is to discuss the obstacles, current legal status and to formulate conclusions regarding *de lege ferenda* legislative solutions in the effective implementation of tasks facing the administration cooperating in the field of health care.

Keywords: cross-border healthcare, international cooperation, public administration

ISSN 2720-0574

AFILIACJE

Jan Basta – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-4572-9589
Anna Dzierżak – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-7830-9505
Gabriela Feret – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0003-3334-4283
Paweł Gacek – Komenda Główna Policji, ORCID: 0000-0001-6365-3146
Zuzanna B. Gądzik – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, ORCID: 0000-0002-9121-4658
Wojciech Gonet – Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach, ORCID: 0000-0003--0066-706X
Anna Hadała-Skóra – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-6432-5651
Anna Jacek – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0003-2899-2147
Barbara Zych – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0001-8008-6630
Maria Jędrzejczak – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ORCID: 0000-0002-9384-7096
Krystian Nowak – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0003-4853-1591
Mariusz Kądziołka – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-6788-1944
Wojciech J. Kosior – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-4710-4523
Marlena Kruszyńska-Kośmicka – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ORCID: 0000--0001-9176-3238
Marcin Princ – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ORCID: 0000-0002-3727-7455
Izabela Kułak – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0002-2821-257X
Marek Lewicki – Uniwersytet Łódzki, ORCID: 0000-0002-8349-2375
Anna Łukaszuk – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0001-8909-0070
Magdalena Małecka-Łyszczek – Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ORCID: 0000-0002-8361--5064
Patryk Masłowski – Politechnika Rzeszowska, ORCID: 0000-0002-6087-7248
Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, ORCID: 0000-0002-1898-8980
Andrzej Nowak – Akademia Wychowania Fizycznego w Katowicach, ORCID: 0000-0002-5617-9113
Beata Nuzzo – Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie, ORCID: 0000-0001-9320-5627
Karol Olejnik – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ORCID: 0000-0002-7973-5063
Sławomir Pawłowski – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ORCID: 0000-0002--2060-6638
Barbara Pietrzyk-Tobiasz – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, ORCID: 0000-0002--7280-0037
Dorota Przeklasa – Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0002-1542-969X
Łukasz Sowul – Uniwersytet w Białymstoku, ORCID: 0000-0002-3617-0859
Milan Sudzina – Univerzita Pavla Josefa Šafárika v Košiciach, ORCID: 0000-0001-9038-8018
Marcin Tomasiewicz – Uniwersytet Papieski im. Jana Pawła II, ORCID: 0000-0003-2803-9364
Artur Trubalski – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0001-8020-9178
Dorota Wilkowska-Kołakowska – Politechnika Warszawska, ORCID: 0000-0002-5159-8255
Iwona Wrześniewska-Wal – Szkoła Zdrowia Publicznego Centrum Medyczne Kształcenia Podyplomowego w Warszawie, ORCID: 0000-0002-8892-5985
Grzegorz Zieliński – Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, ORCID: 0000-0001-7517-920X